

VOLUMEN 10

ISSNe: 2346-3120

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

BOGOTÁ D.C. (COLOMBIA), 2022

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

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



Universidad del
Rosario



tirant lo blanch



PARA LA PAZ, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA INTERNACIONAL

Bogotá, Colombia - Volumen 10

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 Pénal

Anuário Iberoamericano de Direito Internacional Penal





ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL, ANIDIP

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

ISSNe: 2346-3120

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

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

Linares Botero, Sofía (Colombia)
Joven investigador, Universidad del Rosario (Colombia)

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

COMITÉ EDITORIAL

Coelho Zilli, Marcos Alexandre (Brasil)

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

Galaín Palermo, Pablo (Uruguay)

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

Kiss, Alejandro (Argentina)

Letrado de Sala, Corte Penal Internacional (Países Bajos)

Mateus Rugeles, Andrea (Colombia)

Magistrada auxiliar, Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia)

Pansters, Wil (Países Bajos)

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

Pérez Cepeda, Ana Isabel (España)

Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Salamanca (España)

Villegas, Myrna (Chile)

Profesora de Derechos Humanos, Universidad de Chile (Chile)

COMITÉ CIENTÍFICO

Abrão, Paulo (Brasil)

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

Fornasari, Gabriele (Italia)

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Trento (Italia)

García Ramírez, Sergio (México)

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

Kress, Klaus (Alemania)

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

Muñoz Conde, Francisco (España)

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

Stahn, Carsten (Alemania)

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

Vervaele, John (Países Bajos)

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

COMITÉ HONORARIO

Blattmann, René (Bolivia)

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

Odio Benito, Elizabeth (Costa Rica)

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

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

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

Steiner, Sylvia H. (Brasil)

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

Universidad del Rosario

Rector

Juan Alejandro Cheyne

Vicerrector

Sergio Andrés Pulgarín Molina

Síndico

Juan Manuel Ospina Sanmiguel

Secretario general

Germán Villegas González

Decana Facultad de Jurisprudencia

Laura Victoria García Matamoros

Vicedecana Facultad de

Jurisprudencia

Yira López Castro

Preparación editorial

Tatiana Morales Perdomo
Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo

Laura Rodríguez-Mejía

Diagramación

Fredy Johan Espitia B.

Correspondencia

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

Universidad del Rosario

Bogotá, Colombia

info@iberoamericaninstituteofthehague.org

Tirant lo Blanch

Director

Salvador Vives López

Instituto Ibero-Americano de La Haya (IIH)

Presidente

Héctor Olasolo Alonso

Secretaría

Romina Catera

Tesorero

Piet Willems

Contenido

Doi del número: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/anidip.vi10>

Editorial 1-3

Héctor Olasolo Alonso y Mario Urueña-Sánchez

SECCIÓN DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Los acuerdos sobre el estatuto de las Fuerzas Armadas extranjeras como límite a la actividad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional 1-24

Yoveslav Radoslavov Yordanov

Esperanza en el sistema jurídico de derecho penal de la comunidad internacional 1-27

Ana Isabel Carreras Presencio

El proceso de constitucionalización del sistema internacional: discusión teórica sobre sus avances y conclusiones 1-27

Michael Andrés Méndez Torres

La limitada aplicación de la responsabilidad del superior jerárquico y sus consecuencias para el derecho a la verdad en Colombia 1-31

María Alejandra Pabón Acevedo

SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN SELECCIONADOS

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

**Exclusão de provas ilícitas e a integridade dos procedimentos:
Uma interpretação do artigo 69(7)(b) do Estatuto de Roma nos
precedentes do Tribunal Penal Internacional. 1-34**

João Pedro de Souza

**Los derechos humanos internacionalmente reconocidos
ante la Corte Penal Internacional. 1-26**

David Estévez Lledó

**¿Todos los caminos conducen a La Haya? Reflexiones
de política criminal tras 17 años de examen preliminar
en Colombia 1-27**

Damaris Eliana Martínez Acosta

**Matrimonio forzado y crimen internacional:
una nueva tendencia normativa y jurisprudencial 1-27**

Elena C. Díaz Galán

**Herramientas de la justicia penal internacional
en la investigación local de graves violaciones
a los derechos humanos 1-28**

Laura Cristina Acosta Reaza

SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN SELECCIONADOS

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

De la interdicción a la plena capacidad jurídica 1-29

Miguel Alfredo Ledesma Chavarro

Editorial

Nos complace dar la bienvenida al décimo volumen (2022) del *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* (ANIDIP), que continúa con el proyecto iniciado en 2013 para la promoción de la investigación desde los distintos aspectos de las humanidades y las ciencias sociales, sobre las áreas de paz y conflicto armado, graves violaciones de derechos humanos y crímenes internacionales, justicia internacional (en particular, penal) y justicia transicional, en lengua española y portuguesa.

El lector observará que en el presente volumen se siguen combinando los artículos de investigación (sección I), los ensayos de investigación seleccionados a través de los certámenes Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre justicia internacional penal (sección II) y de estudios críticos sobre la justicia (sección III). De esta manera, se continúa fortaleciendo la dimensión social del ANIDIP: la publicación de trabajos de alta calidad escritos por jóvenes investigadores que participan en los mencionados certámenes y de investigadores interesados en dar a conocer su trabajo desde las áreas objeto de estudio del ANIDIP.

En cuanto al contenido de este volumen, la sección de artículos de investigación recoge los trabajos de Yoveslav Radoslavov Yordanov: *Los Acuerdos sobre el estatuto de las Fuerzas Armadas Extranjeras como límite a la actividad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional*, en el cual se examinan algunas de las limitaciones jurisdiccionales que impiden a la Corte Penal Internacional (CPI) ejercer efectivamente su competencia sobre los nacionales de Estados terceros, aun cuando los crímenes se hubiesen cometido en el territorio de un Estado Parte en el Estatuto de Roma; de Ana Isabel Carreras Presencio: *Esperanza en el sistema jurídico de derecho penal de la comunidad internacional*, que evalúa los estudios doctrinales existentes y de gran calado para dotarles de importancia y valor con ocasión de los acontecimientos en el continente europeo; de Michael Andrés Méndez Torres: *Proceso de constitucionalización del sistema internacional: discusión teórica sobre sus avances y conclusiones*, cuyo propósito es comprender el proceso de constitucionalización del sistema internacional a la luz de la discusión teórica suscitada por algunos autores de las relaciones internacionales y del derecho internacional en torno al tema, y

el de María Alejandra Pabón Acevedo: *La limitada aplicación de la responsabilidad del superior jerárquico y sus consecuencias al derecho a la verdad en Colombia*, que hace un llamado a posicionar la figura de la responsabilidad del superior jerárquico como un estándar internacional aplicable al ordenamiento jurídico colombiano luego de los acuerdos de paz.

Cinco ensayos de investigación fueron seleccionados por el jurado internacional de la XI Edición (2022) del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner para su publicación en el volumen X del ANIDIP. Se trata del ensayo ganador del Certamen: *Exclusão de Provas Ilícitas e a Integridade dos Procedimentos: Uma interpretação do artigo 69 (7) do Estatuto de Roma nos precedentes do Tribunal Penal Internacional*, escrito por João Pedro de Souza en el cual el autor analiza los precedentes de la CPI que se ocuparon de la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente con base en el inciso “b” del artículo 69 (7) del Estatuto de Roma. Esta disposición establece una regla altamente discrecional según la cual la prueba obtenida mediante una violación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos puede ser excluida del proceso si su admisión, en las circunstancias en que la prueba fue reunida, no es ética o viola la integridad de los procedimientos. El segundo lugar lo ocupó el ensayo: *Los derechos humanos internacionalmente reconocidos ante la Corte Penal Internacional*, cuyo autor, David Estévez Lledó, partió de varios interrogantes planteados por los derechos humanos internacionalmente reconocidos como fuente del derecho aplicable por la CPI: “¿qué debe entenderse por derechos humanos ‘internacionalmente reconocidos?’” y “¿cuáles son esos derechos?”. El tercer lugar fue para *¿Todos los caminos conducen a La Haya? Reflexiones de política criminal tras 17 años de examen preliminar en Colombia* de la autora Damaris Eliana Martínez Acosta, cuyo aporte constituye un diagnóstico alrededor de la decisión adoptada por la Fiscalía de la CPI de cerrar el examen preliminar colombiano, lo cual plantea consideraciones sobre la política criminal de este organismo y las repercusiones y expectativas de tal determinación de acuerdo con el contexto colombiano. El cuarto lugar lo recibió el texto *Matrimonio forzado y crimen internacional: una nueva tendencia normativa y jurisprudencial* de Elena C. Díaz Galán, quien examina el tema de los matrimonios forzados desde dos perspectivas: la práctica normativa internacional, mediante la apropiada interpretación de las normas adoptadas, y los presupuestos básicos que configuraron su elaboración. Finalmente, el quinto lugar lo ocupó el ensayo *Herramientas de la justicia penal internacional en la investigación local de graves violaciones a los derechos humanos* de Laura Cristina Acosta Reaza el cual se lanza a proponer un esquema de tres ejes para aplicar las herramientas de la justicia penal internacional a los casos de graves violaciones a los derechos humanos.

Un ensayo de investigación fue seleccionado por el jurado internacional del V Certamen (2022) de Estudios Críticos sobre la Justicia para su publicación en el presente volumen del ANIDIP, el ensayo escrito por Miguel Alfredo Ledesma Chavarro: *De la Interdicción a la plena capacidad jurídica*. El texto reflexiona sobre las discapacidades intelectual y mental, especialmente, en cuanto a la dimensión de la sensibilidad humana a propósito de los compromisos adquiridos por Colombia como Estado parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

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 (IHH) para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional, 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 décimo volumen del ANIDIP, en especial a Sofía Linares Botero (secretaria de ANIDIP).

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

En Bogotá D.C., a 23 de septiembre de 2022

Héctor Olasolo Alonso
Director, ANIDIP

Mario Urueña-Sánchez
Editor, ANIDIP



SECCIÓN DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Desde el Derecho Internacional Penal

Los acuerdos sobre el estatuto de las Fuerzas Armadas
extranjeras como límite a la actividad jurisdiccional
de la Corte Penal Internacional

Yoveslav Radoslavov Yordanov

Esperanza en el sistema jurídico de derecho penal
de la comunidad internacional

Ana Isabel Carreras Presencio

El proceso de constitucionalización del sistema
internacional: discusión teórica sobre sus avances
y conclusiones

Michael Andrés Méndez Torres

La limitada aplicación de la responsabilidad
del superior jerárquico y sus consecuencias
para el derecho a la verdad en Colombia

María Alejandra Pabón Acevedo

Los acuerdos sobre el estatuto de las Fuerzas Armadas extranjeras como límite a la actividad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional

The Agreements on the Status of Foreign Armed Forces as a Limit to the Jurisdictional Activity of the International Criminal Court

Os Acordos sobre o Estatuto das Forças Armadas Estrangeiras como limite da atividade jurisdiccional do Tribunal Penal Internacional

Yoveslav Radoslavov Yordanov*

Fecha de recepción: 21 de febrero de 2022

Fecha de aprobación: 27 de junio de 2022

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10897>

Para citar este artículo: Yordanov, Y. R. (2022). Los acuerdos sobre el estatuto de las Fuerzas Armadas extranjeras como límite a la actividad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 10, 1-24. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10897>

Resumen

El presente trabajo examina algunas limitaciones jurisdiccionales que impiden a la Corte Penal Internacional (CPI) ejercer de modo efectivo su competencia sobre los nacionales de Estados terceros, aun cuando los crímenes se hubiesen cometido en el territorio de un Estado Parte en el Estatuto de Roma (ER). En la primera parte, el artículo profundiza en la inmunidad de jurisdicción penal de los agentes militares como funcionarios del Estado de su nacionalidad. En segundo lugar, el estudio se centra en la conformidad de los acuerdos sobre el Estatuto de las Fuerzas Armadas

* Abogado y diplomático. Doctor en derecho internacional de la Universidad Complutense de Madrid, España; diplomado en estudios de la Unión Europea de la Escuela Diplomática de España; posgrado en ciencias políticas de la Universidad de California, Berkeley, EE. UU.; master en derecho internacional público de la Universidad Complutense de Madrid, España; licenciado en derecho de la Universidad de Almería, España. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5246-9172>. Correo electrónico: yoveslav@gmail.com

extranjerias, cuya base jurídica es el artículo 98.2. del ER y sus disposiciones. Se prestará particular atención a los acuerdos suscritos por los Estados Unidos de América (EE. UU.) con otros Estados Parte del ER a la luz del citado artículo, al originarse en estos casos una especie de inmunidad procesal *ad hoc* que condiciona la operatividad de la CPI.

Palabras clave: agentes militares; Corte Penal Internacional; Estados no Parte; Fuerzas Armadas extranjeras; limitaciones jurisdiccionales.

Abstract

This paper examines some of the jurisdictional limitations that prevent the effective jurisdiction of the International Criminal Court (ICC) over nationals of third States, even when the crimes were committed over the territory of a State Party to the Rome Statute (ER). In its first part, the article elaborates on the immunity of military agents as officials of the State of nationality from criminal jurisdiction. Secondly, the study focuses on the conformity of the Agreements on the Status of Foreign Armed Forces that adopt article 98.2. of the ER as their legal basis and its provisions. The focus will be on the agreements signed by the United States of America (USA) with other States Parties to the RS considering the aforementioned provision since these cases give rise to a kind of *ad hoc* procedural immunity that conditions the operability of the ICC.

Keywords: Military agents; International Criminal Court; Non-Party States; Foreign Armed Forces; jurisdictional limitations.

Resumo

Este artigo examina algumas das limitações jurisdicionais que impedem o Tribunal Penal Internacional de exercer efetivamente sua jurisdição sobre terceiros nacionais, mesmo quando os crimes foram cometidos no território de um Estado Parte do Estatuto de Roma. Em sua primeira parte, o artigo trata da imunidade de jurisdição penal dos agentes militares como funcionários do Estado de nacionalidade. Em segundo lugar, o estudo centra-se na conformidade dos Acordos sobre o Estatuto das Forças Armadas Estrangeiras, que adotam como base jurídica o artigo 98.2 do Estatuto, com as suas disposições, com particular atenção aos acordos assinados pelos Estados Unidos da América com outros Estados Partes do Estatuto à luz do referido artigo, pois esses casos dão origem a uma espécie de imunidade processual *ad hoc* que condiciona o funcionamento da Corte.

Palavras-chave: agentes militares; Tribunal Penal Internacional; Estados Não Partes; Forças Armadas Estrangeiras; limitações jurisdicionais.

Introducción

La Corte Penal Internacional (CPI) tiene jurisdicción para investigar y enjuiciar a los individuos que cometen uno o varios de los crímenes de su competencia, con el condicionante de que la conducta típica hubiese tenido lugar en el territorio de un Estado Parte, con independencia de la nacionalidad del presunto culpable o cuando hubiese(n) sido perpetrado(s) por el nacional de un Estado Parte. Sin embargo, por la existencia de ciertos instrumentos jurídicos, el ejercicio de esa competencia general podría verse limitado. Estos mecanismos pueden adoptar formas y nombres muy diferentes, aunque todos ellos comparten un denominador común: los efectos que producen, pues funcionan como inhibidores jurisdiccionales *vis-à-vis* la competencia de la CPI.

Con este trabajo proponemos el examen de aquellas situaciones en las que la CPI no podría investigar ni enjuiciar a una persona por su condición personal al ser el sujeto activo del crimen un agente militar, nacional de un tercer Estado, presente en el territorio de un Estado Parte en el que haya tenido lugar la conducta de que se trate. Ahora bien, conviene aclarar que el estudio aborda solamente algunas de las limitaciones jurisdiccionales, aquellas que consideramos más trascendentales por su amplitud y consecuencias jurídicas sobre la competencia de la CPI. En primer lugar, al tratarse de una de las limitaciones más recurrentes y de mayor importancia, iniciaremos con la *inmunidad de jurisdicción penal* de la que podrían beneficiarse algunos individuos por su condición personal. No obstante, por la naturaleza de los crímenes tipificados en el ER, en particular, a la luz de su escala, gravedad y magnitud, solo determinados individuos estarían en la posición de cometer tales conductas, elemento plenamente relevante en relación con su inmunidad. En particular, el artículo 5 del ER cita, *expressis verbis*, el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Este último, de incorporación más reciente al listado de crímenes.

En segundo lugar, veremos cómo esta limitación competencial puede proceder por vía convencional, al originarse a partir de los acuerdos sobre el estatuto de las Fuerzas Armadas extranjeras (SOFAs, por sus siglas en inglés).¹ Se trata de una tipología de acuerdos que determinan el estatuto jurídico de los componentes que integran las Fuerzas Armadas (FF. AA.) estacionadas temporalmente en el territorio de un Estado Parte en el ER. Cabe advertir “desde ya” que el pretendido encaje jurídico de estos acuerdos a las disposiciones del artículo 98 del ER es más que discutible,

1 En la práctica internacional, a los acuerdos del artículo 98.2. del ER se les conoce también como Acuerdos Bilaterales de Inmunidad, Acuerdos Bilaterales de no Entrega o Acuerdos de Impunidad.

en la medida en que su finalidad no es otra que contravenir el objeto y el fin del tratado, más que de ajustarse a la literalidad del precepto normativo.

A los efectos del presente artículo, tomaremos como caso de estudio la presencia de las tropas estadounidenses en el territorio de Afganistán hasta su retirada efectiva el 30 de agosto de 2021, producida por orden expresa de la Administración Trump y materializada con la Administración Biden. Así mismo, tomando en consideración el estado actual de las relaciones internacionales, la tesis sustentada en el presente estudio va en consonancia con los acontecimientos en Ucrania y la investigación en curso de la CPI contra ciudadanos rusos, en su mayoría agentes militares, por los presuntos crímenes cometidos en el territorio de Ucrania.²

Adicional a las limitaciones jurisdiccionales señaladas, el principio de complementariedad, que inspira el funcionamiento de la CPI, también puede erigirse como un límite a su jurisdicción. En este sentido, los artículos 18 y 19 del ER confieren a los Estados terceros amplios derechos procedimentales que les permiten impugnar la competencia del órgano judicial cuando la investigación o el enjuiciamiento recaen sobre sus propios nacionales. En el mismo sentido, la concurrencia de solicitudes de extradición sobre el sospechoso del crimen presentadas al Estado donde haya tenido lugar la conducta es otra limitación para la CPI, que se produce cuando el acusado ha sido requerido por un Estado no Parte, siempre y cuando ese tercer Estado tuviera la intención real de ejercer su jurisdicción sobre dicha persona.

Asimismo, procede recordar que el propio ER prevé una excepción legal a la competencia de la CPI cuando se trate de investigar el *crimen de agresión*.³ Ello quiere decir que cuando los nacionales de Estados no Parte cometen alguno de los crímenes del artículo 5 del ER (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), la CPI será competente con arreglo al principio de territorialidad. Contrariamente, la CPI no tendrá jurisdicción cuando se trate del crimen de agresión, incluso cuando este se hubiese cometido en el territorio de un Estado Parte o en el territorio de un Estado que hubiese aceptado la jurisdicción de la CPI mediante una declaración *ad hoc* de conformidad con el artículo 12.3. del ER, como es el caso

2 En la práctica jurisprudencial de la CPI sobre la materia objeto de estudio, esta ha centrado su atención en pronunciarse sobre los *SOFAS*, en particular, respecto a la investigación en curso en Afganistán. Fuera del objeto de este estudio, sería de interés dar seguimiento a dicha práctica judicial en lo que se refiere a las investigaciones en el Estado de Palestina y la presencia de elementos militares de Israel (*Situation in the State of Palestine*, ICC-01/18) y la investigación en curso en Ucrania y la presencia de elementos militares de Rusia (*Situation in Ukraine*, ICC-01/22). Sobre la agresión cometida por la Federación Rusa contra Ucrania, véase la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/ES-11/L.1.

3 El párrafo quinto del artículo 15. bis, que regula el ejercicio de la competencia frente al crimen de agresión, establece: “[r]especto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando este sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo.”

de Ucrania. En este último supuesto se trata de una excepción legal dispuesta por el propio ER, que limita tanto la competencia *ratione loci* de la CPI, como la competencia *ratione personae*.

1. La inmunidad de jurisdicción de los agentes militares como funcionarios del Estado de la nacionalidad

Antes de entrar propiamente en el estudio de los SOFAS, resulta necesario trazar unas líneas generales sobre la inmunidad de jurisdicción en materia penal en sentido estricto, dado que su contenido crea una especie de inmunidad procesal a favor de los agentes militares. En términos generales, un individuo presunto responsable de haber cometido un crimen de la competencia de la CPI en el territorio de un Estado Parte es, en la mayoría de las situaciones, una persona que no goza de inmunidad de jurisdicción, por lo que responderá, en consecuencia, por sus actos u omisiones ante la Fiscalía de la CPI. Así, en virtud de los párrafos primero y segundo del artículo 27 del ER, ni el cargo oficial de una persona, sea esta el jefe de Estado o jefe de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, ni la inmunidad que conlleve eventualmente dicho cargo podrán ser invocados ante la CPI con el pretexto de impedir su actuación judicial.

Ahora bien, la inmunidad como institución jurídica y, sobre todo, como límite a la actividad jurisdiccional de la CPI, requiere un análisis detenido cuando se trate de los miembros que integran las FF. AA. de un Estado no Parte en el ER, que estuviesen físicamente en el territorio de un Estado sometido a la jurisdicción de la CPI.

Con respecto a las conductas calificadas como crímenes de la competencia de la CPI, el elemento contextual establecido, tomando como referencia el artículo 7 relativo a los crímenes de lesa humanidad, consiste en un “ataque generalizado o sistemático contra una población civil”.⁴ De ahí que la cuestión de la inmunidad de jurisdicción cobre relevancia cuando el acusado del crimen sea un nacional de un Estado tercero respecto de la CPI, que por ser agente militar goza de inmunidad en el territorio del Estado Parte donde haya tenido lugar la conducta en los términos estipulados por el artículo 12.2. literal a) del ER.⁵

4 El texto del ER reproducido se distribuyó como documento UN Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El ER entró en vigor el 1 de julio de 2002.

5 El tenor literal de esta disposición afirma: “En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3: a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave; b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen”.

A la luz del párrafo primero del artículo 27, antes mencionado, queda claro que no se produce distinción alguna basada en el cargo oficial del acusado, en el sentido que su ocupación resulta absolutamente irrelevante para determinar su responsabilidad penal individual, esto es, su imputabilidad. La consecuencia inmediata de la improcedencia del cargo oficial es la falta de inmunidad jurisdiccional para los funcionarios del Estado, inclusive cuando se trate del jefe de Estado, el jefe de Gobierno o el ministro de Asuntos Exteriores en activo (Watts, 1994), incluidos los miembros integrantes del poder ejecutivo y el poder legislativo, representantes elegidos o funcionarios gubernamentales. Dentro de esta lista, que no tiene carácter exhaustivo, habría que incluir al personal militar, aun cuando la disposición guarda silencio al respecto (Watts, 1994).⁶

Lo anterior significa, *prima facie*, que los funcionarios de un Estado no Parte en el ER, siendo el Estado de la nacionalidad que alega la incompetencia de la CPI, no pueden fundamentarse en la inmunidad para eludir su responsabilidad penal y evitar así ser investigados y juzgados. ¿Sucede siempre así? La respuesta es no. Tenemos que leer las disposiciones del artículo 27 de forma conjunta con las del artículo 98 del ER. En efecto, se trata de una disposición relativa a la cooperación, que establece que habrá casos en los que la inmunidad —atribuida en virtud del derecho internacional (art. 98.1.) o mediante una norma convencional (art. 98.2.)— desplegará sus efectos prevalentes con respecto a la aplicación del artículo 27 del ER.

De conformidad con el párrafo primero del artículo 98, que, clarifiquemos, destina su mandato a la CPI y no al Estado Parte en cuestión, resulta que la CPI no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado Parte requerido deba actuar en forma incompatible con sus obligaciones internacionales respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, *salvo*, eso sí, que la CPI obtenga previamente la cooperación de ese Estado no Parte para la renuncia a dicha inmunidad.

En principio, si bien la CPI ejercerá su competencia sobre los funcionarios de un Estado sin importar cuál sea su cargo o rango, esa competencia puede verse limitada u obstaculizada si para su ejercicio se exige que el Estado Parte requerido incumpla sus compromisos de garantizar la inmunidad de un tercer Estado o de sus propios nacionales. Cuando el párrafo primero establece que la “Corte no

6 El artículo 27 del ER no se refiere expresamente al cargo de *personal militar*, aunque la inmunidad de jurisdicción que este conlleva se entiende subsumida en el precepto como una inmunidad *con arreglo al derecho internacional*.

dará curso” a la solicitud de detención y entrega, ello significa que la CPI se abstendrá de requerir al Estado Parte para que detenga y entregue a la persona acusada del crimen, puesto que esa persona goza de inmunidad en virtud del derecho internacional. A diferencia del párrafo segundo, en cuyo caso la inmunidad se atribuye por vía convencional o por medio de un acuerdo bilateral o multilateral. Por consiguiente, la CPI deberá declinar la solicitud de asistencia que exija al Estado requerido a actuar de forma inconsistente con sus compromisos internacionales, ya que, de lo contrario, se quebrantaría la inmunidad jurisdiccional de terceros (Schabas, 2010).

De esta manera, habría que ver semejante abstención por parte de la CPI como una limitación a su propia competencia cuando el presunto responsable sea el funcionario de un Estado no Parte que disfruta de inmunidad *ratione personae*, en virtud del derecho internacional, *salvo* que la jurisdicción de la CPI se hubiese activado por el Consejo de Seguridad *ex* artículo 13.b) del ER, con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (Berman, 1999; Escobar Hernández, 2000; Escudero Espinosa, 2003; Gargiulo, 1999a; 199b; Yee; 1999, entre otros). En tal supuesto, no hay inmunidad que invocar y la CPI podría exigir el cumplimiento de la orden de detención y entrega con todas sus consecuencias.

De la lectura del artículo 98 resulta que el citado párrafo primero *no reconoce* la “inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado”, *sino que* su finalidad es impedir que el Estado Parte requerido tenga que incurrir en responsabilidad internacional para dar cumplimiento a una orden adoptada por la CPI. Asimismo, si el párrafo segundo del artículo 27 del ER sostiene que no procede la inmunidad, tampoco habría que entender que el artículo 98 hace una interpretación *a contrario sensu*, que revierta la voluntad del legislador estatutario. El objeto y el fin del artículo 98 son bien distintos, ya que tienen que ver, como su propia rúbrica sugiere, con la cooperación exigida a los Estados Parte con respecto a la renuncia a la inmunidad y el consentimiento a la entrega (*The Prosecutor v. Al Bashir*, 2019).

En virtud de lo dicho, resulta que las disposiciones del párrafo primero del artículo 98 pierden su sentido y razón de ser cuando nos referimos a un Estado Parte, que con la ratificación del ER ha renunciado a toda inmunidad que podrían disfrutar ordinariamente sus propios nacionales en virtud del derecho internacional. Se trata, por consiguiente, de una norma que cobra sentido operativo solamente con respecto a los Estados no Parte que permanecen ajenos al sistema creado por el ER (Akande, 2006; Broomhall, 2003; Gaeta, 2002; Schabas, 2001; Wirth, 2001).

2. Los acuerdos del artículo 98.2 del Estatuto de Roma: los SOFAS

La CPI no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la CPI a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que la CPI obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega.⁷

De conformidad con el párrafo segundo del artículo 98, el ER prevé la posibilidad de que la CPI no dé curso a una orden de detección y entrega cuando el destinatario sea un sujeto nacional de un tercer Estado, con el cual el Estado Parte tenga suscrito un acuerdo internacional del tipo previsto en la disposición. Aquí la fuente de la obligación para el Estado requerido deriva de una manifestación normativa concreta: un compromiso bilateral o multilateral. Se trata de un acuerdo internacional conforme al cual el Estado que envía sus FF. AA. al extranjero, es decir, al territorio de un Estado Parte, tiene que expresar de forma clara e inequívoca su consentimiento para la entrega de su propio nacional a la CPI. Se trata de un extremo poco probable, teniendo en cuenta que el objetivo de dichos acuerdos es, fundamentalmente, el de excluir de toda jurisdicción internacional al personal militar adscrito al contingente desplegado. Por ello, ante la vigencia de un acuerdo internacional y la existencia de una solicitud de detención y entrega, el Estado Parte en cuestión no podrá entregar al tercero y ponerlo a disposición de la CPI, lo que limita así el ámbito de actuación de la Fiscalía de la CPI.

Ahora bien, el artículo 98.2. del ER no puede ser interpretado extensivamente en el sentido de concluir que permite a las Partes en el ER celebrar amplios acuerdos bilaterales con otros Estados terceros con el fin de evitar así la detención y entrega de una persona requerida por la CPI. Esta práctica es manifiestamente contraria al objeto y el fin del ER y, más concretamente, a la previsión estipulada en este párrafo (Akande, 2003, p. 642). El precepto ha cobrado una relevancia especial a partir del

7 Además del artículo 98. 2. del ER citado, debemos tener en cuenta lo dispuesto por la regla 195 de las Reglas de Procedimiento y Prueba sobre el suministro de información (Sección V. La cooperación con arreglo al artículo 98): "1. El Estado requerido que notifique a la Corte que una solicitud de entrega o de asistencia plantea un problema de ejecución en relación con el artículo 98, proporcionará toda la información que sirva a la Corte para aplicar ese artículo. Cualquier tercer Estado interesado o el Estado que envíe podrá proporcionar información adicional para prestar asistencia a la Corte. 2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega sin el consentimiento del Estado que envíe si, con arreglo al párrafo 2 del artículo 98, ella fuera incompatible con las obligaciones que imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe antes de entregar a la Corte a una persona de ese Estado" (ONU, 2002, p. 101).

momento en que EE. UU. decidió lanzar una campaña generalizada de celebración de acuerdos bilaterales de este tipo (Amnistía Internacional, 2002; Scheffer, 2005, p. 336),⁸ tanto con Estados Parte como con terceros Estados, para vetar a la CPI el ejercicio de su jurisdicción sobre sus propios nacionales, independientemente de cuál sea su condición personal.⁹

En este orden de ideas, autores como Pace¹⁰ manifiestan que semejantes prácticas “forman parte de un esfuerzo multifacético del gobierno estadounidense para socavar la justicia internacional, el derecho internacional y las propias misiones internacionales de mantenimiento de la paz” (Amnistía Internacional, 2002, p. 3).

Pues bien, una de las manifestaciones más notorias de estos acuerdos, que entran en el ámbito de aplicación del párrafo segundo del artículo 98, aunque no sin polémicas,¹¹ son los conocidos SOFAS. Podemos afirmar que esta categoría de acuerdos son los que mejor se ajustan a la literalidad de la norma estatutaria y los que estuvieron en la órbita de los redactores del ER a la hora de codificar el párrafo mencionado del artículo 98 (Schabas, 2010, p. 1038). La idea primigenia detrás de los SOFAS era la de salvaguardar su conformidad con el ER, una vez este hubiese entrado en vigor, para garantizar su sintonía con el texto estatutario (Triffterer, 2009). Si bien esta idea parecía inocua, el resultado final fue absolutamente indeseado, ya que los SOFAS empezaron a celebrarse con el propósito de eludir la responsabilidad penal individual que demandaba el propio ER; es decir, los mismos acuerdos previstos por este se volvieron en su contra.

Generalmente, en ese tipo de tratados internacionales se incluyen reglamentaciones para la presencia y situación jurídica de los miembros pertenecientes a las FF. AA. del Estado que las envía al territorio del Estado que las recibe. Sobre todo, hay una cuestión que trasciende el contenido de dichos acuerdos: estos regulan a cuál de esos dos Estados corresponde el ejercicio de la jurisdicción penal sobre el

8 En palabras de Schabas (2001, p. 1045), se trataba de una campaña diplomática de acoso extendida a los Estados Partes en el Estatuto (“diplomatic bullying campaign”). En el mismo sentido, puede consultarse Human Rights Watch (2002).

9 La información disponible indica que, con fecha 11 de diciembre de 2006, el Departamento de Estado de EE. UU. había informado de la celebración de 102 acuerdos bilaterales de inmunidad (ABI) en un esfuerzo por proteger a los ciudadanos estadounidenses de la jurisdicción de la CPI. La Coalición por la CPI enumera más de 100 acuerdos en su Hoja Informativa sobre el estado de los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad de los Estados Unidos —*Status of u.s. Bilateral Immunity Agreements*— (Georgetown Law Library, 2022).

10 Pace ha sido coordinador de la Coalición por la CPI, 13 de agosto de 2002.

11 Entre los que defienden que el artículo 98. 2. del ER está previsto únicamente para los SOFAS, “el artículo 98.2 se introdujo para garantizar que los existentes Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas no quedaran anulados por el Estatuto de Roma, posterior en el tiempo. No se concibió como licencia para actuar impunemente con respecto a la Corte dejando que los Estados firmasen después entre ellos subsiguientes Convenios bilaterales que socavasen el conjunto de la estructura estatutaria” (Amnistía Internacional, 2002, p. 2).

personal de los contingentes militares para investigar y enjuiciar, dado el caso, sus actos criminales, inclusive los constitutivos de crímenes internacionales (Scheffer, 2005, p. 339).

¿Son conformes los SOFAS con la literalidad del párrafo segundo del artículo 98, teniendo en cuenta que el propósito primero del ER es poner fin a la impunidad de los autores de los más graves crímenes internacionales? Además, ¿se trata de acuerdos que tienen únicamente como destinatarios a los Estados Parte?

Por un lado, no encontramos ninguna referencia en los *travaux préparatoires*, que constituyen el registro oficial de la Conferencia Diplomática de Roma (Schabas, 2010), acerca de si el párrafo segundo del artículo 98 se refiere tan solo a los Estados Parte. El precepto habla de “Estado requerido”, que, entendemos, debe ser necesariamente un Estado Parte en el ER. Por otro lado, la entrega del individuo responsable del crimen, que se encuentre en el territorio del Estado Parte, solamente puede materializarse con el acuerdo expreso del Estado de su nacionalidad. Por consiguiente, el artículo 98.2. no excluye la posibilidad de que esos acuerdos puedan celebrarse por un tercer Estado respecto de un Estado Parte frente al que se planteará el incumplimiento obligacional porque lo que se pretende con ello es evitar la sustanciación de las denominadas obligaciones concurrentes.

2.1. El contenido material de los SOFAS

Por lo que se refiere a la conformidad de los SOFAS con el artículo 98.2. del ER, se trata de acuerdos promovidos fundamentalmente por EE. UU. con otros Estados, necesariamente Parte en el ER para que la CPI pudiera ejercer su jurisdicción territorial. En virtud de los SOFAS, el Estado Parte se compromete internacionalmente a no entregar a los nacionales estadounidenses a la CPI en el caso de ser requeridos para investigarlos y procesarlos. Para tales casos, EE. UU. defiende a ultranza la legalidad de los SOFAS, e incluso reclama su mención expresa en el texto de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, so pena de recurrir al derecho de veto.¹²

Sin embargo, en el lado opuesto se posiciona el Parlamento de la Unión Europea (2002), que ha tenido la ocasión de pronunciarse a este respecto, oponiéndose radicalmente a la compatibilidad de tales acuerdos con las disposiciones del ER:

Considerando que la presión política a nivel mundial ejercida actualmente por el Gobierno de los Estados Unidos para persuadir a los Estados Partes y a los Estados Signatarios del Estatuto de Roma, así

12 En la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de la ONU, por la que se remitió la situación en Darfur a la Fiscalía de la CPI, se incluyó la siguiente referencia: “Tomando nota de la existencia de los acuerdos mencionados en el artículo 98-2 del Estatuto de Roma”, precisamente para dotar de mayor legitimidad la práctica de EE. UU.

como a Estados no signatarios, de que *celebren acuerdos bilaterales de inmunidad que, sirviéndose indebidamente de su artículo 98*, impidan que funcionarios y empleados del Gobierno, personal militar o ciudadanos de los Estados Unidos sean entregados a la Corte Penal Internacional, no debería dar resultados en ningún país (Parlamento de la Unión Europea, 2002, considerando D).¹³

En segundo lugar, siguiendo al profesor Akande (2003), la suerte de los SOFAs dependerá de la interpretación que se le otorgue al apartado segundo del artículo 98 y de la posición legal que adopten los Estados, por ser estos quienes se encontrarían con obligaciones conflictivas con la CPI.¹⁴ En el mismo sentido en el que el apartado primero del artículo 98 se refería a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o de un *tercer Estado*, el apartado segundo fue ideado para los Estados no Parte que mantuvieran relaciones jurídicas del tipo señalado respecto de uno Parte en el ER (Wirth, 2001).

No obstante, cabe apreciar que la utilización del término “Estado que envíe” en el párrafo segundo sugiere que la norma no se refiere a cualquier tipología de acuerdos que pudiera sustanciarse en la práctica, sino a unos acuerdos concretos, en los que necesariamente hay un Estado que envía y otro que recibe a una persona de su nacionalidad.

La afirmación anterior indica que se trata de una situación preexistente entre los Estados implicados. Una sintaxis similar se emplea cuando un Estado envía una “misión especial” ante otro Estado con el consentimiento de este último para tratar con él asuntos determinados o realizar ante él un cometido determinado.¹⁵ Por lo tanto, la condición de la *oficialidad* debe estar presente en todo caso y la persona enviada debe desempeñar una función oficial en representación del Estado que la envía, es decir, en el cumplimiento de un acto oficial. *A sensu contrario*, si la persona actúa meramente como un sujeto privado, entonces no podría estar comprendida dentro del ámbito de aplicación de los acuerdos a los que se refiere la disposición (Benzing, 2004; Murphy, 2003; Zappalà, 2003).

13 Cursivas fuera del original.

14 Por un lado, la obligación de entregar a la CPI una persona sometida a su jurisdicción, nacional de un tercer Estado, y, por otro lado, la de no entregar o no extraditar a dicha persona según disponga el SOFA.

15 Véase la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas*, de 18 de abril de 1961; la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, de 24 de abril de 1963 o la *Convención sobre las Misiones Especiales*, de 8 de diciembre de 1969. Cabe destacar que, aunque no hubiese sido la intención que dichos tratados fueran comprendidos por el ámbito de aplicación del artículo 98. 2., sino por el párrafo primero de ese artículo, el tenor literal del apartado segundo nos da a entender que los tratados que confieren algún tipo de privilegio entran dentro de su ámbito de aplicación.

Estos SOFAS, que conceden inmunidad de jurisdicción ante la CPI cuando el propio ER la proscribiera, al menos en el formato propuesto por EE. UU., atacan directamente la integridad del ER y socavan el normal y efectivo funcionamiento de la CPI. En efecto, estamos ante *acuerdos que no se ajustan al tenor literal* del párrafo segundo del artículo 98 del ER (Johansen, 2006; Tan, 2003). Es más, se trata de acuerdos que contribuyen a fomentar un espacio de impunidad para los sospechosos de haber cometido crímenes de la competencia de la CPI que, además, violan el principio *pacta sunt servanda* y la obligación general impuesta a los Estados Parte por el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de no realizar actos que puedan comprometer el objeto y el fin del tratado.

Por ello, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa no ha tardado en rechazar enérgicamente la campaña estadounidense en estos términos:

Dichos acuerdos infringen el Estatuto de Roma de la CPI (en particular sus artículos 27, 86 y 98, párrafo 2, que solo permiten exenciones estrictamente definidas en el marco de los Acuerdos sobre el Estatuto de las Fuerzas), y el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual los Estados deben abstenerse de toda acción que no sea compatible con el objeto y el fin de un tratado.¹⁶

Asimismo, sobre la influencia de los SOFAS con respecto a la jurisdicción de la CPI, son notorias las palabras de O’Keefe (2016):

La entrega por parte de un Estado Parte de una persona para su enjuiciamiento por la Corte, sobre la que existe un acuerdo de no enjuiciar, constituiría un incumplimiento por parte de ese Estado Parte de su compromiso, ya que equivaldría al enjuiciamiento por ese Estado, a través de la Corte, de dicha persona (p. 439).¹⁷

16 Traducción no oficial. El texto en inglés establece: “[S]uch agreements are in breach of the Rome Statute of the ICC (in particular its Articles 27, 86 and 98, paragraph 2 which allow only narrowly-defined exemptions within the framework of status of force agreements), and of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, according to which states must refrain from any action which would not be consistent with the object and purpose of a treaty” (Consejo de Europa, 2003). Véase Committee on Legal Affairs and Human Rights (2003).

17 Traducción no oficial. El texto en inglés establece: “A State Party’s surrender for prosecution by the Court of a person whom it has undertaken not to prosecute would constitute a breach by that State Party of its undertaking, since it would amount to the prosecution by that state, via the medium of the Court, of the person.”

Efectivamente, según estas afirmaciones, podemos concluir que dichos acuerdos están destinados a impedir, en términos generales y sin diferenciar, que ciertos ciudadanos (*nationals*),¹⁸ acusados por la Fiscalía de la CPI de haber cometido actos criminales que entran en el ámbito de los crímenes del artículo 5 del ER, puedan ser efectivamente entregados a la CPI. A modo de ejemplo, procede citar el Acuerdo sobre la entrega de personas a la CPI entre la República de Azerbaiyán y EE. UU., de 26 de febrero de 2003.¹⁹ Sobre este acuerdo llama poderosamente la atención que, para su adopción, las Partes se fundamentan en el artículo 98 del ER: “[b]earing in mind Article 98 of the Rome Statute” (*Acuerdo sobre la entrega de personas a la CPI entre la República de Azerbaiyán y EE. UU.*), cuando ni Azerbaiyán ni EE. UU. han ratificado este tratado. Es decir, desde el punto de vista jurídico, ambos países legitiman su actuación en una norma *que no les pertenece*. En todo caso, no hay que perder de vista que el artículo 98.2. no prejuzga sobre la validez de un acuerdo que no entra en su ámbito de aplicación, este seguirá siendo plenamente válido ante el derecho internacional, obligando a todas las Partes contratantes a cumplirlo de buena fe (Akande, 2003, p. 646; Schabas, 2010, p. 1045).

Si el Estado Parte decide acatar la orden emitida por la CPI, entonces debería responder internacionalmente por el incumplimiento obligacional frente al tercer Estado, que no habría dado su consentimiento a la entrega. Se trataría, claramente, de una situación de *obligaciones concurrentes conflictivas* hacia la CPI y hacia el

18 Una muestra más de lo anterior en encuentra en los textos que acompañan la adopción de la Resolución 1593 (2005) del CSONU, que remite la situación en Darfur, Sudán, a la Fiscalía de la CPI. En estos textos, la representante de EE. UU., Sra. Patterson, estableció: “Como se sabe, en lo que respecta a nuestras preocupaciones sobre la competencia de esta Corte y la posibilidad de que se politicen los procesamientos, desde que entró en vigor el Estatuto de Roma hemos concertado acuerdos con 99 países, más de la mitad de los Estados Miembros de esta Organización, para protegernos de la posibilidad de traslado o de entrega de nacionales de los Estados Unidos a dicha Corte. Apreciamos el hecho de que en la resolución se tome nota de la existencia de esos acuerdos y, a medida que avancemos, seguiremos concertando acuerdos de esa índole con otros países” (CSONU, 2005, p. 4).

Por su parte, la Delegación de Brasil se opuso a la referencia anterior, incluida a petición de EE.UU., en los siguientes términos: “El texto que acaba de aprobarse contiene un párrafo del preámbulo en virtud del cual el Consejo toma nota de la existencia de acuerdos a los que se hace referencia en el artículo 98-2 del Estatuto de Roma. Resulta difícil para mi delegación apoyar una referencia que, no sólo no favorece la lucha contra la impunidad, sino que también subraya una disposición cuya aplicación ha sido una cuestión sumamente polémica. Consideramos que sería contradictorio mencionar, en el texto mismo de una remisión hecha por el Consejo a la Corte Penal Internacional, medidas que limitan la jurisdicción de la Corte” (CSONU, 2005, p. 12). Con ello, Brasil reconoció que esta inclusión llevaba consigo consecuencias sustanciales y que no se trataba tan solo de una declaración inocua por parte de EE. UU.

19 El Acuerdo se había firmado en Washington el 26 de febrero de 2003 y entró en vigor el 28 de agosto de ese mismo año. En su artículo 1 se establece: “For the purposes of this Agreement, “persons” are current or former Government officials, employees (including contractors), or military personnel or nationals of one Party.” Lo anterior demuestra claramente que el ámbito de aplicación personal de los acuerdos firmados por EE. UU. con otros países para evitar la entrega o transferencia de sus ciudadanos a la CPI exceden lo dispuesto por el artículo 98. 2. del ER.

Estado no Parte. Aunque, en tal caso, ninguna de las obligaciones tendría carácter prevalente para decidir sobre su cumplimiento prioritario.

Por otro lado, centrándonos en la situación en Afganistán, de máxima actualidad por haberse autorizado finalmente la apertura de una investigación por la Fiscalía de la CPI (Sala de Apelaciones, 2020), los miembros que componían las FF. AA. de EE. UU. con presencia en el territorio afgano se beneficiaban de un estatus especial y privilegiado en virtud del Acuerdo de Cooperación de Seguridad y Defensa entre los Estados Unidos de América y la República Islámica de Afganistán, de 30 de septiembre de 2014, particularmente el artículo 13. Conforme a este, las conductas de estos individuos no podían ser investigadas ni enjuiciadas por las autoridades judiciales afganas.²⁰ Por lo que, en la práctica, los nacionales de EE. UU. disfrutaban de inmunidad procesal durante su permanencia en territorio afgano y hasta la retirada efectiva de las tropas estadounidenses, materializada por la Administración Biden en agosto de 2021. Cabe advertir que dicha inmunidad procedía del propio acuerdo, que, a su vez, entraría en conflicto con lo estipulado por el artículo 27.2. del ER.

Ahora bien, aunque este artículo no es oponible a EE. UU., sí obliga a Afganistán por su condición de Parte, enfrentándose a dos obligaciones concurrentes y conflictivas. Por un lado, la que emana del propio ER y ordena la detención y entrega de una persona que goza de inmunidad. Por otro, la que nace directamente del acuerdo y reconoce a favor de EE. UU. el derecho que ninguno de sus nacionales situados en el Estado huésped sea entregado a la CPI, ya se trate del personal militar, el componente civil o de cualquier otro ciudadano ordinario (Security and Defense Cooperation Agreement between the United States of America and the Islamic Republic of Afghanistan, 2014, art. 13.5.).

Entonces, ¿cómo podría solucionarse semejante situación? En primer lugar, la CPI debería abstenerse de su actuación; es decir, no daría curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual Afganistán debería actuar de forma incompatible con las obligaciones que le impone el SOFA. Según el artículo 13.5. de este, se requiere expresamente el consentimiento de EE. UU. como Estado que envía las FF. AA. para entregar a la

20 Además del SOFA entre Afganistán y los Estados Unidos, la Administración Provisional de Afganistán, antes de que ese país se convirtiera en Estado Parte en el ER el 10 de febrero de 2003, había suscrito en 2002 el *Military Technical Agreement between International Security Assistance Force (ISAF) and the Interim Administration of Afghanistan*, en el que se disponía: "The Interim Administration agree that ISAF and supporting personnel, including associated liaison personnel, may not be surrendered to, or otherwise transferred to the custody of, an international tribunal or any other entity or State without the express consent of the contributing nation."

También puede consultarse el último SOFA firmado entre Afganistán y la OTAN: *Agreement between the North Atlantic Treaty Organization and the Islamic Republic of Afghanistan on the Status of NATO Forces and NATO personnel conducting mutually agreed NATO-led activities in Afghanistan*, de 30 de septiembre de 2014.

CPI a una persona sujeta a su jurisdicción. Tal resultado podría obtenerse en el caso de que la propia CPI, como prevé el inciso final del artículo 98.2. del ER, obtenga, *ex ante*, la cooperación de EE. UU. para que dé su consentimiento a la entrega. Aunque cabe afirmar que ello resultaría improbable porque la intención de dicho país ha sido la de no entregar a sus nacionales a ninguna jurisdicción internacional.

La conclusión a la que podemos llegar, teniendo en cuenta la afirmación anterior, es que, si bien la existencia del SOFA no incide en el ejercicio de la competencia de la CPI *de un modo directo* (*Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, 2017, par. 46), en cambio, *sí que puede alterar su funcionamiento* cuando llegue el momento procesal oportuno en el que el presunto responsable tenga que comparecer para la confirmación de los cargos e incluso para el juicio oral, dado que los procesos *in absentia* están proscritos por el ER.²¹ En esta situación, la imposibilidad jurídica de cooperar del Estado requerido, Afganistán, podría impedir que la CPI ejerciera de un modo efectivo su competencia porque ni la obligación que emana del ER ni la obligación de no traslado que dictamina el SOFA tienen superioridad jerárquica entre sí. En tal supuesto, tampoco podría invocarse la operatividad del artículo 103 de la Carta de la ONU, puesto que no se trata de obligaciones nacidas *en virtud de la Carta*.²²

Una última opción por explorar sería recurrir al artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como medida de solución. Pues, nos encontramos ante dos tratados sucesivos concernientes a la misma materia que están en vigor, aunque sus disposiciones se aplicarían de forma desigual entre los Estados implicados.²³ Con ello, ¿cuál de esos dos tratados aplicamos primeramente?

Para empezar, el apartado primero del mencionado artículo se refiere, en plural, a “los Estados Parte en tratados sucesivos concernientes a la misma materia”. No obstante, en nuestro caso, las Partes en el tratado anterior (el ER) no coinciden con las del tratado posterior (el SOFA). Por lo que, en virtud del literal b) del artículo 30. 4. de la Convención de Viena, leído *en contrario*, cuando las Partes en el tratado *posterior* no sean todas ellas Partes en el tratado *anterior*²⁴ se puede concluir

21 El artículo 63 del ER consagra la regla de la presencia del acusado en el juicio y estipula que este “estará presente durante el juicio”.

22 Esta disposición establece: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”. Véase Kelsen, (1948-1949).

23 La bibliografía sobre los criterios interpretativos respecto de tratados sucesivos concernientes a la misma materia es muy extensa, por lo que, pueden consultarse las contribuciones de Akehurst (1975), Fernández de Casadevante Romaní (1996), Fitzmaurice (1957), Remiro Brotons (1987), Villagrán Kramer (2003) y Wright (1917).

24 El artículo 30. 4. de la CVOT dispone: “[c]uando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior”.

que en las relaciones entre un Estado que sea Parte en ambos tratados (como lo es Afganistán) respecto de otro Estado que lo sea solo en uno de ellos (como EE. UU.), los derechos y las obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean Parte.

En consecuencia, las relaciones entre esos Estados se regirán por las disposiciones del SOFA, que, como ya señalamos *consagra la regla de la inmunidad procesal*, por prohibir la entrega de todo personal militar y el componente civil a un tribunal penal internacional. Aquí podemos apreciar cómo los SOFAS, nacidos del derecho soberano o *ius contrahendi* de los Estados, se configuran como medidas disponibles para los Estados, que limitan la actividad jurisdiccional de la CPI.

Además, la solución a la que acabamos de llegar se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir Afganistán como Estado Parte frente a la CPI (Kress & Prost, 2016, p. 2146), fundamentalmente “por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones [son] incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado”, según dispone el párrafo quinto del artículo 30 de la citada convención.

Finalmente, en cuanto a los tipos de acuerdos por razón de la materia, el lenguaje que utilizaron los redactores del ER no circunscribe la norma tan solo a los SOFAS, por lo que, los acuerdos de no entrega firmados en virtud de este precepto pueden adoptar formas muy distintas, comprendiendo, *inter alia*, los acuerdos de extradición, los acuerdos que reglamentan el estatuto de las FF. AA. extranjeras, *stricto sensu*, así como los tratados que confieren privilegios e inmunidades a los agentes diplomáticos, funcionarios consulares y enviados en misiones especiales (Kress & Prost, 2016).

2.2. El alcance temporal de los SOFAS

En cuanto al momento temporal de celebración de los SOFAS, que sería determinante para admitir su compatibilidad o no con el ER, resulta que el apartado segundo del artículo 98 no se pronuncia expresamente sobre semejante cuestión, a diferencia de los artículos 90.6.²⁵ y 93.3. (ONU, 1998) que hablan de obligaciones internacionales *existentes*, dejando esta materia sin determinación. Como sabemos, toda cuestión abierta admite diferentes interpretaciones y posiciones doctrinales. Una

25 Solicitudes concurrentes. Cabe destacar que la versión española del texto auténtico no coincide con la versión en inglés, en la que se encuentra una referencia expresa a las normas internacionales existentes. El texto en español establece: “En los casos en que sea aplicable el párrafo 4, y salvo que el Estado requerido esté obligado por alguna norma internacional a extraditar la persona al Estado requirente que no sea parte en el presente Estatuto”. Por el contrario, la versión en inglés dice: “In cases where paragraph 4 applies except that the requested State is under an existing international obligation to extradite the person to the requesting State not Party to this Statute” (ONU, 1998).

parte de la doctrina se inclina por la interpretación literal y contextual del precepto, afirmando que, si este no excluye explícitamente los acuerdos subsiguientes a la entrada en vigor del ER, esto es, posteriores al 1 de julio de 2002 —donde entrarían tanto el acuerdo de Afganistán, como el de Azerbaiyán con los EE. UU.—, entonces cabría admitirlos (Crawford, 2003, par. 38; Scheffer, 2005; Zappalà, 2003).

Por el contrario, nosotros rechazamos esta interpretación extensiva, que desvirtúa el objeto y el fin del ER y atenta manifiestamente contra su integridad. No hay que olvidar que el párrafo segundo del artículo 98 se introdujo en el ER para evitar que los Estados signatarios, al momento de ratificarlo, se encontrasen ante una situación de incompatibilidad con respecto a los acuerdos que ya tuvieran firmados. Por lo tanto, en este caso no hay que entender la ausencia de la palabra “existente”, atribuible, asimismo, a que el contenido del artículo fue acordado a última hora en la Conferencia Diplomática de Roma, como una *carte blanche* para cualquier Parte que, después de haber ratificado el ER, se sintiera libre para firmar arbitrariamente uno de estos acuerdos de no entrega a la CPI. En todo caso, a la luz del artículo 119, la compatibilidad de estos acuerdos será sometida a la Asamblea de los Estados Parte o, si esta no pudiera resolver por sí misma la controversia, podría recomendar su remisión a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para que zanjara la diferencia jurídica.

Al hacer una interpretación más restrictiva del artículo 98.2. del ER, resulta que solamente los acuerdos firmados por los Estados antes de su ratificación serían subsumibles en la norma, por aplicación de la regla *prior in tempore, potior in iure*, por ser la obligación de no entrega del nacional del Estado que lo envía de carácter internacional y anterior en el tiempo (European Union Commission, 2002). En palabras del profesor Triffterer (2009), la interpretación más conservadora del párrafo segundo constituye una excepción a la obligación general de cooperar conforme al artículo 86, más concretamente, a la obligación de entrega de personas a la CIP dentro de unos confines razonables (Kress & Prost, 2016, pp. 2145; Kaul & Kress, 1999, p. 165; Keith 2000). Incluso, aquellos que defienden la interpretación extensiva como Crawford et al. (2003), reconocen que cualquier acuerdo nuevo, lenguaje que tampoco emplea el precepto, “debe, por tanto, prever claramente que el Estado que ‘envía’ someta a la persona a una investigación efectiva y, cuando sea de recibo, a un enjuiciamiento” (par. 50).²⁶

26 Traducción no oficial. El texto en inglés establece: “should therefore make clear provision to ensure that the ‘sending’ State subjects the person to effective investigation and, where warranted, prosecution.”

Es decir, incluso cuando estos autores admiten la conformidad de los SOFAS posteriores a la entrada en vigor del ER, también reconocen que los mismos deben estar supeditados a ciertos condicionantes para evitar la impunidad absoluta de los autores de los más graves crímenes internacionales.

En todo caso, con independencia del acuerdo de que se trate, siempre que el mismo precise del consentimiento del Estado que envía para entregar a la CIP a una persona sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, estaríamos ante una situación que limitaría las posibilidades para que la CIP pudiera ejercer su competencia. Se trataría, en definitiva, de una limitación jurisdiccional para la CIP en beneficio de los nacionales de terceros Estados. De otra forma, más que de una limitación de competencia, se trataría de un argumento a favor de los Estados Parte: “[s]u impacto potencial consiste en otorgar a los Estados una razón para denegar la entrega u otras formas de cooperación cuando existan tales acuerdos y se trate de nacionales de un Estado que no sea Parte” (Schabas, 2010, p. 1045).²⁷

Conclusiones

Como una primera conclusión de este estudio, podemos afirmar que los SOFAS se manifiestan como unas medidas que limitan la jurisdicción de la CPI, en el sentido de que crean la imposibilidad material para que esta prosiguiera con una investigación en curso o, en su caso, para sustanciar propiamente el enjuiciamiento del acusado de uno de los crímenes de su competencia. Dichos acuerdos confieren una especie de inmunidad procesal *ad hoc* para sus destinatarios, entendiéndose como un límite a la actividad jurisdiccional de la CIP por los efectos jurídicos que produce sobre su *praxis* judicial.

En segundo lugar, el tipo de acuerdos del artículo 98.2. del ER que conceden inmunidad de jurisdicción ante la CIP, cuando el propio ER la proscribiera en el artículo 27, atacan directamente la integridad de este y socavan el normal y efectivo funcionamiento de la CPI. En efecto, se trata de unos acuerdos que no se ajustan al tenor literal del párrafo segundo del artículo 98 y su celebración viola el principio *pacta sunt servanda* y la obligación general impuesta a los Estados Parte por el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de no frustrar el objeto y el fin del ER como tratado fundacional de la CPI.

En definitiva, procede concluir que en los supuestos donde prevalece la inmunidad procesal conferida por los SOFAS existe una brecha o limbo jurisdiccional que hace que reine la impunidad para los autores de los más graves crímenes

27 El texto en inglés dice: “[t]heir potential impact is in providing States with a reason to deny surrender or other forms of cooperation where such agreements exist and nationals of a non-party State are concerned.”

internacionales, en el sentido de que las conductas quedan impunes a las órdenes de sus respectivos gobiernos. En estos supuestos, en los que el Estado tercero no cooperaría con la CPI, la vía factible para combatir la impunidad sería el recurso a los sistemas nacionales de justicia penal, donde los propios tribunales del Estado de la nacionalidad del acusado del crimen tomarían una relevancia destacada por ser los que efectivamente pueden investigar tales conductas constitutivas de crímenes internacionales.

Con todo ello, queda en evidencia que estos acuerdos contribuyen a fomentar un espacio de impunidad en beneficio de los sospechosos de haber cometido los más graves crímenes internacionales en Afganistán por ser el objeto de estudio, pero también podría plantearse semejante situación en Ucrania si Rusia se dedicase a celebrar acuerdos de este tipo con Estados Parte para evitar la entrega de sus nacionales, elementos militares y civiles, a la Fiscalía de la CPI. Afortunadamente, cabe advertir que la práctica de tales acuerdos ha ido en declive y perdiendo intensidad entre los Estados de la comunidad internacional.

Referencias

- Akande, D. (2003). The jurisdiction of the International Criminal Court over nationals of Non-Parties: Legal basis and limits. *Journal of International Criminal Justice*, 1(3), 618-650.
- Akande, D. (2006). The application of international law immunities in prosecutions for international crimes. En J. Harrington, M. Milde, & R. Vernon (Eds.), *Bringing power to justice? The prospects of the International Criminal Court*. McGill-Queen's University Press.
- Akehurst, M. (1975), The hierarchy of the sources of international law. *British Yearbook of International Law*, 47(1), 273-285.
- Amnistía Internacional. (2002). *Los esfuerzos estadounidenses por conseguir impunidad para el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra*. <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/09/ior400252002es-1.pdf>
- Benzing, M. (2004), U. S. bilateral non-surrender agreements and article 98 of the Statute of the International Criminal Court: An exercise in the law of treaties. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 8, 181-236.

- Berman, F. (1999), The relationship between the International Criminal Court and the Security Council. En H. A. M. von Hebel, J.G. Lammers, & J. Schukking (Eds.), *Reflections on the International Criminal Court. Essays in honour of Adriaan Bos* (pp. 173-180). T. M. C. Asser Press – Springer.
- Broomhall, B. (2003). *International justice and the International Criminal Court: Between sovereignty and the rule of law*. Oxford University Press.
- Crawford, J., Sands, Ph., & Wilde, R. (2003). *Joint opinion on bilateral immunity agreements sought by the United States under article 98(2) of the Statute*.
- Escobar Hernández, C. (2000). Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas. En J. Quel López (Ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional* (pp. 31-44). AEPDIRI – BOE.
- Escudero Espinosa, J. F. (2003). Los poderes del Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 19, 185-261.
- Fernández de Casadevante Romaní, C. (1996), *La interpretación de las normas internacionales*. Aranzadi.
- Fitzmaurice, G. (1957). The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law. *Recueil des Cours*, 92, 1-227.
- Gaeta, P. (2002). Official capacity and immunities. En A. Cassese, P. Gaeta, & J.R.W.D. Jones (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary Vol. I* (pp. 975-1002). Oxford University Press.
- Gargiulo, P. (1999a). Il controverso rapporto tra Corte penale interazionale e Consiglio di sicurezza per la repressione dei crimini di diritto interazionale. *La comunità internazionale*, 54(3), 428-473.
- Gargiulo, P. (1999b). The controversial relationship between the International Criminal Court and the Security Council. En F. Lattanzi & W. A. Schabas (Eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court Vol. I* (pp. 67-104). II Sirente.
- Johansen, R. C. (2006). The impact of us policy toward the International Criminal Court on the prevention of genocide, war crimes, and crimes against humanity. *Human Rights Quarterly*, 28(2), 301-331.

- Kaul, H.-P., & Kress, C. (1999). Jurisdiction and cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and compromises. *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2(1), 143-175.
- Keith Hall, C. (2000). The first five sessions of the UN preparatory commission for the International Criminal Court. *American Journal of International Law*, 94(4), 773-789.
- Kelsen, H. (1948-1949). Conflict between obligations under the Charter of the United Nations and obligations under other international agreements. An analysis of article 103 of the Charter. *University of Pittsburg Law Review*, 10(1), 284-294.
- Kress, C., & Prost, K. (2016). Article 98. Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender. En O. Triffterer & K. Ambos (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary* (pp. 2117-2146). C. H. BECK – Hart – Nomos.
- Murphy, S. D. (2003). u. s. Bilateral Agreements Relating to ICC. *American Journal of International Law*, 97(1), 200-203.
- O’Keefe, R. (2016). Response: “Quid,” not “quantum”: A comment on “how the International Criminal Court threatens treaty norms. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 49(1), 433-441.
- Remiro Brotons, A. (1987). *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*. Tecnos.
- Schabas, W. A. (2001), *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge University Press.
- Schabas, W. A. (2010). *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*. Oxford University Press.
- Scheffer, D. (2005). Article 98(2) of the Rome Statute: America’s original intent. *Journal of International Criminal Justice*, 3(2), 333-353.
- Tan, Ch. J. (2003). The proliferation of bilateral non-surrender agreements among non-ratifiers of the Rome Statute of the International Criminal Court. *American University International Law Review*, 19(5), 1115-1180.

- Triffterer, O. (2009). 'Irrelevance of official capacity' – Article 27 Rome Statute undermined by obligations under international law or by agreement (Article 98)? En I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet, & S. Wittch (Eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner* (pp. 571-602). Brill-Nijhoff.
- Villagrán Kramer, F. (2003). *Derecho de los tratados*. Ferg Editores.
- Watts, A. (1994), The legal position in international law of heads of states, heads of governments and foreign ministers. *Recueil des Cours*, 247, 9-130.
- Wirth, S. (2001). Immunities, related problems, and article 98 of the Rome Statute. *Criminal Law Forum*, 12(4), 429-458.
- Wright, Q. (1917). Conflicts between international law and treaties. *American Journal of International Law*, 11(3), 566-579.
- Yee, L. (1999). The International Criminal Court and the Security Council: Articles 13(b) and 16. En R. S. Lee (Ed.), *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute, issues, negotiations, results* (pp. 143-152). Kluwer Law International.
- Zappalà, S. (2003). The reaction of the us to the entry into force of the ICC statute: Comments on UNSC Resolution 1422 (2002) and article 98 agreements. *Journal of International Criminal Justice*, 1(1), 114-134.

Jurisprudencia

- Comisión Europea. (2002). *Effective Functioning of the International Criminal Court (ICC) Undermined by Bilateral Immunity Agreements as Proposed by the U.S.*
- Committee of Legal Affairs and Human Rights. Threats to the International Criminal Court, Doc. 9844 (24 junio 2003). <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10198&lang=EN>
- Consejo de Europa. (2003). *Resolution 1336*. <https://pace.coe.int/pdf/b4bf06f9ba-f1b9dc19ddceacbc8fab511892ecf75ca3eb6d5c522bd1d4a44339/resolution%201336.pdf>
- Corte Penal Internacional —CPI—. *Situation in Ukraine*, ICC-01/22 (marzo-abril 2022). <https://www.icc-cpi.int/ukraine>

- Corte Penal Internacional —CPI—, Sala de Apelaciones. *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan Doc. ICC-02/17-138 (5 marzo 2020).
- Corte Penal Internacional —CPI—, Sala de Apelaciones. *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, Doc. ICC-02/05-01/09OA2 (6 mayo 2019).
- Corte Penal Internacional —CPI—, Sala de Cuestiones Preliminares. *Situation in the State of Palestine*, ICC-01/18-143 (5 febrero 2021). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_01165.PDF
- Corte Penal Internacional —CPI—, Fiscalía. *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, ICC-02/17-7-Conf-Exp, Doc. ICC-02/17-7-Red (20 noviembre 2017).
- Georgetown Law Library. (2022) *Countries that have Signed Article 98 Agreements with the U. S.* [base de datos]. <https://guides.ll.georgetown.edu/c.php?g=363527&p=2456099>
- Organización de las Naciones Unidas —ONU—. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, A/CONF.183/9 (17 julio 1998). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/234/15/PDF/N9823415.pdf?OpenElement>
- Organización de las Naciones Unidas —ONU—. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. <https://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/07/19980717%2006-33%20PM/volume-2187-I-38544-Spanish.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas —ONU—, Asamblea General. *Carta de fecha 28 de febrero de 2014 dirigida a la Presidenta del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de Ucrania ante las Naciones Unidas A/es-11/L.1** (1 marzo 2022a). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N22/272/30/PDF/N2227230.pdf?OpenElement>
- Organización de las Naciones Unidas —ONU—. (2002b). *Primer periodo de sesiones Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002. Documentos oficiales*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/603/38/PDF/N0260338.pdf?OpenElement>

Organización de las Naciones Unidas —ONU—. 5158 sesión, S/PV.5158 (31 marzo 2005). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/PRO/N05/292/50/PDF/N0529250.pdf?OpenElement>



Esperanza en el sistema jurídico de derecho penal de la comunidad internacional

Hope in the International Community's Legal System of Criminal Law

Esperança no sistema jurídico do direito penal da comunidade internacional

Ana Isabel Carreras Presencio*

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2022

Fecha de aprobación: 2 de agosto de 2022

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11839>

Para citar este artículo: Carreras Presencio, A. I. (2022). Esperanza en el sistema jurídico de derecho penal de la comunidad internacional. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 10, 1-27. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11839>

Resumen

La protección de los derechos humanos (DDHH) genera obligaciones para los Estados, según recogen las normas internacionales de DDHH, con unos mecanismos de supervisión que, aunque revisados, no cumplen a cabalidad su propósito. Unas normas de protección de DDHH que también pueden ser de prohibición, con límites por falta de jurisdicción internacional en su persecución. En positivo, se ha desarrollado un sistema jurídico de derecho penal internacional para la persecución centralizada de las violaciones de DDHH, solo las de especial gravedad y trascendencia para la comunidad internacional.

Palabras clave: derechos humanos; violación grave de derechos humanos; crímenes internacionales; responsabilidad; inmunidad.

* Doctora en derecho internacional público y relaciones internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Profesora Asociada de Derecho Penal. Profesora Asociada de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Abogada ejerciente. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Correo electrónico: ana.carreras@urjc.es ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2293-5061>

Abstract

The protection of Human Rights generates obligations for the States, according to international human rights standards, with some monitoring mechanisms, which, although revised, do not accomplish their purpose. Some human rights protection norms of prohibition are limited due to the lack of international jurisdiction in their persecution. On the positive side, a legal system of international criminal law has been developed for the centralized prosecution of human rights violations, only those of particular gravity and importance for the international community.

Keywords: Human Rights; serious violation of human rights; international crimes; responsibility; immunity.

Resumo

A proteção dos direitos humanos gera obrigações para os Estados, conforme as normas internacionais de direitos humanos, porém, com mecanismos de fiscalização que, embora revisados, não terminam de culminar em sua finalidade. Algumas destas normas de proteção dos direitos humanos também podem ser de proibição, porém, com limites devido à falta de jurisdição internacional para sua acusação. Do lado positivo, foi desenvolvido um sistema jurídico de direito penal internacional para a acusação centralizada de violações de direitos humanos, embora apenas aquelas de especial gravidade e importância para a comunidade internacional sejam consideradas.

Palavras-chave: direitos humanos; grave violação dos direitos humanos; crimes internacionais; responsabilidade; imunidade.

Introducción

Lo acontecido en Ucrania, el 24 de febrero de 2022, no ha tenido paragón respecto de lo ocurrido en otras regiones del mundo después de la Segunda Guerra Mundial (SGM). Ucrania fue invadida por la Federación Rusa y su máximo mandatario parece haber sido el propulsor. Ante tal hecho histórico, la comunidad internacional y su órgano garante de la paz y la seguridad, el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (ONU), inmediatamente ocurridos los hechos, convocaron una reunión extraordinaria para adoptar medidas. Recordemos que, después de la SGM, nos hemos dado un orden mundial de paz colectivo, con arreglo pacífico de controversias, a través de tratados internacionales, como la Carta de San Francisco, donde se recogen medidas al respecto: su Capítulo VI, las medidas suaves, médula del sistema de seguridad colectiva, y su Capítulo VII, el brazo fuerte, donde se permite la adopción de medidas coercitivas para hacer cumplir las medidas del Capítulo VI.

De los logros de 1945, hoy padecemos lodos, y hemos llegado hasta lo extraordinario. Uno de los Estados permanentes del Consejo de Seguridad, con derecho a veto, es la propia Federación Rusa, quien, tras la convocatoria a una reunión extraordinaria para adoptar una resolución de condena a la acción militar de invasión a Ucrania, formuló voto en contra. Por esta razón, el Consejo de Seguridad, el 27 de febrero de 2022, adoptó una resolución (S/RES/2623/2022) por la que aprobó la celebración de una sesión extraordinaria de la Asamblea General de la ONU para adoptar resolución de condena de la comunidad internacional, la undécima que se celebra desde 1945, con los votos favorables de 148 Estados miembros. No obstante, nos encontramos ante una encrucijada. El Consejo de Seguridad es el órgano que tiene encomendada, en exclusiva, la responsabilidad de determinar el ejercicio del mantenimiento de la paz, por lo que puede determinar la existencia de una amenaza de paz o determinar la existencia de un acto de agresión, mas no es el único que tiene encomendada la responsabilidad del mantenimiento de la paz frente a su quebranto. Así, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) también se pronunció inmediatamente. En particular, emitió un comunicado, en marzo de 2022, dando a conocer la apertura de una investigación sobre lo ocurrido después de su examen preliminar. Así mismo, 43 Estados parte remitieron su interés en tal apertura. Ucrania no es Estado parte del tratado del Estatuto de la CPI; no obstante, ha planteado en dos ocasiones prerrogativas para aceptar su jurisdicción —en el ámbito jurídico internacional esto es un comienzo—. En tal sentido, tenemos esperanza en el sistema jurídico penal internacional para que se investigue lo ocurrido en Ucrania para determinar el autor o los autores, su enjuiciamiento, la

responsabilidad penal individual y su condena porque en Ucrania, desde febrero de 2022, se están cometiendo violaciones graves de DDHH y de derecho internacional humanitario (DIH), de trascendencia para la comunidad internacional. Un sistema jurídico penal internacional con un proceso de creación laborioso y debatido, que necesitó casi toda la segunda mitad del siglo XX, hasta su precipitación y ajuste a finales de siglo, tras los tamaños horrores de violencia, masacres y exterminios. Un sistema jurídico penal internacional que, en el actual siglo XXI, es la esperanza de la comunidad internacional.

En efecto, con la internacionalización de los DDHH a mediados del siglo XX, como nuevo límite del derecho internacional al poder soberano de los Estados, planteamos: ¿fue este sistema suficiente para la protección de la dignidad humana? ¿Necesita la comunidad internacional un nuevo sistema jurídico internacional frente a la violación más grave de DDHH? ¿Por qué un nuevo sistema jurídico internacional solo para violaciones graves de trascendencia para la comunidad internacional? ¿Qué supone la creación de este nuevo sistema jurídico internacional? Todas estas preguntas serán respondidas a lo largo de este trabajo. En la primera parte se analizan la creación y el ajuste del sistema jurídico internacional del derecho penal en conexión con los DDHH. Para ello se evaluaron con el mayor rigor estudios doctrinales, con ocasión de lo que actualmente acontece en el continente europeo. La doctrina científica ha hecho un estudio exhaustivo del derecho penal internacional y su desarrollo. Es un trabajo sobre el origen y la justificación del derecho penal internacional. Un sistema jurídico, tal y como se analiza, que contó con grandes dificultades para su constitución. En tal sentido, en la segunda parte del trabajo, se hace un estudio descriptivo de la laboriosa y tenaz actuación de grandes internacionalistas que trabajaron para dotar al ámbito jurídico internacional de un nuevo sistema jurídico. Con ello se pretende subrayar el trabajo de estas personalidades, con el fin de ponerlo en valor y reflexionar de forma permanente. Finalmente, en la tercera parte del trabajo, al lector se le posiciona la información suficiente para ir dando respuesta a la tesis planteada.

Una última cuestión, el trabajo contiene ciertas revisiones doctrinales, no actualmente consultadas, pues formaron parte de un estudio más amplio anterior que finalmente no vio la luz, pero que consideramos ahora de rigurosa actualidad y reflexión permanente.

1. Protección internacional de los DDHH

Según opinión doctrinal internacionalista (Ando, 2007), crítica con el significado de la *protección internacional de los DDHH*, para abordar esta temática se considera

necesario, en primer lugar, centrar el debate en la clasificación diferenciada del término *comunidad*. Esta línea plantea una distinción entre *comunidad internacional*, *comunidad global* y *comunidad doméstica*. En esta última, el poder de garantía del cumplimiento de la ley está otorgado al gobierno. En cambio, en la comunidad internacional, compuesta por cientos de Estados —cada uno con sus propios poderes— son estos los que implementan y exigen el cumplimiento de sus leyes domésticas. En la ansiada protección internacional de los DDHH, adoptada por la comunidad internacional, se establece la necesidad de procurar la aprobación de leyes sobre DDHH con valor internacional. No obstante, estas no han sido concebidas para ser utilizadas contra los Estados. Por tanto, el significado de la protección de los DDHH es aplicable a las comunidades domésticas para prevenir, por lo que el establecimiento de los DDHH es un mínimo que las comunidades domésticas tienen como referente y estándar aplicable en sus normas. El resultado es que, según esta línea doctrinal, “no vivimos en el paraíso de los derechos humanos” (Ando, 2007).

1.1. Normas de protección de los DDHH

En el ámbito jurídico internacional, en materia de protección de DDHH, se recogen (i) normas internacionales de protección, que constituyen obligación para los Estados; (ii) normas internacionales imperativas de prohibición, que no admiten acuerdo en contrario y de las que emanan obligaciones *erga omnes* para los Estados; (iii) normas donde se califican ciertas conductas como delito o crimen por su especial gravedad, y (iv) normas que recogen y tipifican conductas como crimen internacional, generando una responsabilidad internacional penal individual porque tales conductas han sido consideradas de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto y ejercerse como ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

En efecto, hay que distinguir dos situaciones jurídicas distintas: (i) cuando el derecho internacional general de los DDHH recoge normas de protección de DDHH que obligan a los Estados y (ii) cuando el derecho internacional general de los DDHH recoge normas imperativas de prohibición, que no admiten acuerdo en contrario; es decir, generan obligaciones *erga omnes* para los Estados. En este último caso, de acuerdo con la doctrina, el Estado debe procurar que la víctima tenga derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que juzgarán los actos contrarios a la Constitución del Estado, pero también a la ley (Álvarez Molinero, 2004). Así, el derecho internacional general de los DDHH recoge normas de prohibición internacional que generan unas obligaciones solidaria, colectiva e indisponible para el Estado. Una obligación de exigir responsabilidad

por el acto de violación de DDHH y otra de debida diligencia por adoptar las medidas adecuadas y prevenir, de forma estructural, dicha violación de DDHH. No obstante, la responsabilidad por el incumplimiento es parcial, pues es una responsabilidad jurídica y moral. Esta queda concretada en relación con determinados actos de violación de DDHH: *i) genocidio, ii) esclavitud o trata de esclavos, iii) asesinato o desaparición de personas, iv) detención arbitraria prolongada, v) discriminación racial sistemática, y vi) tortura o trato cruel, inhumano o degradante*. Adicionalmente se encuentran otros actos de violación de DDHH en evolución: *ejecuciones sumarias o arbitrarias, desaparición forzada, detención arbitral, deportación o traslado forzado de población y discriminación sistemática por motivos de raza o sexo*. Esta última, considerada de suma importancia y de urgencia para los Estados, es polémica por ser objeto de grandes debates y objeciones en la comunidad internacional, debido a la dificultad de determinar en qué consiste y qué violaciones abarca.

Esta responsabilidad parcial de los Estados expone un sector doctrinal penalista internacionalista, derivado de la fórmula de los principios generales de los tratados de DDHH y su alcance prácticamente ilimitado, que constituye una violación flagrante de la seguridad jurídica, que requeriría una compensación estricta de la costumbre, una *opinio iuris* no controvertida y una sólida práctica por parte de los Estados para poderse exigir a nivel individual desde este ámbito internacional (Ambos, 2010). Por ejemplo, en la abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas, ha sido necesario definir el término *esclavitud* en su proceso abolicionista porque, de no hacerlo, este es tan amplio que puede incluir todas las injusticias sociales o violaciones de DDHH lo que llevaría a la pérdida del sentido de su eliminación, desdibujaría la labor de lucha contra el fenómeno y reduciría su eficacia en la persecución del objetivo de eliminarla. Es indispensable examinar las definiciones de los instrumentos internacionales para con un consenso internacional determinar qué prácticas abarca el término, en qué consiste y establecer las principales características del fenómeno, así como la violación de otros derechos fundamentales relacionados con su ejercicio.

1.2. Críticas al sistema de protección convencional

Dentro del marco jurídico internacional, en particular dentro de la materia de DDHH, coexiste un conjunto de instrumentos jurídicos para su protección. No obstante, solo algunos actos ilícitos de violación de DDHH están definidos y concretados en los instrumentos internacionales; son estos los que generan una obligación de debida diligencia para los Estados y, en última instancia, según su contexto específico, la obligación de reparar a las víctimas.

En efecto, según línea doctrinal, al Estado se le exige una obligación marcada por el ordenamiento jurídico internacional. Pero es su comunidad doméstica, como último recurso, la que valora la eficacia del cumplimiento de la obligación, trasladando al propio Estado la toma de conciencia y el obrar en consecuencia. En este sentido, investigaciones científico-sociales recientes revelan que cuando se tienen en cuenta las opiniones de la comunidad al elaborar normas punibles se tiene un valor práctico para el control de la acción típica. En concreto, un derecho penal que la comunidad percibe como justo, consigue mayor credibilidad moral en la comunidad y, por tanto, habrá mayor respeto y cooperación con ese sistema de justicia. “[L]os sistemas con mayor apoyo público tienen una mayor deferencia entre la sociedad. La fuerza de la influencia social con normas interiorizadas tiene un potencial enorme” (Robinson, 2012). El sistema de justicia penal debe tratar de distribuir la responsabilidad y la pena bajo criterios de justicia compartidos con la comunidad para conseguir credibilidad moral y ganar eficacia (Robinson, 2012).

El ordenamiento jurídico internacional únicamente puede supervisar al Estado a través de los mecanismos de control establecidos en los textos normativos implantados. Unos mecanismos de control criticados por su falta de eficacia, lo que ha provocado la necesidad de la creación de nuevos sistemas de protección.

2. Nuevos sistemas de protección de DDHH aún en construcción

Según expone línea internacionalista experta en materia de DDHH (Alston, 1997), el sistema de protección convencional de los textos normativos internacionales ha necesitado de evolución y desarrollo en los últimos años para suplir las carencias, las lagunas y la falta de eficacia como sistema de protección. Actualmente, ante las críticas sobre la pérdida de credibilidad y la falta de protección se desarrolla el *sistema extra convencional de protección de DDHH*, compuesto por órganos subsidiarios que realizan procesos de investigación de situaciones graves de violación de DDHH: órganos integrados por expertos independientes de renombre internacional, constituidos como órganos unipersonales, llamados Representantes Especiales; órganos colectivos, llamados Grupos de Trabajo, o Comités *ad hoc*, que recogen información y la remiten a los órganos de vigilancia de los textos normativos para que adopten medidas. Esto es, y según línea doctrinal expuesta, un sistema de protección de DDHH establecido frente a la falta de eficacia del sistema convencional (Alston, 1997). El sistema convencional está basado únicamente en la presión política y moral de la opinión pública; en este se actúa con la pretensión de buscar atemorizar a los violadores de DDHH como único remedio (Gómez del Prado, 2004) que, no obstante,

necesita seguir avanzando porque no ha logrado su objetivo. Hay otro sistema de protección con defensores de DDHH que trabajan en el terreno y necesitan amparo ante las reacciones contra ellos, en algunos casos de fundamentalistas, basadas en la soberanía nacional, cultural y religiosa. Unas reacciones adversas que han provocado la necesidad de empezar a documentar el auge de la violencia sufrida y las represalias contra estos defensores con urgencia. Por tanto, en opinión doctrinal, un sistema de protección llamado universal únicamente preventivo mas no reparador (O'Donnell, 2004).

Tal es la alarma desencadenada sobre las violaciones de DDHH que sufren sus defensores que, en 2003, la representante especial del secretario general de la ONU, la Sra. Hina Jilani, en cumplimiento de resolución, presentó un informe sobre el trabajo que realizan los defensores de los DDHH en el que mostró dos grandes preocupaciones: (i) la libre y arbitraria aplicación de la legislación que realizan los Estados relativa a la seguridad de las personas, en particular, el perjuicio de los defensores de DDHH que actúan en el terreno y (ii) el papel que desempeñan los defensores y su situación en estados de emergencia y conflicto armado. Las detenciones, prisiones arbitrarias, enjuiciamientos, condenas y sentencias que recaen sobre los defensores de DDHH procesados ocurren por violación de legislación internacional de DDHH. En estados de emergencia y conflicto armado se convierten en el blanco: son asesinados, torturados o detenidos como consecuencia de su labor en pro y defensa de los DDHH de la población civil afectada. Se muestra en el informe una gran y profunda preocupación por ello, pues la labor por ellos realizada queda diluida frente a la responsabilidad por la violación de sus DDHH. Así, ante la impunidad de esta responsabilidad se provoca la perpetuidad de la violación de los DDHH.

En otro orden de cosas, es cuestión distinta la tipificación internacional de los ilícitos de especial gravedad para con toda la comunidad internacional, así como los cometidos de forma sistemática o generalizada y la exigencia de responsabilidad penal individual por el ordenamiento jurídico internacional. En efecto, una responsabilidad penal individual, como apunta doctrina (Kumar Tyagi, 1993), exigida por considerar cometida una destrucción de las tradiciones sociales en un ordenamiento jurídico internacional que sigue imponiendo al Estado la responsabilidad soberana de establecer su autoridad y proteger a sus ciudadanos en su dignidad humana, violada gravemente. No obstante, si el Estado no actúa pierde su atributo de soberanía porque esta función de seguimiento es parte integrante de su responsabilidad como Estado (Kumar Tyagi, 1993). Así, si el Estado no tiene esta capacidad de protección, pone en tela de juicio su *locus standi* ante la comunidad internacional derivado de su *parens patrie* frente a sus sujetos (Kumar Tyagi, 1993). Adicionalmente, este

ordenamiento jurídico internacional se expone de conformidad con otra línea doctrinal: la reparación a la víctima, que puede darse como la revelación de la verdad y la determinación precisa de sus responsabilidades. Una reparación que, al mismo tiempo que hace justicia, brinda compensación por sufrimientos padecidos; como lo establecen los organismos internacionales, el Estado está obligado a prevenir además de reparar (van Boven, 1993).

Por su parte, la no tipificación internacional de los ilícitos quedará como *locus standi* del Estado; es decir, ya no será cuestionado ante la comunidad internacional. En este caso será plenamente soberano en sus acciones y ante sus ciudadanos. Únicamente será observado y recomendado, tras controles incorporados al sistema de protección del derecho internacional general, según los instrumentos internacionales. Queda pues restringido el reconocimiento de la responsabilidad por violación de DDHH al propio Estado. En este sentido no hay medios eficaces para exigirle responsabilidad por falta de cumplimiento en su obligación de perseguir, tampoco, a través de acciones civiles, por estar estas restringidas a los ilícitos penales de especial cualidad, a saber, los que constituyen el núcleo duro o *core crimes*. Es decir, los establecidos como típicos por el derecho internacional penal bajo las denominadas acciones *human rights claims* o *human rights litigation*.

3. Violación de DDHH: derecho penal/derecho internacional

Una primera idea que surge al centrar el estudio en las violaciones de DDHH es la conducta atentatoria que produce un daño a su víctima que debe ser reparado y, por tanto, una transgresión que debe ser responsabilizada para restablecer la legalidad vulnerada. Pues bien, a partir de tal afirmación, aparentemente simple, entra en juego todo un entramado y complejo debate doctrinal sobre la responsabilidad exigida por actos de violación de DDHH. En los comienzos de estos debates se plantearon posturas que se centran en el *derecho penal* enfrentadas a posturas que se centran en el *derecho internacional*.

Hay línea doctrinal de excelencia (Quintano Ripollés, 1955) que basa la distinción terminológica entre derecho penal internacional y derecho internacional penal en la consideración del titular de derecho. Así, en el derecho penal internacional el titular de derecho es *la comunidad internacional*, considerada como un *todo jurídico/cultural uniforme*. En cambio, en el derecho internacional penal el titular de derecho es *el Estado*. Esta doctrina apunta a resolver cuestiones metodológicas, sobre las que más adelante este trabajo volverá, a la vez que ofrece una visión sobre la dimensión jurídica en la que centrarse: una rama jurídica penal o una rama jurídica

internacional (Quintano Ripollés, 1955). Otras opiniones doctrinales definen ambos ámbitos jurídicos para su distinción.

En efecto, según doctrina (Rodríguez Cedeño, s. f.), el derecho penal internacional es el conjunto de normas de origen interno que regulan la incriminación y represión de las infracciones por el elemento extranjero, esto es, un origen internacional de la infracción. Así, el elemento extranjero significa que el problema penal nacional está en contacto con el orden jurídico extranjero por la nacionalidad del autor o por el carácter extraterritorial de la infracción; el origen internacional de la infracción o de la represión está basado en fuentes convencionales o consuetudinarias internacionales. En cambio, el derecho internacional penal es el conjunto de normas de origen internacional que tienen la función de definir y sancionar los crímenes internacionales e imponer a los Estados la obligación de procesar y castigar a los autores. Por tanto, el derecho aplicable en este caso es el internacional recogido en sus fuentes. Ambos ordenamientos jurídicos se oponen (Rodríguez Cedeño, s. f.).

4. Violación grave de DDHH

Luego de haber analizado la protección internacional de los DDHH es necesario investigar la violación más grave de estos y su repercusión jurídica internacional: *la macro criminalidad*. Esto se hará desde un enfoque descriptivo. Por la extensión tanto de la materia como del texto que nos convoca se tratará de un esbozo.

En efecto, la presente investigación continúa en el dificultoso trabajo de elaboración de los instrumentos jurídicos internacionales sobre violación grave, sistemática o grave y sistemática de los DDHH, con un apunte a los trabajos de los relatores expertos en ellos que intervinieron en la elaboración de los instrumentos jurídicos y la creación de los estatutos jurídicos de los tribunales internacionales, junto al del tribunal penal internacional permanente. El enfoque se muestra a través de estudios doctrinales, investigaciones y análisis de expertos internacionalistas, por lo que el tratamiento de esta materia se realiza con sumo respeto académico.

4.1. Creación de un sistema jurídico penal internacional. Su primera jurisdicción: los tribunales internacionales militares

Aparte de la vaga propuesta de los Principios Generales, nos expone doctrina de excelencia (Quintano Ripollés, 1955), llevada a cabo en la etapa de la Revolución Francesa por Gregoire en 1795, primer proyectista de un Código Penal Universal. Después se sumarían múltiples proyectos con desigual valor, pero de magnitud histórica cuyos preceptos de carácter penal casi siempre estaban referidos a la materia procesal (Quintano Ripollés, 1955).

En efecto, en 1925 destacan dos profesores europeos, padres del derecho internacional penal: el español Quintano Saldaña y el rumano Vespasien Pella. A diferencia de los anteriores proyectos, estos autores concibieron la ley penal, el delito y la sanción en un plano supraestatal, introduciendo un doble principio de responsabilidad: la estatal y la individual (Quintano Ripollés, 1955). Posteriormente hubo también interés en el mismo sentido de colectividades científicas y particulares. En cambio, se desentendieron organismos oficiales hasta la resolución del 22 de septiembre de 1924, aprobada en la quinta sesión de la Asamblea de la Sociedad de Naciones, en la que como materias a introducir solo se consideró la piratería marítima, aunque esta quedó descartada en la Asamblea de la Sociedad de Naciones de 1927 y también en la Conferencia de la Haya de 1930; solo hasta 1958 se consolidó y desarrolló su articulado en el Convenio de Ginebra sobre Alta Mar. No obstante, se decidió introducir la regulación del terrorismo, por lo que se ordenó la elaboración de un Anteproyecto de Convenio contra crímenes de terrorismo sometido a debate y aprobación en la Convención de Ginebra de 1937, el cual constituyó un precedente en la codificación internacional penal. En negativo, se dejó sin efecto con posterioridad tras el estallido de la SGM (Quintano Ripollés, 1955).

Antes del holocausto ya habían sido introducidas infracciones, debatidas y definidas previamente en la comunidad internacional, como la esclavitud y la trata de esclavos o el trabajo forzoso u obligado en la Convención Internacional sobre la Esclavitud de 1926. Sin embargo, no quedó recogida *la trata de blancas con fines de prostitución*, aun cuando ya lo estaba por la Liga de la Sociedad de Naciones en 1904, en un acuerdo internacional para asegurar la protección eficaz contra el tráfico criminal.

Aun con todo, no fue sino hasta la Carta de San Francisco y la creación de la ONU, en particular desde su órgano plenario: la Asamblea General, cuando se aprobó una resolución en 1947 por la que se estableció promover la codificación del derecho internacional (Quintano Ripollés, 1955). Se creó entonces un comité encargado de confeccionar el estatuto constitutivo de la Comisión de Derecho Internacional, que se dirigiría hacia la materia penal, como se analizará más adelante. Como punto de partida se elaboraron y aprobaron unos principios jurídicos basados en la jurisprudencia que al mismo tiempo manejó el Tribunal Militar de Núremberg. Dichos principios constituirían los principios de codificación para el posterior Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad ciudadana o humanidad: la ley de bases de la futura codificación internacional penal, según la doctrina ya mencionada (Quintano Ripollés, 1955).

En lo concerniente a una jurisdicción penal internacional, en 1948, tras la aprobación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, se invitó a la Comisión de Derecho Internacional a examinar si era conveniente y había la posibilidad de crear un órgano jurisdiccional penal internacional que juzgase a personas por delitos de genocidio y si en esta línea era posible crear una Sala de lo Penal en el Tribunal Internacional de Justicia (Lirola Delgado, 2000).

Entre tanto, los tribunales militares, creados en 1945, fueron consecuencia de los horrores cometidos a lo largo de la SGM, que deben permanecer en nuestra memoria colectiva con el fin de no volver a repetirlos. En efecto, el 3 de octubre de 1943, se creó en Londres una comisión para la investigación de los crímenes de guerra. Ese mismo año, una conferencia celebrada en Moscú también se ocupó de la materia, que el 30 de octubre aprobó una declaración en la que se anunció: los crímenes de guerra serán juzgados por decisión conjunta de las potencias aliadas, a través de unos tribunales militares internacionales y una comisión para la redacción de sus estatutos jurídicos. Así, el 8 de agosto de 1945 se firmó en Londres un acuerdo internacional por las fuerzas aliadas para la creación de un tribunal militar (Peláez Marón, 2000): Tribunal Militar de Núremberg, aprobado en acuerdo internacional junto a sus Estatuto y Anexo, donde se detalla su constitución, jurisdicción y funcionamiento, así como la responsabilidad internacional penal de personas por delitos de guerra, contra la paz y contra la humanidad. En este último caso, son delitos contra la humanidad: el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando estos actos son cometidos al perpetrarse el delito contra la paz o el delito de guerra o en relación con la guerra (Peláez Marón, 2000).

Sin embargo, y es una crítica de esta investigación, hay silencio sobre la violencia sexual, incluidas la violación cometida a gran escala, de la que no se da cuenta a pesar de tenerse constancia de su comisión, como quedó demostrado con los testimonios expuestos en el tribunal militar. Los problemas y discusiones estaban centrados en otros temas.

Expone la doctrina que una vez adoptado el estatuto jurídico y su anexo el Tribunal Militar de Núremberg empezó a funcionar a finales de 1945; su función concluyó un año después. Fueron procesadas 24 personas de las cuales 19 fueron sentenciadas a pena de muerte. Aunque el tribunal no obtuvo las metas fijadas en su origen, establecidas en la Declaración de St. James en 1942, mostró que el enjuiciamiento de criminales internacionales es posible (Bernaz & Provèze, 2010).

No obstante, otras atrocidades se cometieron fuera de Europa, al otro lado del Pacífico. Según doctrina, en diciembre de 1943, en la Conferencia de El Cairo, China, la Unión Soviética y Gran Bretaña decidieron poner fin a la guerra y juzgar a Japón por actos de agresión. Así, en julio de 1945 se aprobó una declaración donde se exigió justicia por los crímenes de guerra cometidos, especialmente por actos de tratos inhumanos contra prisioneros. El 19 de enero de 1946, se aprobó el Estatuto Jurídico del Tribunal Militar Internacional de Tokio, con el fin de enjuiciar los principales crímenes de guerra en el lejano Oriente (Bernaz & Provèze, 2010).

En efecto, el Estatuto del Tribunal Militar de Tokio, aun con similitudes al de Núremberg, es más conciso y no está establecido bajo un tratado, aun cuando está aprobado bajo una Especial Proclamación de las Supremas Comandancias de las Potencias Aliadas bajo el mando del general MacArthur. El tribunal estuvo compuesto por 11 jueces, la mayoría nacionales de los países signatarios del Estatuto. Por tanto, tuvo una mayor composición cosmopolita que el tribunal de Nuremberg. Contrario a este, en el de Tokio no se procesaron organizaciones criminales sino individuos. Además, en este se extendió el *tempo jurisdiccional*, se juzgaron crímenes cometidos entre 1928 y 1945. Finalmente, la definición utilizada en Tokio de *crimen contra la humanidad* fue ligeramente diferente a la utilizada en Núremberg (Bernaz & Provèze, 2010).

Lo positivo y destacado del tribunal de Tokio es que en este se incluyeron los crímenes sexuales cometidos contra mujeres, con lo que fue posible condenar a los generales Toyoda y Matsui como responsables de la comisión, a gran escala y de forma masiva, de violaciones contra mujeres chinas de la ciudad de Nanking. No obstante, solo 25 personas fueron enjuiciadas, mientras que muchos de los comandos japoneses criminales de guerra no fueron procesados. Se adoptaron decisiones políticas basadas en razones estratégicas, según doctrina, como las relacionadas con los miembros del Comando Unidad 731. Así, se recompensó el no divulgar las investigaciones de las autoridades americanas, escapando de crímenes de guerra por realizar experimentos en seres humanos con armas bacteriológicas (Bernaz & Provèze, 2010).

En resumen, fueron ambos tribunales militares, como indica la doctrina, limitados por su *ratione loci* y su *ratione materiae* (Peláez Marón, 2000). Sin embargo, años después de su creación y luego de nuevos crímenes devastadores contra la población civil, estos contribuyeron a la creación de nuevos tribunales internacionales como remedio para castigarlos. A partir de 1993 con la intervención de la ONU se crearon nuevos tribunales militares como los de Ruanda y Sierra Leona. De

nuevo estos tendrían una competencia territorial limitada, aunque concurrente y prioritaria, a diferencia de la posterior Corte Penal Internacional —CPI— (Rodríguez Cedeño, s. f.).

4.2. Creación de los tribunales penales internacionales. Los tribunales penales *ad hoc*

Después de la SGM, se cometieron de nuevo genocidios y violaciones gravísimas contra los DDHH. Idi Amin en Uganda perpetró atrocidades contra la población civil. El régimen de Pol-Pot en Camboya cometió barbaridades contra un millón de sus nacionales, como la denominada limpieza étnica en Bosnia y Herzegovina, aun cuando Bosnia era un Estado miembro de la ONU y con voluntad de cumplir la Carta de Naciones Unidas. También el *apartheid* del sur de África fue devastador para sus ciudadanos, así como lo fueron las masacres de Boipaton y de Ciskei (Kumar Tyagi, 1993). A causa de estos crímenes, fue necesaria la creación de tribunales internacionales mixtos o *ad hoc* que, según una parte doctrinal, fueron poco eficaces.

En efecto, según la doctrina (Condorelli, 2000), se creó un sistema de tribunales penales *ad hoc* caracterizado, en sus diferentes grados, por ser una jurisdicción contraria al principio general del derecho: *nullum crime sine lege*. Así, y según mantuvo la defensa en sus salas de audiencias, se produjo la creación *ex post facto* de tribunales penales *ad hoc*, que infringían la prohibición de la retroactividad de la ley penal, incompatible con el principio de legalidad del derecho penal (Ambos, 2010).

En cambio, la propia doctrina de estos tribunales mantuvo, como defensa de su legitimidad, la inaceptación de la violación del principio *ex post facto rule*, postulando como doctrina que el principio de no retroactividad es un principio dictado para la debida protección del inocente y no para invocar a un culpable. El principio *nullum crimen nullum poena sine lege* no es violado en estos tribunales. La postura mantenida por estos tribunales estaba basada en el espíritu de su creación específica: un sistema represivo, organizado a nivel internacional, que debía funcionar ante las acciones u omisiones realizadas por autores, los cuales no ignoraban ni podían ignorar en modo alguno el carácter delictivo de estas, en virtud de su manifiesta claridad y definición en el derecho interno como crímenes, y por constituirse como una *macro criminalidad*. Por tanto, la doctrina de estos tribunales quedó basada en la teoría de que para que el principio *nullum crimen* fuera escrupulosamente observado no era necesario que la norma internacional que prevé y organiza la represión del crimen dé todo tipo de detalles a la figura *criminis* y a la pena aplicable, sino que sería suficiente constatar que el autor del crimen está sometido en el momento del *tempo commissi delict* a normas jurídicas claras y accesibles, internas o internacionales,

estableciendo ante el *factum* una definición de tal naturaleza. Es, según apunta la doctrina y conforme para este trabajo, una posición ética *ius naturalista*, no estrictamente jurídica de derecho positivo, que busca la justicia internacional, la responsabilidad de los individuos *vis a vis* con la comunidad internacional y la implantación de un plus capital; a saber, el derecho por encima del Estado (Condorelli, 2000).

En 1993 la ONU dictó resolución por el Consejo de Seguridad:

[s]e manda establecer un tribunal internacional *ad hoc* para la persecución y castigo de las serias violaciones de derechos humanos ocurridas en la ex Yugoslavia desde el 1º de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez esté restaurada la paz (Consejo de Seguridad, 1993)

Con esto quedó anexado su Estatuto por estar basado en las graves violaciones de DIH contemplado en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

Así las cosas, en 1994, se aprobó el Estatuto que determina su competencia y la creación de otro tribunal internacional *ad hoc*. La jurisdicción de ambos tribunales fue definida como *ratione materiae*, según informe del secretario general de la ONU. El propósito sería aplicar solo normas de DIH, reflejadas mayoritariamente en el derecho consuetudinario (Roht-Arriaza, 1995).

Ese mismo año se aprobó por resolución la creación de otro tribunal internacional *ad hoc* para castigar el genocidio y otras graves violaciones de derecho internacional humanitario en el territorio de Ruanda y a ciudadanos ruandeses responsables de genocidio y otras violaciones graves de DIH cometidas en territorio de Estados vecinos, entre el primero de enero y el 31 de diciembre de 1994. Destacará especialmente este tribunal *ad hoc* por el tratamiento legal de la violencia sexual detectada en los crímenes juzgados, en función de las circunstancias de cada caso.

Tras la creación de estos dos tribunales internacionales *ad hoc* la comunidad internacional comenzó un debate sobre la respuesta internacional y la creación de un código de crímenes internacionales y una jurisdicción penal internacional especializada que los enjuicie. Surgió en los años noventa, en la comunidad internacional, un interés por desarrollar mecanismos internacionales de persecución y castigo individual con mayor eficacia que los desarrollados por estos tribunales *ad hoc* ante tales violaciones graves de DDHH y de DIH. Con ello, nació la jurisdicción penal internacional que, en sus inicios, postuló un debate interdisciplinario: derecho internacional o derecho internacional penal – penal internacional, del que ya hemos dado cuenta en el epígrafe anterior. Según línea doctrinal, los primeros

defienden un sistema penal elástico consuetudinario y perfil *ius naturalista*, por tanto, con posibilidad de acercarse a la impunidad, frente a unos segundos que defienden con vehemencia un modelo de sistema penal paralelo al sistema interno de los Estados, basado principalmente en la legalidad, que impera finalmente no sin un alejamiento del riguroso ordenamiento jurídico universal. No obstante, pronto este nuevo sistema planteó problemas tales como las fuentes de derecho, la conexión entre el principio de legalidad y el de irretroactividad, así como la naturaleza y estructura de la ley penal aplicable. Aun así, se postuló como un sistema basado en la legalidad fundamento de la justicia (Schurmann Pacheco, 1993). En definitiva, el interés por la creación de una jurisdicción penal internacional ronda en la ONU desde la creación de los primeros tribunales militares en 1945.

4.3. Culminación con una jurisdicción permanente: la CPI

La Asamblea General de la ONU, en 1948, adoptó resolución sobre la conveniencia y posibilidad de establecer un órgano internacional judicial para el enjuiciamiento de las personas acusadas de genocidio y otros crímenes de los tratados, y lo relativo a la prevención de tales delitos a través de un código criminal amplio. Se redactaron informes al respecto por relatores especiales. Un año antes se estudió la necesidad de elaborar, como obra distinta, un proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad que sería más amplio y su elaboración, estructural (Quintano Ripollés, 1955). Así, en 1949, se adoptó la resolución por la que se aprobó emprender un proyecto de declaración de derechos y deberes de los Estados, en base al trabajo desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional, centrado en catorce temas de debate seleccionados, uno de ellos: la responsabilidad de los Estados, su codificación y desarrollo progresivo. No obstante, quedó suspendido en 1951 hasta 1956, cuando reinició su desarrollo con los informes elaborados por el entonces relator especial, el Sr. García Amador.

En efecto, en 1949, la Asamblea General encargó el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad bajo una responsabilidad individual a la Comisión de Derecho Internacional con la participación del Sr. Jean Spiropoulos, quien formuló una serie de principios (Decaux, 1993).

En 1950, la Asamblea General dictó resolución por la cual creó un comité especial con la función de preparar una convención de Estados para debatir sobre la elaboración de tal proyecto de código de delitos en el que también se plantearía lo relativo a una nueva jurisdicción penal internacional para el castigo de dichos delitos. Es esta resolución la que aprueba crear la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional para la elaboración de un proyecto de estatuto de corte penal

internacional, aunque se hace evidente, apunta la doctrina, el problema de desmembramiento de la propia Comisión de Derecho Internacional que aboca a su fracaso (Lirola Delgado, 2000). Así, a la Comisión de Derecho Internacional se le presentan dos informes contradictorios de relatores especiales: uno a favor de la necesidad de crear una corte penal internacional y otro negando la conveniencia. La idea de crear una corte penal internacional estaba relacionada con los llamados crímenes de los tratados, pero la Comisión de Derecho Internacional decidió dejarlos fuera del Estatuto de esta corte. Por otro lado, el Código de crímenes de los tratados es problemático para los Estados por sus dificultades para obligarse. Otra razón es que al mismo tiempo se está redactado el Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad con base en los principios jurídicos recogidos en el fallo del Tribunal Militar de Núremberg. Por tanto, se están recogiendo *crímenes de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad*, mientras se restaba importancia a los llamados crímenes de los tratados. Ello dio lugar a que crímenes como el terrorismo o el tráfico de drogas, quedasen fuera del Estatuto de la CPI, aunque no de forma absoluta. La razón básica, apunta corriente doctrinal, estriba en su falta de definición exacta (Zorrilla, 2005).

A continuación, en 1951, se redactó un informe, transmitido a la Comisión de Derecho Internacional con el proyecto solicitado, en el que quedó aprobado el Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad en la comisión, aun con falta de apoyos.

En 1952, la Asamblea General de la ONU dictó resolución por la que creó una segunda comisión, con un mayor número de Estados, para que quedaran implicados un mayor número en el debate para hacer más aceptable el proyecto aprobado el año anterior. Los problemas, en todo caso, giran en torno a (i) el Tribunal Penal Internacional, (ii) el proyecto de código de crímenes y (iii) la defensa del término *agresión*; los debates estuvieron paralizados hasta 1953 cuando, de nuevo, se retomaron en el comité especial creado. Dicho comité propuso cambios en el articulado del proyecto de 1951 y aportó nuevos textos alternativos a los temas de debate planteados. En concreto, sobre el estatuto de la nueva corte, se recomendó que el nuevo tribunal internacional quedase separado de la ONU, a la vez que se hicieron propuestas en caso de decidir la vinculación del nuevo tribunal a esta. Con relación al Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en 1951, se definieron los delitos y establecieron el castigo a los individuos responsables. Se enumeraron trece categorías de delitos, aunque la definición de delito de agresión quedó poco determinada, lo que dio lugar a un gran debate doctrinal posterior sobre su definición. Estas y otras razones sobre la

futura jurisdicción penal internacional paralizaron las negociaciones hasta 1954, cuando se aprobó la resolución.

En efecto, sobre la jurisdicción penal internacional la polémica existía en torno a la distinción entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad internacional penal individual, como quedó reflejada en trabajos doctrinales que se presentaron a lo largo de su elaboración. En cambio, los problemas sobre el código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad estaban en determinar la exactitud del término *delito internacional*, pues no todo *delito internacional* es necesariamente un delito contra la paz y la seguridad de la humanidad, según se expuso en los debates.

Más adelante, según apunta la doctrina, en 1973, se introdujo por resolución la cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de *crímenes de guerra* y de *crímenes de lesa humanidad* (Decaux, 1993).

Por otro lado, la polémica con el término *agresión* y su definición para ser introducida su tipificación fueron tan extensas que, en 1957, se dictó resolución de la Asamblea General por la que se pospuso la cuestión de la jurisdicción penal internacional hasta quedar definido previamente el delito de agresión. El asunto fue incluido en sesiones celebradas con posterioridad, en 1968, para un debate sin resultados.

Finalmente, en 1974, se retomó de nuevo el debate sobre la jurisdicción penal internacional, tras haberse establecido una definición de *agresión* y elaborado un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad fruto de los trabajos realizados por un subcomité creado desde la Comisión de Derecho Internacional, presidido por el Sr. Roberto Ago, que presentó informes a lo largo de los años posteriores hasta su nombramiento en la Comisión Internacional de Justicia.

En 1981, la Asamblea General resolvió reanudar los trabajos del Comité de Derecho Internacional en relación con la elaboración de un proyecto de jurisdicción penal internacional. Así, los trabajos de la comisión continuaron en los años posteriores.

En 1991, a petición de la Asamblea General, se dictó un Informe de la Comisión de Derecho Internacional en el que se expuso la necesidad de seguir avanzando en el desarrollo del derecho internacional y la codificación de una jurisdicción penal internacional para poner en práctica lo establecido en la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de los DDHH en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales debatidos y examinados anteriormente. No obstante, también se hace necesario que la Comisión de Derecho Internacional trabaje junto a la sexta comisión en el desarrollo de esta nueva jurisdicción penal, a la vez que se consideran las conclusiones del texto final del proyecto de articulado sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes. También se estableció la necesidad de

crear un tribunal penal internacional o mecanismo procesal internacional al respecto. Sobre todo, quedaron expuestos, por informes presentados posteriormente, los crímenes codificados, en particular el núcleo de su competencia, a saber: crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio. Crímenes codificados, según mantiene la doctrina, en los que se incluyen las violaciones graves, sistemáticas o masivas de DDHH, determinando explícitamente las que comprenden, aun sin ser núcleo duro: la agresión, la tortura y el terrorismo (Cassese, 2003). Quedan pues integrados como crímenes internacionales aquellos de violación sistemática o masiva de DDHH, y entra en juego el principio de subsidiariedad para juzgarlos (Decaux, 1993). Las violaciones de DDHH recogidas y prohibidas en tratados y convenios quedaron atribuidas a la jurisdicción doméstica, se estableció que únicamente cuando su alcance tenga dimensiones anormales podrán ser asunto internacional (Quintano Ripollés, 1955).

Por tanto, los DDHH tutelados penalmente en parte por el derecho internacional serán ciertos ilícitos; el resto, por rebasar lo criminalmente internacional, serán de tutela interna de cada Estado, aun cuando son calificados como delitos internacionales (Quintano Ripollés, 1955).

Quedó establecido que el incumplimiento de una obligación internacional es crimen internacional cuando la norma es de derecho internacional general, aceptada y concebida como esencial por la comunidad internacional en su conjunto y, por tanto, por todos los integrantes de la comunidad internacional. Se distingue, pues, *crimen internacional de delito internacional*. Este último es un hecho internacional ilícito que designa *ilícitos menos graves* de aquellos a los que alude el término *crimen*. Además, queda como principio general de derecho internacional que el incumplimiento de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito. Por lo tanto, la categoría *menos grave* son actos incompatibles con el derecho. Se parte pues de las normas *ius cogens* y de las obligaciones impuestas a los Estados por esas normas imperativas para determinar las infracciones que se diferencian de los hechos internacionalmente ilícitos cometidos con determinada gravedad. Ahora bien, todavía se debate sobre la jurisdicción penal internacional.

En 1992 se creó un grupo de trabajo en la Comisión de Derecho Internacional para establecer la jurisdicción penal internacional. Así, elaboraron un proyecto de articulado enviado a la Asamblea General, junto a un informe de la Comisión de Derecho Internacional, al que también se le une un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional. Es necesario que el tribunal penal internacional sea creado a través de un tratado, y su competencia se extienda a tratados ya vigentes que definen los crímenes internacionales.

Entre los temas debatidos y fijados por la Comisión de Derecho Internacional hay importantes problemas jurídicos sin resolver. Por tanto, es necesario seguir discutiendo y perfilando. En efecto, en 1993, la Comisión de Derecho Internacional se reunió para debatir los trabajos realizados por el profesor Bennouna, publicados en el *Annuaire Français de Droit International*. El profesor entiende que existen todavía lagunas y problemas *metodológicos* tanto para la nueva jurisdicción penal internacional, como en lo relativo a su tribunal penal. Así, la Comisión de Derecho Internacional recomendó a la Asamblea General organizar una conferencia de plenipotencias. Sin embargo, esta creó un comité *ad hoc* para debatir sobre el tribunal penal internacional. Paralelamente la actividad también giró en torno al proyecto de código de crímenes, que quedó aprobado definitivamente en 1996, con limitaciones respecto del proyecto de 1991 por la intención de recoger mayores aprobaciones estatales que su predecesor (Lirola Delgado, 2000). En 1994, quedó aprobado en la Comisión de Derecho Internacional el proyecto de estatuto de la CPI.

Hay doctrina (Lirola Delgado, 2000) que expone una observación de gran interés para este trabajo: cabe la posibilidad de establecer cierta incidencia conjunta entre el definitivo proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, el Proyecto de estatuto de la CPI aprobado en 1994 y el anterior proyecto de código de crímenes de 1991, junto al proyecto elaborado por el comité que preparó la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios celebrada en 1998. En efecto, según esta línea doctrinal, dicha relación se hace precisa para entender los criterios que inciden de forma más intensa en los crímenes sobre los que se sustentará la CPI, sin perjuicio de avances posteriores (Lirola Delgado, 2000).

En concreto, en lo referente a la violación grave de DDHH, los criterios relativos a los crímenes considerados para ser juzgados por la CPI han de ser de trascendencia para la comunidad internacional y de gravedad. Tal consideración queda reflejada en el informe del grupo de trabajo, elaborado en 1992, y en los proyectos de estatuto elaborados en 1993 y 1994. En ellos se estableció que la CPI solo tendrá competencia respecto de los más graves crímenes que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto (Lirola Delgado, 2000).

Por lo tanto, y en opinión doctrinal mayoritaria, el Estatuto de la CPI, adoptado en Roma en 1998, en la conferencia diplomática de plenipotenciarios, tiene niveles técnicos superiores. Como derecho material y procesal tiene un carácter complementario a la jurisdicción nacional. Solo cuando la jurisdicción nacional no pueda garantizar la sanción efectiva, actuará esta jurisdicción porque el carácter esencial de la obligación violada y la gravedad de su violación tiene el consenso de

la comunidad internacional. No obstante, y según doctrina, se constata algo muy significativo: tanto el proyecto de código de crímenes como el Estatuto de la CPI, complementado por sus dos textos adicionales (Lirola Delgado, 2000), excluyen ciertos crímenes, principalmente contenidos en tratados internacionales, que pese a generar responsabilidad penal del individuo y ser claramente transnacionales, no son incluidos porque no tienen el debido consenso de la comunidad internacional (Lirola Delgado, 2000) ni queda resuelto el debate de la *inmunidad*.

En efecto, estamos ante la impunidad de la violación grave de DDHH por la inmunidad. El profesor Rodríguez Carrión (2005), en su última obra, expuso el trabajo de la Comisión de Derechos Humanos en su última sesión. En esta se detalló la serie de elementos que inciden decisivamente en la lucha contra la impunidad de la violación grave de DDHH. Se estableció el deber de los Estados de poner fin a la impunidad con el enjuiciamiento o la extradición de los responsables de todas las violaciones de DDHH y del DIH. Sin embargo, expone el profesor, la comisión no se enfrenta a uno de los mayores problemas esenciales en la lucha contra la impunidad: *la inmunidad* de conformidad con el derecho internacional consuetudinario. No obstante, el sistema jurídico penal internacional acometerá un ajuste más que le dará respuesta, según exponemos en el epígrafe siguiente.

Apunta parte de la doctrina (Betancourt, 2011), en la aprobación del Estatuto jurídico de la CPI, la necesidad de un consenso que permitiera un texto aceptable por todos los Estados parte, con diversidad de criterios, sistemas jurídicos, realidades culturales, sociales y religiosas. Además, continúa esta línea doctrinal, había urgencia en cumplir con la fecha convenida para aprobar el estatuto que provocó la necesidad de adoptar compromisos, en algunos aspectos sensibles, bajo un *paquete*, entre un número reducido de delegaciones, representativas de regiones y posiciones geográficas, para llegar al mínimo de consenso requerido. Por ello quedó acordado incorporar una disposición de compromiso de revisión del texto, tras siete años, a partir de su entrada en vigor, plasmado así en el artículo 123 del estatuto (Betancourt, 2011).

En efecto, en 2010, se celebró la Conferencia de Revisión en Kampala, del 31 de mayo al 10 de junio, con similares condiciones de complejidad que las resultantes de Roma en 1998 (Betancourt, 2011). Finalmente, la conferencia concluyó con la adopción de seis resoluciones: (i) las referidas a las materias de la complementariedad, (ii) el impacto del sistema del Estatuto de Roma sobre las víctimas y las comunidades afectadas, (iii) el fortalecimiento del cumplimiento de las penas, (iv) el artículo 124, (v) la enmienda al artículo 8 y (vi) el crimen de agresión (Betancourt, 2011).

5. Ajuste del sistema jurídico penal internacional y su consolidación en la comunidad internacional

Sin poder entrar a analizar con profundidad un debate apasionante, por su extensión, complejidad y multiplicidad de opiniones doctrinales concordantes y discordantes, todas ellas enriquecedoras, se culmina este trabajo con la interconexión entre el derecho internacional de los DDHH y el derecho penal internacional. Para ello, a continuación, se esbozan unas líneas del análisis doctrinal sin poder dar cuenta de todo ello, publicado en 2008, sobre el sistema jurídico desarrollado en el derecho penal internacional y su futuro en conexión con el enjuiciamiento de las graves violaciones de DDHH.

En efecto, tras la celebración de los juicios de Núremberg y Tokio para juzgar devastadoras y atroces violaciones de DDHH ocurridas en el siglo XX, la comunidad internacional creó la CPI por medio de la aprobación de su estatuto jurídico en Roma en 1998, que entró en vigor en 2002. Esta aprobación fue un hito en la lucha contra las impunidades de las graves violaciones de DDHH. En 2003, sus magistrados ocuparon sus cargos; su función, juzgar los más graves crímenes internacionales: genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, todos ellos recogidos con anterioridad por el derecho internacional consuetudinario.

En efecto, en opinión doctrinal penalista internacional alemana (Ambos, 2006), la conexión entre los DDHH y el derecho penal internacional se construye a partir de la impunidad universal de las graves violaciones de DDHH. No obstante, esta impunidad se debe a un vacío de punibilidad fáctica y no de normas. Es decir, a una falta de interés estatal de perseguir estas severas violaciones. Por ello, se desarrolló el derecho penal internacional, cuyo instrumento más importante es el Estatuto de la CPI (Ambos, 2006).

Según doctrina expuesta, el derecho penal internacional es considerado tradicionalmente (Ambos, 2006) como el conjunto de normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales. Se trata, para esta doctrina penal internacional, de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional (Ambos, 2006). Como consecuencia de tal aseveración de nuevo surgen grandes y profundos debates entre doctrinas penalistas e internacionalistas, como se ha expresado en epígrafes anteriores.

Mantiene esta doctrina que entre los DDHH y el derecho penal internacional se establece un puente, acuñado por amplia doctrina como macro criminalidad. Se castigan internacionalmente los crímenes internacionales, según están recogidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto de la CPI no solamente en contexto de conflicto

armado respecto de los crímenes contra la humanidad y genocidio, sino en contexto no estatal de paz y en comisión determinada, sistemática o generalizada; así como respecto de los crímenes de guerra no solamente como brecha de un conflicto internacional o que sobrepase el umbral del artículo 1 (2) del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra. Es además un derecho aplicable a actores estatales y no estatales, en este último caso materia objeto de amplio debate doctrinal (Ambos, 2006), por el reconocimiento de la dignidad humana basada en la libertad del individuo, su protección y la de las minorías, frente a la representación colectiva de *manía y coacción* (Ambos, 2006), según nos expone esta línea doctrinal.

En efecto, y según esta línea doctrinal (Ambos, 2006), con la creación de los tribunales internacionales *ad hoc* desde el Consejo de Seguridad de la ONU y la CPI se ha provocado que las conductas criminales hayan quedado definidas con más exactitud en los denominados delitos nucleares: el crimen de genocidio, el crimen contra la humanidad y el crimen de guerra; el crimen de agresión todavía es punto de discordia. Con el Estatuto de la CPI, se ha conseguido codificar y compendiar el derecho penal internacional bajo un código unitario universal, teniendo en cuenta los distintos sistemas jurídicos penales de los Estados parte firmantes del tratado. Además, están las codificaciones sobre los elementos del crimen y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Por tanto, se ha conseguido, según expone esta doctrina, consolidar el derecho penal internacional como sistema jurídico de derecho penal de la comunidad internacional. Estamos ante un ordenamiento jurídico penal internacional nuevo, autónomo y complejo. Un sistema jurídico penal internacional que además influirá en los sistemas jurídico-penales nacionales. No obstante, sin dejar de mencionar, por la limitada competencia de la CPI, la posibilidad también de la *persecución descentralizada* de las violaciones de DDHH por Estados terceros (Ambos, 2006). Es esta última, sin embargo, una cuestión creadora de un gran debate, que gira en torno a la universalidad del derecho internacional cuando se demanda la solidaridad de la comunidad internacional en su efecto represivo ante crímenes graves.

Dicho lo cual y en opinión doctrinal ya expuesta, que ahora se subraya, la jurisprudencia de la CPI debe tener un efecto esclarecedor y unificador a nivel internacional y doméstico del derecho penal. Se tiende a definiciones más precisas y mejoradas. Los logros aportados por los tribunales penales internacionales en lo que respecta a la parte general del derecho penal internacional serán continuados y más detallados desde la CPI. Su jurisprudencia puede además influir y mejorar las regulaciones de los sistemas legales domésticos y contribuir a la globalización de la justicia penal, al acercamiento de los sistemas legales del mundo y, por ende, de las legislaciones

penales domésticas. Para ello la cooperación de los Estados parte ha de ser plena, armonizando su legislación penal con el Estatuto de la CPI y con los distintos sistemas jurídicos de manera recíproca. En definitiva, una esperanza para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional de toda la comunidad internacional, aunque con futuros retos que serán analizados en próximos trabajos de investigación.

Conclusiones

La jurisdicción penal internacional ronda en la ONU desde 1945, con la creación de los primeros tribunales internacionales militares. Ya entonces se vio la imposibilidad de que los Estados aceptaran responsabilidad propia por violación de DDHH, más allá de una responsabilidad jurídico-moral. Por ello, los esfuerzos se centraron en una responsabilidad individual. Desde un principio, la norma sustantiva y procesal está dirigida a los crímenes recogidos en los tratados, pero serán los Estados los que se opongan, no aceptando ni tal norma sustantiva ni la norma procesal al respecto. Resultado, los crímenes de los tratados quedaron fuera como norma sustantiva, solo se pudieron recoger los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, cuyo punto de apoyo fueron la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los DDHH. En otro orden de cosas, en lo concerniente a la norma procesal, los problemas a superar, básicamente, fueron la inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes, que fue superado por el largo y persuasivo esfuerzo en culminar un desarrollo jurisdiccional penal internacional, con la creación de un mecanismo procesal internacional para enjuiciar responsabilidad individual por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Así las cosas, los crímenes recogidos en los tratados fueron relegados a las jurisdicciones domésticas, estos solo serán perseguidos por la jurisdicción internacional cuando tengan alcance anormal para la comunidad internacional.

Dicho esto, la violación de DDHH grave queda tutelada penalmente por el derecho internacional solo cuando alcanza dimensiones de especial trascendencia para la comunidad internacional. El resto, por rebasar lo internacional, queda tutelado penalmente por los Estados en su esfera doméstica, aunque sean delitos internacionales.

No obstante, se produce una interconexión entre dos ámbitos jurídicos internacionales: el ámbito jurídico de los DDHH y el ámbito jurídico penal internacional. Esta interconexión culmina con la consagración del derecho penal internacional a través de un tratado internacional, integrado por un estatuto jurídico de creación de una corte penal internacional permanente, y dos textos complementarios, que en su conjunto constituyen la codificación y el compendio del actual derecho penal internacional. Es decir, se produce la consolidación de un sistema jurídico

penal internacional que influye en los sistemas jurídicos nacionales; en el tratamiento jurídico de los crímenes internacionales de especial gravedad para la comunidad internacional. Un sistema jurídico de derecho penal internacional por sus orígenes y proceso de creación y por estar basado en un tratado internacional de carácter universal. Un sistema jurídico penal internacional que, con su desarrollo experimentado, hoy es la esperanza para el mantenimiento de la paz y la seguridad de la comunidad internacional.

Referencias

- Alston, P. (1997). *Effective functioning of bodies established pursuant to united national human rights instruments*. Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1997/74.
- Álvarez Molinero, N. (2004). La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación racial. En F. Gómez Isa & J. M. Pureza (Eds.), *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del siglo XXI* (pp. 215-242). Universidad de Deusto.
- Ambos, K. (2006). *Temas de derecho penal internacional y europeo*. Marcial Pons.
- Ambos, K. (2010). El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, 5(9), 237-256. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992010000100006>
- Ando, N. (2007). International human rights protection and the Human Rights Committee. *UN TV Web*. <https://media.un.org/en/asset/k1s/k1sf6xock5>
- Bernaz, N., & Prouvèze, R. (2010). International and domestic prosecutions. En M. Cherif Bassiouni (Ed.), *The pursuit of international criminal justice: A world study on conflicts, victimization, and post-conflicts justice* (pp. 272-273). Intersentia.
- Betancourt, M. (2011). La conferencia de revisión del Estatuto de Roma. En H. Olásolo Alonso & S. Cuenca Curbelo (Coords.), *Perspectiva iberoamericana sobre la justicia penal internacional. Ponencias de los programas académicos de la "X Edición de 2011 de la Competencia Víctor Carlos García Moreno" sobre procedimiento ante la Corte Penal Internacional* (pp. 355-366). Tirant Lo Blanch.
- Cassese, A. (2003). *International criminal law*. Oxford University Press.

- Condorelli, L. (2000). *La définition des infractions internationales. Droit international Pénal*. Centre de Droit International de l'Université.
- Decaux, E. (1993). Derecho internacional y experiencias nacionales. En *Encuentro Internacional sobre la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos*, (pp. 27-68). Commission National Consultative des Droits de L'homme – Comisión Internacional de Juristas – Organización de Naciones Unidas. <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1992/11/Impunity-conference-report-1992-spa.pdf>
- Gómez del Prado, J. L. (2004). La protección extraconvencional de los derechos humanos. En F. Gómez Isa & J. M. Pureza (Eds.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* (pp. 353-392). Universidad de Deusto.
- Kumar Tyagi, Y. (1993). Perdón, olvido, venganza, castigo justo, responsabilidad. En *Encuentro Internacional sobre la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos*, (pp. 77-96). Commission National Consultative des Droits de L'homme – Comisión Internacional de Juristas – Organización de Naciones Unidas. <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1992/11/Impunity-conference-report-1992-spa.pdf>
- Lirola Delgado, I. (2000). La competencia material de la Corte Penal Internacional. La relación con el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En *Creación de una jurisdicción penal internacional* (pp. 45-62). Colección de la Escuela Diplomática.
- O'Donnell, D. (2004). *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universales e interamericanos*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. <http://www.oda-alc.org/documentos/1374531071.pdf>
- Peláez Marón, J. M. (2000). El desarrollo del derecho internacional penal en el siglo XX. En J. A. Carrillo Salcedo & E. W. Petit Gabriel (Coords.), *Criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional. Premio «Rafael Martínez Emperador»* (pp. 89-140) Consejo General del Poder Judicial.
- Quintano Ripollés, A. (1955). *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal. Tomo I*. Instituto Francisco de Vitoria.

- Robinson, P. H. (2012). El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena. En S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, & J. C. Hortal Ibarra (Coords.), *Constitución y sistema penal* (pp. 41-64). Marcial Pons.
- Rodríguez Carrión, (2005). Una evaluación no necesariamente crítica del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En J. A. Carrillo Salcedo & E. W. Petit Gabriel (Coords.), *Criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional. Premio «Rafael Martínez Emperador»* (pp. 481-502) Consejo General del Poder Judicial
- Rodríguez Cedeño, V. (s. f.). *Corte Penal Internacional en el mundo en cambio*.
- Roht-Arriaza, N. (1995). *The legal setting. Impunity and human rights in international law and practice*. Oxford University Press.
- Schurmann Pacheco, R. (1993). Principios de legalidad y de irretroactividad y el instituto de la prescripción. En *Encuentro internacional sobre la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos*, (pp. 161-172). Commission National Consultative des Droits de L'homme – Comisión Internacional de Juristas – Organización de Naciones Unidas. <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1992/11/Impunity-conference-report-1992-spa.pdf>
- van Boven, T. (1993). Derecho de restitución, compensación y rehabilitación. En *Encuentro internacional sobre la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos*, (pp. 315-336). Commission National Consultative des Droits de L'homme – Comisión Internacional de Juristas – Organización de Naciones Unidas. <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1992/11/Impunity-conference-report-1992-spa.pdf>
- Zorrilla, M. (2005). La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual. *Cuadernos de Deusto de Derechos Humanos*, (34). <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho34.pdf>



El proceso de constitucionalización del sistema internacional: discusión teórica sobre sus avances y conclusiones

The International System Constitutionalization Process: Theoretical Discussion on Its Progress and Conclusions

O processo de constitucionalização do sistema internacional: discussão teórica sobre seu progresso e conclusões

Michael Andrés Méndez Torres*

Fecha de recepción: 18 de abril de 2022

Fecha de aprobación: 12 de mayo de 2022

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11938>

Para citar este artículo: Méndez Torres, M. A. El proceso de constitucionalización del sistema internacional: discusión teórica sobre sus avances y conclusiones. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal ANIDIP*, 10, 1-27. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11938>

Resumen

El presente artículo pretende comprender el proceso de constitucionalización del sistema internacional a la luz de la discusión teórica suscitada por algunos autores frente al tema. Para tal efecto, se tendrá en cuenta cómo diversos autores han planteado el desarrollo de este proceso a partir de la evaluación de conceptos como constitucionalismo globalizado frente a otros autores insertos en la postura de negar la existencia de este proceso, en virtud del análisis de la forma como los actores del sistema internacional han adoptado criterios comunes de regulación,

* Profesional en ciencia política y gobierno de la Universidad del Rosario con diplomado en geopolítica y relaciones de la misma universidad, cursó el programa de liderazgo político de la Universidad La Gran Colombia y el Leadership Institute. Maestría en política y relaciones internacionales en la Universidad de La Salle. Pregrado en Derecho en la Universidad Libre, Seccional Bogotá y diplomado en docencia universitaria en la misma universidad. Curso en datos abiertos (virtual) con la Escuela de Gobierno de la Organización de Estados Americanos (OEA). Desarrollo de proyectos de investigación en ciencias sociales con apoyo de Colciencias y la Universidad del Rosario sobre implementación del Acuerdo de Paz del 2016 y democracia local en el Departamento de Nariño en Colombia.

mediación y sanción. Esta discusión contribuye al debate entre los planteamientos de los paradigmas clásicos de la teoría de las relaciones internacionales, sobre todo, el realismo c. el liberalismo político. Se concluye que la constitucionalización del sistema internacional no es un nuevo paradigma teórico, sino un punto más de la discusión no solo entre los paradigmas clásicos, sino de carácter interdisciplinar entre las relaciones internacionales, el derecho internacional y la ciencia política. Así mismo, el panorama de este proceso de constitucionalización es cada vez más positivo, podría afirmarse que la lógica clásica del realismo en cuanto al poder en función de los intereses nacionales está perdiendo vigencia por la sujeción progresiva a normas internacionales como los derechos humanos, entre otros escenarios.

Palabras clave: proceso de constitucionalización; sistema internacional; actores del sistema internacional; realismo político; liberalismo político.

Abstract

This article aims to understand the process of constitutionalization of the international system considering the theoretical discussion raised by some authors around the subject. For this purpose, various authors' proposals of this process development, based on the evaluation of concepts, such as globalized constitutionalism, compared to other authors inserted in the position of denying the existence of this process were considered by virtue of the analysis of how the actors of the international system have adopted common criteria of regulation, mediation, and sanction. This discussion contributes to the debate between the approaches of the classical paradigms of the theory of international relations, especially realism vs. political liberalism. It is concluded that the international system constitutionalization is not a new theoretical paradigm but one more point of discussion not only between the classical paradigms but of an interdisciplinary nature between international relations, international law, and political science. It is also concluded that the panorama of this constitutionalization process is increasingly positive; it could be affirmed that the classic logic of realism in terms of power based on national interests is losing validity due to the progressive subjection to international norms such as human rights, among other scenarios.

Keywords: Constitutionalization process; international system; international system actors; political realism; political liberalism.

Resumo

Este artigo tem como objetivo compreender o processo de constitucionalização do sistema internacional à luz da discussão teórica levantada por alguns autores em torno do tema. Para tanto, será levado em consideração como diversos autores têm proposto o desenvolvimento desse processo com base na avaliação de conceitos como constitucionalismo globalizado ou similar em comparação com outros autores que se inseriram na posição de negar a existência desse processo, tudo em virtude da análise da forma como os atores do sistema internacional adotaram critérios comuns de regulação, mediação e sanção. Essa discussão contribui para o debate entre as abordagens dos paradigmas clássicos da teoria das relações internacionais, especialmente realismo versus liberalismo político. Conclui-se que a constitucionalização do sistema internacional não é um novo paradigma teórico, e sim mais um ponto de discussão, não apenas entre os paradigmas clássicos, mas também de caráter interdisciplinar entre as relações internacionais, o direito internacional e a ciência política. Conclui-se também que o panorama desse processo de constitucionalização é cada vez mais positivo, podendo-se afirmar que a lógica clássica do realismo em termos de poder baseado em interesses nacionais está perdendo validade devido à sujeição progressiva à normas internacionais como os Direitos Humanos, entre outros cenários citados neste artigo.

Palavras-chave: processo de constitucionalização; sistema internacional; atores do sistema internacional; realismo político; liberalismo político.

Introducción

Dentro de los debates teóricos en las relaciones internacionales y el derecho internacional se ha abierto un campo a la discusión sobre la sujeción de los distintos actores del sistema internacional a normas generales y comunes, o inclusive a organismos supranacionales ante los cuales deben ceder aspectos de su soberanía nacional o su voluntad política para transar en cuestión de decisiones fundamentales para el funcionamiento del sistema. Uno de esos debates versa sobre hablar o no de un proceso de constitucionalización del sistema internacional ante el avance de la consolidación de un derecho internacional público, cuyas normas son aplicables a todos los actores del sistema internacional, y ante la consolidación de diferentes organismos supranacionales que imponen sanciones ante el incumplimiento de esas normas.

Autores como Anne Peters (2006; 2007; 2009), Peter Häberle (2000; 2002) o Marti Koskeniemi (2004; 2007), entre otros, tienen diferentes posturas al respecto. Por un lado, están los autores que defienden la existencia de un claro proceso de constitucionalización del sistema internacional, al que suelen llamar constitucionalismo globalizado, a partir de la idea de un proceso que no está finalizado pero que cuenta con grandes logros, como la generalización de la adopción de los derechos humanos como norma general aplicable a todos los actores del sistema. Por otro lado, se encuentran quienes cimientan su discurso teórico sobre una postura mixta, bajo la cual si bien reconocen la existencia de normas generales aplicables para todos los actores, la falta de poder coercitivo, característica de todo ordenamiento jurídico, no permite que se impongan sanciones claras ante el incumplimiento de estas normas. En último lugar, están los autores que niegan tajantemente la existencia de un proceso de constitucionalización debido a que las lógicas de poder y del derecho internacional aún responden a un patrón hegemónico de ciertos actores que temen ceder su poder en el sistema internacional y no aceptarían la imposición de sanciones.

En el caso de Peters se encuentran textos como “The Globalization of State Constitutions” (2007) y “Reconstruction constitutionnaliste du Droit international: Arguments pour et contre” (2006), entre otros, que dan cuenta de su postura de defensa de la existencia de un proceso, que si bien no está acabado, ha tenido grandes avances en el camino hacia la consolidación. De Peter Häberle se puede leer: “La constitución como cultura” (2002). Este texto muestra una postura intermedia que reconoce algunos avances de lo que podría considerarse un proceso de constitucionalización del sistema internacional al mismo tiempo que critica el poder coercitivo de los organismos multilaterales, y presenta la teorización sobre el concepto de *constitución* como base para la discusión. En el caso de Koskeniemi

se pueden analizar el texto “International Law and Hegemony: A Reconfiguration” (2004) o algunas de las entrevistas que ha concedido sobre el tema, que reflejan su postura negacionista del proceso y una visión crítica a la imposición de reglas generales para todos los Estados.

Por supuesto, existen otros autores que se enmarcan, desde diferentes ámbitos de estudio, en una y otra postura. Por ejemplo, desde el ámbito del derecho comercial, Juliana Peixoto Batista, en su artículo “El constitucionalismo internacional y la organización mundial de comercio: el caso de los protocolos de adhesión” (2018), afirma que “los procesos de constitucionalización en el sistema internacional se observan cuando ciertas funciones de carácter constitucional migran desde esferas domésticas hacia esferas internacionales, multilaterales y globales” (p. 197). Con esto reconoce la existencia de un proceso de constitucionalización del sistema internacional que depende de las obligaciones que se imponen a los Estados en la materia, de cuyo cumplimiento se retroalimenta para consolidarse.

Fernando Aurelio Guerrero Cárdenas, en su trabajo titulado “Constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos” (2014), es partidario de una tesis mixta en la cual si bien reconoce los avances del proceso de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, que se da en varias fases, algunas de las cuales han presentado problemas para su implementación debido a las condiciones de cada Estado, también identifica que las organizaciones internacionales no han logrado encontrar la forma de obligar a los Estados a cumplir con la normativa internacional en este ámbito. Afirma Guerrero (2014):

la velocidad de la constitucionalización depende de los niveles y grados en los que puedan insertarse los contenidos constitucionalizados, requerirá entonces para su operatividad: (i) que exista difusión e información de lo producido, (ii) que sea aceptado y apropiado por la sociedad; (iii) que esté de conformidad con los estándares internacionales; hay otras condiciones que son eventuales, y en algunos casos necesarias que dependen de las condiciones de cada Estado (p. 107).

Ya en un plano más regional, el análisis del proceso de constitucionalización de la Unión Europea presenta muchas dificultades que hacen inviable hablar de este sin el establecimiento de acuerdos programáticos entre los gobiernos y la ciudadanía para el establecimiento de una constitución europea. Seligmann Villegas, en su texto “El proceso de constitucionalización en Europa” (2005), demuestra que hablar de proceso de constitucionalización en el seno regional europeo por ahora implica un grado de complejidad bastante alto:

Como consecuencia de lo anterior, se respira un clima de zozobra e incertidumbre con respecto al futuro de la Unión Europea, que se demuestra en la suspensión del proceso en Estados tan influyentes como el Reino Unido. (...) El proceso, para poder seguir adelante, debe incluir a todos con igualdad, no únicamente a las élites (p. 55).

Así pues, el problema de fondo en este debate sobre la existencia, avances o no, de un proceso de constitucionalización del sistema internacional tiene que ver con la idea de un derecho internacional público fragmentado por las lógicas de poder de los actores del sistema internacional que aún responden a un esquema hegemónico de actores, como Estados Unidos, que no cederían su poder ante organismos supranacionales, o un derecho internacional universalizado donde todos los actores están en la capacidad y voluntad de ceder parte de su soberanía para armonizar las normas que rigen a todos dentro del sistema internacional, cumplirlas y aceptar las sanciones que se deriven de su incumplimiento.

A partir de lo anterior surge la pregunta: ¿cómo se puede comprender el debate sobre el proceso de constitucionalización del sistema internacional a la luz de la postura teórica de algunos autores con respecto al tema? Una respuesta *a priori* consiste en afirmar que comprender el debate sobre el proceso de constitucionalización del sistema internacional a la luz de la postura teórica de algunos autores parte de entender la necesidad que ha tenido el sistema internacional de establecer mecanismos para que los Estados tengan un mayor grado de sujeción a las disposiciones de los organismos supranacionales, como la Organización de Naciones Unidas (ONU), el mayor de todos en términos de jerarquía, y la creación de medios de control jurídico para las actuaciones de los Estados en el escenario de la política internacional, teniendo en cuenta la necesidad de los Estados como actores principales del sistema internacional de sujetarse a las lógicas de la interdependencia en el proceso de globalización creciente, marcado por las dinámicas del fenómeno de la supranacionalidad de las organizaciones internacionales; la capacidad de autorregulación de los actores del sistema internacional a raíz de la sujeción a las distintas normas internacionales como las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, que establezcan un marco normativo claro de actuación para todos los actores, y la necesidad de los actores del sistema internacional de vincularse a un eje normativo que canalice las demandas de la población hacia la defensa de los derechos humanos mediante la obligatoriedad de su protección a través de acciones claras de la Asamblea de la ONU contra los Estados que vayan en contravía de estas normas del denominado *ius cogens*.

El objetivo central del presente trabajo consiste en analizar las posturas teóricas de tres autores que han tratado el tema del debate sobre el proceso de constitucionalización del sistema internacional para comprender con base en este análisis dicho fenómeno en del derecho internacional y las relaciones internacionales. La metodología que se utilizó para el desarrollo del objetivo es documental, con base en fuentes secundarias de textos bibliográficos consultados en libros, artículos de revistas indexadas, así como ponencias realizadas por los tres autores puestos a consideración —Peters, Haběle y Koskeniemi—. Es importante mencionar que el presente trabajo tiene un componente académico interdisciplinar preponderante debido a que se construye con aportes teóricos de las relaciones internacionales, el derecho internacional y la ciencia política, basado en la idea del concepto de constitución como una configuración jurídico-normativa del orden político —tomando como referencia a Karl Loewenstein (1983), por ejemplo—, para el presente caso, a escala internacional.

Para tal efecto el presente artículo aborda, en primer lugar, los aspectos generales del proceso de constitucionalización del sistema internacional en torno a la relación entre los Estados y las organizaciones internacionales gubernamentales; en segundo lugar, presenta la postura de tres autores fundamentales insertos en la discusión sobre la existencia o no de este proceso: Anne Peters, quien defiende los avances del constitucionalismo globalizado; Peter Häberle, quien toma una postura crítica pero no absolutamente negatoria del proceso, y Martti Koskeniemi, quien niega el constitucionalismo globalizado. Por último, se presentan algunas conclusiones.

1. Aspectos centrales del proceso de constitucionalización en el sistema internacional: la relación entre los Estados y las organizaciones internacionales gubernamentales

Algunas situaciones de crisis en el sistema internacional, tanto en el ámbito político como social e inclusive económico, han dejado en entredicho los postulados del paradigma del liberalismo político con su teoría de la interdependencia compleja, al reevaluar la necesidad de la cooperación entre los Estados, dado que cada uno de estos se vio abocado a tomar medidas urgentes para salvaguardar los intereses nacionales aún en contra de las recomendaciones de las organizaciones internacionales. De hecho, Adolfo Abadía (2015) menciona que es preponderante actualmente, en el debate teórico dentro de las relaciones internacionales:

relativizar la idea de que existen comportamientos connaturales de los Estados en situación de anarquía internacional y de introducir el principio de autoayuda como la capacidad que tienen los Estados de valerse por sí mismos para asegurar su supervivencia en el sistema internacional (p. 454).

No obstante, este fenómeno de relativo desconocimiento de las decisiones de los organismos supranacionales por parte de los Estados no es novedoso si se tiene en cuenta que, desde que las dinámicas de poder en el sistema internacional cambiaron con la Guerra Fría, muchos Estados ingresaron a diversos organismos multilaterales, pero han desconocido algunas de las decisiones tomadas en el seno de cooperación interestatal, sosteniendo como argumento la primacía del interés nacional. Este tipo de decisiones desembocaron en eventos como el retiro de Estados Unidos del acuerdo de París en 2019, acuerdo que el entonces gobierno de Donald Trump consideraba perjudicial para la economía del país (Tallarda, 2019).

Sin embargo, los Estados no suelen actuar unilateralmente siempre. A lo largo de la historia de la política internacional ha sido recurrente el fenómeno de las alianzas entre diversos Estados como respuesta a múltiples amenazas, sean estas contra Estados particulares o contra la estabilidad del sistema internacional. De la misma forma, el fenómeno de las alianzas se presenta en múltiples niveles del ejercicio del poder (ciertamente una alianza entre partidos políticos no es lo mismo que una alianza entre Estados), y en muchos casos resulta ambiguo conceptualizarlo como un fenómeno particular dentro del campo de las relaciones internacionales, dado los múltiples usos en el lenguaje cotidiano y en la prensa. No obstante, uno de los paradigmas de las relaciones internacionales que más ha ahondado en la definición del fenómeno de alianzas es el realismo, lo que ha permitido tratar el fenómeno desde una óptica mucho más centrada en la importancia de asuntos militares y estratégicos que en las variables económicas y de integración regional (sería académicamente impreciso analizar la Alianza del Pacífico y la OTAN como un mismo fenómeno).¹

Por supuesto, el paradigma liberal en las relaciones internacionales explica el fenómeno de las alianzas no como resultado de la búsqueda de poder o aseguramiento de ventajas para un eventual conflicto, sino como búsqueda de la paz, la cooperación y el desarrollo. Se puede leer esto en Gracia Abad (2019), quien afirma que el liberalismo como explicación a las relaciones entre Estados

1 De hecho, se puede leer en el realismo estructuralista o neorealismo que “La hipótesis que sustenta el estructuralismo realista refiere que la causa de conflicto en el sistema internacional se debe a la estructura anárquica de dicho sistema y para evitar la existencia del estado de guerra, los Estados se comunican entre sí con la finalidad de buscar alianzas y acuerdos cooperativos” (Hernández, 2008, p. 16).

experimentó un claro auge en los años que siguieron a cada una de las dos guerras mundiales, pues no en vano se trataba de periodos en los que se querían explorar las posibilidades de un orden internacional pacífico, regido por el derecho y en el que fuera posible la cooperación (p. 57).

También se puede ver en textos que analizan el reciente fenómeno de la cooperación internacional para el desarrollo, como el de Luis Ochoa (2017), desde una visión optimista de las relaciones de poder en el sistema internacional: “la CID comprende un conglomerado de actividades de diversa naturaleza y motivaciones que mediante acciones colectivas entre actores de la sociedad internacional pretenden mejorar las condiciones de vida de las personas” (p. 291).

Así pues, hay un claro interés de fondo en contribuir al debate entre el paradigma realista y el liberal, que se demuestra más vigente que nunca, por la trascendencia que han tenido las organizaciones internacionales para el avance del proceso de constitucionalización del sistema internacional, que tiene como base las decisiones que se toman en el seno de estas y cuál es la postura (y forma de actuar) que adoptan los Estados en torno a estas decisiones. Se habla, por lo tanto, de proceso de constitucionalización en el entendido que esta investigación busca ampliar el espectro de estudio del campo de la ciencia política, en torno a consideraciones normativas, por cuanto pretende iniciar una búsqueda de un modelo de análisis de los fenómenos atinentes a los esquemas políticos constitucionales contemporáneos con base en el desarrollo de varias teorías que de plano han tocado esquemáticamente el concepto político de constitución pero que tan solo se someten a la rigurosa conceptualización del mismo o a la sola inclusión de este como variable del estudio de un sistema político, más aún, como un concepto novedoso para aplicar dentro de las teorías de las relaciones internacionales.

Así mismo, este artículo busca llamar la atención sobre la importancia que tiene para una sociedad (sobre todo si se trata de la sociedad internacional) que las reglas de juego con las que gobiernan sus dirigentes no sean meros artificios de papel, sino que se lleven a la práctica sin adaptarse a contextos particulares. Esto quiere decir que las decisiones de las organizaciones internacionales deben convertirse de facto en “regla de reglas”, que, como mencionan algunos autores clásicos del pensamiento jurídico-político, limiten a quienes detentan el poder y, por ende, que todos quienes asuman los órganos de dirección y control de estos organismos internacionales actúen siempre bajo las mismas reglas y no que las reglas actúen a discrecionalidad de los intereses nacionales.

El sistema internacional ha sufrido diversos cambios que responden a las variadas dinámicas de relaciones de poder a lo largo de su existencia; asimismo, han existido diferentes intentos por lograr una definición que se aproxime a la intención de contener, si no todas, la mayoría de sus características. De manera general, Juan Camilo Restrepo Vélez (2013) intenta aproximarse a algunas de estas definiciones de la siguiente manera:

La definición de sistema internacional ha sido abordada por gran cantidad de autores de las relaciones internacionales. Así, mientras que Kal Holsti (1995) habla de una “colección de entidades políticas independientes, que actúan con considerable frecuencia y conforme a procesos regularizados” (p. 327), Raymond Aron (1985) lo denomina como el “conjunto constituido por una serie de unidades políticas, que mantienen entre sí relaciones regulares y que son todas susceptibles de verse implicadas en una guerra” (p.133). Incluso desde el ámbito de la geografía política se ha hecho un esfuerzo por comprender la realidad internacional en la que intervienen varios entes como un todo, denominándolo sistema mundo, en el cual las numerosas sociedades nacionales se convierten simplemente en partes de un todo mayor, por lo que determinado cambio político solo puede ser comprendido en su totalidad en el contexto más amplio (p. 630).

Al hacer una aproximación al concepto de Raymond Aron, se puede encontrar que este autor se apoya en algunas características que permiten conceptualizar el sistema internacional como la relación de fuerzas y la coherencia de ideas y de organización sociopolítica. La primera característica puede ser descrita como la forma de “determinar cuáles son los vínculos ponderados de recursos materiales y humanos que existen entre los Estados y que caracterizan el funcionamiento real, material, del sistema” (Calduch, s. f., p. 15). Esta característica determina dos formas de clasificar los sistemas internacionales para Aron. La primera se denomina configuración multipolar, en ella:

la rivalidad se mantiene entre Estados que pertenecen a una misma clase, que poseen una relativa equiparación de fuerzas materiales lo que permite diversas combinaciones o alianzas de Estados tendentes a un equilibrio general de fuerzas, siendo las inversiones de alianzas un proceso normal de la diplomacia tendente a mantener ese equilibrio (Calduch, s. f., pp. 14-18).

La segunda se denomina configuración bipolar, allí:

dos Estados sobrepasan en términos absolutos de fuerzas a todos los demás lo que implica necesariamente que el equilibrio general del sistema solo se puede mantener a través de la formación de dos coaliciones respectivamente aglutinadas en torno a cada uno de ambos Estados hegemónicos y en las que necesariamente deben inscribirse los restantes Estados medios y pequeños (Calduch, s. f., p. 14).

Adicional a estos dos tipos de configuraciones, hay una tercera, desarrollada por otros autores, denominada configuración unipolar, donde, en palabras de Aron (1985, citado por Restrepo Vélez, 2013), un solo Estado sobrepasa a todos los demás en términos absolutos de fuerzas y este “determina las reglas de juego”. José Antonio Sanahuja Perales (2007) realiza un trabajo analizando el mundo post Guerra Fría teniendo en cuenta los tipos de configuraciones del sistema internacional; al analizar la configuración unipolar, logra determinar:

A partir de la constatación de que el mundo es unipolar y la agenda internacional está dominada por la seguridad, de que los actores estatales son los más relevantes, y de que las fuentes del poder radican, en gran medida, en la capacidad coercitiva única de Estados Unidos, se ha abogado por un modelo de política exterior de *bandwagoning*, consistente, básicamente, en «subirse al tren» de la potencia hegemónica (pp. 300-301).

Teniendo en cuenta estos tres tipos de configuraciones, el entorno de las ciencias sociales y las relaciones internacionales se debate entre las opciones de definir el sistema internacional actual como multipolar o unipolar. Fuera de esta dicotomía, hay otras posturas que determinan que el mundo del siglo XXI se encuentra en una situación de desorden, donde no hay un poder claro, y el surgimiento de nuevos actores en el sistema internacional va cambiando las dinámicas y las relaciones de poder dramáticamente. La pregunta que surge es ¿cuáles son las razones que llevan a determinar la existencia de un “desorden global contemporáneo”? La respuesta: son variadas, pero realmente lo que se encuentra de fondo en esta discusión es si realmente existe desorden. La hipótesis que se sugiere es que el mundo no se encuentra en desorden como tal dentro de la configuración del sistema internacional actual, sino que está inmerso en un proceso de transición, de transformación entre el bipolarismo de la Guerra Fría, un intento por establecer una única superpotencia y la llegada a un multilateralismo entre los actores del mismo sistema. Este

proceso de transición se apoya en la aparición de procesos como la globalización o la exacerbación de fenómenos como el terrorismo.

En resumen, el surgimiento de nuevos parámetros de orden internacional después de estar encasillado en una dicotomía Estados Unidos – Unión Soviética durante la Guerra Fría, plantea las dos posibilidades mencionadas anteriormente: por un lado, está el hecho de que Estados Unidos se erija como superpotencia y encamine al mundo por la senda de la unipolaridad (en términos de poder en el sistema internacional); por otro lado, está el camino del multilateralismo, el cual, según sus defensores, aumentaría el espacio de deliberación de los Estados-nación en las diferentes organizaciones internacionales, lo que llevaría a una mayor estabilidad y seguridad globales. Esto lleva a pensar que el mundo no se encuentra en una situación de desorden, como se suele afirmar ante la aparición de nuevos actores que están redefiniendo la política exterior de muchos Estados y que, en teoría, están llevando al mundo a una situación de caos, sino que el mundo está sumergido en un proceso de transformación de los procesos de toma de decisiones en el sistema internacional. Como menciona Anthony Giddens (2000): “Sí. Hay buenas y objetivas razones para pensar que vivimos un periodo crucial de transición histórica. Además, los cambios que nos afectan no se reducen a una zona concreta del globo, sino que se extienden prácticamente a todas partes” (p. 13).

A lo que apunta Giddens (2000) en su texto es a que este proceso de transformación es empujado por un fenómeno creciente, cada vez más inserto en la vida cotidiana: la globalización. El mismo autor afirma que este fenómeno trae consigo diversas dimensiones, y con ello, nuevas formas de riesgo e incertidumbre. El Banco Mundial (2002) ofrece algunas perspectivas sobre la globalización: por un lado, la visión que se tiene de esta es que aumenta las desigualdades, genera diversos cambios de poder y acerca al mundo cada vez más hacia la uniformidad cultural; por otro lado, hay una visión más optimista:

La globalización generalmente reduce la pobreza porque economías más integradas tienden a crecer más rápido y este crecimiento se difunde ampliamente. Cuando países de ingresos bajos entran en los mercados globales de la manufactura y de los servicios, las personas pobres pueden pasar de la vulnerabilidad de una pobreza rural devastadora hacia mejores trabajos, usualmente en pequeñas poblaciones o ciudades (p. xxxv).

Inclusive, el mismo Giddens (2000) afirma que la globalización está detrás de la expansión de la democracia. A pesar de esto, hay opositores de esta visión, quienes

argumentan que el multilateralismo en el interior de las diferentes instituciones globales solamente es un instrumento al servicio de las potencias establecidas. El ejemplo más claro de esto es la forma en como el Consejo de Seguridad de la ONU toma sus decisiones. Ni siquiera el multilateralismo pudo evitar que Estados Unidos entrara con sus fuerzas militares en Medio Oriente a principios del 2000 (el caso de Irak y de Afganistán son ejemplo de cómo la voluntad de Estados Unidos pudo más que el veto del Consejo de Seguridad, pese a que de fondo se encuentran explicaciones como las resoluciones de la ONU que justificaron acciones militares en el pasado o la “doctrina Bush” de realizar ataques preventivos). En palabras de Philippe Moreau Defarges (2004):²

El multilateralismo, como tantas otras nociones, al parecer, está en crisis. La Organización de las Naciones Unidas (ONU), corazón del multilateralismo planetario, no impidió que Estados Unidos metiera unilateralmente a sus soldados en Irak. Y, al parecer, el Fondo Monetario Internacional (FMI), otro pilar del multilateralismo, no es a fin de cuentas más que un instrumento al servicio de las potencias establecidas con el objeto de doblegar económicamente a los países del Sur. En cuanto a la Organización Mundial de Comercio (OMC), al parecer promueve de manera dogmática el libre comercio sin tomar en consideración las enormes desigualdades reales entre Estados (p. 581).

Pero como el mismo autor lo afirma “el multilateralismo forma parte de los numerosos principios occidentales de vocación universal. Igualdad de los actores, promoción de normas escritas, arreglo pacífico de los diferendos, todo esto se concibe para ser universalizable” (Moreau-Defarges, 2004, p. 582).

Este proceso de globalización que acerca a los Estados cada vez más al multilateralismo está enmarcado en un cambio en las reglas de juego del sistema internacional, que se caracteriza por contener, según Zorgbibe (1997), tres redes de relaciones entrecruzadas: “las relaciones político-militares, las relaciones económicas, bajo el sello de la interdependencia, y esta interpretación cultural que pone en contacto hasta en los barrios periféricos de toda Europa, al tercer mundo y al mundo desarrollado” (p. 717). De esta manera, el multilateralismo se constituye como

el núcleo del nuevo orden internacional económico y político que sustituye al bilateralismo que caracterizó la dinámica de las relaciones

2 Todas las traducciones de este autor son propias.

internacionales de las guerras mundiales, lo cual se evidencia con la creación de organismos internacionales cuyo aspecto esencial está dado por la participación colectiva de todos los países o por lo menos de su mayoría (Forero Rodríguez, 2011, p. 51).

Al final de este trabajo se podrían plantear las mismas preguntas que planteó Charles Zorgbibe (1997): ¿El sistema internacional conocerá nuevos cismas o permanecerá unificado? ¿Será el nuevo orden mundial una simple escampada, un efímero paréntesis en el estado de jungla o el inicio de una nueva era en las relaciones internacionales? Vaticinar al respecto de estas preguntas es actuar como profeta en las ciencias sociales. Muchos de los actuales teóricos de esta disciplina que tiene como objeto de estudio el sistema internacional afirman que es conveniente un cambio de metodología en su estudio, pasar de un análisis meramente “westfaliano” o “estatocéntrico” a un análisis que ponga en el centro de la escena las nuevas estructuras que configuran el poder en el sistema internacional. Esta visión conllevaría la progresiva desaparición de conceptos como “unipolaridad”, “bipolaridad” o “multipolaridad”, debido a que el poder ya no se restringiría a los polos de poder contenidos en ciertos Estados; el poder se subsumiría a la consolidación de los diferentes organismos multilaterales:

Por todo ello, los términos «unipolar», «multipolar» o «apolar» obscurecen, más que aclaran, la realidad de la sociedad internacional. Parten de una concepción estatocéntrica de la sociedad internacional y de una visión parcial y limitada del poder «militar» o «económico» que impide aprehender la realidad de ese fenómeno. El análisis realizado en estas páginas muestra que la teoría del poder estructural sigue siendo útil pues antes que dar respuesta a preguntas dadas, permite formular esas preguntas de manera correcta. Por esa razón, constituiría un marco teórico-metodológico adecuado para construir una ontología «post-estatocéntrica» o «post-westfaliana» de la sociedad internacional, poniendo el acento en las estructuras del poder, más que en los actores y sus relaciones (Sanahuja Perales, 2008, p. 380).

A pesar de ello, es el Estado el que sigue definiendo las políticas de las mismas organizaciones internacionales. Ejemplo de ello es la incidencia de los Estados que integran el Consejo de Seguridad de la ONU en las decisiones de este, la incidencia de Alemania en el seno de la Unión Europea o la influencia de Brasil en el Mercosur o en Unasur, entre otros. Queda claro pues, que el mundo está sufriendo una

transición entre el modelo bipolar de la Guerra Fría, pasando por un breve intento de Estados Unidos por consolidar su hegemonía en el mundo, hasta llegar a la cada vez más constante afirmación de los Estados por el multilateralismo regional, e incluso, global. No se sabe si en un futuro, no muy lejano, pueda llegar al poder en Estados Unidos un gobierno que intente de nuevo consolidar su posición como superpotencia mundial. Cuando eso pase, sin embargo, los organismos de cooperación multilateral regionales puede que estén más consolidados. Es en el largo plazo donde se encuentran las mayores posibilidades de consolidación del fenómeno de la interdependencia económica. Solo resta esperar cómo actúan en el seno de estos procesos fenómenos como la globalización o el terrorismo cada vez más exacerbado.

2. Discusión teórica sobre el proceso de constitucionalización del sistema internacional

Si bien la discusión en torno a los paradigmas o enfoques teóricos de las relaciones internacionales está planteada desde hace tiempo, ninguna ha abordado ampliamente el entramado jurídico-político del comportamiento de los actores en el sistema internacional. Es en ese sentido que la corriente constitucionalista puede contribuir a la discusión, complementando lo dicho anteriormente. En cuanto al concepto de proceso de constitucionalización del sistema internacional, se encuentran términos análogos o similares como ‘constitucionalismo global’ de Anne Peters. En el texto *Los méritos del constitucionalismo global* (2009), la autora pone de manifiesto la contraposición existente entre los negacionistas del derecho internacional, quienes afirman que este tiene un enfoque no jurídico en cuanto los mecanismos para hacerlo aplicable a todos los Estados son débiles y, en consecuencia, no goza de una de las características esenciales de un ordenamiento jurídico tradicional: la fuerza de coerción para hacer cumplir las normas, y entre quienes defienden la preeminencia del derecho internacional, argumentando que en muchos Estados el derecho carece de esa fuerza coercitiva del Estado para ser aplicado sin que por ello deje de ser un ordenamiento jurídico, justificado esto último por la perspectiva constitucionalista, pues en muchos países el derecho constitucional no es aplicable.³

3 Al examinar, por ejemplo, los textos de Mauricio García Villegas (2013), es fácil encontrar conceptos de constitución como el conjunto de conceptos que plasman la idea de sociedad a la que se pretende llegar, un texto jurídico de carácter aspiracional.

La primera idea clara en este texto de Anne Peters (2009) es que, al partir del concepto de constitucionalismo global, el cual define como “una agenda que identifica y defiende la aplicación de principios constitucionalistas en la esfera jurídica internacional” (p. 3), con una característica importante bajo la cual puede ser posible que intrínsecamente esté hablando de proceso, la aplicación de estos principios constitucionales en el derecho internacional es gradual. Esta gradualidad responde a un fin: dotar al ordenamiento jurídico internacional de efectividad y justicia, ya que los Estados internamente han perdido la legitimidad de sus ordenamientos jurídicos constitucionales y cada vez más se están respaldando en las normas internacionales para justificar la adopción de principios constitucionales, a lo que Peters llama “globalización inducida”.

Además de la gradualidad, este concepto está apoyado por un andamiaje institucional que materializa la adopción de los principios constitucionales a través de dos vías: por un lado, actores políticos y jurídicos internacionales con la legitimidad suficiente para imponerlos, y, por otro, un discurso académico que identifica y desarrolla estos elementos (Peters, 2009, p. 4). Sin duda, este segundo aspecto es sumamente importante en la medida que la aplicación de los derechos fundamentales a nivel internacional requiere un discurso legítimo y válido para todos los actores; en palabras de Peters (2009), “la mayor parte de contribuciones teóricas al constitucionalismo global abordan aspectos como los procedimientos constitucionales para la resolución de conflictos de valores y la ponderación como una técnica de interpretación constitucional para aplicar derechos fundamentales” (p. 5).

A partir de lo anterior surgen cuatro aspectos importantes a la hora de analizar esta corriente teórica que defiende la existencia del constitucionalismo global. El primero de ellos es la decadencia del concepto de soberanía nacional, ampliamente discutido por los debates teóricos en las relaciones internacionales entre los defensores del paradigma realista y los defensores del paradigma liberal. Una posición que defienda la existencia del constitucionalismo global no puede estar del lado de la defensa de la soberanía nacional o estatal *per se* como primer principio rector de las relaciones del sistema internacional, pues esto menoscabaría toda posibilidad de legitimar un ordenamiento jurídico superior a todos los actores si dicho concepto no incluye dentro de su interpretación y materialización un componente humanista, es decir, una soberanía estatal humanizada que implique la “responsabilidad por la protección de los derechos humanos básicos y la responsabilidad del gobierno por sus acciones sobre los humanos” (Peters, 2009, p. 5).⁴

4 Peters (2009) explica esta yuxtaposición del principio humanista a la soberanía estatal de la siguiente manera: “Cuando las necesidades humanas se toman como el punto de partida, el enfoque cambia de

Este principio se convierte entonces en la piedra angular del constitucionalismo global, o proceso de constitucionalización como pretende el presente trabajo denominarlo, debido a que la suspensión de la soberanía estatal se convierte en la primera sanción a que se verían enfrentados los Estados que no garanticen el respeto por principios constitucionales fundamentales como los derechos humanos, a través del ejercicio del principio de solidaridad en un sistema de gobernanza multinivel en cabeza del Consejo de Seguridad de la ONU, razón por la cual el análisis del avance de ese proceso de constitucionalización del sistema internacional parte de dos ejes fundamentales: estudiar las sanciones impuestas por este órgano como ente “sancionador” del incumplimiento de las resoluciones de la Asamblea General y analizar lo que sucede en los escenarios en donde son los integrantes del Consejo de Seguridad quienes incumplen principios constitucionales fundamentales; este último justamente es el eje que terminan justificando a autores como Peter Häberle (2000; 2002), pero eso será tema de debate más adelante.

El segundo aspecto central del constitucionalismo global es el reemplazo progresivo del consentimiento estatal unilateral por la toma colectiva, mayoritaria de decisiones en el sistema internacional. Esto representa según Peters (2009) un contrasentido: si bien la democratización de las decisiones en el seno de los organismos internacionales dota de legitimidad y gobernanza al sistema internacional, no son los ciudadanos “globales” (denominación propia de la autora) quienes participan de ese ejercicio democrático sino los Estados; por tanto, hay un dilema de representatividad intrínseco en este proceso, en el sentido que “la igualdad, la inclusión y la representación de los Estados en las organizaciones internacionales están en tensión con la idea de igual representación de los ciudadanos globales, dado que las poblaciones de los Estados son de tamaños enormemente diferentes” (p. 6). Segundo, los Estados con mayores intereses económicos y políticos no menoscabarían los intereses de sus ciudadanos por consensuar principios con Estados con menor poder en el sistema internacional —este otro aspecto deberá ser tenido en cuenta al momento de evaluar el avance de este proceso de constitucionalización del sistema internacional—.

En tercer lugar, derivado de los dos aspectos anteriores, está la aceptación universal de valores básicos como “la protección de los derechos humanos, la protección del clima e incluso el libre comercio” a través de la aprobación y ratificación de tratados internacionales multilaterales por parte de los Estados. Una lectura realista de este asunto sugiere que, como afirma Peters (2009), “la ratificación extendida

los derechos de los Estados a las obligaciones del Estado en relación con las personas naturales, y un Estado que no cumple con esos deberes tiene su soberanía suspendida” (pp. 5-6).

no refleja necesariamente los compromisos genuinos, sino que a menudo es el resultado de desbalances de poder y de maniobras estratégicas” (p. 6). No obstante, la autora sale inmediatamente al paso de estas críticas manifestando que la adopción de estos tratados internacionales no es un fin en sí mismo, sino el medio por el cual se logra avanzar en el proceso de constitucionalización del sistema internacional. A pesar de lo anterior, acciones como la denuncia del acuerdo de París por parte de la administración Trump en Estados Unidos, y la posterior retractación por parte del gobierno Biden reflejan un problema aún mayor que la sola firma de los tratados; el nivel o la fuerza vinculante de los mismos para todos los actores del sistema (Tallarda, 2019).

Finalmente, el cuarto aspecto es la institucionalización de un sistema internacional judicial de resolución de disputas y controversias entre los Estados a partir de la creación de organismos (cortes internacionales, por ejemplo) con fuerza vinculante o tribunales con jurisdicción “cuasiobligatoria”. Hay dos lecturas de este aspecto: por un lado, todo sistema jurídico requiere instituciones que permitan tanto la mediación de controversias como la judicialización de conductas antijurídicas de los actores que pertenecen al sistema, donde el sistema internacional no es la excepción (legalización de las relaciones internacionales). Por otro lado, no hay instituciones internacionales que ejerzan un control de constitucionalidad internacional sobre las actuaciones de los actores o los actos jurídicos internacionales ratificados por los actores (Peters, 2009, pp. 6-7).

Antes de abordar las críticas al paradigma constitucionalista del sistema internacional a los que inmediatamente intenta responder Anne Peters, pues es menester analizar los argumentos de quienes niegan la existencia de este proceso o sus virtudes, es perentorio establecer la conclusión a la que llega Peters (2009) después de este análisis, enfocada en valorar las ventajas de reconocer la existencia y materialización de este concepto a través de su utilidad por suscitar “la pregunta apremiante de la legitimidad de la gobernanza global” (p. 17). En palabras de la autora, la lectura constitucionalista del derecho internacional “debería esclarecer que la legitimidad de las normas y de un gobierno político no depende de la estructura de gobierno o gobernanza idénticas a las del Estado” (Peters, 2009, p. 17).

Peter Häberle presenta una postura híbrida, al tener sus reservas con la constitucionalización del derecho internacional, pero reconocer sus avances. En su texto: *La constitución como cultura* (2002), Häberle ve como un peligro para los Estados constitucionales clásicos la aparición de fenómenos como la globalización, la economización de muchos aspectos de la vida y el predominio de la economía de mercado, entre otros aspectos, para el fortalecimiento de sus procesos constitucionales

internos. Sin embargo, el autor es claro en afirmar que las mismas organizaciones supranacionales han intentado responder a estos desafíos contemporáneos con la adopción de procesos de constitucionalización a gran escala, como la Unión Europea. En ella se pueden rastrear elementos constitucionales clásicos como la división de poderes y la conformación de una comunidad política basada antropológica y culturalmente en la dignidad humana, entre otras características.

Häberle (2002) analiza el proceso de constitucionalización desde una esfera más reducida al sistema internacional, la Unión Europea,⁵ y ve con un punto de vista bastante positivo el hecho del avance de este paradigma apoyado en la idea de que “el concepto de Constitución debe ser liberado de su anclaje al Estado” (p. 196), por ende, la comprensión de la constitución como cultura puede dotar al concepto mismo del carácter de dignidad humana del que habla Peters (2006; 2007; 2009), a pesar de las reservas y limitaciones en su materialización. Esto deja una conclusión a primera vista, que hoy la tendencia teórica está enfocada más en la defensa de la existencia y avance de este proceso de constitucionalización del sistema internacional que en su negación.

Häberle (2000) aporta una visión que, si bien regionalizada, permite extraer los primeros rasgos de lo que podría considerarse un movimiento constitucionalista a nivel internacional. En su texto, *El Estado constitucional europeo* (2000), el autor ya hablaba de un derecho constitucional europeo en los siguientes términos: el derecho constitucional común europeo, introducido en el debate en 1991 describe un aspecto del Estado constitucional europeo. Se alimenta del pensamiento jurídico y de los principios comunes (en el sentido de Esser), sin querer suprimir la diversidad de las culturas jurídicas nacionales. No es posible describir aquí cada uno de los elementos singulares que integran este concepto, pues debemos referirnos a otras cuestiones.

Cuando Häberle (2000) habla de la imposibilidad de hablar de los elementos singulares es consciente de que la singularidad cultural de cada una de las naciones, reflejada en cada uno de sus ordenamientos jurídicos, ha dificultado la consolidación de ese proceso de constitucionalización europeo. Por ejemplo, apunta Häberle (2000) a que la universalidad de los derechos humanos en un proceso de constitucionalización internacional debe tener en cuenta las variables culturales de cada uno de los

5 Visión que también comparten autores como Daniel Thürer (1999): “Desde el punto de vista del orden mundial global, la UE parece representar la manera más promisoría de crear una estructura capaz de detener el abuso de poder económico y social y de dirigir las actividades sociales hacia fines comunes esenciales. La UE parece estar haciendo los esfuerzos más exitosos hasta el momento para hacer frente a los efectos problemáticos de la globalización y, quizás, ofrezca un modelo para la creación de nuevas instituciones jurídicas a escala mundial” (p. 92).

Estados que van a ser partícipes en ese proceso: la representación del Estado constitucional europeo no puede ser única, una nueva forma de «eurocentrismo». No puede hacerse, por ejemplo, como aislamiento de los países en desarrollo sino con la construcción de puentes. Así, deben conservarse los lazos incomparables existentes entre Europa y Latinoamérica, gracias a España (recientemente, se constata esto en la línea que va desde la Constitución de Cádiz de 1812 hasta la de Colombia de 1991). También debe intentarse el diálogo con los países islámicos (quizás sea posible una aproximación si tenemos presente la feliz simbiosis de las tres religiones mundiales en España hasta 1492). La “universalidad” de los derechos humanos tiene que dejar espacio para las variantes culturales en el contexto de los países lejanos. La “paz perpetua” en el sentido de Kant y (aquí necesita la sociedad abierta “utopías concretas”) permanece como un proyecto obligado. En el Estado constitucional europeo se tiene uno puntal: con propósitos cosmopolitas y con consecuencias cosmopolitas.

El solo concepto de constitución como cultura, abstraído de su posición teórica, trae implícita esa lectura mixta entre un análisis positivo del desarrollo de lo que en el presente artículo denominamos proceso de constitucionalización del sistema internacional y una lectura de las enormes dificultades que han impedido la consolidación de su avance. Esas dificultades son eje central de la postura negativa de Koskenniemi (2004; 2007).

Para empezar, Koskenniemi (2004; 2007) acusa al proyecto constitucionalista del derecho internacional de responder a una lógica hegemónica, entendiendo como primera medida la resistencia de algunos Estados potencia a incluirse dentro de un sistema internacional con normas e instituciones con carácter vinculante (por ejemplo, China, India, Rusia o Estados Unidos); es decir, su inclusión o exclusión responde a los intereses nacionales particulares de cada uno. En una entrevista concedida a la revista académica *Puente @ Europa* en el 2007, que surgió como resultado de su presentación en la Asamblea General de la ONU sobre el tema “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, afirmó que “la fragmentación surge de una diferenciación funcional en la esfera internacional. Es un reflejo de la creciente diversidad de actores, proyectos, intereses, etc., a nivel internacional” (Koskenniemi, 2007). Es más, él mismo afirmó que la preocupación de los juristas acerca de esta fragmentación radica en el progresivo abandono de los intereses clásicos que tanto se defendieron en épocas pasadas.

La idea de la fragmentación en Koskenniemi no niega la idea del consenso, dado que para él identificar la diversidad de posturas en el derecho internacional debe reconocerse si se pretende avanzar en la búsqueda de la armonización del sistema

internacional, pero el consenso no significa unificación bajo parámetros cuasi-constitucionales. Esto último es así en razón de la utilidad que significaría resguardar para el sistema internacional algunos principios básicos comunes, el ejemplo que él toma es el que se considera el más absoluto de todos: el derecho a la vida. En sus propias palabras:

en algunos casos, el derecho a la vida puede ser inconveniente al considerar las necesidades —por tomar un ejemplo al azar— de una “guerra contra el terrorismo” eficaz realizada bajo el auspicio del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Sin embargo, no puede ser “armonizado” (Koskenniemi, 2007).

La sola idea de adecuar el principio de dignidad humana y el derecho a la vida a cada circunstancia para darle aplicación según ciertos intereses rompe de facto cualquier pretensión de un proceso de constitucionalización. Mucho más claro es Koskenniemi en *International Law and Hegemony: A Reconfiguration* (2004), cuando afirma que el papel que el derecho internacional ha cumplido en cuanto a las expectativas fundadas después de la caída del muro de Berlín en 1989, en torno a la consolidación de los Estados de derecho, los derechos humanos y los procesos de constitucionalización, ha sido muy menor y no se avizora que avance en los próximos años.

El punto según él es que el derecho internacional todavía no se convierte en la regla, sino que sigue siendo la excepción; es decir, un conjunto de normas que es mucho más funcional para el arte de gobernar en sí que para la verdadera gobernabilidad del sistema internacional (Koskenniemi, 2004); básicamente, el hecho que en el derecho internacional se siga haciendo lo que sea funcional a los intereses de Estados Unidos responde a la teoría clásica del realismo político internacional, que no ha cambiado ni cambiará prontamente.

Koskenniemi (2004) llega a este punto tras analizar la intervención de Estados Unidos en la región de Medio Oriente a principios del siglo XXI, y de cómo ni siquiera las resoluciones de la Asamblea General de la ONU ni los vetos de los integrantes del Consejo de Seguridad hicieron que se frenara la intervención militar estadounidense en esa región. La conclusión después de este debate parece ser clara: lo que la corriente constitucionalista europea denomina principios absolutos del derecho internacional requiere justamente para su aplicabilidad o materialización esa característica: que sean absolutos (Koskenniemi, 2004, p. 198); es decir, que sean reconocidos y aplicados por todos o rechazados y condenados por todos los actores, lo cual evidentemente no sucede. Para Koskenniemi (2004; 2007) la

fundamentación del derecho internacional absolutos parece una cuestión de blancos y negros, no de matices, como podría verlo Häberle (2000; 2002).

Koskenniemi (2004) afirma que el derecho internacional no puede reducirse a absolutos por la cierta imposibilidad de lograr consensos generales, sino que debe circunscribirse a un proceso de articulación de preferencias políticas de los actores cuyas diferencias se resuelven en el marco de la legalidad a través de ciertos mecanismos estipulados, que muchas veces responden a lógicas hegemónicas, como él lo llama: a una 'técnica hegemónica' (p. 198). Esa técnica responde a una intención de apariencias donde se muestra al mundo como una comunidad, cuando en realidad es un agregado de intereses particulares. De hecho, todo actor del sistema, todo integrante del conjunto, es a su vez representante del conjunto y representante de sus intereses, por ende, a la vez que defiende sus propios intereses, intenta negociar y conciliar principios generales. En suma, los valores universales o el concepto de comunidad internacional solo surge por la mediación de los actores que defienden sus intereses particulares. Eso complejiza la existencia de un posible consenso. En este marco de discusión, es importante pasar a aportar algunas conclusiones sobre este debate.

Después de analizar los argumentos expuestos, se puede afirmar que las características que permiten evaluar el proceso de constitucionalización del sistema internacional a la luz de lo esgrimido por Peters (2006; 2007; 2009), Häberle (2000; 2002) y Koskenniemi (2004; 2007) en torno a esta discusión son, por un lado, el establecimiento de mecanismos para que los Estados tengan un mayor grado de sujeción a las disposiciones de los organismos supranacionales tomando como ejemplo la ONU, que es el mayor de todos en términos de jerarquía. Si bien es cierto que la ONU responde a una lógica hegemónica, sobre todo de los Estados que integran el Consejo de Seguridad, con el pasar de los años se han ido construyendo al interior de estas organizaciones internacionales escenarios de deliberación que han logrado consensos importantes alrededor de ciertos temas como el desarme nuclear o políticas sociales e, inclusive, respuestas a crisis. Esto sin duda contribuye a un proceso de construcción de principios fundamentales, que como se argumentó al principio, no está finalizado, pero ya pueden observarse importantes avances, lectura desde las posturas de Peters (2006; 2007; 2009), cuando habla de una agenda que identifica y emplea la aplicación de principios en el escenario internacional.

En segundo lugar, la creación de medios de control jurídico para las actuaciones de los Estados en el escenario de la política internacional ha tenido en cuenta tres ejes principales: primero, la necesidad de los Estados como actores principales del sistema internacional de adherirse a las lógicas de interdependencia en el proceso

de globalización, marcado por las dinámicas del fenómeno de la supranacionalidad de las organizaciones internacionales como la ONU, que se refleja en la Ayuda Oficial al Desarrollo como mecanismo de cooperación, en acuerdos multilaterales para financiar procesos sociales o en la intervención en procesos de paz por parte de diversos actores del sistema internacional, cuyo incumplimiento deriva en responsabilidad internacional del Estado receptor. Sin duda estas son características abstraídas de una lectura liberal del sistema internacional, que responden también a las conclusiones de Häberle (2000; 2002), quien insiste en el mantenimiento de los lazos entre Europa y América Latina y el diálogo con los países islámicos, entre otros.

Tercero, la capacidad de autorregulación de los actores del sistema internacional a raíz del consentimiento de las distintas normas internacionales, como las resoluciones de la Asamblea General de la ONU que establezcan un marco normativo claro de actuación para todos los actores, con lo cual los Estados y otros actores actúan bajo principios claros de legalidad cuyas disputas se resolverán en mecanismos consensuados o en tribunales internacionales con el suficiente poder para imponer sanciones ejemplares. Por supuesto, esto no es absoluto, estos entes cuasi-judiciales del sistema internacional no tienen la suficiente autonomía para sancionar a los países más desarrollados, pero la construcción de consensos en los escenarios de deliberación globales puede ayudar a fortalecer este ámbito.

En cuarto lugar, la necesidad de los actores del sistema internacional de vincularse a un eje normativo que canalice las demandas de la población hacia la defensa de los derechos humanos mediante la obligatoriedad de protección de los mismos a través de acciones claras de la Asamblea de la ONU contra los Estados que vayan en contravía de estas normas del denominado *ius cogens* permite una constante legitimación interna de los gobiernos nacionales con su población. Un Gobierno que propenda por la defensa de los derechos humanos a través de los mecanismos internacionales disponibles para ello será mayormente aceptado no solo por la población nacional sino por la comunidad internacional, lo cual se ha convertido en eje de legitimación importante dentro de la gobernabilidad interna y externa de cada país.

Conclusiones

Luego del análisis de la hipótesis sugerida al inicio del presente artículo, queda claro que el establecimiento de mecanismos para que los Estados tengan un mayor grado de adhesión a las organizaciones internacionales, la creación de mecanismos de control jurídico para regular las actuaciones de los Estados en el sistema

internacional, la capacidad de autorregulación de los actores del sistema internacional y la necesidad de canalizar las demandas de la población hacia la defensa de los derechos humanos son ejes que pueden articularse en un dispositivo jurídico-normativo que regule (controle) el poder político en el sistema internacional, muy similar al concepto clásico de constitución —tomando a Karl Loewenstein (1983) como referencia—. Esta lógica está circunscrita aún en el debate entre los paradigmas clásicos de las relaciones internacionales, así como las investigaciones sobre el derecho internacional y, por supuesto, la ciencia política.

Sin embargo, después del análisis teórico realizado, tal como se mencionó en la introducción, el problema de fondo en este debate sobre la existencia, avances o no, de un proceso de constitucionalización del sistema internacional tiene que ver con la idea de un derecho internacional público fragmentado bajo las lógicas de poder de los actores del sistema internacional que aún responden a un esquema hegemónico de actores como Estados Unidos que no cederían su poder ante organismos supranacionales, tal como se puede leer desde autores como Koskeniemi (2004; 2007), o un derecho internacional universalizado en el cual todos los actores están en la capacidad y voluntad de ceder parte de su soberanía para armonizar las normas que rigen a todos dentro del sistema internacional, cumplirlas y aceptar las sanciones que se deriven de su incumplimiento, como puede afirmarse tras leer a Peters o en algún modo, a Häberle (2000; 2002).

A partir de lo anterior, la pregunta formulada es más vigente que nunca: ¿cómo se puede comprender el debate sobre el proceso de constitucionalización del sistema internacional a la luz de la postura teórica de algunos autores con respecto al tema? Entre otras cosas, porque las características analizadas al finalizar el anterior aparte sobre la sujeción a las normas del ordenamiento jurídico internacional por parte de los Estados, el poder coercitivo de los organismos supranacionales para hacer cumplir ese ordenamiento jurídico superior junto con el aumento de la capacidad de autorregulación de los Estados para obligarse a cumplir dichas prerrogativas jurídicas y la creciente demanda de la población a los Estados por la defensa de los derechos humanos son ejes que no han podido materializarse en el seno de las relaciones de poder en el sistema internacional, en parte debido a la falta de más espacios de deliberación sobre estos temas entre los diferentes actores, tal como sugiere Häberle (2000; 2002).

Queda a futuro evaluar los escenarios dispuestos para la adhesión de los países desarrollados a estas lógicas, pero eventos como la adhesión de Estados Unidos nuevamente al Acuerdo de París o la disposición de las grandes potencias de ayudar con la financiación y liberación de las patentes de las vacunas para la COVID-19,

solo por citar ejemplos actuales, aleja cada vez más del panorama la propuesta de Koskenniemi (2004; 2007) y acerca al sistema internacional a una lógica positiva como la de Anne Peters (2006; 2007; 2009). Así mismo, la universalización de los sistemas jurídicos de derechos humanos responde a esta tendencia y contribuye a afirmar que el panorama de este proceso de constitucionalización es cada vez más positivo y la lógica clásica del realismo, en cuanto al poder en función de los intereses nacionales, está perdiendo vigencia.

Referencias

- Abadía, A. (2015). Del liberalismo al neo-realismo. Un debate en torno al realismo clásico. *TELOS. Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales*, 17(3), 438-459.
- Abad, Q. G. (2019). El liberalismo en la teoría de relaciones internacionales: su presencia en la escuela española. *Comillas Journal of International Relations*, (16), 56-64. <https://doi.org/10.14422/cir.i16.y2019.004>
- Banco Mundial (202). *Globalización, crecimiento y pobreza: construyendo una economía mundial incluyente*. Editorial Alfaomega. <https://documents1.worldbank.org/curated/en/367811468780284971/pdf/235911globalizacion0crecimiento.pdf>
- Calduch, R. (s. f.). La “sociología histórica” de Raymond Aron: un intento sintetizador. En *La sociología histórica formulada por Raymond Aron y la teoría sociológica de Marcel Merle*.
- Forero Rodríguez, M. A. (2011). Multilateralismo e Integración en el marco de las relaciones económicas internacionales. *Revista Análisis Internacional (cesada a partir de 2015)*, (3), 47-64. <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/72>
- García, M., & Jaramillo P.(2013). Constitucionalismo aspiracional. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 15(29), 77-97.
- Giddens, A. (2000). *Un mundo desbocado: Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Editorial Taurus.
- Guerrero C., F. A. (2014). *Constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos*. (Tesis de maestría, Universidad Santo Tomás, Bogotá). <https://repository.usta.edu.co/jspui/bitstream/11634/2214/1/Guerrerofernando2014.pdf>

- Häberle, P. (2000). El estado constitucional europeo. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (2), 87-104. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2000.2.5581>
- Häberle, P. (2002). *La constitución como cultura*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Hernández, S. (2008). La teoría del realismo estructuralista y las interacciones entre los estados en el escenario internacional. *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, XIV(2), 13-29.
- Koskenniemi, M. (2004). International law and hegemony: A reconfiguration. *Cambridge Review of International Affairs*, 17(2), 197-218. <https://doi.org/10.1080/0955757042000245852>
- Koskenniemi, M. (2007). Entrevista. *Puente@Europa*, V(2), 22-23. <https://puenteeuropa.unibo.it/article/view/5215>
- Loewenstein, K. (1983). La constitución como dispositivo de control del poder. En Autor, *Teoría de la Constitución* (pp. 149-154). Editorial Ariel.
- Moreau Defarges, P. (2004). Le multilatéralisme et la fin de l'Histoire. *Politique Étrangère*, 69(3), 575-585. <https://doi.org/10.3406/polit.2004.1133>
- Ochoa, B., L., & Prado, L., Juan, P. (2017). Cosmopolitismo, constructivismo y liberalismo institucional: diálogo teórico en torno a la cooperación internacional para el desarrollo. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 19(37), 273-299. <https://doi.org/10.12795/araucaria.2017.i37.14>
- Peixoto B., J. (2018). El constitucionalismo internacional y la organización mundial de comercio: el caso de los protocolos de adhesión. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (38), 169-197. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2018.38.11879>
- Peters, A. (2006). Reconstruction constitutionnaliste du Droit international: Arguments pour et contre. En H. Ruiz Fabri, E. Jouannet, & V. Tomkiewicz (Eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law* (pp. 361-376). Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781472564375.ch-032>
- Peters, A. (2007). The Globalization of State Constitutions. En: Nijman, J. y Nollkaemper, A. (eds.). *New Perspectives on the Divide between National and International Law*. Oxford: Oxford University Press.

- Peters, A. (2009). The merits of global constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16(2), 397-411. <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1396&context=ijgls>
- Restrepo Vélez, J. C. (2013). La globalización en las Relaciones Internacionales: Actores internacionales y sistema internacional contemporáneo. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 43(119), 630-631. <https://www.re-dalyc.org/articulo.oa?id=151430876005>
- Sanahuja Perales, J. A. (2008). ¿Un mundo unipolar, multipolar o apolar? El poder estructural y las transformaciones de la sociedad internacional contemporánea. En VV. AA., *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz* (pp. 297-384). Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco.
- Seligmann V., R. (2005). *El proceso de constitucionalización en Europa*. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/25694/u276788.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Tallarda, L. (9 de diciembre, 2019). Donald Trump se retira del Acuerdo de París. *La Vanguardia*. Diciembre. <https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20191205/472044732126/donald-trump-se-retira-acuerdo-paris.html>
- Thürer, D. (1999). The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State. En R. Hofmann & N. Geissler (Eds.), *Non-State Actors as New Subjects of International Law* (pp. 37-96). <https://doi.org/10.2307/j.ctv1q6bbx9.8>
- Zorgbibe, Charles. (1997). Epílogo. En *Historia de las Relaciones Internacionales*, 2. *Del sistema de Yalta a nuestros días* (pp. 714-718). Alianza Editorial.



La limitada aplicación de la responsabilidad del superior jerárquico y sus consecuencias para el derecho a la verdad en Colombia

The Limited Application of the Hierarchical Superior's Responsibility and Its Consequences for the Right to the Truth in Colombia

A aplicação limitada da responsabilidade do superior hierárquico e suas consequências no direito à verdade na Colômbia

María Alejandra Pabón Acevedo*

Fecha de recepción: 30 de mayo de 2022

Fecha de aprobación: 1 de agosto de 2022

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.12077>

Para citar este artículo: Pabón Acevedo, M. A. (2022). La limitada aplicación de la responsabilidad del superior jerárquico y sus consecuencias para el derecho a la verdad en Colombia. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 10, 1-31. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.12077>

Resumen

En el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (2016) se fijaron beneficios para los actores del conflicto con el fin de esclarecer los hechos de violencia y cumplir con los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. En relación con el derecho a la verdad, la confesión de crímenes busca facilitar el establecimiento de una verdad histórica y judicial dentro del marco transicional. Sin embargo, ni el Acuerdo de Paz ni el resto del ordenamiento jurídico colombiano siguen los estándares internacionales de la figura de la *responsabilidad del superior jerárquico*. Esta figura es relevante para

* Abogada colombiana. Candidata a magíster en derecho, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Correos electrónicos: alejapabon96@hotmail.com o mariaa.pabon@urosario.edu.co

esclarecer la organización y funcionamiento de las estructuras jerárquicas involucradas en la comisión de crímenes internacionales y la participación de los superiores en los hechos de violencia cometidos materialmente por sus subordinados.

Palabras clave: verdad; crímenes internacionales; superiores jerárquicos; responsabilidad de mando; justicia transicional.

Abstract

In the Final Agreement to End the Armed Conflict and Build a Stable and Lasting Peace (2016), benefits were established for the actors of the conflict to clarify the facts of violence and comply with the rights of victims to truth, justice, reparation, and non-repetition. Regarding the right to the truth, the confession of crimes seeks to facilitate the establishment of historical and judicial truths within the transitional framework. However, neither the Peace Agreement nor the rest of the Colombian legal system follows the international standards related to the Hierarchical Superior's Responsibility. This figure is relevant to clarify the organization and functioning of the hierarchical structures involved in the commission of international crimes and the participation of superiors in the acts of violence committed materially by their subordinates.

Key words: Truth; international crimes; hierarchical superiors; command responsibility; transitional justice.

Resumo

No *Acordo Final para o Término do Conflito e a Construção de uma Paz Estável e Duradoura* (2016), foram estabelecidos benefícios para os atores do conflito com a finalidade de esclarecer os atos de violência e cumprir com os direitos das vítimas à verdade, justiça, reparação e não repetição. Em relação ao direito à verdade, a confissão de crimes visa facilitar o estabelecimento de uma verdade histórica e judicial no marco Transitório. No entanto, nem o Acordo de Paz nem o restante do ordenamento jurídico colombiano seguem os padrões internacionais relacionados à figura da Responsabilidade do Superior Hierárquico. Essa figura é relevante para esclarecer a organização e o funcionamento das estruturas hierárquicas envolvidas no cometimento de crimes internacionais e na participação de superiores em atos de violência cometidos materialmente por seus subordinados.

Palavras-chave: verdade; crimes internacionais; superiores hierárquicos; responsabilidade de comando; justiça de transição.

Introducción

El Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia–Ejército del Pueblo (FARC-EP) firmaron el 24 de agosto de 2016 el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo de Paz) con el objetivo de ponerle fin a más de 60 años de violencia en el país. Con el Acuerdo de Paz se incorporaron nuevas instituciones judiciales y extrajudiciales que conforman el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición (SIVJRNR), incluidas en el sistema jurídico mediante el Acto Legislativo 01 de 2017 (Acto Legislativo 01).

El SIVJRNR propende por alcanzar la mayor satisfacción de los derechos de las víctimas del conflicto, garantizando la rendición de cuentas por los hechos constitutivos de violaciones a los derechos humanos (DDHH) y de infracciones al derecho internacional humanitario (DIH); la convivencia y la reconciliación; la no repetición del conflicto y la transición a la paz.

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) es la institución judicial que busca satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado, entre otros objetivos. Su función es administrar la justicia transicional y conocer los delitos cometidos en el marco del conflicto armado, para ello, se enfoca en los delitos más graves cometidos por excombatientes de las FARC-EP, miembros de la Fuerza Pública, otros agentes del Estado y terceros civiles de acuerdo con los criterios de priorización definidos legalmente por los magistrados (artículo transitorio 5, Acto Legislativo 01, 2017). Además, para acceder al tratamiento especial del SIVJRNR —considerando que las víctimas son el eje central del Acuerdo de Paz— es necesario aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición.

A su vez, frente al componente de justicia en la determinación de la responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública, el Acuerdo de Paz estipula que el tratamiento para quienes realizaron conductas punibles por causa o con ocasión del conflicto “será simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado y simultáneo” (artículo transitorio 21, Acto Legislativo 01, 2017).

La Corte Constitucional (2018) recordó los criterios de la costumbre internacional sobre la responsabilidad de mando¹ con el objetivo de determinar la exequibilidad

1 (i) La existencia de una relación de subordinación-mando y control efectivo; (ii) que el superior sabía o poseía información que le permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que su subordinado estaba cometiendo o iba a cometer una infracción, y (iii) que el superior, teniendo la capacidad o el poder para prevenir o reprimir la conducta contraria al DIH, no haya tomado las medidas adecuadas y razonables para hacerlo.

del artículo transitorio 24 del Acuerdo de Paz,² que señala la responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados.

A pesar de que el artículo transitorio 24 incluye la mayoría de los elementos desarrollados históricamente por estándares internacionales sobre la responsabilidad del superior jerárquico³ (RespSup), demuestra ciertas diferencias frente al concepto más reciente elaborado por la Corte Penal Internacional (CPI).

El Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional incorporó en su artículo 28 la definición más desarrollada que existe en este momento sobre la RespSup:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

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

Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes:

a) Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;

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

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

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

3 Estándares desarrollados a partir de la condena del japonés Tomoyuki Yamashita (Olásolo Alonso & Canosa Cantor, 2018); el Protocolo Adicional I (PA I) a los Convenios de Ginebra en su artículo 86 (2) de 1977; el artículo 7 (3) del Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia (ETPIY) (1993); el artículo 6 (3) del *Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda* (1994), y el artículo 6 (3) del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona (2002).

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos:

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento (1998).

Es claro que el artículo 24 del Acto presenta un concepto restrictivo que no se ajusta a los estándares del Derecho Internacional Consuetudinario, el Derecho Internacional Penal (DIP) y el DIH.

A grandes rasgos, la diferencia radica principalmente en que el ER no supedita la responsabilidad de mando a que la o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada al superior o que este deba tener la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones *dentro del área donde se cometieron los hechos punibles y conforme al nivel de mando correspondiente* teniendo *conocimiento actual o actualizable de la comisión* (Corte Constitucional, 2018).

En relación con lo anterior, la Defensoría del Pueblo consideró que el Acuerdo de Paz restringe la posibilidad de que agentes del Estado sean efectivamente investigados, juzgados y sancionados a causa de las conductas cometidas por sus subordinados⁴ (Corte Constitucional, 2018). Así mismo, Olasolo y Canosa Cantor

⁴ La Defensoría del Pueblo indica que lo dispuesto en el Acuerdo de Paz sustituye el estándar internacional de la RespSup porque se distancia de la competencia de la CPI, debido a que (i) mientras el ER establece un conocimiento presunto de la conducta al utilizar las expresiones “hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber”, el proyecto de ley estatutaria exige un conocimiento efectivo de la conducta punible por parte del superior al señalar: “debe basarse en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como los medios a su alcance”, y (ii) el hecho de fijar unas condiciones concurrentes para configurar un mando y control efectivo del superior militar o policial implica que deban presentarse una cantidad compleja de supuestos sobre los actos de los subordinados: a) que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando, según

(2018) también afirman que estos requisitos dificultan significativamente la aplicación de la RespSup y como consecuencia pueden derivar en incumplimiento de la obligación internacional de los Estados de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de crímenes graves.

No obstante, la Corte Constitucional (2018) consideró que las adiciones a los requisitos para demostrar la RespSup no tienen la potencialidad de frustrar el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de los delitos más graves en el conflicto armado, porque

(i) la reforma constitucional preserva expresamente el deber de criminalizar a los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, y únicamente permite la renuncia a la persecución de delitos que no tienen esa connotación y;

(ii) porque la renuncia a la persecución penal y el acceso y la conservación de los tratamientos penales especiales se encuentra sujeta al cumplimiento de las exigencias inherentes al sistema de verdad, justicia, reparación y no repetición, establecidas en función del sistema de condicionalidades.

El presente trabajo busca analizar cómo la limitación impuesta en este artículo restringe el derecho de las víctimas a la verdad sobre lo ocurrido en el marco del conflicto armado. Para ello se expondrá, en primer lugar, el derecho de las víctimas a la verdad, sus obligaciones e implicaciones. Luego, se hará una breve relación de los antecedentes y fundamentos de la RespSup y se analizarán sus elementos. A continuación, se abordará la contribución a la verdad que conlleva la aplicación de la RespSup, en cuanto permite conocer públicamente el grado y tipo de participación de los superiores en los delitos cometidos materialmente por sus subordinados, presentando dos casos emblemáticos en los que se analizó la figura de la RespSup: el de Halilovic ante el TPIY y el de Bemba ante la CPI. Finalmente, el documento busca reflexionar sobre el posible incumplimiento del Estado colombiano de sus obligaciones internacionales, puesto que sin la aplicación correcta de los estándares sobre RespSup no garantiza el derecho a la verdad de las víctimas del conflicto armado.

el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad; b) que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, modificarlas o hacerlas cumplir; c) que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente, y d) que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión.

1. El derecho a la verdad de las víctimas de graves violaciones de DDHH

Colombia ha vivido un conflicto armado interno por más de 60 años, en el que han participado múltiples actores armados y durante el que se han perpetrado eventos bélicos, masacres, desplazamientos forzados, ejecuciones extrajudiciales y reclutamiento de menores, entre otros hechos. Por ello, para el proceso transicional que se planteó hace más de cinco años, se determinó que el SIVJRNR partiría del “principio de reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos” y del “principio de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición” sobre la premisa de no impunidad (artículo transitorio 1, Acto Legislativo 01, 2017). Asimismo, las instituciones creadas para sobrellevar el proceso tienen la obligación de velar por la garantía y satisfacción de los derechos de las víctimas, de manera que quienes comparezcan ante esta jurisdicción contribuyan de manera efectiva (artículo transitorio 5, Acto Legislativo 01, 2017).

Frente a los derechos de las víctimas, el sistema internacional cada vez refuerza más las garantías a sus derechos y la obligación en cabeza de los Estados de salvaguardarlos. Bajo esta perspectiva, los principios para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad (Naciones Unidas, 2005) reconocen que las víctimas cuentan con el derecho imprescriptible de conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones (principio 4) y cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes y las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes (principio 2).

El Sistema Interamericano de Protección de DDHH también ha reconocido el derecho de los familiares de las víctimas de desapariciones forzadas a conocer su suerte y paradero (CIDH, 1988). También, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) vinculó el derecho a la verdad al derecho de las víctimas a tener una explicación de los hechos relacionados con las violaciones⁵ y las correspondientes responsabilidades de los órganos estatales (artículos 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Adicionalmente, se resalta que la obligación internacional del Estado de investigar, juzgar y sancionar se encuentra intrínsecamente relacionada con el derecho a la verdad (OEA, 2006). Por ello, esta obligación no solo debe resultar en la sanción

5 La Corte IDH afirmó que este derecho se aplica a toda violación manifiesta de DDHH y encuentra tenor en la obligación de los Estados a respetarlos y garantizarlos, llevando a cabo investigaciones eficaces sobre las violaciones.

de los perpetradores inmediatos, sino también en desentrañar la organización y el funcionamiento de las estructuras que permitieron las violaciones (Corte IDH, Sentencia 26 de mayo de 2010).

Aunado a lo anterior, el Consejo Económico y Social de la ONU (2006) ha indicado que el derecho a la verdad ha incrementado su alcance, fruto de la evolución de sus distintos elementos, incluyendo el derecho a solicitar y obtener información sobre los progresos y resultados de la investigación; las circunstancias y los motivos por los que se perpetraron los hechos delictivos en el derecho internacional y las violaciones manifiestas de los DDHH; las circunstancias en que se produjeron las violaciones y la identidad de los autores.

En Colombia, este derecho se positiviza no solo mediante el bloque de constitucionalidad y la ratificación de los tratados de DDHH, sino también mediante la Ley 1448 de 2011, cuyo artículo 23 desarrolla el deber del Estado de propiciar garantías y condiciones necesarias para la reconstrucción de la memoria como aporte a la realización del derecho a la verdad, del cual son titulares tanto las víctimas como la sociedad en su conjunto.⁶

En 2017, el Acuerdo de Paz estableció que para acceder al tratamiento especial previsto en el componente del SIVJRNR es necesario que los comparecientes a la JEP aporten la verdad plena, reparen a las víctimas y garanticen la no repetición, indicando en el artículo transitorio 5:

Aportar verdad plena significa relatar, cuando se disponga de los elementos para ello, de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para atribuir responsabilidades, para así garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición. El deber de aportar verdad no implica la obligación de aceptar responsabilidades (Acto Legislativo 01, 2017).

En otras palabras, para recibir las penas alternativas que ofrece el Acuerdo de Paz es necesario que exista el respeto y las garantías a los derechos de las víctimas y que el relato contribuya a la creación de la verdad.

6 Colombia también está obligado a satisfacer los derechos de las víctimas de violaciones de DDHH por (i) los Principios de Theo van Boven (2010), que consolidan de forma universal la obligación del Estado de desarrollar medidas que busquen garantizar y satisfacer sus derechos, entre las cuales se encuentran “la búsqueda de verdad, con enfoque de DDHH [...] una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la[s] víctima[s] [...] la aplicación de sanciones a los responsables” y (ii) los Principios para la Lucha contra la Impunidad (Joinet) donde se entiende que el derecho a la verdad agrupa a las víctimas de graves violaciones a DDHH y la de sus familiares de conocer los hechos y circunstancias en que ocurrieron esas violaciones.

La JEP, mediante el análisis de testimonios, la contrastación de informes, el análisis de documentos y otros medios de prueba allegados a los expedientes, está en la capacidad de definir patrones sistemáticos y generalizados de los actores del conflicto. De esta forma, más allá de determinar la responsabilidad de los máximos responsables de graves violaciones de DDHH e infracciones al DIH, también aporta a una narración más detallada de los hechos, por medio de la construcción común, en conjunto con otros mecanismos del SIVJRNR, de la verdad de lo ocurrido en el país.

Es plausible afirmar, como lo hace Villa Romero (2014), que el derecho a la verdad se encuentra intrínsecamente ligado al derecho a la justicia. El primero puede ser considerado como un requisito para la existencia material del último, pues se entiende que solo es posible con el esclarecimiento de la verdad. Además, como lo resaltan Uprimny y Saffon (2006), el proceso judicial tiene la tarea de elucidar la verdad de los crímenes concretos para permitir la declaración de responsabilidad y la imposición de sanciones, velando en gran medida por los derechos de las víctimas.

Finalmente, al administrar justicia transicional, la JEP dará a conocer los delitos cometidos en el marco del conflicto armado interno y satisfará los derechos de las víctimas a la justicia, ofrecerá la verdad y contribuirá con su reparación. Por ello, su aporte a la construcción de verdad judicial permitirá esclarecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar de las comisiones de crímenes en Colombia, con lo que aportará significativamente a la elaboración de un relato común para contribuir a la no repetición para alcanzar la reconciliación.

En consecuencia, la importancia del derecho a la verdad en el marco de la justicia transicional colombiana se ve reflejada tanto en el derecho de las víctimas individuales de conocer a los máximos responsables de los crímenes realizados, como en el derecho de la sociedad a conocer la participación de las estructuras estatales y no estatales en el conflicto armado, que cometieron, propiciaron y colaboraron en violaciones de DDHH e infracciones al DIH.

2. Antecedentes y fundamentos de la RespSup

La RespSup implica la responsabilidad penal del sujeto por omisión cuando existe una obligación jurídica de actuar (Olásolo Alonso & Canosa Cantor, 2018). En el caso de superiores civiles o militares, dicha obligación radica en el *control efectivo* que tienen sobre sus subordinados. Esta figura apareció por primera vez a nivel internacional en el caso del general japonés Tomoyuki Yamashita (327 U. S.). La Comisión Militar de Estados Unidos falló que Yamashita omitió su obligación de controlar las operaciones de los subordinados a su cargo y permitió atrocidades brutales contra el pueblo estadounidense y sus aliados y dependencias en Filipinas.

El tribunal concluyó que las leyes de la guerra le imponen al jefe de un ejército tomar las acciones necesarias a su alcance para controlar a las tropas que están bajo sus órdenes e impedir que se cometan violaciones a las leyes de la guerra. Finalmente, indicó que, al no tomar tales medidas, el superior jerárquico contribuyó indirectamente a la comisión de los crímenes y, por ende, incurrió en responsabilidad penal (Olásolo Alonso & Canosa Cantor, 2018).

Posteriormente, el PA I fue el primer tratado internacional en positivizar la RespSup en los siguientes términos:

El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción (artículo 86 (2)).

Además, la disposición está estrechamente relacionada con el artículo 87 (1) del mismo PA I que requiere a los Estados y partes en conflicto exigir a los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, que impidan las infracciones de los convenios y del PA I; en caso necesario, deberá reprimirlas y denunciarlas a las autoridades competentes.

Frente a estas disposiciones, se puede afirmar que existe una obligación de los Estados de exigir a los miembros de las fuerzas armadas el cumplimiento de los protocolos, y que esta obligación supone que los superiores de dichas fuerzas respondan por las acciones de sus subordinados si sabían o conocían que se iban a cometer las infracciones y no tomaron las medidas necesarias a su disposición.

Después de la caída de la Unión Soviética en 1990 se establecieron dos tribunales penales internacionales *ad hoc* de la ONU, el primero en 1993 para la antigua Yugoslavia (TPIY) y el segundo en 1994 para Ruanda (TPIR). Ambos tribunales desarrollaron el concepto de RespSup con base en las obligaciones del superior de prevenir crímenes internacionales por parte de sus subordinados y de castigar a los involucrados. El artículo 7 (3) del Estatuto del TPIY determina la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos en los siguientes términos:

el hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado

no libera a su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a sus autores.

De hecho, el mismo Estatuto del TPIY indica la diferencia entre los conceptos de mando responsable y RespSup, explicando que “mientras la primera está referida a las obligaciones que tienen o emanan del estatus de superior jerárquico, la noción de responsabilidad del superior jerárquico se refiere a las consecuencias penales que genera el incumplimiento de estas obligaciones”.

El TPIY estableció que existen dos formas en las que se puede materializar la RespSup. La primera es la responsabilidad directa o por ordenar, que se produce cuando los subordinados realizan determinada acción cumpliendo la orden del superior (TPIY, 1998). La segunda se refiere a la responsabilidad indirecta, cuando el superior no adoptó las medidas necesarias a su disposición para impedir las acciones de sus subordinados (Ambos, 2005).

Del mismo modo, el TPIR en el caso *Akayesu* determinó que cada caso debe ser valorado de forma independiente. Es decir, se debe analizar el *control efectivo* del que disponía el acusado sobre sus subordinados con el fin de determinar si tenía o no la capacidad de tomar las medidas necesarias y razonables, en cada caso particular. Por otro lado, el ER incorporó, a partir del 1 de julio de 2002, la versión más elaborada de esta forma de responsabilidad, conforme a la cual las obligaciones de los superiores se desagregan en (i) prevenir la comisión de crímenes internacionales por sus subordinados; (ii) reprimir la comisión de dichos crímenes (incluyendo poner fin a los que se estén cometiendo y castigar a quienes hayan estado involucrados), y (iii) enviar la cuestión a las autoridades competentes cuando no se tenga la facultad para castigar (Olásolo Alonso, 2013).

En resumen, la RespSup se fundamenta en la obligación de los superiores militares de controlar a sus tropas y las armas que utilizan con el fin de crear el estado mental apropiado para el uso racional de los medios de combate y la disciplina de los subordinados, con lo cual se evitará la comisión de conductas contrarias al derecho (Olásolo Alonso, 2013).

3. Elementos de la ResSup

Los elementos que la componen en el DIP incluyen lo estipulado en los estatutos de los tribunales *ad hoc* y lo dispuesto en el ER. Conforme al TPIY para determinar la responsabilidad penal de un superior es necesario establecer primero

la del subordinado. Además, se exige la concurrencia de tres elementos adicionales: (i) la existencia de una relación superior-subordinado; (ii) que el superior tuviera conocimiento de que el subordinado iba a cometer un delito o lo había cometido, y (iii) que el superior no tomara las medidas necesarias para evitar la conducta o castigarla (Eckhardt, 1982).

Por otro lado, en la decisión de cargos del *caso Jean-Pierre Bemba*, la CPI indicó los elementos para determinar la RespSup:

a. El sospechoso debe ser un **superior militar, o una persona que actúe efectivamente como tal.**

b. Tener un **mando y control efectivo, o una autoridad y control efectivo sobre las fuerzas** que cometieron uno o más delitos.

c. Los delitos cometidos por sus fuerzas resultaron de la **omisión del sospechoso de ejercitar un adecuado control sobre las mismas.**

d. El sospechoso **conocía, o debido a las circunstancias vigentes al momento, hubiere debido saber,** que las fuerzas estaban cometiendo o iban a cometer uno o más delitos.

e. **No adoptó las medidas necesarias y razonables a su disposición para evitar o castigar** la comisión de tales delitos, o **dejó de informar sobre el asunto a las autoridades competentes** para su investigación y enjuiciamiento.⁷

Como señalan Olásolo Alonso y Canosa Cantor (2018), los dos primeros elementos se refieren a la existencia de una relación superior-subordinado entre el acusado y los autores materiales. Asimismo, los dos últimos elementos encuentran también su correspondencia en los elementos recogidos por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Únicamente el vínculo de causalidad (“resultaron de”) constituye un elemento adicional del artículo 28 del ER que no se recoge en la definición del concepto en el TPIY ni el TPIR.

3. 1. La existencia de una relación superior-subordinado

La relación superior-subordinado se materializa cuando un dirigente “en virtud de su posición en la jerarquía formal o informal” es superior de los autores del delito —quienes deben ser penalmente responsables por los delitos— imputados bajo cualquiera de las formas de responsabilidad previstas en el artículo 25 del ER (Olásolo Alonso & Canosa Cantor, 2018).

⁷ Negrillas fuera del original.

El TPIY y el TPIR indican que el dirigente debe ser el superior de los autores al momento de la comisión del hecho punible. Por lo tanto, el superior que llegó después de la comisión del delito y no castigó a sus nuevos subordinados no será responsable (Olásolo Alonso & Canosa Cantor, 2018). Sin embargo, si el nuevo superior persiste en la omisión de castigar, podrá incurrir en responsabilidad (*caso Bemba*).

Frente al *control efectivo* que el superior debe tener sobre los subordinados responsables de crímenes internacionales (artículo 7 (3), ER), la CPI ha señalado que puede entenderse como la capacidad material de prevenir, reprimir o remitir los crímenes cometidos por los subordinados (*caso Bemba*). Para el TPIY, el *control efectivo* es la capacidad material de prevenir la comisión de delitos cometidos por subordinados o castigarlos tras su realización.

En todo caso, el nombramiento *de iure* no es un determinante en el *control efectivo*, sino un mero indicio de su posible existencia (López Acevedo, 2007). Además, para la Sala de Cuestiones Preliminares II (SCP II) de la CPI, la existencia de una relación superior-subordinado, al derivarse del *control efectivo*, puede ser compartida con otros superiores (*caso Bemba 2009*), en cuyo caso la responsabilidad podrá extenderse a los miembros de la cadena de mando hasta llegar al cargo más alto.

3. 2. La omisión del superior en su obligación jurídica de prevenir, reprimir o someter a la autoridad competente

Este elemento implica que el superior no ha tomado todas las medidas dentro de su capacidad material para prevenir —momento anterior—, poner fin a los delitos —durante— e investigar y sancionar o remitir a la autoridad competente, si no se tiene la capacidad material para sancionar los crímenes cometidos por sus subordinados —después— (*caso Bemba*).

Los deberes del superior son independientes y la violación de uno de ellos implica la determinación de responsabilidad penal. El deber de evitar surge antes de la comisión del delito por los subordinados y solo puede cumplirse antes de su consumación (Olásolo Alonso & Canosa Cantor, 2018). Esto implica un deber de educar a las tropas con las disposiciones del DIH, el desarrollo de informes que acrediten el cumplimiento de sus disposiciones y todas aquellas órdenes encaminadas al cumplimiento del DIH y a la adopción de medidas para evitar riesgos en el desarrollo de las operaciones (Olásolo Alonso, 2013).

Para el TPIY y el TPIR, el deber de evitar también incluye el de poner fin a la comisión del delito (Olásolo Alonso & Canosa Cantor, 2018). No obstante, la SCP II de la CPI considera que este último hace parte de un deber más amplio:

Existen dos deberes diferenciados que surgen en dos momentos distintos. El primero, el deber de evitar incluye el deber de poner fin a los delitos que se están cometiendo. Se trata de la obligación de “interrumpir una posible cadena causal, que pueda llevar a otros eventos similares”. Mientras que el segundo, es el deber de reprimir que supone una obligación de castigar a las fuerzas después de la comisión de los delitos, por lo tanto, el deber de castigar (como parte del deber de reprimir) constituye una alternativa al tercer deber de someter la cuestión a las autoridades competentes, cuando el superior mismo no se encuentra en disposición de tomar las medidas necesarias y razonables para castigar (*caso Bemba*).

Finalmente, para la SCP II, el superior debe remitir la cuestión a las autoridades competentes únicamente cuando no tiene la capacidad material de reprimir o sancionar por sí mismo los delitos de sus subordinados; cuando tiene la capacidad de hacerlo, está obligado a iniciar una investigación para obtener una sanción definitiva (Olásolo Alonso & Canosa Cantor, 2018).

3. 3. Conocimiento del superior que tenía o debiera haber tenido

El requisito de conocimiento se refiere a que el superior tenía o debiera haber tenido conocimiento o razones para saber de la comisión de un crimen (Andreu-Guzmán, 2012). Con relación a esto, el ER distingue frente al elemento subjetivo de conocimiento entre los superiores militares y civiles. No obstante, en ambos casos se requiere el conocimiento actual de que los subordinados estaban cometiendo o iban a cometer crímenes. Dicho conocimiento debe ser sustentado mediante prueba directa; a falta de ella, por prueba circunstancial (Olásolo Alonso & Canosa Cantor, 2018).

Según los artículos 7 (3) del Estatuto del TPIY y 6 (2) del Estatuto del TPIR, si el superior incumple con los deberes de evitar o castigar los delitos cometidos por sus subordinados, incurre siempre en responsabilidad y cuando *conociere o tuviera razón para conocer* que los subordinados se proponían cometer tales hechos o los habían cometido, se requiere que el superior haya tenido información relevante a su alcance⁸ (Olásolo Alonso & Canosa Cantor, 2018).

8 En específico, los profesores Olasolo Alonso y Canosa Cantor (2018) indican que el superior militar será responsable por incumplir las obligaciones de prevenir, reprimir y no remitir a las autoridades competentes los crímenes de sus subordinados cuando *hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber* que sus subordinados los estaban cometiendo o se proponían hacerlo. Por su parte, el superior civil será responsable por incumplir con sus obligaciones si *hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase que los subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer los crímenes*.

Por lo tanto, se castiga al superior que descarte información a su disposición con señales de alerta de manera inconsciente, pues crea un riesgo y omite la investigación necesaria para verificar esta situación (Olásolo Alonso, 2013). Así pues, el estándar *tenía razones para saber* supone que el elemento subjetivo no depende del conocimiento de la información, sino de la existencia de dicha información y su puesta a disposición del superior (Olásolo Alonso & Canosa Cantor, 2018).

Conviene subrayar que el conocimiento del superior sobre los delitos cometidos por sus subordinados en el pasado es suficiente para alertar riesgo de que otros delitos similares hayan podido o puedan cometerse (Andreu-Guzmán, 2012). Además, el ER distingue entre superiores militares y no militares, pero si ambos incumplen con las obligaciones de evitar, reprimir o someter a las autoridades competentes deben responder por los crímenes cometidos por sus subordinados. Se indica que serán penalmente responsables cuando:

- a. El superior militar (i) *hubiere sabido* o, en razón de las circunstancias del momento, (ii) *hubiere debido saber* que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.
- b. El superior no militar (i) *hubiere tenido conocimiento* o (ii) deliberadamente *hubiere hecho caso omiso* de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos (artículo 28, ER).

Respecto del concepto de superior militar se ha generado un debate sobre la interpretación del estándar de *hubiere debido saber*, el cual al no configurarse como un estándar de responsabilidad objetiva puede ser entendido como un estándar de imprudencia simple o de temeridad (Olásolo Alonso, 2013). Frente a este debate, la CPI establece que el estándar *hubiere debido saber*⁹ debe ser entendido como un supuesto de imprudencia simple (*caso Bemba*), por lo que se incurrirá en RespSup cuando un superior militar omita actuar con la diligencia debida.

Por otro lado, según Olásolo Alonso (2013), la introducción de un estándar propio para los superiores no militares consistente en “conocer o, al menos, en deliberadamente [haber] hecho caso omiso de información que indicase claramente”. Este merece una valoración positiva porque excluye la imprudencia simple prevista para los superiores militares. Al constituir un estándar de imprudencia manifiesta o incluso

9 Para Alejandro Kiss, *hubiere debido saber* debe entenderse como la noción de imprudencia. En el delito imprudente, sea este cometido por acción u omisión, la persona no percibe un riesgo a pesar de que debió haberlo percibido.

de culpa consciente se acerca más al contenido de los elementos subjetivos previstos en los artículos 25, 28 y 30 del ER para las demás formas de responsabilidad punible.

3. 4. Nexo de causalidad entre la omisión del superior y los crímenes cometidos por los subordinados

Este elemento, exigido por el principio de legalidad previsto en el artículo 22 (2) del ER, requiere un nexo causal entre el incumplimiento del deber de evitar y la comisión de los delitos por los subordinados al no haberse ejercido un control apropiado sobre sus fuerzas (Olásolo Alonso, 2013). Este nexo implica incremento del riesgo por incumplimiento de las medidas necesarias para evitar la comisión de conductas punibles.

Con respecto a los deberes de investigar y castigar o de remitir el expediente en caso de no tener la capacidad, no parece posible rastrear un vínculo de causalidad entre el delito que ya ha sido consumado por los subordinados y la posterior omisión del superior de tomar las medidas para investigar y sancionar. Por tanto, aunque la redacción del artículo 28 del ER sea confusa, parece que el vínculo de causalidad solo sería aplicable a las omisiones del deber de prevenir y no a las otras obligaciones del superior (Ambos, 2005).

4. La contribución de la RespSup al conocimiento público del grado y tipo de participación de los superiores en los delitos cometidos materialmente por sus subordinados

Con el objetivo de demostrar la importancia de la RespSup en la búsqueda de la verdad es necesario mencionar dos casos importantes, el de Sefer Halilvic ante el TPIY y el de Jean-Pierre Bemba ante la CPI. Ambos comparten escenarios de conflicto interno en el marco de abuso de poder por miembros de una estructura castrense o cuasicastrense, caracterizada —aparentemente— por su organización y disciplina en aras de presentar resultados frente a unos objetivos estrictamente delimitados. También, en ambos casos, se presentan flagrantes violaciones a los DDHH entre las que se encuentran asesinatos, robos y violaciones a la población civil (CPI, 2018).

Dadas las dinámicas propias de las estructuras armadas, se observa en ellas una estricta cadena jerárquica en donde prima la disciplina sobre cualquier acto individual y se busca la constitución de una masa organizada enfocada en objetivos claros (Álvarez Díaz, 2018). Esta característica hace del control de los subordinados

una cuestión central, pues no hay acción alguna dentro de este tipo de estructuras que no escale y sea conocida hasta por el mando máximo.

En numerosos casos, los fallos dejan a las víctimas un amargo sentimiento de impunidad que parece repetirse, en particular, cuando se trata de crímenes cometidos por agentes del Estado o grupos armados que actúan en connivencia con estos. El hecho de que no se impute responsabilidad penal a quienes dirigen dichas estructuras sienta un precedente respecto a la desgastante búsqueda de justicia, verdad y reparación a víctimas que sufrieron innumerables violaciones.

Se podrá observar en ambos casos que probar la RespSup no es tarea sencilla, menos cuando se trata de un conflicto armado en donde se evidencia que la cadena de mando no es perfecta; sin embargo, esto no la priva de eficacia. Se evidenciará que el aporte a la verdad se da en la medida en que a mayor conocimiento de todo tipo de fuentes, mayor factibilidad de esclarecimiento e identificación de los responsables de los delitos, sea por acción u omisión en sus conductas. A su vez, la demostración de los hechos conduce a una verdadera posibilidad de enjuiciamiento y condena y al fortalecimiento de las medidas para evitar la repetición.

Así pues, los procesos penales por RespSup centran su atención específicamente en determinar la responsabilidad por conductas que de otro modo no serían punibles bajo los requisitos de otras formas de responsabilidad como la autoría material o mediata; la coautoría basada en la empresa criminal común o en el dominio funcional; la coautoría mediata o la omisión, entre otras.

4. 1. Sentencia del caso Sefer Halilovic en el contexto del conflicto internacional en Bosnia y Herzegovina

La Sala de Primera Instancia (SPI) absolvió a Sefer Halilovic de la RespSup (ONU, 2005, párr. 752) por los asesinatos en Grabovica y Uzdol (Herzegovina) ocurridos en septiembre de 1993, durante el desarrollo de la Operación Neretva-93 (Operación-93) presuntamente ejecutada bajo su mando y control y planeada previamente en Zenica.

El caso contra Halilovic se centró en su posible responsabilidad por omisión en relación con la masacre de Grabovica, el 8 de septiembre de 1993 —que dejó al menos 33 croatas asesinados por miembros de la Novena Brigada del Ejército de la República de Bosnia y Herzegovina (ABiH) y otras unidades no identificadas—, y los asesinatos en Uzdol, el 14 de septiembre de 1993, durante la ofensiva organizada por el ABiH al este de Prozor que involucró entre 70 y 100 soldados bosnios —estos se infiltraron más allá de las líneas de defensa del ejército bosnio-croata (HVO) y asesinaron a 29 civiles croatas y un prisionero de guerra—.

El principal problema en el caso fue la falta de claridad sobre la posición que ostentaba Halilovic en el ABiH al momento de producirse los hechos punibles, su nivel jerárquico y sus responsabilidades dentro de la estructura militar. Por ello, una buena parte de la sentencia de primera instancia se dedicó a analizar cuál era realmente su rango y si tenía las responsabilidades propias de un superior jerárquico, determinando el grado de *control efectivo* que ostentaba frente a las tropas, su nivel de responsabilidad sobre los hechos y la obligatoriedad en el cumplimiento de sus órdenes.

Según la sentencia, desde el 25 de mayo de 1992, Halilovic ocupaba el cargo de Comandante de la Defensa Territorial, actuando como Comandante Supremo del ABiH. Sin embargo, el 8 de junio del mismo año, Rasim Delic entró a ocupar el cargo de Comandante del Estado Mayor, posición superior al cargo ocupado por Halilovic (ONU, 2005, párr. 103). Tras analizar los testimonios y los documentos aportados, la SPI determinó que la autoridad de Halilovic se encontraba condicionada, en tanto que, para cualquier “propuesta drástica” debía consultar con Delic. Además, solo tuvo la facultad de dictar órdenes “en consonancia con su autoridad” (párr. 369) hasta el 1 de noviembre de 1993 cuando fue relevado (párr. 1).

Frente a la planeación de la Operación-93, en la sentencia se determinó que Delic emitió una orden el 30 de agosto en donde presentó a Halilovic como Jefe de Equipo de Inspección, dentro de sus funciones se encontraban coordinar las tareas de los cuerpos cuarto y sexto del ABiH. Sin embargo, dicha orden no estuvo encaminada a determinar las funciones de Halilovic dentro de la Operación-93 ni a definirlo como comandante (párr. 210).

La sentencia concluyó que los documentos en los que se planificó la Operación-93 fueron certificados por Rasim Delic —Comandante del Estado Mayor— (párr. 258), mientras que los documentos enviados por Halilovic hacían referencia únicamente a su función como Coordinador en Jefe del Equipo de Inspección (párr. 742).

Cuando el tribunal tuvo que analizar la organización del Ejército, se presentó el mayor problema. Se concluyó que este ejército no era completamente funcional, pues tras el nombramiento de Delic, Halilovic perdió la autoridad *de iure* y fue nombrado *de facto* como adjunto subordinado a las órdenes del primero (párr. 107). Esta ambigüedad en la estructura del ejército, producto inherente de una corrupción rampante, generó dudas sobre la responsabilidad real de Halilovic y sus alcances, que les convirtieron en un elemento central del proceso.

En este contexto, se recibieron pruebas demostrando que Halilovic ordenó el 2 de septiembre que la novena y décima brigada y el segundo batallón independiente

fueran enviados a Herzegovina (párr. 231-233). Sin embargo, la orden se incumplió y fue modificada por Delic, quien cambió la fecha de despliegue. Esto demuestra desobediencia a las órdenes emitidas por Halilovic sin ningún tipo de sanción por desacato, que evidencia la ausencia de autoridad de mando.

La sentencia señala que Halilovic no dictó ninguna otra orden de combate porque quien firmaba dichas órdenes era el comandante de este eje y de la brigada novena, Zulfikar Ališpago (párr. 302). Adicionalmente, el testimonio del comandante indica que existía desobediencia frente a las órdenes del Equipo de Inspección (liderado por Halilovic) sobre operaciones de combate (párr. 351).

Inclusive, a pesar de que el testigo Vehbija Kari indicó que Halilovic asistió a la redacción de los documentos en los que se planeó la Operación-93, se evidenció que su aporte no fue respecto a decisiones y órdenes de ejecución, pues quien firmó y autorizó dichos documentos fue Rasim Delic (párr. 258).

Por otro lado, la sentencia determinó, frente a la obligación de investigar los crímenes en Grabovica, que el 9 de septiembre Halilovic le dio a Namik Džanković (miembro del Equipo de Inspección) la orden de informar al mando de Sarajevo los hallazgos encontrados. Estas investigaciones ya se encontraban en marcha, pero la sentencia señaló que las investigaciones no fueron adelantadas por Halilovic, quien no contaba con la capacidad material de castigar a los autores de los crímenes (párr. 746).

En conclusión, si bien Halilovic poseía un alto grado de influencia dentro del ABiH por su posición y ser uno de sus fundadores (párr. 366), según lo establecido en la sentencia, esta influencia no era suficiente para ostentar un control efectivo (párr. 55-100). Las pruebas aportadas indicaron que no tenía responsabilidad activa ni en las investigaciones ni en las sanciones que debían realizarse por los crímenes cometidos en Uzdol y Grabovica (párr. 750).

El caso *Halilovic* es particularmente relevante porque aporta a la verdad sobre las masacres de Grabovica y Uzdol, debido a que demuestra la ausencia de organización dentro del ABiH, pues no se pudo determinar quién contaba con el control efectivo de las unidades que cometieron los crímenes (párr. 751). Asimismo, evidenció el gran vacío al interior de la propia estructura militar, pues existía desconocimiento acerca de los cargos de superiores y subordinados (párr. 348). De hecho, con la vinculación de Halilovic al proceso, se probó que en el propio ABiH se desconocía el grado de control que tenían sus dirigentes (párr. 747); la obligatoriedad de las órdenes (párrs. 232 -233), su respeto y cumplimiento, y la ausencia de procesamiento sobre faltas imputables a cualquier miembro de la estructura. En otras palabras, el ABiH carecía de claridad sobre su estructura, por consiguiente,

no se tenía certeza sobre quién tenía la autoridad para emitir y hacer cumplir las órdenes. El caso también demuestra el poco control que existía sobre las actuaciones de los soldados, ya que no hubo prevención o sanción. El alto riesgo de incurrir en violaciones de DDHH en las misiones se debía en parte a dicho vacío estructural.

Sobre este caso, resulta interesante observar cómo la RespSup, aunque no pudo ser probada con respecto al acusado, permitió comprobar la participación criminal de la estructura militar y su operación irregular en ambas masacres. Esto lleva a concluir que los procesos por RespSup dan indicios sobre el funcionamiento estructural de los grupos (estatales, no estatales, irregulares, etc.) implicados en los delitos.

4. 2. Sentencia del caso *Jean-Pierre Bemba Gombo* en el contexto del conflicto armado en la República del Congo y la República Centroafricana¹⁰

La Sala de Primera Instancia III (SPI III) condenó a Jean-Pierre Bemba como máximo responsable por faltar a sus obligaciones frente a los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por las tropas del Movimiento para la Liberación del Congo (MLC) —bajo su mando (CPI, 2016)— a finales de 2002 y principios de 2003 en la República Centroafricana —RCA— (Ospina & Canosa Cantor, 2017).

Patassé pidió ayuda a Bemba para defender su cargo por el intento de golpe de Estado de Bozizé. Para el momento de los hechos, el ambiente en la República Democrática del Congo (RDC) y la RCA era de constantes conflictos internos y violencia, producto de una búsqueda del poder por parte de diversos grupos políticos, que la intervención del MLC fue producto de una estrategia geopolítica que buscaba establecer alianzas (CPI, 2016).

El MLC era una estructura político-militar, caracterizada por su amplio número de soldados sometidos a una organización castrense, jerárquica y basada en la disciplina, que seguía órdenes directas de su máximo líder (CPI, 2016, párr. 684). El artículo 12 de los estatutos del MLC indica que el cargo ocupado por Bemba suponía el control efectivo tanto en la estructura interna como en la política externa del movimiento, incluyendo la toma de decisiones en las operaciones militares (párr. 385-386, 398-399): la capacidad de dar órdenes y asegurar su cumplimiento y enviar o retirar tropas o realizar cambios estructurales. Además, tenía la facultad para sancionar, despedir o arrestar a los miembros de las ramas políticas y militares

10 El hecho de que la sentencia de apelación revocara la condena de primera instancia y absolviera a Bemba por motivos procesales no tiene ningún impacto en el valor que presenta este caso para este trabajo, considerando que es el primer y único caso de la CPI en el que se ha desarrollado y aplicado el concepto de RespSup hasta el momento.

del MLC (párr. 403) y acceso directo a los medios de comunicación utilizados por la milicia (párr. 188).

Durante la intervención a la RDC, el *modus operandi* de las unidades armadas del MLC consistió en hacer barridos en distintas poblaciones civiles para atacar a las fuerzas rebeldes de Bozizé o asegurarse de mantener dichos lugares despejados. Sin embargo, hubo ataques a civiles mediante saqueos, violaciones y robos por sospecha de ser enemigos o simpatizantes de los rebeldes (párrs. 565-566, 676). La CPI consideró que los soldados veían a la población civil como una suerte de botín de guerra del cual podían disponer (párr. 567).

Para la SPI III, a la luz del conocimiento de Bemba sobre las conductas de sus subordinados en la RCA, era importante conocer de qué manera su accionar y su omisión propiciaron la comisión de esos crímenes. La SPI III subrayó que el acusado no adoptó todas las medidas necesarias a su disposición para prevenir o reprimir los delitos. Esto se evidenció en particular en la falta de instrucciones para desarrollar investigaciones, así como de seguimiento a los comandantes que estuvieron a cargo de la investigación de Mondonga (párr. 720).

Por otro lado, la SPI III consideró que este partido militarizado poseía un estricto código disciplinario, que se aplicaba de manera selectiva. Como presidente, Bemba tenía el poder para expulsar y sancionar a los miembros del MLC, quienes a su vez debían reportar cualquier cosa relacionada con este (párr. 700), lo cual demuestra su control efectivo sobre las conductas de sus subalternos.

Conforme a lo anterior, la SPI III determinó que Bemba omitió su obligación de reprimir a sus tropas puesto que conocía de primera mano el sistema de comunicaciones y, por ende, las acciones realizadas por los miembros del MLC/ALC en la RCA (párr. 707, 717); medios que, además, no usó para impartir castigos o prevenir nuevos hechos.

Asimismo, a pesar de tener pleno conocimiento de lo que estaba ocurriendo, Bemba implementó medidas insuficientes para que sus subordinados dejaran de cometer los delitos y fuesen castigados. Según la SPI III, esta omisión fue de suma importancia para la comisión de los crímenes (párr. 735). Por ejemplo, a pesar de que se comprobó que Bemba visitó la RCA en noviembre de 2002 —momento en el que adquirió conocimiento de primera mano sobre los hechos ocurridos—, la SPI III consideró como fallida la Comisión de Investigación de Zongo por no haberse llevado a cabo de forma adecuada (párr. 721, 722).

Según la SPI III, lo anterior se traduce en que si Bemba hubiera realizado lo que estaba a su alcance bajo los poderes efectivos que detentaba como presidente y comandante en jefe del MLC frente a hechos que conocía y que evidentemente

constituían violaciones de DDHH, existía una posibilidad de haber evitado los crímenes o al menos de castigar y sancionar de forma pertinente a los perpetradores (CPI, 2016).

Este caso permite demostrar no solo la responsabilidad en cabeza de un superior, sino que explica el funcionamiento orgánico de un cuerpo militar y la actuación de este en un determinado contexto histórico, social y económico. Cuando se procede a asociar individualmente a Bemba se logra poner rostro a esos actores que han mancillado a la población civil; permite comprobar que las estructuras organizadas de poder cometieron, permitieron o ayudaron a la comisión de delitos y que hubo personas que ordenaron, ignoraron o no hicieron lo que estaba en sus manos cuando debían.

Esto resulta un aspecto esencial dentro del derecho fundamental que tienen las víctimas a conocer lo que *realmente* sucedió, pues la construcción de un relato sólido y apegado a la verdad requiere evidenciar el funcionamiento de las estructuras estatales y organizaciones no estatales involucradas en la comisión de los delitos con miras al reconocimiento de quienes padecieron dichos delitos como víctimas y por tanto acreedoras de justicia, verdad y reparación.

De esta manera, la verdad que surge en los procesos penales donde se aplica el concepto de RespSup permite vislumbrar, ya no a un puñado de soldados aislados que cometen crímenes, sino la participación de toda una estructura de poder. En este caso, demuestra que la máxima autoridad que dirige un grupo armado (MLC), que ingresa a un país extranjero a petición del propio presidente para colaborar con sus intereses, conoce que sus integrantes cometen asaltos, violaciones y saqueos sistemáticamente (CPI, 2016, párr. 675).

4. 3. Contribuciones a la verdad derivadas de los casos Halilovic y Bemba

Los dos casos presentados permiten dar una visión clara sobre las falencias de los cimientos estructurales y administrativos de una organización militar, supuestamente fundada con miras al correcto desarrollo y ejecución de sus funciones y al pleno cumplimiento de los estándares internacionales de DIH y respeto por los DDHH.

En el *caso Bemba*, a pesar de las falencias evidenciadas en cuanto a la formación y el entrenamiento de sus fuerzas, se logró demostrar que el imputado tenía facultades para tomar medidas de prevención o sanción ante las acciones de sus subordinados, por lo que la comisión de los crímenes fue producto de su incumplimiento como superior del MLC. En el *caso Halilovic* se evidenció un funcionamiento confuso de la estructura militar y un control deficiente en el mando

efectivo de sus superiores para prevenir, castigar y sancionar las acciones realizadas por los soldados del ABiH.

Si se afirma que la RespSup solo sirve para la vinculación subjetiva de un imputado a unos crímenes, se está entendiendo de manera limitada su aplicación respecto a la función que realmente juega. Para determinar esta responsabilidad se recopilan testimonios —en su mayoría de las propias víctimas—, documentos de la organización de la cual es miembro el acusado superior, mecanismos de comunicación entre sus miembros, reportes de la prensa que permiten el conocimiento de lo ocurrido y demás recursos de prueba, que pueden ser contrastados entre sí para crear una narrativa que permita comprender lo sucedido.

Debido al camino ascendente que se tiene que recorrer para llegar a vincular a una o más personas y a la gran cantidad de evidencia que se requiere para probar esta figura, se termina evidenciando todo el contexto que rodea los crímenes cometidos; en particular, las estructuras organizadas de poder bajo las que operan, que son instrumentalizadas para cometer de manera sistemática actos de violencia contra la población civil.

Por lo tanto, se puede decir que condenar a los soldados que cometen los crímenes es un equivalente a *ver solo una pequeña parte de la escena*, mientras que utilizar a la RespSup permite *ver la escena en su conjunto*, dado que es absolutamente necesario tener claridad sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjeron los delitos.

Esta figura está indudablemente ligada al concepto de la verdad, ya que permite tomar acciones para aclarar, condenar y prevenir la comisión de delitos en el marco de conflictos internos en los que suele reinar la impunidad frente a unas responsabilidades en las que deberían primar la diligencia y la protección de los DDHH. De esta manera, la figura de la RespSup constituye un aporte a través de los procesos penales, mientras la verdad aporta a la historia y a la deuda que se tiene con las víctimas de un relato coherente y concreto.

Conclusiones

En primer lugar, es importante recordar que el derecho a la verdad está reconocido a nivel internacional por los tratados ratificados por Colombia de protección de DDHH y también dentro del ordenamiento interno en la Ley de Víctimas, por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y por el Acuerdo de Paz. Este derecho tiene una doble concepción. Por un lado, salvaguarda los derechos de las víctimas directas e indirectas del conflicto a través de la obligación estatal de proporcionar información específica sobre el paradero de las víctimas y las circunstancias en

que se produjeron las violaciones graves de DDHH y, por otro, ostenta la misma responsabilidad frente al resto de la sociedad, además de la adopción de medidas apropiadas como procesos judiciales o extrajudiciales.

Adicionalmente, proporciona una reparación a las víctimas directas del conflicto y a la sociedad; es una herramienta que permite luchar contra la impunidad, conocer la verdad sobre los responsables —lo que conduce a una rendición de cuentas—, dejar constancia de los hechos históricos y prevenir la comisión de nuevas violaciones graves de DDHH.

En segundo lugar, tras haber analizado los elementos de la RespSup y los dos casos de aplicación, se puede afirmar que esta permite conocer las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los crímenes y contribuye a tener un relato amplio sobre la participación de superiores jerárquicos y la posible participación de organismos estatales en crímenes graves y sistemáticos.

Entre las contribuciones derivadas de su aplicación se puede conocer el manejo de la estructura castrense. En un primer momento, ayuda a definir si la ejecución de los crímenes por parte de los subordinados ocurrió por un desconocimiento de las normas de DIH o de los DDHH. Si se comprueba lo anterior, el Estado sería el responsable de la violación a su obligación internacional de prevenir la violación de DDHH al no haber prestado una adecuada instrucción a quienes ejercen el uso legítimo de la fuerza. De igual manera, con el objetivo de evitar la impunidad y prevenir la comisión de nuevos crímenes, su aplicación permite evidenciar si dentro de la organización existe un proceso disciplinario claro, de conocimiento común que propenda por sanciones a quienes actuaron en contra del derecho.

También permite identificar qué conductas se realizaron con el conocimiento o aquiescencia del superior, demostrando sus omisiones para evitar, sancionar, castigar y prevenir. Así mismo, al escuchar testimonios, revisar pruebas, estudiar la cadena de mando y contrastar versiones es posible identificar el caso en que el superior realizara todos los actos que se encontraban bajo su poder, pero que la debilidad o corrupción de la estructura condujera a la desobediencia o alteración de sus órdenes, lo que evidencia un claro problema estructural. Este tipo de descubrimiento permite cuestionar a profundidad toda la estructura militar, su fundamentación y la idoneidad de quienes la conforman.

Adicionalmente, la RespSup permite determinar una responsabilidad penal por la comisión de crímenes por subordinados cuando se omitieron las responsabilidades propias de un superior —evitar, reprimir o remitir— en los casos en los que no se cuenta con herramientas o pruebas suficientes para determinar la parti-

cipación directa del superior bajo las modalidades de autoría y participación en la comisión de crímenes.

A pesar de que la RespSup permite conocer acciones y omisiones que otras formas de responsabilidad no determinan, el Acto Legislativo 01 decidió *modificar* el concepto que internacionalmente se ha venido desarrollando en los tribunales internacionales y el ER. Tal y como se señaló en la introducción de este trabajo, el artículo 24 del Acto Legislativo 01 define el concepto de responsabilidad de mando y señala cuáles son los eventos en los que existe mando y control efectivo del superior. No obstante, los literales del artículo son incompatibles con los estándares internacionales, puesto que exigen el control efectivo del superior sobre la conducta y no sobre los subordinados bajo su mando. Adicionalmente, requieren de la concurrencia de cuatro condiciones que configuran el control efectivo:

- a. Requiere que la conducta de los subordinados haya sido cometida en el área de responsabilidad bajo el mando del superior.
- b. Exige capacidad *legal* y material del superior para dar órdenes.
- c. Exige que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones en el área en que se cometieron los hechos punibles.
- d. Exige que el superior tenga capacidad material y *directa* de tomar las medidas para evitar o reprimir las conductas punibles de los subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable (Acto Legislativo 01, 2017).¹¹

Sobre el literal a, cabe resaltar que el hecho de que el control efectivo recaiga sobre las unidades o subordinados y no sobre la conducta punible traslada los criterios de otras formas de responsabilidad como la autoría, en las que se requiere el dominio del hecho o la comisión por omisión al incumplir la obligación de prevenir (Olásolo Alonso & Canosa Cantor, 2018).

En el caso del literal b, al incluir la capacidad legal para emitir, modificar o hacer cumplir órdenes, excluye a aquellos superiores *de facto* que cuentan con la capacidad de sancionar a los subalternos sin tener un nombramiento legal o designación formal (Olásolo Alonso & Canosa Cantor, 2018).

En el literal c, el control geográfico es un requerimiento adicional que no solo transforma los requisitos del ER, sino que agrega uno adicional. Según Olásolo Alonso

11 Cursivas fuera del original.

y Canosa Cantor (2018), a pesar de que las tropas no estén en la zona geográfica de influencia, el superior continúa manteniendo el control de mando sobre ellas.

Finalmente, al exigir la capacidad material y *directa* de tomar medidas adecuadas, se excluye a aquellos militares que sin ser los mandos inmediatos de quienes cometen los crímenes tienen la capacidad material para tomar medidas exigidas por el ER (García Atehortúa, 2019).

Así pues, es posible afirmar que el concepto de la RespSup utilizado internacionalmente es un mecanismo que permitiría cumplir con el propósito principal del Acuerdo de Paz: lograr la mayor satisfacción posible de los derechos de las víctimas, rendir cuentas por lo ocurrido, garantizar la seguridad jurídica de quienes participen en el SIVJRGNR y contribuir a alcanzar la convivencia, la reconciliación, la no repetición y la transición del conflicto armado a la paz. Además de su compromiso con la determinación de que los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad cometidos en el marco del conflicto sean investigados y sancionados por el incumplimiento de sus obligaciones.

Sin embargo, la limitación que impone el Acto Legislativo 01 sobre la RespSup para los agentes del Estado restringe en gran medida su aplicación en la justicia transicional. En lugar de favorecer el esclarecimiento de quienes a través de las omisiones punibles de sus deberes como superiores jerárquicos fueron verdaderos responsables de los delitos cometidos en el conflicto, abre un espacio para la duda y la especulación sobre la responsabilidad de aquellos superiores que no adoptaron las medidas a su disposición para prevenir y castigar su comisión por quienes, en su condición de subordinados, se encontraban bajo su control efectivo.¹²

12 La JEP en Colombia no ha aplicado hasta el momento la RespSup, debido a que en sus primeros casos ha encontrado elementos de prueba suficiente para aplicar la autoría mediata por aparatos organizados de poder (AOP), conforme a la cual los imputados utilizan a través de órdenes y directrices los AOP sobre los que tienen un control efectivo para ejecutar el plan criminal. Un ejemplo paradigmático en este sentido es el caso relativo a las 127 ejecuciones extrajudiciales (conocidas como “falsos positivos” por haber sido posteriormente presentadas como bajas en combate) cometidas por integrantes del Batallón de Artillería No. 2 La Popa (BaPop) en los municipios de Valledupar entre el 9 de enero de 2002 y el 9 de julio de 2005 (JEP, 2021). En este caso, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP (SRVRDHC), mediante del Auto 128 de 2021 (Auto), imputó a Publio Hernán Mejía Gutiérrez y Juan Carlos Figueroa Suárez, comandantes de la unidad militar entre enero de 2002 y julio de 2005, como autores mediatos. Según la SRVRDHC, Mejía Gutiérrez, aprovechando su rango y posición como comandante del batallón, conformó dentro de la unidad una organización criminal, sus órdenes eran ejecutadas por sus subalternos y estaban dirigidas a realizar las conductas previamente descritas. Por su parte, Figueroa Suárez, llegó a la unidad militar y conoció el funcionamiento de la organización criminal y en vez de desactivarla, la dirigió para servirse de ella con el objetivo de obtener bajas en combate que fueran reportadas a superiores (párr. 733). La SRVRDHC consideró en ambos casos que tanto Mejía Gutiérrez como Figueroa Sánchez se sirvieron de su mando y control en una estructura jerarquizada para emitir órdenes dirigidas a presentar asesinatos fuera de combate como resultados operacionales legítimos (párr. 750). Así mismo, la organización se apartó del ordenamiento jurídico cuando se cometieron las conductas constitutivas de delitos en el Código Penal y crímenes internacionales (párr. 752). Finalmente, la SRVRDHC determinó que, si bien los autores mediatos no iban a poder

Estos complejos escenarios de vulneración a los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia incrementan los desafíos en la lucha contra la impunidad, creando un espacio propicio para que algunos individuos puedan seguir cometiendo violaciones y crímenes sin miedo a ser judicializados o castigados. Asimismo, genera un panorama de incertidumbre y desconfianza en las nuevas instituciones —como la JEP—, incluyendo la posible responsabilidad del Estado a nivel regional e internacional por incumplir con obligaciones adquiridas por tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 8 y 25).

La inaplicación de la RespSup en el proceso transicional colombiano puede llevar a la vulneración de los derechos de las víctimas y de la sociedad, reconocidos tanto en el Acuerdo de Paz como a nivel internacional y al incumplimiento internacional del Estado con sus respectivas implicaciones. Más grave aún, abre un cuestionamiento sobre el interés del Estado en encontrar y revelar la verdad sobre las graves violaciones de DDHH ocurridas durante el conflicto, incluso sobre la posibilidad de que exista un interés de ocultarla.

Referencias

- Álvarez Díaz, J. J. (2018). La jerarquía militar. Conceptos y terminología. *Revista de Lexicografía*, 23, 7-38. <https://doi.org/10.17979/rlex.2017.23.0.4692>
- Ambos, K. (2005). *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Fundación Konrad-Adenauer. https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=f4603bd4-380b-c567-8f84-6748551729a9&groupId=252038
- Andreu-Guzmán, F. (2012). *Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales. El crimen internacional de desaparición forzada*. Comisión Colombiana de Juristas. https://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/responsabilidad_penal.pdf

reemplazar a un soldado que se negara a asesinar a una víctima, contaban con el personal a cargo dispuesto a cumplir órdenes y a reportar resultados operacionales ilegítimos (párr. 754). De esta manera, se cumplían los tres presupuestos que fundamentan la autoría mediata por dominio de la organización: (i) quien imparte la orden debe tener poder de mando en el seno de la organización, (ii) la organización se debe haber desvinculado del derecho y (iii) los ejecutores directos tienen que ser fungibles, de manera que, en caso de que falle un ejecutor, otro ocupe su lugar y asegure el cumplimiento de la orden (Roxin, 2020). Esta forma de responsabilidad se distingue, sin embargo, de la RespSup porque se centra en las acciones de los comandantes imputados en lugar de analizar las omisiones de sus deberes de prevenir y castigar la comisión de crímenes internacionales por sus subordinados (JEP, 2021).

- Colombia, Congreso de la República. Acto Legislativo 01 de 2017, Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones (04 de abril de 2017). <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30030428#:~:text=Art%C3%ADculo%20transitorio%205%C2%B0.&text=Respecto%20de%20los%20combatientes%20de,paz%20con%20el%20Gobierno%20Nacional>
- Colombia, Corte Constitucional. (2018). Sentencia C-080 de 2018 (15 de agosto de 2018). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/c-080-18.htm#_ftnref1004
- Colombia, Gobierno Nacional – FARC-EP. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Normativa_v2/01%20ACUERDOS/Texto-Nuevo-Acuerdo-Final.pdf?csf=1&e=0fpYA0
- Colombia, Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los hechos y conductas. Auto 005 de 2018 – Caso 003. Asesinatos y desapariciones forzadas ilegítimamente presentados como bajas en combate por agentes del Estado” – Subcaso Costa Caribe (7 de julio de 2018). <https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/03.html>
- Colombia, Jurisdicción Especial para la Paz (2021). Auto 128 de 2021 – Caso 003. Asesinatos y desapariciones forzadas ilegítimamente presentados como bajas en combate por agentes del Estado” – Subcaso Costa Caribe – Determinar los hechos y conductas ocurridas entre enero de 2002 y julio de 2005 atribuibles a algunos integrantes del Batallón de Artillería No.2 “La Popa” (7 de julio de 2021).
- Colombia, Congreso de la República. Ley 1448 de 2011, Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones (10 de junio de 2011). <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1680697>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH—. *Manuel Cepeda Vargas c. Colombia* Caso 12.531 (26 de mayo de 2010). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH—. *Velásquez-Rodríguez c. Honduras* Serie C No. 9 (29 de julio de 1988). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf
- Corte Penal Internacional —CPI—. *Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo* ICC-01/05-01/08-424 (15 de junio de 2009). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_04528.PDF
- Corte Penal Internacional —CPI—. *Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo* ICC-01/05-01/08-3343 (21 de marzo de 2016). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_02238.PDF
- Corte Penal Internacional —CPI—. (8 de junio de 2018). *ICC Appeals Chamber acquits Mr Bemba from charges of war crimes and crimes against humanity*. <https://www.icc-cpi.int/news/icc-appeals-chamber-acquits-mr-bemba-charges-war-crimes-and-crimes-against-humanity>
- Eckhardt, W. (1982). Command criminal responsibility: A plea for a workable standard. *Military Law Review*, 97. https://irlaw.umkc.edu/faculty_works/259
- García Atehortúa, A. K. (2019). Concepto restringido de la responsabilidad de mando en el marco jurídico transicional en Colombia ¿puerta giratoria hacia la intervención de la Corte Penal Internacional? *Anuario Interamericano de Derecho Internacional Penal —ANIDIP—*, 7, 32-68. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.8490>
- Olásolo Alonso, H. (2013). *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*. Tirant to blanch. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32062.pdf>
- Olásolo, H., & Canosa Cantor, J. (julio 2018). La responsabilidad del superior en el acuerdo de paz en Colombia a la luz del derecho internacional. *Política criminal*, 13(25). <https://doi.org/10.4067/S0718-33992018000100444>
- Ospina, M. C., & Canosa Cantor, J. (2017). Situación en África Central, caso del Fiscal contra Jean Pierre Bemba Gombo, Sentencia conforme al artículo 74 del ECP, ICC-01/05- 01/08, de 21 de marzo de 2016. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal —ANIDIP—*, 5, 157-168. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/anidip/article/view/5675>

- Organización de las Naciones Unidas —ONU—. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (17 de julio de 1998). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/rome-statute-international-criminal-court>
- Organización de las Naciones Unidas —ONU—. Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991 (25 de mayo de 1993). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/statute-international-tribunal-prosecution-persons-responsible>
- Organización de las Naciones Unidas —ONU—. Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda (08 de noviembre de 1994). <https://www.oacnudh.org.gt/estandares/docs/Instrumentos/Humanitario/Ruanda.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas —ONU—. Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (09 de agosto del 2000). https://legal.un.org/avl/pdf/ha/scsl/scsl_s.pdf
- Organización de las Naciones Unidas —ONU—. Promoción y protección de los derechos humanos. Impunidad E/CN.4/2005/102/Add.1 (8 febrero 2005)
- Organización de las Naciones Unidas —ONU—. (9 enero 2006). *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Comisión de Derechos Humanos. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/106/59/PDF/G0610659.pdf?OpenElement>
- Organización de Estados Americanos (2006). Trigésimo sexto periodo ordinario de sesiones. 4 al 6 de junio de 2006. <http://www.oas.org/es/sla/docs/agres-06s.pdf>
- Organización de Estados Americanos (1978). *Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José—*. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*. (1977). <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>

- Resoluciones de la XXIV Conferencia Internacional de la Cruz Roja.* (1981). <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/S0250569X0001027Xa.pdf>
- Roxin, C. (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista de Estudios de la Justicia*, (7), 11-22. <https://doi.org/10.5354/rej.v0i7.15081>
- Tribunal Penal Internacional para la ex- Yugoslavia —TPIY—. *Fiscal c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic alias “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo alias “Zenga” (Celebici)* Caso no. IT-96-21-T (16 de noviembre de 1998). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4936/7.pdf>
- Tribunal Penal Internacional para la ex- Yugoslavia —TPIY—. *Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura* IT-01-47-AR72 (16 de julio de 2003). https://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic_kubura/acdec/en/030716.htm
- Tribunal Penal Internacional para la ex- Yugoslavia —TPIY—. *Prosecutor vs. Oric* IT-03-68-A (3 de julio de 2008). <https://www.icty.org/x/cases/oric/acjug/en/080703.pdf>
- Tribunal Penal Internacional para la ex- Yugoslavia —TPIY—. *Prosecutor vs. Sefer Halilovic* IT-01-48-T (16 de noviembre de 2005). <https://www.icty.org/x/cases/halilovic/tjug/en/tcj051116e.pdf>
- Uprimny R., Saffon, M., Botero, C., & Restrepo, E. (2006). *¿Justicia Transicional sin transición? . Verdad, justicia y reparación para Colombia.* DeJusticia. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_201.pdf
- van Boven, T. (2010). *Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas 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.* United Nations Audiovisual Library of International Law. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_60-147/ga_60-147_s.pdf
- Villa Romero, C. (2014). La verdad, ¿para qué? Comisiones de la verdad y el tratamiento de la criminalidad estatal. En J. Antequera Guzmán (Ed.), *Detrás del espejo: Los retos de las comisiones de la verdad* (pp. 83-95). Alcaldía Mayor de Bogotá. <http://centromemoria.gov.co/wp-content/uploads/2020/05/Detra%CC%81s-del-Espejo-Retos-de-la-Comisio%CC%81n-de-la-Verdad.pdf>



SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN SELECCIONADOS

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

Exclusão de provas ilícitas e a integridade dos
procedimentos: Uma interpretação do artigo 69(7)(b)
do Estatuto de Roma nos precedentes do Tribunal
Penal Internacional

João Pedro de Souza

Los derechos humanos internacionalmente reconocidos
ante la Corte Penal Internacional

David Estévez Lledó

¿Todos los caminos conducen a La Haya? Reflexiones
de política criminal tras 17 años de examen preliminar
en Colombia

Damaris Eliana Martínez Acosta

Matrimonio forzado y crimen internacional:
una nueva tendencia normativa y jurisprudencial

Elena C. Díaz Galán

Herramientas de la justicia penal internacional
en la investigación local de graves violaciones
a los derechos humanos

Laura Cristina Acosta Reaza

Exclusão de provas ilícitas e a integridade dos procedimentos: Uma interpretação do artigo 69(7)(b) do Estatuto de Roma nos precedentes do Tribunal Penal Internacional

Exclusión de pruebas ilícitas e integridad de los procesos: una interpretación del artículo 69(7)(b) del Estatuto de Roma y los precedentes de la Corte Penal Internacional

Exclusion of Illicit Evidence and the Integrity of Proceedings: An Interpretation of Article 69(7)(b) of the Rome Statute in the Precedents of the International Criminal Court

João Pedro de Souza*

Recebido: 15 de abril de 2022

Aprovado: 30 de junho de 2022

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.12661>

Para citar este artigo: de Souza, J. P. (2022). Exclusão de provas ilícitas e a integridade dos procedimentos: uma interpretação do artigo 69(7)(b) do Estatuto de Roma nos precedentes do Tribunal Penal Internacional. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal ANIDIP*, 10, 1-34. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.12661>

Resumo

O artigo analisa os precedentes do Tribunal Penal Internacional (TPI) que trataram da exclusão de provas obtidas ilícitamente com base na alínea “b” do artigo 69(7) do Estatuto de Roma. Esse dispositivo prevê uma norma altamente discricionária, segundo a qual uma prova obtida por meio de violação de direitos humanos internacionalmente reconhecidos pode ser excluída do processo se a sua admissão, nas circunstâncias em que a prova foi coligida, for antiética ou atentar contra a integridade dos procedimentos. Para viabilizar a análise dos precedentes, o artigo se

* Filiado a la Red de Investigación Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia del Instituto Iberoamericano de la Haya. Correo eletrônico: jped.souza@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8376-7885>

divide em três capítulos. Primeiro, aponta diferentes fundamentações lógicas para a exclusão de provas ilícitas, para extrair dessas lógicas fatores de admissão/exclusão que podem ter reflexos no TPI. Em seguida, tece alguns comentários sobre o regime de admissão e de exclusão de provas segundo a jurisprudência do Tribunal. Dispondo de um arcabouço histórico e legal para analisar as decisões, o terceiro capítulo articula as lógicas de exclusão com os precedentes do TPI para tentar identificar a fundamentação do artigo 69(7), e sugere uma interpretação avaliando se os precedentes se adequam a ela.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional; admissibilidade de provas; prova ilícita; regras de exclusão de provas; artigo 69(7) Estatuto de Roma.

Resumen

El artículo analiza los precedentes de la Corte Penal Internacional (CPI) que se ocuparon de la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente con base en el inciso “b” del artículo 69(7) del Estatuto de Roma (ER). Esta disposición establece una regla discrecional, según la cual la prueba obtenida mediante una violación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos puede ser excluida del proceso si su admisión, en las circunstancias en que la prueba fue reunida no es ética o viola la integridad de los procedimientos. Para facilitar el análisis de los precedentes, el artículo se divide en tres capítulos. En primer lugar, señala diferentes lógicas de exclusión de pruebas ilícitas con el fin de extraer de estas lógicas factores de admisión/exclusión que puedan tener incidencia en la CPI. Luego hace algunos comentarios sobre el régimen de admisión y exclusión de prueba según la jurisprudencia de la CPI. A partir del marco histórico y legal para analizar las decisiones, el tercer capítulo articula las lógicas de exclusión con los precedentes de la CPI para tratar de identificar el razonamiento del artículo 69(7) y sugerir una interpretación evaluando si los precedentes son adecuados para ello.

Palabras clave: Corte Penal Internacional; admisibilidad de la prueba; pruebas ilícitas; reglas para la exclusión de pruebas; artículo 69(7) Estatuto de Roma.

Abstract

The article analyzes the precedents of the International Criminal Court (ICC) that addressed the exclusion of unlawfully obtained evidence based on article 69(7)(b) of the Rome Statute (RS). This article provides a highly discretionary rule according to which evidence obtained by means of a violation of internationally recognized human rights may be excluded from the proceedings if its admission would be unethical or seriously damage the integrity of the proceedings. To enable the analysis of the precedents, the article is divided into three sections. The first one points out different rationales for the exclusion of illicit evidence to extract admission/exclusion factors that may have repercussions at the ICC. The second section provides some comments on the regime of admission and exclusion of evidence under the jurisprudence of the ICC. The third section articulates the exclusionary rules logics with ICC precedents in an attempt to identify the rationale of article 69(7) and suggests an interpretation by assessing whether the precedents adjust to it.

Keywords: International Criminal Court; admissibility of evidence; illicit evidence; exclusionary rules; article 69(7) Rome Statute.

Introdução

A admissibilidade de provas ilícitas põe em conflito duas das grandes funções do procedimento na esfera criminal: de um lado, a preservação dos direitos do acusado, afetados pela coleta ilegal das provas; de outro, o objetivo de estabelecer a “verdade” dos fatos, que envolve uma série de dificuldades na coleta de provas. No Tribunal Penal Internacional (TPI, ou Corte), a regra implementada para lidar com a referida tensão é a do artigo 69(7), que estipula dois passos para a exclusão de uma prova supostamente ilícita: ela deve ser coletada por meio de violação do Estatuto de Roma (Estatuto, ou ER) ou de direitos humanos internacionalmente reconhecidos (*caput*), e essa violação deve ou minar a fiabilidade da prova (alínea “a”), ou fazer com que a admissão dessa prova seja antiética ou cause sérios danos à integridade dos procedimentos (alínea “b”).

Diante do alto grau de abstração do conceito “sérios danos à integridade dos procedimentos”, este artigo se debruça sobre os precedentes do TPI que analisaram a exclusão de provas com base no artigo 69(7)(b). Constatado que a análise do artigo envolve um balanceamento de fatores, o objetivo deste trabalho é compreender se os fundamentos utilizados por diferentes Câmaras para admitir/excluir provas ilícitas coincidem, e se seguem uma linha de raciocínio que mitigue os potenciais problemas gerados por uma regra tão abstrata. Para isso, primeiro se busca uma base teórica em diversas lógicas para a exclusão de provas identificadas na doutrina (Capítulo 1).

Em seguida, são tecidos breves comentários sobre o regime geral de admissibilidade e de exclusão de provas do TPI, conforme a jurisprudência do Tribunal (Capítulo 2). Por fim, são sintetizadas as decisões do TPI que interpretaram a alínea “b”, para depois examiná-las a partir de uma possível estruturação da lógica do sistema de exclusão de provas ilícitas no TPI (Capítulo 3). O trabalho se organiza de maneira a responder três perguntas que guiam a pesquisa: Quais são os elementos considerados pelos juízes do TPI para avaliar o “sério dano à integridade dos procedimentos”? Esses elementos se fundamentam em qual lógica de exclusão de provas? As interpretações das diferentes Câmaras se adequam a essa lógica de exclusão de provas do TPI?

Cabe destacar o processo de seleção dos precedentes que deram base ao trabalho. As decisões foram extraídas da base de dados do *website* do TPI, que contém todo o acervo de decisões públicas de seus casos. Os documentos dos trinta casos sob a jurisdição do TPI foram acessados individualmente, sendo aplicado um filtro para constarem apenas decisões de cada processo.

A partir daí, foram acessadas e lidas as decisões de Confirmação de Acusação, de Julgamento e de Apelação de Julgamento, por versarem sobre todos os aspectos do

processo em suas diferentes fases; além de todas as decisões sobre procedimentos. Após a leitura das decisões, foi feita uma busca simples em cada documento pelas palavras “69(7)”; ‘illicit’; ‘damage’ e ‘integrity’, para localizar eventuais menções não identificadas na primeira leitura. Algumas decisões também foram localizadas por estarem referenciadas como precedentes nos documentos selecionados. Foram selecionadas, ao fim, vinte decisões que versavam sobre pedidos de exclusão de provas ilícitas. Do que se pôde identificar, até a conclusão deste trabalho¹ esses precedentes compõem todo o universo jurisprudencial do TPI que analisaram pedidos de exclusão de provas com base no artigo 69(7)(b).

Dessas vinte decisões, sete mencionaram a alínea “b” em suas análises. Dentre as demais treze decisões, uma apenas tratou de alguns pontos do artigo 69(7) em abstrato (*The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 2010), e onze entenderam que não havia violação de direitos humanos internacionalmente reconhecidos portanto não procederam ao exame das alíneas (*The Prosecutor v. Germain Katanga*, 2008; *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, 2011; *The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2015a; 2015b; 2015c; *Bemba et al.*, 2015d; 2016a; 2016b; 2018; *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2016; *The Prosecutor v. Al Hassan*, 2021). Uma outra, no entanto, seguiu o caminho oposto e adotou uma abordagem peculiar de exclusão automática das provas (*The Prosecutor v. Katanga*, 2010).

Além disso, no conjunto de sete decisões que analisaram as alíneas, quatro analisaram a alínea “b” no caso concreto (*The Prosecutor v. Thomas Lubanga*, 2007; 2009; *The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016c; 2018), e uma se valeu de um exame hipotético da alínea (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016d) —no caso concreto não foi reconhecida violação de direitos humanos—. Dentre as demais, uma reproduziu integralmente uma decisão anterior (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2010), e outra apenas resumiu distintas decisões sobre o tema (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016e). Nesse cenário, do universo de vinte decisões, compõem a análise do Capítulo 3 as cinco decisões que analisaram a alínea “b”, e a que adotou a abordagem de exclusão automática. As demais catorze decisões, apesar de não integrarem o exame do Capítulo 3, são referenciadas, quando cabíveis, na análise do artigo 69(7) no Capítulo 2.

1. Justificativas para a exclusão de provas ilícitas

A fundamentação lógica por trás das regras de exclusão de provas é tema central em estudos sobre provas ilícitas, pois dependendo da base que guia as regras de exclusão de provas em determinado sistema legal, a interpretação dessa regra pode

1 A última busca de decisões foi realizada em janeiro de 2022.

tomar contornos distintos (Viebig, 2016). Os precedentes do TPI já reconheceram a existência das lógicas de dissuasão, integridade e fiabilidade em decisões sobre o artigo 69(7),² mas não se pronunciaram sobre qual seria a lógica do artigo.

Desse modo, a pesquisa se debruçou sobre textos que tratassem da lógica para exclusão de provas em sistemas internacionais, usando como ponto de partida o detalhado estudo da procuradora alemã Petra Viebig, conduzido na universidade de Humbolt, Alemanha, sob a supervisão do prestigioso professor Gerhard Werle. Com o objetivo de identificar a lógica atinente ao artigo 69(7), a autora analisou a fundamentação para a exclusão de provas ilícitas em sistemas jurídicos nacionais e internacionais antes de concluir que a da integridade reveste a regra do Estatuto de Roma (Viebig, 2016, p. 123). Para não se restringir à revisão de uma única obra, a pesquisa se estendeu para textos referenciados no trabalho de Viebig (Safferling, 2001; Penney, 2003; Zappalà, 2003; Thake, 2005; Alamuddin, 2010; Slobogin, 2013) e outros estudos que trataram de lógicas de exclusão em variados sistemas jurídicos (Madden, 2014; Chau, 2016; Piragoff & Clarke, 2016; Roberts et al., 2016; Ho, 2019; Lin et al., 2019; Turner & Weigend, 2019; Heinze, 2020; 2021; Kremens & Jasinski, 2021; Kuczynska, 2021; Weigend, 2021; Panzavolta et al. 2022),³ a fim de compreender se haveria outras lógicas de exclusão que ainda não foram mencionadas nas decisões do artigo 69(7).

Foram identificadas cinco principais fundamentações: i) dissuasão das autoridades investigadoras; ii) preservação da integridade, e iii) preservação da fiabilidade (as três reconhecidas pelo TPI); além de iv) remediação da violação, e v) garantia do julgamento justo. Na prática, é comum que várias lógicas se sobreponham para determinar a exclusão de provas.⁴ Dada a limitação de escopo do artigo às decisões referentes à alínea “b”, não se tratará da lógica da fiabilidade, restrita aos casos do artigo 69(7)(a). Basta reforçar que ela busca garantir que a Corte exerça seu dever de atingir a “verdade” dos fatos eliminando provas que não possa atestar a veracidade (Heinze, 2021).

2 As três lógicas foram mencionadas no caso *Al Hassan* (2021, par. 32). No caso *Katanga*, foram mencionadas a fiabilidade e a integridade (*The Prosecutor v. Katanga*, 2010, par. 39). No caso *Lubanğa*, a dissuasão foi utilizada como parâmetro para a Corte na análise do artigo 69(7) (*The Prosecutor v. Lubanğa*, 2009, par. 45).

3 Tratando das lógicas de remediação, preservação da integridade e dissuasão como fundamentos para remediar violações de direitos humanos para além de regras de exclusão de provas ver Bailey (2014).

4 Penney (2003) sugere que o sistema canadense é influenciado pelas lógicas da integridade, de dissuasão e de remediação (p. 111); Heinze (2020) reforça que as lógicas não devem ser utilizadas como dogmas, mas apenas como referência, já que os sistemas jurídicos têm de lidar com situações práticas que exigem a adaptação de regras formuladas de acordo com determinada teoria (p. 723); Weigend (2021) trata da sobreposição de lógicas como algo inerente à análise da exclusão das provas sob a perspectiva da integridade (p. 254).

Uma vez que as pesquisas identificadas citam abordagens de sistemas nacionais e internacionais como exemplos das diferentes fundamentações para a exclusão de provas ilícitas, o artigo inevitavelmente remete à prática desses sistemas na descrição das lógicas (teorias) de exclusão de provas. Não se trata da incursão em regras específicas de cada sistema, mas sim na racionalidade utilizada pelos sistemas ao determinar essas regras. Nesse sentido, as características dos sistemas nacionais são citadas enquanto objeto de estudo dos textos que trataram das lógicas para a exclusão de provas ilícitas.

Feitas essas ponderações, busca-se abaixo delimitar as principais características de cada lógica identificada, para que possam servir de instrumento na análise das decisões do TPI no Capítulo 3. Além da descrição da lógica, são tecidas considerações iniciais sobre a aplicabilidade de cada uma no artigo 69(7) do Estatuto.

1.1. Fundamento da dissuasão das autoridades investigadoras

Pela teoria da dissuasão, excluem-se provas colhidas mediante violações de direitos para evitar que autoridades investigadoras cometam novas violações em procedimentos de coleta de provas. Espera-se que seu comportamento seja regulado pela exclusão das provas (Weigend, 2021), pois eventuais violações cometidas criariam um risco de que elas sejam excluídas e o controle da criminalidade seja prejudicado (Madden, 2014).

Apesar de ser considerada uma lógica comum para justificar a exclusão de provas (Heinze, 2021), mencionada em países como o Japão (Heinze, 2021) e Taiwan (Lin et al., 2019), a doutrina normalmente analisa seus aspectos com base na prática dos Estados Unidos (Viebig, 2016, pp. 72-79; Heinze, 2020, p. 649-651; Kremens & Jasinski, 2021, p. 27). A Suprema Corte americana consolidou a lógica ainda em 1961,⁵ e inicialmente adotou uma aplicação ampla da regra de exclusão, segundo a qual qualquer prova relacionada com a prova ilícita seria inadmissível.⁶ Gradualmente o escopo da regra foi limitado com exceções à aplicação,⁷ havendo, três principais exceções: i) a boa-fé das autoridades na colheita de provas; ii) as teorias da fonte independente e da descoberta inevitável, e iii) a atenuação da violação em provas derivadas.

5 Foi no caso *Mapp v. Ohio* (1961) que a Suprema Corte entendeu que a aplicação da regra de exclusão se dava em âmbito federal, consolidando a dissuasão como lógica do sistema jurídico. Ver Viebig (2016, p. 75).

6 Trata-se de interpretação ampliativa da doutrina dos frutos da árvore envenenada, primeiro aplicada pela Suprema Corte no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920).

7 Kremens & Jasinski (2021) indicam que a consolidação dessa lógica, mesmo com as exceções incorporadas posteriormente, afastou o propósito original da exclusão de provas de proteger os direitos do acusado (pp. 27-28). No mesmo sentido, Kuczynska (2021, p. 78).

Resumidamente, elas se justificam pela incompatibilidade entre o objetivo da norma (dissuadir comportamento inadequado) e a exclusão nas circunstâncias determinadas pelas exceções. Assim, tornar-se-ia ineficiente a fundamentação se: i) as autoridades tinham motivo para crer que estavam agindo de acordo com a lei e não agiram de forma negligente (boa-fé),⁸ ii) a prova for obtida posteriormente por outra fonte –lícita– ou seria certamente obtida por outros meios lícitos já em curso na investigação (fonte independente e descoberta inevitável, respectivamente),⁹ ou iii) a conexão entre a violação e a prova é tão tênue que não há “contaminação” desta.¹⁰

A nível internacional, a lógica foi expressamente rejeitada pelo Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia —TPII— (*The Prosecutor v. Radoslav Brdjanin*, 2003). O TPI seguiu a mesma linha para casos de provas colhidas sem envolvimento da Procuradoria (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2009, pars. 45-46), mas já a elencou como possível lógica do artigo 69(7) se houver tal envolvimento (*The Prosecutor v. Al Hassan*, 2021, par. 32). Parece uma abordagem condizente com o contexto de coleta de provas no TPI, já que a Corte não tem controle sobre as condutas das autoridades nacionais para influenciar seu comportamento futuro, enquanto tal influência pode recair sobre o órgão investigador inserido em seu próprio sistema.

1.2. Teoria da remediação

A teoria da remediação defende que a exclusão de provas ilícitas busca salvaguardar e reforçar o papel dos direitos humanos no procedimento (Turner & Weigend, 2019). Desse modo, o acusado é colocado em situação de desvantagem caso as provas sejam admitidas, porque além de ter seus direitos violados, o produto dessa violação fundamentará eventual persecução criminal contra o acusado. Assim, excluir as provas é uma forma de restabelecer a posição em que Estado e acusado ocupavam antes da coleta das provas ilícitas, “remediando” a violação (Viebig, 2016).

Em geral, as regras de exclusão pautadas na remediação são construídas de forma absoluta —*não serão admissíveis quaisquer provas colhidas por meio de violações*—,¹¹ e moderadas com base na proporcionalidade determinada a cada caso (Viebig, 2016; Penney, 2003, p. 112). Considera-se, nesse ponto, a gravidade da violação

8 Por exemplo, os casos *Arizona v. Evans*, julgado em 1995, e *Herring v. United States*, julgado em 2009. Ver Viebig (2016, p. 76).

9 A autora cita os precedentes *United States v. Murray* (1988) (fonte independente) e *Nix v. Williams* (1984) —descoberta inevitável— (Viebig, 2016, p. 76).

10 O precedente citado é *Nardone v. The United States*, julgado em 1939 (Viebig, 2016, p. 77).

11 Países como Brasil (artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal) e Colômbia (artigo 30 da Constituição) apresentam regras elaboradas nesse sentido. Heinze (2020) determina essa abordagem como a “teoria do tudo ou nada” (p. 653).

(Viebig, 2016) ou se ela se deu sobre “super direitos” naquele sistema jurídico, por exemplo o de não ser torturado (Slobogin, 2013, p. 14).

Apesar de não adotar formalmente a lógica da remediação, o TPI parece assimilá-la em parte. Há sugestões doutrinárias de que qualquer violação de direitos humanos internacionalmente reconhecidos deveria ensejar a exclusão das provas (Zappalà, 2003, p. 152; Thake, 2005, p. 184), e a lógica de remediação foi considerada para justificar a implementação do artigo 69(7) (Safferling, 2001). Ainda assim, a exclusão automática das provas foi reiteradamente rejeitada pela Corte, e não houve até o momento decisões que indicaram a remediação para justificar a exclusão de provas ilícitas.

1.3. Teoria da preservação do julgamento justo

Apesar de constar em sistemas jurídicos como o da Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte Europeia) e da Inglaterra, a lógica da preservação do julgamento justo, em geral, não configura fundamento autônomo para regras de exclusão de provas ilícitas. É comum, por exemplo, a interpretação de que ela está embutida na lógica da integridade (Slobogin, 2013). Ainda assim, tal fundamentação permeia todas as demais lógicas de exclusão, pois sendo o propósito central de um julgamento a busca pela verdade, ele só será justo se essa busca se der por um processo confiável (Ho, 2019).

Por tratar de um conceito vago, os sistemas jurídicos que se baseiam nessa lógica fazem a análise da exclusão a cada caso, sopesando elementos favoráveis e contrários à exclusão das provas. Considerando os elementos destacados nos sistemas das Corte Europeia e da Inglaterra, sobressaem questões de fiabilidade da prova, da capacidade da defesa de exercer seus direitos de questioná-la em juízo e o tipo e grau da violação de direitos (Ho, 2019).¹² Aqui, o objetivo da exclusão é preservar o julgamento em si.¹³

Certamente lógica do julgamento justo integra o sistema de admissibilidade de provas do TPI, haja vista que tal conceito é previsto expressamente tanto na redação do artigo 69(4), quanto em outros dispositivos do Estatuto.¹⁴ Igualmente, é comum a

12 O autor cita como alguns dos fatores considerados pela Corte Europeia: i) o respeito aos direitos da defesa; ii) se houve oportunidade de a defesa levantar objeções sobre as provas; iii) se o método de obtenção das provas gera dúvidas sobre sua fiabilidade, e iv) o “peso” da prova no julgamento, o quanto ela influenciaria a condenação. No sistema da Inglaterra, Slobogin (2013) menciona: i) a legalidade da conduta policial; ii) a seriedade do crime; iii) o grau de boa-fé dos investigadores; iv) a fiabilidade potencial da prova; v) a existência de outras provas ou não; vi) se houve oportunidade para questionar as provas em julgamento; vii) o tipo de violação envolvida, e viii) o tipo de direito envolvido (p. 9).

13 Na Corte Europeia, exige-se que o julgamento **como um todo** seja considerado injusto pela admissão das provas. Por exemplo, CEDH, *Gafgen v. Germany*, 2010, pars. 147 e 163.

14 Vide Artigo 64(2), 64(3)(a) e 64(8)(b), sobre os deveres da Câmara de Julgamento, e Artigo 67(1), sobre os direitos do acusado nos procedimentos.

referência das Câmaras a precedentes da Corte Europeia para avaliar a exclusão de provas ilícitas. Inclusive, o TPI já adotou a suspensão temporária dos procedimentos com base no artigo 21(3), que constitui sanção mais gravosa do que a exclusão das provas (Bailey, 2014), remetendo a precedentes da Corte Europeia e utilizando o argumento de que seria impossível de garantir o direito humano internacionalmente reconhecido de ser submetido a um julgamento justo (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2008).

1.4. Teoria da preservação da integridade do Tribunal

A última lógica de exclusão de provas obtidas por meios ilícitos estudada se funda na preservação da integridade da Corte. Essa lógica foi a relacionada ao artigo 69(7) em um dos comentários ao Estatuto (Piragoff & Clarke, 2016). Tratando igualmente de um conceito também com alto grau de abstração, foram identificadas múltiplas perspectivas na interpretação da “integridade”.¹⁵ Todas elas convergem na ideia de que integridade de determinada Corte, considerando os valores que a sustentam, é maculada se ela “tolerar” uma violação de direitos, de maneira que seria impossível dissociar/afastar a Corte da violação. Em essência, integridade opera para garantir a coerência moral do julgador, pois para responsabilizar alguém não basta que este seja culpado, ele deve ser julgado de acordo com as regras estipuladas pelo sistema (Chau, 2016).

Por outro lado, a efetiva punição de crimes também compõe a reputação/integridade do sistema de justiça, então a exclusão de provas confiáveis é indesejável para qualquer corte (Gless & Macula, 2019). Daí surge uma tensão entre a proteção dos direitos do acusado e o efetivo julgamento de crimes, cuja resolução depende do balanceamento entre fatores favoráveis e contrários à admissão de provas.¹⁶

Dado o papel central do exercício de balanceamento na exclusão de provas na lógica da integridade, a escolha dos fatores sopesados é essencial para a análise dos juízes. No TPI, a análise é feita a cada caso e de acordo com a discricionariedade dos juízes, o que dá margem para decisões com conclusões idênticas atingidas com parâmetros distintos. Até o momento, no entanto, o TPI vem mostrando certa congruência na escolha dos fatores de balanceamento, que coincidem inclusive com propostas doutrinárias de interpretação do artigo 69(7)(b).¹⁷

- 15 Foram identificadas abordagens, por exemplo: i) que dividem a integridade enquanto conceito geral e a integridade sistêmica (Turner & Weigend, 2019); ii) que incorporam a ideia de aproximação/afastamento da Corte da violação na lógica da exclusão (Viebig, 2016); iii) que tratam da aproximação/afastamento como lógica conectada porém derivada (Madden, 2014); iv) que incluem a lógica do julgamento justo na fundamentação da integridade (Slogobgin, 2013; Roberts et al., 2016), e v) que incluem na integridade noções de afastamento, julgamento justo, proteção da *rule of law*, dissuasão e remediação (Heinze, 2020).
- 16 Panzavolta et al. (2022) entendem que o balanceamento é um grande mérito da teoria da integridade, pois articula a tensão entre a busca pela verdade e a preservação dos direitos do acusado (p. 82).
- 17 Viebig (2016) elenca: i) a seriedade e o caráter da ofensa; ii) a identidade dos atores, e iii) a boa-fé dos agentes nacionais (pp. 163-187). O trabalho de Slobogin (2013) endereça fatores virtualmente idênticos,

2. Considerações acerca do regime de provas no TPI

Os dispositivos que endereçam questões de provas no TPI estão centralizados em dois dos documentos principais que regem a Corte: o Estatuto de Roma¹⁸ e as Regras de Procedimento e Prova (RPP).¹⁹ No Estatuto, eles se concentram no artigo 69, com disposições gerais sobre o tema. As Regras de Procedimento e Prova, por sua vez, complementam algumas dessas disposições e apontam procedimentos específicos de coleta, admissibilidade e análise das provas.²⁰

Para fins do escopo deste texto, interessa limitar a análise ao parágrafo 7º do artigo 69 do Estatuto, pois trata das hipóteses de exclusão de provas quando forem obtidas por meio de violações a direitos humanos – provas ilícitas.²¹ Mais especificamente, o foco se dá sobre a alínea “b” do artigo 69(7), que discorre sobre os efeitos de tal violação sobre a ética ou a integridade dos procedimentos. Apesar dessa limitação no escopo, algumas considerações sobre o regime geral de admissibilidade de provas —artigo 69(4)—, além do caput e alínea “a” do artigo 69(7), são úteis para compreender a abordagem das Câmaras do TPI sobre a exclusão de provas ilícitas no artigo 69(7)(b).

2.1. Regime geral de admissibilidade

O regime geral de admissibilidade de provas está previsto no artigo 69(4) do ER, segundo o qual a Corte “poderá decidir sobre a relevância ou admissibilidade de qualquer prova, tendo em conta, entre outras coisas, o seu valor probatório e qualquer

com exceção da seriedade e caráter da ofensa. A semelhança entre essas proposições e a prática do TPI será abordada no Capítulo 3.

- 18 O Estatuto de Roma é o Tratado que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional. Ele estabelece condições gerais de funcionamento e organização da Corte, regras de jurisdição e competência, da definição dos crimes sob jurisdição do TPI e da responsabilidade penal, de cooperação entre os Estados, entre outros temas essenciais ao funcionamento do Tribunal.
- 19 As Regras de Procedimento e Prova são complementares ao Estatuto de Roma e versam sobre questões procedimentais da Corte. Elas guiam a aplicação do Estatuto, por isso estão subordinadas a ele.
- 20 Para além de questões gerais como a aplicação das questões de provas a todos os estágios do procedimento e a discricionariedade dos juízes (regra 63), as RPP definem apenas três questões procedimentais de prova, nos parágrafos da regra 64, estabelecendo que: i) qualquer questão de prova seja levantada assim que conhecido o fato sobre ela (parágrafo 1º); ii) as Câmaras Julgadoras devem fundamentar qualquer decisão relativa à admissibilidade das provas (parágrafo 2º), e iii) qualquer prova considerada inadmissível não seja utilizada pela Câmara na sua decisão (parágrafo 3º). Há ainda regras que tratam de provas em caso de crimes sexuais (71 e 72). A regra 71, que proíbe a admissão de provas sobre o comportamento sexual anterior ou posterior de uma vítima ou testemunha, é considerada também uma regra de exclusão de provas. Ver *TProsecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (2010, par. 18).
- 21 O texto não faz distinção entre provas “ilícitas” e “ilegítimas”. Conforme explica Zili (2006), “as provas ilícitas estão atreladas a violações de direito material, enquanto as ilegítimas tratam de inobservância de regras procedimentais” (p. 175). Apesar de a diferença entre os conceitos ser relevante, na prática da Corte os pedidos de exclusão de provas pelo artigo 69(7) alegam tanto violações de direito material, quanto procedimental, e as Câmaras analisaram as violações alegadas de forma geral, sem distinção, e considerando os fatos do caso.

prejuízo que possa acarretar para a realização de um julgamento justo (...).²² A prática do TPI já destacou que o dispositivo garante ampla discricionariedade aos juízes na avaliação das provas (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2011, par. 24), exigindo apenas que a prova seja submetida por uma das partes por livre vontade (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2018a, par. 576). Desse modo, os juízes estão livres para avaliar a admissibilidade de qualquer prova, com base nos parâmetros do artigo 69(4), no momento que entenderem ser adequado entre a submissão pela parte e o julgamento do acusado.

Cabe também pontuar a relação entre os artigos 69(4) e 69(7), pois ambos os parágrafos tratam, de alguma forma, dos impactos da admissão de uma prova nos direitos do acusado. É consolidado no TPI que a regra do artigo 69(7) constitui lei específica (*lex specialis*) em relação ao parágrafo 4º (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2009, par. 35).²³ Assim, a primeira hipótese se aplica quando a parte afetada invoca alguma violação de direitos humanos na coleta das provas, ao tempo em que a segunda considera apenas os efeitos de uma prova submetida sobre a condução de um julgamento justo. De ordem prática, a relação entre os parágrafos é relevante pois o parágrafo 4º *permite* à Corte fazer a avaliação das provas em determinado momento do procedimento, enquanto o parágrafo 7º *exige* que os juízes profiram uma decisão imediata sobre a admissibilidade das provas (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2018a, pars. 577-582).

Por fim, é relevante apontar a relação entre os artigos 69(7) e o 69(8) do Estatuto, que prevê que o TPI não deve avaliar como a lei nacional foi aplicada em um procedimento de coleta de provas.²⁴ De acordo com a Corte, a regra de exclusão se aplica apenas a casos de violações do Estatuto ou de direitos humanos internacionalmente reconhecidos, e não para analisar se o procedimento foi seguido de acordo com a lei nacional (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2009, par. 36; *The Prosecutor v. Katanga*, 2010, par. 39; *The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2018a, par. 287; *The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016c, par. 32). Ainda, o TPI já entendeu que o artigo 21(1)(c) do Estatuto não se aplica aos casos de exclusão de provas, pois o artigo 69(7) considera parâmetros internacionais de proteção de direitos humanos. Assim, as demais fontes elencadas no artigo 21(1), hierarquicamente superiores, já seriam adequadas para avaliar os pedidos de exclusão (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2009, par. 36). Nesse cenário, o TPI só poderia avaliar se a condução dos procedimentos nas leis nacionais violou algum direito humano internacionalmente reconhecido (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016c, par. 34).

22 Grifos adicionados.

23 No mesmo sentido, *The Prosecutor v. Katanga*, 2010, par. 39.

24 Estatuto de Roma, artigo 69(8): "O Tribunal, ao decidir sobre a relevância ou admissibilidade das provas apresentadas por um Estado, não poderá pronunciar-se sobre a aplicação do direito interno desse Estado" (tradução livre).

2.2. Exclusão de provas ilícitas – artigo 69(7)

A regra do parágrafo 7º estipula duas condições para a exclusão de uma prova ilícita. Primeiro, deve estar satisfeita a condição prevista no caput do parágrafo, ou seja, a prova deve ter sido colhida por meio de violação do Estatuto ou de direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Ademais, a forma de obtenção dessa prova deve gerar dúvida sobre a fiabilidade da prova (alínea “a”), ou a admissão dessa prova deve causar danos à integridade dos procedimentos (alínea “b”).

Denominada “análise de dois passos” (ou “teste dual”) pela Corte, os precedentes indicam que só se deve proceder à análise das alíneas quando reconhecida a violação prevista no caput (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2018a, pars. 280-281; *The Prosecutor v. Ongwen*, 2016, par. 7; *The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2015a, par. 9). Tal exigência justifica o número limitado de decisões sobre provas ilícitas que analisaram as disposições das alíneas.

2.2.1. Caput – Violação de direitos humanos internacionalmente reconhecidos

O caput do artigo 69(7) elenca expressamente os tipos de violação que podem ensejar a exclusão de provas com base no artigo. São inadmissíveis provas “obtidas por meio de violação do presente Estatuto ou de direitos humanos internacionalmente reconhecidos”.²⁵ Apesar da restrição de tipos de violação, o mesmo não se aplica à severidade dela, pois para fins do caput, basta que a Corte entenda que alguma regra do Estatuto ou um direito humano internacionalmente reconhecido foi violado (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2009, par. 35).

Nesse ponto, os precedentes do TPI indicam que o termo “Estatuto” pode envolver as RPP.²⁶ A caracterização dos direitos humanos como internacionalmente reconhecidos, por sua vez, não tem critérios definidos nos precedentes da Corte, tendo as decisões se pautado na presença desses direitos em diversas cartas de direitos humanos internacionais e as interpretações de suas respectivas cortes.²⁷ A doutrina denomina essa abordagem de método “shot gun” (Sheppard, 2010, p. 49),²⁸

25 Grifos adicionados.

26 Não há nenhum precedente em que foram reconhecidas violações ao Estatuto ou às RPP. No entanto, há precedentes em que os pedidos de exclusão de provas são feitos com base em dispositivos das RPP e do Estatuto conjuntamente, e a Corte os analisa igualmente. Identificou-se, nesse sentido: *The Prosecutor v. Bemba et al.* (2015a, par. 10), *The Prosecutor v. Ongwen* (2016, par. 11), *The Prosecutor v. Bemba et al.* (2015c, par. 22).

27 Foram citados: Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, Convenção Europeia de Direitos Humanos, Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e Carta Árabe de Direitos Humanos. Quanto a precedentes: Corte Europeia de Direitos Humanos e Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

28 Bailey (2014) explica que a abordagem consiste em “identificar fontes concomitantes para validar o status de um princípio como um “reconhecimento internacional direito humano” —tradução livre— (p. 532). Os textos criticam essa abordagem porque a Corte não justifica a utilização das interpretações de determinado sistema jurídico em detrimento dos demais citados.

e é a mesma estratégia utilizada pela Corte para interpretar o artigo 21(3), que prevê a necessidade de a Corte interpretar e aplicar todas as previsões do Estatuto *de acordo com direitos humanos internacionalmente reconhecidos*.²⁹

A leitura do caput e suas interpretações indicam que a análise das alíneas só será desencadeada se reconhecido um nexo de causalidade entre a coleta de provas e a violação de direitos. Isso permite concluir, como fez o TPI em decisão controversa, que se a violação não puder ser atribuída *especificamente* ao ator que coletou as provas, não se configuram as condições do caput do artigo 69(7) (*The Prosecutor v. Al Hassan*, 2021, pars. 41-45). Esse ponto é digno de novos estudos da jurisprudência de provas ilícitas do TPI, sobretudo porque essa decisão integra a maioria absoluta das que sequer chegaram à análise das alíneas, como apontado na Introdução. Apesar da relevância do debate gerado pela interpretação —sobretudo quando a Procuradoria apenas recebe uma prova que se descobre ser colhida ilícitamente—, este texto não adentra tais questões, limitando-se a avaliar os aspectos relativos aos danos à integridade dos procedimentos.

2.2.2. Alínea “a” – Impactos da violação na fiabilidade das provas

A primeira hipótese do segundo passo no “teste dual” trata da exclusão de provas não confiáveis. Sendo um dos objetivos da coleta de provas é a busca da “verdade”,³⁰ ele nunca seria atingido ao admitir uma prova de conteúdo duvidoso. Excluir tais provas, portanto, seria uma forma de preservar os direitos do acusado.

Para fins da aplicação do artigo 69(7)(a), é necessário que a violação suscite *sérias* dúvidas sobre a fiabilidade das provas. O TPI ainda não delimitou o critério de “seriedade” imposto pelo artigo. No entanto, a Corte já forneceu parâmetros de fiabilidade de uma prova em abordagem do artigo 69(4), elencando fatores como a natureza e características da prova, sua fonte de obtenção e sua contemporaneidade (*The Prosecutor v. Katanga*, 2010, par. 27).

29 A Corte já entendeu que o artigo 21(3) é um princípio geral de interpretação do Estatuto, ao lado da Convenção de Viena (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2006a, par. 2; *The Prosecutor v. Katanga*, 2008a, par. 7). Em outra decisão, entendeu que os direitos humanos internacionalmente reconhecidos permeiam toda interpretação e aplicação do Estatuto (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2006b, par. 37). Além disso, o poder normativo dessa previsão foi evidente no caso *Lubanga*, que introduziu o remédio de suspensão temporária do processo com base no artigo 21(3), (vide *The Prosecutor v. Lubanga*, 2008).

30 O artigo 69(3) do Estatuto, por exemplo, determina que “As partes poderão apresentar provas que interessem ao caso, nos termos do artigo 64. O Tribunal será competente para solicitar de ofício a produção de todas as provas que entender necessárias para determinar a veracidade dos fatos” (tradução livre).

2.2.3 Alínea “b” – Impactos da violação na integridade dos procedimentos

A segunda hipótese de exclusão se concretiza quando, em função do meio de obtenção das provas, admiti-las seria antiético ou causaria sérios danos à integridade do procedimento. Apesar da conjunção “ou” no texto do artigo, optou-se por tratar os conceitos “antiético” e “danoso à integridade dos procedimentos” sem distinção. Isso não implica afirmar que a diferença inexistente, considerando que a Corte já endereçou o conceito “antiético” em questões procedimentais não relacionadas a prova.³¹ No entanto, dado o escopo deste artigo sobre a prática do TPI, importa que a Corte não tenha se debruçado sobre eventual diferença entre os conceitos em nenhum dos precedentes do artigo 69(7)(b), dando enfoque ao impacto da violação sobre a condução dos procedimentos como um todo.

Tal qual na alínea “a”, aqui há uma qualificação dos danos à integridade dos procedimentos, o que não se confunde com a seriedade da violação em si (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2009, pars. 36-37).³² O Tribunal também não forneceu parâmetros para acessar tal qualificação, utilizando-se dos fatos do caso concreto para elencar elementos que agravem/mitiguem esse impacto. Ao contrário da primeira alínea, no entanto, na alínea “b” não é necessária avaliação da fiabilidade das provas (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2007, par. 86).

Os precedentes indicam que é vedada na análise da alínea a utilização dos parâmetros da regra geral de admissibilidade (valor probatório e relevância da prova) por conta da natureza de regra específica do artigo 69(7), que não faz menção a esses fatores (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2009, par. 45). Igualmente é vedada a avaliação da seriedade do crime sob investigação, já que todos os crimes sob a jurisdição do TPI são graves (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2009, par. 44; *The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2015a, par. 9).

A partir disso, a análise do artigo 69(7)(b) exige um balanceamento de princípios, envolvendo uma tensão entre a “seriedade da violação” e “a condução de um julgamento justo como um todo”.³³ Por tratar de avaliação discricionária realizada a cada caso (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2007, par. 84), os precedentes do TPI, *prima facie*, não destacam os mesmos fatores em cada eixo da tensão do balanceamento.

31 No caso *Katanga* a Corte entendeu que a retenção de documentos exculpatórios ou a liberação tardia de provas incriminatórias, sem que a defesa tenha tempo hábil para questionar as provas, seriam antiéticas para o papel da Câmara de garantir o julgamento justo. (*The Prosecutor v. Katanga*, 2009, par. 29).

32 A gravidade da violação é um dos elementos para avaliar o impacto dos danos ao procedimento, como será apontado no Capítulo 3.

33 No original das decisões, os termos utilizados são “seriousness of the violation” e “fairness of the trial as a whole”. Ver: *The Prosecutor v. Lubanga* (2007, par. 89; 2009, par. 20; 2011, par. 30), *The Prosecutor v. Katanga* (2010, par. 93), *The Prosecutor v. Bemba et al.* (2016d, par. 33).

No capítulo seguinte, são traçados paralelos entre os fundamentos na escolha de fatores para a (não) exclusão das provas nas decisões do TPI, a fim de fornecer uma interpretação relacionando esses paralelos com uma lógica de exclusão. Segundo essa interpretação, as diferentes decisões do TPI seguem por caminhos similares ao avaliar os elementos do artigo 69(7)(b).

3. Sistematização e análise dos precedentes do TPI

Uma vez que os precedentes do TPI não endereçaram especificamente uma lógica para fundamentar a exclusão pelo artigo 69(7), é necessário dar tal passo para viabilizar uma avaliação do caminho dos precedentes que trataram da alínea “b”. Propõe-se primeiro sintetizar as decisões que analisaram a alínea, traçando em seguida paralelos entre os elementos destacados em cada uma delas. Com isso, pode-se delimitar a lógica do sistema de exclusão de provas do TPI e examinar a adequação dos precedentes a essa lógica. Frisa-se que apesar de a delimitação da lógica englobar todo o artigo 69(7), a análise pretendida tem efeito prático mais significativo na alínea “b”, foco deste artigo, que é dotada de alto grau de abstração.

3.1. Sistematização das decisões – síntese dos entendimentos da Corte e paralelos entre os precedentes

Como apontado na Introdução, constatou-se que sete decisões do TPI mencionaram a alínea “b” em sua análise. Dentre elas, cinco fizeram análises individualizadas (uma delas hipotética), enquanto as outras ou reproduziram integralmente uma decisão anterior ou resumiram distintas decisões sobre o tema. Além disso, uma das decisões que não fizeram a análise da alínea assumiu uma abordagem de exclusão automática das provas (*The Prosecutor v. Katanga*, 2010), e por isso foi incluída nesse exame.

As cinco decisões que apuraram os elementos do artigo 69(7) se deram em dois casos distintos: no caso Lubanga, duas decisões abordaram a exclusão no contexto de uma busca e apreensão ilegal (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2007; 2009), e no caso Bemba et al., três decisões endereçaram a violação do direito à privacidade no contexto de desrespeito ao sigilo bancário dos acusados (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016c; 2016d; 2018b). Já a decisão de exclusão automática se deu no caso Katanga, no contexto de uma violação ao direito de ter o advogado presente em ato de interrogatório policial.

3.1.1. Síntese das decisões do artigo 69(7)(b)

No caso Lubanga, a Corte rejeitou o pedido de exclusão de provas da Defesa em duas decisões, que envolveram uma busca e apreensão considerada ilegal em sede

nacional (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2007, par. 63), e que apesar de ser conduzida na casa de um terceiro, coletou provas incriminatórias do acusado. Na Confirmação de Acusações, a Câmara de Julgamento Preliminar I entendeu que houve violação ao direito à privacidade pois a busca e apreensão que coletou as provas foi generalizada e desproporcional por terem sido coletados milhares de documentos irrelevantes (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2007, pars. 79-81).

Nesse ponto, a Câmara destacou que a Procuradoria parecia estar interessada nesses documentos colhidos e que sua presença, ainda que apenas para acompanhar o procedimento, influenciou a conduta das autoridades nacionais na coleta das provas (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2007, par. 80). Com relação à alínea “b”, a Corte assinalou a impossibilidade de excluir provas automaticamente com base na existência de violação, e destacou a discricionariedade dos juízes para realizar um balanceamento dos valores do Estatuto e avaliar se há sérios danos à integridade dos procedimentos no caso concreto (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2007, par. 84). Assim, invocou a tensão entre os direitos do acusado e a necessidade de atender às expectativas das vítimas e da comunidade internacional para afirmar que apenas violações graves poderiam levar à exclusão das provas (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2007, par. 86). Sem aprofundar esses pontos, os juízes se valeram do escopo da audiência de confirmação (que não é de formar a culpa definitiva do acusado) para admitir as provas, deixando espaço para eventual exclusão em julgamento (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2007, par. 90).

Na segunda decisão, a Câmara de Julgamento I incorporou integralmente a tese da desproporcionalidade na busca e apreensão apontada na decisão anterior. Já em relação à alínea “b”, a Corte primeiro discorreu, em tópicos separados da análise do artigo em si, sobre diversos precedentes do TPI e da Corte Europeia que trataram de violações à privacidade e exclusão de provas ilícitas, e em geral consideravam a seriedade da violação e o contexto/proporcionalidade da busca e apreensão (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2009, pars. 22-30). Nenhuma delas foi diretamente citada na abordagem da alínea “b” pelos juízes, que fundamentou a admissão nas provas nos fatores: i) a violação ao direito não foi particularmente grave; ii) o impacto da violação na integridade dos procedimentos diminuiu por ter sido violado direito de terceiro, e iii) os atos ilícitos foram cometidos pelas autoridades nacionais, apesar de presente um representante da Procuradoria (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2009, par. 47). Importa destacar que nessa decisão, a Corte afastou expressamente a lógica da dissuasão para provas colhidas por autoridades nacionais, mas a sugeriu como possibilidade para regular o comportamento da Procuradoria (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2009, par. 45).

No caso *Katanga*, a Câmara de Julgamento II excluiu a ata de um depoimento do acusado colhido em âmbito nacional sem a presença de um advogado (*The Prosecutor v. Katanga*, 2010, par. 55), seguindo uma abordagem peculiar de exclusão automática. De fato, toda a análise de admissibilidade das provas foi peculiar, pois os artigos 69(4) e 69(7) foram endereçados quase que conjuntamente. A referência ao artigo 69(7) é atrelada ao critério de “prejuízo” (no sentido de “efeitos prejudiciais”) do artigo 69(4), pois apesar de serem dispositivos diferentes, ambos protegem a integridade moral e legitimidade dos procedimentos por exigir que o procedimento de coleta de provas seja justo em relação ao acusado e respeite os direitos humanos de todos envolvidos no julgamento (*The Prosecutor v. Katanga*, 2010, par. 39). No caso concreto, por tratar do primeiro interrogatório do acusado após sua prisão, e ele não ter pleno conhecimento dos motivos para estar detido, a Corte entendeu que seria improvável que ele tivesse recebido aconselhamento jurídico adequado sobre o caso (*The Prosecutor v. Katanga*, 2010, par. 63). Nesse contexto, a prova foi excluída pelo potencial prejuízo gerado na violação do direito à não autoincriminação (*The Prosecutor v. Katanga*, 2010, par. 63).

No caso *Bemba et al.* (2015a; 2015b; 2015c; 2015d; 2016a; 2016b; 2018a), de onze decisões tratando de pedidos de exclusão de provas, sete sequer chegaram a analisar a alínea “b”, e uma apenas recapitulou outras decisões sem efetivamente analisar o artigo 69(7) (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2018a). As três que o fizeram trataram de uma única situação: coleta de planilhas recebidas espontaneamente de um banco austríaco pela Procuradoria, contendo múltiplas informações de transações financeiras dos acusados e de terceiros. A Procuradoria realizou várias comunicações com o banco para coletar informações antes de requerer um pedido de cooperação (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016c, par. 11).

Na primeira decisão, a Câmara de Julgamento VII entendeu que não houve violação à privacidade porque as comunicações com o banco realizadas pela Procuradoria antes de emitir o pedido de cooperação eram de pleno conhecimento das autoridades austríacas, que depois cumpriu com os pedidos emitidos sem contestar a legalidade das comunicações (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016c, pars. 54-60). A Corte então procedeu a uma análise *ad argumentandum* da alínea “b”, e indicou serem favoráveis à exclusão das provas o fato de que a Procuradoria coletou as provas, e a importância do direito à privacidade (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016c, par. 65). Para contrabalancear esses fatores, recorreu à boa-fé da Procuradoria no processo de colheita das provas que teria tido motivos para crer que agiu de acordo com a lei, e ao fato de que mesmas informações foram colhidas

legalmente depois, com o cumprimento de pedidos de cooperação (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016c, par. 68). Assim, as provas foram admitidas.

Na segunda decisão, a Câmara de Julgamento VII voltou a analisar a questão porque um Tribunal austríaco havia considerado os pedidos de coleta de provas ilegais, por não terem “fundamentações mínimas” para sustentar as alegações de que os investigados cometeram crime (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016d, pars. 27 e 30). Aqui, chegou-se à conclusão oposta sobre a existência de violação ao direito à privacidade, exclusivamente em função dos entendimentos do tribunal nacional. Na alínea “b”, os juízes remeteram ao balanceamento de princípios de acordo com o caso concreto adotado no caso Lubanga (2016d, pars. 33), e elencaram entendimentos do TPI e da Corte Europeia em sua análise. Do primeiro, extraíram como fatores relevantes do balanceamento a “natureza da violação” e a “culpa” da Procuradoria (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016d).³⁴ Da Corte Europeia, remeteram ao entendimento de que os procedimentos como um todo, incluindo o meio de coleta das provas, devem ser considerados justos para admitir a prova (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016d).³⁵ No caso concreto, a Câmara admitiu as provas por dois argumentos: i) a Procuradoria agiu de boa-fé, acreditando que estava seguindo os procedimentos legais, e ii) não houve óbice à defesa para contestar a fiabilidade e o conteúdo dos documentos, o que preservou suas garantias procedimentais (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016d, pars. 36-38). Por conta disso, a Corte concluiu que as violações não eram severas ao ponto de macular a justiça do processo (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016d, par. 39).

A terceira e última decisão se deu em apelação do julgamento dos acusados, na qual a Câmara de Apelações concluiu que não houve violação à privacidade. Interessa neste ponto a opinião separada do Juiz Geoffrey Henderson, que apesar de concluir pela admissão das provas, o fez com base na alínea “b”. O primeiro ponto relevante é a remissão ao entendimento, na segunda decisão do caso Lubanga, de que o artigo 69(7)(b) pode ter efeitos de dissuasão para a Procuradoria, por isso é necessário avaliar o grau de controle dela sobre os procedimentos de coleta no caso específico (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2018b, par. 33). Em seguida, o juiz incorporou quase que integralmente os argumentos da referida decisão no caso Lubanga, considerando relevantes para o balanceamento do artigo 69(7)(b): i) a gravidade da violação; ii) o grau de controle da Procuradoria; iii) se o direito violado foi de terceiros, e iv) o cuidado tomado para evitar ou minimizar a violação

34 A Corte cita precedentes dos casos *The Prosecutor v. Radoslav Brdjanin*, *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez* e *The Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*

35 O precedente citado é *Gafgen v. Germany*.

(*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2018b, par. 34) —boa-fé—. Na análise do caso concreto, admitiu as provas por conta da gravidade mitigada da violação e da boa-fé da Procuradoria (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2018b, pars. 35-37).

3.1.2. Paralelos entre o balanceamento de princípios nas decisões

Nos paralelos entre as decisões, a do caso Katanga é de pouco acréscimo pois não houve análise específica das alíneas. Basta que se considere o mencionado entendimento de que o conteúdo da alínea “b” visa proteger a “integridade moral” e a “legitimidade dos procedimentos” ao garantir que o processo de coleta de provas seja justo e respeite os direitos de todos os envolvidos no processo. Nos demais casos, é uníssono que a alínea “b” exige um balanceamento dos valores fundamentais do Estatuto, apesar de nenhum desses valores ser explicitamente utilizados nas fundamentações dos juízes. Não são feitas construções como “de acordo com os fatos, os valores x e y foram preservados/violados”. Na verdade, eles são colocados como pano de fundo da análise, e outros elementos assumem maior relevância nos exames das Câmaras.

O primeiro elemento comum entre as decisões é a seriedade da violação. Nas decisões interlocutórias do caso Bemba et al., ele também assumiu a forma de “importância do direito à privacidade” (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016c, par. 65; 2016d, par. 34), mas no geral é explícita a referência que; “apenas violações sérias podem ensejar a exclusão de provas” (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2007, par. 86); “deve ser considerada a natureza da violação” (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016d, par. 33; 2018b, par. 31),³⁶ ou “a gravidade da violação pode ser considerada para acessar o dano à integridade dos procedimentos” (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2009, par. 33; *The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2018b, par. 33). Nesse ponto, ambas as decisões do caso Lubanga mencionaram precedentes de que meras violações procedimentais não poderiam ensejar, por si, a exclusão de provas confiáveis (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2007, pars. 72-78; 2009, par. 28).

O segundo ponto ressaltado pelas Câmaras trata da atuação da Procuradoria. No caso Lubanga, um dos fatores favoráveis à admissão das provas foi que a Procuradoria não tinha controle sobre a busca (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2009, par. 46). Na mesma linha, nas decisões do caso Bemba et al. o fato de ser a Procuradoria diretamente responsável pela coleta de provas apontava para a exclusão dos itens (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016c, par. 65; 2016d, par. 33). A participação ativa da Procuradoria, portanto, atua como agravante do impacto da violação na

36 No caso Katanga, a Corte também atrela a avaliação de eventual prejuízo à natureza desse prejuízo (*The Prosecutor v. Katanga*, 2010, par. 40).

integridade dos procedimentos. Nesse mesmo sentido, a identidade de quem teve seu direito violado também pode agravar/atenuar o impacto da violação, como no caso Lubanga em que o dano à integridade diminuiu por ser violação de direito de terceiro (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2009, par. 47).

Não só a mera presença, mas igualmente o comportamento das autoridades na coleta das provas também é destacado nas decisões. Esse elemento foi apresentado no caso Lubanga, quando a presença física da Procuradoria durante a diligência influenciou na apreensão dos documentos da busca, mas as provas foram admitidas por ela estar apenas acompanhando (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2007, par. 80). Na segunda decisão, a Corte elencou como “jurisprudência relevante”³⁷ um relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que pautou a violação do direito à privacidade na natureza violenta e indiscriminada da prisão do indivíduo e da coleta de materiais incriminatórios em sua casa (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2009, par. 27).³⁸ A atenuação pela “boa-fé” também foi mencionada nas três decisões do caso Bemba et al. (2016b, par. 68; 2016d, pars. 36-38; 2018b, pars. 35-37).

O último elemento destacado nas análises da alínea “b” trata da garantia dos direitos da defesa no procedimento. Esse ponto não foi explicitamente mencionado nos precedentes, mas parece permear todos eles. Nas decisões do caso Lubanga, frisou-se o entendimento da Corte Europeia de garantir o “julgamento justo como um todo” (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2007, pars. 86 e 89; 2009, pars. 20 e 26), que indubitavelmente envolve os direitos da defesa no processo. No caso Katanga, a Corte excluiu uma prova porque o acusado poderia ter feito declarações auto-incriminadoras quando seus direitos à presença do advogado e de permanecer em silêncio foram violados. Por fim, a segunda decisão do caso Bemba et al. apresenta mais claramente o elemento, indicando que a possibilidade de a defesa contestar normalmente as provas no processo milita a favor da admissão das provas (*The Prosecutor v. Bemba et al.*, 2016d, par. 38).

Cabe um breve comentário acerca da possível equiparação do último elemento ao da gravidade da violação, considerando que a simples existência de uma violação dos direitos do acusado no processo pode ser considerada grave. Entende-se

37 No trecho “jurisprudência relevante” da decisão, o TPI elencou diversos precedentes de cortes de direitos humanos e dos tribunais *ad hoc* para formar o contexto da violação ao direito à privacidade, mas nenhuma das decisões é utilizada como *ratio decidendi* pela Corte. Ver *The Prosecutor v. Lubanga* (2009, pars. 21-31).

38 O relatório citado é do caso *García v. Peru*, elaborado em 1995. O TPI entendeu que a violação no referido caso foi de natureza grave porque soldados não autorizados conduziram a busca sem mandado e realizaram a prisão, tendo colhido materiais indiscriminadamente e disparando tiros dentro da casa da vítima para garantir sua prisão. Relatório citado disponível em <http://hrlibrary.umn.edu/cases/1-95-peru.htm>

que são elementos separados, pois nem sempre convergem. No caso Katanga, a violação em si não era grave, mas a Corte optou pela exclusão da prova pelo alegado desprezo pelos direitos básicos do acusado. Haveria, nesse sentido, alguns tipos de violação que justificariam a exclusão automática —as muito graves e as que de alguma forma põem em risco a garantia plena do julgamento justo—.

Com base nesses paralelos, passa-se a delimitar a lógica do artigo 69(7) e analisar a adequação dos precedentes a ela.

3.2. Lógica do Artigo 69(7) e adequação dos precedentes à fundamentação identificada

As considerações doutrinárias e os precedentes da Corte indicam que lógica da integridade é a que mais se aproxima da aplicação do artigo 69(7). Além de o conceito constar expressamente no texto do artigo, todos os precedentes da Corte que o analisaram remetem ao balanceamento de princípios na tensão entre a seriedade da violação e o julgamento justo. Igualmente, o único comentário ao Estatuto que mencionou a “lógica” do artigo a associou à preservação da integridade da Corte (Piragoff & Clarke, 2016), mesma conclusão atingida em uma detalhada análise doutrinária e prática da exclusão de provas ilícitas no TPI (Viebig, 2016).

Dadas as múltiplas perspectivas adotadas pela lógica da integridade, a prática do Tribunal se assemelha à da integridade sistêmica ou “court-centered”. Assim, a integridade de uma Corte não está atrelada à imagem pública que ela apresenta (“public-centered”),³⁹ mas sim à congruência entre sua operação e os valores centrais que a definem,⁴⁰ o que inclui a coerência da conduta de todos os atores que compõem esse sistema (Roberts et al., 2016). Com base nisso, se não houver alterações nas regras que guiam determinada Corte, espera-se que ela tome a mesma decisão sobre questões semelhantes hoje e daqui a anos (Roberts et al., 2016). Trata-se de uma expectativa de *dissociação* da Corte de determinada violação para garantir que sua integridade se mantenha intacta.

Para que a Corte atinja os objetivos propostos, no entanto, são utilizados elementos cujas justificativas de aplicação extravasam a lógica de preservação da integridade, operando assim um sistema complexo de exclusão de provas, fundado em elementos sujeitos a múltiplos ângulos de análise. Isso não implica afirmar que o sistema de exclusão do TPI deve ser interpretado segundo a lógica do sistema que mais o beneficia. Pelo contrário, argumenta-se que ao mesmo tempo em que o

39 No caso *Lubanga* (2009), a Corte rejeitou expressamente que a exclusão de provas deva ser afetada pela opinião pública (par. 44).

40 Tratando do conceito como integridade sistêmica (Turner & Weigend, 2019, pp. 258-259). Tratando como integridade “court-centered” (Viebig, 2016, pp. 126-127).

artigo 69(7) está fundado na lógica da integridade sistêmica, ele se debruça sobre elementos atrelados a outras fundamentações de exclusão justamente para preservar essa integridade. Dada a natureza *sui generis* dos procedimentos do TPI (Viebig, 2016),⁴¹ estruturada com influência de inúmeros sistemas jurídicos (Krzan, 2021), além do já apontado reconhecimento expresso da existência de múltiplas lógicas de exclusão de provas pelo Tribunal, é plausível que o artigo 69(7) seja influenciado por várias delas.

Como mencionado no Capítulo 1, a lógica da remediação foi considerada para embasar o artigo 69(7), é defendida por parte da doutrina e, apesar de rejeitar a exclusão automática de provas, o TPI já seguiu nesse sentido no caso Katanga. Igualmente, a Corte já sugeriu ser aplicável a dissuasão para a Procuradoria, e confere alto grau de relevância ao seu comportamento na coleta de provas para decidir (não) excluí-las. Por fim, o TPI se vale de construção semelhante da Corte Europeia ao contrapor a seriedade da violação ao “julgamento justo como um todo”, além de consistentemente se valer de precedentes deste Tribunal para fundamentar suas decisões, indicando que a lógica do julgamento justo também integra o artigo 69(7). Nesse cenário, o TPI preserva a coerência de suas decisões e entre elas e seus valores centrais — e por consequência, sua integridade — se a exclusão das provas for o meio adequado para preservar os objetivos de dissuasão, de remediação ou de preservação do julgamento justo (Madden, 2014). Resta avaliar se os elementos destacados nos precedentes se adequam a tal sistema de exclusão.

Como já apontado, nos precedentes analisados são delimitados cinco elementos relevantes para o balanceamento, quais sejam, a gravidade da violação, a presença da Procuradoria na colheita da prova (identidade de quem violou o direito), a identidade de quem teve o direito violado (o próprio acusado ou um terceiro), o comportamento (“boa-fé” ou “má-fé”) das autoridades, e a interferência nas garantias processuais do acusado.⁴²

Na interpretação deste artigo, os precedentes da Corte conferem menos peso individual às questões da identidade dos indivíduos envolvidos que realizaram ou sofreram a violação. Os outros três elementos assumem posições mais determinantes para admitir ou excluir uma prova, ainda que no caso da “boa-fé”, segundo se propõe, seja necessária a combinação com a identidade de quem coletou as provas.

41 A autora cita uma ampla gama de doutrina que também aponta nesse sentido (Viebig, 2016, p. 6). Sobre a natureza *sui generis* do procedimento como um todo (Beltran Montoliu, 2018, p. 5).

42 Reforçando a ideia de que a integridade é a base da regra do artigo 69(7), trata-se de parâmetros praticamente idênticos aos propostos por Viebig (2016) e Madden (2014). Vide rodapé 17.

Quanto à gravidade da violação, a Corte se dissocia da interferência aos direitos do indivíduo e preserva sua integridade pela exclusão de provas justamente porque ela tem o dever de assegurar e propagar seus valores de aplicação dos direitos humanos (artigo 21(3) do Estatuto de Roma). Nesse sentido, uma violação grave já seria suficiente para excluir as provas independente das demais circunstâncias do caso, ou seja, ainda que as provas tenham sido coligidas de “boa-fé” e sem violar direitos procedimentais do acusado. Ainda assim, trata-se de um elemento autônomo, mas não independente, na medida em que os demais elementos podem agravar a violação. A título de exemplo, se um policial deliberadamente excede o escopo de um mandado de busca e apreensão e colhe itens indiscriminadamente, a violação da privacidade foi viabilizada e agravada por conta da “má-fé” das autoridades.

Além da lógica da integridade, a seriedade da violação tem bases na remediação, pois a partir do momento em que a violação cometida contra o indivíduo é de natureza grave, uma das únicas saídas para o TPI sanar seus efeitos é excluindo as provas. A Corte não pode tolerar violações graves aos direitos que está vinculada a proteger e aplicar, então seria plausível remediar a violação pela exclusão.

A “boa-fé” das autoridades também assume diferentes papéis na exclusão de provas ilícitas. Para que sua interpretação fique mais clara, esse elemento deve ser combinado com a identidade de quem colheu as provas. Assim, há casos de “boa-fé” e de “má-fé” das autoridades nacionais e da Procuradoria. Havendo “má-fé” da Procuradoria, esse elemento poderia ensejar a exclusão de provas por si, pois a Corte não conseguiria se dissociar do comportamento do órgão investigatório atrelado ao próprio sistema.

Por outro lado, a “má-fé” das autoridades nacionais não tem os mesmos problemas de dissociação. Por conta disso, há possibilidade de a “má-fé” das autoridades nacionais configurar elemento principal da exclusão de uma prova, mas dificilmente isso ocorreria se a violação fosse de menor gravidade e não interferisse nos direitos procedimentais do indivíduo. A “boa-fé”, por sua vez, opera como mitigador do impacto da violação em qualquer circunstância, sendo decisiva para a admissão de provas quando não há violações graves ou violações das garantias procedimentais do acusado, como ocorreu na segunda decisão do caso Bemba et al.

Além dos efeitos de dissociação, a “boa-fé” também tem raízes dissuasórias sobre o comportamento da Procuradoria, como sugerem os entendimentos nos casos Lubanga e Bemba et al. Igualmente, tem efeitos de preservação do julgamento justo, principalmente se a Procuradoria estiver envolvida. Isso porque a violação deliberada por parte da acusação coloca a defesa em posição de desvantagem, tendo que se defender de uma prova colhida indevida e propositalmente por quem a acusa.

Assim, quando combinado com a identidade de quem colheu as provas, o elemento da “boa-fé” pode operar tanto como questão determinante para a exclusão/admissão, quanto simples agravante ou atenuante do impacto da admissibilidade na integridade dos procedimentos.

Por fim, a exclusão por violação às garantias do acusado para fins de dissociação da Corte parece evidente. Tratando-se de violações que inviabilizam a condução de um julgamento justo no Tribunal, os juízes não teriam escolha senão excluir as provas, haja vista que a garantia do julgamento justo é um dos princípios proeminentes do Estatuto. O fator destacado também tem influência das fundamentações de julgamento justo e de remediação. A primeira pois o elemento aborda especificamente uma das garantias do julgamento justo. A remediação, por sua vez, justificaria a exclusão porque se a interferência no direito do indivíduo foi desproporcional ao ponto de prejudicar sua capacidade de exercer plenamente sua defesa, a única forma viável de sanar os efeitos da interferência é pela exclusão das provas. O elemento das garantias processuais foi o único que deu base a exclusão independentemente da aferição dos demais elementos, como se deu no caso Katanga, e como sugerido no caso Bemba et al., quando a Corte mitigou o impacto da violação porque ela não interferiu no direito do acusado de contestar as provas.

Resta apenas endereçar a adequação dos elementos considerados não determinantes frente aos objetivos da integridade. Tanto a identidade de quem violou o direito, quanto a do que teve o direito violado, relacionam-se essencialmente com a ideia de dissociação. Isso porque a Corte se distancia da violação quando não é um agente do seu sistema que a comete, e quando não é o acusado que teve o direito violado, como decidido no caso Lubanga. Esses elementos também são fundados na dissuasão das autoridades. Quando o responsável pela violação é um membro da Procuradoria, o elemento da identidade fundamenta a exclusão na prevenção de novas violações por um membro do próprio sistema do TPI. Os mesmos efeitos dissuasórios ocorrem em relação à identidade de terceiros, já que o Tribunal considera a possibilidade de exclusão nesses casos.

Com base nessas considerações, propõe-se uma interpretação de que o sistema de exclusão de provas do artigo 69(7)(b) pode se resumir a três perguntas: a violação foi grave? Ela foi deliberada? Afetou as garantias processuais do acusado? A resposta positiva da última pergunta certamente levará à exclusão das provas, como aconteceu no caso Katanga e foi sugerido no caso Bemba et al.

Nas decisões do TPI, ainda não houve situações de afirmativa para alguma das duas primeiras questões, mas considerando que foram elementos decisivos para fundamentar a admissão das provas nos casos Lubanga e Bemba et al., além das

fortes conexões com a dissociação e preservação dos valores da Corte, entende-se que eles podem ser suficientes para impactar seriamente a integridade dos procedimentos. No caso da gravidade, se for uma violação de “super direitos” ou que a Corte considere “muito grave”. Quanto a ser deliberada, se a violação for cometida por membros da Procuradoria. Ademais, os elementos referentes à identidade dos indivíduos envolvidos na violação também podem interferir no impacto da violação, ainda que isoladamente não sejam capazes de levar à admissão ou exclusão das provas.

Tendo em vista o panorama das interpretações dos precedentes do TPI, conclui-se que todos os elementos destacados se adequam à fundamentação lógica de preservação da integridade. Tanto a articulação dos elementos, quanto as suas respectivas fundamentações, refletem um sistema multifacetado na exclusão de provas, que apesar de poder ser ancorado em uma lógica de exclusão, torna-se completo quando consideradas as demais fundamentações. Considerando o atual cenário da jurisprudência do TPI, esse sistema apresenta considerável congruência, pois as decisões apresentam parâmetros similares de análise e de interpretação, inclusive referenciando decisões anteriores para fundamentar as conclusões. Mesmo a decisão peculiar do caso Katanga se adequa ao cenário, na medida em que protege os valores intrínsecos da Corte e abre espaço para a exclusão de provas com efeito substancial nos direitos do acusado.

De fato, não se pode ignorar críticas a respeito da ampla discricionariedade conferida aos juízes nas determinações sobre a admissibilidade ou não de provas colhidas ilícitamente. Isso engloba a possibilidade de questionar por que a Corte não faz análises específicas dos elementos mais abertos, como “violação séria”, ou até mesmo da “integridade”. Assim, seria coerente esperar que o Tribunal avance no desenvolvimento de um padrão de aplicação de parâmetros que mitigue mais significativamente os efeitos desse amplo poder discricionário. Por ora, no entanto, o sistema de exclusão de provas do TPI na análise da alínea “b” se adequa à complexa lógica que sustenta o artigo 69(7).

Conclusão

Conforme mencionado na Introdução, o presente trabalho se propôs a responder três perguntas sobre a aplicação do artigo 69(7)(b) pelo TPI. Eram elas: “Quais são os elementos considerados pelos juízes do TPI para avaliar o ‘dano à integridade dos procedimentos’? Esses elementos se fundamentam em qual lógica de exclusão de provas? As interpretações das diferentes Câmaras, consideradas em sua totalidade, se adequam a essa lógica?”.

Os Capítulos foram organizados de forma que, em conjunto, oferecessem as respostas pretendidas. A delimitação das diferentes fundamentações lógicas forneceu importante arcabouço para interpretar as decisões do TPI e esboçar um possível sistema de exclusão de provas mediante o artigo 69(7), complexo e multifacetado. O panorama das regras de admissibilidade de provas, por sua vez, indicou que o artigo 69(7), sobretudo em sua alínea “b”, garante alto grau de discricionariedade aos juízes, podendo gerar a insegurança para os acusados quanto a uma decisão de exclusão de provas ilícitas. A análise dos elementos destacados nos precedentes, por fim, concluiu que há similaridades entre as decisões e delas com o sistema de exclusão identificado.

Os temores quanto ao alto grau de discricionariedade e as críticas pela ausência de parâmetros mais delimitados para interpretar os conceitos mais abertos do artigo 69(7) prevalecem. De fato, a análise dos precedentes do TPI indicou que eles geram maior controvérsia no exame do caput, principalmente pois uma negativa da violação impede qualquer análise das alíneas. Trata-se de discussão relevante e necessária no tocante à admissibilidade de provas ilícitas, digna de novos trabalhos no tema. Nesse cenário, espera-se ter dado um pequeno passo nos estudos do tema das provas ilícitas, mas que estimule novas análises em um assunto de tamanha relevância prática e teórica.

Referências

- Alamuddin, A. (2010). Collection of Evidence. Em K. A. A. Khan, C. Buisman, & C. Gosnell (Eds.), *Principles of Evidence in International Criminal Justice* (pp. 231-305). Oxford University Press.
- Bailey, S. (2014). Article 21(3) of the Rome Statute: Plea for clarity. *International Criminal Law Review*, 14(3), 513-550.
- Beltran Montoliu, A. (2018). Judicial impartiality and evidence at the international criminal court. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 4(2), 605-644. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.159>
- Chau, P. (2016). Excluding integrity? Revisiting non-consequentialist justifications for excluding improperly obtained evidence in criminal trials. Em J. Hunter, P. Roberts, & S. N. Young & D. Dixon (Eds.), *The Integrity of Criminal Process: From Theory into Practice* (pp. 267-280). Hart Publishing.
- Gless, S., & Macula, L. (2019). Exclusionary rules—Is it time for change? Em S. Gless, & T. Richter (Eds.), *Do exclusionary rules ensure a fair trial? Ius gentium: Comparative perspectives on law and justice*, vol. 74 (pp. 349-389). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-030-12520-2_12

- Heinze, A. (2020). Private international criminal investigations and integrity. Em M. Bergsmo, & V. E. Dittrich (Eds.), *Integrity in international justice* (pp. 615-738). Torkel Opsahl Academic EPublisher.
- Heinze, A. (2021). Evidence illegally obtained by private investigators and its use before international criminal tribunals. *New Criminal Law Review*, 24(2), 212-253. <https://doi.org/10.1525/nclr.2021.24.2.212>
- Ho, H. L. (2019). The fair trial rationale for excluding wrongfully obtained evidence. In S. Gless & T. Richter (Eds.), *Do exclusionary rules ensure a fair trial? Ius gentium: Comparative perspectives on law and justice*, vol. 74 (pp. 283-305). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-030-12520-2_9
- Kremens, K., & Jasinski, W. (2021). Editorial of dossier “admissibility of evidence in criminal process: Between the establishment of the truth, human rights and the efficiency of proceedings”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 7(1), 15-42. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.537>
- Krzan, B. (2021). Admissibility of evidence and international criminal justice. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 7(1), 161-188. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.492>
- Kuczynska, H. (2021). Mechanisms of elimination of undesired evidence from criminal trial: Comparative approach. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 7(1), 43-92. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.473>
- Lin, Y.H., Wang, S.F., Chen, C.Y., Tsai, T.C., & Tsai, C.M. (2019). The potential to secure a fair trial through evidence exclusion: A Taiwanese perspective. Em S. Gless & T. Richter (Eds.), *Do exclusionary rules ensure a fair trial? Ius gentium: Comparative perspectives on law and justice*, vol. 74 (pp. 131-161). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-030-12520-2_5
- Madden, M. (2014). The exclusion of improperly obtained evidence at the International Criminal Court: A principled approach to interpreting Article 69(7) of the Rome Statute. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2441403>
- Panzavolta, M., Mosna, A., & Maes, E. (2022). Streamlining the exclusion of illegally obtained evidence in criminal justice. https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/02/Streamlining_exclusion_KUL.pdf

- Penney, S. (2003). Taking deterrence seriously: Excluding unconstitutionally obtained evidence under section 24(2) of the Charter. *McGill Law Journal*, 49(1), 105-144. <https://lawjournal.mcgill.ca/wp-content/uploads/pdf/6890799-Penney.pdf>
- Piragoff, D. K., & Clarke, P. (2016). Article 69: Evidence. Em O. Triffterer & K. Ambos (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary* (pp. 1712-1750). C.H. Beck Hart Publishing Nomos.
- Roberts, P., Hunter, J., Young, S. N. M., & Dixon, D. (2016). Introduction: Re-examining criminal process through the lens of integrity. Em P. Roberts, J. Hunter, S. N. M. Young, & D. Dixon (Eds.), *The integrity of criminal process: From theory into practice* (pp. 1-34). Hart Publishing.
- Safferling, C. J. M. (2001). *Towards an international criminal procedure*. Oxford University Press.
- Sheppard, D. (2010). International criminal court and internationally recognized human rights: Understanding article 21(3) of the Rome statute. *International Criminal Law Review*, 10(1), 43-72. <https://doi.org/10.1163/157181209X12584562670811>
- Slobogin, C. (2013). A comparative perspective on the exclusionary rule in search and seizure cases. Vanderbilt public law research paper No. 13-21. SSRN *Electronic Journal*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2247746>
- Thake, A. M. (2005). The (in)admissibility of unlawfully obtained evidence at the International Criminal Court. Em *Hague yearbook of international law* (pp. 161-190). Brill | Nijhoff. https://doi.org/10.1163/9789004354098_007
- Turner, J. I., & Weigend, T. (2019). The purposes and functions of exclusionary rules: A comparative overview. Em S. Gless & T. Ritcher (Eds.), *Do exclusionary rules ensure a fair trial? Ius gentium: Comparative perspectives on law and justice*, vol. 74 (pp. 255-282). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-030-12520-2_8
- Viebig, P. (2016). *Illicitly obtained evidence at international criminal court*. Asser Press. https://doi.org/10.1007/978-94-6265-093-0_9
- Weigend, T. (2021). Exclusion without trial? Exclusion of evidence and abbreviated procedures. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 7(1), 247-272. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.502>

Zappalà, S. (2003). *Human rights in international criminal proceedings*. Oxford University Press.

Zili, M. A. C. (2006). *A prova ilícita e o Tribunal Penal Internacional: regras de Admissibilidade* (Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo). <https://repositorio.usp.br/item/001584688>

Jurisprudência

Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). *Gafgen v. Germany*, Julgamento, Grand Chamber, ECHR Application 22978/05 (1 de junho de 2010). <https://www.legal-tools.org/doc/cfe8d9/pdf/>

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud (Al Hassan)*, Public redacted version of ‘Decision on requests related to the submission into evidence of Mr. Al Hassan’s statements’, Câmara de Julgamento X, ICC-01/12-01/18 (20 de maio de 2021). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_04698.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana (Mbarushimana)*, Decision on the confirmation of charges, Câmara de Julgamento Preliminar I, ICC-01/04-01/10-465-Red (16 de dezembro de 2011). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2011_22538.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Dominic Ongwen (Ongwen)*, Decision on request to admit evidence preserved under article 56 of the Statute, Câmara de Julgamento IX, ICC-02/04-01/15-520 (10 de agosto de 2016). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_05578.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Germain Katanga*, Decision on the joinder of the cases against Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Câmara de Julgamento Preliminar I, ICC-01/04-01/07-257 (10 de março de 2008a). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_01129.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Germain Katanga*, Decision on the confirmation of charges, Câmara de Julgamento Preliminar I, ICC-01/04-01/07-717 (30 de setembro de 2008b). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_05172.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Germain Katanga*, Decision on the “Prosecution’s urgent application to be permitted to present as incriminating evidence transcripts and translations of videos and video DRCOTP-1042-0006 pursuant to regulation 35 and request for redactions (ICC-01/04-01/07-1260)”, Câmara de Julgamento II, ICC-01/04-01/07-1336 (29 de julho de 2009). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_05367.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Germain Katanga*, Decision on the Prosecutor’s bar table motions, Câmara de Julgamento II, ICC-01/04-01/07-2635 (17 de dezembro de 2010). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2010_11294.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (Bemba)*, Decision on the admission into evidence of materials contained in the prosecution’s list of evidence, Câmara de Julgamento III, ICC-01/05-01/08-1022 (19 de novembro de 2010). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2010_10652.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido (Bemba et al.)*, Decision on Kilolo Defence Motion for inadmissibility of material, Câmara de Julgamento VII, ICC-01/05-01/13-1257 (16 de setembro de 2015a). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2015_17216.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido (Bemba et al.)*, Decision on request to declare telephone intercepts inadmissible, Câmara de Julgamento VII, ICC-01/05-01/13-1284 (24 de setembro de 2015b). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2015_18081.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido (Bemba et al.)*, Decision on Bemba and Arido Defence requests to declare certain materials inadmissible, Câmara de Julgamento VII, ICC-01/05-01/13-1432 (30 de outubro de 2015c). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2015_20763.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido (Bemba et al.)*, Corrigendum of public redacted version of Decision on Prosecution Rule 68(2) and (3) Requests, Câmara de Julgamento VII, ICC-01/05-01/13-1478-Red-Corr (15 de novembro de 2015d). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2015_21063.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido (Bemba et al.)*, Decision on Narcisse Arido's request to preclude the prosecution from using private communications, Câmara de Julgamento VII, ICC-01/05-01/13-1711 (10 de março de 2016a). <https://www.legal-tools.org/doc/7f119c/pdf/>

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido (Bemba et al.)*, Decision on requests to exclude Dutch intercepts and call data records. Câmara de Julgamento VII, ICC-01/05-01/13-1855 (26 de abril de 2016b). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_03126.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido (Bemba et al.)*, Decision on requests to exclude Western Union documents and other evidence pursuant to article 69(7), Câmara de Julgamento VII, ICC-01/05-01/13-1854 (29 de abril de 2016c). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_03125.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido (Bemba et al.)*, Decision on request in response to two Austrian decisions, Câmara de Julgamento VII, ICC-01/05-01/13-1948 (14 de julho de 2016d). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_05014.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido (Bemba et al.)*, Public redacted version of judgment pursuant to article 74 of the Statute, Câmara de Julgamento VII, ICC-01/05-01/13-1989-Red (19 de outubro de 2016e). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_18527.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido (Bemba et al.)*, Public redacted judgment on the appeals of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr. Aimé Kilolo Musamba, Mr. Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr. Fidèle Babala Wandu and Mr. Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, Câmara de Apelações, ICC-01/05-01/13-2275-Red (8 de março de 2018a). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2018_01638.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido (Bemba et al.)*, Separate opinion of Judge Geoffrey Henderson” in the “Public redacted judgment on the appeals of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr. Aimé Kilolo Musamba, Mr. Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr. Fidèle Babala Wandu and Mr. Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, ICC-01/05-01/13-2275-Anx (8 de março de 2018b). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2018_01633.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylio*, Decision on the final system of disclosure and the establishment of a timetable, Câmara de Julgamento Preliminar I, ICC-01/04-01/06-102 (15 de maio de 2006a). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2006_02355.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylio*, Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision on the defence challenge to the jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006, Câmara de Apelações, ICC-01/04-01/06-772 (14 de dezembro de 2006b). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2007_01307.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylio*, Decision on the confirmation of charges, Câmara de Julgamento Preliminar I, ICC-01/04-01/06-803-tem (7 de fevereiro de 2007). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2007_02360.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylio*, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled “Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status, Câmara de Apelações, ICC-01/04-01/06-1486 (21 de outubro de 2008). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_05884.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylio*, Decision on the admission of material from the ‘bar table’, Câmara de Julgamento I, ICC-01/04-01/06-1981 (24 de junho de 2009). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_04726.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylio*, Corrigendum of decision on the “prosecution’s second application for admission of documents from the bar table pursuant to article 64(9)”, Câmara de Julgamento I, ICC-01/04-01/06-2589-Corr (25 de outubro de 2010). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2010_09142.PDF

Tribunal Penal Internacional – (TPI). *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylio*, Corrigendum to decision on the admissibility of four documents, Câmara de Julgamento I, ICC-01/04-01/06-1399-Corr (21 de janeiro de 2011). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_03425.PDF

Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia – (TPII). *The Prosecutor v. Radoslav Brđjanin*, Decision on the defence objection to intercept evidence, Câmara de Julgamento II, ICTY IT-99-36-T (3 de outubro de 2003). <https://www.icty.org/x/cases/brdanin/tdec/en/031003.htm>

Los derechos humanos internacionalmente reconocidos ante la Corte Penal Internacional

Internationally Recognized Human Rights Before the International Criminal Court

Direitos Humanos reconhecidos internacionalmente perante o Tribunal Penal Internacional

David Estévez Lledó*

Fecha de recepción: 18 de mayo de 2022

Fecha de aprobación: 19 de julio de 2022

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11937>

Para citar este artículo: Estévez Lledó, D. (2022). Los derechos humanos internacionalmente reconocidos ante la Corte Penal Internacional. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal ANIDIP*, 10, 1-26. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11937>

Resumen

Las fuentes de derecho aplicable constituyen un aspecto nuclear del sistema judicial de la Corte Penal Internacional (CPI), pues delimitan tanto sus herramientas de trabajo como el método para emplearlas. Dichas fuentes, consagradas en el artículo 21 del Estatuto de Roma (ER), comprenden una jerarquía de fuentes internas y externas, la jurisprudencia de la CPI y los derechos humanos internacionalmente reconocidos. El presente ensayo tiene por objeto abordar algunos de los interrogantes que plantean los derechos humanos internacionalmente reconocidos como fuente del derecho aplicable por la CPI desde conceptos tan básicos como “¿qué debe entenderse por derechos humanos ‘internacionalmente reconocidos?’” y “¿cuáles son esos derechos?” hasta las más complejas problemáticas, derivadas de la naturaleza de estos derechos como cúspide de la jerarquía normativa de la CPI y su legitimación para protegerlos en caso de conflicto con el ER. Para ello, se tomaron como referencia los principales aportes doctrinales y jurisprudenciales que han intentado dar respuesta acerca del contenido, alcances e implicaciones de la función que los derechos humanos internacionalmente reconocidos desempeñan ante la CPI.

Palabras clave: derechos humanos; Corte Penal Internacional; Estatuto de Roma; derecho aplicable; fuentes del derecho.

* Graduado en derecho, graduado en administración y dirección de empresas de la Universidad de Cádiz, España. Correo electrónico: davidestll2@gmail.com

Abstract

The sources of applicable law constitute a nuclear aspect of the International Criminal Court's (ICC) judicial system since they define its working tools and their usage method. Such sources, enshrined in article 21 of the Rome Statute (RS), comprise a hierarchy of internal and external sources, the jurisprudence of the ICC, and internationally recognized human rights. The purpose of this essay is to study several of the questions raised by internationally recognized human rights as a source of law applicable by the ICC from basic concepts such as "what should be understood by 'internationally recognized' human rights?" and "which are those rights?" to the most complex problems, derived from the nature of these rights as the apex of the normative hierarchy of the ICC, and the legitimacy of the latter to protect them in case of conflict with the RS. To do this, the reference considered were the principal doctrinal and jurisprudential contributions that have tried to answer the content, scope, and implications of the role that internationally recognized human rights play before the ICC.

Keywords: Human rights; International Criminal Court; Rome Statute; applicable law; sources of law.

Resumo

As fontes do direito aplicável constituem um aspecto nuclear do sistema judiciário do Tribunal Penal Internacional, pois delimitam tanto seus instrumentos de trabalho quanto o modo de utilizá-los. Essas fontes, consagradas no artigo 21 de seu Estatuto, compreendem uma hierarquia de fontes internas e externas, a jurisprudência da Corte e, por fim, os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

O objetivo deste ensaio é estudar várias questões levantadas pelos direitos humanos internacionalmente reconhecidos como fonte de direito aplicável pela Corte: desde conceitos básicos como "o que deve ser entendido por direitos humanos *internacionalmente reconhecidos*?", e "quais são esses direitos?"; até mesmo os problemas mais complexos, decorrentes da natureza desses direitos como ápice da hierarquia normativa da Corte, e sua legitimidade para proteger tais direitos em caso de conflito com seu Estatuto.

Para isso, serão tomadas como referência as principais contribuições doutrinárias e jurisprudenciais que tentaram responder ao conteúdo, alcance e implicações do papel que os direitos humanos internacionalmente reconhecidos desempenham perante o Tribunal Penal Internacional.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Tribunal Penal Internacional, Estatuto de Roma, direito aplicável, fontes do direito.

Introducción

La Corte Penal Internacional (CPI) es el resultado del mayor esfuerzo de los Estados por poner fin a la impunidad de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional. El texto del Estatuto de Roma (ER) refleja con claridad el delicado equilibrio entre dos tensiones constantes durante los trabajos preparatorios. De un lado, la difícil conciliación entre los intereses de Estados pertenecientes a tradiciones jurídicas históricamente opuestas: la continental y la anglosajona. De otro, el firme compromiso de esos Estados por alcanzar un consenso común, aun a costa de ceder parcialmente en sus pretensiones.

Tras años de intensas negociaciones, la CPI se erigió como el primer tribunal penal internacional en romper la tendencia mantenida por sus antecesores. Fue pionera, además de por su carácter permanente¹ y su mayor sometimiento a las exigencias del principio de legalidad² —resulta especialmente llamativa la previsión expresa en el artículo 21 del ER de un sistema de fuentes jurídicas aplicables—, por la originalidad e innovación que supone, así como por las trascendentales implicaciones que conlleva en la práctica jurisdiccional de la CPI a la hora de interpretar y aplicar el derecho penal internacional a casos concretos. Dicho artículo establece, junto a una jerarquía de fuentes materiales y formales y al papel de la jurisprudencia de la CPI, una peculiar cláusula en alusión a los derechos humanos internacionalmente reconocidos y al principio de no discriminación.

Con todo, pese a los indudables progresos con la adopción del ER, este presenta imperfecciones. Las negociaciones entre los Estados Miembros, especialmente complicadas en las cuestiones más controvertidas del ER, resultaron en una redacción imprecisa y ambigua. Una de esas cuestiones fue el sistema de fuentes aplicables y, en particular, el rol que los derechos humanos jugarían en su configuración. Aunque la doctrina y la jurisprudencia han perfilado sus contornos, todavía en el siglo XXI hay numerosas aclaraciones pendientes, que exigen un análisis integral de la estructura del ER, la jurisprudencia la CPI y las intenciones de los Estados Miembros plasmadas en las actas de la Conferencia de Roma.

1 En contraposición a la naturaleza *ad hoc* característica de este tipo de tribunales.

2 Al limitar su competencia *ratione temporis* a los crímenes cometidos tras la entrada en vigor del ER, a diferencia de los demás tribunales penales internacionales.

1. La función de los derechos humanos internacionales reconocidos

1.1. Ubicación dentro del sistema de fuentes

El apartado 3 del artículo 21 del ER es posiblemente el precepto más trascendental del conjunto normativo de la CPI. Varios autores resaltan su vocación cuasi constitucional (Sheppard, 2010, p. 46; Fronza, 2010), comparable a aquellas disposiciones que, en los ordenamientos nacionales, autorizan a los órganos judiciales a inaplicar todo derecho que consideren discriminatorio o contrario a los estándares de derechos humanos (Hafner & Binder, 2004; Schabas, 2016). Esta posición preeminente se desprende de la sola lectura del primer inciso del apartado objeto de análisis: “La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

De esta cita cabe extraer dos importantes apreciaciones:

- a. El amplísimo alcance del test de compatibilidad, que se extiende no solo a la interpretación, sino también a la aplicación directa de todas las demás fuentes (apartados 1 y 2).
- b. La obligación de someter toda actividad de la CPI (ya sea interpretativa o aplicativa) a dicho test, dada la inequívoca imperatividad infundida por el modal “deberá” (*must*, en su redacción original).

A la luz de ambas cuestiones, la doctrina mayoritaria coincide en afirmar que el artículo 21. 3. del ER se posiciona en una suerte de plano “supra legal” con relación a las fuentes primarias de la CPI (Becerra Ramírez, 2017; DeGuzmán, 2016, p. 948; Heikkilä, 2017). La principal consecuencia es que, en caso que la aplicación del ER resultase de cualquier forma contraria a los derechos humanos internacionalmente reconocidos, la CPI estaría obligada a rehusar su aplicación y deberá hallar una solución conforme a tales derechos (Bitti, 2009; Hochmayr, 2014; Schabas, 2016).

Sorprendentemente, los trabajos preparatorios apenas aportan información al respecto. Parecía obvio que la CPI debía hacer uso de su derecho aplicable con firme sumisión a los derechos humanos, estos serían el límite último de su discrecionalidad (Croquet, 2011). La mayoría de los Estados se mostraron, sin más, de acuerdo con la referencia a la conformidad con los derechos humanos, pasando por alto su significado y posibles implicaciones. Por el contrario, toda la atención fue acaparada por una controversia que, si bien en siglo XXI se encuentra superada, en 1998 denotaba un progresismo infrecuente para la época: el uso del vocablo “género” en lugar de “sexo” como motivo de discriminación (ONU, 1998c). El debate sobre la elección de la terminología más adecuada —que se acabó saldando con la in-

clusión de un artículo expresamente destinado a la definición de “género” (ONU, 1998d)— desvió el foco de la delimitación precisa de la función de los derechos humanos en el sistema de fuentes de la CPI.

Lo que los Estados no pudieron imaginar en aquel momento fue que dicha fórmula entrañaba una cláusula de compatibilidad que atribuiría a la CPI una facultad imprevisible: la de prescindir de su propio instrumento constituyente cuando su aplicación fuese contraria a los derechos humanos internacionalmente reconocidos. El intento de los redactores del ER de limitar los poderes de la CPI tuvo el efecto justamente contrario (Arsanjani, 1999, p. 29; DeGuzman, 2016; Schabas, 2016).

1.2. Naturaleza y función de la cláusula del artículo 21. 3. del ER

A diferencia de los asistentes a la Conferencia de Roma, la doctrina ha abordado el alcance e implicaciones del test de compatibilidad. Aun así, su naturaleza jurídica y función exacta siguen siendo muy discutidas. En cuanto a su naturaleza jurídica, un importante sector doctrinal, encabezado por Bitti, afirma categóricamente que los derechos humanos operan como una fuente autónoma, pues el artículo 21. 3. del ER les reconoce sustantividad propia (Bitti, 2009, p. 288; Salado Osuna, 2000; Svaček, 2016). Al margen de la construcción jurisprudencial de la CPI, dos son las razones que respaldan este posicionamiento:

- a. El hecho de prever un apartado singular para la consagración de los derechos humanos, cuando hubiera sido mucho más sencillo y comprensible incluir su mención en cualquiera de los apartados 1 (v. gr., en el literal b, supeditados a las fuentes primarias) o 2 (especificando su función como auxiliar e interpretativa de la jurisprudencia de la CPI).
- b. La singular consideración de los derechos humanos de dicho apartado singular como un parámetro independiente, superior y transversal a todas las demás fuentes,³ inspirando su interpretación y condicionando su aplicabilidad.

Aun así, algunos autores denominan el artículo 21. 3. del ER como una mera guía o regla interpretativa y no le reconocen el carácter de fuente formal (Kiss & Olásolo, 2010; Vasiliev, 2009; Werle, 2017). Al respecto, Fronza (2010) asevera con acierto que dicho artículo “no es una letra d) del párrafo 1 [y que] no requiere aplicar *tout court* otras fuentes sobre derechos humanos internacionalmente reconocidas que puedan crear nuevos derechos” (pp. 239-240). Con todo, no está del todo claro

3 La expresión “[El] derecho de conformidad con este artículo” engloba tanto a la jerarquía del apartado 1 como a la jurisprudencia del apartado 2 del artículo 21.

que el, en comento no pueda crear nuevos derechos no previstos inicialmente por las fuentes primarias, como se abordará.

Respecto a la función del artículo 21. 3. del ER, son varios los autores que coinciden en identificar tres vertientes: interpretativa, integradora y creadora (Hafner & Binder, 2004; Pellet, 2002). La CPI ha empleado la cláusula de compatibilidad en todos los anteriores sentidos en diferentes decisiones. En efecto, alguna Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) se ha decantado por adoptar un enfoque restrictivo, considerando el artículo 21.3. del ER como una guía puramente interpretativa, omitiendo su alcance aplicativo (*The Prosecutor v. Katanga*, 2008a). Sin embargo, la Sala de Apelaciones ha resaltado que el test de compatibilidad con los derechos humanos no solo se circunscribe a la interpretación, sino a la aplicación del derecho: “Los derechos humanos sustentan el Estatuto; cada aspecto de él (...). Sus disposiciones deben interpretarse y, lo que es más importante, aplicarse, de acuerdo con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (...)” (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2006b). Este rotundo pronunciamiento disipó las dudas acerca de la sujeción del ER a los derechos humanos y sentó un criterio que resonaría en posteriores decisiones (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2008h).

La CPI ha llegado más lejos al rechazar la aplicación del ER cuando ocasione un resultado contrario a los derechos humanos. Tal situación se produjo en el caso *Katanga y Chui*: tres testigos pretendían solicitar asilo en Países Bajos, sede de la CPI, ante el temor fundado de ser represaliados por sus declaraciones al regresar a la República Democrática del Congo. El artículo 97.3.b) del ER determina que “[l]a persona trasladada permanecerá detenida. Una vez cumplidos los fines del traslado [en este caso, prestar testimonio], la Corte la devolverá *sin dilación* al Estado requerido”. Dado que la devolución “sin dilación” suponía privar a los testigos de la posibilidad de solicitar asilo (UNHCR, 2007), la Sala de Primera Instancia (SPI) decidió no aplicar dicho precepto (*The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, 2011).

La anterior decisión muestra cómo la CPI se hace eco del criterio de la doctrina mayoritaria al sostener que los derechos humanos internacionalmente reconocidos prevalecen sobre el ER y lo desplazan en caso de contradicción.

1.3. Contenido de los “derechos humanos internacionalmente reconocidos”

La fórmula “derechos humanos internacionalmente reconocidos” fue empleada por primera vez en 1995, en el borrador elaborado por un comité de expertos alternativo

a la Comisión de Derecho Internacional.⁴ El comentario explicativo de ese artículo exponía la remisión a “los derechos enumerados en tratados internacionales ampliamente ratificados, como la Convención contra la Tortura” (Association Internationale de Droit Pénal, 1995, pp. 68-70). Esta delimitación tan restrictiva hace imposible trasladar directamente su significado al del inciso del artículo 21.3. del ER (Young, 2011).

En enero de 1998, uno de los informes del Comité Preparatorio, previo a la celebración de la Conferencia de Roma, incorporó una nota explicando que la fórmula «internacionalmente reconocidos [pretendía] cubrir también normas no convencionales (*non-treaty standards*) y, por tanto, sería más amplia que la de ‘Derecho Internacional’» (ONU, 1998a, p. 118, nota 215). El proyecto fue valorado positivamente en la Conferencia de Roma, en la cual Per Saland declaró que dicha cláusula era “un texto de consenso, que exigía que el derecho aplicado fuese compatible con ciertos valores reconocidos internacionalmente” (ONU, 1998c, p. 222).

Ciertamente, los derechos humanos internacionalmente reconocidos ya fueron citados en otros textos internacionales con anterioridad, aunque rara vez precisaran su significado (Hafner & Binder, 2004). Uno de estos raros ejemplos son los Acuerdos de Dayton, cuyo Anexo 6 brinda una enumeración de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y sus protocolos (OSCE, 1995). Con posterioridad a la Conferencia de Roma, la ONU empleó la misma denominación para referirse a un catálogo aún más extenso de instrumentos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, por supuesto, el CEDH (ONU, 2000)

Diversos autores se han preguntado por el significado exacto del matiz “internacionalmente reconocidos” a fin de identificar los derechos humanos relevantes a efectos del artículo 21.3. del ER (Akanke, 2009; Fernández Sánchez, 2000). Como subraya Sheppard (2010), ni el ER ni la jurisprudencia han aclarado este punto, y esta última se resiste a describir su contenido o indicar pautas para su correcta identificación.

Pese a la incertidumbre inicial, el ER ofrece algunas pistas, por sutiles que sean. La primera de ellas es que los redactores se abstuvieron de recurrir con excesiva asiduidad a la noción “derechos humanos”, que tan solo aparece tres veces en los 128 artículos del texto definitivo (artículos 21.3., 36.3. b) ii) y 69.7. del ER). La segunda, que junto a la expresión “internacionalmente reconocidos”, en el artículo 7.1. h) del

⁴ Con todo, dicha expresión aludía a la práctica de la prueba (artículo 44. 6. del borrador) y no al derecho aplicable.

ER, al tratar los motivos típicos del crimen de lesa humanidad de persecución, habla de aquellos “universalmente reconocidos” por el derecho internacional, de lo que se deduce que una y otra acepción deben ser diferentes (artículos 54.1. c., 55 y 67 del ER; Edwards, 2001, p. 365, nota 178).

Schabas (2016) sugirió que la parca alusión a los “derechos humanos” no fue casual, sino un intento de evitar reticencias por parte de los gobiernos más autoritarios presentes en la Conferencia de Roma (p. 397). Por otro lado, la doctrina es unánime al afirmar que los derechos humanos “internacionalmente reconocidos” abarcan un mayor catálogo que aquellos “universalmente reconocidos” (Bitti, 2009; Fronza, 2010). Esta circunstancia, que *a priori* pudiera parecer paradójica, cobra sentido al discernir que determinados derechos humanos de alcance internacional pueden no gozar de reconocimiento universal (Edwards, 2001). En efecto, el umbral “universal” es mucho más exigente que el requerido por “internacional”, pues este último acoge aquellos derechos que, sin llegar a ser reconocidos por todos los Estados (con carácter universal), lo son por grupos de ciertos Estados, incluyendo derechos de reconocimiento regional (Svaček, 2016).

La jurisprudencia de la CPI ha confirmado este enfoque, respaldando la aplicabilidad de los instrumentos regionales de derechos humanos por la vía del artículo 21.3. del ER (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2007b, par. 16). La mayor parte de la construcción jurisprudencial basada en derechos humanos internacionalmente reconocidos encuentra sus cimientos en la casuística del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Así pues, la CPI ha confiado en la jurisprudencia del TEDH para incorporar y desarrollar, entre otras materias (Croquet, 2011), la doctrina de abuso de proceso,⁵ la concesión de libertad provisional (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2007, par. 43), los derechos a un juicio sin dilaciones indebidas (*The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, 2009b, par. 6) y a la asistencia gratuita de un intérprete (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2006a).

Finalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que el artículo 21.3. del ER reconoce a la CPI la potestad de utilizar diversos instrumentos de *soft law* como fuente aplicable (Svaček, 2016); tal ha sido el caso de, por ejemplo, los Principios y Directrices Básicos sobre la Tutela y Protección de Derechos de las Víctimas (ONU, 2008; *The Prosecutor v. Lubanga*, 2008b, par.35). Aunque algún magistrado ha cuestionado su potencial al no considerarlos, *per se*, suficientemente

5 Ejemplos de “abuso de proceso” serían los casos en los que el Fiscal lleva a cabo una actuación concertada con las autoridades del Estado requerido de colaboración y este último vulnera sistemáticamente los derechos procesales del acusado (Vid. *The Prosecutor v. Lubanga*, 2006b, par. 38).

persuasivos para orientar el sentido de una decisión, la Sala de Apelaciones ha confirmado su plena aplicabilidad al amparo del artículo 21.3. del ER como guía o principio rector (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2008a, par. 33). Otros ejemplos de *soft law* a los que la CPI se ha remitido son los informes de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de la ONU (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2007c, par. 16), la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, de 1985 (*The Prosecutor v. Bemba*, 2008, par. 16), e incluso las Recomendaciones del Consejo de Europa (*The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, 2009a, par. 27).

En suma, los “derechos humanos internacionalmente reconocidos” comprenden un conjunto amplísimo de instrumentos de derechos humanos, si no su totalidad. Se trata de un concepto que engloba no solo los tratados universales, de máximo alcance, sino los heterogéneos instrumentos de sistemas regionales y una miríada de principios, directrices y recomendaciones de *soft law* (Salado Osuna, 2000).

2. La práctica de la CPI

La consecuencia de la condición introducida por el artículo 21.3. del ER es la necesaria conformidad de la actuación de la CPI al vasto catálogo de derechos humanos delimitado en el epígrafe anterior. Dicho estándar de conformidad se caracteriza no solo por la posición subordinada de aquella, sino por la capacidad de integración y complementación de estos últimos. Resulta evidente que el reducido compendio normativo del ER es incapaz de solucionar los numerosísimos obstáculos que pueden surgir al albur de la actuación judicial de la CPI tanto por las limitaciones propias de su redacción, como por la complejidad inherente a las dimensiones de un proceso penal ante la CPI.

En contra de las previsiones iniciales de los redactores, los derechos humanos internacionalmente reconocidos han permitido a la CPI mucho más que cubrir lagunas mediante el simple recurso de la interpretación. En este punto, abordaremos la vertiente más controvertida de las mencionadas: la CPI como creadora de derechos.

De entrada, deben identificarse las limitaciones de esta poderosa facultad. Los autores señalan que el potencial de la CPI como creadora de derechos se circunscribe taxativamente a aspectos procesales (Svaček, 2016). El Comité Preparatorio tuvo en cuenta este extremo al apostillar que la actividad de la CPI debía ser, además de compatible con los derechos humanos, devotamente respetuosa con el principio *nullum crime sine lege* (ONU, 1998b, p. 47, nota 63). El derecho penal sustantivo quedaría, sin discusión, excluido del ámbito de creatividad de la CPI so pena de quebrantar dicho principio (Grover, 2010). Hasta el momento, la CPI se ha adherido firmemente a

este planteamiento, privándose de introducir matices susceptibles de desnaturalizar conceptos puramente sustantivos, así como de crear instituciones penales no previstas por el ER (*The Prosecutor v. Ngudjolo*, 2012, par. 15-20).

Por el contrario, lo anterior no puede predicarse de los derechos procesales de las partes. No puede perderse de vista que estos derechos, frecuentemente tildados de “adjetivos”, consagran una serie de garantías esenciales cuyo fundamento radica en el proceso penal en sí mismo. Tales garantías no son sino auténticos derechos que, por mucho que nazcan y se ejerzan en el seno de un procedimiento, indudablemente gozan de sustantividad propia.

A continuación, se analizarán algunos casos paradigmáticos en los que la CPI ha rebasado los lindes de la mera integración de lagunas, llegando a crear figuras procesales no reguladas por su instrumento fundamental, o incluso reconociendo *ex novo* derechos procesales a las partes.

2.1. Derechos del acusado

Todo apunta a que el artículo 21.3. del ER se concibió como una garantía de la tutela judicial efectiva de los derechos del acusado. Es sensato pensar que, en un intento por desvincularse de las experiencias de los tribunales penales militares y *ad hoc*, los redactores pusieran especial atención en reforzar las garantías procesales de los acusados ante la CPI. En gran medida, si estas eran las genuinas expectativas de los redactores, la práctica de la CPI las ha hecho realidad. No en vano, los pronunciamientos que demuestran con mayor claridad el poder creador de la herramienta conferida por el artículo en cuestión son aquellos que resuelven a favor del reconocimiento y protección de los derechos del acusado. A continuación, se exponen dos de los casos más significativos, relativos a la suspensión del proceso y al derecho del detenido a recibir visitas familiares.

El primer incidente tuvo lugar en el *caso Lubanga*. El punto de partida es la facultad de la Fiscalía, en virtud del artículo 54.3. e) del ER, de acordar la confidencialidad de determinados documentos e información que recabe, que solo servirán al propósito de obtener nuevas pruebas que puedan efectivamente practicarse en el juicio oral. Por otro lado, el artículo 67.2. del ER impone al Fiscal la obligación de revelar cualquier documento o información que pudiera beneficiar al acusado, sea indicando su inocencia, atenuando su responsabilidad o afectando la credibilidad de las pruebas de cargo.

En dicho caso, las semanas previas a la celebración del juicio oral, el Fiscal advirtió a la SPI que varios elementos aportados por distintas instituciones al amparo del artículo 54.3. e) del ER contenían información potencialmente exculpativa (*The*

Prosecutor v. Lubanga, 2008c, par. 7). Como era previsible, los colaboradores no consintieron la revelación de dicha información, pues la habían proporcionado sabiéndose amparados por la confidencialidad y el anonimato.

Tras algunas alegaciones (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2008d, pars. 3-10), la SPI apreció que el dilema solo podía resolverse en perjuicio de los derechos de uno de los involucrados: los del acusado o los de los testigos anónimos (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2008e), y reprendió con dureza la actuación del fiscal, resaltando que había hecho de una facultad excepcional una práctica habitual e inapropiada. La situación planteaba un conflicto inédito ante el cual todos los textos normativos de la CPI guardaban silencio.

En esta encrucijada, la SPI aplicó el artículo 21.3. del ER para invocar la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Penal para la ex- Yugoslavia (TPIY) acerca del derecho a un juicio justo, advirtiendo que el proceso había desembocado en un escenario en el que resultaba imposible reintegrar los elementos esenciales de un juicio justo. En consecuencia, optó por decretar el sobreseimiento provisional y convocar una visita para decidir sobre la puesta en libertad condicional del acusado. No obstante, esta decisión salomónica adolecía de un defecto nada insignificante: ni el ER ni ningún otro texto regulaba la figura del sobreseimiento, por lo que carecía de todo respaldo jurídico en el sistema de la CPI. La SPI había ido más allá de la literalidad del ER, reconociendo una posibilidad no contemplada por aquel para velar por los derechos humanos en juego.

Cuando la cuestión llegó a la Sala de Apelaciones, esta reconoció que no existía base legal para el sobreseimiento ante la CPI (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2008f). Sin embargo, dado que su no reconocimiento acarrearía ineludiblemente la vulneración de derechos humanos internacionalmente reconocidos, su aplicación no solo era conforme a derecho, sino imperativa (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2006b).

Un acontecimiento aún más revelador ocurrió en el caso *Ngudjolo Chui*. En esta ocasión, el acusado, que cumplía prisión provisional en La Haya, solicitó que la administración de la CPI financiara una visita de su núcleo familiar (integrado por su mujer y seis hijos). La encargada del registro estimó solo parcialmente la solicitud e indicó al alcaide que le informara que solo podía financiar, para un periodo anual, dos visitas de tres familiares o tres visitas de dos familiares (*The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, 2008d). Asimismo, expuso que, aunque la CPI no estaba legalmente obligada a financiar visitas familiares al detenido (dado que, *mutatis mutandis*, el solicitante carecía de tal derecho), entraba dentro de la discrecionalidad reglada de la Secretaría autorizar total o parcialmente esta solicitud atendidas las circunstancias personales del detenido.

El detenido recurrió, alegando, entre otros motivos, que el régimen de visitas ofrecido no le permitiría mantener sus vínculos familiares (*The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, 2008). Tras la decisión desestimatoria de la Secretaría, el detenido optó por recurrir ante la Presidencia de la CPI, quien resolvió impugnando la decisión de la Secretaría y estimando la pretensión del recurrente (*The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, 2009a). Citando jurisprudencia del TEDH, la Presidencia recordó que los derechos humanos deben interpretarse “de manera práctica y efectiva, más que teórica e ilusoria”. La decisión final estimó que, en las circunstancias del detenido, la única forma de garantizar su derecho a recibir visitas familiares era que estas, además de abarcar la totalidad de su núcleo familiar, corriesen íntegramente a cargo de la CPI.

Esta decisión se erige en una de las más trascendentales en materia de derechos humanos ante la CPI, al demostrar que el artículo 21.3. del ER permite reconocer, conceder y garantizar derechos originalmente no contemplados en las fuentes primarias. En este sentido, como observan algunos autores, la CPI es el primer tribunal internacional en reconocer expresamente la obligación positiva de financiar, cuando sea necesario, las visitas familiares a los detenidos (Svaček, 2016).

2.2. Derechos de las víctimas

Otra de las características más peculiares del sistema de la CPI es la posición jurídica de las víctimas. Numerosos autores han dedicado minuciosos estudios a identificar y describir sus aspectos más problemáticos, y la jurisprudencia tampoco ha escatimado en elucidaciones al respecto. Sin desmerecer el interés que suscita la materia, este trabajo no pretende entrar al estudio pormenorizado de la figura de las víctimas ante la CPI.

Aun así, para exponer algunos avances brindados por la jurisprudencia al estatuto jurídico de las víctimas, es preciso señalar el rasgo más definitorio del concepto de “víctima” concebido ante la CPI. Baste advertir que las víctimas, pese a intervenir en el proceso ante la CPI asistidas de representación legal, no gozan del estatus de “parte” (reservado en exclusiva a Fiscalía y defensa), sino del de “participantes”. Esta dispar consideración implica, entre otras consecuencias, la restricción y condicionamiento de su capacidad de actuación en comparación con la de las partes (Kiss & Olásolo, 2010). En cualquier caso, aunque el artículo 21.3. del ER se concibió en defensa de los derechos del acusado, algunos pronunciamientos favorables a las víctimas han sido igualmente revolucionarios.

El primer ejemplo versa sobre la definición propia de la condición de “víctima” según el artículo 85 de las Reglas de Procedimiento y Pruebas (RPP), que dispone:

Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas:

a) Por ‘víctimas’ se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte.

La CPI ha llevado a cabo una interpretación interesante del significado atribuido a “personas naturales”, término básico para el reconocimiento del estatus de víctima y, por consiguiente, decisivo para participar en el proceso. La jurisprudencia de las SSCP y de las SSPJ ha sido inconsistente ante la disyuntiva de conceder o no el estatus de víctima a una persona fallecida. Esta no es una cuestión baladí, pues de ella depende el reconocimiento del derecho a participar en el proceso a los sucesores de la víctima mediante el ejercicio de los derechos de reparación a herederos de esta.

De un lado, la SCP I rechazó que los herederos de una persona fallecida a causa de los crímenes objeto de investigación pudieran participar en el proceso (*The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, 2008c, par. 63), pues, ateniéndose al tenor del artículo 89. 3. de las RPP, la solicitud de participación en concepto de víctima solo puede presentarse con el consentimiento de aquella.

A mi juicio, esta interpretación restrictiva resulta insatisfactoria, pues asume una concepción excesivamente formalista de la noción de “víctima”. Al amparo de la definición legal ex artículo 85 de las RPP, la SCP I dictaminó que no procede hablar de víctima a efectos procesales cuando el sujeto carece de personalidad jurídica por haber fallecido. Esto tiene sentido desde la óptica que, por obvias razones, no es el fallecido quien participa en el proceso penal. Sin embargo, al margen de la mejorable redacción del artículo 85 de las RPP y los requisitos legales exigidos, parece sensato aceptar que una persona fallecida a cuenta de un crimen debiera reputarse víctima del mismo. Con todo, la SCP I soslayó entrar al fondo de esta cuestión.

Ese mismo año, la SCP III llegó a una conclusión radicalmente distinta. Esta aseveró que, pese a ser cierto que el artículo 89. 3. de las RPP no reconocía la legitimación de los herederos de la víctima fallecida, tal precepto debía leerse bajo el prisma de los derechos humanos internacionalmente reconocidos (*The Prosecutor v. Bemba*, 2008a). Así pues, partiendo de la evidencia de que “una víctima no deja de ser tal a causa de su muerte”, optó por interpretar que el elemento de personalidad concurría en el momento de la presunta comisión de los hechos delictivos, elemento suficiente para otorgar la condición de víctima a una persona difunta al momento de presentar la solicitud de participación.

Asimismo, la SCP III acudió a la jurisprudencia de la Corte IDH para resaltar que, por un lado, de la comisión de un delito emerge la obligación de compensar el daño

causado a la víctima, y, por otro, que el fallecimiento de esta última, lejos de extinguir dicha obligación, la transmite *mortis causa* a sus causahabientes. De este modo, a la legítima pretensión de reparación que asiste por derecho propio a los herederos de la víctima ha de añadirse el derecho de reparación heredado de la víctima fallecida, cuyo ejercicio solo puede hacerse efectivo a través de la participación en el proceso.

Por lo anterior, la SCP III no solo reinterpretó el artículo 85 de las RPP para reconocer el estatus de víctima a personas fallecidas, sino que estimó la presentación de solicitudes de participación de sus herederos, creando un supuesto adicional no previsto por el artículo 89.3. de las RPP, fundado en el cumplimiento de la cláusula de compatibilidad del artículo 21.3. del ER y contribuyendo a reafirmar su carácter primordial como *conditio sine qua non* de la actuación de la CPI.

Otra conquista de los derechos de las víctimas sobre el ER fue el reconocimiento de la facultad de aportar sus propias fuentes de prueba, aunque indirectamente. De entrada, en sede de práctica de pruebas en la fase del juicio oral, el artículo 69.3. del ER reza: “Las partes podrán presentar pruebas pertinentes a la causa (...). La Corte estará facultada para pedir todas las pruebas que considere necesarias para determinar la veracidad de los hechos”.

Del sentido literal del precepto se desprende inequívocamente que el ER solo legitima a “las partes” (Fiscalía y defensa) para la aportación de pruebas, excluyendo a “los participantes”, es decir, las víctimas. Conscientes de este hecho, los magistrados de la SPI I centraron su atención en el segundo inciso del artículo 69.3. del ER y convinieron que las víctimas podían presentar sus pruebas en la medida en que la CPI las creyera necesarias (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2008b). Esta interpretación se presentó como la más respetuosa de las exigencias al artículo 21.3. del ER y a los Principios Básicos de la Resolución 60/147 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2005 (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2008b).

La concesión de esta facultad fue ciertamente polémica, pues a efectos prácticos equivalía a reconocer a las víctimas una suerte de estatus de parte impropio, semejante *mutatis mutandis* a la acusación particular, y al mismo nivel que la Fiscalía. Así mismo, dado que las pruebas de las víctimas podrían contribuir tanto a reforzar como refutar los elementos de convicción aportados por la Fiscalía, la fase probatoria se tornaba enormemente complicada.

Finalmente, la Sala de Apelaciones estimó la posibilidad de las víctimas de presentar pruebas en la fase del juicio oral (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2008a), subrayando que la privación terminante de esta facultad obstaculizaría el ejercicio de su derecho a participar en el proceso según el artículo 68.3. del ER (*The Prosecutor v. Lubanga*, 2008a). Pese a la contundencia de estos argumentos, el hecho de que

dos de los cinco magistrados integrantes de la Sala de Apelaciones no suscribiesen la tesis mayoritaria refleja la ambigüedad e incertidumbre de la cuestión. En cualquier caso, la doctrina califica esta decisión como un auténtico hito en la pugna de la representación legal de las víctimas por reivindicar sus derechos humanos y expandir el reducido ámbito de actuación como “participantes” en el proceso (Kiss & Olásolo, 2010, p. 27).

Ambos casos contribuyen a reforzar la idea de que la CPI ha convertido la pretendida limitación en una herramienta capaz de crear *de facto* derechos no previstos por su corpus normativo. Aun constatando los progresos logrados en beneficio de las víctimas y los acusados, la incertidumbre inherente a esta práctica no debe pasar desapercibida (Fronza, 2010).

2.3. Crítica a la metodología de la CPI

Por supuesto, la construcción jurisprudencial de la CPI en esta materia ha sido objeto de investigación y crítica por parte de la doctrina. Al aplicar e interpretar tales derechos ante un caso concreto, los autores distinguen dos perspectivas, denominadas *contextual* y *minimalista* (Sheppard, 2010).

La primera supondría restringir la aplicabilidad de los instrumentos regionales disponibles únicamente a aquellos que resultasen relevantes al caso concreto. Desde esta perspectiva, la CPI debería privarse de aplicar el CEDH o la Convención Americana de Derechos Humanos a las causas originadas en el continente africano, y ceñirse únicamente a la aplicación de la Carta Africana de Derechos Humanos. Esta opción permite utilizar el contexto del caso como elemento delimitador de la amplísima envergadura del artículo 21.3. del ER para proporcionar resoluciones consistentes con los sistemas regionales de protección de derechos humanos. Esto en nada afecta al hecho de que la CPI no es un tribunal de derechos humanos, aunque su actuación esté fuertemente vinculada a ellos (*The Prosecutor v. Ngudjolo Chui*, 2014, par. 24; Svaček, 2016). El propósito último de este tratamiento es prevenir que al procesado le sean aplicables ante la CPI unos estándares de derechos humanos injustificadamente distintos a los que, de haber sido juzgado por un tribunal nacional, le hubieran correspondido (Sheppard, 2010).

La perspectiva minimalista consiste en la práctica justamente opuesta: permitiría aplicar cualquier instrumento regional de protección de derechos humanos con independencia de las circunstancias del caso concreto. En vista del evidente carácter supranacional de los pronunciamientos de la CPI, inherente a su naturaleza como garante último del principio de justicia universal, no cabe duda de que este debería ser el enfoque óptimo para informar y orientar su función jurisdiccional. En efecto,

la especial gravedad y trascendencia internacional de los crímenes de su competencia son fundamento suficiente para legitimar a la CPI a recurrir, indistintamente, a los instrumentos de derecho internacional que estime más aplicables al caso, con abstracción de las restricciones propias de los sistemas nacionales o de ámbito regional. Aunque el ER guarde silencio al respecto, esta nota de “universalidad” parecería a todas luces la característica propia de la proyección y alcance de la jurisdicción de la CPI.

Aunque nada en la redacción del artículo 21.3. del ER impide esta práctica (Svaček, 2016), su principal inconveniente es la incorporación de diversos tratados que difieren en cuanto al umbral de protección dispensado sobre los mismos derechos.⁶ La vertiente minimalista solventaría este conflicto acogiéndose al estándar más garantista del derecho concernido.

Pese a todo, aun cuando esta solución pudiera servir para resolver contradicciones simples entre distintos instrumentos regionales, deviene por completo inválida cuando se trata de proteger derechos en conflicto (v. gr., el anonimato de los testigos frente al derecho de defensa del acusado). En estas situaciones (las más frecuentes) no cabe identificar un estándar “más garantista”, pues cualquier decisión repercutirá inevitablemente en perjuicio de los derechos de la contraparte (Sheppard, 2010). Esta deficiencia es característica intrínseca del enfoque minimalista debido a la concepción de los distintos sistemas de protección de derechos humanos como un *totum revolutum* en el que nada influyen las circunstancias concurrentes del caso concreto.

La jurisprudencia de la CPI se ha decantado por este segundo enfoque, prefiriendo el umbral más garantista al más relevante al caso concreto.⁷ Consecuentemente, numerosas decisiones de la CPI abundan en profusas citas a la jurisprudencia del TEDH, aunque los crímenes enjuiciados hayan tenido lugar en distintos Estados africanos (*The Prosecutor v. Al Bashir*, 2009, par. 32; *The Prosecutor v. Lubanga*, 2007a).

Desde la doctrina, esta opción ha sido bienvenida por las prometedoras expectativas que infunde (Svaček, 2016), pero duramente criticada por la falta de rigor de su utilización por la CPI (Bailey, 2014). Sheppard (2010) ha llegado a acuñar el término “*shotgun approach*” para describir el impreciso y fragmentario método empleado por la CPI para calificar un determinado derecho como “internacionalmente reconocido” (p. 49), que consiste en citar y remitirse a tantas fuentes distintas como sea

6 Sheppard (2010) señala que, mientras el artículo 15 del CEDH prevé la derogación del derecho a un juicio justo en caso de estado de excepción, la Carta Africana de Derechos Humanos no contempla tal posibilidad.

7 Posiblemente, inspirada por la práctica de los tribunales *ad hoc* (*The Prosecutor v. Mrkšić and Šljivančanin*, 2009, par. 7).

posible sin entrar a analizar su valor jurídico (v. gr., invocando equivalentemente tratados universales y *soft law*) ni explicar la especial relevancia que justificaría su aplicabilidad al caso concreto (Fronza, 2010).

La jurisprudencia de la CPI aún no ha expresado la finalidad de este método. Por lo tanto, no queda claro si lo que se pretende con alusiones tan genéricas es mostrar la existencia de una “costumbre universal” o si para admitir el reconocimiento internacional de un determinado derecho, se ha de ponderar más el aspecto cuantitativo que el cualitativo. En cualquier caso, esta falta de motivación en el recurso a fuentes tan dispares es una práctica habitual en la CPI; en consecuencia, queda pendiente su paulatina corrección y clarificación (*The Prosecutor v. Bemba*, 2008; *The Prosecutor v. Lubanga*, 2008g).

Sin embargo, no puede obviarse el uso más problemático y cuestionable del artículo 21.3. del ER. Esta metodología ha consistido en inferir, partiendo de la ausencia de jurisprudencia en un determinado sentido, la existencia de argumentos favorables a la tesis opuesta (*The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, 2008b). Algunas salas han llegado a rechazar expresamente adoptar un enfoque casuístico a la hora de resolver conflictos entre los derechos del acusado y los de las víctimas (*Situación en Darfur, Sudán*, 2008), argumentando a favor de estas que, a falta de sentencias que reconozcan el conflicto con los derechos del acusado, los derechos del acusado no deberían entenderse vulnerados (*The Prosecutor v. Bemba*, 2008b). Con todo, este “planteamiento sistemático” se abstrae por completo de los detalles del caso concreto sobre el que recae la decisión, cuyas circunstancias debieran ser objeto de cuidadosa atención.

Algunos autores han descalificado esta dudosa técnica de inferencia indirecta, expresando su preocupación al respecto (Fronza, 2010). En este sentido, cabe recordar que, si bien una adecuada motivación no tiene por qué ser extensa ni pormenorizada, es indispensable que esté fundada en derecho y no en la ausencia de este. Parece prudente afirmar, por tanto, que esta práctica excede con mucho los perfiles propios de la mera superficialidad o falta de rigor excusable para incurrir de lleno en una infracción del deber judicial de motivar adecuadamente los razonamientos jurídicos.

Consideraciones finales

La CPI y su texto fundacional (el ER) son fruto del compromiso entre los Estados de la Conferencia de Roma, procedentes de tradiciones jurídicas diversas y con intereses soberanos heterogéneos y, en muchos casos, contrapuestos. Prueba de ello es que en los aspectos más controvertidos de su funcionamiento se trató de

contentar a las distintas sensibilidades jurídicas implicadas mediante una redacción ambigua e imprecisa. Uno de esos aspectos fue la elaboración del sistema de fuentes del derecho aplicable por la CPI que establecería no solo los límites de su jurisdicción, sino el modo en que su actividad jurisdiccional debía desarrollarse.

En un intento por dotar de certeza y previsibilidad su actuación, los redactores buscaron reforzar las garantías del principio de legalidad en perjuicio de las fuentes tradicionales del derecho internacional, con lo que restringieron el margen de discrecionalidad de la CPI. Sin embargo, este intento no prosperó, y los pronunciamientos de la CPI han reflejado claramente la vigencia de los principios y normas del derecho internacional.

En este contexto, los derechos humanos internacionalmente reconocidos desempeñan una función trascendental como parámetro último de la validez de la actuación de la CPI. Pese al afán de los redactores por ubicar las normas escritas en la cúspide del sistema de fuentes, esta posición ha sido conquistada por un test de conformidad con tales derechos de cuyo íntegro cumplimiento depende la aplicación e interpretación de aquellas. En observancia de estas premisas, la CPI se ha entendido facultada para rebasar los límites de la literalidad del ER cuando su aplicación fuese contraria a los derechos humanos internacionalmente reconocidos a través de interpretaciones extensivas con las que ha llegado incluso a reconocer derechos no previstos por el ER.

No obstante, pese a las prometedoras expectativas de este tratamiento de los derechos humanos, la CPI debe usar prudentemente la potestad conferida ex artículo 21.3. del ER. La práctica ha demostrado que en ocasiones se han cometido errores graves en nombre de la conformidad con los derechos humanos: desde descuidar la claridad y precisión debidas en la motivación de la invocación de tales derechos, hasta el desigual reconocimiento de derechos procesales en función de la sala que conozca de la causa.

Además, dado que la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones no es formalmente vinculante, la CPI carece de un sistema de casación que ocasiona no solo la potencial indefensión de los procesados, sino el tratamiento injustificadamente dispar de los derechos de las víctimas. De este modo, con el objetivo de velar por el cumplimiento de los derechos humanos, el sistema de la CPI corre el riesgo de vulnerar el derecho más elemental de todo proceso: la tutela judicial efectiva.

De entre las posibles soluciones, quizá la más realista y efectiva consistiría precisamente en confiar a la Sala de Apelaciones tres labores fundamentales para prevenir los referidos conflictos:

- a. Establecer una definición unívoca del conjunto de “derechos humanos internacionalmente reconocidos” previstos en el artículo 21.3. del ER y, eventualmente, un catálogo de estos.
- b. Expresar con precisión el fundamento, las pautas y los límites del denominado “enfoque minimalista” para configurar una misma metodología de aplicación e interpretación del artículo 21.3. del ER común a todas las salas de la CPI.
- c. Identificar y, en su caso, revocar aquellos pronunciamientos que vulneren sin la justificación y motivación adecuadas los derechos de los justiciables y las víctimas, velando en todo caso por la protección e igualdad de derechos de estas últimas.

Solo partiendo de estas bases resultaría factible la imprescindible unificación de criterios para guiar una actividad no solo compleja, sino profundamente esencial para garantizar tanto el respeto a los derechos humanos como la validez y legitimidad del sistema judicial de la CPI.

En suma, cabría esperar que la CPI como organismo, así como sus magistrados y demás operadores jurídicos obrasen en consecuencia, otorgando a los derechos humanos una función coherente y unívoca como elemento vertebrador de su sistema de fuentes. Lo contrario supondría incurrir en abusos e incertidumbres que, lejos de servir a sus propósitos originarios, perjudicaría gravemente su imagen a ojos de la comunidad internacional, degradaría su legitimidad y obstaculizaría la consecución de sus objetivos esenciales: garantizar la justicia internacional y poner fin a la impunidad de los crímenes más graves.

Referencias

- Akande, D. (2009). Sources of International Criminal Law. En A. Cassese (Ed.), *The Oxford companion to international criminal justice* (pp. 41-53). Oxford University Press.
- Arsanjani, H. M. (1999). The Rome Statute of the International Criminal Court. *The American Journal of International Law*, 93(1), 22-43.
- Association Internationale de Droit Pénal. (1995). *Draft statute for an International Criminal Court – Alternative to the ILC-Draft-(Siracusa-Draft)*. <https://www.legal-tools.org/doc/39a534/pdf/>
- Bailey, S. (2014). Article 21(3) of the Rome Statute: A plea for clarity. *International Criminal Review*, 14, 513-550. <https://doi.org/10.1163/15718123-01403002>
- Becerra Ramírez, M. (2017). *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

- Bitti, G. (2009). Article 21 of the Statute of the ICC and the treatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC. En C. Stahn, & G. Sluiter (Eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court* (pp. 281-304). Leiden: BRILL.
- Croquet, N. (2011). The ICC and the treatment of defence rights: A mirror of the European Court of Human Rights' jurisprudence? *Human Rights Review*, 11(1), 91-131.
- De Guzman, M. (2016). Article 21, applicable law. En O. Triffterer (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC: Observers' notes, article by article* (pp. 932-948). Temple University Legal Studies.
- Edwards, G. (2001). International human rights law challenges to the new International Criminal Court: The search and seizure right to privacy. *The Yale Journal of International Law*, 26, 323-412.
- Fernández Sánchez, A. P. (2000). El derecho aplicable por la Corte Penal Internacional. En J. A. Carrillo Salcedo (Coord.), *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional* (pp. 245-265). Consejo General del Poder Judicial.
- Fronza, E. (2010). Derechos humanos y crímenes internacionales. Observaciones sobre el párrafo 3 del artículo 21 del Estatuto de Roma. En K. Ambos, G. Elsner, & E. Malarino (Coords.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional – Tomo II* (pp. 229-248). Fundación Konrad Adenauer.
- Grover, L. (2010). A call to arms: Fundamental dilemmas confronting the interpretation of crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court. *The European Journal of International Law*, 21(3), 543-583.
- Hafner, G., & Binder, C. (2004). The Interpretation of Article 21(3) ICC Statute, Opinion Reviewed. *Austrian Review of International and European Law*, 9, 163-190.
- Heikkilä, M. (2017). Article 21, Applicable law. En M. Klamberg (Ed.), *Commentary on the Law of the International Criminal Court* (pp. 242-252). Torkel Opsahl Academic EPublisher (TOAEP).
- Hochmayr, G. (2014). Applicable law in practice and theory. Interpreting article 21 of the ICC statute. *Journal of International Criminal Justice*, 12, 655-679.

- Kiss, A., & Olásolo, H. (2010). El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12(3), 125-164.
- ONU, General Assembly. (2006). *Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law*, A/RES/60/147 <https://undocs.org/en/A/RES/60/147>
- ONU, High Commissioner for Refugees —UNHCR—. (2007). *Advisory opinion on the extraterritorial application of non-refoulement obligations under the 1951 convention relating to the status of refugees and its 1967 protocol*. <https://www.unhcr.org/4d9486929.pdf>
- ONU, Interim Administration Mission in Kosovo —UNMIK—. (200). *Regulation No. 2000/6*, UNMIK/REG/2000/6. <https://undocs.org/en/S/2000/177/Add.2>
- ONU. (1998a). *Report of the inter-sessional meeting from 19 to 30 January 1998 in Zutphen*, A/AC.249/1998/L.13. <https://www.legal-tools.org/doc/7ba9a4/>
- ONU. (1998b) *Report of the preparatory committee on the establishment of an International Criminal Court – Addendum A/CONF.183/2/Add.1*. <https://undocs.org/A/CONF.183/2/Add.1>
- ONU. (1998c). *United Nations diplomatic conference of plenipotentiaries on the establishment of an international criminal court (Vol. II): Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole A/CONF.183/13 (Vol. II)*. <https://www.legal-tools.org/doc/253396/>
- ONU. (1998d). *United Nations diplomatic conference of plenipotentiaries on the establishment of an international criminal court – Committee of the Whole, report on the working group on applicable law, Addendum A/CONF.183/C.1/WGAL/L.2/Add.1*. <https://undocs.org/en/A/CONF.183/C.1/WGAL/L.2/Add.1>
- OSCE. (1995). *General framework agreement for peace in Bosnia and Herzegovina*. <https://www.osce.org/bih/126173>
- Pellet, A. (2002). Applicable law. En A. Cassese, P. Gaeta, & J. Jones (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary (Vol. II)* (pp. 1051-1084). Oxford University Press.

- Salado Osuna, A. (2000). El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los derechos humanos. En J. A. Carrillo Salcedo (Coord.), *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional* (pp. 267-300). Consejo General del Poder Judicial.
- Schabas, W. A. (2016). *The International Criminal Court*. Oxford University Press.
- Sheppard, D. (2010). The International Criminal Court and ‘internationally recognized human rights’: Understanding article 21(3) of the Rome Statute”. *International Criminal Law Review*, 10, 43-71.
- Svaček, O. (2016). The International Criminal Court and human rights: Achievements and challenges. En D. Moura Vicente (Ed.), *Towards a universal justice? Putting international courts and jurisdictions into perspective* (pp. 206-221). BRILL.
- Vasiliev, S. (2009). Proofing the ban on ‘witness proofing’: Did the ICC get it right? *Criminal Law Forum*, 20(2-3), 193-261.
- Werle, G. (Trad. C. Cárdenas Aravena et al.). (2017). *Tratado de derecho penal internacional*. Tirant lo Blanch.
- Young, R. (2011). Internationally recognized human rights before the International Criminal Court. *International and Comparative Law Quarterly*, 60(1), 189-208.

Jurisprudencia

- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Bemba Fourth Decision on Victims’ Participation* N° ICC-01/05-01/08-320 (12 diciembre 2008a). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_07861.PDF
- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Bemba Decision on the Prosecutor’s application for leave to appeal Pre-Trial Chamber III’s decision on disclosure* N° ICC-01/05-01/08-75 (25 agosto 2008b). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_04592.PDF
- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Al Bashir Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest Against Al Bashir* N° ICC-02/05-01/09-3 (4 marzo 2009). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_01517.PDF
- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Katanga Decision on the Joinder of the Cases against Katanga and Ngudjolo Chui* N° ICC-01/04-01/07-257 (10 marzo 2008).

- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case* N° ICC-01/04-01/07-474 (13 mayo 2008a). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_02407.PDF
- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, Public Redacted Version of the “Decision on the 97 Applications for Participation at the Pre-Trial Stage of the Case”* N° ICC-01/04-01/07-579 (10 junio 2008b). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_03387.PDF
- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, Decision of the Registrar under Regulation 220 on Mathieu Ngudjolo’s Challenge of the 7 November 2008, Decision of the Chief Custody Officer* N° ICC-RoR217-02/08-2-Red-tENG (18 noviembre 2008c). <https://www.legal-tools.org/doc/653112/>
- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, Decision on “Mr Mathieu Ngudjolo’s complaint under regulation 221(1) of the regulations of the registry against the registrar’s decision of 18 November 2008”* N° ICC-RoR217-02/08-8 (10 marzo 2009a). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_02787.PDF
- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui Decision on the “Prosecution’s Urgent Application to Be Permitted to Present as Incriminating Evidence Transcripts and translations of Videos and Video DRCOTP-1042-0006”* N° ICC-01/04-01/07-1336 (27 julio 2009b). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_05367.PDF
- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui Decision on an Amicus Curiae application and on the “Requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d’asile” (articles 68 and 93(7) of the Statute)* N° ICC-01/04-01/07-3003-tENG (9 junio 2011). <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/07-3003-teng>
- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Lubanga, Decision on the Requests of the Defence* N° ICC-01/04-01/06-268 (4 agosto 2006a). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2006_02701.PDF

- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the Appeal of Mr. Lubanga against the Decision on the Defence Challenge to the jurisdiction of the Court pursuant to article 19(2)(a) of the Statute* N° ICC-01/04-01/06-772 (14 diciembre 2006b). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2007_01307.PDF
- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Lubanga, Decision on the confirmation of charges* N° ICC-01/04-01/06-803-tEN (29 enero 2007a). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2007_02360.PDF
- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the appeal of Mr. Lubanga against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Lubanga”* N° ICC-01/04-01/06-824 (13 febrero 2007b). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2007_01422.PDF
- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Lubanga, Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 to a/0003/06 and a/0105/06* N° ICC-01/04-01/06-925 (13 junio 2007c). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2007_03066.PDF
- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ Participation* N° ICC-01/04-01/06-1432 (11 julio 2008a). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_03972.PDF
- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Lubanga Decision on victim’s participation* N° ICC-01/04-01/06-1119 (18 enero 2008b). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_00364.PDF
- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Lubanga Prosecution’s submission on undisclosed documents containing potentially exculpatory information* N° ICC-01/04-01/06-1248 (28 marzo 2008c). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_01493.PDF
- Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Lubanga Prosecution’s submission on Article 54(3)(e) confidentiality agreements* N° ICC-01/04-01/06-1267 (7 abril 2008d). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_01793.PDF

Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Lubanga* Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference N° ICC-01/04-01/06-1401 (13 junio 2008e). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_03428.PDF

Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled “Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference”* N° ICC-01/04-01/06-1486 (21 octubre 2008f). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_05884.PDF

Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled “Decision on the release of Lubanga”* N° ICC-01/04-01/06-1487 (21 octubre 2008g). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_05883.PDF

Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Lubanga* Decision on the applications by victims to participate in the proceedings N° ICC-01/04-01/06-1556-Corr-Anx1 (15 diciembre de 2008h). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2009_00155.PDF

Corte Penal Internacional —CPI—. *The Prosecutor v. Ngudjolo Chui, Order on the implementation of the cooperation agreement between the Court and the Democratic Republic of the Congo concluded pursuant article 93 (7) of the Statute* N° ICC-01/04-02/12-158 (20 enero 2014). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2014_00945.PDF

Corte Penal Internacional —CPI—. *Situation on the Democratic Republic of the Congo* Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6 N° ICC-01/04-101 (17 enero 2006). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2006_01689.PDF

Corte Penal Internacional —CPI—. (2008). *Situation in Darfur, Sudan, Decision on the Requests for Leave to Appeal the Decision on the Application for Participation of Victims in the Proceedings in the Situation* N° ICC-02/05-121 (6 de febrero de 2008). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2008_00514.PDF

Corte Penal Internacional —CPI—. (2012). *The Prosecutor v. Ngudjolo Chui Judgment pursuant to Article 74 of the Statute* N° ICC-01/04-02/12-4 (18 diciembre 2012). https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2013_02993.PDF

Tribunal Penla para la ex- Yugoslavia —TPIY—. *Prosecutor v. Mrkšić and Šljivančanin Judgment, Partially Dissenting Opinion of Judge Pocar* N° IT-95-13/1-A (5 mayo 2009). <https://www.icty.org/x/cases/mrksic/acjug/en/090505.pdf>



¿Todos los caminos conducen a La Haya? Reflexiones de política criminal tras 17 años de examen preliminar en Colombia

Do All Roads Lead to The Hague? Reflections
about Criminal Policy after 17 Years of Preliminary
Examinations in Colombia

Todos os caminhos levam a Haia? Reflexões
sobre a política criminal após 17 anos de exame
preliminar na Colômbia

Damaris Eliana Martínez Acosta*

Fecha de recepción: 8 de abril de 2022

Fecha de aprobación: 5 de julio de 2022

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11905>

Para citar este artículo: Martínez Acosta, D. E. (2022). ¿Todos los caminos conducen a La Haya? Reflexiones de política criminal tras 17 años de examen preliminar en Colombia. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 10, 1-27. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11905>

Resumen

Este ensayo constituye un diagnóstico de la decisión adoptada por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (FCPI) de cerrar el examen preliminar más extenso de su historia (17 años). Presenta las consideraciones planteadas sobre la política criminal de este organismo y las repercusiones y expectativas de su decisión en el contexto colombiano. Para ello, se parte de la caracterización del examen preliminar adelantado durante 17 años por la FCPI; luego, se valora la incidencia de su cierre, y, finalmente, se estudian las condiciones en el siglo XXI de los derechos humanos en Colombia de cara al papel de la FCPI. Los resultados del diagnóstico permiten considerar como un acierto el cierre del examen preliminar dado que la complementariedad positiva, parámetro definido para regir las relaciones futuras entre la

* Abogada de la Universidad La Gran Colombia. Magíster en derechos humanos y democratización de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: amis_dema@hotmail.com
Agradezco al jurado del XI Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner por haberle otorgado el tercer lugar a este trabajo y a los evaluadores del ANIDIP por sus observaciones y sugerencias.

FCPI y Colombia, ya se aplicaba. Por esta razón, los efectos de la decisión son más políticos que prácticos en Colombia, en tanto para la FCPI dan cumplimiento a los estándares de funcionamiento que reclaman sus procedimientos. Sin embargo, no se descarta que las causas determinantes de su activación en lo venidero deriven de la comisión y el nivel de impunidad de los crímenes luego de la firma del Acuerdo Final de Paz.

Palabras clave: Fiscalía de la Corte Penal Internacional; cierre del examen preliminar; política criminal; complementariedad positiva; Colombia.

Abstract

This essay presents the diagnosis of the decision adopted by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court (PICC) to close the most extensive preliminary examination in its history. Thus, it presents the PICC's considerations about criminal policy and the repercussions and expectations of such determination according to the Colombian context. To do this, the text presents the characterization of the preliminary examination that took place for 17 years in Colombia. Then, it shows the assessment of the incidence of its closure. Finally, it studies the current conditions of human rights in Colombia and the institutional capacity to face the role of the PICC. In this way, the closing of the preliminary examination is considered a success, given that positive complementarity (PC), a defined parameter to rule future relations between the PICC and Colombia, was already applied. For this reason, this decision's effects are more political than practical; for the PICC, PC complies with its procedures' operating standards. However, it is not ruled out that the determining causes of its activation in the future derive from the commission and the level of impunity of the crimes committed after the Final Peace Agreement signature.

Keywords: Prosecutor of the International Criminal Court; preliminary examination; criminal policy; positive complementary; Colombia.

Resumo

Este ensaio constitui um diagnóstico em torno da decisão adotada pela Promotoria do Tribunal Penal Internacional de encerrar o mais extenso exame preliminar de sua história. Assim, levanta considerações sobre a política criminal deste órgão e as repercussões e expectativas de tal determinação no contexto colombiano. Para isso, parte por caracterizar o exame preliminar levado a cabo por 17 anos; em seguida, avaliar a incidência de seu fechamento; e, finalmente, estudar as condições atuais da situação dos direitos humanos na Colômbia em função do papel da Promotoria

da Corte. Desta forma, o encerramento do exame preliminar é considerado um sucesso, uma vez que já foi aplicada a complementaridade positiva, parâmetro definido para reger as futuras relações entre a Promotoria da Corte e a Colômbia; é por isso que os efeitos desta decisão são mais políticos do que práticos na Colômbia, enquanto para a Promotoria eles cumprem os padrões operacionais exigidos por seus procedimentos. No entanto, não se exclui que as causas determinantes de sua ativação no futuro decorram do cometimento e do grau de impunidade dos crimes cometidos após a assinatura do Acordo Final de Paz.

Palavras-chave: promotoria do Tribunal Penal Internacional; encerramento do exame preliminar; política criminal; complementaridade positiva; Colômbia.

Introducción

El Estatuto de Roma (ER), instrumento creador de la Corte Penal Internacional (CPI) con el fin de investigar, juzgar y sancionar los más graves crímenes que conmueven la conciencia de la humanidad, fue ratificado por Colombia el 5 de agosto de 2002. Esto permitió que, a raíz de las violaciones de derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario (DIH) durante el conflicto armado interno de más de medio siglo, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (FCPI), desde junio de 2004 hasta octubre de 2021, mantuviera abierto un examen preliminar (EP) por la presunta comisión de crímenes de lesa humanidad (CLH) y crímenes de guerra (CG) en territorio colombiano desde el primero de noviembre de 2002 y 2009, respectivamente, hasta por lo menos el 2012.

A lo largo de los 17 años que estuvo abierto el EP, la FCPI tuvo la posibilidad de reflexionar y replantear su papel en esta etapa del procedimiento y reconoció en diversas oportunidades las peculiaridades del contexto colombiano en la medida en que a la par que se encontraba vigente el EP concurría el desarrollo de un conflicto armado y diálogos tendientes a su terminación: primero, con los grupos paramilitares, y después con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP), mientras otras estructuras ilegales se constituían o fortalecían.

De esta manera, tanto la Ley 975/05, Ley de Justicia y Paz, y el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (Acuerdo Final de Paz), como procedimientos e instituciones de justicia transicional, hicieron parte fundamental de las valoraciones del EP. Del segundo esfuerzo del Estado colombiano surgieron el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición (SIVJRNR) compuesto por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV), la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas (UBPD) —entidades no jurisdiccionales—, y la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), a la que se le encargó la labor de administrar justicia a los más graves crímenes cometidos en el marco del conflicto armado, dentro de los que se cuentan los eventos de interés identificados por la FCPI.

En virtud de este contexto, la FCPI, regida por el criterio de complementariedad en su faceta positiva, propendió desde el EP estaba en curso por apostarle a las acciones nacionales tendientes a otorgar justicia a estos graves crímenes. Fueron los resultados del análisis a partir de este enfoque los que llevaron a que el fiscal Karim Khan procediera el 28 de octubre de 2021 a cerrar el EP, no sin antes suscribir con el gobierno colombiano un acuerdo de cooperación sustentado en la

complementariedad positiva (CP). En dicho acuerdo el fiscal fue enfático en señalar que cualquier cambio en las circunstancias que motivaron el cierre del EP puede dar lugar a reconsiderar dicha decisión.

Así las cosas, poner fin a un EP de más de un quindenio obedeció tanto a respaldar el accionar de la JEP frente a las posibles conductas de competencia de la CPI como a acoger criterios más apropiados y convenientes entre los recursos limitados de la FCPI y el cumplimiento del mandato que le fue conferido por el ER. Por esta razón, se considera un acierto el cierre del EP en la medida en que la CP ya se aplicaba en Colombia mientras el EP estaba vigente, es decir, las acciones de seguimiento y acompañamiento por parte de la FCPI, ahora garantizadas por el acuerdo de cooperación, obedecían a las mismas que ya desplegaba y que no implicaban necesariamente un agotamiento del EP para dar continuidad a la apertura de una investigación formal ante la CPI. De hecho, el escenario más preocupante para materializar dicha situación se prevé que surja de la continuidad de los crímenes competencia de la CPI en el periodo postfirma del Acuerdo Final de Paz y del cuestionable tratamiento a nivel de investigación, juzgamiento y sanción por parte de la justicia ordinaria (JO).

Este artículo reflexiona sobre la decisión adoptada por la FCPI de cerrar el EP más extenso tanto en términos de su política criminal como de cuestiones prácticas en el contexto colombiano. El documento está dividido en tres partes. En el primer apartado: “Los giros de la complementariedad positiva” se caracteriza el EP adelantado por la FCPI en Colombia durante 17 años por la presunta comisión de CLH y CRG. En el segundo apartado: “La JEP con todo el peso sobre sus hombros”, se precisan los efectos y expectativas del acuerdo de cooperación suscrito entre la FCPI y el Gobierno colombiano una vez cerrado el EP. Por último, en el apartado: “Justicia ordinaria: el perpetuo talón de Aquiles”, se presenta el análisis en relación con la repercusión de los crímenes cometidos luego de la firma del Acuerdo Final de Paz que no son competencia de la justicia transicional sino de la JO a partir de las obligaciones del Estado colombiano a luz del ER.

1. Los giros de la complementariedad positiva

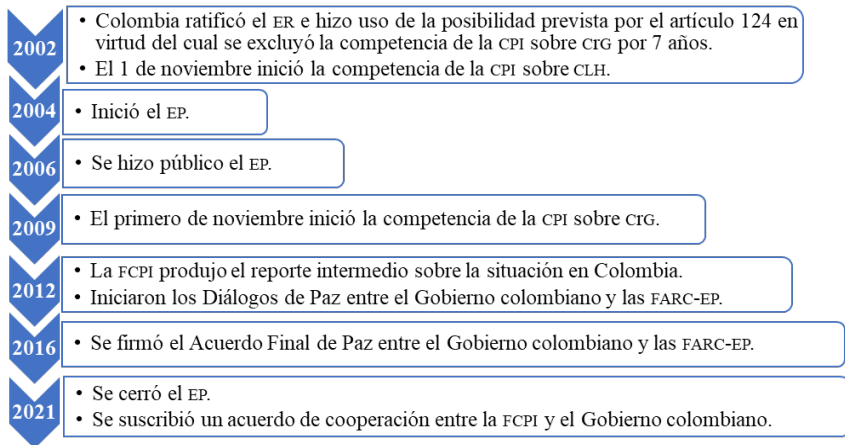
La FCPI constituye junto con los Estados Parte del ER y el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) uno de los órganos que puede activar la competencia de la CPI una vez satisfechos los requisitos del EP, el cual corresponde a un análisis de la información disponible sobre la comisión de crímenes competencia de la CPI con el fin de verificar el cumplimiento del estándar de prueba requerido para esta fase: *fundamento razonable para creer*, para acudir

a instancias de una Sala de Cuestiones Preliminares a solicitar la apertura de una investigación (ER, arts. 13, 15 y 53).

Para adelantar dicha labor, la FCPI ha definido las siguientes fases a agotar dentro de un EP: (i) una revisión inicial de toda la información allegada sobre la comisión de presuntos crímenes con el fin de verificar su procedibilidad a la luz de los criterios del ER y contrastarla y corroborarla con otras fuentes; (ii) la competencia: se analizan los factores temporales, territoriales, personales y materiales alrededor de los presuntos crímenes competencia de la CPI; (iii) la admisibilidad: evaluación de la complementariedad, es decir, el estudio de los procedimientos internos para los potenciales casos de interés de la CPI y la gravedad de estos (FCPI, 2013), y (iv) el interés de la justicia: valoración de los puntos relevantes: la gravedad de los crímenes, los intereses de las víctimas, las circunstancias de los acusados y los procesos de paz y otros mecanismos de justicia para concluir si se abre o no una investigación (FCPI, 2007b).¹

El caso colombiano, caracterizado por un conflicto armado interno en medio del cual se perpetraron los más graves crímenes que conmueven la conciencia de la humanidad por parte de diversos actores en contra de campesinos, indígenas, afrodescendientes, personas en situación de discapacidad, comunidad LGBTI, mujeres, niños y niñas, y población civil en general fue objeto de EP por la FCPI entre junio de 2004 y octubre de 2021.

Figura 1. Línea de tiempo del examen preliminar en Colombia



¹ Es importante señalar que el informe final del grupo de expertos independientes para la CPI y el ER recomendaron revisar este enfoque independiente por fases para optimizar el procedimiento del EP (Grupo de Expertos Independientes, 2020, p. 231).

La FCPI precisó en su *Informe intermedio sobre la situación en Colombia* (2012) la existencia de motivos razonables para creer que por lo menos hasta ese momento se habían perpetrado CLH y CRG desde el primero de noviembre de 2002 y desde el primero de noviembre de 2009, respectivamente. De tal forma, las actuaciones judiciales relacionadas con el desplazamiento forzado; las ejecuciones extrajudiciales presentadas como bajas legítimas en combate “falsos positivos” —dentro de las cuales identificaron como potenciales casos de competencia de la CPI los hechos perpetrados por la Primera, Segunda, Cuarta, Quinta y Séptima División del Ejército Nacional entre 2002 y 2009, en por lo menos 9 de los 32 departamentos de Colombia aproximadamente— (FCPI, 2017b, párr. 132); los crímenes sexuales y basados en género;² la promoción y expansión de grupos paramilitares, y el seguimiento al Marco Jurídico para la Paz fueron los puntos sobre los cuales la FCPI centró su atención.

Así las cosas, el EP en Colombia ubicó la mayor parte de su vigencia en la fase 3 concerniente a la admisibilidad. El criterio de gravedad estudiado en esta etapa se encontraba satisfecho en virtud de la escala, la naturaleza, la forma de comisión de los crímenes y el impacto por ellos generado. El criterio de complementariedad jugó un factor clave tanto para mantener un EP abierto durante tantos años, como para proceder a cerrarlo después.

La complementariedad, de acuerdo con Olásolo (2009, p. 46), se refiere a un sistema de soberanía compartida entre la CPI y las jurisdicciones nacionales en el que la CPI solamente puede actuar, como lo menciona Ambos (2010, p. 2), frente a la inactividad total, la falta de voluntad o la incapacidad del Estado para investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los crímenes. Durante el tiempo que se mantuvo abierto el EP en Colombia, la FCPI pudo reunir información para concluir con firmeza, el 28 de octubre de 2021, lo que ya se avizoraba en sus informes de actividades previos, es decir, que Colombia era capaz y estaba dispuesta a resolver los crímenes cometidos en su territorio. De esta forma lo expresó el Fiscal de la CPI:

Al término de una evaluación exhaustiva, consta al Fiscal que la complementariedad funciona hoy en Colombia. Debe encomiarse al Gobierno de Colombia, así como a los tribunales ordinarios, los tribunales de la Ley de Justicia y Paz, la JEP, la sociedad civil y al

2 La mención a los *crímenes sexuales y de género* se evidencia en estos términos por parte de la FCPI a partir del informe de actividades del año 2014. En los informes previos solamente se hacía referencia a la violencia sexual. Esta cuestión es relevante por el valor que ha adquirido la aplicación del enfoque de género y con este la conciencia de que si bien la violencia sexual es una de las conductas más recurrentes en medio de los conflictos, existen otras prácticas de subordinación con impactos diferenciados y exacerbados para mujeres, niñas y personas con identidades de género u orientaciones sexuales diversas.

pueblo de Colombia, por su resiliencia y determinación a efectos de exigir justicia y rendición de cuentas en su búsqueda de paz. A raíz de los avances registrados, la Fiscalía ha determinado que las autoridades nacionales de Colombia no se han mostrado inactivas, ni han tenido falta de voluntad ni de capacidad para investigar y enjuiciar genuinamente los crímenes que entran en el ámbito del ER (FCPI, 2021b).

A esta manifestación, la lectura en términos de política criminal que se le había conferido obedecía a un tratamiento bajo estándares de CP como ya lo había evidenciado la FCPI desde el informe de actividades de 2011:

The Office will continue to examine the situation and national proceedings in Colombia. In this context, in accordance with its positive approach to complementarity, the Office has welcomed the current efforts of the Colombian Government at seeking further international support for the national proceedings and at promoting cooperation, as explained by the Colombian President, Mr. Juan Manuel Santos, during the ninth session of Assembly of States Parties in December 2010 (párr. 85).

La CP se entiende como el papel de la FCPI a partir del fomento de procedimientos nacionales auténticos, la facilitación de redes nacionales e internacionales y la participación en un sistema de cooperación internacional (FCPI, 2006). Olásolo (2012) señala frente a la CP la asistencia por parte de la FCPI a las autoridades nacionales con el objetivo de que sean estas quienes cumplan con el deber encomendado por el ER frente a los crímenes cometidos, diferenciándola de la *complementariedad cooperativa*, que implica intervenciones más decididas en tales procedimientos nacionales con el fin de llevar a cabo investigaciones, juzgamientos y sanciones sólidas (p. 89). De esta forma, la FCPI había propendido —con el ER abierto— por respetar la soberanía colombiana, máxime cuando se aunaron esfuerzos para lograr una salida negociada al conflicto con la guerrilla más antigua de Latinoamérica, sin perjuicio del acompañamiento, apoyo y aliento que le brindó durante esta etapa en particular.

De la misma forma, fue la CP la respuesta que halló la FCPI, en cabeza de Karim Khan, para cerrar el ER en Colombia y sostener que ello no constituía óbice alguno para que se mantuviera su respaldo, cooperación, visitas anuales y relaciones bilaterales.

Vargas (2021a) afirma al respecto:

They show that a “positive approach to complementarity”, which is flexible and context-specific, may lead to the adoption of transitional justice mechanisms that —despite being empowered to impose non-carceral penalties— could constitute “investigations” within the meaning of Article 17(1)(a) Statue of Rome. Ultimately, this means that the Office of the Prosecutor could help states satisfy the “traditional” complementarity test through open and creative dialogue at the preliminary examination stage.

Es preciso tener presente que el cierre del EP en Colombia también obedeció, en gran medida, a dar cumplimiento al objetivo estratégico de planeación de la FCPI 2019-2021: “to increase the speed, efficiency and effectiveness of preliminary examinations, investigations, and prosecutions”, tendiente a optimizar los procedimientos para propender por mayor rapidez y eficiencia en los mismos. Particularmente, en cuanto concierne a los exámenes preliminares, la FCPI se fijó como propósito diseñar las herramientas y los estándares necesarios para considerar el cierre de estos con base en los recursos limitados con los que cuenta para llevarlos a cabo y la aparición constante de nuevas situaciones que merecen una valoración.

Estas consideraciones, a su vez, son producto de las preocupaciones y recomendaciones que recogió el Grupo de Expertos Independientes de la CPI y del ER (2020) para mejorar su funcionamiento, eficiencia y eficacia, específicamente, frente a la inquietud por la aplicación de la CP durante un EP manifestaron:

Positive complementarity activities should not delay the opening of an investigation or closure of a [preliminary examination] PE. The OTP should consider positive complementarity in the context of the strategy for the situations at all stages of proceedings, and not restricted to PES. The OTP should consider whether positive complementarity activities would be more appropriate after an investigation is authorised (Grupo de Expertos Independientes, 2020, p. 237).

La cuestión sobre la cual resulta relevante centrar el primer hallazgo corresponde a cómo los esfuerzos nacionales colombianos por adelantar las investigaciones, juzgamientos y sanciones de los responsables de CLH y CRG recibió por parte de la FCPI la misma reacción: CP, con la profunda diferencia en torno a las consideraciones acerca del EP, en un primer momento, mantenerlo abierto por 17 años en tanto

se verificaban los procedimientos nacionales y, posteriormente, proceder a su cierre con el compromiso de acompañamiento y seguimiento que seguirá realizando la FCPI. La determinación actual de finalizar el EP en Colombia no solo privilegia la soberanía nacional de llevar adelante los procedimientos judiciales internos sino la eficiencia de las acciones de la FCPI.

2. La JEP con todo el peso sobre sus hombros

La FCPI al cerrar el EP en Colombia solamente indicó que el principio de CP funcionaba en el país; sin embargo, no presentó los argumentos en términos del artículo 53 del ER de tal decisión. Aun así, se tiene que el literal (b) del numeral 2 del mencionado artículo prevé, como uno de los motivos que puede tener la FCPI para concluir que no hay fundamento suficiente para proceder con el enjuiciamiento, que “la causa es inadmisibles de conformidad con el artículo 17”. Por su parte, el artículo 17 del ER consagra como cuestiones de admisibilidad a tener en cuenta la disposición (procedimientos disfrazados de legitimidad para sustraer a los responsables de la justicia, demoras injustificadas y ausencia de independencia e imparcialidad) y la capacidad (colapso total o sustancial de la administración de justicia o carecer de ella) de los Estados para adelantar las investigaciones, juzgamientos y sanciones de los crímenes competencia de la CPI. Fue el análisis de estos criterios aplicados al contexto nacional colombiano los que llevaron a la FCPI a concluir que el Estado colombiano contaba con las condiciones para satisfacer los requerimientos del ER.

De acuerdo con el *Reporte intermedio del EP en Colombia* (FCPI, 2012) las conductas de interés se circunscribían a los CLH y CRG cometidos desde la entrada en vigor del ER para cada una de tales conductas hasta tal fecha. Por ende, los esfuerzos en materia de justicia transicional, dentro de los que se destaca la Ley 975/05 “Justicia y Paz”³ y la JEP,⁴ fueron objeto de un análisis preponderante por parte de la FCPI. Por ello, durante toda la vigencia del EP tomar la determinación de abrir una investigación en Colombia fue innecesario (Ardila & Behar, 2017, p. 104), particularmente la instancia judicial nacida del Acuerdo Final de Paz marcó un factor decisivo para el cierre del EP como lo sostuvo Guariglia (2021):

3 Legislación fruto del proceso de negociación, desmovilización y reinserción con estructuras paramilitares que tenía por objeto personal a quienes se hubieren desmovilizado de forma individual o colectiva y pudieran ser considerados responsables de hechos delictivos cometidos durante su permanencia en tales grupos armados antes del 25 de julio de 2005.

4 Instancia judicial del SIVJRNR tendiente a administrar justicia transicional para aquellos delitos más graves y representativos cometidos en el marco del conflicto armado antes del primero de diciembre de 2016 por excombatientes de las FARC-EP, miembros de la Fuerza Pública, otros agentes del Estado y terceros civiles (estos dos últimos acudirán de manera voluntaria).

La JEP era lo último en términos de medición de informes nacionales. Si la JEP avanzaba el EP iba inexorablemente a moverse hacia el cierre. Si la JEP fracasaba ya fuera por motivos internos o extrínsecos la única solución posible era la apertura de una investigación. La JEP era el último eslabón en la cadena. De algún modo el partido sobre la admisibilidad en Colombia se jugaba en la JEP. La acción de la JEP le dio la información a la FCPI para decir que por lo menos por ahora es un esfuerzo nacional comprensivo, robusto, legítimo, hecho de buena fe y que es capaz de producir justicia en Colombia.

En el mismo sentido Cifuentes (2022) planteó:

Hoy en día Colombia, que es el primer país que después de la entrada en vigencia del ER ha emprendido un proceso de justicia transicional, es el fiel reflejo de cuáles son esos límites entre lo que podría disponer un ejercicio de soberanía y la existencia de unos principios y unos límites internacionales claramente definidos.

Se tiene que el accionar de la JEP, como la más reciente propuesta de justicia nacida de un proceso de diálogo con la guerrilla de las FARC-EP, constituyó el impedimento para la entrada de la CPI al país. Si bien se valoraron los avances tenidos por la JO y otros procesos de justicia transicional, las razones más potentes para llegar a la conclusión de que no se configuraba ninguna de las causales previstas por el artículo 17 del ER para proceder con una investigación formalmente provinieron de la JEP.

Una vez adoptada la decisión de dar por concluido el EP en Colombia, la FCPI propuso la suscripción de un acuerdo de cooperación con el Gobierno. Este acuerdo, que constituye un documento único hasta la fecha, reafirma: (i) las obligaciones que ya tiene Colombia con los fines que persigue el ER; (ii) las actividades enmarcadas por la CP que regirán la relación bilateral en el futuro (y que ya se realizaban con el EP abierto); (iii) la posibilidad de reabrir el EP de llegar a variar las circunstancias, y (iv) el rango constitucional del Acuerdo Final de Paz. De igual forma, implícitamente, este acuerdo de cooperación comprende un respaldo de tipo político para las reacciones que suscitaría el cierre del EP. Cuestión no menor en un contexto como el colombiano que, si bien está inmerso en un proceso de justicia transicional, no deja de caracterizarse por la polarización.

No obstante, pese a que el acuerdo de cooperación puede ser visto como el inicio de una nueva etapa de relación y observación entre Colombia y la FCPI (Ambos, 2021), enmarcada por la cooperación internacional, en donde la segunda mantendría un

rol de monitoreo con un carácter más discreto que cuando el EP estaba abierto (Guariglia, 2021), el cierre del EP trajo y traerá más consecuencias de tipo político que práctico.

El EP en Colombia permaneció por lo menos 10 de los 17 años que se mantuvo abierto regido por la CP, una vez cerrado, el pacto es que continúe siendo la CP la que marque el rumbo de este nuevo escenario de relacionamiento entre la FCPI y Colombia. Será el seguimiento a los procedimientos de los macrocasos abiertos por la JEP⁵ y el cumplimiento efectivo de las sanciones que imponga este tribunal lo que determinará el curso que tomará este capítulo, que no dista del sentido de las labores que ya adelantaba la FCPI con el EP abierto.

Por esta razón, mantener la idea de que la FCPI debía preservar el seguimiento sobre el futuro de los esfuerzos nacionales por cumplir con el EP abierto en Colombia hasta que los mismos llegaran a su culminación era un desatino. Primero, la FCPI no perderá de vista la situación en Colombia en tanto su seguimiento y veeduría está garantizado por el acuerdo de cooperación suscrito. Segundo, si durante 17 años el Estado colombiano ha tenido altas y bajas en sus progresos judiciales pese a estar incurso en un EP, ahora que la FCPI ha decantado criterios se avizora más factible que, de variar las circunstancias, propenda por llevar la situación de Colombia ante la CPI. Tercero, como lo ha reconocido la FCPI en diversas oportunidades, el escenario de justicia transicional colombiano es particular, sin precedentes y se encuentra en un punto sensible dado que cualquier determinación a su alrededor le impacta trascendentalmente. Al sopesar este punto con la optimización, la eficiencia y la eficacia de los reducidos recursos de la FCPI para cumplir con sus labores, resultaba mucho más prudente priorizar los procesos de rendición de cuentas internos con el cierre del EP. Sobre el particular, Vargas (2021b) expresó:

Si bien la suscripción de dicho acuerdo ofrece cierto grado de estabilidad a las medidas nacionales de persecución de crímenes bajo el ER y reafirma el interés de la Fiscalía de la CPI en continuar su rol de

5 Caso 01: Toma de rehenes y otras privaciones graves de la libertad cometidas por las FARC-EP. Caso 02: Situación territorial de Ricaurte, Tumaco y Barbacoas (Nariño). Caso 03: Asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado. Caso 04: Situación territorial de la región de Urabá. Caso 05: Situación territorial en el norte del Cauca y Sur del Valle del Cauca. Caso 06: Victimización de miembros de la Unión Patriótica. Caso 07: Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado. Asimismo, la JEP (2022a) indicó que durante el 2022 tenía prevista la apertura de 3 nuevos macrocasos: (i) daños a pueblos étnicos, (ii) paramilitarismo, terceros y agentes del Estado y (iii) caso sombrilla de las FARC-EP que abarcaría lo relacionado con medios y métodos de guerra ilícitos, control territorial y social y crímenes no amnistiables cometidos por estructuras urbanas. También se trabaja en la apertura de un macrocaso sobre violencia sexual, violencia reproductiva y otros crímenes cometidos por prejuicio, odio y discriminación de género, sexo, identidad y orientación sexual diversa en el marco del conflicto armado (JEP, 2022b).

veeduría de la complementariedad en Colombia, se considera poco probable que la Fiscalía de la CPI decida solicitar la apertura de una investigación de oficio en Colombia. De hecho, el cierre mismo de la situación indica una preferencia por dejar la adjudicación de los crímenes identificados en 2012 en manos de las autoridades nacionales (p. 90).

Sin embargo, nada de lo anterior constituye un desconocimiento a la persistencia de ciertas cuestiones problemáticas en relación con la investigación, el juzgamiento y la sanción a nivel interno de las conductas y los casos potenciales de interés de la FCPI como el tratamiento superfluo de la violencia sexual y basada en género en los macrocasos abiertos hasta el 2022 por la JEP; la carencia de avances en la JO respecto de las compulsas de copias de terceros vinculados al conflicto armado (Coalición por la CPI, 2020), y la ausencia de criterios claros para la priorización de regiones, periodos temporales y estructuras de la Fuerza Pública y la metodología de “abajo hacia arriba” prevista para investigar la cadena de responsables en el Caso 03 sobre “falsos positivos” (Comisión Colombiana de Juristas, 2021). De estas cuestiones dependerá que la decisión de la FCPI respecto al cierre del EP se mantenga o, por el contrario, dé lugar a su reapertura en relación con los CLH y CRG identificados entre el primero de noviembre de 2002 y el primero de noviembre de 2009, respectivamente, y el 2012.

De otro lado, se considera como un yerro la ausencia de relación cercana de la FCPI con la sociedad civil organizada y las víctimas en medio de lo que implicó el cierre del EP y la suscripción del acuerdo de cooperación (Ospina, 2021). Estos sujetos son unos de los actores de mayor relevancia en el engranaje que implican los procedimientos ante la CPI que, para el caso colombiano, estuvieron durante los 17 años de EP —e incluso previamente— atentos, vigilantes y participativos.⁶ De hecho, la desconexión entre la FCPI y las organizaciones ha llevado a que estas hayan acudido ante la CPI a solicitar que la decisión adoptada por el fiscal Karim Khan se revoque, o subsidiariamente, se justifique debidamente (FIDH, 2022).

Una expectativa importante que queda para el escenario de CP de la FCPI con el EP concluido en Colombia es la trascendencia que deben tener la sociedad civil y las víctimas, ya sea para contrastar y constatar la información institucional en los términos del acuerdo de cooperación o para recibir y analizar la información que

6 Durante los últimos meses del periodo de la fiscal Fatou Bensouda fueron llamados a presentar propuestas sobre los puntos de referencia e indicadores relevantes que podrían guiar la evaluación para llegar a una determinación acerca del EP en Colombia (FCPI, 2021a), consideraciones sobre las cuales el fiscal Karim Khan no se pronunció el 28 de octubre de 2021 en el cierre del EP.

estos aporten en relación con otras violaciones a derechos humanos e infracciones al DIH cometidas fuera del periodo que abarcó el EP entre 2004 y 2021.

Se dilucidan dos reflexiones específicas sobre este punto. La primera que los avances de la JEP fueron el motivo primordial por el cual la FCPI procedió con el cierre del EP en Colombia, en la medida que estos constituían una barrera significativa para superar los estándares de apertura de una investigación en instancias de una Sala de Cuestiones Preliminares, por lo menos, en ese momento. La segunda, dada la lógica del porvenir de las relaciones entre Colombia y la FCPI se regirá bajo la CB, como ya sucedía con el EP abierto, no se justificaba —especialmente en términos prácticos— proseguir con este.

3. Justicia ordinaria: el perpetuo talón de Aquiles

Pese a que el ER dispone que los más graves crímenes son una amenaza para la paz, que la Constitución Política de Colombia prevé que la paz es un derecho y un deber (art. 22) y que el resultado de las negociaciones con las FARC-EP propende por consolidar una “paz estable y duradera”, tal aspiración es aún un desafío de grandes proporciones. Transcurridos más de 5 años desde la firma del Acuerdo Final de Paz el panorama es inquietante: con corte al 30 de junio de 2022 han sido asesinados 1320 líderes y lideresas sociales (Indepaz, 2022a) y 320 excombatientes de las FARC-EP⁷ (Indepaz, 2022b); así mismo, se han registrado 261 masacres solamente entre el 7 de agosto de 2018 y el 4 de junio de 2022 con un saldo de 1144 víctimas (Indepaz, 2022c).

De acuerdo con la línea argumentativa sostenida hasta ahora, que permitió afirmar que resultó conveniente el cierre del EP en Colombia, en atención a los factores que reclamaban alguna determinación al respecto y la responsabilidad que ahora recae, particularmente en la JEP, de mantener dicha decisión en relación con los crímenes previstos por la FCPI como de su interés, el tema que ahora se aborda se centra en la preocupación alrededor de la investigación, el juzgamiento y la sanción por parte de la JO⁸ de las conductas cometidas luego del primero de diciembre de 2016 que no son del resorte de la JEP. Esto, en tanto se considera que la perpetuación de estos hechos y la impunidad sobre estos constituyen una ventana para que la FCPI abra un nuevo EP por las situaciones acaecidas en este periodo.

7 La Corte Constitucional (2022) declaró el estado de cosas inconstitucional en virtud del bajo cumplimiento de las garantías de seguridad para los firmantes del Acuerdo Final de Paz.

8 Por JO en materia penal se entienden la Fiscalía General de la Nación, como ente encargado de adelantar la acción penal (Constitución Política de 1991, art. 250), los juzgados, los tribunales y la Corte Suprema de Justicia (Ley 270/96, art. 11).

Sobre la situación actual de derechos humanos en el país se pronunció el presidente y magistrado de la JEP, Eduardo Cifuentes (2021):

La JEP está actuando en un momento complejo, en el que, si bien tiene la misión única de sancionar crímenes cometidos durante los últimos 50 años, antes del 1 de diciembre de 2016, estamos actuando en un contexto que no es de postconflicto pacífico. Hay muchas manifestaciones de violencia que repercuten y hacen difícil y hostilizan la actuación de esta nueva justicia transicional.

Aunque durante el tiempo que se mantuvo abierto el EP la FCPI evaluó las labores desplegadas por la JO, fueron los procedimientos de justicia transicional los que ocuparon mayoritariamente la atención de este organismo, cuyas acciones fueron decisivas para tomar determinaciones definitivas al respecto. Si la FCPI únicamente se hubiera concentrado en los avances de la JO a lo largo del EP no solo la decisión de cerrarlo no se habría tomado, sino que seguramente ya se habría abierto una investigación en Colombia por las serias dificultades para cumplir con los estándares internacionales de lucha contra la impunidad frente a crímenes contenidos en el ER.

A lo largo de los distintos informes rendidos por la FCPI en seguimiento a los avances frente al desplazamiento forzado, los “falsos positivos”, los crímenes sexuales y basados en género y la promoción y expansión de grupos paramilitares se identificaron los siguientes aprietos en la JO: (i) bajas cifras de condenas (FCPI, 2012, párrs. 213-214); (ii) no correspondencia de los niveles de actividad procesal y judicial con la escala de los fenómenos, las consecuencias de los crímenes y el número de víctimas (párr. 219); (iii) nulos logros en torno al esclarecimiento del contexto y las circunstancias en las que se cometieron los crímenes (párr. 220); (iv) limitada información disponible sobre medidas investigativas tangibles y concretas adoptadas por la Fiscalía General de la Nación (FGN) para investigar o enjuiciar a los máximos responsables (FCPI, 2017b, párr. 138), y (v) existencia de obstáculos para avanzar en las investigaciones provenientes de la ausencia de coordinación entre instituciones judiciales y administrativas, la falta de capacidad técnica suficiente y de conocimientos acerca de cómo investigar y enjuiciar este tipo de delitos, así como la falta de una base de datos de casos confiable (FCPI, 2015, párr. 41).

También se destaca la mención realizada por la exfiscal Fatou Bensouda en relación con la JO tras la visita efectuada a Colombia en septiembre de 2017: “tuve oportunidad de reunirme con el fiscal general y recalqué la importancia de recibir información concreta y específica sobre las medidas de investigación adoptadas en

relación con los posibles casos identificados por mi Fiscalía” (FCPI, 2017a). Con ello quedó expuesta la necesidad de recibir por parte de la FGN información precisa y tangible en relación con los crímenes de interés de la FCPI más allá de intenciones o compromisos genéricos al respecto (El Espectador, 2017).

Las problemáticas de la JO, ya avizoradas por la FCPI, también han sido recurrentemente manifestadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos en los que se ha condenado al Estado colombiano sintetizados en (i) la escasa participación de los familiares de las víctimas ya fuere como parte civil o testigos (*Caso Masacre de Mapiripán*, párr. 219); (ii) el conocimiento de los hechos se había realizado ante la justicia militar lo cual había comprometido claramente la independencia e imparcialidad del procedimiento legal; (iii) el incumplimiento al deber de investigar con debida diligencia y con la garantía del plazo razonable (*Caso Escué Zapata*, párrs. 98-111; *Caso Villamizar Durán*, párrs. 161-162; *Caso Yarce y otras*, párrs. 288-300); (iv) la incoherencia e insuficiencia del conjunto de las investigaciones realizadas para esclarecer los hechos pese a existir diversos procesos internos en curso (*Caso Manuel Cepeda Vargas*, párr. 122); (v) la inseguridad para las personas que participaron en el proceso; (vi) la falta de vinculación de las empresas privadas en la presunta afectación a los derechos de las víctimas; (vii) las investigaciones aisladas que no consideraban la naturaleza de CLH de los hechos (*Caso Operación Génesis*, párr. 374), y (viii) el retraso en las investigaciones, el juzgamiento y la condena de todos los responsables, así como en hacer efectivas las órdenes de captura, lo cual contribuyó a perpetuar los actos de violencia e intimidación contra testigos y fiscales vinculados al esclarecimiento de los hechos (*Caso Ituango*, párrs. 322-325), entre otras.

De acuerdo con Valencia et al. (2019), en el Índice Global de Impunidad “La Impunidad Subnacional en Colombia y sus Dimensiones” se encontrará lo siguiente en relación con la JO:

La impunidad es un fenómeno que se presenta en niveles elevados en Colombia, el 57 % de departamentos se clasifica en un nivel alto o muy alto de impunidad y solo el 9 % se encuentra en un nivel bajo. En Colombia, al ser un país unitario, la mayor responsabilidad de la presencia del fenómeno de la impunidad recae en las autoridades nacionales y no en las locales: la Policía Nacional, la FGN, el Poder Judicial a través de los tribunales y el sistema penitenciario, principalmente (p. 7).

Por su parte, Le Clercq y Rodríguez (2020), en el Índice Global de Impunidad “Escalas de Impunidad en el Mundo”, situaron a Colombia como un país con impunidad media, ocupa el puesto 49 de 69 con un valor de 46.88. El sistema de justicia colombiano fue el peor calificado con una puntuación de 88.5. Así se sintetizó el estudio realizado:

De acuerdo con el IGI-2020, a nivel estructural el sistema de seguridad (66.26) y de justicia (88.91) son las dos dimensiones con más problemas, lo anterior es atribuible a la debilidad mostrada por el Estado con incapacidad de controlar la corrupción generalizada que alcanza instituciones públicas y privadas, y ha sido estimulada por la debilidad de los partidos políticos. Esto se agrava por el arraigo del narcotráfico en todos los niveles y una situación de violencia continuada que aumenta al combatirla pues se usan las armas con resultados poco efectivos y serias consecuencias respecto al tema de los derechos humanos (56.52) (p. 176).

Así las cosas, se evidencia el problema en torno a la efectividad de la JO en Colombia. El cual, en materia penal, recae en gran medida en la FGN, al tratarse de la primera entidad que recibe las denuncias y tiene a su cargo la investigación de las conductas criminales para que lleguen a una instancia de juzgamiento y sanción efectivas ante las y los jueces.

Las principales deficiencias en la política pública criminal de la FGN de cara a la investigación de CLH y CRG se pueden sintetizar así: (i) confusión en el tratamiento de delitos ordinarios y graves violaciones a derechos humanos e infracciones al DIH; (ii) desconocimiento de enfoques diferenciales —género, territorial, étnico, ciclo vital, discapacidad—; (iii) precariedad de criterios definidos para atender aquellas conductas de mayor interés de la FCPI; (iv) ausencia de claridad en cuanto a las competencias de la estructura orgánica de la FGN; (v) fallas en la sistematización y registro de las conductas delictivas, así como en las variables de información que se tienen en cuenta para adelantar dicha labor —impunidad estadística—; (vi) la incidencia mediática en la cual se ven inmersos ciertos casos constituye una variable importante a tener en cuenta frente a las labores de la FGN, y (vii) la persistencia de cuellos de botella relacionados con las cargas de trabajo, la cantidad de personal asignado a adelantar las investigaciones, la evaluación de los funcionarios a partir de criterios estrictamente cuantitativos y los cambios de procesos en los despachos que generan retrocesos, entre otros (Martínez, 2021).

Fruto del punto 3. 4. 4. del Acuerdo Final de Paz se creó, al interior de la FGN —a través del Decreto 898/17⁹— la Unidad Especial de Investigación (UEI) encargada de desarmar las organizaciones sucesoras del paramilitarismo, investigar las afectaciones en contra de excombatientes de las FARC-EP y sus familiares (dentro de las que se privilegian los delitos de homicidio, tentativa de homicidio, desaparición forzada y amenazas), y los homicidios de líderes, lideresas y defensores y defensoras de derechos humanos desde el 2016 —labor asumida desde mediados del 2018—. Así mismo, está involucrada desde octubre de 2020 en el diseño de una estrategia para el esclarecimiento de homicidios con múltiples víctimas (FGN, 2021).¹⁰

La FGN (2022) manifestó que durante el 2021 la UEI había logrado un avance del 68.35 % en el esclarecimiento de crímenes cometidos en contra de líderes y lideresas sociales y en un 59 % en aquellos perpetrados en contra de firmantes del Acuerdo Final de Paz. Sin embargo, estos resultados han encontrado significativas críticas por parte de la sociedad civil: cifras oscuras, atrasadas y parciales que no dimensionan los patrones del fenómeno y por ende no evidencian progresos acompañados con la realidad, máxime cuando el indicador es el “esclarecimiento” que no representa una etapa procesal en concreto (El Universal, 2022).

Juan Pappier (2022), investigador de Human Rights Watch, discrepa tajantemente en torno a los números de líderes y lideresas sociales:

Las cifras que han presentado no reflejan la realidad. El universo total de casos para reportar estos avances es falso e inexacto. Solamente están contando un caso en 2021 a pesar de que la ONU ha recibido denuncias sobre más de 190 casos y ha podido corroborar al menos 73 casos en el transcurso de 2021. Esto pasa porque la ONU en febrero de 2021 decidió dejar de compartir toda la información a la FGN. Antes la ONU les transmitía —luego de verificar un caso— los datos básicos (nombres, apellidos). Solo le dieron un caso en 2021

9 Por el cual se crea al interior de la FGN la UEI para el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres que atentan contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo, en cumplimiento a lo dispuesto en el Punto 3. 4. 4. del Acuerdo Final de Paz. Se determinan lineamientos básicos para su conformación y, en consecuencia, se modifica parcialmente la estructura de la FGN, la planta de cargos de la entidad y se dictan otras disposiciones.

10 De la mera descripción de competencias otorgadas a la UEI se evidencian varias de las deficiencias que ya se advertían al interior de la FGN. Se desvanece gradualmente la optimización de recursos y procedimientos para las graves violaciones a derechos humanos e infracciones al DIH a partir de la mixtura de funciones asignadas para un grupo reducido de funcionarios y la ausencia de criterios claros y definidos para su judicialización.

porque decidieron cambiar la metodología y empezar a hacer públicas las cifras sin dar los nombres.

Asimismo, en relación con los excombatientes de las FARC-EP, en torno a quienes reposan medidas cautelares concedidas por la JEP para velar por la salvaguarda de su vida e integridad dadas las múltiples victimizaciones a las que se enfrentan, Pappier (2022) encontró resultados insuficientes en relación con la labor de la UEI:

Las cifras de esclarecimiento de los hechos relacionados con homicidios, tentativas de homicidios y desapariciones forzadas de personas reincorporadas de las FARC-EP solo reflejan 33 sentencias proferidas en los 280 procesos iniciados. En relación con las amenazas la situación es aún más compleja, pues apenas se han proferido 7 sentencias en las 251 investigaciones realizadas, lo cual no representa ni siquiera el 2% de las investigaciones.

De otro lado, la Secretaría Técnica del Componente de Verificación Internacional CINEP-CERAC (2021), indicó que se desconoce el nivel de aplicación y los resultados de la metodología especializada para cumplir con el cometido encomendado por el Decreto 898/17 de dismantelar las organizaciones criminales (pp. 144-145) por lo que considera un reto avanzar en la acusación y judicialización de los determinadores de los hechos (p. 154). Las preocupaciones avizoradas que entorpecen esta misión se concentran en solo contar con 5 personas a cargo de su dirección; deficiencias derivadas de su creación misma al tratarse de un equipo con recursos sumamente limitados; dificultades para hacer presencia en los territorios y materializar capacidades de justicia local, y las problemáticas en relación con sus niveles de autonomía (El Espectador, 2021).

Por lo anterior, la preocupación en relación con la investigación y posterior juzgamiento y sanción de los responsables de los crímenes cometidos en Colombia luego del primero de diciembre de 2016 tiene sentido. El actual fiscal colombiano, Francisco Barbosa (2021), manifestó: “La Fiscalía no hace prevención en crímenes contra líderes sociales. Es un órgano posterior a la comisión de esas conductas punibles”. Sin embargo, se trata de una afirmación que no se comparte en la medida en que el ejercicio de la acción penal que facilita la impunidad perpetúa las violaciones de derechos humanos.

El informe final de la CEV *Hay futuro si hay verdad* precisó sobre este punto:

La guerra necesita de la impunidad para crecer. Por eso ha sido un factor de persistencia en el conflicto. Su continuidad ha sido alimentada por ataques a la justicia, la persecución a las víctimas, desidia

institucional, desconfianza y desestructuración del Estado. Se ocultan, se silencian, se estigmatizan y se callan las voces que claman justicia. La impunidad es un problema de vieja data, con raíces entrelazadas con las violencias estructurales. Por eso, enfrentarla requiere convicción y acatamiento social a una justicia autónoma y valiente, con un Estado que la respalde y una clase política que la respete. Se necesita una cultura de cero interferencia en sus decisiones, pero permanente comunicación con la sociedad para compartir sus hallazgos con celeridad, pertinencia y decisión, para que así renazca la confianza en una vida social de leyes que se cumplen (Capítulo hallazgos y recomendaciones, 2022, p. 586).

Por ende, como lo prevé la Resolución No. 2005/81 sobre impunidad de la ONU (art. 17), llevar a cabo las reformas institucionales al interior de todos los órganos que hacen parte de la JO con el fin de erradicar las malas prácticas que componen el caldo de cultivo propicio para impedir la justicia, la verdad, la reparación y las auténticas garantías de no repetición es requisito indispensable para reivindicar y legitimar el Estado social de derecho, constituir una verdadera barrera de contención frente a una futura intervención de la FCPI en Colombia y materializar un componente verdadero y tangible de realización de los fines que persigue el ER.

Conclusiones

La experiencia de Colombia ante la CPI significó un cúmulo de lecciones aprendidas para ambas partes. Durante 17 años la FCPI mantuvo abierto el que seguramente será el EP más largo de su historia por la comisión de CLH y CRG entre el primero de noviembre de 2002 y 2009, respectivamente, y por lo menos el 2012, en el marco del conflicto armado interno. Durante dicho periodo se enfrentó a la lucha contra la impunidad como se lo ordena el ER a partir de la articulación entre sus recursos finitos y las iniciativas nacionales por satisfacer las obligaciones de justicia de tales conductas.

La delimitación de las fases del EP, particularmente la etapa de complementariedad, constituye una necesidad y un desafío al interior de la FCPI en cuanto a la optimización de sus procesos. Por ende, se considera pertinente la decisión de cerrar el EP en Colombia con base en los incipientes criterios que advirtieron que los avances obtenidos por la JEP conformaban una barrera resistente —por ahora— para superar los estándares de apertura de una situación ante la CPI.

La estrategia diseñada por la FCPI en relación con el curso que tomarán las acciones nacionales de investigación, juzgamiento y sanción de los potenciales crímenes

competencia de la CPI en el periodo de valoración del EP se decantó por la CP, así quedó consagrado en el acuerdo de cooperación suscrito. Sin embargo, dado que las acciones de CP en el país como el intercambio de buenas prácticas y actividades y las visitas en terreno ya se adelantaban con el EP abierto, el cierre de este tuvo —y tendrá— más efectos políticos que prácticos, en virtud del complejo contexto colombiano postfirma del Acuerdo Final de Paz caracterizado por la continuidad de graves crímenes. En ese sentido, es sumamente relevante que la FCPI en lo futuro atienda, reconozca y valore el actuar de la sociedad civil organizada y las víctimas con el fin de realizar análisis meticulosos de la situación colombiana a la luz del ER.

La violencia desatada luego de la firma del Acuerdo Final de Paz en contra de las y los excombatientes de las FARC-EP, los líderes y las líderes sociales y los y las defensores de derechos humanos y la población civil que ha salido a ejercer legítimamente su derecho a la protesta pacífica, así como aquella que habita las regiones más golpeadas históricamente por el conflicto lanzan una enorme alerta: si la JO (sobre todo la FGN por la cual inicia el procedimiento penal) no erradica los elevados índices de impunidad que facilitan la comisión de crímenes, no se podrán superar los obstáculos puestos de presente por la FCPI en los 17 años de EP vigente y se mantendrá latente una nueva intervención internacional.

De esta forma se espera que el nuevo capítulo entre la FCPI y Colombia con base en la CP, desmarcada de un EP, no solamente vele por el funcionamiento autónomo y dinámico de la JEP sin intromisiones de ningún tipo y con estricto cumplimiento de los estándares del ER para aquellos crímenes cometidos con anterioridad al primero de diciembre de 2016, sino que se extienda a alentar en igual forma a la JO frente a las conductas perpetradas desde entonces hasta la fecha. Dado el caso que persistan las falencias en la JO y no se abanderen con verdadero compromiso y firmeza las aspiraciones del Acuerdo Final de Paz, no quedará otra alternativa más que enfrentar un nuevo tramo en la ruta de Colombia hacia La Haya.

Referencias

- Ambos, K. (2010). El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma). *InDret Penal. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 1-47. <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/727.pdf>
- Ambos, K. (31 de octubre de 2021). El retorno de la “complementariedad positiva”. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/kai-ambos/el-retorno-de-la-complementariedad-positiva-a-proposito-del-archivo-del-examen-preliminar-referente-a-colombia-por-parte-de-la-cpi/>

- Ardila, C., & Behar, O. (2017). Colombia: En remojo. En C. Ardila, O. Behar, J. Castillo, & S. Buitrago (Eds.), *Pistas para narrar la justicia penal internacional* (pp. 97-112). Universidad Santiago de Cali.
- Barbosa, F. (24 de noviembre de 2021). *La conclusión del examen preliminar de la Situación en Colombia por la Fiscalía de la CPI*. Universidad Externado de Colombia. https://www.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=212360334271466
- Cifuentes, E. (23 de diciembre de 2021). *Cierre del examen preliminar CPI en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia. <https://www.youtube.com/watch?v=LkQ60e0fo0U>
- Cifuentes, G. (1 de julio de 2022). *Aniversario de la CPI: una mirada latinoamericana*. Agenda Estado de Derecho. <https://twitter.com/i/spaces/1vOxwykpR-DbGB?s=20>
- Coalición por la Corte Penal Internacional. (9 de diciembre de 2020). *Parámetros para el análisis de exámenes preliminares*. https://www.facebook.com/watch/live/?v=1154309178317876&ref=watch_permalink
- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de Colombia*. (20 de julio de 1991).
- Colombia, Congreso de la República. Ley 270/96, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (15 de marzo de 1996).
- Colombia, Corte Constitucional [@CConstitucional]. (28 de enero de 2022). *La Corte declaró el Estado de cosas Inconstitucional (ECI) por el bajo nivel de implementación del componente de garantías de seguridad de la población firmante en tránsito a la vida civil, previsto en el Acuerdo Final de Paz, desarrollado por normas constitucionales y legales*. [Tweet] <https://twitter.com/CConstitucional/status/1487168234705014784>
- Colombia, Fiscalía General de la Nación. (2021). *Informe de Gestión 2020-2021: En la calle y en los territorios*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-Gestion2020-2021.pdf>
- Colombia, Fiscalía General de la Nación. (5 de enero, 2022). *Fiscalía superó el 68 % en avance de esclarecimiento de crímenes contra defensores de derechos humanos, en 2021*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-supero-el-68-en-avance-de-esclarecimiento-de-crimenes-contra-defensores-de-derechos-humanos-en-2021/>

- Comisión Colombiana de Juristas. (20 de mayo de 2021). *Observatorio de la JEP. Boletín 35. Edición especial del Observatorio sobre la JEP en relación con el Auto 033 de 2021 (Hacer de público conocimiento la priorización interna del Caso No. 03)*. https://www.coljuristas.org/observatorio_jep/documentos/documento.php?lan=en&id=200
- Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. (2022). *Informe Final. Hay futuro si hay verdad. Capítulo hallazgos y recomendaciones*. <https://www.comisiondelaverdad.co/hallazgos-y-recomendaciones-1>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacre de Mapiripán c. Colombia*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas (15 septiembre 2005). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacres de Ituango c. Colombia*. Sentencia (1 julio 2006). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Escué Zapata c. Colombia*. Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas (4 julio 2007). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_165_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cepeda Vargas c. Colombia*. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (26 mayo 2010). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia*. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (20 noviembre 2013). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_270_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Yarce y otras c. Colombia*. Sentencia Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (22 noviembre 2016). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_325_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Villamizar Durán y otros c. Colombia*. Sentencia Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (20 noviembre 2018). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_364_esp.pdf

- Corte Penal Internacional, Oficina de la Fiscalía [FCPI]. (2006). *Report on Prosecutorial Strategy*. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.pdf
- Corte Penal Internacional. Oficina de la Fiscalía [FCPI]. (2007). *Policy Paper on the Interests of Justice*. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPIterestsOfJustice.pdf>
- Corte Penal Internacional. Oficina de la Fiscalía [FCPI]. (2012). *Situación en Colombia Reporte Intermedio*. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP-2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF>
- Corte Penal Internacional. Oficina de la Fiscalía [FCPI]. (2013). *Documento de política general sobre exámenes preliminares*. <https://www.icc-cpi.int/icc-docs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Preliminary-Examinations--November2013-SPA.pdf>
- Corte Penal Internacional. Oficina de la Fiscalía [FCPI]. (2015). *Informe sobre las actividades del examen preliminar*. <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-PE-rep-2015-Spa.pdf>
- Corte Penal Internacional. Oficina de la Fiscalía [FCPI]. (13 de septiembre, 2017a). *Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, al concluir su visita a Colombia (10 a 13 de septiembre de 2017)*. <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=170913-otp-stat-colombia&ln=Spanish>
- Corte Penal Internacional. Oficina de la Fiscalía [FCPI]. (2017b). *Informe sobre las actividades del examen preliminar*. https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2017-PE-rep/2017-otp-rep-PE-COLOMBIA_SPA.pdf
- Corte Penal Internacional. Oficina de la Fiscalía [FCPI]. (15 de junio, 2021a). *Declaración de la Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, invitando a las partes interesadas a consultar sobre el desarrollo de un marco de evaluación comparativa para la situación en Colombia*. <https://www.icc-cpi.int/fr/news/statement-icc-prosecutor-fatou-bensouda-inviting-stakeholders-consult-development-benchmarking>

- Corte Penal Internacional. Oficina de la Fiscalía [FCPI]. (28 de octubre, 2021b). *El Fiscal de la CPI concluye el examen preliminar de la situación en Colombia concertando un Acuerdo de Cooperación en el que se traza la siguiente fase del apoyo a los esfuerzos nacionales dirigidos a promover la justicia transicional*. <https://www.icc-cpi.int/fr/news/le-procureur-de-la-cpi-met-un-terme-lexamen-preliminaire-de-la-situation-en-colombie-en>
- El Espectador. (13 de septiembre, 2017). Fiscal Martínez le pidió a la CPI “la evidencia que posea” de crímenes en Colombia. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/judicial/fiscal-martinez-le-pidio-a-la-cpi-la-evidencia-que-posea-de-crimes-en-colombia-articulo-713091/>
- El Espectador. (21 de noviembre, 2021). La “coja” unidad de la Fiscalía para el desmonte del paramilitarismo. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/colombia-20/paz-y-memoria/balance-de-la-unidad-de-la-fiscalia-que-se-creo-para-el-desmonte-del-paramilitarismo/>
- El Universal. (07 de enero, 2022). Cuestionan el “esclarecimiento” de la Fiscalía a crímenes de líderes sociales. *El Universal*. <https://www.eluniversal.com.co/colombia/cuestionan-el-esclarecimiento-de-la-fiscalia-a-crimes-de-lideres-sociales-DN5953041>
- Estatuto de Roma. (17 de julio de 1998). [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Federación Internacional por los Derechos Humanos. (27 de abril, 2022). Colombia: La chocante decisión del Fiscal de la CPI de cerrar el examen preliminar debe revertirse. <https://www.fidh.org/es/region/americas/colombia/desconcertante-decision-fiscal-cpi-de-no-investigar-crimes-graves>
- Guariglia, F. (24 de noviembre de 2021). *La conclusión del examen preliminar de la Situación en Colombia por la Fiscalía de la CPI*. Universidad Externado de Colombia. https://www.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=212360334271466
- Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System. (2020). *Final Report*. https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19/IER-Final-Report-ENG.pdf
- Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz [@Indepaz]. (30 de junio, 2022a). *Carlos Alberto Hernández 30/06/2022 Arauquita, Arauca*. [Tweet]. <https://twitter.com/Indepaz/status/1542532598546796544>

- Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz [@Indepaz]. (19 de mayo, 2022b). *Con Gerardo González Correa serían 21 los firmantes del acuerdo asesinados en 2022 y 320 desde la firma del acuerdo de paz*. [Tweet]. <https://twitter.com/Indepaz/status/1527458733013585931>
- Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz [Indepaz]. (7 de junio, 2022c). *Respuesta al consejero presidencial para los derechos humanos*. <https://indepaz.org.co/respuesta-al-consejero-presidencial-para-los-derechos-humanos/>
- Jurisdicción Especial para la Paz. (02 de marzo, 2021). Comunicado 027 de 2021. La JEP advierte que persiste la desarticulación entre entidades del Gobierno para evitar los asesinatos de firmantes del Acuerdo Final de Paz [JEP]. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/JEP-advierte-que-sigue-desarticulaci%C3%B3n-entre-entidades-del-Gobierno-para-evitar-asesinatos-de-firmantes-del-Acuerdo-de-Paz.aspx>
- Jurisdicción Especial para la Paz [JEP]. (19 de enero, 2022a). Comunicado 002 de 2022. La JEP convoca a organizaciones de víctimas a participar en audiencias de observaciones sobre apertura de nuevos macrocasos. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-convoca-a-organizaciones-de-v%C3%ADctimas-a-participar-en-audiencias-de-observaciones-sobre-apertura-de-nuevos-macrocasos.aspx>
- Jurisdicción Especial para la Paz [JEP]. Auto SRVR No. 103 de 2022. Apertura de la etapa de agrupación y concentración del macrocaso No. 11 sobre violencia sexual, violencia reproductiva y otros crímenes cometidos por prejuicio, odio y discriminación de género, sexo, identidad y orientación sexual diversa en el marco del conflicto armado (11 de julio de 2022b). <https://caracol.com.co/descargables/2022/07/16/28b1db8e1b161dc962d-1b1591a5dc538.pdf>
- Le Clercq, J., & Rodríguez, G. (Eds). (2020). *Índice global de impunidad. Escalas de impunidad en el mundo*. Fundación Universidad de las Américas Puebla.
- Martínez, D. (2021). *Política pública criminal de la Fiscalía General de la Nación en crímenes competencia de la Corte Penal Internacional, lucha contra la impunidad como garantía de no repetición*. Universidad Externado de Colombia.
- Olásolo, H. (2009). *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*. Pontificia Universidad Javeriana – Biblioteca Jurídica Diké.

Olásolo, H. (2012). El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar. *Revista Via Inveniendi et Iucandi*, 7(2), 798-102.

Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos. Resolución sobre Impunidad No. 2005/81, Doc. ONU E/CN.4/RES/2005/81. (21 de abril de 2005). https://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/RES/2005/81

Ospina, J. [@juan_ospinar]. (28 de octubre de 2021). “6. Luego de ese contexto y antes de referirme a los puntos del acuerdo, debo decir que éste se elaboró y socializó a espaldas de la sociedad civil y de las víctimas. Una sola referencia a la sociedad civil hay en documento (p. 1) y NI UNA SOLA a las víctimas”. [Tweet]. https://twitter.com/juan_ospinar/status/1453742234436784130

Pappier, J. (7 de enero, 2022). Cifras de la Fiscalía sobre asesinatos de líderes sociales son falsas: HRW. *Caracol Radio*. https://caracol.com.co/programa/2022/01/07/6am_hoy_por_hoy/1641558474_207980.html

Secretaría Técnica del Componente Internacional de Verificación CINEP/PPP-CERAC. (2021). *Décimo informe de verificación de la implementación del Acuerdo final de paz en Colombia*. <https://www.verificacion.cerac.org.co/wp-content/uploads/2021/10/Decimo-Informe-de-verificacion-de-la-implementacion-del-Acuerdo-Final-de-Paz-en-Colombia.pdf>

Valencia, L., Ávila, A., Le Clerq, J., Cháidez, A., Gómez, D., & Rodríguez, G. (Coords). (2019). *Índice Global de Impunidad Colombia. La impunidad subnacional en Colombia y sus dimensiones IGI-COL 2019*. Fundación Universidad de las Américas Puebla – Fundación Paz y Reconciliación.

Vargas, S. (02 de diciembre, 2021a). When a preliminary examination closes, a new era opens: The OTP’s innovative support for transitional justice in Colombia. *Opinio Juris*. <http://opiniojuris.org/2021/12/02/when-a-preliminary-examination-closes-a-new-era-opens-the-otps-innovative-support-for-transitional-justice-in-colombia/>

Vargas, S. (2021b). Persecución penal internacional de los crímenes cometidos durante el Paro Nacional en Colombia como salvaguarda de la democracia. *Revista Ius Et Veritas*, 63, 83-106. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.004>

Matrimonio forzado y crimen internacional: una nueva tendencia normativa y jurisprudencial*

Forced Marriage and International Crime: A New
Normative and Jurisprudential Trend

Casamento forçado e crime internacional: uma nova
tendência normativa e jurisprudencial

Elena C. Díaz Galán**

Fecha de recepción: 19 de abril de 2022

Fecha de aprobación: 14 de julio de 2022

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11941>

Para citar este artículo: Díaz Galán, E. C. Matrimonio forzado y crimen internacional: una nueva tendencia normativa y jurisprudencial. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 10, 11-27. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11941>

Resumen

La clarificación de las conductas que implican la comisión de un crimen internacional continúa plenamente abierta al debate. En particular, los matrimonios forzados están dando lugar a una acalorada discusión académica y práctica frente a si deben ser catalogados como crimen de lesa humanidad. De serlo, quedarían englobados en unos u otros enunciados que definen este delito (esclavitud sexual u otros actos inhumanos). Esta cuestión se debe analizar con base en dos criterios. Primero, lo que recoge la práctica normativa internacional, mediante la apropiada interpretación de las normas adoptadas y los presupuestos básicos que configuraron su elaboración. Segundo, lo que deriva de los criterios jurisprudenciales en materia de matrimonios forzados aplicados por una gran variedad de tribunales penales internacionales.

* El presente trabajo fue realizado en el marco del Grupo de Investigación de Alto Rendimiento en Libertad, Seguridad y Ciudadanía en el Orden Internacional de la Universidad Rey Juan Carlos y dentro del Proyecto de investigación de la Agencia Estatal de Investigación (AEI) ODS, Derechos Humanos y Derecho Internacional, referencia: PGC2018-095805-B-I00, Universidad Carlos III de Madrid. Este artículo fue seleccionado y premiado en la XI Edición del Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner (CEBOS) 2021-2022 del Instituto Iberoamericano de La Haya - Universidad del Rosario. Fue presentado en el IV Congreso de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario en abril de 2022.

** Profesora contratada doctora de derecho internacional público y relaciones internacionales. Coordinadora del Grado en Relaciones Internacionales, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0914-8944>

El análisis exige apresar la perspectiva concerniente a los delitos de violencia y esclavitud sexual desde el enfoque del sector de la protección internacional de los derechos humanos. En síntesis, el propósito del trabajo es precisar si los matrimonios forzados están ganando autonomía conceptual y normativa en el orden internacional.

Palabras clave: matrimonio forzado; crimen de lesa humanidad; libre consentimiento; esclavitud; violencia de género.

Abstract

The clarification of committing an international crime remains fully open to debate. In particular, forced marriages are giving rise to heated academic and practical discussion for determining if they should be classified as crimes against humanity and whether they would be covered by some clauses that define these crimes (sexual slavery or other inhuman acts). This issue should be analyzed based on two criteria. First, following the international normative practice through the appropriate interpretation of the adopted norms and the basic standards that shaped their elaboration. Second, following the jurisprudential criteria on forced marriages applied by a wide range of international criminal courts. The analysis needs to consider the perspective regarding crimes of sexual violence and sexual slavery and the international human rights protection approach. In short, the purpose of this work is to determine whether forced marriages are gaining conceptual and normative autonomy in the international order.

Keywords: Forced marriage; crime against humanity; free consent; slavery; gender-based violence.

Resumo

A clarificação dos comportamentos que implicam a prática de um crime internacional permanece totalmente aberta ao debate. Em particular, os casamentos forçados estão dando origem a discussões acadêmicas e práticas acaloradas sobre se devem ser classificados como um crime contra a humanidade. E se eles seriam incluídos em uma ou outras declarações que definem esse crime (escravidão sexual ou outros atos desumanos). Essa questão deve ser analisada com base em dois critérios: primeiro, o que inclui a prática normativa internacional, por meio da adequada interpretação das normas adotadas e dos pressupostos básicos que moldaram sua elaboração. Em segundo lugar, o que deriva dos critérios jurisprudenciais sobre casamentos forçados aplicados por uma ampla variedade de tribunais penais internacionais. A análise requer captar a perspectiva sobre os crimes de violência e escravidão sexual; e tudo na perspectiva do setor de proteção internacional dos direitos humanos. Em suma, o objetivo do trabalho é determinar se os casamentos forçados estão ganhando autonomia conceitual e normativa na ordem internacional.

Palavras-chave: casamento forçado; crime contra a humanidade; consentimento livre; escravidão; violência de gênero.

Introducción

La comunidad internacional ha llegado a la conclusión de que se deben establecer cuatro tipos de crímenes internacionales que han sido recogidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), aprobado en 1998. Por lo menos, se ha llegado a un sólido acuerdo acerca de la existencia de crímenes internacionales que entrarían dentro de las competencias de la CPI. El artículo 5 del Estatuto preceptúa:

La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión (Organización de Naciones Unidas [ONU], 1998).

Es decir, se quiere destacar con toda nitidez la gravedad de aquellos hechos que permiten la consideración de un comportamiento como crimen internacional y se le otorga significación al hecho de que esas graves conductas tengan trascendencia en el orden político y jurídico internacional por atentar contra intereses esenciales y vitales de la comunidad internacional.

A partir de ahí se deben examinar las actuaciones que entrarían en alguna de las categorías de crímenes internacionales. Desde el principio se advierte una especial dificultad, siempre mayor, cuando se pretenden definir los componentes que integran el crimen de lesa humanidad (Servín, 2014; Márquez, 2008). El objeto en este trabajo será, en consecuencia, dilucidar si el matrimonio forzado representa verdaderamente un crimen internacional y, en concreto, si se debe calificar como crimen de lesa humanidad (Ambos & Wirth, 2002) bien porque está dentro de los supuestos descritos en el párrafo g) del artículo 7, del Estatuto de Roma que regula “la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable” o bien porque se califique como uno de los casos del apartado k) del mismo precepto: “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. De fondo, decidir si los matrimonios forzados entran en la categoría de crímenes de lesa humanidad (Gong-Gershowitz, 2009) siempre presenta dificultades y exigiría tener en cuenta tres circunstancias.

En primer lugar, es relevante el contexto político internacional en el que se califican determinadas conductas como crímenes de lesa humanidad y nunca se debe perder de vista esta perspectiva evolutiva (Bassiouni, 2011). Lo político condiciona

el significado más exacto del crimen de lesa humanidad. Por mucho que se quiera eludir esta cuestión, cuando se aborda con detenimiento este tipo de crímenes en términos jurídicos y se detallan sus componentes invariablemente queda el sabor amargo de que faltaría un acuerdo común sobre qué comportamientos atentan verdaderamente contra la humanidad y, por ende, quiénes tienen legitimidad, no legitimación, para acusar en nombre de la humanidad. En consecuencia, el contexto político en el que se desenvuelve la comunidad internacional hace que esta cuestión adquiera una importancia singular y especial. En realidad, no es fácil un acuerdo generalizado respecto a qué debe entenderse como crimen de lesa humanidad y, desde luego, su calificación al hilo de asuntos concretos y conductas singulares.

Esto sucederá también en relación con los matrimonios forzados. Así, por ejemplo, la retirada de Estados africanos de la CPI debe ser objeto de una profunda reflexión y no se debería despachar con base en criterios meramente políticos. Se ha dicho, con toda razón, recogiendo las expresiones de Nicole Fritz, que “la retórica de la repulsa según la cual el TPI es un instrumento del neocolonialismo o del neoimperialismo, es decir, un instrumento antiafricano, puede dañar a la institución hasta el punto de que sea finalmente abandonada” (Sarkin, 2016-2017, p. 176). La decisión de algunos Estados africanos no respondería únicamente al hecho de que han sido tradicionalmente ciudadanos de estos países los que han quedado sometidos a la jurisdicción de la CPI sino al temor de que se produzcan interpretaciones de la noción de humanidad que no sean aceptadas en todas las regiones del planeta y que, incluso, varíen en relación con los comportamientos de unos Estados frente otros. A esto último quedarían referidas aquellas conductas que llevan a la práctica de los matrimonios forzados. A pesar de todo ello, existe una visión desde este continente en relación con la protección de los derechos humanos en los campos jurídicos en los que se plantean los matrimonios forzados (Banda, 2005).

Está claro, por lo tanto, que los supuestos que deben ser calificados como crimen de lesa humanidad pueden quedar bien detallados en instrumentos jurídicos internos o internacionales, como el artículo 7 del Estatuto de Roma. Sin embargo, la práctica internacional podría desbordar los límites y contenidos que se señalan en estos instrumentos en supuestos concretos en los que se alega la comisión de un crimen concreto de lesa humanidad. El problema estribaría en que la ausencia de un acuerdo generalizado en el plano internacional respecto a qué conductas atentan contra la humanidad y quiénes la representan agravan la utilización política de esta noción en las relaciones internacionales contemporáneas. Con ello, se obstaculiza también una cabal comprensión del crimen de lesa la humanidad que

no permite, en algunos casos, la correcta aplicación de este concepto por desdibujarse sus perfiles jurídicos a causa de motivaciones de carácter político. En algunos casos de la práctica surgen profundas discrepancias respecto a si los denunciados deben ser considerados como verdaderos autores de la comisión de crímenes contra la humanidad o, por el contrario, si se trata únicamente de acusaciones de tipo político que tenían su fundamento en la pugna de poder en la escena internacional. En este contexto, se debe resolver si los matrimonios forzados implican siempre un crimen de lesa humanidad y cuál sería el significado más profundo de las actuaciones dañinas que integran los matrimonios de este tipo (Gaffney-Rhys, 2011). El hecho de que el Estatuto de Roma no aluda expresamente a los matrimonios forzados dificulta la solución en esta materia.

En segundo lugar, la clarificación exacta de los comportamientos que deben ser englobados en la categoría de crimen internacional es aún una cuestión plenamente abierta al debate a la luz de lo que establece, en especial, el Estatuto de la CPI, pero también en función de lo que ha ido señalando la jurisprudencia de este órgano y de otras instancias de características similares. En especial, los matrimonios forzados están dando lugar a intensas y acaloradas discusiones académicas y prácticas respecto a cómo deben ser catalogados, en sentido estricto, dentro del crimen de lesa humanidad (Lirola & Martín, 2016) y, sobre todo, en cuáles enunciados, que definen el delito, quedarían englobados. Para ofrecer una respuesta ampliamente satisfactoria es imprescindible examinar el recorrido normativo que ha experimentado la prohibición del matrimonio forzado en el orden jurídico internacional (Díez, 2019). Es decir, se trata de advertir particularmente si las reglas elaboradas por el derecho internacional destinadas a proscribir las conductas que llevan a matrimonios forzados tienen gran trascendencia y, en especial, si los califican como una violación especialmente grave de los derechos humanos (Aguilar, 2017). En otras palabras, la total incorporación de los matrimonios forzados a los crímenes de lesa humanidad dependerá también del trato normativo que estén recibiendo estos comportamientos en el derecho internacional y, en definitiva, de los postulados que defiendan los Estados y las organizaciones internacionales en este campo, como sucede en Europa (Briones, 2009).

A primera vista, la práctica en general y la convencional despuntan que se ha avanzado sobremanera en la línea de prohibir los matrimonios forzados y todavía más al calificarlos como violaciones graves de los derechos humanos. Así, por ejemplo, el Parlamento Europeo en la Resolución de 4 de julio de 2018 “Hacia una estrategia exterior de la Unión contra los matrimonios precoces y forzados” próximas etapas, señaló:

los matrimonios infantiles, precoces y forzados deben considerarse una violación grave de los derechos humanos y una vulneración de los derechos fundamentales de los menores afectados, en primer lugar de su derecho a expresar libremente su consentimiento y su derecho a la integridad física y a la salud mental, pero indirectamente también de su derecho a la educación y al pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos (Parlamento Europeo, 2018).

Esto le permitió a esta institución de la Unión Europea condenar “los matrimonios infantiles, precoces y forzados” y opinar “que toda infracción de la legislación pertinente que se cometa debe abordarse de un modo proporcionado y efectivo” (Parlamento Europeo, 2018). Con toda seguridad, se podría afirmar que la práctica de los matrimonios forzados se califica en la actualidad como una conducta especialmente grave en materia de derechos humanos, lo que explica la existencia de diversos instrumentos jurídicos orientados a su prohibición. Se ha revertido, por lo tanto, la situación según la cual “el matrimonio infantil y forzado, hasta fechas recientes, no había sido *per se* un motivo de intromisión del derecho” por lo que no había recibido un total reproche legal en el plano internacional. Sin embargo, en la actualidad, “cabe admitir que los actuales umbrales normativos mundiales y regionales en materia de protección de los derechos humanos satisfacen plenamente los objetivos de prevención y eliminación de dicha práctica nociva” (Díez, 2019, p. 291).

Por último, los relevantes avances normativos dedicados a regular y prohibir (Saldaña, 2016) los matrimonios forzados serían absolutamente insuficientes si no se produjeran simultáneamente logros en el terreno jurisprudencial. Serán las decisiones judiciales las que estimen si el delito del matrimonio forzado debe ser considerado un crimen internacional y acreditado como un crimen de lesa humanidad en su definición más precisa (Luban, 2004). La clave estará, en consecuencia, en los postulados jurisprudenciales en materia de matrimonios forzados sobre la base de los argumentos que han sido empleados por las partes en distintos asuntos de la práctica en esta materia (Bou, 2015) como sucede en el reciente caso *The Prosecutor v. Dominic Ongwen* de 2021. El análisis jurisprudencial exige apresar, por lo menos, la perspectiva concerniente a los delitos de violencia y esclavitud sexuales (Zorrilla, 2005) y el concepto más amplio de esclavitud en el orden jurídico internacional (Espaliú, 2014). La calificación jurídica de los matrimonios forzados podría adquirir una significación singular en el terreno de los conflictos armados —uno de los terrenos del crimen internacional— (Bunting, 2012), puesto

que, como se ha dicho, “las más de las veces, las manifestaciones de violencia sexual y de género en situaciones de conflicto son la violación, la esclavitud sexual, los matrimonios forzados, la prostitución forzada y el embarazo forzado” (Díez, 2019, p. 297).

Todo ello se deberá hacer sin descuidar el enfoque más completo que precisa la prohibición de los matrimonios forzados desde la óptica del sector relativo a la protección internacional de los derechos humanos. En otros términos, se debe realizar un esfuerzo de tipificación del delito del matrimonio forzado en los ordenamientos jurídicos internos en la línea señalada por la Sra. Sigma Huda en su informe como Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, al afirmar que los Estados debían incluir “en sus disposiciones penales, el delito concreto del matrimonio forzado, con penas que reflejen su gravedad” y, al mismo tiempo:

[que]también se invoquen disposiciones penales, como las relativas a la violación, el abuso sexual o el maltrato, al enjuiciar a los culpables de matrimonio forzado, ya que las víctimas de esos matrimonios suelen padecer habitualmente abusos sexuales, físicos y otros malos tratos corporales y psicológicos a manos de sus cónyuges. (ONU, 2007, p. 25)

Una relevante labor por parte de los órganos judiciales internos que contribuiría a reforzar la prohibición de los matrimonios forzados en el plano internacional.

Pero todo ello debe venir acompañado del fortalecimiento de una sólida línea jurisprudencial en el orden internacional que califique concretamente el matrimonio forzado como expresión de un crimen internacional, específicamente, dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad como son definidos en el derecho internacional (Capellá, 2005; Delmas-Marty et al., 2013). Con ello se logrará que la figura de los matrimonios forzados gane autonomía conceptual y normativa, aunque quedasen vinculados a los conceptos de esclavitud sexual o a los comportamientos englobados en otros actos inhumanos. A la postre, se podría suscribir que “aunque los matrimonios forzados normalmente implican relaciones sexuales, no dejan por ello de tener sus propios caracteres distintivos y son suficientemente graves como para ser calificados también como otros actos inhumanos” (Bou, 2015, p. 87). De eso se trata, es decir, de buscar aquellos elementos y contextos que permitan sostener que los matrimonios forzados, por ser supuestos graves de violación de los derechos humanos, ostentan al mismo tiempo la condición de crímenes de lesa humanidad.

1. El fortalecimiento normativo de la prohibición del matrimonio forzado y su catalogación como violación grave de los derechos humanos

La comunidad internacional ha ido avanzando con paso decidido en la regulación jurídica de los matrimonios forzados con la pretensión de prohibir todos los comportamientos de este tipo para erradicar definitivamente esta práctica nociva y dañina. Es innegable que los Estados a través de los ordenamientos jurídicos internos

adoptan cada vez más medidas legislativas para hacer frente al matrimonio infantil, precoz y forzado, entre las que cabe mencionar las enmiendas a las leyes destinadas a elevar la edad mínima para contraer matrimonio a los 18 años tanto en el caso de las niñas como en el de los niños, la prohibición del matrimonio infantil y forzado, las sanciones contra quienes lleven a cabo prácticas como el matrimonio infantil, precoz y forzado, y la aplicación del registro obligatorio de los matrimonios (ONU, 2008, párrs.10 y 25).

Sin embargo, esta tendencia viene acompañada de la ausencia de una normativa específica sobre matrimonios forzados en el plano internacional. En pocas palabras, no se puede anotar en el haber de la comunidad internacional la existencia de un convenio específico en esta materia. Por ello, es precisa la remisión constante a otros instrumentos que, de manera directa o indirecta, se ocupan de esta cuestión desde prismas y contextos diferentes.

1.1. La ausencia de un instrumento que prohíba expresamente el matrimonio forzado

La búsqueda de la prohibición expresa de los matrimonios forzados en el orden internacional y el contenido de las obligaciones que impone el derecho internacional en esta materia no se realizan en un instrumento único, orientado a regular con detalle los distintos aspectos del matrimonio forzado. Por el contrario, es necesario acudir a una pluralidad de instrumentos político-jurídicos y hacer referencia a una amplia diversidad de derechos que resultan afectados. En este sentido, diversos instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos establecen un marco protector

para aquellos casos de matrimonios infantiles, precoces y forzados, a través del reconocimiento de un conjunto de derechos humanos: edad mínima para contraer matrimonio, el derecho a la igualdad y

no discriminación, la libertad y el consentimiento de la persona en asociarse conyugalmente (Díez, 2019, p. 69).

De ahí la necesidad de elaborar un instrumento singular en esta materia. De todos modos, nada de ello quita valor y vigor a la prohibición de los matrimonios forzados y a las consecuencias jurídicas de las prácticas de esta conducta. Para advertirlo, el examen del matrimonio forzado en términos normativos debería tener en cuenta las siguientes cuestiones. Primera, siempre se han suscitado dudas en torno a los verdaderos caracteres que, en términos jurídicos, perfilan el matrimonio forzado porque no se dispone de una definición plenamente aceptada y recogida en un acuerdo internacional. No obstante, la ausencia de una definición no entorpece la labor destinada a acotar los componentes que lo perfilan sobre la base de la práctica interna legislativa de los Estados con fundamento en los postulados de la práctica internacional. Delimitar el contenido exacto de las obligaciones en el caso del matrimonio forzado lleva, con toda seguridad, a abordar los supuestos similares de matrimonio infantil y precoz (Nares; Colín & García, 2015). Lo importante es que “los matrimonios forzados implican un problema legal, porque suponen una violación de los derechos fundamentales de los contrayentes, y muchas veces una forma de violencia de género” (Igareda, 2015, p. 2). Las debilidades que se podrían deducir de la falta de acuerdo o de voluntad política a la hora de plasmar una definición jurídica del matrimonio forzado quedan compensadas por una rica práctica de los Estados y los órganos internacionales encargados de la protección de los derechos humanos que incide en la gravedad de las conductas en esta línea.

Pero como se ha recordado “las prácticas del matrimonio infantil, precoz y forzado no aparecen definidas en ningún tratado internacional” aunque la ONU ha dejado “perfectamente establecido qué se entiende por cada una de estas prácticas. De tal forma que se precisaron la diferencias, a pesar de la evidente relación que existe entre los tres conceptos” (Morán, 2022, p. 4). Así, sobre la base de lo que indica la ONU se podría acoger el contenido sobre las situaciones en las que verdaderamente tiene lugar un matrimonio forzado: cuando acontece la ausencia del consentimiento pleno y libre, expresado por alguno de los contrayentes, y cuando alguno de ellos no dispone de la capacidad suficiente para separarse o poner fin a la unión (ONU, 2008). Desde esta definición se perfila el acento que se debe poner en el rasgo más sobresaliente y determinante de los matrimonios forzados: la inexistencia de un consentimiento para contraer matrimonio, aspecto reiterado en la normativa internacional. En resumen, los esfuerzos realizados para definir

el matrimonio forzado y el acuerdo alcanzado con relación a los componentes que integran este comportamiento permitirían sostener que el matrimonio forzado es una práctica especialmente rechazada en el orden jurídico internacional.

Aunque se deben admitir las dificultades para encontrar una definición precisa y aceptada generalmente de matrimonio forzado, se podría suscribir al menos que, al ser cierto que “proporcionar una definición clara y precisa sobre el matrimonio forzado es difícil”, también existe “un punto incuestionable sobre el concepto de matrimonio forzado, y es que el consentimiento otorgado carece de libertad y espontaneidad” (Aguilar, 2017, p. 8). Las conductas que implica el matrimonio forzado quedan englobadas en la violación de derechos de distinta naturaleza y alcance que podrían ser descritas al hilo de la conceptualización de otras figuras delictivas. De esta manera, queda claro que el matrimonio forzado “suele estar asociado a graves conductas de violencia contra la mujer, de trata de seres humanos, de esclavitud y con incidencias severas en la vulneración de derechos humanos fundamentales” (Díez, 2019, p. 69). Esta aproximación polifacética al matrimonio forzado refuerza su prohibición en el orden internacional y le hace penetrar en la categoría de conductas consideradas especialmente graves para la protección internacional de los derechos humanos.

Segunda, la realidad pone de relieve que infortunadamente abunda la práctica nociva del matrimonio forzado en la comunidad internacional. Esto ha hecho que la lucha contra esta práctica, más allá de lo previsto en la legislación internacional sobre los derechos humanos, se haya recogido explícitamente en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. De esta manera, siempre es conveniente recordar que, dentro del objetivo 5 encargado de “lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas”, se incorpora una meta específica: “5. 3. Eliminar todas las prácticas nocivas, como el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina” (ONU, 2015a, p. 20). Con toda rotundidad, la comunidad internacional expresa la firme voluntad de combatir y erradicar el matrimonio forzado al estimar que es una de las prácticas que caminan en dirección contraria al logro del desarrollo sostenible como principio estructural del orden internacional (Díaz, 2016, pp. 9-10).

1. 2. La regulación del matrimonio forzado a través de diversos instrumentos jurídicos en el plano internacional

Debe quedar claro que diversos instrumentos internacionales han querido destacar el vínculo entre el desarrollo sostenible y el matrimonio forzado. En esta línea, bastaría recoger lo que se describe en la Resolución 69/156 de la Asamblea

General de la ONU (2015b) sobre el matrimonio infantil, precoz y forzado, de 18 de diciembre de 2014: “el matrimonio infantil, precoz y forzado sigue obstaculizando el desarrollo sostenible, el crecimiento económico inclusivo y la cohesión social”. En la misma dirección se orienta la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2017, sobre la erradicación de los matrimonios infantiles en la que, una vez más, se describen las terribles consecuencias de estos matrimonio y en la que, una vez aprobada la Agenda 2030, se señala que “la eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado está firmemente anclada [...en esta Agenda y que] estos matrimonios están citados claramente como obstáculos para el logro de la igualdad de género y del empoderamiento de las mujeres” (Parlamento Europeo, 2018). En conclusión, es evidente que las nuevas tendencias normativas sobre el desarrollo sostenible que imperan en el derecho internacional actual han querido dejar constancia que el matrimonio forzado es una práctica singularmente grave y especialmente dañina que afecta el logro de propósitos esenciales para la comunidad internacional.

Sobre estas bases, el examen pormenorizado de la normativa internacional asegura que el matrimonio forzado es una violación de los derechos humanos y representa una vulneración muy grave de estos. Como se ha dicho se trata de “[p]ráticas que tienen una naturaleza polifacética y que son de alcance mundial, puesto que están presentes en muchos países, y que vulneran gravemente los derechos fundamentales de las niñas/os y mujeres” (Morán, 2022, p. 3). Esto se puede comprobar precisamente mediante un análisis que se atenga a lo que deriva de las reglas que se han ido plasmando y afectan a los supuestos de matrimonios forzados y en función de las decisiones que han emanado de órganos internacionales que se ocupan de la protección de los derechos humanos (Díez, 2019, p. 70). Aun así, la propia Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio” (ONU, 1948). Desde el principio, se rechazan todas aquellas situaciones en las que el matrimonio tuviera lugar sin un consentimiento de esas características. A partir de ahí será posible iniciar el camino para erradicar las prácticas que impliquen matrimonios forzados. Por ello, se reitera como una letanía la necesidad del consentimiento libre para contraer matrimonio. Lo hacen el artículo 23. 3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 10. 1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Las expresiones empleadas son tan claras y robustas que no permiten otra interpretación. De estos instrumentos se deriva, en consecuencia, que los matrimonios forzados están categóricamente prohibidos en el derecho internacional de los derechos humanos.

La ausencia de un instrumento específico sobre el matrimonio forzado como práctica especialmente nociva en las relaciones internacionales hace que el contenido de la prohibición y su alcance tengan que edificarse sobre instrumentos jurídicos que están dirigidos a regular otros contextos que, desde luego, están muy vinculados con el matrimonio forzado. Esto sucede, por supuesto, con la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios de 1962. Este acuerdo dispuso de manera taxativa en el artículo 1 que “no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por estos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley”. Queda claro entonces que cualquier matrimonio que no responda a estos requerimientos debe considerarse prohibido en el derecho internacional y, en consecuencia, supondría la violación de los derechos humanos. Este precepto supone un verdadero alegato contra el matrimonio forzado puesto que, con independencia de la edad para contraer matrimonio, el énfasis descansa en este caso en el pleno y libre consentimiento de los contrayentes. Así, “a fin de velar por el ejercicio de este derecho, los Estados no deben reconocer esos matrimonios como jurídicamente válidos o rectificables *a posteriori*” (ONU, 2016, párr. 30; Díez, 2019, p. 80).

A partir de ahí, reconociendo que está carente de autonomía normativa, pero no de independencia conceptual, el fenómeno de los matrimonios forzados ha sido estudiado normativamente desde distintos y variados prismas en el marco de la protección internacional de los derechos humanos. Entre estas perspectivas se encuentran, sobre todo, las relativas a la abolición de la esclavitud, la violencia de género o la trata de seres humanos (Barcons, 2019; Arlettaz & Gracia, 2016). En particular, el estudio de los matrimonios forzados se ha realizado también desde la óptica de la protección de los derechos de algunos grupos humanos, en concreto, las mujeres y los niños. En esta línea, se sitúa la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de las Mujeres de 1979. El artículo 16 de este acuerdo especifica que los Estados deben adoptar todas las medidas que sean precisas para erradicar la discriminación contra la mujer y, en tal sentido, “asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento” (ONU, 1979). En lo que se refiere a la vinculación que se establece entre la figura de la esclavitud y el matrimonio forzado, cabría recordar que la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956

considera una práctica análoga a la esclavitud cuando una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o especie entregada a sus padres, su tutor, su familia o cualquier otra persona o grupo de personas (ONU, 1956).

En definitiva, este enfoque tan amplio ha contribuido a reforzar la prohibición y a consagrar que el matrimonio forzado es una práctica dañina en el orden internacional y que expresa, con toda seguridad, una seria violación de los derechos humanos.

Por si fuera poco, esta inclinación a estimar el matrimonio forzado una violación grave de los derechos humanos se ve robustecida por el quehacer de las organizaciones internacionales regionales. El Protocolo de Maputo y la Convención Africana de los Niños, en el continente africano, son los instrumentos jurídicos más relevantes en la prohibición expresa del matrimonio infantil, con el establecimiento de obligaciones específicas para los Estados en esta materia (Díez, 2019, p. 294). En el continente europeo, el Convenio de Estambul sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica de 2011 del Consejo de Europa es un estímulo en este esfuerzo. En el preámbulo de este acuerdo se especifican las “formas graves de violencia” entre las que incorporan

la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzoso, los crímenes cometidos supuestamente en nombre del honor y las mutilaciones genitales [...estas conductas] constituyen una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas y un obstáculo fundamental para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres (Consejo de Europa, 2011).

Esto permite que el artículo 37 se dedique a regular y prohibir los matrimonios forzados. De esta forma, la contribución regional ha sido decisiva para que se robustezca la prohibición del matrimonio forzado en el orden internacional y se dé cabida a su calificación como un crimen de lesa humanidad.

2. Autonomía del matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad y la jurisprudencia internacional

La precisión que progresivamente va alcanzado la prohibición del matrimonio forzado y su inventariado como severa violación de los derechos humanos apenas se corresponden con una jurisprudencia constante en el derecho internacional penal sobre su autonomía como crimen de lesa humanidad respecto a otros delitos como la esclavitud sexual, el embarazo forzado o la violación. A diferencia de estos comportamientos, el delito de matrimonio forzado no encuentra una

regulación expresa en los principales estatutos de tribunales penales internacionales. Sin embargo, la fórmula de algunos de estos tribunales ha sido entenderlo como un crimen de lesa humanidad por “otros actos inhumanos” (Kerr, 2020; Chappell, 2016). Este criterio es el que posiblemente se imponga en la jurisprudencia internacional pese a que su calificación y autonomía está marcada todavía por una discusión no zanjada. En la posición que considera el matrimonio forzado como un crimen de lesa humanidad priman varias consideraciones.

2. 1. El matrimonio forzado en la categoría de “otros actos inhumanos”

Se reconoce la existencia de este tipo de crimen por “otros actos inhumanos” en virtud del derecho internacional consuetudinario, que no comporta *una lista de conductas específicas*. En el primero de los casos, este crimen se estableció expresamente en diversos instrumentos jurídicos internacionales como el artículo 6. c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Londres; el artículo 5. c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente; el artículo II. c) de la Ley No.10 del Consejo de Control; el artículo 5. i) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (TPIY); el artículo 3. i) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda; el artículo 7. (1) (k) del Estatuto de la CPI; el artículo 18. k) del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de 1996, y el artículo 2. (k) del reciente Proyecto de artículos sobre Prevención y Sanción de Crímenes de Lesa Humanidad de 2019 de la CDI. Este hecho también ha sido reconocido en una extendida jurisprudencia penal internacional (*The Prosecutor v. Milomir*, 2006, párr. 315; *The Prosecutor v. Vidoje*, 2005, párr. 624; *The Prosecutor of the Special Court v. Alex Tamba*, 2008, párr. 183; *Nuon Chea*, 2002, párr. 741).

La amplitud de este crimen para incorporar otras conductas no especificadas también tiene expreso reconocimiento en el derecho internacional penal. En el asunto *Kupreškić et al.* se había sostenido que la frase “«other inhumane acts» was deliberately designed as a residual category, as it was felt to be undesirable for this category to be exhaustively enumerated. An exhaustive categorization would merely create opportunities for evasion of the letter of the prohibition” (*The Prosecutor v. Kupreškić*, 2000, párr. 563). Este criterio ha sido sostenido en otras sentencias del TPIY (*Prosecutor v. Dario Kordić* 2004, párr. 117; *Prosecutor v. Mitar*, 2002, párr. 234); del Tribunal Especial para Sierra Leona —TESL— (*Brima*, 2008, párr. 183), de las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya —SETC— (*Nuon Chea and Khieu*, 2002, párr. 741), y por la CPI (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2021, párr. 2745). El carácter *residual* permite este tipo de solución y ha abarcado un amplio

conjunto de conductas como crímenes de lesa humanidad por “otros actos inhumanos” —dependiendo del contexto— al incluir crímenes sexuales y de otro tipo: “forcible transfer”; “sexual and physical violence perpetrated upon dead human bodies”; “other serious physical and mental injury”; “forced undressing of women and marching them in public”; “forcing women to perform exercises naked”; “forced disappearance, beatings, torture, sexual violence, humiliation, harassment, psychological abuse, and confinement in inhumane conditions” (*The Prosecutor v. Birma*, 2008, párr.184; Stakić, 2006, párr. 317; *The Prosecutor v. Juvénal*, 2003, párr. 936; *The Prosecutor v. Mladen*, 2003, párr. 271; *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, 1998, párr. 697; Kvočka, 1998, párr. 206 y ss.).

En el caso *The Prosecutor v. Dominic Ongwen* ante la CPI (Bunting & Ikhimiukor, 2018), cuando la Sala de Primera Instancia IX coincidió en el carácter residual del delito de “otros actos inhumanos” del artículo 7. (1) (k) del Estatuto de la CPI, especificó que ello significaba que la calificación debe descartar las conductas contempladas en el artículo 7. (1) (1-j), es decir, serán un delito de lesa humanidad por “otros actos inhumanos” las conductas que no sean comprendidas en el resto del articulado (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2021, párr. 2745). Un baremo utilizado para estos fines es que el delito en cuestión no sea *idéntico*, para ello la identidad se analiza desde tres requisitos: la naturaleza —*nature*—, el daño sufrido —*harm suffered*— y los intereses protegidos —*protected interests*— (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2021, párr. 2746). Sin embargo, la sala no excluye que es posible condenar conjuntamente una misma conducta en aplicación del artículo 7. (1) (k) y del artículo 7. (1) (a-j), para ello es preciso que “the full scope of the culpable conduct is not reflected by its qualification under the enumerated crime(s) alone” (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2021, párr. 2747). Esto quiere decir que la *similitud* exigida en el artículo 7. (1) (k), en contraposición a *identidad*, se determina por la naturaleza y la gravedad del acto (*nature and gravity of the act*):

The Chamber can enter a conviction under Article 7 (1) (k) if the perpetrator inflicts great suffering, or serious injury to body or mental or physical health, by means of a course of conduct which, despite comprising also acts falling under one or more of the enumerated crimes, is, in its entirety, not identical, but is nonetheless ‘similar’ in character in terms of nature and gravity, to those enumerated crimes (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2021, párr. 2747).

Los actos “inhumanos” para alcanzar el umbral de crimen de lesa humanidad deben cumplir determinadas condiciones. En este caso, se conectan con el sufrimiento

o lesiones graves de tipo físico o mental, actos generalizados o sistemáticos, y la constatación de un *mens rea* como conocimiento por el presunto responsable de la naturaleza de estos actos en los que se enmarca su conducta, entre otros. En el asunto *Kordić* ante el TPIY, los requisitos se fijaron del siguiente modo:

the victim must have suffered serious bodily or mental harm; the degree of severity must be assessed on a case-by-case basis with due regard for the individual circumstances; “the suffering must be the result of an act or omission of the accused or his subordinate”; “when the offence was committed, the accused or his subordinate must have been motivated by the intent to inflict serious bodily or mental harm upon the victim (*The Prosecutor v. Dario Kordić*, 2004, párr. 117).

En este sentido, la ubicación del matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad por “otros actos inhumanos” está relacionada con el cumplimiento de estos requerimientos por hechos en concreto. Así, en la sentencia del caso *Brima* por la Sala de Apelación del TESI se concluyó que los hechos analizados cumplían con los requerimientos para ser considerados crimen de lesa humanidad por “otros actos inhumanos”, al constatar:

victims of forced marriage endured physical injury by being subjected to repeated acts of rape and sexual violence, forced labour, corporal punishment, and deprivation of liberty. Many were psychologically traumatised by being forced to watch the killing or mutilation of close family (*The Prosecutor v. Birma*, 2008, párr. 199).

Las SETC en el asunto *Nuon Chea y Khieu Samphan* (2002), por su parte, consideraron que “(t)he crime relevant to the underlying conduct of forced marriage is other inhumane acts” (párr. 741), y vincularon los hechos de matrimonios forzados valorados con la “severity of the mental suffering caused by being forced to marry in a coercive environment caused serious mental harm with lasting effects on the victims” (*Nuon Chea y Khieu Samphan*, 2002, párr. 3692). Esto permitió concluir a la Sala de Primera Instancia que una conducta de este tipo se debe estimar de una gravedad similar a la que se atribuye a otros crímenes de lesa humanidad (Frulli, 2008; Jain, 2008; Goodfellow, 2011; Park, 2006).

En el mencionado asunto *The Prosecutor v. Dominic Ongwen* ante la CPI, la Sala de Primera Instancia IX se pronunció en el sentido de que este tipo de actos tiene incidencia en las personas en varios ámbitos: sociales, éticos, religiosos, físico y

psíquico —que puedan acrecentarse o empeorar por motivos de embarazos, maternidad, nacimiento de hijos— (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2021, párr. 2748). De este modo, con referencia expresa a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la Sala concluyó con una descripción de los daños que se derivaban del matrimonio forzado y quedaban vinculados a los derechos fundamentales de la víctima que pueden consistir en el ostracismo de la comunidad, el trauma psíquico, el grave atentado a la dignidad de la víctima y la privación de los derechos fundamentales de la víctima a elegir a su cónyuge (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2021, párr. 2749).

2. 2. El debate sobre la autonomía de los matrimonios forzados como crímenes de lesa humanidad

Cabría decir que la incorporación del matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad por “otros actos inhumanos” todavía está en debate sobre su carácter autónomo respecto al resto de otras conductas expresamente establecidas en varios estatutos de tribunales penales internacionales como crímenes de lesa humanidad (en concreto: esclavitud sexual o violación). En el decenio de los 90 del siglo xx se entendió como de reciente discusión la posibilidad de ser considerado un crimen independiente en la jurisprudencia internacional (Separate Concurring Opinion, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima*, 2007, párr. 2). Con posterioridad, la Sala de Primera Instancia del TCSL, en el caso *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu* de 2007, interpretó restrictivamente el delito de “otros actos inhumanos”, pese a su carácter residual, para excluir posibles crímenes de naturaleza sexual (párr. 697). Había encontrado, además, que no existían evidencias para establecer la independencia de un delito de matrimonio forzado como independiente del delito de esclavitud sexual (*The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu*, 2008, párr. 713). Ahora bien, la Sala de Apelación rechazó esta pretendida interpretación restrictiva del artículo 2. (g) del estatuto y distinguió el delito de matrimonio forzado de la esclavitud sexual e indicó que satisfacía los elementos requeridos para ser considerado un crimen de lesa humanidad por “otros actos inhumanos” (*The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu*, 2008, párr. 202).

En este orden, la Sala de Apelación advirtió elementos similares con el crimen de esclavitud sexual (relaciones sexuales no consentidas y la privación de la libertad), pero identificó componentes de distinción entre ambos: el matrimonio forzado implicaría una asociación conyugal mediante la fuerza o la amenaza de su uso de una persona sobre otra, que supondría “gran sufrimiento o daño físico o mental

grave por parte de la víctima” (*The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu*, 2008, párr. 195), y relación de exclusividad entre ambos cónyuges. En cualquier caso, sobre esta distinción, y tomando como base los hechos ocurridos en Sierra Leona, la Sala de Apelación llegó a la conclusión de que en el matrimonio forzado se obliga a una persona por la fuerza y esto provoca un sufrimiento severo a la víctima (*The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu*, 2008, párr. 196). En el caso *The Prosecutor v. Sesay et al.* del propio TESL, la Sala de Apelación reitera estos elementos definitorios brindados en *The Prosecutor of the Special Court v. Alex Tamba Brima*.

En el asunto *Taylor* ante el TESL, por otra parte, la Sala de Primera Instancia II consideró incorrecta la imputación del fiscal del matrimonio forzado como un crimen de lesa humanidad por “otros actos inhumanos”. En su criterio,

the term «forced marriage» is a misnomer for the forced conjugal association that was imposed on women and girls in the circumstances of armed conflict, and which involved both sexual slavery and forced labour in the form of domestic work such as cooking and cleaning (*The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, 2012, párr. 425).

En el caso *Katanga* ante la CPI, la Sala de Cuestiones Preliminares (*Decision on the Confirmation of Charges against Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, 2008, párr. 430) y la Sala de Primera Instancia incorporaron hechos relacionados con matrimonios forzados en el delito de esclavitud sexual (Gekker, 2014). La sentencia de 7 de marzo de 2014 de la Sala de Primera Instancia se refirió a que “the notion of sexual slavery may also encompass situations where women and girls are forced to share the existence of a person with whom they have to engage in acts of a sexual nature” (*The Prosecutor v. Germain Katanga*, 2014, párr. 978). En esta misma línea, en el reciente caso *Ongwen* en la CPI, pendiente de sentencia en apelación, uno de los aspectos problematizados por la defensa estriba en si “otros actos inhumanos” del artículo 7. (1) (k) del Estatuto de Roma ampara con autonomía el delito de matrimonio forzado. La defensa insiste en que el matrimonio forzado no estaría contemplado en el estatuto y, en igual sentido, considera que el matrimonio forzado como “otro acto inhumado” del citado artículo no es realmente subsidiario de otros crímenes contra la humanidad como la esclavitud sexual. Ambos crímenes, se sostiene, atentan un mismo bien protegido (integridad física y privación de la libertad), por lo cual no es posible penar por ambos crímenes al amparo del Estatuto de la CPI (*Defence Appeal Brief*, 2021, párr. 296).

Sin embargo, la sentencia de la Sala de Primera Instancia es consistente con una posición en la jurisprudencia internacional que debe imponerse en el futuro. Para la definición de matrimonio forzado la sala consideró los requisitos de libre y pleno consentimiento de las personas en el ejercicio del derecho fundamental de contraer matrimonio reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos. De este hecho se comprende que un matrimonio forzado es aquella unión conyugal en la que prima la imposición por encima de la voluntad de la víctima con el nacimiento de un conjunto de obligaciones para la persona forzada a contraer matrimonio (*The Prosecutor v. Ongwen*, 2021, párr. 2748).

Ahora bien, la principal distinción entre la conducta del matrimonio forzado y el delito de esclavitud sexual, según entendió la sala, consiste en que el matrimonio forzado no implica por necesidad un dominio sobre la persona, que es un elemento esencial de la esclavitud sexual. Por lo que en el matrimonio forzado se condena un vínculo matrimonial impuesto a una persona, mientras en la esclavitud sexual la conducta penada se refiere a la restricción o control de la autonomía sexual de la víctima en el periodo de esclavitud (*The Prosecutor v. Ongwen*, 2021, párr. 2750). Por lo que se refiere al delito de violación, uno de los elementos básicos del matrimonio forzado, que no se exige, es la imposición de un vínculo matrimonial generador de un estado civil a una víctima. En este punto se afirmó: “When a concept like ‘marriage’ is used to legitimatise a status that often involves serial rape, victims suffer trauma and stigma beyond that caused by being a rape victim alone” (*Prosecutor v. Ongwen*, 2021, párr. 2750). Por este camino es que la sala concluyó que el matrimonio forzado estaba entre los delitos penados por el artículo 7. (1) (k) y lo calificó como el acto inhumano del matrimonio forzado.

Desde este punto de vista existirían elementos para que se pudiera consolidar en la jurisprudencia internacional la autonomía de los matrimonios forzados como crímenes de lesa humanidad por “otros actos inhumanos” en el derecho internacional penal. De tal manera, se advierten elementos diferenciadores en relación con otros crímenes como la esclavitud sexual o la violación. Aunque, en efecto, tuviera componentes comunes con estos crímenes, se podrían apreciar otros aspectos diferenciadores —especificidades que marcan la distinción respecto al *actus rea*, *mens rea* y al daño que se produce—, que delimitan su autonomía y carácter especial. Su comprensión dentro del resto de crímenes ya descritos tiene la desventaja de no englobar todos los aspectos que definen esta práctica. La especificidad de imponer una relación conyugal a una persona, con el nacimiento de un conjunto de obligaciones o deberes para la víctima, es el punto de partida que distingue al matrimonio forzado de otros crímenes, como la esclavitud sexual, y del que se desprenden particularidades propias.

Conclusiones

La práctica demuestra la existencia de casos de matrimonios forzados que se producen en “numerosos contextos sociales, políticos, culturales, económicos y jurídicos en todo el mundo” (ONU, 2007, párr. 16). Esta es una práctica nociva que la comunidad internacional está decidida a erradicar. En esta línea, se ha avanzado de manera paulatina en la adopción de reglas destinadas a poner fin a comportamientos de este tipo y, todo ello, desde el momento en el que el mandato inicial quedó recogido en el amanecer del derecho internacional de los derechos humanos cuando se propugnó la necesidad de contar con un consentimiento libre a la hora de contraer matrimonio. Sin embargo, se carece de un instrumento jurídico vinculante que aborde de manera autónoma y singular los matrimonios forzados que, en consecuencia, establezca explícitamente su prohibición y las consecuencias jurídicas que se derivarían de las conductas que lleven a la celebración de este tipo de matrimonios.

Ahora bien, la prohibición de los matrimonios forzados se ha reforzado normativamente en su vinculación con la lucha contra la esclavitud, la erradicación de la violencia sexual y de género y la voluntad de poner fin a estas conductas, especialmente, en los conflictos armados. La conclusión ha sido que los matrimonios forzados representan una violación grave y severa de los derechos humanos. A partir de ahí, se abre la puerta para estimar el matrimonio forzado como un crimen internacional y un crimen de lesa humanidad. Así, de lo expuesto por la doctrina científica y la jurisprudencia internacional se podrían delinear algunas ideas sobre la autonomía del matrimonio forzado como crimen de lesa humanidad por la vía de “otros actos inhumanos”.

Primero, los daños físicos, psicológicos o sociales, o de otro tipo de una víctima sometida a matrimonio forzado se producen en el marco de una relación con especificidades propias que se distingue de otro tipo de relaciones de dominio sobre una persona. En este caso esas posibles relaciones de dominio se enmarcan en una relación conyugal que tiene componentes diversos desde el punto de vista social, cultural, económico, psicológico o emocional. En esencia, se trataría de un tipo de asociación entre personas cuya intensidad o gravedad de los daños dependerá del contexto, el significado cultural o las cargas de diversa naturaleza que se asocian a una relación como el matrimonio.

Segundo, la asociación conyugal, cuando se realiza por imposición sobre otras personas, es una especificidad dentro de las relaciones marcadas por el dominio de una persona o de cualquier otro tipo de control o dominio por el origen (matrimonio o asociación conyugal) y las consecuencias que se puedan derivar de este hecho

(dependiendo de los deberes u obligaciones impuestos que se desprendan de este tipo de obligaciones en determinadas culturas y del contexto en que se desarrollen). Por la propia naturaleza impositiva de esta relación conyugal, los escenarios en los que se insertan generalmente estos hechos y los factores de índole cultural, social o económico hacen que estén marcados por actos de violencia de género, violencia sexual u otro tipo de violación física y psicológica (castigos corporales, privación de la libertad, etc.).

Por último, la gravedad de los daños en las víctimas, por las razones antes aludidas, tiene particularidades. Desde el momento en que, por imposición, la víctima pasa a ser “esposa”, o cualquier otra denominación equiparable, constituye *per se* una condición subyugante y potencialmente lesiva para la realización plena y efectiva de un conjunto de derechos fundamentales, además de constituir una vulneración de su derecho a contraer matrimonio de modo libre y consensual, reconocido en una diversidad de tratados internacionales en materia de derechos humanos. A ello se unen daños psíquicos y físicos de gran envergadura manifestados en exclusiones sociales, traumas asociados a un rol impuesto y anulación de sus capacidades para decidir en determinados ámbitos. Desde un enfoque interseccional, la condición de mujer, niña o embarazada, entre otras, acrecienta los factores de vulnerabilidad en estos casos y tiene una enorme repercusión en agravar y hacer perdurable el sufrimiento psíquico, que puede provenir tanto de violación física como psicológica (*Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus v. Brasil*). Todo ello aconseja que los matrimonios forzados sean calificados como crímenes de lesa humanidad.

Referencias

- Aguilar, A. (2017). *La prohibición del matrimonio infantil, a falta de correspondencia con los derechos humanos y la Constitución*. BJV, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Ambos, K., & Wirth, S. (2002). The current law of crimes against humanity: An analysis of the UNTAET regulation 15/2000. *Criminal Law Forum*, 13, 1-90. <https://doi.org/10.1023/A:1020123920538>
- Arlettaz, F., & Gracia, J. (noviembre, 2016). *Los matrimonios forzados como una manifestación de violencia de género. Extranjería cultural, religión y derechos humanos*. Ponencia presentada en las Segundas Jornadas sobre Violencia de Género, Zaragoza. <http://sociologiajuridica.unizar.es/sites/default/files/archivos/documenta/arlettazgracia.pdf>

- Banda, F. (2005). *Women, law and human rights. An African perspective*. Hart Publishing.
- Barcons, M. (2019). Los matrimonios forzados como violencia de género: aspectos controvertidos desde los feminismos. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (41), 28-48. <https://doi.org/10.7203/CEFD.41.14866>
- Bassiouni, C. (2011). *Crimes against humanity historical evolution and contemporary application*. Cambridge University Press.
- Bou Franch, V. (2015). El crimen internacional de esclavitud sexual y la práctica de los «matrimonios forzados». *Anuario Español de Derecho Internacional*, 31, 65-114. <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/42234/1/02.pdf>
- Briones, I., (2009). Los matrimonios forzados en Europa: especial referencia a Francia, Dinamarca, el Reino Unido, Alemania y Noruega. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (20).
- Bunting, A. (2012). “Forced marriage” in conflict situations: researching and prosecuting old harms and new crimes. *Canadian Journal of International of Human Rights*, 1(1), 165-185. <https://cjhr.ca/articles/vol-1-no-1-2012/forced-marriage-in-conflict-situations-researching-and-prosecuting-old-harms-and-new-crimes/>
- Bunting, A., & Ikhimiukor, I. (2018). The expressive nature of law: What we learn from conjugal slavery to forced marriage in international criminal law. *International Criminal Law Review*, 18(2), 331-353. <https://doi.org/10.1163/15718123-01802004>
- Capellá, M. (2005). *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*. Tirant lo Blanch.
- Chappell, L. (2016). *The politics of gender justice at the International Criminal Court legacies and legitimacy*. Oxford University Press.
- Consejo de Europa (2011). Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Treaty Series-No. 210. <https://rm.coe.int/1680462543>
- Delmas-Marty, M., Fouchar, I., Fronza, E., & Neyret, L. (2013). *Le crime contre l'humanité*. PUF.

- Díaz, C. M. (2016). Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 32, 9-48. <https://doi.org/10.15581/010.32.9-48>
- Díez, E. (2019). *El matrimonio infantil y forzado en el derecho internacional. Un enfoque de género y de derechos humanos*. Tirant lo Blanch.
- Espaliú, C. (2014). La definición de esclavitud y el derecho internacional a comienzos del siglo XXI. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (28), 1-36. 10.17103/reei.28.04
- Frulli, M. (2008). Advancing international criminal law: The Special Court for Sierra Leone recognizes forced marriage as a 'new' crime against humanity. *Journal of International Criminal Justice*, 6(5), 1033-1042. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqn063>
- Gaffney-Rhys, R. (2011). International law as instrument to combat child marriage. *The International Journal of Human Rights*, 15(3), 359-373. <https://doi.org/10.1080/13642980903315398>
- Gekker, E. (2014). Rape, sexual slavery, and forced marriage at the International Criminal Court: How Katanga utilizes ten-year-old rule but overlooks new jurisprudence. *Hastings Women's Law Journal*, 25(1), 105-134. <https://repository.uchastings.edu/hwlj/vol25/iss1/7>
- Gong-Gershowitz, J. (2009). Forced marriage: A -new- crime against humanity? *Northwestern Journal of International Human Rights*, 8(1), 53-76. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol8/iss1/3>
- Goodfellow, N. (2011). The miscategorization of forced marriage as crime against humanity by the Special Court for Sierra Leone. *International Criminal Law Review*, 11(5), 831-868. <https://doi.org/10.1163/157181211X603158>
- Igareda, N. (2015). Matrimonios forzados: ¿otra oportunidad para el derecho penal simbólico? *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 1-18. <https://indret.com/matrimonios-forzados-otra-oportunidad-para-el-derecho-penal-simbolico/>
- Jain, N. (2008). Forced marriage as crime against humanity. *Journal of International Criminal Justice*, 6(5), 1013-1032. <http://dx.doi.org/10.1093/jicj/mqn064>

- Kerr, V. (2020). Should forced marriages be categorized as 'sexual slavery' or 'other inhumane acts' in International Criminal Law? *Utrecht Journal of International and European Law*, 35(1), 1-19. <https://utrechtjournal.org/articles/10.5334/ujiel.473/>
- Lirola, I., & Martín Martínez, M. (2016). *Crímenes internacionales de violencia sexual y conflictos armados*. Aranzadi.
- Luban, D. (2004). A theory of crimes against humanity. *Yale Journal of International Law*, 29, 85-167. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/146/>
- Márquez, M. C. (2008). Los elementos específicos de las conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad en derecho internacional penal. *Revista General de Derecho Penal*, 10. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=406993&d=1
- Morán, S. (2022). Una cuestión de derechos humanos: las prácticas nocivas descritas en la meta 5.3. de la Agenda 2030: el matrimonio infantil, precoz y forzado, y la mutilación genital femenina. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 38(en prensa).
- Organización de Naciones Unidas, Asamblea General. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*.
- Organización de Naciones Unidas. (1956). *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*.
- Organización de Naciones Unidas, Asamblea General. (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*.
- Organización de Naciones Unidas, Asamblea General. (1998). *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.
- Organización de Naciones Unidas (2007). *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Sigma Huda, A/HRC/4/23*.
- Organización de Naciones Unidas (2008). *Prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/26/22*.
- Organización de Naciones Unidas, Asamblea General. (2015b). *Matrimonio infantil, precoz y forzado, A/RES/69/156*.

- Organización de Naciones Unidas, Asamblea General. (2015b). *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, A/RES/70/1.
- Organización de Naciones Unidas (2016). *Protección de la familia: contribución de la familia a la realización del derecho a un nivel de vida adecuado para sus miembros, en particular a través del papel que desempeña en la erradicación de la pobreza y en el logro del desarrollo sostenible. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. A/HRC/31/37.
- Nares, J. J., Colín García, R., & García Suárez, R. (2015). Derechos humanos de las niñas y los niños y la prohibición del matrimonio infantil en los tratados internacionales, *Tla-melaua*, 9 (38). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-69162015000200140&script=sci_abstract
- Park, A. S. (2006). Other inhumane acts: Forced marriage, girl soldiers and the Special Court for Sierra Leone. *Social & Legal Studies*, 15(3), 315-338. <https://doi.org/10.1177/0964663906066611>
- Parlamento Europeo. *Hacia una estrategia exterior de la Unión contra los matrimonios precoces y forzados*. Diario Oficial de la UE C118/57.
- Parlamento Europeo (2018). *Resolución sobre la erradicación de los matrimonios infantiles*.
- Saldaña, M. N. (2016). Estándares internacionales adoptados por las Naciones Unidas y el Consejo de Europa para combatir la vulneración de los derechos humanos de las mujeres y niñas en base a prácticas tradicionales nocivas: Los matrimonios infantiles tempranos y forzados. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 32, 263-316. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-2016-10026300316
- Sarkin, J. (2016-2017). El tribunal penal internacional y los países africanos. *Anuario Internacional CIDOB*. https://anuariocidob.org/wp-content/uploads/2017/05/PILDORAS_Jeremy_Sarkin.pdf
- Servín, C. A. (2014). La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 47(139), 209-249. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332014000100007

Zorrilla, M. (2005). *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos: La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual*, 34. Publicaciones de la Universidad de Deusto. <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho34.pdf>

Jurisprudencia internacional

Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Ant3nio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407.

Decision on the Confirmation of Charges against Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Katanga, ICC-01/04-01/07-717, Pre-Trial Chamber I, 30 September 2008.

Defence Appeal Brief Against the Convictions in the Judgment of 4 February 2021, 19 October 2021, ICC-02/04-01/15-1866-Red.

Nuon Chea and Khieu Samphan, Trial Judgment, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Case 002/02.

Prosecutor of the Special Court v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santi-gie Borbor Kanu (the AFRC accused) (Appeal Judgment), SCSL-2004-16-A, Special Court for Sierra Leone, 22 February 2008.

Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Trial Chamber II, Judgment, Special Court for Sierra Leone, Case No.: SCSL-03-01-T, 18 May, 2012.

Prosecutor v. Dario Kordić And Mario Čerkez Judgement, Appeals Chamber, Case No. IT-95-14/2-A, 17 December 2004.

Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment, Trial Chamber II, No.: ICC-01/04-01/07, 7 March 2014.

Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgement, Chamber I, International Criminal Tribunal for Rwanda, Case No. Ictr-96-4-T, 2 September 1998.

Prosecutor v. Juv3nal Kajelijeli, Judgment And Sentence, Trial Chamber II, International Criminal Tribunal for Rwanda, Case No. Ictr-98-44a-T, 1 December 2003.

Prosecutor v. Kupreškić et al., Trial Chamber, Case No.: IT-95-16-T, 14 January 2000.

Prosecutor v. Milomir Stakić Judgement, The Appeals Chamber, Case No.: IT-97-24-A, 22 March 2006.

Prosecutor v. Mitar Vasiljević Judgment, Trial Chamber II, Case: IT-98-32-T, 29 November 2002.

Prosecutor v. Mladen Naletilić, Aka “Tuta” And Vinko Martinovic, Aka “Štela” Judgment, Trial Chamber, Case No. IT-98-34-T, 31 March 2003.

Prosecutor v. Vidoje Blagojević Dragan Jokić, Judgement, Trial Chamber I, Section A, Case No. IT-02-60-T, 17 January 2005.

Separate Concurring Opinion of The Hon. Justice Julia Sebutinde Appended To Judgement Pursuant To Rule 88 (C), The Prosecutor vs. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu (the AFRC Accused), SCSL-04-16-T, Special Court for Sierra Leone, 20 June 2007.

Herramientas de la justicia penal internacional en la investigación local de graves violaciones a los derechos humanos

International Criminal Justice Tools for the Local Investigation of Serious Human Rights Violations

Ferramentas da justiça penal internacional na investigação local de graves violações dos direitos humanos

Laura Cristina Acosta Reaza*

Fecha de recepción: 12 de abril de 2022

Fecha de aprobación: 27 de junio de 2022

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11924>

Para citar este artículo: Acosta Reaza, L. C. (2022). Herramientas de la justicia penal internacional en la investigación local de graves violaciones a los derechos humanos. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 10, 1-28. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11924>

Resumen

Los sistemas de justicia penal latinoamericanos atraviesan desde hace décadas por una crisis de graves violaciones a los derechos humanos, enmarcada por un normalizado patrón de impunidad, que evidencia el desbordamiento de la acción de la justicia local por los índices delictivos y la particular evolución de las políticas y planes de las estructuras criminales que los generan. Este artículo propone un esquema de tres ejes para aplicar las herramientas de la justicia penal internacional que, a criterio de la autora, configuran una puerta de entrada hacia instituciones de procuración de justicia local sólidas, estratégicas y aptas para hacer frente a los escenarios de violencia generalizada y capaces de obtener resultados que las vuelvan confiables para las víctimas y la sociedad.

* Abogada especialista en derechos humanos; LL. M. en litigación oral de la California Western School of Law, San Diego; maestra en derechos humanos de la Universidad Autónoma de Chihuahua. Realizó estudios en ciencias criminales en el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad de Göttingen Alemania. La autora expresa su agradecimiento a la organización del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner, así como al jurado internacional por calificar este artículo como uno de los mejores trabajos; además, valora y agradece a los tres revisores anónimos del ANIDIP por sus importantes sugerencias. Correo electrónico: lc.areaaza@gmail.com

Palabras clave: justicia penal internacional; graves violaciones a los derechos humanos; selección y priorización de casos; análisis de contexto; agencias de persecución local.

Abstract

Latin American criminal justice systems have been going through a crisis of serious human rights violations for decades, framed by an already normalized pattern of impunity that shows the local justice system is overwhelmed by crime rates and the evolution of the policies and plans of the criminal structures that generate them. This article proposes a three-axis scheme to apply the tools of international criminal justice, which in the author's opinion, configure a gateway to local justice institutions that are solid, strategic, and capable of facing the scenarios of generalized violence and of obtaining results that make them reliable for the victims and society.

Key words: International criminal justice; serious human rights violations; case selection and prioritization; context analysis; local prosecution agencies.

Resumo

Os sistemas de justiça penal latino-americanos vivem há décadas uma crise de graves violações dos direitos humanos, que é marcada por um padrão já normalizado de impunidade, mostrando que a ação da justiça local é superada pelos índices de criminalidade e pela particular evolução das políticas e planos das estruturas criminosas que os geram. Este artigo propõe um esquema de três eixos para aplicação das ferramentas da Justiça Penal Internacional, que, na opinião da autora, constituem uma porta de entrada para instituições de justiça locais sólidas e estratégicas, aptas para lidar com cenários de violência generalizada e capazes de obter resultados que as tornem confiáveis para as vítimas e a sociedade.

Palavras-chave: justiça penal internacional; graves violações dos direitos humanos; seleção e priorização de casos; análise de contexto; agências locais de justiça.

Introducción

Todo Estado tiene la obligación fundamental de investigar seriamente y con debida diligencia los hechos delictivos que ocurren en su jurisdicción, máxime cuando estos implican graves violaciones a los derechos humanos (DDHH) como desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, tortura y desplazamientos forzados, entre otros, empleando todos los medios que tenga a su alcance para identificar a los responsables, imponer las sanciones pertinentes y asegurar a la víctima una adecuada reparación (*Velázquez Rodríguez c. Honduras*, 1988). Pero, ¿qué sucede cuando derivado de una pluralidad sistemática de hechos vulnerantes que ocurren en un mismo territorio, durante una misma temporalidad y contra los mismos grupos de víctimas, el Estado no puede resolverlos y para las víctimas el acceso a la justicia se vuelve una mera utopía?

Es innegable que las sociedades y los Estados latinoamericanos se encuentran desde hace décadas en medio de una crisis de violaciones graves a los DDHH, que día con día se fortalece bajo un patrón de impunidad¹ que en lugar de ser cuestionado, lo normaliza en el contexto generalizado de violencia.

En México, desde el 2006, al inicio de la denominada “Guerra contra el narcotráfico” que buscaba combatir el tráfico de drogas en el país, las graves situaciones de violencia aumentaron hasta llegar a niveles alarmantes, incluyendo la consecuente muerte de más de 100 mil personas, miles de desapariciones y el desplazamiento de otras miles (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015). Actualmente, a inicios del 2022, la cifra de personas desaparecidas continúa aumentando entre un conjunto de problemas sociales que buscan ser resueltos con una fallida y prolongada militarización de la seguridad pública.

Organizaciones no gubernamentales de reconocida trayectoria han puesto el foco de atención en países latinoamericanos. Una de las más destacadas es Human Rights Watch (2022), que muestra en la vista principal de su sitio web para México la leyenda de que autoridades estatales y grupos criminales en dicho país regularmente cometen violaciones de DDHH de manera grave y generalizada; enfatiza, además, que dichos delitos rara vez son investigados o penalizados.

Si bien es cierto que la infraestructura gubernamental ha desarrollado algunas modificaciones en su funcionamiento orientadas principalmente hacia las fiscalías

1 La impunidad, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe entenderse como la falta, en conjunto, de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los DDHH protegidos por la Convención Americana, que el Estado tiene la obligación de combatir por todos los medios legales disponibles. La impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de DDHH y la total indefensión de las víctimas y sus familiares (*Maritza Urrutia c. Guatemala*, 2003).

como agencias de persecución penal, apostando entre otras estrategias a la ultra especialización, la capacitación permanente de las y los operadores del sistema de justicia, la aplicación de enfoques diferenciales y la creación de organismos con labores específicas de investigación, de análisis y de búsqueda, entre otras, que han resultado benéficas en algunos casos, jamás han sido suficientes ni sostenibles, pues ninguna ha logrado disminuir la incidencia en la comisión de conductas que vulneran los DDHH de las personas, incluidas aquellas que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad y mucho menos han dejado advertir un impacto real al patrón de impunidad que rodea estos crímenes.

En este sentido, es posible ceder a la premisa de que ningún esfuerzo será capaz de resolver esta problemática si no se admite que sin una estrategia integral; es imposible que nuestros sistemas de justicia resuelvan exitosamente la totalidad de asuntos que ingresan a su jurisdicción ordinaria, carente de mecanismos efectivos de despresurización, mientras que diariamente se pluralizan las dinámicas y planes criminales.

En las últimas décadas del siglo xx se consolidó la obligación de los Estados de investigar y perseguir a los autores de graves violaciones de DDHH (Bergsmo & Saffon, 2011). No obstante, en escenarios donde se confirma que las instituciones de procuración de justicia reciben demasiadas denuncias, la cantidad de víctimas se mantiene exponencialmente al alza, los recursos son insuficientes y las sentencias condenatorias están muy por debajo de los asuntos iniciados es necesario recurrir a mecanismos específicos de gestión e investigación que incorporen nuevos paradigmas en los sistemas de justicia penal local, replicando el actuar de los organismos internacionales de justicia penal, pues estos, a pesar del tiempo, siguen contando con una fuerte legitimidad, incidencia y alta percepción de confianza social, situación contraria a los regímenes locales que generan las sensaciones de impunidad y desconfianza, en especial, con relación al derecho penal (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

Esta última afirmación encuentra su origen en las cuidadosas formas de concepción de la justicia penal internacional, la Corte Penal Internacional (CPI) ha logrado mantenerse al margen de obstáculos como la sobrecarga de trabajo y goza de herramientas para acceder a insumos de información que le permiten desarrollar investigaciones profundas que se traducen en la sanción de los sujetos fungibles o autores directos de los crímenes; además, tiene conocimiento, comprensión y desarticulación de los planes criminales que develan también a los máximos responsables o superiores jerárquicos que ordenaron o permitieron las conductas criminales.

En términos generales, la investigación apropiada de graves violaciones de derechos humanos resulta un componente clave para la obtención de justicia y para el fortalecimiento y consolidación de un verdadero estado de derecho, entendido como aquel que, de manera efectiva e incondicionada, salvaguarda los derechos fundamentales de la persona humana (de León et al., 2010).

Este artículo aborda las estrategias de gestión e investigación seguidas por la CPI y algunos tribunales anteriores a ella y propone una metodología de tres ejes para implementar dichas herramientas en los sistemas de justicia locales, con el objetivo de contribuir en la reducción de los índices de impunidad en los países latinoamericanos. La pregunta central de esta investigación: ¿es viable emplear las estrategias de la justicia penal internacional en la investigación local de graves violaciones de DDHH?, será respondida a lo largo del análisis de las estrategias.

Para ello, se abordará en el primer capítulo la identificación de dos de las herramientas creadas y aplicadas por la justicia penal internacional desde sus primeras manifestaciones históricas² hasta la actualidad, que a criterio de la autora, configuran un punto de partida hacia las agencias de persecución local eficaces y confiables: la selección y priorización de casos y el estudio del contexto en el que ocurren las graves violaciones de DDHH.

En segundo lugar, se desarrollan las experiencias de países como Colombia y México en la aplicación de estas herramientas. Concentraremos el análisis en los mecanismos implementados para su aplicación, sus principales dificultades y los resultados obtenidos. A continuación, analizaremos las principales críticas y argumentos que se han realizado en contra de la aplicación local de prácticas de la justicia penal internacional, mientras se brinda respuesta a modo de contraargumento en defensa de la tesis propuesta. Finalmente, desarrollaremos la metodología propuesta por la autora para la implementación de las herramientas de selección, priorización y el estudio del contexto en las instituciones locales de persecución de justicia con base en tres ejes que permitirán la adecuada aplicación de estas: objetividad, transparencia y legitimidad.

1. Herramientas creadas por la justicia penal internacional

Como se adelantó en la introducción, la justicia penal internacional tiene, entre otras, dos herramientas que le han permitido mantenerse al margen de obstáculos como la sobrecarga de trabajo y la ralentización de procesos, para cumplir con el

2 Son los casos del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y del Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente.

mandato esencial de su creación: ejercer su competencia únicamente sobre aquellos crímenes más graves de trascendencia internacional.

Por otro lado, gracias a su esquema de investigación, se ha colocado en un sitio de acceso privilegiado a información crucial para omnicomprender los crímenes que investiga desde ópticas diferentes con lo que ha logrado procesos penales que explican los móviles y planes criminales en los que además de sancionar a los actores de menor relevancia —*autores directos o sujetos fungibles*—, también finca exitosamente a los máximos responsables, también llamados *hombre detrás* (Ambos & Ontiveros, 2017).

Además, la justicia penal internacional goza de alta incidencia en sus resoluciones, pues frecuentemente son retomadas para estudios o análisis doctrinales y académicos, lo cual es difícil de percibir desde hace mucho tiempo en los pronunciamientos de las autoridades de justicia local. Sin duda alguna, desde los trabajos de la Comisión Preparatoria de la CPI que a partir de enero de 1999 se reunió periódicamente en la sede de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en Nueva York (Olásolo, 2009), este organismo internacional fue concebido bajo la premisa fáctica de que ningún sistema de justicia penal puede funcionar sin mecanismos de abreviación, negociación y selección (Ambos, 2011) tal como se deja ver en el artículo 5. 1. del Estatuto de la CPI —Estatuto de Roma—.

Los mecanismos de selección y priorización cobran especial relevancia cuando una institución se encuentra facultada para investigar y procesar casos criminales que en términos cuantitativos y cualitativos, por la naturaleza de los hechos y los responsables, superan los problemas de un proceso penal “ordinario” (Ambos, 2011). Asimismo, cuando en las sociedades se pluralizan las graves violaciones de DDHH en un mismo territorio, una misma temporalidad y bajo un mismo modo de operación, es necesario, de acuerdo a las prácticas internacionales, contar con una política de investigación que anule los antiguos paradigmas de investigaciones casuísticas o aisladas para dar paso a investigaciones que tomen en cuenta los elementos de contexto bajo los que ocurren dichas conductas.

1.1. Selección y priorización de casos

Una política o estrategia de selección y priorización de casos puede ser definida, a criterio de la autora, como un mecanismo de gestión estratégico de las cargas de trabajo asignadas a un ente creado para ejecutar la investigación y procesamiento de conductas delictivas que impliquen graves violaciones de DDHH. Para Correa Henao (2015), la selección es el parametro lógico para focalizar la acción investigativa hacia determinadas situaciones y casos, destinado a ampliar el impacto de la

actuación de la fiscalía en el cumplimiento de sus finalidades y a aprovechar mejor los recursos. La selección es decidir qué se toma y qué se descarta, qué se persigue y qué no se persigue. La priorización, por su parte, es decidir qué se persigue primero y qué se persigue después (Sánchez León & Jiménez, 2020). Es una técnica de gestión de la investigación penal que permite establecer un orden de atención entre peticiones ciudadanas de justicia con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad material, el goce efectivo del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (Fiscalía General de la Nación, 2013). Esta estrategia de gestión conviene retomarla desde sus más remotos antecedentes pues es la mejor forma de establecer con claridad su origen efectivo en la justicia penal internacional.

Comencemos en 1945 cuando los tribunales militares internacionales seleccionaron los casos de su competencia desde el mismo estatuto por el que fueron creados, son los casos del Tribunal Internacional de Nuremberg (artículo 6, Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg) y del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (artículo 5, Estatuto del Tribunal Militar para el Lejano Oriente).

En 1993, al surgir los tribunales penales *ad hoc* de la ONU, encontramos nuevamente la estrategia de selección y priorización de casos, pues en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex- Yugoslavia (TPIY) se estableció que este estaría facultado para enjuiciar a las personas responsables de violaciones *graves* del derecho internacional humanitario cometidas en el *territorio* de la ex- Yugoslavia desde 1991 (artículo 1, Estatuto del TPIY). Con ello se dejó ver que únicamente se conocería —por tanto se priorizarían— aquellas violaciones más graves y cometidas en el territorio durante la temporalidad señalada.

Luego, a pesar de la estrategia de priorización y ya en funciones, el TPIY comenzó con el enjuiciamiento de numerosos acusados de bajo nivel, lo que inundó el tribunal con casos menores y creó una acumulación de acusados menores en espera de juicio (Cassese, 2004).

Por ello, en una carta al fiscal, fechada el 30 de enero de 1995, el presidente del TPIY insistió en la necesidad de enjuiciar a los responsables de violaciones ‘graves’. Aunque las demandas de justicia de las víctimas de los crímenes cometidos por los ‘pequeños’ no cuentan menos, un tribunal internacional no puede juzgar a todos los que pueden haber cometido atrocidades. Dado sus limitados recursos financieros y humanos, su limitada duración en el tiempo y su necesidad de contar siempre con la cooperación estatal, necesariamente debe enfocarse en los líderes o al menos en quienes planearon y ordenaron las atrocidades, incluidos los altos mandos de los Estados (Cassese, 2004), invocando con ello un claro llamado a ejercer la selección y la priorización de casos.

Ya en pleno funcionamiento, fue necesario reforzar dicha estrategia de priorización, pues se observó que el 6 de abril de 2004, se adicionó a las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY la regla 28 (A): el fiscal debería enviar las acusaciones al presidente para iniciar el proceso que determinaría si la acusación, *prima facie*, se concentra en uno o más de los líderes de más alto rango sospechosos de ser los máximos responsables de los delitos dentro de la jurisdicción del TPIY. Esto evidencia que la estrategia de selección y priorización de casos fue establecida y asumida como vital para el TPIY.

Finalmente, gracias a la *Completion Strategy*, que podría traducirse como la estrategia de conclusión, el TPIY sigue compartiendo conocimientos especializados con abogados y otros profesionales de la antigua Yugoslavia a través de la participación en diversos programas de formación y visitas de estudio. Mediante la transferencia de material probatorio, así como la puesta a disposición de las instituciones nacionales de bases de datos y archivos electrónicos, el TPIY garantizará una transición efectiva de un tribunal internacional a los poderes judiciales nacionales (TPIY, 2004).

Es conveniente remitirnos también al Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), que fijó su estrategia de selección y priorización de casos desde el primer artículo de su Estatuto, refiriendo puntualmente cuáles serían los crímenes, el territorio y la temporalidad de los casos que exclusivamente procesaría.³

Para concluir con la línea temporal, se tiene que casi medio siglo después se buscó establecer una corte penal internacional con carácter permanente, que tendría jurisdicción sobre graves crímenes internacionales, que llevó a la adopción del Estatuto de la CPI en julio de 1998 en la ciudad de Roma (Estatuto de Roma). El estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002 (Cruz Roja Internacional, 2022).

La estrategia de selección de casos de la CPI se palpa desde el artículo 5. 1. del Estatuto de Roma, el cual señala concretamente cuáles son los crímenes de su competencia, que son los más graves y de trascendencia para la comunidad internacional: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Adicionalmente, se plasma la estrategia de selección y priorización de casos de la CPI en su *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, donde claramente se definen aquellos criterios a considerar por el fiscal para elegir los hechos, las personas y los crímenes que se investigarán y perseguirán. Toma en

3 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Artículo 1. Establecer un tribunal internacional con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.

cuenta, entre otros criterios, el impacto de las investigaciones y procesamientos en las víctimas de los crímenes, el impacto sobre la criminalidad en curso o su contribución a la prevención de delitos, además de las posibilidades de éxito y garantía de la concentración de la Fiscalía en los casos en los que parece que puede realizar una investigación efectiva que conduzca a un enjuiciamiento con una perspectiva razonable de condena (CPI, 2016).

En este sentido, es correcto concluir que la selección y priorización de casos es una herramienta de gestión creada desde la justicia penal internacional, aplicada reiteradamente hasta introducirse en algunos sistemas de justicia locales, como el colombiano y el mexicano, objetos de estudio del presente documento.

Determinar qué asuntos o grupos de asuntos deben ser investigados primero y cuáles después pudiera parecer sencillo si se utilizan las técnicas de gestión ordinarias, pues es un hecho conocido que en agencias de persecución que deben investigar y procesar una masiva recepción de denuncias de todo tipo de hechos —incluso imprudenciales—, la estrategia de atención suele ser bajo criterios guiados por la experiencia acumulada de la persona a cargo o por criterios burocratizados como el turno u orden de llegada. No obstante, estos criterios de atención, por más aceptables que parezcan, no dejan de ser meras intuiciones. Dichas prácticas a las que denomino *criterios intuitivos de atención a casos* revelan que si bien dichos criterios pudieran ser empleados en casos que no impliquen violaciones graves a los DDHH, su uso durante la investigación de crímenes graves ha resultado ineficaz, por lo menos en México.⁴

Es claro que al ser *criterios intuitivos* carecen de una creación estratégica y, por tanto, son inflexibles, ya que no permiten a las agencias de investigación adaptarse y hacer frente a fenómenos como el repentino y constante aumento de las cargas de trabajo, manifestación de variables comunes entre casos distintos o hechos consumados bajo una misma dinámica criminal. En la línea del ejemplo mencionado simplemente se deberá continuar atendiendo e investigando los asuntos conforme a su orden de ingreso, ignorando los fenómenos mencionados.

Resulta absurdo pensar en la existencia de una agencia de persecución creada para investigar y procesar graves violaciones de DDHH que trabaje ignorando la pluralidad de las conductas, los elementos comunes que existan entre diversos casos, los ataques generalizados a un mismo grupo de víctimas o incluso que

⁴ En el párrafo 25 del informe del Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU sobre su visita a México al amparo del artículo 33 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contras las Desapariciones Forzadas (2021) se afirma que según la información proporcionada por el Estado Mexicano, a 26 de noviembre de 2021, solo entre el 2 y el 6% de los casos denunciados de desaparición de personas habían sido judicializados y solo se habían emitido 36 sentencias en casos de desaparición de personas a nivel nacional.

ignore la línea temporal de ocurrencia y las estructuras criminales que perpetúan los ataques, ya que todos estos elementos son característicos de las graves violaciones de DDHH que, si son conocidos, deberán ser aprovechados estratégicamente, no ignorados. De aquí surge la necesidad de las agencias de persecución de optimizar todo recurso con el que se cuente para esclarecer graves crímenes, para lo que es necesario centrarse en las acciones de priorización como eje fundamental.

Finalmente, debemos observar desde este momento, sin intención de adelantar la parte final de este texto, que toda estrategia de priorización deberá fundamentarse en dispositivos normativos tal como se ha hecho desde sus orígenes, pues de lo contrario encontraríamos lugar propicio para el desarrollo del conflicto entre los principios de legalidad y de oportunidad. Cuando la oportunidad en lugar de someterse a criterios reglados se conjuga con la admisión de la discrecionalidad, dejando que sea el libre criterio del fiscal y no del legislador, el que determine los casos en que es o no conveniente ejercer la acción penal, se convierte la voluntad de aquel en la dueña del proceso penal y de la posibilidad del castigo de los delitos, dominio que precisa de algún mecanismo correctivo. De otro modo es susceptible de producir el efecto corruptor del proceso no solo por contagiar al mismo de los errores de valoración del fiscal, sino por poder ser utilizado en función de espurias motivaciones de oportunidad política (Conde-Pumpido Ferreiro, 1989).

1. 2. Análisis del contexto

Las graves violaciones de DDHH cuando se multiplican y pluralizan suelen perpetrarse en contextos en los que imperan situaciones como agudas crisis sociales, condiciones favorables para la anarquía o el colapso generalizado de las propias bases del Estado de derecho. ¿Cuándo ocurre esto? En general, cuando la situación política de una sociedad denota una evidente vigencia deficitaria del Estado de derecho. Las situaciones en que se evidencia con claridad tal déficit son al menos tres: i) sociedades regidas por regímenes políticos autoritarios; ii) sociedades en las que existe un conflicto armado interno o internacional, y iii) sociedades en las que existen intensos conflictos sociales, étnicos, religiosos o políticos, que evidencian “la existencia de un contexto social colapsado dividido” (Martínez, 2014).

El análisis de contexto es una herramienta esencial para el establecimiento de consecuencias jurídicas en casos de violaciones graves, generalizadas, masivas y sistemáticas de DDHH. A través del derecho internacional, esta herramienta ha sido desarrollada para ofrecer mayores elementos para aproximarnos a un entendimiento general sobre la importancia, las condiciones y el uso del contexto para

valorar adecuadamente las violaciones de DDHH y determinar responsabilidades (Rincón et al., 2021).

Es claro que la justicia penal internacional, al haber sido concebida para conocer de las más graves atrocidades cometidas desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, ha requerido auxiliarse de elementos contextuales abordados por cuerdas separadas tanto para la creación de sus instituciones, como para la investigación, procesamiento y sanción de los asuntos a su cargo. Esto se clarifica cuando nos remontamos al estudio de la estructura de los elementos de los crímenes competencia de la CPI y se advierte la presencia necesaria de algunos elementos que solo pueden ser entendidos desde el análisis de las circunstancias del contexto en el que ocurrieron.

Así, tenemos que la justicia penal internacional incorpora desde la estructura de los elementos de diversos crímenes de su competencia, el denominado *elemento contextual*, tal como se observa en el documento oficial *Elementos de los crímenes* (CPI, 2002) a través del que describe la totalidad de dichos elementos tal como se observa enseguida:

La estructura de los elementos de los crímenes sigue en general los principios siguientes:

- a) Habida cuenta de que los Elementos de los Crímenes se centran en la conducta, las consecuencias y las circunstancias correspondientes a cada crimen, por regla general están enumerados en ese orden;
- b) Cuando se requiera un elemento de intencionalidad específico, este aparecerá después de la conducta, la consecuencia o la circunstancia correspondiente;
- c) Las **circunstancias de contexto** se enumeran en último lugar (CPI, 2002 par. 7).⁵

En este sentido, los crímenes internacionales, por naturaleza, se caracterizan por contar con elementos contextuales por lo que en su ausencia, aunque se comprueben el acto y la intencionalidad, no podrían caracterizarse como crímenes internacionales. Los elementos contextuales deben ser probados para concluir que un crimen efectivamente existió. En otras palabras, en materia penal internacional si el elemento contextual analizado no se acredita, tampoco podrá acreditarse el crimen internacional; se trata entonces de elementos necesarios, no optativos (Ansolabehere et al., 2017).

5 Subrayado fuera del texto original.

Como fue sugerido desde un inicio, la CPI por su propia estructura puede acceder a información que le permite desarrollar investigaciones y dictar sanciones que observan un panorama mucho más completo, no solamente al hacerse cargo del caso particular y de los responsables que tuvieron contacto directo con los hechos. En relación con la construcción de los elementos contextuales, la CPI no se limita a las pruebas típicas o tradicionales, como serían los testimonios o las declaraciones de víctimas o testigos, peritajes o la confesión de los propios imputados, también utiliza frecuentemente documentos producidos por otras instancias u órganos internacionales, como la ONU, o por los Estados o gobiernos locales, así como reportajes de la prensa sobre la situación analizada (Ansolabehere et al., 2017).

De esta forma, la jurisprudencia internacional deja ver que el análisis del contexto ha sido empleado en múltiples ocasiones y que, además de constituirse como un elemento de necesaria acreditación por obrar en la descripción típica de los crímenes, ha sido utilizado como parte fundamental de la emisión de las condenas de la CPI y de los tribunales internacionales. Con esto se establece que para la comprensión de los hechos alegados es necesario decir, aunque sea brevemente, algo sobre la historia (*Fiscalía c. Jean-Paul Akayesu*, Sentencia de Juicio, 1998) y dirigir apartados exclusivos en sus sentencias para abordar el estudio del contexto.

2. Aplicación de herramientas de la justicia penal internacional en el plano local. La experiencia latinoamericana: México y Colombia

Las investigaciones de contexto y la prueba de contexto tímidamente empiezan a ser parte de la cultura jurídica en los escenarios procesales internos en el orden penal con soporte en la política criminal de los Estados, como reflejo de la forma y la estructura con las que se trata el tema en las diferentes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y otros tribunales internacionales y de la base doctrinal que se suscita en cuanto a la flexibilidad probatoria (Toro & Bustamante, 2022).

Como ha quedado en evidencia, las estrategias de selección y priorización de casos, así como el estudio y el análisis de contexto no riñen sino que imitan el actuar de los más destacados organismos de persecución penal internacional y cuentan con un respaldo adicional que les proporciona una visión más regionalizada. Me refiero a que estas herramientas tienen la aprobación de la Corte IDH, que en reiteradas resoluciones jurisprudenciales se ha pronunciado en favor de las estrategias de priorización, estableciendo que en casos de personas vulnerables, como una

persona con discapacidad, es imperante tomar las medidas pertinentes como la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos (*Furlan y Familiares c. Argentina*, 2012; *Spoltpre c. Argentina*, 2020).

Por otro lado, la Corte IDH ha incorporado, en múltiples de sus sentencias, un apartado específico dedicado a abordar el análisis del contexto de los casos que llegan a su jurisdicción gracias a los cuales ha establecido con mayor certeza cuándo los hechos alegados configuran graves violaciones de DDHH. En distintas resoluciones ha señalado cuándo, en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, ha conocido de diversos contextos históricos, sociales y políticos que permitieron situar los hechos alegados como violatorios de la Convención Americana de Derechos Humanos en el marco de las circunstancias específicas en que ocurrieron. Además, en algunos casos, el contexto posibilitó la caracterización de los hechos como parte de un patrón sistemático de violaciones de DDHH (*Personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana*, 2014; *Velázquez Rodríguez c. Honduras*, 1988, *J. c. Perú*, 2013).

En algunos puntos del planeta las herramientas a las que se refiere este documento ya han sido empleadas en el plano local con algunas dificultades, pero también con algunos puntos que han tornado la experiencia como una de buenos resultados. Iniciaremos conociendo la experiencia que hasta ahora se ha dejado ver en la República Mexicana, misma que a raíz de una destacada reforma constitucional en materia penal que inició en 2008, que a la fecha se encuentra en fase de consolidación, ha generado una inercia de cambios, modificaciones, adiciones y demás ajustes en las agencias persecutoras de las entidades federativas y del fuero federal, que ha permitido que las y los operadores del sistema de justicia se encuentren habituados a estos.

Un primer antecedente de la aplicación local de la estrategia de análisis de contexto fue registrado al centro-sur del país, en la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, lugar en el que han destacado los índices de homicidios agravados por razones de género en contra de las mujeres, de los que resultaron casos sumamente mediatizados en virtud de su alto impacto y niveles de violencia (BBC Mundo, 2019).

Ante ello, el 28 de julio de 2015, en el marco de una sesión extraordinaria del Sistema Nacional de Prevención, Atención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres, se acordó por unanimidad la procedencia de la declaratoria de la Alerta de violencia de género contra las mujeres para el Estado de México, en

los municipios de Ecatepec, Nezahualcóyotl, Valle de Chalco, Toluca, Tlalnepantla, Chimalhuacán, Naucalpan, Tultitlán, Ixtapaluca, Cuautitlán Izcalli y Chalco, que en el apartado III, denominado Medidas de Justicia, punto 3 de las recomendaciones emitidas al Estado de México en el marco de la Declaratoria de la Alerta de género, consigna: “3. Crear una Unidad de Contexto para la investigación de feminicidios que mediante la elaboración de análisis antropológicos y sociológicos, permita identificar, entre otros, las dinámicas delictivas y de violencia contra las mujeres en la entidad” (Gaceta del Gobierno, 2016). Al encontrarse dicha unidad inserta en la estructura de la Procuraduría Local es claro que los productos realizados por la misma serán incorporados en las investigaciones penales y desahogados en las correspondientes audiencias de juicio.

De acuerdo con el documento de creación de la unidad, las intenciones de la construcción de contexto se encuentran centradas en recoger, sistematizar y analizar información de hechos y datos sobre los feminicidios, homicidios dolosos y desapariciones de niñas y mujeres, así como otros delitos vinculados a la violencia de género para brindar a las investigaciones penales productos o informes que den luz sobre el contexto sociológico y antropológico; los patrones de violencia de género contra las niñas y mujeres; los posibles rasgos comunes entre los diversos casos de feminicidio, homicidio doloso y desaparición de niñas y mujeres; las características etarias, de sexo, raza, etnia, orientación sexual, discapacidad y demás enfoques diferenciales que se requieran; los perfiles de los victimarios y las víctimas; la georreferenciación o mapeos delictivos, y el marco normativo y doctrinario estatal, federal e internacional de DDHH, con énfasis en derechos de las niñas y de las mujeres, así como las investigaciones realizadas en la materia, y los demás elementos que se determinen necesarios.

Lo anterior da cuenta de que la estrategia de selección de casos que recibirán auxilio de la Unidad de Contexto se encuentra, como en la mayoría de las experiencias, implícita desde su concepción, teniendo competencia para conocer únicamente de casos relacionados con feminicidios, homicidios dolosos y desapariciones de niñas y mujeres ocurridas en el Estado de México.⁶

El primer acercamiento con el análisis de contexto en México se focalizó hacia la problemática generalizada de violencia letal contra mujeres y niñas, lo cual puede ser explicado a partir de la responsabilidad estatal internacional que se le fincó al

6 En el mismo sentido se identifica la creación de la Unidad de Análisis y Contexto para la Investigación de Feminicidios en el Estado de Hidalgo, México y la Unidad homóloga en Veracruz, México.

país en una de las sentencias de la Corte IDH (*González y Otras “Campo Algodonero” c. México*, 2009).

Sin embargo, además de las experiencias anteriores, se identifican otras más cercanas y similares a las de la justicia penal internacional, pues se tiene que derivado de la cifra cada vez más elevada de personas desaparecidas en el país (Comisión Nacional de Búsqueda, 2022), a partir del 17 de noviembre de 2017, entró en vigor la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, la cual ordena en su artículo 53, fracción XLVIII, la creación de la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas facultada para cumplir con la elaboración de análisis del contexto que incorporen a los procesos de búsqueda elementos sociológicos, antropológicos y victimológicos para fortalecer las acciones de búsqueda en el territorio nacional. Con esto, se busca establecer el análisis de contexto en México como un conjunto metodológico que permita identificar patrones delictivos en un tiempo y lugar determinados con el fin de comprender el fenómeno de la desaparición de personas integralmente, sin aislarlo de todos los aspectos que lo determinan (Comisión Nacional de Búsqueda de Personas, 2021).

Es claro que el contexto bajo la óptica de la ley mexicana en materia de desaparición no atiende a una *vocación penal*, sino de búsqueda de personas; sin embargo, a criterio de la autora, esto ha permitido que las experiencias con el contexto aplicado a las investigaciones penales de graves violaciones de DDHH sea recibido sin obstáculos de desconocimiento por lo menos conceptuales, tal como ocurre en Chihuahua, una Entidad Federativa ubicada al norte de México fronteriza con Estados Unidos de América, específicamente con la ciudad de El Paso, Texas.

Fue en el 2019 cuando entró en funciones operativas la denominada Fiscalía Especializada en Investigación de Violaciones a los Derechos Humanos y Desaparición Forzada del Estado de Chihuahua (PBI México, 2022), la cual llegaría a fundamentar la política de selección y priorización de casos en dicha entidad, pues desde su concepción en 2016, a través de una reforma a la Ley Orgánica de dicha fiscalía local se estableció en su Reglamento mediante el artículo 11, fracción primera: únicamente conocerá de delitos que impliquen violaciones de DDHH consistentes en tortura; desaparición forzada de personas y todos los delitos relacionados con la desaparición de personas; discriminación, delitos cometidos en contra de personas defensoras de derechos humanos y periodistas, y cualquier otro delito que por las circunstancias del caso, la situación o condición de las víctimas o del contexto en que haya ocurrido.

Tras enmarcarse la estrategia de selección de la fiscalía especial, se estableció en su Reglamento interior, mediante el título octavo, capítulo primero, artículo 36, fracciones I, II y III su ajuste a una priorización de casos sustentada en tres criterios fundamentales:

I. Subjetivo, podrá considerarse cuando:

- a) El autor o autores sean servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o atribuciones; un particular que ejerza funciones públicas; se trate de un particular instigado o autorizado, explícita o implícitamente por una o un servidor público; o, cuando actúe con aquiescencia o colaboración de una o un servidor público y estos atenten contra la vida, libertad o integridad de la víctima; o
- b) La víctima se encuentre en condición de vulnerabilidad y que, en razón de esta, se trasgredan bienes jurídicamente tutelados citados en el inciso que antecede.

II. Objetivo:

Atiende a la naturaleza o trascendencia del hecho o las circunstancias del delito que surgen del contexto y que pudieran constituir representatividad, casos tipos, sistematicidad o patrones en cualquiera de sus componentes.

III. Complementario, que se aplica cuando:

- a) En los casos o situaciones se verifiquen elementos de probabilidad de éxito o la captura de los máximos responsables; o
- b) Existan limitaciones probatorias, logísticas, normativas u otras y que puedan estas incidir en los resultados de la investigación o en el éxito que esta pueda tener.

Lo anterior estableció el mínimo para configurar la estrategia de priorización de casos, pues si bien, como ya se dijo, la selección fue dada desde la creación legal de la agencia persecutora, el orden de atención o nivel de prioridad que se le debería dar a cada uno de los asuntos no corrió con la misma suerte; para ello fue publicado, en enero de 2020, el Acuerdo por el que se Emiten los Criterios de Priorización en la Atención a Casos de la Fiscalía Especializada en Investigación de Violaciones de DDHH y Desaparición Forzada del Estado de Chihuahua.

El acuerdo citado se acompaña de un manual para aplicar el mecanismo por el que se priorizarían los casos previamente seleccionados, estableciendo un conjunto de indicadores que conforman cada uno de los elementos subjetivos, objetivos y complementarios, que cuentan con un valor numérico que deberá ir sumándose a cada uno de los indicadores; tras ser analizado el caso se aplicará el *test de priorización* a la luz de la totalidad de criterios a cargo de servidoras y servidores públicos de dicha fiscalía, quienes conformarán un equipo multidisciplinario evaluador integrado como mínimo por tres analistas con conocimientos en distintas disciplinas de las ciencias sociales. Una vez aplicado el test, es emitido el resultado, que se traduce en un puntaje que, de acuerdo a las denominadas *pirámides de priorización*, determina el nivel de prioridad del caso: nula, baja, media, alta y extrema.

Es en razón del resultado del test de priorización que se determina cuáles asuntos serán investigados y en qué orden por la fiscalía especializada, únicamente aquellos que resulten en los dos niveles más elevados de prioridad (alta y extrema) serán aceptados. El resto serán investigados por diversas unidades de investigación que no hacen parte de la agencia de persecución especializada.

En esta misma sintonía, se advierte que gracias a la conformación de la Unidad de Análisis y Contexto, que imita algunos rasgos de los organismos de justicia penal internacional, dicha agencia está obligada a rendir informes de contexto de aquellos casos priorizados para incorporarlos como actos de investigación que posteriormente serán presentados como prueba en las audiencias de juicio, para obtener resultados que han sentado los primeros precedentes en materia de contexto a nivel nacional.

Es el caso de una de las sentencias condenatorias más recientes obtenida por la agencia especializada en el caso del homicidio de un reconocido activista y defensor de DDHH de los pueblos indígenas que, de acuerdo a un informe publicado por Amnistía Internacional (2019), fue precedido por al menos once homicidios más, incluido el del hijo mayor del defensor en una comunidad ancestral ubicada en una zona periférica de la entidad, dicha sentencia condenatoria utilizó por primera vez en México la prueba de contexto para sustentar la responsabilidad penal individual y ordenar un esquema de reparación integral en favor de las víctimas directas y de la comunidad indígena en la que ocurrieron los hechos (Centro de Derechos Humanos de las Mujeres, 2021).

Finalmente, es importante mencionar que la estrategia de selección y priorización de casos, empleada desde la Fiscalía de Chihuahua ha permitido esclarecer asuntos de elevado impacto social en periodos de tiempo que van de los diez a los catorce días contados desde la recepción de la noticia criminal hasta la detención

y presentación de los sujetos imputados ante los tribunales (Animal Político, 2020; El Diario de Juárez, 2020a; 2020b; Macias, 2020), lo que evidentemente rompe con el patrón de impunidad del que se habló en la introducción de este documento.

En otro contexto, más al sur del continente americano, encontramos la experiencia de Colombia, la cual actualmente en virtud del proceso de justicia de transición logró implementar la estrategia de selección y priorización de casos como herramienta de la justicia penal internacional al plano nacional (JEP, 2022) lo que según Correa (2015) constituye una habilitación que, junto con la construcción de contextos sociales y criminales para la investigación de los asuntos priorizados, permite contribuir eficazmente con los objetivos de justicia en lo penal, perseguidos por el régimen transicional.

Por otro lado, la Unidad de Análisis y Contextos, adscrita al Despacho del Fiscal General de la Nación colombiana fue creada mediante Resolución No. 01810 de 4 de octubre de 2012 como un instrumento de política criminal enfocada en enfrentar fenómenos de delincuencia organizada mediante el uso de herramientas de análisis criminal y creación de contextos con el objetivo de articular la información aislada que actualmente se encuentra en las diversas unidades de la entidad y asume los procesos que hagan parte de las situaciones y los casos priorizados por el Comité de Priorización de Situaciones y Casos de la Fiscalía General de la Nación (Fiscalía General de la Nación, 2022). A diferencia de las unidades de análisis de contexto mexicanas, se advierte desde su documento fundador que la unidad de contexto colombiana cuenta con las facultades para dirigir y asumir las investigaciones priorizadas, pues de acuerdo al documento de creación está integrada de por lo menos 85 fiscales.

Por otro lado, respecto a la experiencia en materia de selección y priorización de casos, en Colombia se crearon algunas mesas de trabajo, planeadas y respaldadas institucionalmente, en las que participaron servidores públicos de altos niveles jerárquicos, académicos, organizaciones sociales, organizaciones no gubernamentales y agencias internacionales de cooperación (Fiscalía General de la Nación, 2013) con el fin de construir la Política de Priorización de la Fiscalía General de la Nación, que cobró vida jurídica a través de la emisión de la Directiva No. 0001 del 04 de octubre del 2012, mediante la que se adoptaron unos criterios de priorización de situaciones y casos y se creó un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación.

En esta directiva, la palabra 'priorizar' fue definida como una técnica de gestión de la investigación penal que permite establecer un orden de atención entre reclamos ciudadanos de justicia equivalentes, con el fin de garantizar, en la mayor

medida posible, el goce del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. De ninguna manera la priorización equivale a una extinción de la acción penal en relación con los casos no priorizados o una renuncia al deber de investigar y sancionar las conductas delictivas. Además, en dicho documento se apela a múltiples fundamentos de derecho internacional y de derecho comparado para ejecutar la estrategia de priorización.

Recientemente en Colombia, bajo la figura de desaparición, se están imputando más de 13 000 delitos —los cuales constituyen graves violaciones a DDHH—, gracias a un esfuerzo realizado por la Fiscalía General de la Nación, calificado por la revista *Semana* (2014) como la más grande estrategia jurídica aplicada en respuesta a la macrocriminalidad existente en el país. Así, la metodología del análisis de contexto no ha sido fácil, pero es una forma mediante la cual en la Fiscalía se está intentando responder a este desolador fenómeno macrocriminal de la desaparición forzada, que ha ido dando resultados (Hinestrosa, 2017).

3. Principales críticas a la aplicación local de herramientas de la justicia penal internacional

Las herramientas aquí abordadas han demostrado dar resultados importantes en contextos de graves violaciones sistemáticas o masivas de DDHH que buscan ser atendidas eficazmente a través de una política criminal, que ha sido definida por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-936 de 2010 como

el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerles frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción.

A pesar de que, como se vio, la política de selección y priorización de casos y la metodología de análisis de contexto han formado parte de una política criminal en algunas latitudes de América Latina, existen autores que las rechazan por diversos motivos. En primer lugar, se ha criticado que la creación de criterios de selección y priorización de casos compone una facultad arbitraria por parte de las agencias de persecución, manifestando “que constituyen el otorgamiento de amplias facultades discrecionales [...] para establecer qué casos van a ser investigados, perseguidos y juzgados en primer lugar y cuáles [permanecen] en los anaqueles esperando la prescripción” (Botache, 2022).

Dicha crítica constituye una falacia en sí misma por devenir de un argumento inválido,⁷ pues concluye que las decisiones tomadas son *discrecionales* y no es así. Ha quedado manifiesto que las estrategias de selección y priorización de casos, desde sus más previas aplicaciones, han estado reguladas por mecanismos de control que integran los mismos estatutos, leyes o reglamentos por los que se crean sus instituciones, lo que a la par genera criterios que definen cuáles son los casos que se investigarán bajo un nivel de prioridad especial y cuáles, en virtud de su naturaleza de menor impacto, serán investigados de manera posterior.

Además, tal como se observa en el caso de México, la asignación de prioridad a un caso no implica que aquellos *no prioritarios* dejarán de investigarse, sino que serán investigados por agencias ordinarias que no operan bajo estas estrategias, garantizando así el acceso a la justicia para todas las víctimas; posiblemente para unas en lapso más corto que para otras, pero eso dependerá de diferentes factores y nunca del nivel de prioridad asignado. Como se adelantó al inicio del texto, el principio de oportunidad debe estar siempre regulado por parámetros conformes al principio de legalidad.

Una segunda crítica refiere que el análisis de contexto se construye o reconstruye sin el rigor de la prueba jurídica; que los testimonios, por ejemplo, son tomados al azar sin que sea requisito ni siquiera la identificación del testigo. Algunos autores lo han calificado como un método extrajudicial de investigación cuyo resultado difícilmente puede debatir la defensa por los recursos que se necesitan para construirlo y refutarlo, con lo que el principio de igualdad de armas se verá socavado (Fajardo Arturo, 2015). En este sentido, es valioso dar cuenta de la flexibilidad y dinamismo con que el análisis de contexto puede cumplir con sus objetivos de brindar el marco de referencia en el que ocurren las graves violaciones de DDHH, pues inclusive la CPI se allega de múltiples fuentes para acreditar los elementos que exigen los crímenes de su competencia.

No se niega que el contexto admite fuentes de información abiertas, cerradas, primarias, secundarias, privadas, públicas o judiciales, entre muchas otras, pero esto no tiene por qué asumirse como una desventaja, pues actualmente existen múltiples instrumentos que regulan la validez de las fuentes de información (Departamento de Asuntos Antinarcóticos y Aplicación de la Ley en Estados Unidos de América, 2020), aunado a que resulta sencillo tener como válido que todo informe generado por una agencia de persecución deberá ser emitido con los estándares

7 De acuerdo con Bordes Solanas (2011) la falacia "*non sequitur*" cubre los casos de argumentos inválidos y no razonables, esta se produce cuando de las premisas no se sigue la conclusión. Igual opinión tiene Allen (2017), en su libro *Falacias lógicas*. Esto se produce normalmente cuando la evidencia presentada parece estar vagamente conectada con la conclusión de una manera lógica pero en realidad no lo está.

de referencias o citas que se consideren apropiados. Finalmente, respecto a lo que Toro y Bustamante (2022) refieren como socavar el principio de igualdad de armas, puede argumentarse que al tratarse de un tema meramente procesal cada sistema de justicia penal local deberá establecer, con arreglo y respeto al proceso penal, el correcto traslado de la información (incluyendo toda aquella relacionada al análisis de contexto) a la contraparte de los procesos.

Conclusión: Propuesta de tres ejes para la aplicación de herramientas de la justicia penal internacional a la investigación local de graves violaciones de DDHH

La propuesta que aquí se plantea tiene como destinatarias a las fiscalías o instituciones de procuración de justicia latinoamericanas y se centra en la ejecución de una estrategia conjunta de selección, priorización y análisis de contexto para incidir en la resolución eficaz de un mayor número de asuntos y no solamente de aquellos que alcancen el estatus de prioridad.

Es importante destacar que en contextos de violencia generalizada, como en los que se encuentran algunas regiones de Latinoamérica, la formulación rigurosa y la aplicación adecuada de estos criterios necesariamente debería complementarse con una profunda reflexión sobre la consecuente implementación de procedimientos penales abreviados, así como de mecanismos alternativos a través de los cuales los casos que no sean remitidos a la justicia priorizada aún puedan ser atendidos de manera satisfactoria (Bergsmo & Saffon, 2011).

Al promover y ejecutar una estrategia que incorpore las herramientas creadas desde la justicia penal internacional, cualquier Estado asume, como lo hacen desde aquel ámbito, que es simplemente imposible resolver la totalidad de hechos delictivos que ocurren en su jurisdicción y que los recursos asignados, aún en las infraestructuras más generosas, resultan ser insuficientes para una meta tan elevada.

Por lo anterior, la propuesta que se plantea sugiere que para ejecutar la aplicación idónea de las herramientas y, sobre todo, de una forma respetuosa del derecho doméstico que no olvide la naturaleza internacional para la que fueron creadas, deberá observar tres ejes fundamentales: objetividad, transparencia y legitimidad. La actualización de estos ejes permite el acceso a una aceptación generalizada de la estrategia y elimina la aplicación arbitraria y discrecional de la misma.

Será pues necesario, en un primer momento, que la ejecución sea objetiva, crear mecanismos justificados que escapen del terreno de los intereses personales y de

las decisiones de instituciones con incidencia en la vida política o social del territorio. Esto se puede lograr creando mecanismos que se auxilien de las ciencias exactas,⁸ lo que ha sido denominado por algunos autores como “matematización” o “la fórmula del peso” (Vázquez, 2018).

Por otro lado, el eje de transparencia contribuye a dotar de calidad a las estrategias aplicadas, pues el hecho de abrirse al escrutinio y revisión del público en general, de las víctimas, de las organizaciones de la sociedad civil e inclusive de otros gobiernos, garantiza un nivel mínimo de compromiso en una doble dimensión: la primera inclinada a mantener los estándares gubernamentales de rigor técnico en un alto nivel y la segunda a ejecutar las acciones previstas para cumplir con los objetivos planteados. Resulta lógico que la ausencia de criterios claros y públicamente justificados podría dar la impresión de que la selección y asignación de prioridad de casos se está haciendo de una manera arbitraria, parcial o politizada que generará actitudes de desconfianza y desaprobación en contra del proceso judicial (Ambos, 2011).

Finalmente, ubicar los instrumentos que respalden la estrategia de aplicación de las herramientas internacionales en el marco jurídico vigente permitirá actualizar el eje denominado legitimidad, pues se garantizará que la aplicación interna de las estrategias multirreferidas en este documento se encuentren dotadas de coherencia y armonización con el resto de las disposiciones legales.

El desarrollo de una estrategia de persecución local que incorpore elementos inspirados en la justicia penal internacional resultará en todos los casos un reto importante para su concepción, ejecución y aceptación.

Afortunadamente hoy en día, a pesar de que la literatura al respecto continua siendo escasa, las experiencias internacionales y extranjeras permiten adelantar un mínimo para el establecimiento de estas estrategias y por lo menos avizorar un diagnóstico genuino sobre sus resultados. Por ello, en escenarios generalizados de graves violaciones de DDHH, enmarcados en un patrón de impunidad a través del tiempo, es necesario mantener una visión crítica, pero también abierta, a la hora de buscar e implementar aquellas buenas prácticas extraídas de los modelos de justicia más exitosos que sin duda llegarían a configurar un cambio tangible en la forma de impartir justicia en el ámbito local.

Finalmente, se ha evidenciado que las herramientas de selección y priorización emanan de los modelos de gestión de casos de los tribunales penales internacionales

8 Como ejemplo se sugiere ver el anexo al Acuerdo por el que se Emiten los Criterios de Priorización de Casos de la Fiscalía Especializada en Investigación de Violaciones a los Derechos Humanos de Chihuahua, donde se advierte la forma de asignación de puntajes a cada criterio.

y la CPI, que conforman el aparato de justicia internacional penal concebido para perseguir y sancionar las conductas más atroces cometidas a lo largo de la historia. Por ende, si algunos países latinoamericanos actualmente se encuentran atravesando por las mayores crisis de graves violaciones de DDHH, deben optar por incorporar estas herramientas en sus jurisdicciones locales, pues a diferencia de los modelos de gestión de los aparatos de justicia aplicados hasta ahora por países como México y Colombia, las herramientas de la justicia penal internacional han demostrado su eficacia en estos escenarios.

Referencias

- Ambos, K. (2011). *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*. Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25829.pdf>
- Ambos, K., & Ontiveros, M. (2017). *Autoría y participación. La responsabilidad penal del superior jerárquico*. Flores Editor.
- Amnistía Internacional. (2019). *Entre balas y olvido. Ausencia de protección a personas defensoras del territorio en la sierra Tarahumara*. <https://www.amnesty.org/en/documents/amr41/9554/2019/es/>
- Animal Político. (2 de septiembre de 2020). Hallan muerta a la activista trans Mireya Rodríguez; ONG y autoridades piden justicia. *Animal Político*. <https://www.animalpolitico.com/2020/09/asesinan-activista-trans-mireya-rodriguez-chihuahua/>
- Ansolabehere, K., Robles, J., Saavedra, Y., Serrano, S., & Vázquez, D. (2017). *Violaciones, derechos humanos y contexto: herramientas propuestas para documentar e investigar Manual de análisis de contexto para casos de violaciones a los derechos humanos* (pp. 20-23). Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r38405.pdf>
- Bergsmo, M., & Saffon, M. (2011). Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿Cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales? En K. Ambos, *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado* (pp. 23-68). Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25829.pdf>

- Botache, N. (2022). *La priorización en el proceso penal ordinario: ¿facultades discrecionales para la fiscalía?* <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/12/doctrina46104.pdf>
- Bordes Solanas, M. (2011). *Las trampas de Circe*. Cátedra.
- Cassese, A. (2004). The ICTY: A living and vital reality. *Journal of International Criminal Justice*, 2(2), 585-597. <https://doi.org/10.1093/jicj/2.2.585>
- Centro de Derechos Humanos de las Mujeres (CEDEHM). (13 de marzo, 2021). *Histórica sentencia por homicidio del defensor de derechos humanos de pueblos indígenas, Julián Carrillo Martínez*. <https://cedehm.org.mx/es/2021/03/13/historica-sentencia-por-homicidio-del-defensor-de-derechos-humanos-de-pueblos-indigenas-julian-carrillo-martinez/>
- Chihuahua, México, Honorable Congreso del Estado. Decreto 1142-2010 XII PE Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado de Chihuahua (25 septiembre 2010). <http://www.congresochihuahua2.gob.mx/biblioteca/leyes/archivosLeyes/1261.pdf>
- Colombia, Fiscalía General de la Nación. Resolución 01810, por medio de la cual se crea la Unidad Nacional de Análisis y Contextos de la Fiscalía General de la Nación en Colombia (4 octubre 2012). <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Resolución-Nº-01810-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>
- Colombia, Fiscalía General de la Nación. (2013). *La priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*. Oficina de Divulgación y Prensa – Unidad Nacional de Análisis y Contextos. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/123719-Libro-de-priorización-web.pdf>
- Colombia, Justicia Especial para la Paz. (2022). *Comunicado 38. La JEP presenta propuesta de criterios para la priorización de casos*. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/38.Comunicado-38---La-JEP-presenta-propuesta-de-criterios-para-la-priorización-de-casos.aspx#:~:text=Los%20criterios%20de%20priorización%20de,de%20los%20hechos%2C%20entre%20otros>
- Comisión Asesora de Política Criminal. (2012) *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado Colombiano*. <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/Informe%20de%20la%20Comisión%20Asesora%20de%20Pol%C3%ADtica%20Criminal.pdf>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Situación de los Derechos Humanos en México*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf>
- Comisión Nacional de Búsqueda de Personas. (2021). *El ABC del Análisis de Contexto* https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/666836/Gui_a_ABC_-_Compimido_Hipervi_nculos.pdf
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2022). *Justicia penal internacional: las instituciones. Ficha técnica*. <https://www.icrc.org/es/content/justicia-penal-internacional-las-instituciones-ficha-tecnica>
- Conde-Pumpido Ferreiro, C. (1989). El principio de legalidad y el uso de la oportunidad en el proceso penal. *Poder Judicial*, (Extra 6), 17-56.
- Correa Henao, M. (2015). Análisis de Contexto. Estudio desde el derecho constitucional. En G. Barbosa Castillo & C. Bernal Pulido (Eds.), *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno* (pp. 136-294). Universidad Externado de Colombia. <https://pbi-mexico.org/es/news/2017-06/creaci%C3%B3n-de-la-fiscal%C3%A1-da-especializada-de-investigaci%C3%B3n-%20de-violaciones-los-derechos>
- Corte Penal Internacional (CPI). (1998). *Estatuto de Roma de la CPI*. <https://www.un.org/spanish/law/icc/icc.html>
- Corte Penal Internacional (CPI). (2016). *Policy paper on case selection and prioritisation*. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf
- Departamento de Asuntos Antinarcóticos y Aplicación de la Ley en Estados Unidos de América. (2020). *Manual del participante AAIC INL (Vol. 3)*. INL.
- El Diario de Juárez. (12 de noviembre de 2020a). Caen Supuestos agresores de Periodista. *El Diario MX*. <https://diario.mx/juarez/caen-cinco-supuestos-agresores-de-periodista-20201111-1730005.html>
- El Diario de Juárez. (14 de septiembre, 2020b). Detienen al presunto asesino de activista transgénero. *El Diario MX*. <https://diario.mx/juarez/detienen-al-presunto-asesino-de-activista-transgenero-20200913-1708087.htm>
- Estados Partes, Corte Penal Internacional (CPI). *Elementos de los Crímenes. Resolución de la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma adoptados de conformidad y por mandato del artículo 9 del Estatuto de Roma ICC-ASP/1/3* (septiembre de 2002. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UN-DOC/GEN/N02/603/38/PDF/N0260338.pdf?OpenElement>

Estado de Hidalgo. Acuerdo A/03/20, por el que se crea la Unidad de Análisis y Contextos para la investigación de feminicidios homicidios dolosos y desaparición de niñas niños adolescentes y mujeres de la Procuraduría General del Estado de Hidalgo (30 abril, 2020). <https://periodico.hidalgo.gob.mx/?p=38422>

Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda. <https://www.oacnudh.org.gt/estandares/docs/Instrumentos/Humanitario/Ruanda.pdf>

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66

Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente. http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66

Fajardo Arturo, L. A. (2015). Estado del arte en materia de derecho internacional de los derechos humanos y contexto. En G. Barbosa Castillo & C. Bernal Pulido (Eds.), *El análisis de Contexto en la Investigación Penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno* (p. 300). Universidad Externado de Colombia.

Hinestrosa, J. (2017). *Cómo enfrentar la impunidad de violaciones de derechos humanos*. Tirant lo Blanch.

Human Rights Watch. (2022). *México | Página de país | Mundo | Vigilancia de los derechos humanos* <https://www.hrw.org/es/americas/mexico>

de León, G., Krsticevic, V., & Obando, L. (2010). *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional CEJIL. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25129.pdf>

Macias, I. (30 de octubre de 2020). Asesinan en Ciudad Juárez a Arturo Alba Medina, Periodista de Multimedia. *El Universal*. <https://www.eluniversal.com.mx/estados/chihuahua-asesinan-en-ciudad-juarez-arturo-alba-medina-periodista-de-multimedios>

Martínez, D. (2014). *Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis y Contextos (DINAC) de la Fiscalía General de la Nación*. Centro Internacional para la Justicia Transicional. <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Manual-DINAC-2014.pdf>

- México, Cámara de Diputados del Honorable Congreso de La Unión. Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (17 noviembre 2017). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGMDFP.pdf>
- México, Comisión Nacional de Búsqueda. (2022). *Contexto general*. <https://versionpublicarnpdno.segob.gob.mx/Dashboard/ContextoGeneral>
- Najár, A. (9 de octubre de 2018). “Monstruo de Ecatepec”: qué se sabe de los asesinos seriales de mujeres que vendían los restos de sus víctimas en México. BBC News Mundo <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45806103>
- Olásolo, H. (2009). *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*. Pontificia Universidad Javeriana.
- PBI México. (2022). *Creación de la Fiscalía Especializada de Investigación de Violaciones a los Derechos Humanos en Chihuahua*. <https://pbi-mexico.org/node/7874>
- Rincón, T., Varela, A., & Gutiérrez, J. (2021). *Análisis de contexto en la jurisprudencia internacional de los derechos humanos*. IDHEAS. <https://www.idheas.org.mx/publicaciones-idheas/publicaciones-idheas-litigio-estrategico/analisis-de-contexto-en-la-jurisprudencia-internacional-de-los-derechos-humanos/>
- Sánchez León, N., & Jiménez, A. (2020). La selección y priorización de casos en la Jurisdicción Especial para la Paz. *Vniversitas*, 69. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.spcj>
- Semana. (26 de mayo de 2014). Desaparecidos: el Estado el gran responsable. *Semana*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/desaparecidos-el-estado-el-gran-responsable/389173-3/>
- Toro, L., & Bustamante, M. (2022). La investigación y la prueba de contexto como elementos de política criminal para la persecución del crimen organizado. *Criminalidad*, 62(1), 101-115.
- Tribunal Internacional Criminal para Ruanda. *Fiscalía c. Jean-Paul Akayesu* ICTR-96-4-T (2 septiembre 1998). <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>
- Tribunal Penal Internacional para ex- Yugoslavia (TPIY). (s. f.). *Completion strategy*. <https://www.icty.org/en/about/tribunal/completion-strategy>

Tribunal Penal Internacional para ex- Yugoslavia (TPIY). (2015). *Rules of procedure and evidence*. https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_en.pdf

Vázquez, D. (2018). *Test de razonabilidad y derechos humanos. Instrucciones para armar*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Veracruz, México, Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (conavin). (s. f.). *Proyecto para la atención de las declaratoria de alerta de violencia de género contra las mujeres en el Estado de Veracruz*. <http://www.veracruz.gob.mx/wp-content/uploads/2018/05/Entregable-5.4.pdf>



SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

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

De la interdicción a la plena capacidad jurídica

Miguel Alfredo Ledesma Chavarro

De la interdicción a la plena capacidad jurídica

From Interdiction to Full Legal Capacity

Da interdição à capacidade jurídica plena

Miguel Alfredo Ledesma Chavarro*

Fecha de recepción: 22 de abril de 2022

Fecha de aprobación: 27 de junio de 2022

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.12430>

Para citar este artículo: Ledesma Chavarro, M. A. (2022). De la interdicción a la plena capacidad jurídica. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal ANIDIP*, 10, 1-29. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.12430>

Resumen

Interdecir y permitir es una antinomia verbal con enorme distancia conceptual que recoge los extremos semánticos por los que ha transitado la humanidad, desde la prohibición o interdicción de la capacidad legal de las personas en situación de discapacidad hasta la permisión plena del ejercicio y goce de sus derechos. En búsqueda de real igualdad jurídica, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad introdujo, para “todos los miembros de la familia humana” (Preámbulo), un notable avance dentro de los derechos humanos, entre ellos el de la dignidad. Con el interés de que aquellos postulados se cumplan en grado sumo y no se conviertan en enunciados huecos o sin sentido, a través de este ensayo se harán visibles algunos déficits formales y prácticos con el objetivo de formular recomendaciones para el ejercicio de la plena capacidad jurídica.

Palabras clave: interdicción; capacidad jurídica; discapacidad; dignidad.

* Abogado de la Universidad Santiago de Cali (1981), magíster en políticas públicas de la Universidad del Valle (2009). Especialista en derecho penal y criminología de la Universidad Libre de Cali (1999), casación penal de Universidad La Gran Colombia (2011); notariado y registro de la Universidad Externado de Colombia (2015) y argumentación jurídica de la Universidad Autónoma de Occidente (2017). Autor de los libros: *Derechos de Autor*, *Casación Penal*, *Compendio Histórico de la Notaría Primera de Guadalajara de Buga*. Abogado litigante, ex Fiscal Seccional, ex Procurador Judicial II en lo Penal; actual Notario Primero del Círculo de Guadalajara de Buga, Valle del Cauca, Colombia. Director Académico de la Fundación Tribuna Jurídica. Correo electrónico: alfredoledesmachavarro@hotmail.com

Abstract

Interdict and allow represent a verbal antinomy with a conceptual distance that constitutes the semantic extremes that express the meaning of what humanity has gone through, from the enormous prohibition or interdiction of the legal capacity of people with disabilities to the full permission of the exercise and enjoyment of their rights. In search of real legal equality, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities introduced for “all members of the human family” (Preamble) a notable advance within human rights, including dignity. With the interest that those postulates are fulfilled to the highest degree and do not become empty or meaningless statements, through this essay, some formal and practical deficits will become visible to formulate recommendations for the exercise of the full capacity legal.

Keywords: Interdiction; legal capacity; disability; dignity.

Resumo

Interditar e permitir, antinomia verbal com enorme distância conceitual que se constitui em extremos semânticos com profundo significado pelo qual a humanidade passou, desde a proibição ou interdição da capacidade jurídica das pessoas com deficiência, até a plena permissão do exercício e gozo de seus direitos. Em busca de uma real igualdade jurídica, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência introduziu para “todos os membros da família humana” (Preâmbulo), um notável avanço no plexo dos direitos humanos, incluindo a dignidade. Com o interesse de que esses postulados sejam cumpridos ao máximo, e não se tornem declarações vazias ou sem sentido, através deste ensaio se tornarão visíveis alguns déficits formais e práticos, no sentido de formular recomendações para o exercício da plena capacidade jurídica.

Palavras-chave: interdição; capacidade jurídica; deficiência; dignidade.

Introducción

El advenimiento del nuevo modelo social que transformó la interdicción de derechos a la plena capacidad jurídica de goce y ejercicio de las personas en situación de discapacidad (también personas con discapacidad o PcD) ha tenido dificultades en su aplicación, debido a que el cambio actitudinal de la humanidad no es automático; es necesario un proceso de transición que tardará años para lograr la sintonía ideal con ese modelo. También, para los legisladores ha sido un reto inmenso regular el nuevo paradigma, lo cual explica la comisión de ciertos errores en esa construcción.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) introdujo dentro del plexo de los derechos humanos (DDHH) el de la dignidad humana, un notable avance en búsqueda de la real igualdad jurídica para “todos los miembros de la familia humana” (Preámbulo CDPD, literal a). Esos postulados deben cumplirse en grado sumo para que no se conviertan en enunciados huecos o sin sentido. Ante dicha realidad cabe formular el siguiente interrogante: ¿Colombia cumple en lo formal y lo práctico con la CDPD, conforme a los principios que la han inspirado, entre ellos el “respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas” (CDPD, artículo 3)?

Se considera que los compromisos adquiridos por Colombia, como Estado Parte de la CDPD, requieren ciertos avances en lo formal y lo práctico para su cumplimiento. No basta con legislar, es mandatorio que se haga bien, así como que la ejecución práctica de las leyes sea una realidad para que esos avances formales no se queden en el vacío.

Este ensayo está direccionado a reflexionar particularmente sobre la discapacidad intelectual y mental porque la dimensión de sensibilidad humana que despierta es profunda. La Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2021) señala que “el 15 % de la población mundial, como mil millones de personas, viven con alguna forma de discapacidad”, entre ellas también la sensorial y la física. De allí la necesidad de abordar el estudio del probable déficit normativo y práctico para acercarse paso a paso a la plena protección de las PcD.

Palacios (2008b) afirma que “las personas con diversidades psicosociales o intelectuales viven una situación de especial vulnerabilidad en lo que al ejercicio de sus derechos humanos atañe” (p. 2) y afirma que “aún quedan por seguir desarrollando los fundamentos teóricos del modelo de asistencia, y mucho más los métodos instrumentales de implementación de dicho modelo en los diferentes sistemas jurídicos internos” (p. 3). Esos métodos son los que le dan figura óptica al ejercicio

de los derechos acreditados por las legislaciones a todas las personas. Es allí en donde deben aplicarse los esfuerzos para que las PcD puedan tener éxito en el reconocimiento real de sus prerrogativas. Se trata de una transformación de interés ecuménico que concita la atención tanto de defensores de DDHH como de la comunidad en general y reviste permanente actualidad desde el advenimiento de la normativa internacional que ha logrado conmover a la humanidad con su “cambio de paradigma” en favor de las PcD intelectual y mental para su plena capacidad jurídica.

El objetivo principal consiste en analizar algunas normas nacionales e internacionales sobre la discapacidad, desde la perspectiva semántica, y su evolución paradigmática. El objetivo específico es analizar los avances formales y prácticos en cumplimiento de la CDPD. Las medidas legislativas de protección a las PcD tienen su base en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS, 1999), primer instrumento internacional de DDHH dedicado a las PcD, mientras en el sistema universal de la ONU es la CDPD (OEA, 2022).

La CDPD incluye como PcD “a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales” (art. 1.2.). A ellas los Estados Partes deben garantizarles el ejercicio pleno de su capacidad jurídica de goce y ejercicio. Conforme a los principios que la han inspirado, la CDPD consagra entre ellos el “respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas” (art. 3).

Los Estados Parte se comprometen, entre muchas otras cosas, a “tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad” (art. 4.E.). Para el caso de Colombia, conforme lo escrutado en este estudio, hay un déficit en el cumplimiento de este postulado.

En España, la Ley 8 de 2 de junio de 2021, que entró a regir el 3 de septiembre de 2021, reformó la legislación civil y procesal para establecer apoyos a las “personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica” (Jefatura del Estado, 2011). Esa legislación aparece en cumplimiento de la CDPD ratificada por ese país con la Ley 26/2011 de adaptación a la CDPD. Desde la perspectiva formal, España ha creado normas tendientes a proteger a la población con discapacidad (Tabla 1).

Tabla 1. Normograma español sobre protección de PcD

#	Normativa	Fundamento
1	Real Decreto Legislativo 1/2013	Aprueba texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.
2	Ley Orgánica 1/2015	Reforma del Código Penal.
3	Ley 4/2017	Derecho de las PcD a contraer matrimonio en igualdad de condiciones.
4	Ley Orgánica 1/2017	Garantiza la participación de las PcD sin exclusiones.
5	Ley Orgánica 2/2018	Garantiza el derecho de sufragio de todas las PcD.
6	Ley 26/2011	Adaptación normativa a la CDPD.
7	Ley 8/2021	Apoyo a las PcD en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Como se puede apreciar, en España existe abundante legislación en defensa de los intereses de las PcD. Ello pone en evidencia que los avances formales han venido en ascenso. Por ese motivo, valga decir, en ese país los DDHH y la dignidad humana son una prioridad y la CDPD se ha venido cumpliendo desde los diferentes principios que la han inspirado.

En Perú, la Ley 29973 de 2012 en su artículo 3 establece para la PcD “los mismos derechos que el resto de la población” peruana. Allí se alude también a una “igualdad de hecho”, con lo cual se busca acentuar una igualdad en los ámbitos material y del derecho, a través de la garantía de “un entorno propicio, accesible y equitativo para su pleno disfrute sin discriminación”. La figura peruana de la igualdad de hecho habría que entenderla como aquel tratamiento práctico —el de la cotidianidad y la permanencia en la protección de las PcD— que debe dispensar el entorno social. Nos referimos al trato que debe recibir el discapacitado de parte de las personas con las que debe interactuar en el desempeño de sus actividades diarias referidas, por ejemplo, a su salud, vestuario, alimentación, recreación, intereses económicos y, especialmente, a los actos que revisten connotación jurídica, cuya decisión deba tomar apoyada por alguien.

La interpretación de esas prerrogativas tiene su base en los “principios y derechos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la CDPD y en los demás instrumentos internacionales ratificados por el Perú” (art. 3.3.2., Ley 29973 peruana). La facultad de contratar libremente por la PcD, conforme a la legislación peruana en el artículo 9.2. de la Ley 29973, tiene relevancia en cuanto esa persona “tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones de las demás”.

En Colombia, la legislación y jurisprudencia de defensa y protección a la población discapacitada es abundante. En el *Normograma de discapacidad para la República de Colombia – Agosto 2019* se visualiza la prolija información normativa y doctrinal sobre tan sensible acontecer humano. Esa normativa se estructura en leyes, decretos, resoluciones, acuerdos, circulares, directivas y sentencias de tutela y de constitucionalidad.

La amplia gama normativa protectora de las PcD abarca las siguientes temáticas: Sistema Nacional de Discapacidad (SND); Consejo Nacional de Discapacidad (CND); normas sobre educación, salud, trabajo, recreación y deporte, cultura, comunicaciones, turismo, vivienda, accesibilidad al medio físico, convivencia, pensiones, subsidios y beneficios económicos; normas para las fuerzas militares y de policía, y los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre discapacidad.

La normativa que guía de manera frontal este ensayo son la Ley 1996/2019 y su Decreto Reglamentario 1429/2020 (Tabla 2).

Tabla 2. Ley 1996 2019 (agosto 26). Establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las PcD mayores de edad

Capítulo	Artículos	Nombre capítulo
I	1-7	Disposiciones generales
II	8-14	Mecanismos para el ejercicio de la capacidad legal y para la realización de actos jurídicos
III	15-20	Acuerdos de apoyo para la celebración de actos jurídicos
IV	21-31	Directivas anticipadas
V	32-43	Adjudicación judicial de apoyos
VI	44-50	Personas de apoyo
VII	51	Actos jurídicos sujetos a registro
VIII	52-56	Régimen de transición
IX	57-61	Derogatorias, modificaciones y disposiciones finales

Para los fines del presente ensayo, se destaca el artículo 6 de la Ley 1996:

Presunción de capacidad. Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos.

En ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona.

La presunción aplicará también para el ejercicio de los derechos laborales de las personas con discapacidad, protegiendo su vinculación e inclusión laboral.

De acuerdo con el artículo 9 de la Ley 1996 se puede asegurar que no es obligatorio para la PcD contar con apoyo para la realización de actos jurídicos; deja a la voluntad del interesado acudir a alguno de los mecanismos para establecerlo. Es más, allí se predica que esos actos tiene derecho a adelantarlos “de manera independiente”, con lo cual se reafirma el dictado del artículo 6 de la misma ley, en cuanto que con o sin apoyo la persona titular del acto jurídico (TAJ) puede ejercer sin restricciones sus derechos.

Estas normas de especial significación están en sintonía con la CDPD, en cuanto a la plena capacidad jurídica que se les reconoce a las PcD. La realización de un acto jurídico, por ejemplo, el contrato y manejo de un producto bancario —dígase apertura o clausura de cuenta de ahorros o corriente, o la titularidad y manejo de una tarjeta crédito o débito— no requiere de la utilización de apoyos. Sin embargo, conforme se demostrará, las entidades bancarias exigen la formalización de un acuerdo de apoyo ante notaría o ante centro de conciliación, o una adjudicación de apoyo decretada por un juez.

El Decreto Reglamentario 1429/2020 establece las “medidas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de las [PcD]” y el acceso a apoyos formales para el ejercicio de sus derechos (Tabla 3).

Tabla 3. Decreto 1429/2020 (noviembre 5). Reglamenta los artículos 16, 17 y 22 de la Ley 1996/2019

Sección	Artículos	Nombre Sección
1	2. 2. 4. 5. 1. 1. a 2. 2. 4. 5. 1. 2.	Disposiciones generales
2	2. 2. 4. 5. 2. 1. a 2. 2. 4. 5. 2. 8.	De la formalización de acuerdos de apoyo y directivas anticipadas ante centros de conciliación y notarios
3	2. 2. 4. 5. 3. 1.	Disposiciones finales

Si bien es cierto esa norma fue creada con fundamento en la CDPD y demás pactos y convenios sobre DDHH, también lo es que en la práctica su cumplimiento podría verse como una barrera para el pleno ejercicio de la capacidad jurídica de las PcD. Un acuerdo de apoyo formal para ejecutar algún acto jurídico constituido mediante escritura pública o acta de conciliación, según se realice en notaría o en centro de conciliación, es una actividad engorrosa y onerosa, máxime para una PcD.

La gestión de un acuerdo formal de apoyo representa una barrera. Es una actividad embarazosa para una PcD y su acompañante. Ellos deben ejecutar una serie de pasos poco expeditos, consagrados en esa normativa. Por ejemplo, ir a rogar el servicio, luego elaborar la solicitud, presentarla, esperar respuesta pronta y positiva, someterse a la entrevista de rigor, previa la fijación de una fecha y hora, y acudir a la respectiva oficina para suscribir la escritura o el acta, después debe esperar que le entreguen su copia, la cual será el soporte para continuar con el trámite para el cual fue concebido el apoyo en otras dependencias oficiales o particulares; se trata de un viacrucis que la CDPD reprueba. Adicional a la barrera económica, por razón de la onerosidad de ese trámite. La misma ley consideró que en las notarías la tarifa corresponde a un acto sin cuantía, que para 2021 equivalía a 62.700 COP¹ (alrededor de 16.00 USD), más el coste por las copias de la escritura y el IVA. Si de centro de conciliación se trata, la tarifa es superior, pues asciende a 14 SMDLV, que para 2021 eran 423.976 COP (un poco más de 100.00 USD), conforme se deduce del artículo 3 del Decreto 4089 de 2007.

La Circular 670/2021 de Supernotariado es una guía obligatoria que los notarios deben aplicar para la debida atención de las PcD y sus apoyos. Si bien el Gobierno ha ofrecido capacitación en la Ley 1996/2019 a operadores de ese sistema, debe tenerse en cuenta que notarios y conciliadores no tienen la formación profesional en salud mental para atender adecuadamente a dicha población, lo que ocasiona que haya un déficit práctico porque algunos notarios han mostrado cierto rechazo a la atención de casos de formalización de acuerdos de apoyo.

Atendiendo al marco teórico dentro del cual se inscribe este ensayo, permítaseme darle la entidad de “teoría” al “modelo social de la discapacidad”. Ello por cuanto el constructo² “discapacidad”, en el contexto tratado en este ensayo, comporta el concepto de “teoría”, entendida como el “conjunto organizado de ideas que explican un fenómeno [discapacidad], deducidas a partir de la observación, la experiencia o el razonamiento lógico” (Lexico, 2022).

1 La Ley 1996/2019 (art. 16) y su Decreto Reglamentario 1429/2020 (art. 2. 2. 4. 5. 2. 8) determinaron la tarifa como acto sin cuantía, regulada por la Resolución Supernotariado 536/2021 (art. 2).

2 El vocablo “constructo” se utiliza aquí bajo el mismo marco conceptual que contempla el traductor de la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la Organización Mundial de la Salud que posee “el significado de ‘concepto teórico’ o ‘idea’ (...) La razón ha sido la especial relevancia que el término tiene en esta clasificación, puesto que en ella se emplea para designar unas entidades teóricas que ocupan un lugar específico dentro de su estructura jerárquica, y que por lo tanto, precisan diferenciarse de términos que como ‘concepto’ o ‘idea’ se utilizan también en ella con un significado general” (p. 21).

Por medio de este estudio se demostrará que la aquí denominada “teoría social de la discapacidad”, conocida por los autores como modelo social, reclama el desmonte de barreras y cambios actitudinales en beneficio de las PcD. Los cambios actitudinales aún no se dan en la dimensión deseada, pues aunque el nacimiento de este enfoque se sitúa en Estados Unidos e Inglaterra hacia “finales de la década de los años sesenta del siglo xx”, como lo afirma Palacios (2008a, p. 106), la legislación internacional comenzó hacia 1999 con la CIADDIS y se fortaleció en 2006 con la CDPD. Ha de considerarse relativamente novel esta transformación, que reclama mayor difusión y acatamiento entre “todos los miembros de la familia humana”. Esta teoría, o modelo social de la discapacidad, es la que influenció la generación de la legislación internacional y regional. El Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud —OMS— (2011) afirma:

Reunir información sobre las creencias, las actitudes y los conocimientos relacionados con la discapacidad puede ayudar a detectar deficiencias en la percepción del público que se pueden subsanar mediante la educación y la información pública. Los gobiernos, las organizaciones de voluntarios y las asociaciones profesionales deben analizar la posibilidad de realizar campañas de comunicación social orientadas a modificar actitudes sobre cuestiones que son objeto de estigma, como el VIH, las condiciones mentales y la lepra. La participación de los medios de difusión es esencial para asegurar el éxito de esas campañas y divulgar historias positivas sobre [PcD] y sus familias (p. 301).

De otra parte, como lo afirma la profesora Anna Lawson, citada por el investigador Israel Biel Portero (2011): “[A] incrementar la recopilación de documentación y datos relativos a la discapacidad, que actualmente es insuficiente, se obtendría una importante herramienta para mejorar la situación de las personas con discapacidad en las diferentes sociedades” (p. 32). La doctrina sobre los DDHH de las PcD considera necesaria la obtención de información más amplia y precisa sobre dicha población para con ello avanzar hacia la completitud de la dignidad humana en sus tres dimensiones: “vivir como quiera, vivir bien y vivir sin humillaciones”.

1. Marco conceptual

Uno de los conceptos esenciales de este ensayo es *interdicción legal*, que ha de entenderse como la prohibición para el ejercicio de la capacidad jurídica de las PcD, impuesta coactivamente por la ley, que mantuvo en la penumbra a seres humanos con el beneplácito de una sociedad indolente que decidió dar sus primeras señales de cambio desde hace poco más de cincuenta años. La Real Academia de la Lengua

Española (RAE) define el vocablo ‘interdicción’ como la acción y el efecto de “interdecir”, que a la vez significa “vedar” o “prohibir”. Por ‘interdicción civil’ se entiende la “privación de derechos civiles definida por la ley”. De allí que con la CDPD se ha pasado de la interdicción o prohibición a la permisión en el ejercicio de derechos.

Así mismo, el concepto de *discapacidad* es central. La CDPD (Preámbulo e) la reconoce como

un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Esas barreras son las que hay que remover para consolidar el propósito de la CDPD. Su remoción solo será posible cuando se las detecte, pues esto permitirá empezar a cambiar la mentalidad de las personas en procura de eliminar o, por lo menos, minimizar la discapacidad.

Desde 1999, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIEFDPD) definió el término ‘discapacidad’ como

una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

Este estudio se centra en las discapacidades funcionales de carácter intelectual y psicosocial, conforme a la CIF. Esto no significa que las demás discapacidades, como la sensorial y la física, no merezcan la prioridad necesaria de cara a la protección legal y material en favor de las personas que las presentan. Se busca acotar el tema de investigación hacia aquella población discapacitada para cumplir con el preciso objetivo propuesto, por cuanto, como lo dice Palacios (2008b):

el modelo social fue más fácilmente aceptado con respecto a la diversidad funcional física o sensorial, parece que falta mucho camino por andar y muchas barreras y prejuicios que derribar en lo que a diversidades psicosociales o intelectuales se refiere (p. 2).

Ese “camino por andar” es el que se quiere visibilizar en este estudio para bien de las PcD psicosocial y cognitiva, especialmente, en el entendido que los Estados deben profundizar y ampliar los avances formales y prácticos para hacer realidad la igualdad en todas sus formas y contenidos entre las personas con o sin discapacidad.

Antes de continuar con el último concepto es importante hacer un breve recorrido por la historia del manejo y la comprensión de la discapacidad. A través de la historia de la humanidad esta ha tenido diversos tratamientos, empezando por el modelo de la prescindencia. En la prehistoria y la antigüedad, las PcD eran «abandonadas o muertas [... a pesar de que se intentaban como medidas curativas las] trepanaciones (heridas en el cráneo para que “huyera el mal”» (Valencia, 2018, p. 9).

Siguiendo a Valencia (2018), la discapacidad fue considerada como una “marca del pecado” dentro de la sociedad hebrea. En China se empleaba el método de la “cinoterapia [terapia con perros u otros animales] y los masajes para tratar” a dichas personas. En Esparta, al igual que en Atenas, se abandonaba o se dejaba morir a los niños que se consideraban “débiles” (Valencia, 2018, p. 11-13).

En la Edad Media, la iglesia tuvo una posición ambivalente. Se “condenaba el infanticidio” mientras que las personas “deformes”, “anormales” o “defectuosas” eran rechazadas y perseguidas por las autoridades civiles y religiosas (Valencia, 2018, p. 17). En la reforma protestante las personas discapacitadas eran denominadas “habitadas por el demonio”, y se llegó a ejecutar a un niño con discapacidad mental.

Con el humanista valenciano, Juan Luis Vives y Jofré, se inició lo que se llamaría el modelo de la rehabilitación, tras lograr el ingreso de los “desequilibrados” a hospitales para “que se efectuaran diagnósticos, pronósticos y tratamientos” (Valencia, 2018, p. 23).

En la sociedad industrial (1780-1790), como dice Valencia (2018), el capitalismo dejó una gran cantidad de lisiados y mutilados, quienes fueron apartados de prestar sus servicios laborales; fue en ese contexto «que se empezó a utilizar el concepto de “Discapacidad” entendida como la incapacidad para ser explotado con el objeto de generar ganancia» (pp. 31-32).

Por último, está el concepto de *capacidad jurídica*. En el documento preparatorio del Alto Comisionado de la ONU para los DDHH, este concepto es tratado así:

puede definirse como la capacidad y el poder para ejercer derechos y contraer obligaciones por medio de la propia conducta, es decir, sin la asistencia de la representación de un tercero. Este concepto presupone lógicamente la capacidad de ser titular potencial de derechos y obligaciones (elemento estático), e implica la capacidad de ejercer estos derechos y asumir estos deberes para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas —elemento dinámico— (ONU, s. f., p. 13).

La personalidad jurídica hace referencia exclusivamente al elemento estático, por ello en este ensayo se trata la capacidad jurídica.

Así mismo, hay otros dos elementos determinantes para el desarrollo conceptual que se plantea: la dignidad humana y la evolución de la legislación sobre discapacidad en Colombia.

1.1. Dignidad humana

La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de dignidad humana como entidad normativa bajo tres lineamientos:

(i) La dignidad humana entendida: como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). (iii) como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

El “vivir bien, como quiera y sin humillaciones” se constituye en el eje esencial de protección para las PcD, sin límites ni obstáculos de cualquier naturaleza. La dignidad humana así entendida tiene sentido para la igualdad real y concreta en su amplia dimensión, incluido el ejercicio pleno de los derechos para todas las personas, con o sin discapacidad.

De acuerdo con el referente concreto de la dignidad humana, dicho tribunal propugna por tres ámbitos exclusivos:

La autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida).

Ese marco conceptual de la dignidad humana plasmado desde hace un poco más de veinte años en la Sentencia T-881/2002, protege de manera especial a todas las personas naturales, incluidas por supuesto, aquellas que padecen alguna discapacidad.

1.2. Evolución legislativa sobre la discapacidad

La Constitución Política colombiana de 1886, en su artículo 17, por razón de su egocentrismo, fue tan severa que la “notoria enajenación mental y la interdicción judicial” eran motivos para la suspensión del ejercicio de la ciudadanía. Esto significó para estas personas la salida de la órbita del derecho de la época, pues el Estado estaba por encima del ser humano (modelo de la prescindencia). A la persona con

discapacidad se le apartaba del resto de la sociedad y sus derechos ciudadanos eran suspendidos. Peor aún, no se sabe cuál era el parámetro para establecer la “notoria enajenación mental”. Con ello se estaba significando que un determinado comportamiento, aun normal, de alguna persona, que no encajase con la conducta media de las demás, sería suficiente para aplicarle tan severa medida. La “demencia” no sería diagnosticada por profesionales de la salud, sino por la notoriedad pública, medida que va en contra de los DDHH, especialmente la dignidad humana.

El original artículo 140 del Código Civil (Ley 84/1873) consideró nulo el matrimonio de los “furiosos locos, mientras permanecieren en la locura y en los mentecatos” que hubiesen sido declarados judicialmente interdictos para el manejo de sus bienes. El artículo 545, por su parte, estableció que “El adulto que se halla en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos”. La “habitualidad” vendría a ser el parámetro para decidir que “demente” era una persona con comportamiento anormal con relación a los demás.

Posteriormente, el artículo 8 de la Ley 95/1890 modificó el texto anterior que produjo la siguiente redacción del artículo: “El adulto que se halle en estado habitual de imbecilidad o idiotismo, de demencia o de locura furiosa, será privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos”. Esta norma fue más fuerte que la anterior, pues categorizaba ciertos comportamientos con una nomenclatura mucho más peyorativa y odiosa, como llamar imbéciles, idiotas o locos furiosos a personas que denotaban un comportamiento que hoy es denominado discapacidad intelectual o cognitiva.

Esas denominaciones que el legislador del siglo decimonónico empleó para referirse a personas con deficiencias cognitivas y psicosociales fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional (Sentencia C-478/2003) tras considerarlas contrarias al principio de la dignidad humana. Como se puede apreciar, hoy resultan ominosas las expresiones loco furioso, mentecato, imbécil, idiota y otras como tarado o cretino. Sin embargo, no hay que perder de vista que en la CDPD (Preámbulo, literal e), la “discapacidad es un concepto que evoluciona”, cuestión que debe atenderse a la hora de interpretar esos conceptos, dado que la nosología también hace lo propio.

La Sentencia C-478 de la Corte Constitucional es muestra de ello. Cuando intervino en esta el Instituto Nacional de Medicina Legal afirmó: «El Código Civil [de 1873], por su parte, continúa empleando términos “que en su momento constituyeron o formaron parte de la nosología médica y psiquiátrica de esa época”, y hace mención a la sustitución en el artículo 53 del Decreto 2820/1974 de “la

expresión “niño demente” por “cuando el hijo sufra de incapacidad mental grave permanente» (p. 23).

Siguiendo con el análisis normativo, obsérvese que el artículo 545 del Código Civil fue derogado por el artículo 119 de la Ley 1306/2009. No obstante, resulta curioso que en el artículo 48 de la Ley 1306 se mantuviese la invalidez de los “actos realizados por la persona con discapacidad mental absoluta, interdicta” aunque se hubiesen ejecutado en un “intervalo lúcido”. Este aspecto, como viene de analizarse, estaba desde la vigencia del Código Civil de 1873, hace casi 150 años. Finalmente, la Ley 1996/2019 terminó con esa normativa, derogando el mencionado artículo 48 de la Ley 1306/2009, con lo cual quedó superada esa discusión.

Hay que destacar que el Comité sobre los Derechos de las PcD en 2016 recomendó a Colombia como Estado Parte de la CDPD adoptar un plan para la “derogatoria inmediata de disposiciones que restrinjan el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las [PcD], incluyendo la Ley 1306 (2009)”. Sin embargo, la Ley 1996/2019 en su capítulo de derogatorias dejó vigente el artículo 54 de la Ley 1306, que en su inciso 5 establece:

Cuando el menor adulto presente discapacidad mental absoluta, el curador actuará de la misma manera que el curador de una persona en dicha condición y estará obligado a solicitar la interdicción del pupilo a partir de la pubertad y en todo caso antes de llegar el pupilo a la mayoría de edad, so pena de responder por los eventuales perjuicios que se causen al pupilo o sus herederos.

Resulta entonces incomprensible que perviva la posibilidad de adelantar un proceso de interdicción, de suyo prohibido por la CDPD y la Ley 1996/2019. Esto refleja que en lo formal, el legislativo olvidó derogar esa norma. Olvido que permite afirmar que Colombia tiene ese específico déficit en el cumplimiento de la CDPD.

Lo expuesto hasta aquí refleja la dificultad para la erradicación del concepto y del fenómeno de la “interdicción”, sus efectos y demás significaciones en el ámbito del ejercicio de la capacidad jurídica. Por esto se busca visibilizar ese tránsito conceptual de la interdicción a la plena capacidad legal de las PcD, haciendo notar el cambio legislativo por el que se ha transitado y sus particularidades.

En orden al análisis normativo, valga presentar una curiosidad del legislador en tanto que, quizá sin darse cuenta, derogó dos veces varias disposiciones legales. Obsérvese que el Código General del Proceso (Ley 1564/2012) ya había derogado los artículos 40 a 45 de la Ley 1306/2009, mientras que la Ley 1996/2019 derogó los artículos 1 a 48 de esa misma ley, con lo cual volvió a derogar los artículos 40 a 45.

Es decir, surgió la figura de la *rederogación*³ de normas jurídicas. Seguramente ello no connota efectos prácticos nocivos ni controversiales trascendentales, pero podría entenderse como falta de cuidado al legislar. La tabla 4 presenta la evolución legislativa frente al tratamiento lingüístico de la discapacidad intelectual y psicosocial.

Tabla 4. Evolución normativa del concepto de discapacidad intelectual y psicosocial

Año	Normativa	Descriptor
1886	Constitución Política, artículo 17	Notoria enajenación mental
1873	Ley 84, artículo 140 (Código Civil)	Furiosos locos y mentecatos
1890	Ley 95, artículo 8	Imbécil, idiota, demente, locura furiosa
1971	Declaración de los Derechos del Retrasado Mental	Retrasado mental
1974	Decreto 2820, artículo 53	Incapacidad mental grave
1975	Declaración de los Derechos de los Impedidos	Impedido, incapacitado (trastornos – deficiencias de cualquier origen)
1983	Convenio 159 sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de la Organización Internacional de Trabajo (OIT)	Persona inválida: física o mental
1991	Protección de los enfermos mentales	Enfermedad mental
1991	Constitución Política	Artículo 13: Debilidad manifiesta por condición mental Artículo 47: Disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos Artículo 54: Minusválidos
1993	Situación de las PcD en el continente americano (Resolución AG/RES. 1249)	Personas con discapacidad
1999	Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad	Deficiencias: física, mental o sensorial
2006	CDPD, artículo 1°	Deficiencias: físicas, mentales, intelectuales o sensoriales
2019	Ley 1996	Personas con discapacidad
2020	Resolución Minsalud 113	Discapacidades: física, auditiva, visual, sordoceguera, intelectual, psicosocial (mental) y múltiple
2021	Clasificación Internacional del Funcionamiento de la OMS y la OPS	Discapacidades: física o motora, sensorial, intelectual, psíquica

3 Neologismo que sugiere el autor de este ensayo, para significar que una disposición es derogada dos veces o más.

No obstante, el antropocentrismo que la inspiró, la Constitución de 1991 le dio un tratamiento de minusvalía y de débiles mentales a las PcD. Por fortuna, la Corte Constitucional, en sentencias C-458/2015 y C-043/2017, fijó una expresión acorde con la CDPD y afirmó que se debe emplear la siguiente: “personas en situación de discapacidad”. Esto viene a marcar un cambio semántico fundamental en pro de un trato con respeto a la dignidad humana: “sin humillaciones”.

2. Metodología

El marco teórico expuesto comprende o se asienta en los presupuestos de protección y amparo a las PcD intelectual y mental, tomando como referente el modelo o “teoría” social de la discapacidad, para concentrar la investigación en los avances formales y prácticos de cara al cumplimiento del artículo 4 literal e) de la CDPD, frente al ejercicio pleno de la capacidad jurídica. El método inductivo permite conseguir ese propósito, partiendo de la información brindada por la Notaría Primera de Guadalupe de Buga sobre las escrituras públicas de formalización de acuerdos de apoyo, que se constituyen en lo que denominan Mendenhall et al. (2002) la unidad experimental⁴ o de análisis. También se cuenta con datos estadísticos ofrecidos por los dos juzgados de familia de Buga sobre los procesos judiciales de asignación de apoyos.

Esto indica que el marco teórico está conectado con el método y los objetivos propuestos en este ensayo, lo que le da congruencia a la investigación y constituye uno de los factores que guían su validez y confiabilidad. La primera tiene su asiento en la objetividad de los datos y la información que se han recopilado. Los datos estadísticos fueron extraídos de documentos públicos que reposan en la notaría y en los juzgados indicados; a partir de allí se establecieron las variables que permiten caracterizar a los usuarios de los acuerdos de apoyo con relación a los aspectos que de allí se deducen. Las entrevistas practicadas a las personas usuarias del trámite notarial de formalización de acuerdos de apoyo y a notarios constituyen otra fuente para dar respuesta a la pregunta de investigación. Esas entrevistas tienen su base en la normativa legal analizada: Ley 1996/2019 y el Decreto Regulatorio 1429/2020, por eso resultan de suyo válidas para soportar esa pregunta que confluye en la hipótesis planteada.

La confiabilidad, por su parte, se cimienta en la pertinencia y utilidad de los instrumentos de investigación frente a los objetivos. Los resultados se presentarán sin sesgos de ninguna especie. De la misma manera, en la producción de la información

⁴ “Una unidad experimental es el individuo u objeto sobre el cual se mide una variable. Una medición o dato se obtiene cuando se mide en la realidad una variable sobre una unidad experimental” (Mendenhall et al., 2002, p. 8).

ha existido intermediación absoluta del investigador, cuestión que ofrece mayor seguridad en los análisis exhibidos.

En el presente estudio se han empleado instrumentos investigativos de carácter cuantitativo y cualitativo. El primero se logró por razón de la cuantificación de variables que sirvieron de soporte para realizar los análisis que apoyan los objetivos trazados. Dentro del cualitativo se dispone de entrevistas a las personas en situación de discapacidad, a notarios, y análisis de documentos contentivos de la legislación nacional e internacional e informaciones oficiales (Tabla 5).

Tabla 5. Instrumentos de investigación

Cuantitativos	Cualitativos	
Datos estadísticos	Entrevistas	Documentos
Cuantificación de variables por edad, sexo, estrato socioeconómico, diagnóstico médico, escolaridad, motivo del apoyo, parentesco con la persona de apoyo.	Entrevista a usuarios del servicio notarial para la formalización de acuerdos de apoyo. Entrevista estructurada a notarios.	Tratados y convenios internacionales sobre discapacidad. Normativa nacional. Jurisprudencia. Documentos oficiales.

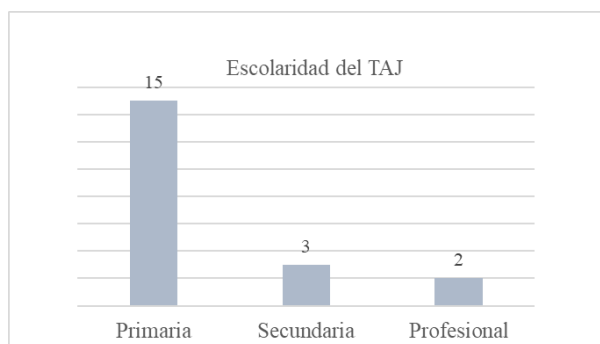
Los resultados de esta investigación se desarrollan con apego al objetivo plasmado anteriormente: el estudio de avances formales y prácticos de Colombia en cumplimiento de la CDPD, dirigido al reconocimiento pleno de la capacidad jurídica a las PcD intelectual o mental, constituido a raíz del novel paradigma que surge como respuesta contra el modelo de la prescindencia, una de cuyas formas ha sido la interdicción o prohibición para el pleno ejercicio de derechos a la población discapacitada.

Se analizaron todos los casos de acuerdos de apoyo adelantados en la Notaría Primera del Círculo de Guadalajara de Buga, Valle del Cauca, República de Colombia, en vigencia de la Ley 1996/2019 desde agosto de 2020 hasta diciembre de 2021, para un total de 20 casos, los cuales vienen a constituir la población⁵ objeto de análisis (Mendenhall et al., 2002).

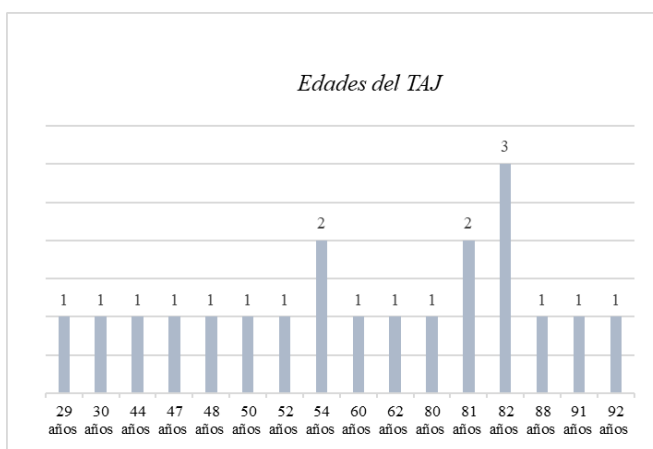
Las variables seleccionadas consistieron en determinar la escolaridad, edad, estrato social, diagnóstico médico del TAJ, motivo del acuerdo de apoyo y relación de parentesco o afinidad con la persona de apoyo (PA). Esas variables tienen relación entre sí de cara a las necesidades de protección de la población discapacitada en

5 “Una población es el conjunto de todos los datos específicos de interés para el investigador” (Mendenhall et al., 2002, p. 8).

lo intelectual y lo psicosocial. Así por ejemplo, la figura 1 indica que las 3/4 partes de los casos de formalización de acuerdos de apoyo adelantados en esa notaría corresponde a PcD que alcanzaron como máximo de escolaridad la primaria. Tan solo dos personas son bachilleres y otro tanto son profesionales. Esto informa que la necesidad de realizar actos jurídicos por PcD se encuentra en población con escasa escolaridad.

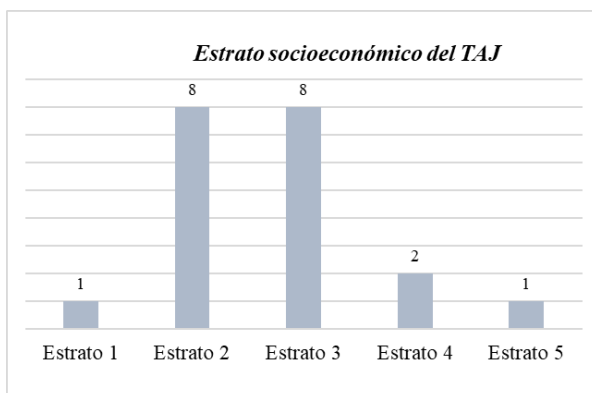


La figura 2 se refiere a una variable cuantitativa, relativa a las edades de los TAJ. Allí se señala que el usuario notarial de menos edad tiene 29 años, mientras el de máxima tiene 90. El promedio de las edades de las personas dentro de ese ítem es de 64. Hay una particularidad, un poco más del 50 % de esas personas tiene más de 60 años, por lo que se puede afirmar que dentro de este rango se encuentra la mayor parte de las PcD que requieren realizar algún acto jurídico. Llama la atención que entre los usuarios del servicio notarial para la formalización de un acuerdo de apoyo no se encuentra población en edades entre los 18 y 28 años.



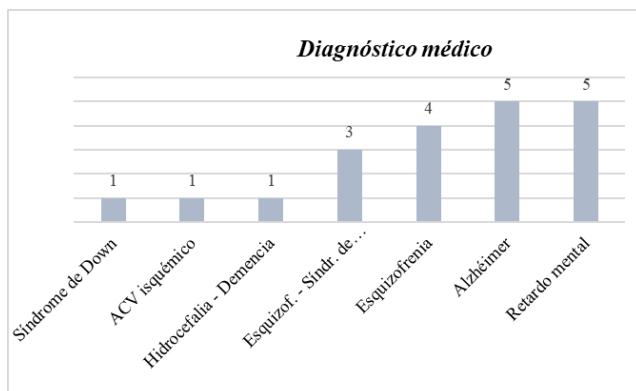
De los veinte casos analizados, el 50% corresponde a damas cuyas edades oscilan entre los 50 y 92 años, el otro 50% son hombres con edades entre los 29 y 91 años. Esto significa, por una parte, la igualdad en el número de personas de ambos sexos y, por otra, que la población masculina es susceptible de requerir apoyos en edad mucho más temprana con relación a las damas.

En la variable estrato⁶ socioeconómico de la figura 3, se aprecia que las Pcd que acuden al mecanismo de acuerdos de apoyo se concentra en los estratos 2 y 3 (16 personas), es decir, un poco más de las 2/3 partes. Hay otra connotación, esta variable tiene cierta correspondencia con la baja escolaridad de la mayoría de los usuarios. Se concluye que las personas con escasa escolaridad, corresponden a un estrato socioeconómico medio-bajo, bajo.



En la figura 4 se visualiza la variable denominada diagnóstico médico. Se observa que la esquizofrenia, el síndrome de Down, el alzhéimer y el retardo mental concentran aproximadamente el 89 % del total de personas que acudieron a solicitar y obtuvieron el servicio notarial. Este indicador es útil para prestar mayor atención a esta población, pues agrupa la mayoría de casos. Esto explica también que la baja escolaridad de esta población vaya en consonancia con tales diagnósticos.

6 Ley 142/1994, artículo 102: Estrato 1) Bajo-bajo, 2) Bajo, 3) Medio-bajo, 4) Medio, 5) Medio-Alto y 6) Alto.



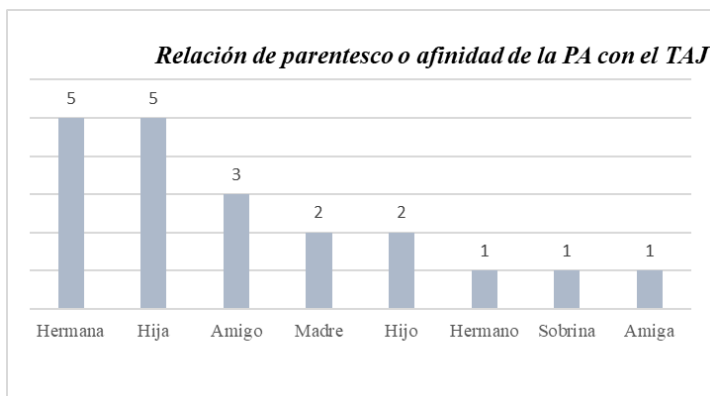
La información estadística suministrada por la Secretaría de Salud de Buga (Alcaldía Municipal de Guadalajara de Buga, 2019) indica que hay registradas 2649 PcD, de las cuales 509 tienen un diagnóstico de discapacidad intelectual y 216 de discapacidad mental, para un total de 725. Este guarismo representa el 27 % de las PcD, cuyo 73 % corresponde a personas con discapacidades sensorial y física.

Los juzgados de familia de Buga reportaron un total de 30 procesos de adjudicación de apoyos hasta el 2021. La Notaría Segunda informó que no ha tramitado acuerdos de apoyo. Tampoco se tiene conocimiento de estos asuntos adelantados en centros de conciliación. Si se tiene en cuenta que en la Notaría Primera se han asumido 20 casos más los 30 adelantados en juzgados, hay un total de 50 personas con discapacidad mental e intelectual que han requerido un trámite de apoyo en vigencia de la Ley 1996, desde agosto 29 de 2020 hasta diciembre de 2021.

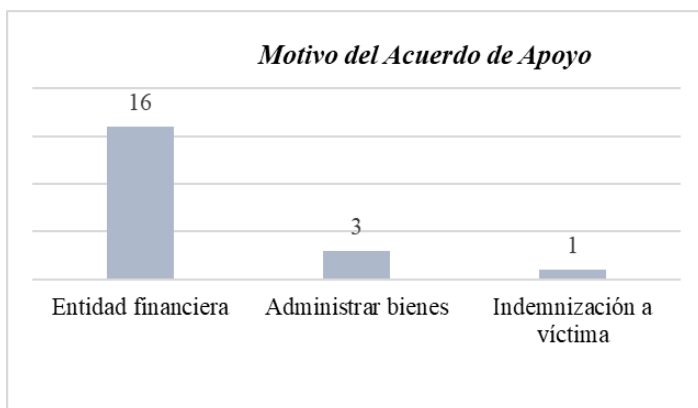
Esas 50 personas, con respecto al total de 725 con discapacidad mental y cognitiva en Buga, corresponden aproximadamente al 6,8 % de las personas con interés que acudieron a solicitar alguno de los modos para el ejercicio pleno de su capacidad jurídica. Estos datos vienen a constituirse en una muestra de lo que podría estar sucediendo en otros municipios de Colombia y de muchos países, lo cual ameritaría seguir este trabajo en otras regiones.

El censo poblacional de 2018 para Colombia estima que había 48 258 494 personas (DANE, 2018). Ahora, si para una población de 127 545 como la de Buga en 2018 había alrededor de 725 PcD con mental y psicosocial, esto indica que en Colombia en ese año hubo más de 274 mil personas con estas formas de discapacidad. Este análisis cuantitativo, así de simple, está señalando que es urgente aplicarse en facilitar el modo de vida de esta inmensa cantidad de personas, crear mecanismos para una total cobertura, simplificar trámites y, con apoyo de políticas públicas adecuadas, lograr esos propósitos.

En la figura 5 se observa la variable relativa al parentesco o afinidad de la PA con el TAJ. Refulge que la cercanía parental (padres/hijos/hermanos) es la llamada a apoyar a las PcD. Sin embargo, no puede desdeñarse que en cuatro casos, que representan el 25%, fueron los amigos del TAJ quienes salieron a apoyarlos. Esto significa que existe solidaridad familiar y social en este entorno.



En la figura 6 se visibiliza una de las variables más relevantes de este estudio, en cuanto al motivo por el cual acudieron a la notaría las PcD para solicitar un acuerdo de apoyo: la negativa de funcionarios del sector financiero a prestarles el servicio bancario que estaban obligados a prestar. Si tales servidores hubiesen cumplido con la CDPD no hubiese sido necesario que hombres y mujeres, con diversidad funcional, de variadas edades, con baja escolaridad y de escasos recursos económicos hubiesen deambulado hasta llegar a un despacho notarial a rogar lo que allá les hubieren podido atender con prontitud y eficiencia.



Conforme al artículo 6 de la Ley 1996/2019, toda persona y entidad debe satisfacer a una PcD, con apoyo o sin apoyo, el ejercicio autónomo e independiente de actos jurídicos, aun con la posibilidad de equivocarse, a tomar riesgos y a cometer errores, en atención a esos principios de autonomía e independencia (art. 4. 2., Ley 1996/2019).

Esos actos jurídicos negados fueron la obtención del pago del dinero producto de una pensión depositada en una entidad monetaria. Allí se les ofrece un producto bancario como una tarjeta débito, que implica su validación y manejo personal para retirar el dinero. Estos derechos les fueron negados tras considerar erróneamente que debían acudir a una notaría a formalizar un acuerdo de apoyo conforme a las normas analizadas.

Tal como se ha anunciado, la información cualitativa consistió en entrevistas realizadas a todas las personas que formalizaron un acuerdo de apoyo y a algunos notarios. Para el objetivo principal de este estudio, las preguntas estructuradas se centraron en conocer de parte de los entrevistados los aspectos que conduzcan a establecer si los avances formales y prácticos de los compromisos de Colombia con la CDPD se han cumplido o si por el contrario, se requieren ajustes y desarrollos a futuro para la eliminación de barreras y mejorar la actitud frente a las PcD.

Frente a los avances prácticos, tanto a los TAJ como a las PA se les preguntó cuál era el objetivo de comparecer a una notaría para ese trámite. Algunos respondieron que requerían administrar o transferir algún inmueble, otro dijo que iba a realizar un trámite indemnizatorio como víctima en una situación particular que se le presentó; otros expresaron que su interés era acudir a una entidad bancaria para el pago de sus mesadas de pensión de jubilación y el manejo de su tarjeta débito, otros más dijeron que requerían tramitar su pensión ante la respectiva entidad. Estos últimos corresponden a las 16 personas de la figura 6, relativa a la variable “Entidad financiera”.

A las personas que expresaron su necesidad de acudir a una entidad bancaria o pensional para el trámite de su interés se les preguntó por qué no les atendieron, ante lo cual dijeron que allá les exigieron la presentación de una escritura o de un acta de formalización de acuerdo de apoyo en notaría o centro de conciliación, o una adjudicación de apoyo ante un juez.

Con relación a la entrevista a notarios, se sostuvo conversación por lo menos con diez de ellos. Se les preguntó acerca de la Ley 1996/2019, especialmente sobre su percepción sobre la figura de “apoyos”: todos se mostraron escépticos en cuanto que se podría prestar para malos manejos de las PA sobre el patrimonio de las PcD. También dijeron que a algunas personas, cuya deficiencia intelectual sea

profunda o que se encuentren en estado de coma o un trastorno psicosocial severo, no estarían en condiciones de emitir su voluntad y por lo tanto no habría lugar que por notaría se hiciera ese trámite.

Se les preguntó sobre su percepción acerca de la exigencia de acuerdos de apoyo que hace el sector financiero a las personas con cierta discapacidad intelectual o psicosocial para los trámites de pensiones y su pago, a ello respondieron que hay una dualidad en la legislación porque mientras en el artículo 6 de la Ley 1996/2019 se dice que no se requiere acuerdo de apoyo, por cuanto la capacidad jurídica se presume, en el artículo 19 de esa misma ley se insinúa que es necesario formalizar un acuerdo de apoyo y estar asistido de la PA porque de lo contrario el acto jurídico que se realizare estaría viciado de nulidad relativa.

A los notarios se les percibió temerosos para adelantar acuerdos de apoyo por cuanto dejan entrever que podría prestarse para perjudicar a las PcD. Esas percepciones tienen su fundamento en la no credibilidad de la figura de la PA y la dificultad para aceptar el modelo social de la discapacidad consagrado en la CDPD.

Conclusiones

El recorrido realizado en este ensayo, tomando como base la normativa nacional e internacional, la bibliografía consultada y los datos cuantitativos y cualitativos generados, permite realizar la triangulación necesaria para determinar si es necesario ajustar los avances formales y prácticos para la debida atención a la población con discapacidades intelectual y psicosocial, por cuanto la filosofía que inspira la CDPD es la plena inclusión sin contratiempos para las PcD

El reto que tiene la humanidad es de dimensiones catedralicias. El estándar de protección exigido por la CDPD en favor de las PcD es de grandes proporciones, que aún se encuentran en desarrollo por los países Parte que han adherido la CDPD. En el caso de Colombia, se considera que es preciso realizar esfuerzos para mejorar tanto la legislación, como los aspectos prácticos para que dinamicen con eficiencia y eficacia la protección de las PcD.

En cuanto a los avances formales, una interpretación a la Ley 1996/2019 señala que para la realización de un acto jurídico no se requiere que intervenga una persona para apoyar al titular de un determinado acto. Por este motivo se la considera un gran avance normativo acorde con la CDPD; el principio de la dignidad humana por el que se propugna en ese instrumento internacional tiene su respaldo en esa regla de oro en favor de la población con deficiencias mentales e intelectuales.

El canon 6 debe interpretarse con el artículo 19 de la Ley 1996/2019 porque esta es clara al estipular que en los casos en que el TAJ “cuente con un acuerdo de

apoyos” debe utilizarlo, de lo contrario ese acto estaría viciado de nulidad relativa. Surge entonces la pregunta: ¿si no se “cuenta” con un acuerdo de apoyo, es válido el acto jurídico realizado por su titular?

Bajo el presupuesto normativo interpretado de manera sistemática, la respuesta es afirmativa. En ninguna parte se “obliga” a una persona a acudir a mecanismos de apoyos para realizar un acto jurídico. Obsérvese que el legislador dejó “obligatoria” la intervención de una persona de apoyo, siempre y cuando el titular del acto “cuenta” con un acuerdo de apoyo. Por eso, debe entenderse que si no existe ese acuerdo, no se debe exigir el apoyo.

El Ministerio de Justicia y del Derecho, en su publicación “Consúltele al experto” (2020, p. 14), formula el siguiente cuestionamiento:

¿Es necesario que una [PcD] cuente con un acuerdo de apoyo o una asignación judicial de apoyo, para acceder a un beneficio legal?

No. La Ley 1996 de 2019 reconoce la capacidad jurídica plena de las [PcD] en consecuencia, al igual que sucede con la interdicción, ninguna entidad puede supeditar el ejercicio de derechos de la persona con discapacidad, a la existencia de un apoyo.

Veamos lo que indica la Superintendencia Delegada para el Notariado de Colombia: “los Notarios no pueden exigir a la [PcD] un acuerdo de apoyo para prestar los servicios notariales” (Superintendencia de Notariado y Registro, 2021). Con ello se reafirma la tesis de que para el ejercicio de un derecho una PcD no requiere de manera obligatoria la existencia de un acuerdo de apoyo formal.

Ese reconocimiento de la plenitud de la capacidad jurídica debiera tener eco en las personas, organizaciones o empresas privadas para no discriminar a las [PcD] (CDPD, art. 4, literal e). Por ello, se le preguntó al Gobierno central sobre medidas adoptadas para el cumplimiento de esta norma; la respuesta fue evasiva. La Consejería Presidencial para la Participación de las PcD ofreció una respuesta (Presidencia de la República, 2022) insatisfactoria, pues respondió lo referente a las valoraciones de apoyo, tema bien distinto por el cual se le inquirió. En conclusión, debe considerarse que Colombia no ha cumplido con esa específica norma internacional.

De allí que si, por ejemplo, en una entidad bancaria o pensional, pública o privada, le exigen a una persona una escritura pública o un acta de conciliación de formalización de acuerdo de apoyo, ha de considerarse que tal requerimiento no consulta el mandato legal que se acaba de analizar. Esas actitudes del sector financiero y pensional tienen como origen la falta de conocimiento o la incorrecta apreciación de las normas que regulan la novel figura. Esto indica que el Gobierno debe enfrentar

este déficit práctico con campañas masivas y permanentes, por medios de difusión idóneos para que tal estado de cosas cambie. Es decir, se debe acudir a lo que he venido a denominar “Hacia una cultura ciudadana para y por la discapacidad” en donde la sociedad civil esté debidamente informada del nuevo paradigma sobre la plena capacidad jurídica de las PcD cognitiva y mental, especialmente.

Recomendaciones

Hacia una cultura ciudadana para y por la discapacidad

Dentro de la teoría social de la discapacidad, los derechos en general de las PcD deben socializarse hasta crear una cultura ciudadana para y por la población en tal situación. El estudio de caso dado a conocer muestra que hay insuficiencia de conocimiento no solo por los operadores estatales del sistema, sino por ciertos sectores de la economía que debieran contribuir a la debida atención de las PcD.

De allí que la pregunta de investigación en este ensayo es si se cumple en lo formal y lo práctico con la CDPD conforme a los principios que la han inspirado, entre ellos el “respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas” (art. 3).

Dicha pregunta nace de lo planteado por la CDPD en su artículo 4, literal e) porque “asegurar y promover el pleno ejercicio” de sus derechos sin discriminación alguna, implica, entre muchas otras cosas, que los Estados Parte se obliguen a “[T]omar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad”.

Esas medidas, para que nadie “discrimine por motivos de discapacidad”, no son otras que las de socializar todos esos derechos de la población discriminada hasta finales del milenio pasado. Esa socialización de derechos permitirá que se genere esa consciencia colectiva para que los trámites legales se hagan de manera expedita sin obstáculos legales ni prácticos, de manera gratuita, máxime que la mayor parte de la población con discapacidad pertenece a estratos⁷ de bajos recursos económicos, con escolaridad insuficiente y cierto grado de marginación social.

La ciudadanía en general desconoce los derechos de la población con discapacidad. Esto explica por qué hay quienes ponen a deambular a una PcD de un lado para otro, en compañía de la PA. Las personas componentes de esa sociedad que se consideran sin discapacidad muchas veces se muestran insensibles frente a los seres humanos que padecen alguna forma de discapacidad. Es entonces necesario

7 Estratificación socioeconómica “es la clasificación de los inmuebles residenciales de un municipio” que se hace conforme a ciertos factores y procedimientos legales (art. 14. 8. de la Ley 142/1994).

que los Estados Parte promocionen, de todas las formas posibles, campañas educativas permanentes para la inclusión social no solo para quienes deben operar el sistema jurídico, sino para toda la ciudadanía.

No se trata tampoco de ofrecer a las PcD un trato de lástima o de caridad. Estas formas también podrían constituirse un tratamiento inadecuado que contraviene los postulados de la CDPD. Hay a quienes les disgusta un trato piadoso, que podrían entender como una minusvalía, lo cual iría en contra de su dignidad y se estaría generando una indebida desigualdad. Si bien existe “capacitación” jurídica, lamentablemente los servidores en este campo no tienen “formación” en salud mental para brindar un trato adecuado. He allí otra deficiencia práctica.

Modificar la ley respecto a los acuerdos de apoyo es una necesidad para facilitar la vida de las PcD. Si como lo establece la Ley 1996/2019 (art. 6) con apoyos o sin ellos debe permitirse la realización de actos jurídicos a las PcD, cuestión que es reiterada en la publicación del Ministerio de Justicia “Consúltele al experto” y en la Circular 670/2021 de Supernotariado (p. 6), es entonces válido que quien tenga la voluntad de acudir a ese mecanismo lo haga, pero en condiciones diferentes a las normas invocadas.

La modificación normativa que aquí se recomienda consiste en la no exigencia, por separado, de un acuerdo de apoyo en notaría o centro de conciliación cuando una determinada PcD desee realizar un acto jurídico que deba constar en escritura pública. Es decir, que dentro del mismo instrumento se abra un capítulo especial donde conste su voluntad de estar asistido por una PA. Esa propuesta permite a las PcD el pleno ejercicio de su dignidad humana como uno de los DDHH por excelencia. De esta forma se aplicarían práctica o realmente las dimensiones de la dignidad humana desarrolladas por la doctrina constitucional, como se analizó anteriormente: “vivir como quiera, vivir bien y vivir sin humillaciones”.

A título de ejemplo, para los casos de compra o venta de inmuebles, permuta, constitución y cancelación de una hipoteca, fiducia y testamento, entre otros, podría considerarse formalizar el acuerdo de apoyo dentro del mismo acto escriturario que contiene esos negocios. Para trámites bancarios financieros y bancarios debiera permitirse el diseño y validación legal de formularios para que la PA y el TAJ registren la información mínima requerida por el Decreto Reglamentario 1429/2020; así se beneficiaría a la población discapacitada.

La posibilidad de que tal acuerdo de apoyo, en la forma antes considerada, sea gratuito mejorará la calidad de vida de las personas con discapacidad. Recordemos las estadísticas que se han presentado en este ensayo, donde se evidencia que la población de estratos socioeconómicos bajos y de la tercera edad son los más necesitados de esos trámites.

Limitaciones del estudio

Hay que reconocer que los hallazgos obtenidos corresponden a acuerdos de apoyo adelantados únicamente en Buga porque la investigación fue diseñada como estudio de caso en la Notaría Primera. Tampoco se contó con información basal, a manera de estado del arte, que hubiese permitido cotejarla con la producida aquí. Como ya se afirmó, es necesario recopilar más documentos y datos relativos a la discapacidad para mejorar la situación de esta población en las diferentes sociedades (Biel, 2011). Por ello, este estudio podría ser la base para futuros análisis tendientes a mejorar los avances formales y prácticos para y por las PcD para que sea una realidad el afortunado cambio paradigmático *De la interdicción a la plena capacidad jurídica*.

Referencias

- Biel Portero, I. (2011). *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31004.pdf>
- Colombia, Consejo Nacional Legislativo. Ley 57 de 1887, Código Civil [CC] (15 abril 1887). <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1789030>
- Colombia, Congreso de la República. Ley 142/1994, Régimen de servicios públicos domiciliarios (11 julio 1994). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2752>
- Colombia, Corte Constitucional. T-881/2002 (17 octubre 2002). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>
- Colombia, Corte Constitucional. C-478/2003 (10 junio 2003). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-478-03.htm>
- Colombia, Corte Constitucional. C-458/2015 (22 julio 2015). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-458-15.htm>
- Colombia, Corte Constitucional. C-043/2017 (1 febrero 2017). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-043-17.htm>
- Colombia, Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas. (2018). *¿Cuántos somos?* <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivenda-2018/cuantos-somos>
- Colombia, Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas. (s. f.). *Estratificación*. <https://www.dane.gov.co/index.php/servicios-al-ciudadano/servicios-informacion/estratificacion-socioeconomica>

- Colombia, Presidencia de la República. OFI22-00004825/IDM13100000 (20 enero 2022).
- Colombia, Superintendencia de Notariado y Registro. Circular 670, Aspectos notariales en el nuevo régimen de capacidad legal (14 octubre 2021). <https://servicios.supernotariado.gov.co/files/snrcirculares/circular-670%20-20211014132109.pdf>
- Guadalajara de Buga, Alcaldía Municipal. (2019). *127545 habitantes tiene buga según el censo realizado por el DANE*. <http://www.guadalajaradebuga-valle.gov.co/noticias/127545-habitantes-tiene-buga-segun-el-censo-realizado>
- Constitución Política [Const.]. 5 de agosto de 1886 (Colombia).
- Constitución Política [Const.]. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- España, Jefatura del Estado. (2011). *Boletín Oficial del Estado. Legislación consolidada*. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-13241-consolidado.pdf>
- Mendenhall, W., Beaver, R., & Beaver, B. (2002). *Introducción a la probabilidad y estadística*. Thomson Editores.
- Minsalud. (2019). *Normograma de discapacidad para la república de Colombia*. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Normograma-discapacidad.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas —ONU—. (2005). *Antecedentes de la Oficina del Alto Comisionado, quinta reunión Comité Especial*. www.un.org/esa/socdev/enable/rights/documents/ahc6ohchrlegalcap.doc
- Organización de las Naciones Unidas —ONU—. (2021). *5 cosas que deberías saber sobre las personas con discapacidad*. <https://www.un.org/development/desa/es/news/social/14th-conference-on-crpd.html>
- Organización de las Naciones Unidas —ONU—. (s.f.). *Algunos datos sobre las personas con discapacidad*. <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/algunos-datos-sobre-las-personas-con-discapacidad.html>
- Organización Estados Americanos —OEA—. (2022). *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad*. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>

- Organización Estados Americanos —OEA—. (s.f.). *Relatoría sobre los derechos de las personas con discapacidad*. <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/r/dpd/default.asp>
- Organización Mundial de la Salud. (2001). *Clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud (CIF)*. <https://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/435cif.pdf>
- Organización Mundial de la Salud (OMS) (2011). *Informe mundial sobre la discapacidad*. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/75356>
- Palacios, A. (2008a). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad – Ediciones Cinca. <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>
- Palacios, A. (2008b). *Capacidad jurídica en la Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad*. Ponencia presentada en Consultation on key legal measures for ratification and implementation of the convention on the rights of persons with disabilities (Ginebra, Palacio de las Naciones). http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/416/Pon_PalaciosRizzoA_CapacidadJur%C3%ADdicaConvención_2008.pdf?sequence=1
- Léxico. (2022). *Teoría*. <https://www.lexico.com/es/definicion/teoria>
- Valencia, L. A. (2018). *Breve historia de las personas con discapacidad*. Editorial Académica Española (EAE).