UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO

Doctorado en Derecho

Año 2015

Nº atribuido por la biblioteca

!_!_!_!_!_!_!_!_!

TESIS

Para obtener el grado de

DOCTORA EN DERECHO DE LA UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Disciplina: Derecho Penal Internacional

Presentada y defendida públicamente

por

Sandra Rocío Gamboa Rubiano

21 de junio de 2015

**Solicitudes de víctimas de Crímenes de Estado en la Corte Penal Internacional: Su
incidencia en la apertura de una investigación.**

Director de Tesis: Dr. Manuel Fernando Moya Vargas.

JURADOS

Dr.	Alejandro Gómez Jaramillo, Profesor de la Universidad Santo Tomás (Colombia)
Dr.	José Manuel Barreto, Profesor de la Universität Bonn (Alemania)
Dr.	Ramón Ragués i Vallés, Profesor de la Universitat Pompeu Fabra (España)

La Universidad Santo Tomás no tiene la intención dar cualquier aprobación o desaprobación de las opiniones expresadas en esta tesis. Estas opiniones deben ser consideradas como propias de su autora.

Dedicatoria...

A las queridas Eyra María Quintero Levy y Beatriz Rivero Martínez, quienes en el pasado y en el presente, a través de su resistencia, construyen la transformación memoria.

A la lucha ética y humanista de las víctimas de crímenes de Estado.

Agradecimientos

Este final y comienzo de camino ha sido tejido a múltiples voces, a quienes debo reiterar mi gratitud. A mi director de tesis, el Dr. Manuel Fernando Moya Vargas, por estos años de acompañamiento y siempre generosa orientación a través de su voz ejemplar, paciente y sabia. A mis profesoras Nhora Cadena y Yolanda Silva, quienes junto a mis padres, Ana Bertilda Rubiano Cubillos y Jesús Hernando Gamboa Pinilla, formaron en mí un pensamiento crítico.

Expreso mi agradecimiento a mi esposo, Javier Gamboa Rodríguez, quien me animó a iniciar y a mantenerme en la travesía académica que aquí llega a un nuevo puerto. Debo especial reconocimiento a los colegas Jorge Molano, Germán Romero y Martha Castillo, quienes permitieron la edificación de esta tesis, compartiendo un espacio para hacer posible su redacción. Los lazos de afecto por esta realización también se extienden a Rosembert Ariza, Alejito, Sneither, Nicole, y Fernando. Continúan hacia mi amiga Mary Luz Benítez Mosquera, porque sus sacrificios permitieron que contara con el tiempo y el espacio necesarios para este ejercicio académico. Finalmente agradezco a mi familia, a las innumerables pero no olvidadas amigas y amigos, quienes han contribuido a este esfuerzo. Somos en realidad esta construcción a mil voces.

Tabla de Siglas y Abreviaturas

UNTAET	Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental
AG	Asamblea General, Naciones Unidas/General Assembly
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
cap.	Capítulo
CDDHH	Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (extinta)
CDI	Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CONADEP	Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, Argentina.
ICRC	Comité Internacional de la Cruz Roja/ International Committee of the Red Cross.
CAT	Comité contra la Tortura, Naciones Unidas.
Comité CEDAW	Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Naciones Unidas.
PCICC	Comisión preparatoria para la Corte Penal Internacional de la Organización de las Naciones Unidas/ Preparatory Commission for the International Criminal Court, United Nations.
CERD	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
CDH	Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas / Human Rights Committee.
CS	Consejo de Seguridad, Naciones Unidas.
CLF	The Covenant of the League of Nations/ Pacto de la Sociedad de las Naciones.
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Convención CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Naciones Unidas.
CAT	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
CICT	Convención Interamericana contra la Tortura.
C. Belém do Pará	Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer.
ICERD	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
CGin	Convenio de Ginebra.
CsGin	Convenios de Ginebra.
CsHay	Convenios de La Haya.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CC	Corte Constitucional de Colombia.
CIJ/ICJ	Corte Internacional de Justicia / International Court of Justice.
CPI	Corte Penal Internacional / International Criminal Court.
Declaración sobre los Principios	Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
DIH	Derecho Internacional Humanitario.
DCP	Derechos Civiles y Políticos.
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.
EC	Elementos de los Crímenes, Corte Penal Internacional.
ER	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional/Rome Statute.
ETPIY/EICTY	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia / Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.
ETIPR/EICTR	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda / Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda.
ESCSL	Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona / Statute of the Special Court for Sierra Leone.
ECCC	Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia.
MICT	Mecanismo Residual de Tribunales Penales Internacionales.
ONU/ UN	Organización de las Naciones Unidas / United Nations.
OP	Orden de los Predicadores.
OG	Observación General / Observaciones Generales.
OF	Observación Final / Observaciones Finales.
ObP	Observación Preliminar / Observaciones Preliminares.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
Párr.	párrafo/párrafos.
Protocolo CEDAW	Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Naciones Unidas.
Protocolo Facultativo I PCDCP	Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba, Corte Penal Internacional.
IMT	Tribunal Militar Internacional de Nuremberg / International Military Tribunal. Nuremberg.
TEDH/ECtHR	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TIPY/ICTY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia / International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.
TIPR/ICTR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda / International Criminal Tribunal for Rwanda.
SCSL	Tribunal Especial para Sierra Leona / Special Court for Sierra Leone.
SCP/PTC	Sala de Cuestiones Preliminares/ Pre-Trial Chamber.
SJ/TC	Sala de Juicio/ Trial Chamber.
SA/AC	Sala de Apelaciones /Appeals Chamber
Secc	sección.

La población está alrededor del salón comunal. Allí, están los cuerpos de Alejandro Pérez, Alfonso Bolívar Tuberquia y Sandra Muñoz, sus hijos Santiago y Natalia. Los habitantes de la Comunidad de Paz y su Consejo decidieron esperar que estuvieran todos los cuerpos para hacer un sepelio colectivo. (...)

Mientras camino en este entierro, miro a los ojos de los jóvenes, hombres y mujeres que estuvieron en la búsqueda de su líder y sus familias, a los nuevos huérfanos y a las viudas de siempre. Es demasiado dolor. Las personas que vi caminar valientemente por montañas y quebradas, están doblegadas en este campo santo de San José de Apartadó (Abad Colorado, 2012).

Sumario

Tabla de Siglas y Abreviaturas	3
Introducción	13
Capítulo 1	37
La Criminalidad Estatal y sus víctimas: Conceptos de moderna construcción.....	37
Capítulo 2	177
Del Derecho Internacional al Derecho Penal Internacional: Una Genealogía de las víctimas de Crímenes de Estado como sujetos	177
Capítulo 3	412
Tensiones contra-hegemónicas: Solicitudes de las víctimas de Crímenes de Estado para activar la competencia de la CPI 450	
Capítulo 4	502
Conclusiones Finales: El DPI como resistencia y en lógica de prevención mediante el universalismo concreto y el cosmopolitismo subalterno	502
Listado de fuentes	518

Solicitudes de víctimas de Crímenes de Estado en la Corte Penal Internacional: Su incidencia en la apertura de una investigación.

Resumen :

A través de su reconocimiento como fenómeno sociológico y jurídico, se expone una teoría de explicación sociojurídica y alternativa del tratamiento diferencial de la criminalidad de Estado en la Corte Penal Internacional, a partir de las posibilidades contrahegemónicas que pueden ser generadas por la intervención de las víctimas de crímenes de Estado.

Applications from victims of State Crimes before the International Criminal Court: their incidence on the initiation of an investigation.

Through its recognition as legal and sociological phenomenon, a theory of socio-legal and alternative explanation to the differential treatment of the criminality of state in the International Criminal Court are exposed, from the counter-hegemonic possibilities that may be generated by the intervention of State Crimes victims.

PALABRAS CLAVES

Corte Penal Internacional, Crimen de Estado, Contra-hegemonía, Derechos humanos como movimiento social, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Penal Internacional, Sujetos colectivos, Víctimas.

DOCTORADO EN DERECHO
Facultad de Derecho
Carrera 9a N° 72-90
Bogotá, D.C.

INTRODUCCIÓN

Si es parte de la vocación misma de la sociología el recordar que, según las palabras de Montesquieu, no se transforma la sociedad por decreto, tampoco debemos olvidar el que ser consciente de las condiciones sociales que determinan la eficacia de los actos jurídicos no debe conducirnos a ignorar o a negar la eficacia propia de la regla, del reglamento o de la ley. (Bourdieu, 2000:200).

El escenario de la Corte Penal Internacional, y el proceso de selección de situaciones y casos que allí se ha llevado a cabo, evidencia el sentido sociopolítico del Derecho. También reafirma un particular sentido de justicia preventiva en el Derecho Penal Internacional actual, y la posibilidad de su utilización por la hegemonía como instrumento de Biopoder. Esta conexión se inscribe de forma más general en la vinculación entre política y Derecho que se evidencia en múltiples órdenes, *e.g.* en la construcción de la *ciencia* del Derecho que como señaló Correas (2009), ha llegado a ser reconocida por algunos positivistas. Estas relaciones subrayan que una Teoría del Estado y del Derecho no consiste en una “yuxtaposición de dos ciencias independientes” (Sepúlveda, 2009:35), pues el Derecho se construye con la historia junto al Estado. En efecto, Eugenio Raúl Zaffaroni (2011) enfatiza que no es aceptable la desconexión del Derecho Penal de la Teoría Política, reiterando a Marx (1989), quien sostuvo que las relaciones jurídicas y las formas de Estado no se explican en sí mismas sino que obedecen a las condiciones materiales de vida. Esta afirmación acalla las pretensiones de autismo del Derecho, que pretenden limitarle a una racionalidad formal y así lo convierten en “un instrumento esencialmente burgués”, que impone sus valores e intereses. (Morales de Setién Ravina, 2000:38) La conexión entre política y derecho denuncia al formalismo jurídico que insiste en una inexistente neutralidad del Estado y de su Derecho, que no es más que “una ficción que sólo puede justificarse en términos de un proyecto de sistema jurídico fuertemente ideologizado”. (:39) De ahí que la formulación de la teoría de cualquier ciencia social sea “un acto político” (Correas, 2009:88) por

lo que reconoce y oculta determinadas realidades (Sousa Santos y García Villegas, 2001), y además consiste en una caja de herramientas (Foucault, 2000c).

Desde luego, otras posiciones (Dalla Vía, 2006) escapan a la comprensión compleja del Derecho. Jellinek (2004) reconoce la doble naturaleza del Estado como formación histórica y como construcción jurídica, y exige dos ciencias autónomas para su estudio: La teoría jurídica del Estado aplicaría el método jurídico, y la teoría social del Estado se ocuparía “de los hechos reales que lo componen” (:161). Esta escisión difiere, pero al mismo tiempo acentúa la idea del Derecho explicado en sí mismo, a través de su rechazo como ciencia social y acto político, como lo recuerda Kelsen (1958):

El enfoque antinormativo de los fenómenos sociales es un elemento esencial de la teoría marxista en general, y de la teoría marxista del derecho en particular. Saber si el derecho es un sistema de normas o un conjunto de relaciones sociales es una cuestión que representa papel decisivo en la teoría jurídica desarrollada en la Unión Soviética sobre la base del marxismo ortodoxo. (...)

La teoría jurídica soviética (...) se halla dominada casi exclusivamente por factores políticos. (...) El examen que haremos de esa teoría mostrará la vergonzosa decadencia de una ciencia social que no es capaz de emanciparse de la política.

En estos tiempos, en que el poder del Estado aumenta constantemente en todas partes, hay que considerar muy en serio el hecho de que en la Unión Soviética la operación de degradar la ciencia al papel de cómplice del poder se lleve a cabo bajo la dirección de eruditos intelectualmente sobresalientes. (:14 y 15)

Esta investigación aborda una de las vinculaciones entre Derecho y Política: la criminalidad de Estado que expresa la dicotomía de dos fenómenos sociales: Por una parte, la categoría de crimen de Estado en tanto protección de derechos humanos, que aquí corresponde al aspecto sociológico; y el sistema de protección internacional en relación con la violación que constituye la criminalidad de Estado, o el crimen de Estado como fenómeno jurídico del Derecho Internacional. De modo que esta vinculación, además determinará su relación con el cometido de evitar la guerra, e indagará por el papel que, en dicho empeño, tendría la participación de las

víctimas ante la CPI. Para tal efecto se ha tomado como hipótesis la posibilidad y la necesidad de que las víctimas de crímenes de Estado tengan un tratamiento diferencial al determinarse la admisibilidad de la investigación ante la CPI. Dichas potencialidades se generan a partir de la comprensión de la gravedad intrínseca y extrínseca que presentan los crímenes de Estado que pueden calificar como crímenes internacionales y, asimismo, la necesidad de diferenciar la complementariedad en relación con estas situaciones y casos considerando que, en términos generales, los crímenes de Estado se encontrarían determinados por la falta de voluntad al definirse que los mismos se incluyen en los linderos de aplicación del ER, esto es, una competencia restringida a los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto y de conformidad con las reglas de admisibilidad y competencia determinadas a partir del ER.

El reconocimiento de las potencialidades de las víctimas de crímenes de Estado en la CPI, implicaría abandonar cierto discurso que no solo impide su reconocimiento pleno en relación con las víctimas en general, sino además de la estimación de una supuesta pérdida de vigencia en la actualidad, de la problemática relativa a la criminalidad de Estado. Asimismo, dicha verificación estaría vinculada con el ejercicio del Preámbulo del ER cuando destaca las diferencias culturales de los pueblos del mundo como un patrimonio común, lo que expresaría una visión que, en principio, podría señalarse como cosmopolita, en tanto terreno de sostenimiento de la propia CPI.

No se concibe un mejor camino que recorrer estos escenarios de criminalidad de Estado, y para formular propuestas que conduzcan a su extirpación y prevención; que una investigación de índole sociojurídica que, como advierte Correas (2009), observa las relaciones existentes entre normas y conductas o relaciones sociales como causa y efecto. Esto implica reconocer diversas realidades y considerar que el marco teórico que se ha desarrollado a partir del norte global (Sousa Santos, 2009) amplía el trayecto entre la teoría y la realidad, con lo que se expresa la modalidad de colonialismo que Monedero (2005) encuentra de ignorarse el conocimiento de otros. En dicha vía, José Manuel Barreto (2014) destaca el surgimiento de múltiples voces y teorías del conocimiento desde el Sur Global, que se conectan con la crítica a la modernidad y a

la visión eurocentrista de los derechos humanos. Dentro de estas espistemologías del Sur, ubica a la geopolítica del conocimiento de Dussel y Mignolo, los estudios subalternos de Chakrabarty y el pensamiento postabismal de Boaventura de Sousa Santos.

El tratamiento por el Derecho de la criminalidad de Estado es uno de los fenómenos acusados inicialmente como no racionales por el Norte Global, precisamente bajo el interrogante de que si el Derecho, instrumento de Estado, determina el crimen; ¿cómo podría establecerse una categoría de crimen en quien la define? La respuesta a esta pregunta, que también intentará resolverse en el primer capítulo, puede aclarar diversas sendas de futuro para un Derecho que se transforme en herramienta de justicia para las voces silenciadas.

En uso de las categorías centrales de la investigación como Estado¹, crimen de Estado², modernidad³, soberanía⁴, víctimas⁵, víctimas de crímenes de Estado⁶, hegemonía y

¹ El Estado se comprende con sustento en Poulantzas (1978), como una *relación* con objetivos limitados, que surge a partir de las contradicciones de clases y fracciones de clase, por lo que representa los intereses políticos de los dominantes. El enfoque marxista del Estado señala que este “surge por la falta de racionalidad social, en razón al carácter sensiblemente contradictorio de los intereses de los actores sociales”. (González Madrid, 1996:199). Poulantzas insiste en revisar el papel de las luchas de clase y, en general, la dominación política en la conformación del Estado, por lo que también puede conectar con el pensamiento de Foucault (2007), en cuanto éste comprende el Estado como una realidad específica y discontinua. De conformidad con ello, el Estado se concibe aquí como una forma de organización política, económica y social, configurada en la modernidad, mediante la cual se expresan y viabilizan los intereses de los dominantes, y se limitan y reconocen algunos intereses de los dominados. De ahí su posibilidad de transformación.

² El crimen de Estado es un fenómeno de la modernidad que puede observarse como tecnología de poder en tanto práctica social, como función del sistema hegemónico moderno, o como una violación de derechos humanos o infracción al DIH. En el primer caso, a partir de Feierstein (2008) puede colegirse como el uso de violencia autorizada en desarrollo de una doctrina oficial o cuasioficial, sobre unas víctimas seleccionadas que se han pretendido deshumanizar a partir de definiciones ideológicas. En desarrollo del concepto de función de Villoro (1992), el crimen de Estado como función del sistema hegemónico moderno, es una fórmula de control social que sintetiza las relaciones entre dominantes y dominados, expresando el mito de neutralidad del Estado moderno a través del ejercicio de la violencia de Estado. Desde un punto de vista jurídico, la criminalidad de Estado puede asociarse desde la jurisprudencia interamericana como las violaciones de derechos humanos o las infracciones al DIH, perpetradas por individuos con la aquiescencia, conocimiento o en nombre del Estado, bajo un contexto de cálculo y planificación, que tiene como fines principales: generar miedo ante la ejecución de estas violaciones, y mantener su impunidad a través de una política de encubrimiento de los hechos y de sus responsables. Se entiende que el crimen de Estado es un fenómeno en donde, una de sus características principales, es que gravita alrededor de la pretensión de impunidad.

³ La modernidad puede comprenderse como momento histórico, o como un proyecto particular de las élites, como pretensiones universales (García Canclini, 2001) que no se expresa de forma unívoca. (Echeverría, 2009; Villoro, 1992) En este último sentido, se entiende como un proyecto que convierte el conocimiento en un instrumento humano (Masías, 2012:15 *vid.* Lander, 2000). La modernidad capitalista se caracteriza por la racionalidad con arreglo a fines que, como señala D’Auria (2006), califica a la razón como *neutral*, pero obediente al cálculo de costos y beneficios económicos.

⁴ La soberanía es una expresión del poder de Estado, por lo tanto, un fenómeno moderno. Con fundamento en Moya Vargas (2011) se entiende por soberanía un hecho institucional, un fenómeno político jurídico que se derivó del Estado como creación social y que sintetiza el ejercicio del poder del Estado. Se trata de una construcción moderna, que se ha desarrollado como limitada, en tanto se expresa en un sentido interno, en relación con quienes ejercen ciudadanía o tránsito, y en una dimensión externa, en referencia al reconocimiento por otros Estados.

contrahegemonía⁷, biopoder⁸, *homo aeconomicus*⁹; así como Nuevo Humanismo Militar y razón instrumental¹⁰, entre otras; se buscarán los orígenes entendidos en el sentido del lugar de desarrollo, con vocación de fijación de ideologías, políticas, y circunstancias históricas de surgimiento y sostenimiento.

La afirmación, en términos de realidades hegemónicas, obliga a penetrar en la realidad de la modernidad, como parte del proyecto “que ve en el conocimiento un instrumento humano” (Masías, 2012:15 *vid.* Lander, 2000), y hacerlo bajo los matices propios del pensamiento crítico. Como se recordará, desde la Teoría Crítica en la Escuela de Frankfurt, se pretendió asumir la faceta crítica kantiana (criticismo kantiano), esto es, la respuesta de Kant a Hume, llamando a la necesidad de considerar diversos puntos de vista de la realidad para definir la acción de conocer, en específico, señala la necesidad de discutir la propia razón. (Kant, 2011) En síntesis asumir un enfoque crítico implicará en primer lugar, definir el concepto de modernidad, sus restricciones,

⁵ De conformidad con el Derecho Internacional, se comprende por víctima la persona, grupo de personas o comunidades, que por acción u omisión del Estado, o por hechos de terceros que actúan con la orientación, colaboración o aquiescencia de éste, han sufrido directa o indirectamente daños individuales o colectivos que impliquen violaciones a sus derechos, con independencia de que los agresores hayan sido identificados, aprehendidos, procesados y/o condenados. Se trata de un concepto inclusivo referido a daños en la integridad física, psíquica y moral, sin implicar circunstancias que restrinjan su carácter. Esta categoría se construye a partir de la conjunción de la *Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso del Poder* (UN, AG, 1985), la *Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas* (UN, 2007, Art. 24), los *Principios y Directrices Básicas sobre 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* (UN, AG, 2005, principio 8), así como la Regla 85 de las RPP del ER, y de los principios de la sentencia de Lubanga de la CPI, (ICC, PTC I, 2012a) esta última amplía el concepto de víctima a las que sufren daños con ocasión de agentes no estatales.

⁶ Las víctimas de crímenes de Estado constituyen sujetos individuales y sujetos colectivos, en particular, sujetos populares, que padecen y resisten lo que Feierstein (2008) concebiría como el proceso de selección política y aniquilamiento definido por el Estado o un conjunto de Estados.

⁷ Para Gramsci (1971) la hegemonía es un principio teórico práctico que consiste en la forma como un grupo social impone una concepción del mundo determinada. Calveiro (2012) actualiza este concepto especificando que dicha imposición tiene lugar a través de la fuerza y el consenso que permiten obtener reconocimiento. Se asume este concepto de raíz gramsciana de hegemonía, más amplio que el de Poulantzas (2001) quien la limita a las prácticas de las clases dominantes, que son de índole política y tienen lugar dentro del Estado.

⁸ El Biopoder se define por Foucault (2000) como el conjunto de fenómenos o de mecanismos “por medio de los cuales aquello que, en la especie humana, constituye sus rasgos biológicos fundamentales podrá ser parte de una política, una estrategia política, una estrategia de poder” (:16)

⁹ Con sustento en Foucault (2007), el *homo aeconomicus* es el patrón o grilla de comprensión de la modernidad capitalista, que corresponde a la razón instrumental o la orientación del universo social a partir de los intereses en el mercado. De ahí que constituye la grilla de inteligibilidad de la modernidad capitalista, pues como advierte Foucault (1996) el ingreso del economía en la configuración de la gubernamentalidad, constituye una cuestión decisiva más no exclusiva. Asimismo aquí se comprende que el *homo aeconomicus* permite la iniciación del proceso de victimización, a través de la selección de sujetos individuales y colectivos, de ahí que se entiende como un criterio de definición del enemigo de Estado, reduciéndolo a *homo sacer*.

¹⁰ Esta investigación comprende la razón instrumental como sinónimo de la racionalidad con arreglo a fines, la pérdida de racionalidad en Horkheimer (2003) o la racionalidad formal en Habermas (1999). Se trata de una característica central de la modernidad capitalista que, como advirtió Horkheimer (1973), consiste en una razón subjetiva que se opone a la idea de una razón edificada sobre la idea del sumo bien y de la consideración del destino humano o, como sintetiza D'Auria (2006), es un cálculo de costos y beneficios en derredor de una razón considerada neutral y aséptica.

así como su vinculación con la idea de Estado moderno, el concepto de Derecho y de Derechos Humanos.

Esta será la palestra de desarrollo y expresión de la criminalidad de Estado y sus víctimas, que acompañará el análisis hasta el actual Nuevo Humanismo Militar como expresión de la modernidad. Para tal efecto, se asumirá un concepto histórico de teoría (Masías, 2012) que alude a un conjunto de premisas o supuestos teóricos (Zubiría *et. al*, 2012, *vid.* Horkheimer, 2003) o a un sistema teórico relativo a conceptos fundamentales con correspondencia científica. (Althusser, 1967) Teoría que utiliza una dimensión simbólica de la vida social y consiste en el conjunto de supuestos relativos a la condición humana, al carácter de la sociedad y a la naturaleza de sus fenómenos (Zubiría *et. al*, 2012). Si bien la teoría alude a la existencia de premisas o supuestos teóricos, en específico a “la acumulación de saber” (Horkheimer, 2003:223), es interpretación y, por tanto, evidencia la compleja relación entre teoría y práctica. El conocimiento teórico posee “dimensiones empíricas, interpretativas, normativas y críticas”. (Zubiría *et. al*, 2012:XVIII) Además, la vinculación entre teoría y práctica obliga a reconocer las pretensiones universales (Masías, 2012) de la teoría, pero con reconocimientos particulares, como las distinciones (no inferioridades) en culturas, tiempos y espacios, así como que la modernidad es un proyecto en América Latina, pero ello no implica que sea el proyecto esperado. Esto se admite como reconocimiento histórico de la segmentación y negación de lógicas diferentes a las eurocéntricas (Lander, 2000). Ello exigirá el abordaje preferencial de múltiples autores del pensamiento crítico, sin desestimar los europeos y estadounidenses que se ubican en dicho abanico de posturas. Precisamente, desde el pensamiento crítico se ha evidenciado que América Latina arribó a la modernidad, si por esta se entiende el modo como las élites interpretan y utilizan las temporalidades históricas para construir un proyecto global (García Canclini, 2001).

Se asume un pensamiento crítico en diversos órdenes en esta tesis, pues resulta además una lectura insustituible de fenómenos previos de criminalidad estatal como el genocidio nazi. Como subraya Habermas (1999), la teoría crítica enfrenta al fascismo, a la burocratización soviética, y a la represión del capitalismo a través de “la cultura de masas” (:466). Para entender

las implicaciones de esta aproximación, debe recordarse que la Teoría crítica, partió de una aproximación kantiana a las ideas que sostenían la modernidad y que, a la postre, habían permitido la edificación del genocidio nazi, como tuvo lugar en la primera etapa de la Escuela de Frankfurt, o de enfoque materialista. La Teoría Crítica, luego se amplió a la determinación de las subjetividades de los perseguidos, y como subrayan Manuel Fernando Quinche Ramírez y Víctor Alberto Quinche Ramírez (2011); llamó a la construcción de una justicia anamnésica. Esta justicia se expresa en el llamado a la transformación hecho a partir de la metáfora del *Ángelus Novus* de Klee, hecho inicialmente por Walter Benjamin (1971), en un afán de transformación que también podría identificarse con la necesidad de Boaventura de Sousa Santos (2000) de enfrentar la razón metonímica con la sociología de las ausencias en una mirada del presente hacia el pasado, y de retar la razón proléptica con la sociología de las emergencias en una visión del presente hacia el futuro.

De forma regular se identifica la Teoría Crítica con la primera y segunda versiones de la Escuela de Frankfurt (Gallardo, 2011e, Vega Cantor, 2012), pero autores como Keucheyan (2013) la interpretan en un sentido amplio, no limitado al Instituto de Investigación Social; adoptando el concepto de nuevas teorías críticas. Autores como Helio Gallardo (2011e), y Renan Vega Cantor (2012) establecen que una visión extensa se recoge de forma más adecuada en el Pensamiento Crítico como reflexivo, pero no limitado a la contemplación, pues la concentración en ésta fue uno de los reparos a la Teoría Crítica (Vega Cantor, 2012). El pensamiento crítico implica reconocer que las teorías no pueden conocer el mundo de forma certera, y que este conocimiento es transformado por la experiencia (Masías, 2012) De ahí el carácter transitorio y contingente de la teoría crítica o la teoría entendida como hipótesis en relación con los hechos (Horkheimer, 2003) o del análisis crítico que presenta alternativas capaces de superar lo criticable (Sousa Santos, 2007). Como función social, la teoría refleja las contradicciones existentes (Horkheimer, 2003; Orjuela, 2012; Sousa Santos, 2007), y como producto social, no fija resultados pues *“no cierra ni cancela el proceso de interpretación e indagación”* (Zubiría, 2012:XVII). El pensamiento crítico enfrenta la racionalidad formal.

Un pensamiento crítico reconoce que cuando se trata de la relación con la realidad (Masías, 2012), los sujetos colectivos también construyen teoría, pueden construirla, y lo han hecho, en relación con el Derecho Internacional. Las posibilidades generales de edificación han sido evidenciadas por Habermas (1986) en la importancia del conocimiento emancipatorio, en la construcción de un pensamiento crítico de la sociedad. Por ello el pensamiento crítico abarca un amplio espectro de aproximaciones entre las que se encuentra la teoría crítica, los estudios decoloniales y el posmodernismo de oposición de Boaventura de Sousa Santos. Lander (2000) encuentra, con fundamento en Maritza Montero, que un nuevo paradigma alternativo, frente al pensamiento eurocéntrico-colonial en América Latina, exige considerar una *episteme de relación* que implica a la comunidad, la participación y el saber popular en su doble dimensión de *episteme* y formas de constitución. El posmodernismo de oposición de Santos, implica múltiples formas de transformar la realidad, como la sociología de las ausencias, que exige una transformación de la orientación de las ciencias sociales (2005 y 2007), e incluso del paradigma de la ciencia moderna en general (2007), a fin de que puedan incidir en los procesos de transformación social que ya tienen lugar. Ello implica considerar las experiencias sociales hasta ahora silenciadas y desperdiciadas (contra la monocultura del saber y de la práctica dominante), superar los preconceptos de las ciencias sociales, y reconstruir teórica y prácticamente el Estado, que sigue siendo un campo crucial para el ejercicio de las acciones social y política. (2005) Una teoría crítica de la posmodernidad exigiría transformaciones de lo monocultural a lo intercultural, el tránsito al conocimiento edificante, a la distinción entre objetividades y neutralidades y hacia la acción rebelde. (2000 y 2005)

¿Cómo se hace, en qué consiste, la contracción del presente? Se hace a través de la reducción de la diversidad de la realidad a algunos tipos –concretos, muy limitados, reducidos de realidad. ¿Cómo se puede demostrar que realmente por fuera de esta realidad queda mucha otra realidad? Propongo, para combatir a la razón metonímica, utilizar una Sociología de las Ausencias. ¿Qué quiere decir esto? Que mucho de lo que no existe en nuestra sociedad es producido activamente como no existente, y por eso la trampa mayor para nosotros es reducir la realidad a lo que existe. Así, de inmediato compartimos esta

racionalidad perezosa, que realmente produce como ausente mucha realidad que podría estar presente.

La Sociología de las Ausencias es un procedimiento transgresivo, una sociología insurgente para intentar mostrar que lo que no existe es producido activamente como no existente, como una alternativa no creíble, como una alternativa descartable, invisible a la realidad hegemónica del mundo. Y es esto lo que produce la contracción del presente, lo que disminuye la riqueza del presente. ¿Cómo se producen las ausencias? No existe una única manera, sino cinco modos de producción de ausencias en nuestra racionalidad occidental que nuestras ciencias sociales comparten [las monoculturas del saber y del rigor, del tiempo lineal, de la naturalización de las diferencias, de la escala dominante, y la monocultura del productivismo capitalista]. (Sousa Santos, 2006:23)

Desde el pensamiento crítico, la realidad es como señalarían Sousa Santos y García Villegas (2001), un campo de posibilidades, más allá de lo empíricamente dado, lo que exige diferenciar objetividad y neutralidad: “El malestar, la inconformidad y la indignación frente a lo que existe es la fuente de impulso para imaginar una teoría destinada a su superación” (:3). Por eso se habrá anticipado que la construcción de un pensamiento crítico es un reto. Boaventura de Sousa Santos (2007) encuentra que a pesar de existir muchas cuestiones criticables que se sintetizan en el incumplimiento de las promesas de la modernidad, es cada vez más difícil construir teorías críticas.

Es decir, cada vez resulta más complejo enfrentar la pérdida de poder crítico de conceptos centrales de la teoría crítica, así como superar las dificultades de las sociologías positivista y antipositivista convencional para hacer aceptable “el asumir una postura crítica frente a la sociología crítica como remedio para superar la crisis de la sociología misma”. (:20) De ahí que postula un *posmodernismo de oposición* que reconoce como muy cercano a la teoría crítica moderna. En primer lugar, señala que el pensamiento crítico concibe la sociedad como una totalidad, ignorando que es una construcción social más; con lo que se acerca de una única manera, y una sola forma de conocimiento a la realidad, bajo un principio único de transformación realizado por un solo sujeto colectivo, y bajo el socialismo como única

posibilidad. (Sousa Santos, 2007). No obstante ello, reconoce que Foucault constituyó el último gran intento de producción de teoría moderna crítica, y discutió el conocimiento totalizador de la modernidad, señalando la posibilidad de buscar otros regímenes de la verdad. Pero que al mismo tiempo quedó en la pretensión pues no evidencia ninguna alternativa de evasión del poder disciplinario del panóptico como régimen de la verdad (Sousa Santos, 2007). Por tanto, las dificultades para la construcción de un pensamiento crítico de la modernidad residen en el incumplimiento de las promesas de ésta, que no han sido respondidas (o no podrían hacerlo) adecuadamente por la teoría crítica moderna (Sousa Santos, 2007)

Santos (2007) recuerda la posibilidad de múltiples alternativas de transformación, que corresponden con los múltiples rostros de la dominación y la opresión, y de donde surgen formas y agentes alternativos de resistencia. Es posible plantear la existencia de una dimensión de pensamiento crítico, aún moderno, si bien un tanto diferenciado de la observación realizada por Santos. Ello implica admitir que la teoría de Santos, en realidad, constituye una expresión de pensamiento crítico: un pensamiento que no cesa en la transformación, que llama a no sucumbir a la inmovilidad y, en su lugar, persistir en la conexión de la teoría con la realidad social, rechazando los mecanicismos, que el concepto alcance la realidad y esta a los conceptos. (Aricó, 2010) Santos (2007) al formular su postura no solo reconoce que se observa muy cercana a la teoría crítica moderna, sino que además advierte: “parto de ideas y concepciones, que siendo modernas, habían sido marginalizadas por las concepciones dominantes de modernidad” (:42). Entonces una postura crítica moderna, como la que se acaba de exponer, o una propia del posmodernismo de oposición que surge en Boaventura de Sousa Santos, lleva a principios de resolución similares en el debate y a la búsqueda de alternativas dentro de los límites de esta tesis.

Se habrá advertido que esta tesis puede inscribirse dentro de los estudios jurídicos críticos. Ello puede concluirse además, de cuestiones como la temática, el tipo de análisis, la metodología y la propuesta que pretende presentarse (Correas, 2008; García Villegas y Rodríguez, 2003). Se estudia un autoritarismo de corte estatal, que se ha expresado bajo la idea de criminalidad estatal

fundacional y reorganizadora. El sociólogo argentino Daniel Feierstein ha señalado que los genocidios como expresión estatal, coinciden bajo un sentido fundacional y otro reorganizador. (Feierstein, 2008) Esta última se arraiga como práctica social y encaja con el concepto de criminalidad de Estado que practica el derecho occidental, bajo su pretensión de Estado neutral que, en realidad, constituye un mito.

La concepción dentro de los estudios jurídicos críticos también alude al tipo de análisis que se emprende. Ha sido necesario verificar los consensos, contradicciones, agentes, intereses, en suma lo que, utilizando los términos de Wolkmer (2003), se oculta tras la estructura normativa tripartita del DPI de la CPI: Estatuto de Roma, Elementos de los Crímenes, y Reglas de Procedimiento y Prueba, como se abordará en el segundo y tercer capítulos. Ello permite reiterar en un proceso de deconstrucción, que la neutralidad del Derecho es una creencia. En tercer lugar, la metodología utilizada que no se limita a la disciplina jurídica, pues, como se comprende desde el inicio de la introducción, incluye herramientas desde otros órdenes como la ciencia política *e.g.* en la determinación del concepto de Estado, la sociología *e. g.*, al auscultar un proceso de selección de las víctimas del crimen de Estado; y la historia a través de una genealogía de los sujetos individuales y colectivos en el Derecho Internacional.

Trabajado de forma copiosa desde la sociología y la criminología, el concepto de Crimen de Estado es trascendente para el Derecho. Esta afirmación implica que desde una visión hegemónica, el Estado y el Derecho obedecen a una misma fuente de ejercicio del poder, y evidencia la aparente paradoja de que el Derecho siendo de creación estatal, pueda sustentar el procesamiento del Estado y sus agentes. Este debate se abordará en el primer capítulo donde, con el telón de fondo de la modernidad, se determinará y, de ser ello posible, se identificará, tanto el concepto de crimen de Estado para el Derecho, como la caracterización de sus víctimas. Se verificará su existencia ontológica, así como su reconocimiento por el Derecho dentro del escenario de contradicción, disputas y devenir, que signa la modernidad. Este último coincide con el momento de definición internacional de persecución de las distintas modalidades, bajo las cuales se expresa el crimen de Estado como crimen internacional. A partir de estos análisis, se

escudriñarán dos de los más destacados mitos del Estado moderno: el Estado como entidad neutral sobre intereses sociales, y los Derechos Humanos como límite al exceso de poder o dimensión hegemónica de los derechos humanos.

Las huellas de la criminalidad de Estado como desarrollo, se encuentran desde la configuración de la modernidad. En esta tesis se cuenta con dos polos históricos transversales que señalan esa edificación y su sostenimiento: El genocidio nazi y el concepto retomado por Chomsky (2005) de Nuevo Humanismo Militar como momento actual. Por esta razón, dentro del primer capítulo se aludirá a la criminalidad de Estado como el retorno del holocausto, y a este último como una especie intrínseca del Estado moderno, con mayor razón bajo el Nuevo Humanismo Militar, por lo que no es posible atribuirlo a la ideología del mal individual. Se finalizará el primer capítulo profundizando en tres de los extremos de la jurisprudencia interamericana, relativos a la criminalidad de Estado, en la medida que allí se incorporan algunos de los hallazgos relativos a la criminalidad de Estado como expresión bajo la sociología, y como concepto dentro del Derecho, esto es, como sistema de protección respecto de la violación de derechos que implica la criminalidad de Estado.

La identificación del crimen de Estado como desarrollo moderno, implicará indagar por el concepto mismo de modernidad por lo que no se restringirá a una identificación espacio temporal, sino a su caracterización como fenómeno, a un proceso que no ha sido uniforme, que se determina por el conflicto, y sigue en desarrollo, estableciendo sus principales características, como sus grandes promesas y el tratamiento propuesto desde el pensamiento crítico hacia el incumplimiento de estas. Para este efecto resultará de importancia contrastar la visión de soberanía en Bodino y Carl Schmitt por una parte y, por otra, la que emerge de los trabajos de Bobbio, la interpretación hegeliana de Bavaresco, y el contractualismo; pues permitirán establecer los límites que la modernidad ha impuesto a la configuración de la soberanía. Ello cobra mayor trascendencia cuando se considera que la razón instrumental como pilar de la modernidad capitalista, se expresa en la idea de soberanía y en su particular visión de la dignidad

y la libertad. Esta última será indagada a través de autores como Fromm, considerando su importante lugar dentro de la Teoría Crítica en particular y el Pensamiento Crítico en general.

Establecida la idea de soberanía y su vinculación con la modernidad, se definirá el surgimiento del crimen de Estado como categoría de protección de los derechos humanos, a través de la estructura de Correas (2006), conocida como el mito de los derechos humanos. Ello permitirá discutir si los derechos humanos han constituido un límite material, o un límite que debiese existir formalmente. Para lo cual se ofrecerá el contraste con uno de los argumentos que pretenderían desmontar dicha idea de la criminalidad estatal: la afirmación de una maldad individual, situación profundamente discutida por el pensamiento crítico, en particular por Bauman (2011) en *Holocausto y Modernidad*. Obtenida la identificación del crimen de Estado como fenómeno social, consistente en la protección de derechos humanos en términos generales, o el aspecto sociológico de dicha criminalidad; entrará a determinarse si su suerte depende del concepto de Derecho que se adopte y en particular, se indagará su caracterización como categoría jurídica a través de dos expresiones: como tecnología de poder, y como categoría jurídica en protección del principio de no discriminación. Finalmente, se contrastarán estos resultados con uno de los desarrollos de la criminalidad de Estado como sistema jurídico de protección de las violaciones de derechos humanos, que tiene una ubicación más histórica, asumiéndose en particular la prolífica jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como lo señala Zaffaroni (2011), el *contexto mundial actual*, caracterizado por un poder de concentración capitalista inmenso, que pone a prueba al Estado que pareciera debilitarse e incapacitarse para gestar reformas estructurales, demanda una nueva revisión. No puede ser menos ante la planetarización del poder que “amenaza con una dictadura global” (:16), sumada a las implicaciones en términos de Derechos del potencial tecnológico, el rápido deterioro de las condiciones del planeta, y la amenaza contra la vida. Ello también exige planteamientos desde la teoría jurídica, pues “la reacción que suscita la presencia descarnada del *enemigo de la sociedad* en el derecho penal es de carácter político, porque *la cuestión que plantea es –y siempre fue- de esa naturaleza*”. (:16)

En efecto, Pilar Calveiro (2012) actualiza la noción de criminalidad de Estado en este contexto global, corroborando la permanencia de elementos que la determinan, como la confluencia de un sistema represivo en la articulación de una red represiva legal y otra ilegal, similarmente gestionadas por el Estado según sus necesidades, que tiene como resultado que “*el Estado se fue prefigurando como Estado criminal*”. (:42) Por ello, en el segundo capítulo se revisará una de las complejas paradojas de la configuración del Derecho, con mayor incidencia a partir de la Segunda Posguerra: El acentuamiento de la criminalidad de Estado como práctica social, la respuesta a través de la construcción de un Derecho Internacional de índole individualista, y su transformación a instancias de las víctimas de crímenes de Estado como sujetos colectivos. Por ello, en dicho lugar se pondrá en evidencia la genealogía de la construcción de los sujetos bajo el Derecho Internacional, resaltando las implicaciones de la concepción del *homo aeconomicus* en la edificación individualista del Derecho, y de los derechos humanos como su especie. Esto exigirá aproximarse a las lógicas de construcción de la criminalidad de Estado como sistema de protección internacional de las violaciones, sintetizadas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La utilización del método genealógico permitirá una reconstrucción que no se limite a la sucesión de convenciones y declaraciones concernientes a los derechos humanos en el tiempo, e incluso clasificadas por materias como suele ser la aproximación a este escenario cuestión que, además, ha ayudado a entronizar la idea de derechos humanos *concedidos* y de diferente importancia. Se pretende advertir las coyunturas y transformaciones estructurales que columbraron en el reconocimiento normativo de los derechos, poniendo el acento en la determinación de su influencia por los sujetos colectivos. Se indagará por los constructos de empoderamiento del *homo aeconomicus*, las resistencias al mismo y las paradojas, para culminar en un análisis del régimen de responsabilidad internacional de los Estados como escenario de resistencia.

Estos debates resultan de interés considerando la dimensión individualista de los derechos, concebida de forma predominante por la hegemonía, y su paradójal proyección más allá del individualismo, a través de quiebres dignos de resaltar como el Programa de Acción de Viena, que subraya la necesidad de entender los derechos humanos en lógicas de universalidad, interdependencia e indivisibilidad. Estas consideraciones reclaman adicionalmente el análisis de la construcción de los derechos humanos como discurso universalista en su pretensión hegemónica, que se enfrenta con su desarrollo como movimiento social y con particularidades desde las subalteridades. Para tal efecto se observará, si es posible, advertir una construcción latinoamericana de los derechos humanos y, en general, de una construcción alternativa o contrahegemónica de los derechos humanos desde la subalteridad. Ello permitiría definir, en un futuro, un camino de transformación de la razón instrumental como definición epistémica del Norte Global.

También se observará la actualización de la modernidad en que consiste el Nuevo Humanismo Militar, donde se siguen condensando nuevas formas de ser humano (Villoro, 1992), y se expresan continuos debates relativos a la pugna entre individualismo y otras formas de poder colectivo y de lucha de clases (Berman, 1989 y 2004; Bauman, 2004; Echeverría, 2009). Ello exige implicar el surgimiento de la CPI en el contexto del Nuevo Humanismo Militar, como un segundo momento de acentuamiento de la criminalidad de Estado como práctica social, en el cual de nuevo, las víctimas de crímenes de Estado como sujetos colectivos han obtenido transformaciones centrales en el Derecho, como el tránsito de testigos a sujetos que participan activamente en los debates procesales. Ello refuerza la necesidad de configuración de una genealogía de la intervención de las víctimas como sujetos colectivos en la construcción del Derecho Internacional, lo que también permitirá observar los efectos de sus resistencias mediante el Derecho, no solo en la transformación de este mismo, sino en un nivel mayor, intentando superar el *homo aeconomicus* como patrón de comprensión de la modernidad capitalista.

El concepto de genealogía de Michel Foucault (2000) consiste en una forma de historia que expresa “la constitución de saberes, discursos, dominios de objetos, etc.”, (:136) por eso

constituye el saber histórico de las luchas, y de su utilización actual (1992). La genealogía se diferencia de la arqueología en que ésta describe los discursos como descripción de las prácticas en su manifestación y “define los sistemas de simultaneidad, lo mismo que la serie de las mutaciones necesarias y suficientes para circunscribir el umbral de una nueva positividad. (1968:8) Entonces, la arqueología remonta el acontecimiento como se expresa, pero determinando la modificación de las “configuraciones propias de cada positividad” (:233). Es por tanto un proceso de cotejo, que no tiene de manera necesaria un sentido de totalidad.

Identificada la actualidad de la criminalidad de Estado como expresión de la racionalidad instrumental y su interés para el Derecho bajo el mito del Estado ético y de los derechos humanos en el primer capítulo, el tercero determina las posibilidades de la CPI, ante uno de los debates más trascendentes en la lógica de vasos comunicantes entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el DPI: El tránsito o la complementación de estos sistemas en el procesamiento de esta criminalidad. Así, la responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos, materia general del DIDH, se convierte en asunto de debate cuando se considera la propia categoría de criminalidad de Estado como asunto tanto del DIDH como del DPI.

Los crímenes internacionales o *cores crimes* constituyen las violaciones más graves del derecho internacional (CDDHH, Chernichenko). La noción moderna de crimen internacional como establece Cassese (2008), alude a las violaciones de normas internacionales que implican responsabilidad penal de los individuos y que aglutina en dicho concepto: (i) las violaciones de las reglas de la costumbre internacional, (ii) así como reglas para proteger valores que se consideran valiosos para la comunidad internacional entera, (iii) el interés internacional en reprimir estos crímenes, y “if the perpetrator has acted in an official capacity, the State on whose behalf he has performed the prohibited act is barred from claiming enjoyment of immunity from the civil or criminal jurisdiction of foreign States”. (:11) Ello reitera uno de los primeros conceptos de DPI, esbozado en la década de 1980 por Bassiouni (1982), que permite subrayar su condición de elemento de sostenimiento hegemónico internacional:

(...) el Derecho penal internacional constituye la rama del sistema jurídico internacional configuradora de una de las estrategias empleadas para alcanzar, respecto de ciertos intereses mundiales, el más alto grado de sujeción y conformidad a los objetivos mundiales de prevención del delito, protección de la comunidad y rehabilitación de los delincuentes. Intereses sociales de alcance mundial, resultado de una común experiencia a lo largo del tiempo y reflejo de la existencia de ciertos valores compartidos que la comunidad mundial considera necesitados de un esfuerzo colectivo de cooperación y de coerción para asegurar su protección. El objeto de las prescripciones normativas del Derecho penal internacional consiste, por tanto, en delimitar las conductas específicas que se consideran atentatorias de un interés social de transcendencia mundial dado, para cuya protección parece necesaria la aplicación a sus autores de sanciones penales; sanciones impuestas por los Estados miembros de la comunidad a través de actuaciones nacionales o internacionales, colectivas y de cooperación. (:6 y 7)

El DPI se concibe como un sistema normativo por medio del cual se atribuye responsabilidad penal individual con reconocimiento internacional por crímenes internacionales. Concepto que desde luego resulta más restrictivo que el de DIDH. Al definir el DPI, Ambos (2004; 1999) concluye con fundamento en Triffterer, que es “el sistema penal de la comunidad internacional” (1999:94) y le vincula al Derecho Internacional Público en cuanto a los “*conceptos de aplicabilidad universal de las normas*” y los “*conceptos de responsabilidad individual*”, propios del Derecho Penal. La punibilidad internacional autónoma constituye una de las características centrales de la definición (Bernaes Ballesteros, 2006; Herencia Carrasco, 2006; Galaín Palermo, 2006; Otero, 2000) por lo que el DPI constituye el “*sistema penal de la comunidad internacional*” (Ambos, 2004:47).

Contemporáneamente el concepto de crimen internacional se establece a partir del artículo 5 del ER: crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión, (Bassiouni, 1987; Damgaard, 2008; Schabas, 2007) como los crímenes más abominables, de los cuales es víctima la comunidad internacional en su conjunto (Ambos, 2004b;

Chinchón Álvarez, 2007; Cryer, 2006; ICTY, Art. 1. ICTR, Art. 1; Schabas, 2007) y que observan el cumplimiento de los elementos internacionales o de existencia de un contexto de violencia organizada para su estructuración. (Cassese, 2008) En los crímenes de lesa humanidad consiste en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, en los crímenes de guerra, en un contexto del conflicto armado relacionado, de manera directa, con el hecho punible y, en el genocidio, en la intención genocida como dolo especial. (Cassese, 2008)

Si bien Schabas (2007) junto a Bassiouni (1982; 1997; 2008a) señala un concepto amplio de crímenes internacionales que permitiría se agrupen con crímenes transnacionales (esclavitud en todas sus formas, piratería, actos ilegales contra la seguridad en la navegación marítima y plataformas en altamar, etc.), el propio Schabas (2007) advierte que existe una decisión política de considerar a los primeros de importancia para el Derecho Internacional, lo que se edifica entre otros de las pretensiones prácticas de algunos Estados por soslayar su investigación, enjuiciamiento y sanción.

Dentro de estas variables se encuentran tanto la apariencia de un procesamiento en marcha sin pretensión de resolución, o el adelantamiento de juicios falsos. (Schabas, 2007) Esta postura se refuerza en Sánchez Legido (2003) quien entendiendo al DPI, incorporado en la grilla de la jurisdicción universal de Derechos Humanos, encuentra una criminalidad oficial compuesta por normas convencionales del DIH y del DIDH, una criminalidad transnacional y, finalmente, el terrorismo.

Ambos (2007) señala que el principio de jurisdicción universal puede materializarse en la piratería y el terrorismo internacional como amenaza a los intereses de seguridad del Estado; así como en el ER en relación con los crímenes más graves de trascendencia internacional. (Ambos, 2007:287) No obstante, como se recordará, la Fiscalía de la CPI, ha señalado que la jurisdicción de la CPI no se basa en el principio de la jurisdicción universal (OTP, 2012a), entendido por Pigrau (2009) como “la capacidad de un Estado de someter a sus propias leyes unos hechos respecto de los cuales carece de cualquier vínculo de conexión y la atribución a sus tribunales de la capacidad

(...) de conocer de los mismos” (:24) De esta forma, Pigrau (2009) encuentra la existencia de una obligación de ejercer la jurisdicción penal universal en relación con el DIH. La noción de crimen internacional también ha tenido aplicación en el procesamiento nacional de crímenes de Estado (Perú, 2009), aspectos sobre los que se retornará más adelante, pero uno de los aspectos más interesantes es que el propio nacimiento del Derecho Internacional implica la trascendencia del ámbito territorial de los Estados, así como de la nacionalidad de quienes son sus autores o víctimas en la persecución de determinados hechos punibles que se consideraron internacionales. (Sánchez Legido, 2003)

Por ello deben realizarse verificaciones diferenciales sobre, por ejemplo, el papel de la CPI en el procesamiento de la criminalidad de Estado en dichos países. Pero dicha constatación no puede implicar que el mundo solo pueda ser entendido de forma teórica (Masías, 2012; Lander, 2000), y solo bajo una específica visión teórica.

Como se anotó, esta tesis apuesta por la construcción/deconstrucción de la genealogía relativa a la incidencia de las víctimas de crímenes de Estado como sujetos colectivos en la construcción del Derecho Internacional. Entonces, el abordaje no se hace en lógica de causalidad, ni de monocultura del tiempo lineal (Sousa Santos, 2003, 2006 y 2010; *vid.* Habermas, 1999; Lander, 2000).

Se pretende reconstruir la verdad que se ha hecho residir en el discurso de poder que señala asuntos propios de un tipo particular de razón, de verdad y de Derecho, (Foucault, 1996 y 2012b) que ha pretendido trasladar en un universalismo hegemónico, lo que obedece a contextos determinados. Se busca una reconstrucción crítica que informe sobre el poder de Estado. Esta reconstrucción debe ser entonces transformadora como exigirían Horkheimer y Adorno (1998) en su discusión de la Ilustración, y lo corroboraría este último al proyectar su Dialéctica Negativa (Adorno, 1984) cuando advertía de la necesidad de transformar la razón para que pudiera hacerse el lugar de una praxis de emancipación.

Como ya puede advertirse, se actuará con fundamento en el modelo deductivo, genealógico y por deconstrucción. Por lo que se procurará la fijación preliminar de los horizontes epistemológicos manifiestos en los discursos oficiales y, las críticas a los mismos, para proceder a la proyección y ubicación en dicho horizonte de las distintas categorías de análisis, en curso a la deconstrucción del fenómeno observado. Esta cuestión plantea un interesante debate relativo al concepto de deconstrucción. Sustentado en la historia, la metáfora y la metonimia, Jacques Derrida (1986) le ha engendrado a partir de Heidegger, en alusión a la generación de nociones que en la realidad distan de la supuesta evidencia matriz:

(...) consiste, en efecto, en deshacer, en desmontar algo que se ha edificado, construido, elaborado pero no con vistas a destruirlo, sino a fin de comprobar cómo está hecho ese algo, cómo se ensamblan y se articulan sus piezas, cuáles son los estratos ocultos que lo constituyen, pero también cuáles son las fuerzas no controladas que ahí obran. (Peretti, 1998, s.p.).

Las posibilidades contrahegemónicas, en particular, en relación con las víctimas de crímenes de Estado y la realización de sus derechos en la CPI exige, en términos generales, el desmonte de la racionalidad instrumental. Esta racionalidad formal coincide con la racionalidad con arreglo a fines, o de determinaciones que permiten la calculabilidad y previsibilidad de las acciones, o la razón instrumental como pérdida de racionalidad (Horkheimer, 2003). Se han sintetizado múltiples confluencias entre la postura de la racionalización de Weber y la crítica de la razón instrumental que se desarrolla a partir de la Primera Escuela de Frankfurt con Horkheimer y Adorno. (Habermas, 1999).

En primer lugar, Weber (2002) advierte que no todas las acciones son sociales, por lo que no es suficiente que sea exterior, si “sólo se orienta por la expectativa de determinadas reacciones de objetos materiales” (:18), pero tampoco lo es la religiosa de contemplación u oración solitaria. Son ejemplos de acción social: la conducta íntima que se orienta por las acciones de otros, la actividad económica de un individuo, que tiene en cuenta la actividad de terceros. Así, la racionalidad con arreglo a fines, expresa una acción social determinada “por expectativas en el

comportamiento tanto de objetos del mundo exterior como de otros hombres, y utilizando esas expectativas como ‘condiciones’ o ‘medios’ para el logro de fines propios racionalmente sopesados y perseguidos”. (:20) Así, la institucionalización de la racionalización (exacerbación de determinada razón) con arreglo a fines equivale a la entronización del *homo aeconomicus* como se desprende de Weber (2002):

Los intereses en el mercado orientan su acción -que es "medio"- por determinados intereses económicos propios, típicos y subjetivos- que representan el "fin"- y por determinadas expectativas típicas, que la previsible conducta de los demás permite abrigar- las cuales aparecen como "condiciones" de la realización del "fin" perseguido. En la medida en que proceden con mayor rigor en su actuación racional con arreglo a fines, son más análogas sus reacciones en la situación dada; surgiendo de esta forma homogeneidades, regularidades y continuidades en la actitud y en la acción, muchas veces mucho más estables que las que se dan cuando la conducta está orientada por determinados deberes y normas tenidos de hecho por "obligatorios" en un círculo de hombres. (:24)

Las confluencias de Weber y la Primera Escuela de Frankfurt sobre dicha racionalidad, pueden sintetizarse a partir de Habermas (1999) en las siguientes ideas: (i) La racionalidad formal es la base de la cultura industrial. (ii) La pérdida de sentido se sustenta en un proceso de racionalización cultural. A partir de Horkheimer concibe la razón instrumental como razón subjetiva opuesta a una razón objetiva construida sobre una idea del sumo bien, de la consideración del destino humano y la forma de realizarlos. (tesis de la pérdida del sentido) (iii) La pérdida de libertad se soporta en un proceso de racionalización social, en particular, la ética protestante es la base cultural que reproduce la independencia personal y la individualidad. (tesis de la pérdida de la libertad). (*vid.* Peces-Barba, 1995)

Por ello se exige una revisión especial de la actualidad hegemónica bajo dos órdenes complementarios: la globalización y el Nuevo Humanismo Militar (Chomsky, 1998, 2005 y 2008), como se observa en el segundo capítulo. Con todo lo anterior, se procura generar una teoría de explicación sociojurídica de tratamiento diferencial de la criminalidad de Estado en la CPI, que va a iniciarse en el tercer capítulo, estableciendo sus notas diferenciales a través de tres

escenarios: el análisis de los reconocimientos que ya ha hecho la CPI sobre la intervención de las víctimas, evidenciando el carácter diferenciado de la criminalidad de Estado y postulando algunas de las transformaciones que se exigiría de parte del CPI, para que el procesamiento de crímenes de Estado como variable de la aplicación penal sobre los poderosos, tenga verdaderas potencialidades de transformación social, en específico para que esta criminalidad no se repita. Se trata entonces de una indagación desde la hegemonía, hacia la proposición de una contrahegemonía, como lo resaltarían Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito (2005):

Hegemony scholars, in turn, draw on a rich tradition of critical social theory of law - from Marx to Bourdieu and Foucault -to show the contribution of law to the resilience and pervasiveness of domination within and across borders. Nevertheless, as explained later on, in emphasizing the moment of hegemony they sideline the moment of counter-hegemony, which at least since Gramsci has been at the core of critical social theory. (:6)

Por ello esta investigación tiene una decidida naturaleza cualitativa que, si bien no riñe en términos de complementariedad con el tipo cuantitativo, el objeto de estudio no admite actualmente abordajes de esta última estirpe, porque si bien se han reconocido las posibilidades de actuación de víctimas en situaciones y casos de la CPI, se siguen desarrollando las líneas generales de su participación y, además, aún no se ha establecido por la CPI como criterio diferencial, la pertenencia al universo de víctimas de la criminalidad estatal, como se abordará en el tercer capítulo. En virtud de ello, predominarán las técnicas de investigación de reconstrucción histórica, análisis socio-crítico de textos, contraste de textos frente a las fuentes de producción, observación, entrevistas y, conocimiento personal de la investigadora.

Aquí también se comprende la posibilidad de que las rendijas en el DPI puedan construir elementos de resistencia y de reformulación de un escenario hegemónico como el Derecho Internacional, por lo que también se trata de una tesis de índole proyectiva. De conformidad con ello, jurídicamente se obviará el método hermenéutico, para priorizar la dogmática y la semiótica jurídicas, precisamente porque se está en busca del sentido social de las instituciones

involucradas, y su ubicación en el sistema jurídico internacional; más que definiciones agotadas en los conceptos y en el sentido estrictamente vinculado a ellos.

En efecto, Foucault (2000c) advierte que como instrumento, la teoría ausculta, reflexiona y busca transformar una lógica determinada de relaciones de poder y de sus luchas. Desde otra tradición Adela Cortina (1995) señala con sustento en Habermas, que la teoría nace con sentido crítico y emancipatorio, y propugna por una “filosofía práctica crítica y liberadora, ya que orienta la acción humana”. (:31)

Así, el sostenimiento de la criminalidad de Estado puede explicarse a través de la sujeción de las estructuras centrales de la modernidad, como puede explicarse a través de los paradigmas de la modernidad en Boaventura de Sousa Santos (2000) en virtud de su posmodernismo de oposición. Señala el autor que la triada que conforma el pilar de la regulación en el paradigma de la modernidad, se constituye por el principio del Estado en su variante hobbesiana, o la “*obligación vertical entre ciudadanos y Estado*” (:52), así como los principios de mercado (Locke y Adam Smith) y de comunidad (2000 y 2001). El pilar de la emancipación se enfrenta al de la regulación, bajo las lógicas de racionalidad weberianas (estético-expresiva de las artes y la literatura), la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia y de la tecnología, así como la racionalidad moral-práctica de la ética y del derecho (Sousa Santos, 2000). De acuerdo con ello, aludir a los crímenes de Estado en relación con el DPI, exige discutir dos categorías de los pilares del paradigma de la modernidad, y una conexión con la comprensión sociohistórica de los derechos humanos, o en términos de Santos (2010), de los derechos humanos entendidos como “globalización desde abajo”. (67)

Con base en el escrutinio se aplicará el análisis crítico, entendiendo por tal llevar las significaciones a sus límites de saturación operativa, y a la verificación de la hipótesis manifiesta en una alternativa de interpretación; lo que se corroborará en la pretensión de elaboración de una investigación propositiva al momento de exponer las conclusiones. Así, en el capítulo tercero, se revisará la necesidad, potencialidad y posibles efectos de un tratamiento diferencial de los

crímenes de Estado en la CPI, en particular para la apertura de una investigación. Con ello se llega en el capítulo cuarto a la construcción de una propuesta que pretende ser jurídico-alternativa en un escenario hegemónico, en la actualidad, como el de la CPI. Por ello, se busca dar lugar a una dialéctica de reconstrucción para viabilizar alternativas (García Villegas y Rodríguez, 2003). En esta medida, el escenario a discutir no es por ahora la transformación de un espacio por otro, sino el acceso al mismo bajo lógicas que reconocen su surgimiento hegemónico, pero que puede permitir un reconocimiento de posibilidades contrahegemónicas.

Desde luego, ello no implica un llamado a la inmovilidad, o a simplemente soportar estas estructuras jurídicas hegemónicas sin más. Se pretende invitar a reconocer teóricamente las posibilidades de resistencia que puede ofrecer un Derecho construido como instrumento de dominación. Es decir, ingresar por sus resquicios, como ha sido un mecanismo previamente utilizado por los movimientos de derechos humanos del mundo.

Capítulo 1

La Criminalidad Estatal y sus víctimas: Conceptos de moderna construcción

Tanto la creación como la destrucción son aspectos inseparables de lo que denominamos civilización. (Bauman, 2011: 30)

La modernidad como concepto eurocéntrico es un momento histórico y un proceso de donde emergió el Estado como forma política, que como unidad superior integró los poderes feudales y estamentales (Gala, 1997). Esta afirmación exige aclarar con Enrique Dussel (2000), la existencia de dos tipos de modernidad. El modelo regional o eurocéntrico, corresponde a la opinión hegemónica, a cómo se interpreta la Europa moderna. Esta modernidad consiste en una emancipación de la inmadurez a partir de la razón. La segunda visión de la modernidad lo es en sentido mundial, un mundo moderno que se expresa como centro de la historia: “la ‘centralidad’ de la Europa latina en la Historia Mundial es la determinación fundamental de la Modernidad”. (:46) Es necesario indagar por esas modernidades, donde se fraguó el destino de ser humano moderno, como señaló Michel Foucault (2012). Donde el Estado se adecuó con los principales atributos por los que ha sido reconocido: una soberanía ejercida en un espacio territorial, político y que expresa concretas idealidades. Pero al tiempo, la modernidad es un proceso cargado de ambigüedad, (Bauman, 1996) como se explicará.

En el marco de la modernidad, el de crimen de Estado es un concepto bajo fuego en la actualidad. Entre otras razones porque su noción jurídica dependerá del concepto que se asuma sobre el Derecho en esa modernidad, (Tugendhat, 1992) y porque la contemporaneidad neoliberal, y en particular el Nuevo Humanismo Militar continúan su proceso de transformación como ha tenido lugar desde el origen del Estado y el Derecho. En ese contexto, el concepto de criminalidad de Estado se construye por los Estados acatando la concepción de espejismo del Estado ético (*infra* cap. 1. secc. 2, 1). Esto explica la aparente contradicción que subyace al considerar que los productores del Derecho puedan reconocer que de manera eventual ellos mismos incurren en dicha criminalidad, (Da Silva Filho, 2012; Rothe, 2009) cuando el Derecho

constituye un mecanismo de control social (Sandoval Huertas, 1979 y 1985) y la violencia de Estado es un método de control social. (Bartolomé Ruiz, 2011)

Reconocer la existencia del crimen de Estado, plantea limitaciones a una idea amplia de soberanía. Ello también exige interrogar por las posibilidades de índole político-normativa de la idea de soberanía nacional limitada, en relación con un Derecho Internacional en construcción y diálogo con la política internacional. Esto obliga a reconocer la modernidad como concepto, desentrañar si se encuentra en crisis, o si ha arribado a un escenario diferencial. De ahí que deba revisarse el difícil concepto de la modernidad, verificar la existencia sociológica del crimen de Estado, y su tratamiento por el Derecho, con especial atención en el manejo del concepto bajo el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, como escenario de reflexión del Derecho sobre la idea de soberanía estatal en cuanto limitación.

Es esta, por tanto, una nueva aproximación al concepto de crimen de Estado, pues se hace desde una comprensión sociojurídica, aun cuando, por supuesto, no desconoce el interés particular que el concepto ha despertado, *e.g.* para la criminología. En corroboración de ello, José Carlos Moreira Da Silva Filho (2012) resalta que la criminología inició estudios más específicos sobre los crímenes de Estado en la década de 1970. Hacia finales de 1980 y principio de la década de 1990 los esfuerzos investigativos se dirigían a determinar si el sujeto de dicha criminalidad era un individuo o el Estado, y cuáles eran los estándares que debían comprenderse para su definición. (Da Silva Filho, 2012) Esta investigación determinará el concepto de crimen de Estado para el Derecho en el contexto de la modernidad, como un elemento central para la exploración de un tratamiento diferencial de este tipo de criminalidad en la CPI.

Por estas razones, otra de las cuestiones basales a indagar en el escenario de la criminalidad de Estado y su vinculación con el DPI bajo el actual momento del Nuevo Humanismo Militar, es el tipo de relación que subyace entre el crimen de Estado como concepto del Derecho y la modernidad. Ello implica reconocer que si bien históricamente han existido múltiples dimensiones de ejercicio del poder, el de la modernidad, que coincide con el

surgimiento de la figura política denominada *Estado*, tiene características específicas que han viabilizado la criminalidad de Estado como un proceso intrínseco, como una de sus funciones.

Sección 1. Modernidad como concepto y Modernidad como crisis: ¿Lucha de soberanías?

Ser modernos es encontrarnos en un entorno que nos promete aventuras, poder, alegría, crecimiento, transformación de nosotros y del mundo y que, al mismo tiempo, amenaza con destruir todo lo que tenemos, todo lo que sabemos, todo lo que somos. (...) Pero es una unidad paradójica, la unidad de la desunión: nos arroja a todos en una vorágine de perpetua desintegración y renovación, de lucha y contradicción, de ambigüedad y angustia. Ser modernos es formar parte de un universo en el que, como dijo Marx, “todo lo sólido se desvanece en el aire” (Berman, 1994:1).

Como se advirtió, es preciso estimar algunas de las características que permitan advertir la criminalidad de Estado como fenómeno en el contexto de la modernidad, que con posterioridad permitan aclarar el sostenimiento de esa modernidad y la vinculación del concepto de crimen de Estado con el Derecho. Esto además se suma a la necesidad de sentar las bases para discernir la incidencia que pudiera alcanzar un tribunal penal internacional permanente. Dos discusiones permitirán determinar las posibilidades de la actuación de un tribunal penal internacional de carácter permanente frente a la criminalidad de Estado. La primera se refiere a la caracterización de la soberanía como una construcción moderna que se configura como limitada, y la segunda es relativa a las condiciones bajo las cuales los derechos humanos han consistido, o pueden constituir un límite a la soberanía. Ello implica considerar, a su vez, que los derechos humanos también constituyen un constructo de la modernidad, (Jelin, 1996; Papacchini, 1997) por ello, a partir de estas reflexiones, podrá discernirse si se asiste a una crisis del concepto de modernidad, o, si por el contrario, la crisis es un atributo de la modernidad como fenómeno.

1. La modernidad como proceso y su devenir.

We live in times marked by a profound disorientation, and a perplex reorientation towards the world and its, our future. Many a leading thinker renegotiates her cognitive counters:

wether they be the end of ideology, the end of history, the end of politics. The more valiant amongst us have moved suddenly and swiftly from a worship of plural, heterogeneous world to an obscene sycophancy of a unipor world and encouraging the process whereby the dreams of a solitary superpower threaten to become the nightmare for the world of nations, especially the South. How else do we understand the possibility of near-universalization of McCarthyism even in the land of Lenin? How is it that our languages, and with these those, our visions of the world, seem to have been so irrecoverably transformed? (Baxi, 1992:3 y 4)

La modernidad no se limita a constituir un momento histórico en su variante eurocéntrica, pues también implica una forma de pensamiento, conducción y transformación que se expresa frente a un pasado, y no ha sido de unívoca comprensión. (Echeverría, 2009; Villoro, 1992)

Por ello no debe confundirse, a pesar de su cercanía conceptual, con la rama europea de la modernidad, cuyo proyecto ha sido frustrado. Desde Echeverría (2009), a finales del siglo XIX, se reencuentran las ramas europea y norteamericana de la modernidad, separadas desde el siglo XVII. La primera buscaba “cumplir la meta histórica de la modernidad capitalista: la subsunción o el sacrificio del principio básico y fundamental de la forma natural de la vida, bajo la forma de la acumulación”. Esta modernidad fracasó por las múltiples resistencias que afloran con fuerza a partir de la Revolución Francesa. La modernidad norteamericana presenta la ilusión del sueño americano, expresando una forma de vida puesta a disposición de la humanidad, pero que en realidad se ha puesto en exclusivo al servicio de la acumulación del capital, determinando que el ser humano es prescindible. (Echeverría y Rojas, 2012, minuto 12:35 ss)

Entonces, aludiendo a la modernidad como concepto general, unas posturas la ubican en los inicios del siglo XVI; si bien existe consenso en identificar que la Revolución Francesa fue el momento donde resurge con mayor fuerza. Bolívar Echeverría (2009) sintetiza múltiples ubicaciones históricas que se han querido dar a la modernidad, como la llegada del siglo XX, el renacimiento, el *descubrimiento* de América por Europa, y la revolución industrial. También

alude a otra modernidad en la época antigua de occidente con sustento en Horkheimer y Adorno quienes la sintetizan en las figuras de Prometeo y Odiseo. (Echeverría, 2009) El autor mexicano-ecuatoriano la determina con la llegada de la revolución tecnológica del siglo XI, donde surge como posibilidad que “la sociedad humana pueda construir su vida civilizada sobre una base por completo diferente de interacción entre lo humano y lo otro o ‘natural’, sobre una interacción que parte de una escasez sólo relativa de la riqueza natural (...)”. (Echeverría, 2009:17; Villoro, 1992) la entiende como “una época de la historia de Occidente que sucede a la Edad Media, como la forma de vida y de pensamiento propios de esa época”. (:8)

Lo que resulta innegable es que para el siglo XX, la modernidad se habría expandido: *“para abarcar prácticamente todo el mundo y la cultura del modernismo en el mundo en desarrollo consigue triunfos espectaculares en el arte y en el pensamiento”*. (Berman, 1989:3; Villoro, 1992) Es por tanto necesario revisar sus características, rasgos y transformaciones.

Las transformaciones a instancias de la modernidad, pueden sintetizarse en un sentido de novedad que anuncia cambios con cierta tendencia a la permanencia o a la variabilidad (Villoro, 1992) y que se alimentan de diversas formas: con el desarrollo de las ciencias físicas y la industrialización de la producción, mediante alteraciones demográficas, con el crecimiento urbano (Bauman, 2004; Echeverría, 2009; Villoro, 1992) *“rápido y a menudo caótico”* (Bauman, 2004), el surgimiento de los sistemas de comunicación de masas (Berman, 1989), la política internacional y la democracia como discurso político estandarte. La existencia de Estados con sus poderes en expansión, los movimientos sociales y un mercado capitalista mundial en drástica dilatación y fluctuación, también ha contribuido al cambio. Todos estos procesos modificaron las imágenes del universo y del lugar de la humanidad en él, como se explicitará más adelante (*infra* cap. 2), ello ha tenido lugar creando nuevos entornos humanos; condensando una “figura del mundo”, una nueva forma de ser humano (Villoro, 1992:8) No en vano Villoro (1992) adscribe los rasgos de la modernidad a una creencia nuclear: “el sentido de todas las cosas, incluido el del hombre mismo, proviene del hombre”. (:91) Asimismo, han surgido transformantes formas de poder colectivo y de lucha de clases. (Bauman, 2004; Berman, 1989, 2004; Echeverría, 2009).

Entonces la modernidad es proceso (Bauman, 1996), y como resaltaría Bolívar Echeverría, (2009) también es un conjunto coherente o estructurado de comportamientos, que sustituyen otros considerados obsoletos por su incompatibilidad con la configuración del mundo previamente establecida, lo que no implica un abandono absoluto de la configuración anterior, sino su instrumentalización. (Villoro, 1992)

La modernidad ha postulado la liberación de la escasez y la eliminación de la autoridad no consentida, (Gallardo, 2006), la emancipación humana (Villoro, 1992), a través de sus tres grandes promesas: de la libertad, de la igualdad, de la paz perpetua, y de la dominación de la naturaleza (Sousa Santos, 2005). La oferta, aún no cumplida (Sousa Santos, 2003), ha implicado la masiva separación de personas de su hábitat ancestral, el aceleramiento del ritmo general de la vida, la reconcepción de la familia y de la política internacional. Ha tenido lugar una transformación de las condiciones de existencia humana, con claros efectos en la labor y el trabajo, en la acción (Orjuela Escobar, 2012), así como en la relativización de los espacios terrestre y culturales (Villoro, 1992) Al punto, que con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se ha construido una especial y violenta forma de desarrollo occidental, de enormes dimensiones. (Rajagopal, 1999)

Debe aclararse en este contexto que Boaventura de Sousa Santos se ubica en un posmodernismo de oposición al considerar el incumplimiento de las promesas de la modernidad. Estima que la promesa de la dominación de la naturaleza en realidad se verificó “de manera perversa”. (Sousa Santos, 2003:27 y 2005) El posmodernismo de oposición de Santos encuentra que la modernidad no puede realizar sus promesas, (Sousa Santos, 2003, 2005, 2007, 2009 y 2009a) y exige una redistribución para que se presente el reconocimiento (2009a). Se distancia del posmodernismo celebratorio en que las posturas de este último, al “centrarse en la deconstrucción y la exaltación de la contingencia, abandonan la tarea de pensar alternativas a lo que se critica” (Sousa Santos, 2007:15 y 2009a). El posmodernismo de oposición tiene coincidencias con el poscolonialismo, pero Santos se distancia del último pues: (i) la relación colonial es una de las relaciones de poder desigual que fundan el capitalismo moderno, como el

racismo, (Quijano, 1999) el sexismo y la explotación de clase; pero no es la única; además, (ii) el análisis de la cultura no puede soslayar el de la economía política; (iii) y, finalmente, el poscolonialismo se limita a una observación del mundo desde una única posición binaria: lo colonial y lo poscolonial. (Sousa Santos, 2009a)

Entonces, además de proceso, la modernidad es un conjunto de paradojas (Echeverría, 2009; Habermas, 1999), que surge a la par “de la disolución de vínculos sociales basados en el parentesco directo o las matrices simbólicas tradicionales” (Žižek, 1999):

Puede decirse, entonces, que en su versión capitalista -que proveniente de Europa se ha impuesto en el planeta-, la modernidad, esto es, la revolución civilizatoria en la que se encuentra empeñada la humanidad durante esta ya larga historia, sigue una vía que pareciera haberla instalado en un regodeo perverso en lo contraproducente, en un juego absurdo que, de no ser por la profusión de sangre y lágrimas que ha costado, parecería llevarla, como en una película de Chaplin, a subir por una escalera mecánica que funciona en la modalidad “descenso” (y que es más rápida que ella). (Echeverría, 2009:27)

El reconocimiento de sus paradojas no permite desconocer la estructura de la modernidad. Los pilares de la modernidad capitalista pueden sintetizarse en la construcción y acción de una razón instrumental, que se expresa en estructuras como la soberanía nacional, así como en una concepción individualista de la libertad y de la dignidad que usa al denominado interés general como contención. (Sánchez, 2001a) Para Beatriz Sánchez (2001a) los pilares de la modernidad se constituyen por las categorías de sujeto, el principio de la igualdad y el interés general, y se han visto afectados por el multiculturalismo. El concepto de sujeto individual se ha disputado con el de sujeto colectivo, la igualdad se reinterpreta bajo una perspectiva material, y el principio de interés general se transformó para dar cabida a “los intereses particulares de los grupos minoritarios”. (:24) Sobre esta temática y sus implicaciones en la construcción de una genealogía de los sujetos del Derecho Internacional al Derecho Penal Internacional, se ocupará el segundo capítulo. Desde luego, ya se advierte que dichas expresiones dependen de la ruta y el estadio de la modernidad de que se trate, lo que condiciona la visión y el impacto del Derecho y sus

condiciones de aplicación hegemónica. En efecto, a propósito de la existencia de una América Latina, Ackerman (2005) encuentra matices de conformidad con “los diversos grados de influencia que han tenido las culturas invasoras en cada uno de los hoy distintos países y, aun, a las diferencias dentro de cada país (...), se suma que el llamado descubrimiento de América se tradujo en algunos casos en un predominio de la conquista (...), en tanto que en otros la colonización prevaleció sobre aquella (...)”. (:4)

El carácter adaptativo de la modernidad capitalista, implica que no ha constituido ni una etapa ni un proceso uniforme. (Bauman, 2004; Villoro, 1992) Esto puede ser observado a partir de la idea de las diversas expresiones de la modernidad, como en relación con los mecanismos y formas de ingreso a la modernidad. En el primero de los sentidos, Bauman aclara la existencia de varios estadios de “liquidez” moderna (usando su metáfora de la fluidez como adjetivo y como proceso de la modernidad). En la actualidad, se observaría el momento de la modernidad líquida, o en términos de Ulrich Beck citado por Bauman (2004), una segunda modernidad o la “modernización de la modernidad”, donde se redistribuyen y reasignan los poderes de disolución. Este es un sentido diverso del habermasiano, que comprende la necesidad de una nueva modernidad, como una expresión de la necesidad de búsqueda de corrección de sus errores (Habermas, 1993).

En el segundo sentido, los contrastes de la modernidad en países como Colombia, no han debilitado *e.g.* el poder de Estado y su entidad no neutral, pues se observa: “una historia estatal de dominación y exclusión social en el cual el atropello y la felonía, en beneficio de las oligarquías nacionales, ha sido la regla”. (Sousa Santos y García Villegas, 2001:xxi) Evidencia de ello se encuentra en el desarrollo actual del DPI. No deja de ser sugestivo reconocer *e.g.* que la CPI, haya tenido aplicación en situaciones y casos relativos a Estados aún en tránsito a la modernidad, como las diferentes actuaciones en África. Esto resalta igualmente, el carácter adaptativo de la modernidad capitalista y de sus estructuras hegemónicas, que se atempera con el sostenimiento de la soberanía y el individualismo como elementos basales.

Calificativos como Proyecto a futuro (Masías Núñez, 2012), proyecto inacabado (Habermas, 1999), o proyecto incompleto (Echeverría, 2009), orden y caos como gemelos modernos (Bauman, 1996) confirman la naturaleza de devenir de la modernidad, por oposición a las relaciones de fijación en referencia a un centro (político y espiritual) a partir de la específica concepción espacio-temporal que tuvo lugar con anterioridad al Renacimiento (Villoro, 1992). Este devenir se sitúa en el campo de las posibilidades humanas, en el hecho de que el ser humano se expone al riesgo de perder su libertad, por lo que se le ofrecerá una tendencia a buscar condiciones fijas. (Villoro, 1992) De nuevo la paradoja: la libertad como instrumento de ubicación en las nuevas celdas, las propias de la modernidad, mientras se sostiene el devenir. En la *Dialéctica de la Ilustración*, Horkheimer y Adorno (1998) llaman la atención sobre las limitaciones de esa nueva visión de libertad:

Hoy, la industria cultural ha heredado la función civilizadora de la democracia de las fronteras y de los empresarios, cuya sensibilidad para las diferencias de orden espiritual no fue nunca excesivamente desarrollada. (...) Pero la libertad en la elección de la ideología, que refleja siempre la coacción económica, se revela en todos los sectores como la libertad para siempre lo mismo. (...) la entera vida íntima, ordenada según los conceptos del psicoanálisis vulgarizado, revela el intento de convertirse en el aparato adaptado al éxito, conformado, hasta en los movimientos instintivos, al modelo que ofrece la industria cultural. Las reacciones más íntimas de los hombres están tan perfectamente reificadas a sus propios ojos que la idea de lo que les es específico y peculiar sobrevive sólo en la forma más abstracta: ‘personalidad’ no significa para ellos, en la práctica, más que dientes blancos y libertad frente al sudor y las emociones. Es el triunfo de la publicidad en la industria cultural, la asimilación forzada de los consumidores a las mercancías culturales, desenmascaradas ya en su significado”. (:212)

Esa libertad, que termina en la escogencia de todos, se sintetiza apropiadamente por Fromm (1962) cuando subraya que el ser humano moderno se ubica: “en una posición de la que mucho de lo que *él* piensa y dice no es otra cosa que lo que todo el mundo igualmente piensa y dice”. (:136) En síntesis: “La modernidad se enorgullece de la *fragmentación* del mundo como su

realización principal, este es el primer foco de su vigor”. (Bauman, 1996:87) Esta fragmentación surge, por tanto, del devenir de la modernidad, constituye uno de sus dispositivos de poder y como advierte Berman (1989) hace que los códigos y reglas sean cada vez más escasos, hasta llegar a un proceso de licuefacción que se trasladó del sistema al micronivel social. El resultado es un individuo sobre el cual recaen los pesos de la construcción y el fracaso de las pautas. (Berman, 1989) Todo ello, no obstante, mantiene el estado de permanente devenir de la modernidad, aun cuando acentuado, al punto que en la actualidad la humanidad ya no hace contacto con las raíces de la modernidad. (Berman, 1989)

Habermas (1993) reconoce la modernidad como un proyecto inacabado, cuya razón se encuentra separada de forma sustantiva, en tres esferas autónomas: la ciencia, la moralidad y el arte. En *El discurso filosófico de la modernidad*, aborda las dos primeras, concluyendo la necesidad de reconstruir una nueva ilustración, que teniendo como base normativa a los derechos humanos, corrija los fallos de la modernidad (1990). Echeverría (2009) lo critica, sosteniendo que el carácter inacabado del proyecto moderno se refiere a contenidos más amplios: “Es como si algo en ella la incapacitara para ser lo que pretende ser: una alternativa civilizatoria ‘superior’ a la ancestral o tradicional”. (:13) Este devenir coincidiría con la descripción de la actual modernidad como un sistema donde los sólidos, esto es, los vínculos entre las elecciones a título individual y los proyectos y acciones desde el colectivo; se están derritiendo: tanto “la modernización de la modernidad”, como sus poderes de disolución siguen en permanente redistribución. (Bauman, 2004:12)

Como se advierte, y subraya Echeverría (2009), la modernidad está signada por el conflicto. Este subyace a los fenómenos que sintetizan su voz: La “técnica científica y su pretensión de dominio, la secularización de lo político y el individualismo”. (:8) Además de ellos, como advierte Enrique Serrano (2009) su determinación central es la conjunción entre la revolución técnica y el mercado, a lo que se agrega con Villoro (1992), el concepto de historicidad humana, esto es, la construcción social de un sentido sobre el decurso histórico.

Rousseau, el primer autor en utilizar la palabra *moderniste*, fue un hombre de profundos conflictos (Berman, 1989), que emanaban de la tensión entre su propia vida y las condiciones sociales de la época. El conflicto continuó durante el siglo XIX como lo reporta Marshall Berman (1989):

De hecho, dice Marx, “la atmósfera en la que vivimos ejerce sobre cada uno de nosotros una presión de 20.000 libras (pero) ¿acaso la sentimos?” Uno de los objetivos más urgentes de Marx es hacer que la gente “la sienta”; ésta es la razón por la que sus ideas están expresadas en imágenes tan intensas y extravagantes –abismos, terremotos, erupciones volcánicas, aplastante fuerza de gravedad- imágenes que seguirán resonando en el arte y el pensamiento modernista de nuestro siglo. Marx continúa: “Nos hallamos en presencia de un gran hecho característico del siglo XIX, que ningún partido se atreverá a negar”. El hecho fundamental de la vida moderna, tal como Marx la experimenta, es que ésta es radicalmente contradictoria en su base. (:5 y 6)

En la conexión entre la técnica científica y la secularización de lo político, el individualismo sintetiza la realidad humana moderna (Echeverría, 2009), y se inoculara a través de un particular discurso de la libertad. Se concibe que el ser humano “es lo que se hace, es por lo tanto fundamentalmente libertad” (Villoro, 1992:32). Se trata de un ingreso que tuvo lugar con anterioridad a la modernidad, como destaca Erich Fromm (1962) al señalar que las teorías religiosas de la Reforma, mostraban un sentimiento de aislamiento del individuo “empujándolo hacia nuevos tipos de sumisión y hacia actividades irracionales y de carácter compulsivo” (:134). Entonces, el “proceso de crecimiento de la libertad” (:135) tiene un sentido dialéctico que se que se profundizó en el desarrollo de la sociedad capitalista, por lo que el protestantismo preparó al individuo para su rol en el sistema industrial moderno. Un nuevo aumento de la libertad generó nuevas especies de dependencia (From, 1962), por lo que la modernidad capitalista es un sistema que moldeó la personalidad humana, generando un individuo cada vez más desamparado y por lo tanto, dependiente. (From, 1962)

Ese nuevo modelo de libertad respondió a una sociedad estamental que en el Antiguo Régimen intentaba sostener una jerarquía social, pretextada ideológicamente como natural.

(Echeverría, 2009; Fioravanti, 1996; Peces-Barba, 1995; Villoro, 1992) Lo que en el antiguo régimen constituía la naturalización ideológica de los órdenes sociales, en la modernidad se transformó en una naturalización ideológica, presentada como si tuviese un fundamento científico. Entonces, la sociedad se considera una creación libre de la humanidad, pues no pertenecería al orden de la naturaleza. A partir de allí el contractualismo señaló el Estado como una creación humana, racional, que supera el Estado de naturaleza. Este modelo de libertad también permitió que la burguesía se alzara de la mano de la ética de la gracia, y difundiera el comercio. (Echeverría, 2009; Fioravanti, 1996; Peces-Barba, 1995; Villoro, 1992) A partir de este rasgo se desprende una concepción individual de la dignidad humana, el carácter inviolable de la libertad y el ideal de la realización humana plena.

Entonces, el tránsito a la modernidad implica la liberación y reemplazo de unas celdas por otras (de estamentos a clases), (Fromm, 1962; Villoro, 1992) donde la libertad se instrumentaliza con sentido de ubicación y establecimiento en el espacio asignado, pero en lógica de devenir, pues se proyecta en el mundo de la cultura (Said, 1996; Villoro, 1992). Es decir que la vulnerabilidad como el debate entre la siempre presente opción por la dependencia y las posibilidades de resistencia, es sinónimo de la libertad en la modernidad capitalista. Ello se corrobora por Fromm (1962), quien observa que la modernidad afecta al individuo de una forma contradictoria: a través de la independencia, lo muestra más crítico, y por medio del aislamiento le vuelve dependiente. Por ello advierte que comprender estos extremos, permite conocer el problema de la libertad. El entronque entre las dos posturas, es una concepción individualista del ser humano y de la sociedad en donde se desenvuelve. En la experiencia de la vulnerabilidad como expresión de la libertad en la modernidad también confluyen Berman (1989) quien la extrae a partir del torbellino social rousoniano y el sentido moderno de orfandad; así como Bolívar Echeverría (2005) al aludir a la vulnerabilidad de Walter Benjamin que condensa la conexión de la modernidad con el antiguo régimen, y el lugar de devenir en el ser humano:

En este sentido, su indefensión es activa, no pasiva; no es una indefensión sufrida sino provocada por él mismo. Expresa una afectividad militante pero ambivalente ante una realidad global, sintetizadora de todas las realidades particulares que pueblan el

horizonte de su experiencia; una realidad que él percibe a un tiempo como fascinante y amenazadora, como deseable y repulsiva, y en la que no es posible distinguir con claridad dónde termina lo uno y dónde comienza lo otro. Esta realidad a la que, siguiendo precisamente a Baudelaire, hemos dado en llamar modernidad y que él intentará descifrar a lo largo de toda su obra, especialmente en esa tour de force de la escritura en torno a Los pasajes de París. (:8)

Como se entendió que la práctica producía el mundo, la historia también perseguiría “los fines de la emancipación humana” que el ser humano le proyecta. (Villoro, 1992:88) Se observa así una humanidad sometida “a las regulaciones y rangos de la sociedad antigua” pero que también “depende de la función que de hecho, cumple en la sociedad”, es decir, que se determina a través de su acción. (:21) Ello mantiene las posturas contradictorias del ser humano en la modernidad: como un pequeño mundo, contiene “todos los órdenes del universo”, (:25) y su sentimiento de orfandad, de desorientación: “No es fácil orientarse en un mundo que ha perdido su centro” (:23). Este individualismo moderno ha tenido una fuerte impresión en la construcción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en el procesamiento de los crímenes de Estado. Sobre este tema se retornará al discutir la genealogía de los sujetos en la construcción del Derecho Internacional y del DPI.

Desde luego, la concepción de la ciencia bajo la modernidad, en tanto razón ilustrada y como función social, continúa bajo la contradicción y el devenir, “*refleja las contradicciones de la sociedad*”, por lo que está sujeta al aparato social (Horkheimer, 2003:230). La modernidad es el proyecto que ve en el conocimiento, un instrumento humano. (Masías Núñez, 2012) El mundo es un objeto para la humanidad, su intelecto y sus posibilidades de transformación (Villoro, 1992), por eso el ser humano busca imponerse al mundo, dominar. De allí se generan dos cuestiones: En primer lugar, una dominación de carácter eurocéntrico que impone una determinada realidad planetaria, tachando la diferencia, (*infra* cap. 3) como lo señala Edgardo Lander (2000):

Este metarrelato de la modernidad es un dispositivo de conocimiento *colonial* e *imperial* en que se articula esa totalidad de pueblos, tiempos y espacio como parte de la organización colonial/imperial del mundo. Una forma de organización y de ser de la sociedad, se transforma mediante este dispositivo colonizador del saber en la forma “normal” del ser humano y de la sociedad. Las otras formas de ser, las otras formas de organización de la sociedad, las otras formas de saber, son transformadas no sólo en diferentes sino en carentes, en arcaicas, primitivas, tradicionales, premodernas. Son ubicadas en un momento *anterior* del desarrollo histórico de la humanidad, lo cual dentro del imaginario del progreso enfatiza su inferioridad. Existiendo una forma ‘natural’ del ser de la sociedad y del ser humano, las otras expresiones culturales diferentes son vistas como esencial u ontológicamente inferiores e imposibilitadas por ello de llegar a ‘superarse’ y llegar a ser modernas (debido principalmente a la inferioridad racial). (:23)

En un segundo orden, la profundización moderna de ese sentido de dominación integra la razón instrumental, que en la actualidad es la característica central de la modernidad capitalista. Villoro (1992) lo advierte al sintetizar la noción de intelecto de la modernidad, que abandona su caracterización como la capacidad de lectura en el interior de los entes, y con la modernidad se convierte en: “la posibilidad de ordenar el mundo según modelos racionales. Convertir las cosas en intelecto es someter tanto la naturaleza la sociedad a la medición y al cálculo de acuerdo con esos modelos. (:90) En el mismo sentido D’Auria (2006) señala la racionalidad instrumental de la modernidad como un cálculo de costos y beneficios, un “medio para la consecución de fines, fines respecto de los cuales la razón misma es neutral y aséptica”. (:294)

Así surgió una pretensión e impresión de dominio sobre lo técnico (Echeverría, 2009). El cientifismo como rasgo del pensamiento moderno, tiende a circunscribir la justificación racional a la racionalidad científica. (Villoro, 1992) Entonces, se han aplicado las transformaciones generadas a partir de la ética de la gracia donde el ser humano, como reflejo de la divinidad, domina la naturaleza. (Peces-Barba, 1995) dimensiones que siguen en construcción, y que se expresan, *e.g.* entendiendo que la gracia divina: “es la ética del discernimiento de la voluntad de

Dios que es buena, agradable y perfecta”. (Pereyra Olaechea, 2006:13) La abundancia se concibe como un don divino, por lo que la razón se entiende con asidero en Dios, como lo concluye Hegel (1951) al describir la nueva mentalidad de la ilustración influenciada por la Reforma y, en particular, desde la fe luterana en virtud de la cual el ser humano: “se halla en una relación tal con Dios que debe existir él mismo como *éste*, es decir, su devoción y la esperanza de su salvación y todo esto exige que en ello tomen parte su corazón y subjetividad”. (:193). No en vano la Reforma se comprende a su vez, como el momento de tránsito a la modernidad. Pero el predominio de lo técnico, a la postre, se convirtió en el nuevo Dios.

Con razón sintetiza Habermas (1999) con sustento en Weber, que el tránsito a la modernidad se guía por pretensiones de validez específicas para las diferenciadas esferas de valor y de conciencia. Ello generó un subsistema para la ciencia donde los problemas de las ciencias experimentales se discuten y elaboran “según criterios de verdad internos” (Habermas, 1999:434). Un convencimiento ciego en la ciencia que puede leerse de múltiples formas, desde el desencantamiento en Weber o la desdeificación en Heidegger, hasta la instalación de un ateísmo en el discurso reflexivo. (Echeverría, 2009). En esto consiste precisamente el *summum* del tránsito a la modernidad donde la confianza humana, por traslación divina, se sustituyó por la seguridad absoluta en lo humano, en la eficiencia técnica. (Echeverría, 2009) De allí, Weber discernirá sobre la instalación de una racionalidad instrumental, que surge a partir de la confianza en la razón y el descreimiento, respecto de lo que tradicionalmente se concebía. (Echeverría, 2009; Habermas, 1999; Villoro, 1992) Esta racionalidad no se limita a la técnica, sino en general a la organización de la denominada sociedad moderna. (Villoro, 1992)

La racionalidad instrumental es triunfante para numerosos teóricos (Bauman, 2011; Echeverría, 2009; Echeverría y Rojas, 2012; Orjuela Escobar, 2012), mientras otros, como Villoro (1992), no desvincula la existencia de una función práctica a través de normas éticas universales como atributo de la modernidad (:90). Dentro de las posibilidades de transformación de esa modernidad, fuera del pensamiento crítico, Adela Cortina Ors (1995) reflexiona sobre la moral y encuentra viable el proyecto moderno, pues entiende que su renuncia implica la

abdicación de la propia humanidad. Sostiene que ello no implica que deba continuarse en el ejercicio de una razón que se funda en exclusivo en las razones jurídica y política. Sobre este debate se retornará más adelante (*infra* cap. 3, secc. 2). En todo caso, existe consenso en reconocer que la racionalidad instrumental permite calcular los medios adecuados para hacer efectivos los fines que el ser humano ha escogido. (Villoro, 1992) Pero ello sustentado en unos medios que justifican el fin, se traduce en “el espíritu de la técnica (Benjamin, 1987), “la aplicación técnica de la razón matematizadora”, (Echeverría, 2009:9) o como señalaría Bauman (2004) con fundamento en Weber, en una racionalidad conducida por la economía y sustentada de manera primaria en términos económicos.

La razón instrumental transita con la modernidad capitalista, y coadyuva a su institucionalización, incidiendo en otras esferas como la política. La esfera política de la modernidad expresa una primacía de la sociedad burguesa al definir los asuntos de Estado (secularización de la política). (Echeverría, 2009). Tras el rompimiento de la razón sustancial en las esferas de ciencia, moralidad y arte, se extirpó la ética, pues el predominio de la razón instrumental no profundiza más allá de las limitadas manifestaciones fenoménicas. (Habermas, 1993) Entonces, las cuestiones de la ética, la teoría del Estado y la ciencia jurídica se elaboran de manera especializada “en el sistema jurídico y en la esfera de la opinión pública jurídica”, (Habermas, 1999:434) esto es, en la certeza tecnocrática. Precisamente en Bourdieu (2002a), la *nobleza de Estado* intenta sustentar su legitimidad en las instituciones, la autoridad de la ciencia, la razón y la modernidad, esto es, la certeza tecnocrática. Mientras tanto, la sinrazón, la inercia y el conservadurismo lo hacen en cabeza del pueblo, por ello el conocimiento humano moderno que de allí emerge, parte de una creencia en cierta construcción de verdad que se califica como ciencia, y que en realidad obedece a fuerzas sociales:

(...) hay una fuerza de la creencia en la verdad, de la creencia producida por la apariencia de verdad: en la lucha de las representaciones, la representación socialmente reconocida como científica, es decir como verdadera, encierra una fuerza social propia y, cuando se trata del mundo social, la ciencia confiere a aquel que la detenta, o a aquel que da la

apariencia de detentarla, el monopolio del punto de vista legítimo, de la previsión autoverificadora. (Bourdieu, 2008:44)

Entonces, para comprender la transformación y el devenir de la modernidad, deben entenderse y resolverse las dificultades que ha traído la implantación de la razón instrumental. La modernidad actual se enfrenta a una difícil situación que debe ser resuelta: Muchos de los procesos que emergen de la permanente deriva de la modernidad, se sustentan en la razón instrumental, lo que genera nuevos debates para los derechos humanos: La lucha de soberanías, y la modernidad como crisis. Discusiones que deben abordarse con antelación a determinar la necesidad de un nuevo tránsito a partir de la modernidad.

2. Soberanía y límites soberanos: ¿Una crisis de siempre?.

La soberanía constituye una expresión del poder de Estado, que en su dimensión interna, como en su aspecto externo o relativo a su relación y reconocimiento a partir de otros Estados, es un fenómeno moderno. Siendo la soberanía una expresión de la modernidad, es necesario determinar los límites de aquella categoría, a fin de indagar por los límites que el Estado se ha autoimpuesto desde estas dos perspectivas, y de esta forma; determinar la existencia del Crimen de Estado. Ello, en tanto que como función del sistema hegemónico moderno, la criminalidad de Estado se expresa jurídicamente como una violación del Derecho Internacional de los derechos humanos o como una infracción al DIH.

Entonces, debe auscultarse la soberanía como fenómeno de la modernidad, aclarando que no se busca aclarar la configuración o calificación del Estado como legítimo, o las formas estatales que se consideran más acordes con la modernidad. Se indagará sobre la posibilidad de predicar la soberanía dentro de la modernidad bajo ciertos límites o sin ellos, o lo que es lo mismo, determinar si determinada versión ideológica de la soberanía, es un fenómeno de la modernidad. Esta tarea puede abordarse bajo dos enfoques. En un extremo, con un concepto “total” de soberanía, se tiene a Bodin en *Los seis libros de la República* y al jurista nazi Carl

Schmitt. En otro escenario, algunas posturas admitirían cierta limitación a la soberanía, sin desdibujarla. Aquí coinciden visiones como las del contractualismo roussoniano, el positivismo jurídico de Norberto Bobbio, y la interpretación que Bavaresco hace de la soberanía hegeliana, ésta última contrapuesta a las lecturas que adjudican pretensiones totalitarias en Hegel, y que Schmitt (1996) defendería tan vehementemente:

El Estado, como orden propio dentro de la unidad política no tiene ya el monopolio de lo político, sino que es un órgano del jefe -Führer- del Movimiento. Una unidad política así construida no se adecúa al pensamiento jurídico decisionista o normativista o al pensamiento jurídico positivista que combina ambos. Se necesita ahora el pensamiento concreto del orden y de la forma que ha surgido para las nuevas tareas de la situación estatal, popular, económica e ideológica y para las nuevas formas de comunidad”. (:77)

Por el contrario, Villoro Toranzo (2006) rechaza las lecturas totalitaria sobre Hegel, y lo hace a partir de la consideración del totalitarismo como fenómeno del siglo XX, entendiendo al autor alemán segundo lugar: “y sobre todo porque Hegel era un hombre civilizado. (...) El Estado deficado por él debía de ser un Estado profundamente civilizado, ‘portador de la idea ética’, ‘con leyes buenas’, y no el aparato gubernamental usado arbitrariamente en beneficio de unos cuantos”. (:14 y 15) En otra postura de rechazo a la dimensión totalitaria del pensamiento hegeliano, Aguilar Novoa (2006) recuerda que Hegel era partidario de un Estado monárquico constitucional.

Bodin (1997) sintetiza la pretensión ilimitada de soberanía, ofreciendo una de sus primeras nociones, considerando como necesario un absolutismo monárquico. La entendió como “el poder absoluto y perpetuo de la República” y, como atributo ilimitado en poder, responsabilidad y tiempo. (:47) De esta forma pretendió romper con el entendimiento de los poderes del Medioevo (Fioravanti, 2011; Gala, 1997) y justificar que el rey es soberano porque solo en él residirían poderes no recibidos por delegación, o soberanos. Planteó diversos ejemplos de poder soberano como sinónimo de absoluto, y de poder por delegación, comisión o institución:

“la soberanía dada a un príncipe con cargas y condiciones no constituye propiamente soberanía, ni poder absoluto, salvo si las condiciones impuestas al nombrar al príncipe derivan de las leyes divina o natural”. (Bodin, 1997). De ahí Gala (1997) concluye que Bodín pretendía: “recrear un nuevo orden que albergase en su seno las fuerzas sociales y espirituales liberadas por la historia” (:XLVI).

No deja de tener interés el considerar el abordaje de Bodin sobre la vinculación de esta soberanía en el concierto internacional. Como advierte Gala (1997), intentó construir una teoría de la neutralidad, sustentada en el bien común de la sociedad internacional, el que entiende como el sostenimiento del equilibrio a nivel interno y externo, buscando prevenir las guerras internacionales y las contiendas interiores, y garantizando la posibilidad de constituir un juez soberano. El equilibrio se exterioriza en Bodin a través de la ley y la justicia, como advierte Gala (1997):

No basta que el monarca se imponga a partidos y facciones, sino que debe sobreponerse a ellos mediante la ley y la justicia, buscando la sanción de sus actos más allá de la mera fuerza. ¿De qué justicia se trata? (...) Por justicia entiende la prudencia de gobernar con rectitud e integridad, ateniéndose a los datos de la realidad. Para él, la realización de la justicia no puede significar el aniquilamiento de las tensiones que dan vida a la sociedad, sino su integración en una unidad superior, presidida por el principio de la armonía. (:XLVIII)

A ello pueden objetarse tres cuestiones: (i) La comprensión de soberanía de Bodin no es fundacional, sino explicativa, de las que consideró como necesidades particulares de su contexto histórico (Gala, 1997). Para el autor francés, considerar cualquier tipo de sometimiento del rey, inclusive en relación con otros Estados, implicaría someter la existencia de reino y de monarquía. (Bodin, 1997). (ii) De estimarse que la pretensión de Bodin era implementar una soberanía ilimitada, esta difícilmente podría predicarse en la realidad. (iii) Finalmente, el acatamiento al Derecho que resulta central en el pensamiento del francés, no se acompasa con la pretensión de un soberano que no puede ser afectado por su creación. Estos reparos se corroboran con Gala

(1997), quien llama la atención sobre las contradicciones de la soberanía en Bodin como poder perpetuo e ilimitado, que se somete a restricciones de Derecho natural (orden moral superior) y del orden social. Dentro de las últimas se encontrarían las promesas dadas a otros príncipes, que estaría obligado a cumplir, “incluso aunque no hubiera habido juramento” (Bodin, 1997:54), característica como se advierte, del contemporáneo principio de buena fe en las relaciones internacionales. Otra contradicción en Bodin (1997) reside en determinar la posesión del poder en el soberano, pero sin sometimiento al Derecho y con fundamento en el Derecho (natural) mismo: “jamás es excluido de mandar o de conocer (...)” (:48) Pero ello no obsta para reconocer como una cuestión de interés, que observe la soberanía como limitada por el Derecho, desde luego, bajo los condicionamientos particulares del Derecho natural o divino, al que sujeta a todos los soberanos: “si no quieren ser culpables de lesa majestad divina, por mover guerra a Dios, bajo cuya grandeza todos los monarcas del mundo deben uncirse e inclinar la cabeza con todo temor y reverencia”. (:53)

En postura similar, Carl Schmitt (1969) entiende a Bodin como fundador del concepto de soberanía en el derecho político moderno. Soberano para Schmitt es quien decide sobre el estado de excepción, entendido este como “un concepto general de la doctrina del Estado” (:58), por lo que no lo reduce a un estado de sitio. Bajo el mismo rigor diferencia la soberanía de la dictadura, pues ésta no tiene carácter permanente, por lo que no es un poder soberano, y el dictador es responsable por lo hecho y lo no hecho:

El dictador tenía tan solo una comisión, como conducir la guerra, reprimir una nueva rebelión, reformar el Estado o instituir una nueva organización de los poderes públicos. También los decenviros, los diez comisarios, como los llama Bodino, tenían la plenipotencia absoluta para implantar una nueva Constitución, y mientras duraba su actividad eran suspendidas las demás autoridades, pero no pueden ser calificados de soberanos, ya que su poder se extinguía con la ejecución de su comisión. Este era también el caso del dictador. (:58)

Finalmente, sobre su adscripción como mentor normativo del fascismo, debe considerarse que con fundamento en esta concepción de soberanía, Schmitt (1996) concebía que el Estado no tenía objeción para declarar un estado de emergencia, que el Derecho debía ceder necesariamente; y que el Estado de Derecho era una desviación producida por el normativismo constitucional liberal:

También podemos legitimar de nuevo hoy, directamente, una idea de fidelidad, porque el ‘Movimiento’ jura una inquebrantable fidelidad al ‘*Führer*’. Un pensamiento legal normativista, por el contrario, sólo es capaz de entender la deserción o la traición como ‘acciones penalizadas’, sólo como presupuesto de una exigencia de pena estatal, pero no como una esencial injusticia y como un crimen de perjurio e infidelidad”. (:59)

Desde otro lugar, reconociendo la idea de límite como congénita al concepto de soberanía, Rousseau (1989) la deriva del contrato social, enmarcada dentro del concepto de soberanía popular y, de allí su adscripción a la comunidad/individuo que podía retirarla a quien la representaba, pues mientras el poder puede ser transmitido, ello no sucede con la voluntad. (Rousseau, 1836). La soberanía se define en el francés como el poder absoluto que emerge del pacto social, siendo por tanto de origen convencional y social, y limitado también por los individuos:

Según esto, es evidente que el poder soberano, por más absoluto, sagrado e inviolable que sea, no traspasa ni puede traspasar los límites de las convenciones generales, y que todo hombre puede disponer libremente de los bienes y de la libertad que estas convenciones le han dejado; de modo que el Soberano no tiene facultad para gravar a un súbdito más que a otro, porque haciéndose entonces el asunto particular, su poder ya no es competente. (:39)

Esta es una de las primeras aproximaciones a la pretensión de Estado neutral, donde se determinan sus límites en virtud de la representación de individualidades que se incardinan en la visión contractualista del Estado como expresión de la sociedad política. En esta tradición, a pesar de las críticas que hace Rousseau, Hobbes (2005) concebía que el Estado se conforma bajo la pretensión de abandono del Estado de naturaleza “esa miserable condición de guerra (...)”

consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres”. (:137) Así, agregó: “El mayor de los poderes humanos es el que se integra con los poderes de varios hombres unidos por el consentimiento en una persona natural o civil; tal es el poder de un Estado (...)” (:69) En efecto, Rousseau (1989) acusa a Hobbes y a Grocio, padres fundadores del Derecho Internacional, de considerar que no todo poder humano se establece a favor de los gobernados, y que podría enajenarse la libertad.

Por otra parte, Hegel (2000) encuentra una necesaria correspondencia entre los asuntos y poderes particulares del Estado y de la sociedad civil en tanto que el espíritu de la nación debe representarse en el Estado, no en una relación inversa, como se desprende de la concepción del Estado como *meta individualidad*, esto es, por la manifestación ascendente hacia el Estado (Gómez Ramos, 2010) y no en un sentido descendente *desde* el Estado. Encuentra así que la universalidad, la última decisión reflexiva sobre la particularidad, y la autodeterminación como absoluto, son los tres momentos de la totalidad, se expresan en el poder del príncipe y se compendian en el concepto de soberanía. (Hegel, 2000) Estos momentos son observados como sinónimos de legislación, gobierno y administración, así como de decisión del príncipe. (Bavaresco, 2010) A partir de allí, Hegel (2000) deriva dos consecuencias principales: (i) usando como símil el cuerpo humano, describe la unidad sustancial como la determinación fundamental del Estado político, y (ii) establece la propiedad del Estado sobre sus asuntos y actividades propias, que no podrán constituir propiedad privada. De esta última concluye que la soberanía del Estado se sustenta en la unidad del Estado, esto es, el aspecto interno de la soberanía, que se diferencia del despotismo o situación de ausencia de ley, donde la voluntad particular “vale en lugar de ley”. (:337) En tanto, la soberanía externa se expresa en relación con los demás Estados, donde la autonomía de lo externo que se predica del pueblo le permite constituir “un Estado propio” (:339), que opera centralmente “como individuo”. (:375) Estos razonamientos le permiten colegir que la soberanía *es del* (reside en) pueblo como representación universal pero que se representa en el Estado. Precisamente por ello, señala la configuración del Estado a partir del espíritu de un pueblo, pues debe penetrar todas las relaciones, explicando la incorrección que reside en la pretensión de “dar *a priori* a un pueblo una constitución”. (:334)

Ni los límites políticos, ni la idea de soberanía son fenómenos naturales, (Bryant Lawson, 2009; Harvey, 2000; Moya, 2009) lo que permite reconocer que los componentes del Estado moderno han estado en discusión permanente, y la soberanía, entendida también en su función de límite al poder, es un concepto transformante. En la medida que todos sus elementos constituyen construcciones históricas en permanente tensión (reflexión que, como se observará, es central en este análisis) la discusión de la soberanía, en cuanto atributo del poder sobre el territorio, arranca con anterioridad a la constitución del Estado moderno. Siguiendo a López Martín (2005), es posible reflexionar que la conexión con el territorio constituye el concepto central del Derecho Internacional. La tratadista española sustenta la afirmación al advertir: (i) la imposibilidad de que se constituya un Estado sin territorio, (ii) la existencia de los principios del Derecho Internacional de soberanía territorial, la adscripción intraterritorial de la prohibición de injerencia en asuntos internos, y el principio de libre determinación de los pueblos; así como (iii) la presencia permanente de conflictos internacionales relativos al territorio.

La explicitación del concepto bajo la variable de ensanchamiento de una de las dimensiones de la teoría de la soberanía en Hegel, constituye una comprensión del posmodernismo de oposición en Santos. Particularmente se ha señalado desde dicho posmodernismo, que si bien la teoría hegeliana implica un predominio de la soberanía interna, la soberanía posmoderna que se expresa en el Imperio Mundial, desconoce los estados nacionales, presentándose “un desplazamiento del poder hacia la soberanía externa en detrimento de la afirmación nacional” (Bavaresco, 2010:58). De esta forma Hegel mediaría entre las dimensiones interna y externa de la soberanía, con mayor razón si se reconoce una crisis en el Estado moderno, pues la teoría hegeliana del Estado no justifica ni los mega-Estados ni los totalitarismos que eliminan las mediaciones internas que componen la lógica del Estado, como la soberanía y la representación. Para ello, desde este enfoque debe distinguirse realidad de existencia, pues lo “existente es real solo en parte” (Bavaresco, 2010:64). De modo que la realidad que justificaría Hegel, es la que “corresponda de hecho a su concepto” (:64), lo que señalaría un enfoque sistémico funcional de la comunidad supranacional: se reconoce la existencia de una

organización. Es posible suponer asimismo, incluso considerando la mediación hegeliana determinada por Bavaresco, que la soberanía se entiende limitada, en este caso, por una idea aproximada a la legitimidad. Ello, surgiría de la necesidad de vinculación entre lo universal que representa el soberano, y lo particular, así como a través de la vinculación entre sociedad civil y Estado. Esta no se comprende a partir de una visión propia del totalitarismo o del despotismo (Bavaresco, 2010), sino de la expresión de ese pueblo que como universal, construye una constitución y de ahí un Estado.

Finalmente, desde el positivismo jurídico, Norberto Bobbio (*et. al.*, 2005) considera que la soberanía es la racionalización jurídica del poder, por lo que presenta caracterizaciones diferentes, como distintas son las expresiones de su organización, diferenciando entre la titularidad y el ejercicio de la soberanía. Siguiendo esta postura, la lógica de límite al poder resultaría inherente a la definición de soberanía en el estado moderno, pues su surgimiento es producto de la permanente “tentativa de conciliar el poder supremo de hecho con el de derecho”. (:1483) Es decir, la idea de soberanía, cuyo rastro puede encontrarse en momentos históricos anteriores, se desarrolló como fenómeno junto a la modernidad, además, como un fenómeno objeto de restricción por factores como los derechos humanos. En dicho sentido, Barreto (2014) se pronuncia sobre el rol destacado que tienen los derechos humanos en el pensamiento boaventuriano y sus posibilidades contrahegemónicas, a pesar de su uso histórico para la regulación y la dominación; la cual reside en un diálogo intercultural entre concepciones de derechos. Sobre el destacado papel de limitación, entre otros, de la soberanía, que pueden encarnar los derechos humanos, advierte Moya Vargas (2011):

En punto concreto al poder punitivo que, como afirmamos, es el ejercicio propicio de violencia exacerbada, de la soberanía al interior del estado, el derecho internacional entró a modular dicho poder indicando a los estados nacionales la manera como resulta legítimo su ejercicio y, por exclusión, cuándo resulta lo contrario y en consecuencia, no vinculante para la comunidad internacional. La primera manifestación clara, ya se observó, en relación con los derechos y garantías fundamentales involucradas en el procesamiento penal. Y más recientemente, bien que profundamente vinculada, se

hace manifiesto en la obligación de respetar y hacer respetar los derechos humanos de las personas dentro de su territorio (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1982).

Desde otro lugar, Negri y Hardt (2011) observan una reconfiguración del derecho soberano de los Estados nación y el Derecho Internacional, que han permitido arribar a una especie de posmodernidad: El imperio y el Derecho imperial. Es decir, encuentran una fractura de tal intensidad que ha abandonado los límites de la definición de modernidad. No obstante ello, también reconocen que el modelo de soberanía westfaliano siempre estuvo en crisis y a partir de él devino en Imperio.

Como se puede observar, la noción de soberanía como poder sin parangón ni subordinación, no es exacta en el discurrir histórico occidental. En realidad, ese poder soberano ha tenido una establecida vinculación con el reconocimiento internacional del específico poder de Estado. Desde luego, este no había sido establecido de manera expresa en una normativa internacional, sino hasta el inicial surgimiento de la Sociedad de Naciones, y su concreción en la Carta de las Naciones Unidas.

Asimismo, el Estado y la idea de soberanía se expresan dentro de una lógica de contradicción y devenir. Eso implica que las construcciones propias de esa modernidad también fluctúan, que no se resisten a las reconfiguraciones permanentes de la modernidad y por tanto, se reconfiguran los límites de la soberanía. Por lo menos una importante parte de la filosofía política ha concebido que la soberanía junto al territorio y el pueblo, es un constructo propio y la característica central de la construcción histórica denominada Estado moderno (Bavaresco, 2010), atributo que se ha dispuesto como limitado, en particular, a partir de la irrupción del liberalismo. (Jaumeandreu, 1856) El internacionalista y sacerdote agustino, Eduald Jaumeandreu (1856), señaló desde una perspectiva liberal:

Más sea cual fuere la forma del gobierno, la soberanía que ejerce, es siempre limitada. Ni puede ser de otra manera, porque por más que se dividan los poderes, si la suma total de ellos fuese ilimitada, los poderes divididos no tendrían más que formar

una coligación para establecer el despotismo. Lo que nos importa, no es el que no puedan ser violados nuestros derechos por uno de los poderes sin la intervención del otro, sino que ninguno de los poderes pueda atentar contra nuestros derechos. (:204 y 205)

Aunque se mantienen algunos criterios, en tiempos de crisis de la concepción del Estado moderno se hace aún más discutible la noción de soberanía según Bodin. Este constituye un punto de conexión entre dos cuestiones completamente diferentes. Por un lado, se advierte que la concepción de Estado contemporáneo presenta una crisis epistemológica y política, lo que puede dar lugar al surgimiento de nuevos paradigmas de representación en lo político, (Perdomo, 2012; Rosanvallón, 2007) como podría ser la contrademocracia. La contrademocracia es una idea bajo la cual Pierre Rosanvallón (2007a) sintetiza su observación de la sociedad: “elegí la expresión ‘contrademocracia’, porque es una palabra desconcertante, (...) problemática. La expresión “contrademocracia” abarca organizaciones de la sociedad civil muy activas pero también otras que ejercitan una soberanía negativa, de rechazos”. (s.p.) Implica un reforzamiento de la figura de ciudadano, de elector en actor de la sociedad civil. (2007 y 2007a) Por otro lado, podría considerarse, como se hace en esta tesis, que la crisis es un atributo, constituye una de las caras de la modernidad. Entonces, una cuestión es aludir a una crisis inmanente a la idea de soberanía, y otra distinta, aludir a una crisis de la soberanía como fenómeno estructural. No se ha hecho un tránsito hacia la posmodernidad, por lo menos hacia una que pueda expresar alguna pretensión crítica o de oposición (Sousa Santos, 2003 y 2005), o que no limita la realidad a lo existente. (2003). Esto sumado a que la modernidad se distingue por su permanente transformación, no desconoce la impronta de las crisis que emergen de los movimientos del capitalismo en la gestión de esa soberanía. En particular, a la afectación de lo que Poulantzas (1978) denomina su verdadera crisis estructural, pues brota de las relaciones entre economía y Estado pero no se limita a ellas.

Como elemento común a sus momentos de surgimiento y a sus crisis, se presenta en esa modernidad el crimen de Estado, como concepto que se entroniza a mecanismo de protección contra el poder de Estado, y como *función* del Estado cuya inclemencia se ha actualiza en los

tránsitos dentro de la modernidad. Una noción de crimen de Estado que mantiene la actualidad de la síntesis de la modernidad en Marshall Berman: “amenaza con destruir todo lo que tenemos, todo lo que sabemos, todo lo que somos”. (1994:1 y 2004:87)

Sección 2. Estado neutral y Derechos Humanos como mitos modernos: ¿Cómo surge el crimen de Estado?

Se ha determinado la modernidad como fenómeno, ahora se auscultarán dos de sus más interesantes expresiones: El surgimiento del Estado como producto y catalizador de la modernidad, a través del Derecho (Martínez Marzoa, 1999; Tugendhat, 1992), que se exhibe como una institución neutral para sustentar su postura ética, y debe visitarse el concepto de derechos humanos que también sostiene dicho mito, ofreciéndose como elemento de limitación del poder. El debate sobre estos constructos permitirá construir una postura relativa al concepto de crimen de Estado en el contexto de la modernidad.

1. La naturaleza neutral del Estado como mito y su Derecho.

El Derecho como sistema tiene un desarrollo moderno, como ocurre con el Estado del cual es criatura. (Tugendhat, 1992) Como resalta Peces-Barba (1995), el poder político que surgió tras la Edad Media, garantizó el orden y la seguridad necesarios para que la burguesía pudiese desarrollar su actividad mercantil. Tras ello surge el Estado moderno y el Derecho, donde el primero, buscando el monopolio en el uso de la fuerza, se constituye en unificador de normas, rechazando aquellas que podrían llegar a permitir la insumisión. Foucault (1996) destaca el papel del Derecho en la sociedad feudal: Las armas se concentran en poder de los poderosos, quienes también utilizaban las acciones y litigios judiciales, sin que existiese poder judicial autónomo para hacer circular los bienes. La actualidad del poder que se expresa en el Derecho se corroboraría en Poulantzas (1978) a través de su configuración del Estado como relación:

El Estado, además capitalista, no debe ser considerado como una entidad intrínseca, sino, como es el caso, por otra parte, del “capital” como una relación, más exactamente una condensación de una relación de fuerzas entre clases y fracciones de clase tal como se

manifiestan, siempre de forma específica (separación relativa del Estado y de la economía, dando lugar a instituciones propias del Estado capitalista), en el seno mismo del Estado. Comprender el Estado como una relación, es evitar el impasse de un pseudo-dilema en la discusión actual sobre el Estado concebido como cosa-instrumento, y el Estado concebido como Sujeto. El Estado como Cosa: la vieja concepción instrumentalista del Estado, herramienta pasiva, si no neutra, totalmente manipulada por una sola fracción, en cuyo caso no se reconoce ninguna autonomía al Estado. El Estado como Sujeto: la autonomía del Estado, considerada aquí como absoluta, se adapta a su propia voluntad como instancia racionalizante de la sociedad civil. Concepción que se remonta a Hegel, retomada por Max Weber y la corriente dominante de la sociología política burguesa (la corriente “institucionalista-funcionalista”) y que lleva esta autonomía al poder propio que debe detentar el Estado y a los portadores de este poder y de la racionalidad estatal: sobre todo la burocracia o las élites políticas. En efecto, es un rasgo propio de esta tendencia el dotar a las instituciones-aparatos de poder propio, cuando de hecho el aparato de Estado no posee poder, pues no se puede entender por poder de Estado más que el poder de ciertas clases y fracciones a los intereses de los cuales corresponde el Estado. (:26 y 27)

Como señala Martínez Marzoa (1999) en la comprensión moderna del Estado: “Estado comporta, pues, poder; y poder es una situación de hecho” (:85) por ello el Derecho, en tanto exteriorización del Estado, es un fenómeno social, que se construye y reconstruye socialmente, manifestando los intereses de quienes detentan el poder estatal. Incluso desde otra tradición, Cortina (1995) señala sobre la vinculación entre el Derecho y la religión que el “Derecho sagrado legitimaba al soberano para administrar el derecho burocrático y ejercer la dominación”. (:16) No obstante, resalta que una vez arribó la muerte sociológica de Dios con la modernidad, se mantuvo la necesidad de sustentar el mundo con ideales, por lo cual considera que la secularización es el tránsito de ficciones religiosas a ficciones morales.

Así se comprende la innegable vinculación entre Derecho y realidad en la actual modernidad, en tanto que la comprensión del Derecho como sistema, reconoce un conjunto de instituciones estatales y de actividades que intervienen en la creación y aplicación del Derecho.

(Sandoval Huertas, 2005) Ello también revela una faz bifronte en el Derecho: Produce una verdad específica (Foucault, 1996a) a través de la cual busca el control social sobre quienes resultan objeto de dominación (Sandoval Huertas, 1998 y 1985), como lo corroboran Zaffaroni, Alagia y Slokar (2012):

Si se tiene en cuenta que *los criminalizados, los victimizados y los policizados (o sea, todos los que padecen las consecuencias de esta supuesta guerra) son seleccionados de los sectores subordinados de la sociedad*, cabe deducir que el ejercicio del poder punitivo aumenta y reproduce los antagonismos entre las personas de esos sectores débiles. Esto es funcional a un momento en que se polariza mundialmente la riqueza y los explotados dejan de serlo para pasar a ser excluidos (el explotado es necesario al sistema; el excluido no, es alguien que sobra y molesta: un *descartable*). (:17 y 18)

Pero el Derecho no logra el control total, por lo que también contiene posibilidades contrahegemónicas, es decir, surgen rendijas dentro del Derecho, como abstracción de las posibilidades de redefinición, si se quiere mínimas en una estructura destinada al control. Las rendijas del Derecho, pueden reconocerse desde Foucault (1992), quien encuentra que el correlato de las relaciones de poder es la resistencia y que: “la resistencia al poder no tiene que venir de fuera para ser real, pero tampoco está atrapada por ser la compatriota del poder”. (:171) Esto también se apoya desde Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (2001b):

(...) los Estados modernos, al contrario de lo que se proclama en la teoría político-jurídica liberal, no detentan el monopolio del derecho judicial y de la resolución de los litigios. Por el contrario, en el plano sociológico, circulan en la sociedad derechos y justicias no oficiales, algunos de ellos complementarios al derecho y a la justicia oficial y en algunos casos contradictorios. Estos derechos y justicias no son considerados como tales en el plano jurídico constitucional del Estado, pero tienen una vigencia y una eficacia a veces superior a la de su contraparte oficial.” (:2)

La neutralidad de Estado no es coherente con su expresión en la realidad, y el Derecho en su visión formal no alcanza a constituir un instrumento eficaz para todos los intereses (dominados y dominantes) que subyacen en determinado Estado. Esta idea encuentra respaldo en Poulantzas

(1987) a partir de su postura ante la constitución del poder de Estado, es decir, de quien define el Derecho. El autor griego rechaza el planteo de un poder de Estado considerado solamente como el de determinadas clases sobre otras, por ello la discusión no se agota en considerar un poder con fisuras, pues debe entenderse el proceso de comunicación dialéctica entre dominantes y dominados:

El Estado capitalista, hoy como ayer, debe representar el interés político a largo plazo del conjunto de la burguesía (el capitalista colectivo en idea) bajo la hegemonía de una de sus fracciones, actualmente el capital monopolista. Esto implica que: a) la burguesía siempre se presenta actualmente como constitutivamente dividida en fracciones de clase: capital monopolista y capital no monopolista (pues el capital monopolista no es una entidad integrada, sino que designa un proceso contradictorio y desigual de “fusión” entre diversas fracciones del capital), fraccionamientos redoblados si tenemos en cuenta las coordenadas actuales de internacionalización del capital; b) estas fracciones burguesas se sitúan en su conjunto, aunque en grados ciertamente, cada vez más desiguales, sobre el terreno de la dominación política, siguen formando parte, pues, del bloque en el poder; c) el Estado capitalista debe detentar siempre una autonomía relativa con relación a tal o cual fracción del bloque en el poder (incluso con relación a tal o cual fracción del mismo capital monopolista) a fin de asumir su papel de organizador político del interés general de la burguesía (del “equilibrio inestable de los compromisos” entre sus fracciones, decía Gramsci) bajo la hegemonía de una de estas fracciones; d) las formas actuales del proceso de monopolización y la hegemonía particular del capital monopolista sobre el conjunto de la burguesía, imponen hoy una restricción considerable de los límites de la autonomía relativa del Estado (...). (:24 y 25)

El mito de neutralidad del Estado liberal se explicaría bajo Poulantzas (1978) en la vinculación exterior entre el Estado y las fracciones dominantes. A través de dichas contradicciones el autor griego determina la construcción del Estado, reflexionando que este constituye una *relación* de cuyas contradicciones de clase surge su política: “significa que el Estado está constituido-atravesado de parte a parte por las contradicciones de clase”. (:25) Desde luego, el Derecho solo pretendería expresar a los dominantes, quienes imponen las normas de

conductas “más ligadas a su razón de ser y a su desarrollo” (Gramsci, 1984a:83). Entonces, si se tiene la existencia de un Derecho que expresa de forma más directa las pretensiones de los dominantes, pero que surge de las relaciones entre clases y fracciones que configura el Estado, surge lógico expresar conjuntos normativos que intenten expresar una neutralidad de Estado. Esto incluso a pesar de que el Derecho surge con las desigualdades y con vocación para su sostenimiento, teniendo como función máxima “presuponer que todos los ciudadanos deben aceptar libremente el conformismo por él señalado, en cuanto todos pueden transformarse en elementos de la clase dirigente”. (:83) Esto quiere decir que los intereses de quienes detentan el poder, se decantan en el ejercicio de un Derecho que obedece a sus posturas económicas, sociales, culturales y políticas:

La neutralización del contexto histórico que resulta de la circulación internacional de textos, y del correlativo olvido de las condiciones históricas de origen, produce una aparente universalización que se ve respaldada por el trabajo de “teorización”. Consiste éste en una suerte de axiomatización ficticia expresamente concebida para promover la ilusión de una génesis pura, donde el juego de “definiciones” previas y de deducciones que pretenden sustituir la apariencia de las necesidades sociológicas negadas, tiende a ocultar las raíces históricas de todo un conjunto de asuntos y de nociones a los que se calificará de filosóficos, sociológicos, históricos o políticos según el campo de recepción. Así “planetarizados” y mundializados, en un sentido estrictamente geográfico, por causa de su desarraigo, a la vez que se ven desparticularizados por el efecto de desplazamiento de sentido que produce la conceptualización, estos lugares comunes de la gran *vulgata* planetaria, a los que la persistente repetición mediática poco a poco va convirtiendo en sentido común universal, consiguen que se olvide que son fruto de las realidades complejas y controvertidas de una sociedad histórica particular, tácitamente constituida en modelo y en medida de todas las cosas. (Bourdieu y Wacquant, 2001:10 y 11)

La *diferencia cero* en el pensamiento de Žižek, (1999) constituye una institución “naturalizada” que sirve de terreno común y se entiende como neutral. Este concepto se conecta con la concepción de hegemonía como sumatoria de coerción y consenso a partir de una crítica

de Calveiro a Gramsci. Para éste último, el Estado es una hegemonía revestida de coerción (Gramsci, 1980), postura que critica Calveiro (2006) a través de la idea de “coerción revestida de consenso” (2012:13) en las democracias modernas. Entonces la lucha por la hegemonía radica en decidir cómo las diferencias sociales en pugna, “determinarán el sesgo de esta diferencia cero” (Žižek, 1999). Es lógico concluir que el Derecho Penal constituye uno de los escenarios donde con mayor crudeza se determina esta diferencia. Los resquicios del Derecho evidencian que a partir de esta diferencia cero, expresada en mayor medida bajo el mito del Estado neutral, el Estado se ve compelido a reconocer la existencia de crímenes de Estado para asegurar su imagen de neutralidad.

Comprendido lo anterior, ya no puede juzgarse como paradójico abordar asuntos relativos al poder de Estado bajo la mirada de Michael Foucault (2007). Ni siquiera cuando ello implica considerar su rechazo a la “inflación de la fobia al Estado” y su llamado a salir del análisis del poder en tanto Leviatán, para comprender las técnicas y tácticas de dominación. (1996a¹¹ y 2006) Como recuerda Gómez Jaramillo (y Gamboa, 2013), ello implica reconocer que Foucault no califica el poder, sino que determina que el poder propio de la modernidad, es un poder disciplinario, una clase de poder. Establecer el llamado de atención sobre el poder de Estado a partir de Foucault, reitera su posición divergente al anarquismo y permite concluir que tampoco desconoció la actualidad y particular inclemencia de la criminalidad de Estado, pues señaló que no es posible borrar los efectos ni la presencia del Estado (Foucault, 2007) en una teoría heterárquica del poder (Castro Gómez, 2007). En efecto, a partir de Traverso, Feierstein (2012) establece relaciones genealógicas entre los conceptos de guerra total y conquista, señalando que lo que ahora se conoce como crimen de Estado venía desarrollándose contra las poblaciones coloniales esto es, antes de las dos Guerras Mundiales, sobre lo que se continuó como lo corrobora Castro Gómez (2007) al profundizar en las relaciones entre racismo y colonialismo. De esta forma, Foucault puntualiza en diálogo con Deleuze:

¹¹ La *Genealogía del Racismo* (1996a) corresponde al texto *Defender la Sociedad* (2000). En ellos se sintetiza el curso impartido por Foucault en el College de France, de 1975 a 1976. Según el prólogo de Tomas Abraham (1996a) en la *Genealogía del Racismo*, “Defender la sociedad” es el nombre dado por Foucault al curso “que gira sobre la guerra de las razas y su conversión en el racismo de Estado”. (:10) El título se reitera en el Resumen del Curso de las dos ediciones, aquí utilizadas (Foucault, 1996a y 2000).

La teoría del Estado, el análisis tradicional de los aparatos de Estado, no agotan sin duda el campo de ejercicio y funcionamiento del poder. Actualmente este es el gran desconocido: ¿quién ejerce el poder?, ¿dónde lo ejerce? Actualmente, sabemos aproximadamente quién explota, hacia dónde va el beneficio, por qué manos pasa y dónde se vuelve a invertir, mientras que el poder... Sabemos perfectamente que no son los gobernantes quienes detentan el poder. Sin embargo, la noción de “clase dirigente” no está ni muy clara ni muy elaborada. “Dominar”, “dirigir”, “gobernar”, “grupo del poder”, “aparato de Estado”, etc., aquí hay todo un conjunto de nociones que piden ser analizadas. (Foucault y Deleuze, 2000b:15)

Como lo resalta Feierstein (2013), Foucault desarrolló las complejas relaciones entre discurso jurídico, construcción de verdad y materialidad a partir de los conceptos de poder, derecho y verdad. En este mismo sentido, Bernal Sarmiento (2004) explicita que a partir de temas como estos, Foucault ha “generado nuevas líneas de exploración de estos complejos fenómenos sociales” (:210). No en vano, el autor francés señalaba que los individuos están sometidos a la producción de la verdad del poder y que dicho poder solo puede ejercerse a través de la producción de la verdad (Foucault, 1996a). Al discutir la conexión entre el discurso jurídico y la verdad, señala que *“ciertas formas de verdad pueden ser definidas a partir de la práctica penal”* (1996:18), mientras que concibe que el Estado *“es a la vez lo que existe y lo que aún no existe en grado suficiente”*. (2007:19) Esto, es, la suerte de la verdad del poder político reflejaría el poder que signa al Estado. En estas condiciones reconoce que el Derecho y, en particular, el Derecho Penal, expresa una verdad, aproximando además un concepto de Estado que alude a su deconstrucción, y que imprime una noción de Derecho Internacional cercana a Kant en el plano teórico, pero alejada de las formas reales bajo las que se expresa el principio de igualdad soberana como base de dicho sistema normativo:

El Estado es una realidad específica y discontinua. Sólo existe para sí y en relación consigo, cualquiera sea el sistema de obediencia que deba a otros sistemas como la naturaleza o Dios. El Estado sólo existe por y para sí mismo y en plural, es decir, que no debe, en un horizonte histórico más o menos próximo o distante, fundirse con o someterse a algo semejante a una estructura imperial que sea, de alguna manera, una teofanía de Dios

en el mundo, una teofanía que conduzca a los hombres, en una humanidad finalmente reunida, hasta el borde del fin del mundo. No hay, por lo tanto, integración del Estado al imperio. El Estado sólo existe como Estados, en plural. (Foucault, 2007:20)

Desde luego que esta postura se aparta de la visión hegeliana, que exigiría, como se anotó, una comunión profunda entre Estado nación, pues no en vano la nación manifiesta su espíritu en el Estado.

Al determinar los mecanismos inflacionarios de la fobia al Estado, Foucault (2007) resalta que el fantasma de un Estado paranoico y devorador impide verificar lo real y actual, diferenciando el Estado totalitario del de bienestar, donde aquel constituye una limitación de los mecanismos estatales a favor del partido. Ello se explica a partir de su definición del poder como un ámbito de relaciones, no como un principio en sí, mientras que la gubernamentalidad es la manera de conducir la conducta, lo que permite analizar las relaciones de poder.

Múltiples trabajos se han ocupado de las conexiones entre Bourdieu y Foucault en sus análisis sobre el poder. Estos pensadores entienden el poder como relaciones de fuerzas, que no pueden ser transformadas a través de la individualidad, sino que exigen el cambio de las instituciones (Moreno, 2006). También se han ubicado sus vinculaciones entre historia y sociología, que exigieron su desapego del estructuralismo para seguir considerando una dimensión de la acción contingente e histórica. (Vásquez García, 1999). No en vano Bourdieu (2010v) reconoce a Foucault como un intelectual con una acción subversiva trascendente, quien transformó sus problemas existenciales y de preguntas, en problemas científicos. Bourdieu (2012) también advierte la existencia de dos caras del Estado, relativas a procesos de unificación y universalización, o de la “constitución de un monopolio de lo universal, cuyo ejemplo por excelencia es la cultura”, esto es, un proceso donde agentes determinados se apropian de lo universal. En el mismo contexto, señala que el Derecho “es la forma por excelencia del discurso actuante capaz, por virtud propia, de producir efectos” (2000:198). Al destacar esto, distingue que es: (i) socialmente reconocido, (ii) tiene acuerdo, incluso tácito y parcial, y por tanto, (iii)

responde a necesidades e intereses reales. También realiza el proceso de creación jurídica que no se desarrolla precisamente bajo los criterios del dogmatismo jurídico, pues a pesar de la existencia de efectos autónomos de un orden jurídico, consagra en realidad “el esfuerzo de grupos dominantes o en ascensión por imponer una representación oficial del mundo social que sea conforme a su visión del mundo y favorable a sus intereses”. (:212) Tomando partido por dicha perspectiva, se ha señalado:

Los campos sociales en general y los jurídicos en particular tienen estructuras consolidadas a través de la historia que limitan el margen de maniobra de los actores, incluyendo los gobiernos. Los campos jurídicos (...) son el producto de la influencia mutua entre la estructura del campo y la acción de quienes hacen parte de él. Por lo tanto, si bien los rasgos mencionados tienen conexión directa con decisiones tomadas por actores del campo –los gobiernos nacionales al crear derecho, los organismos internacionales al imponer programas de reforma judicial, los abogados locales al adoptar ciertas formas de ejercicio profesional, etc.- dichas decisiones se enmarcan en una estructura conformada por macrovariables históricas de tipo económico, cultural, social y político. (García Villegas y Rodríguez, 2003:25)

Por su parte, el Derecho en Gramsci (1971) podría considerarse un instrumento de poder (expresa la clase dominante) que viabiliza el castigo, y el Derecho Penal como su especie, aplicable cuando la presuposición, el conformismo al Derecho; no son aceptados. Habermas (1999), precisamente, discute la ausencia de consideración del dinero y el poder en la teoría de la acción de Weber, tanto en relación a los medios de comunicación (donde sustituyen al lenguaje), como en vinculación con el Derecho. En este último espacio alude al vínculo entre la legitimidad del orden jurídico y el “fundamento práctico-moral de los ámbitos de acción juridizados” (formalmente organizados) que enlaza el sistema económico diferenciado a través del medio dinero, y el administrativo diferenciado por el poder. (:436 y 437)

Ya se ha aludido que el Estado obedece a procesos de concentración de recursos y de desposeimiento de capital económico, lingüístico, y cultural, que se relacionan con la unificación y la universalización (Bourdieu, 2012). A través de estos dos últimos procesos se construyen

capitales señalados como legítimos, y se constituye el Estado donde se escancian determinadas representaciones sobre la realidad (1989). En referencia al proceso de universalización, Bourdieu contempla un concepto un tanto cercano al de Estado de cultura de Jellinek (2004), quien considera que si bien el Estado es un poder político que se exterioriza en el Derecho (Estado de Derecho), no obedece en exclusiva a él: *“El conocimiento de la significación de los fines jurídicos del Estado ha colaborado profundamente a la superación del Estado-policía, y el conocimiento de los fines de la cultura, a la supresión de instituciones dañosas a la comunidad”*. (:241). Desde luego, el planteamiento de los autores se aparta por completo cuando Jellinek (2004) señala que el Estado es un mínimo ético que se presenta cercano al imperativo categórico kantiano: “se trata aquí de una cuestión que, en último término, corresponde a la ética, a saber: si el Estado ha de ser o no reconocido partiendo de una necesidad que es superior al individuo y al Estado y su derecho. (:198 y 224)

Como se observa, la presentación del Estado como ético se encuentra en la raíz de la configuración del Derecho. Ahora, en el proceso de apropiación de lo universal por una categoría de agentes, si bien se acerca a la idea de acción humana como interés de Ihering (2006), en realidad Bourdieu se encuentra en línea similar a Poulantzas (2001), Žižek (2006) y Gramsci (1984a:83). El primero, en cuanto reafirma que la lucha política de las clases dominantes y del Estado capitalista, se distingue en la pretensión de las clases dominantes por conservar el Estado y a partir de él, mantener las relaciones sociales existentes. Esto es, su concepto de hegemonía de raíces gramscianas. El esloveno considera que el surgimiento del Estado se permitió a través del tránsito de poder simbólico del rey al pueblo, y la consideración de un Estado centralizado. Gramsci señala precisamente que el Derecho representa a la clase dirigente y tiene como función máxima ir contra la conciencia política cuya adquisición es el primer paso en el desarrollo de una comprensión crítica. Se constituye así, una categoría de agentes desde lo simbólico (apropiación de discurso Estado-pueblo) que, a través de la centralización busca acaparar (hacer creer según Gramsci) lo universal. Estas lógicas de concentración y desposeimiento, explican el ámbito de los fenómenos de colonización y de globalización. Las dos caras del Estado generan castas de *“monopolizadores de lo universal”*:

En el fondo, la génesis del Estado es inseparable de la constitución de un monopolio de lo universal, cuyo ejemplo por excelencia es la cultura (...) Esta cultura, que aparentemente une pero en realidad divide, es uno de los grandes instrumentos de dominación, porque están aquellos que tienen el monopolio de esta cultura, monopolio terrible puesto que no se puede reprochar a esta cultura ser particular. Incluso la cultura científica no hace más que empujar la paradoja a su límite. (Bourdieu, 2012, s.p.)

Esta aproximación de la cultura es una clara expresión de la modernidad y ésta, como señala Orjuela (2012:46), entiende la sociedad como una sumatoria de poderes individuales “*que por cálculo racional, y ante el temor de la inseguridad generada por conflictos de acción no regulados, negocian la constitución del orden social*”. Entonces, no puede soslayarse el análisis del sistema de control de la modernidad que propone Foucault, con menor razón frente al triunfo de la modernidad capitalista.

Pero este no es el único impulso de la modernidad occidental, pues como se ha anotado, en lo cultural, los procesos de control de la población a través de los crímenes de Estado, constituyen una práctica social. Si se comprende que esta es “*un proceso llevado a cabo por seres humanos y requiere de modos de entrenamiento, perfeccionamiento, legitimación y consenso que difieren de una práctica automática o espontánea*”; (Feierstein 2008:35 y 36) es un fenómeno moderno, no su “*experiencia disruptiva*” (:101). No obstante, debe aclararse que Foucault (y Deleuze, 2000b) entiende el poder como *lo que reprime*, pues solo se ejerce, por lo que consiste en una relación de fuerza, una estrategia de quienes dominan. Así coincide de forma parcial con la concepción de Estado como *relación* en Poulantzas, pues el autor francés encuentra que el poder surge de un conjunto, la guerra se continúa en la lucha política de múltiples formas que difieren en sus actores, métodos y procedimientos según el poder contra el que se lucha. (Foucault y Deleuze, 2000b) La historicidad es belicosa (2000d): “La generalidad de la lucha la produce el sistema mismo del poder, todas las formas de ejercicio y aplicación del poder”. (Foucault y Deleuze, 2000b:18 y 19) Por ello, la constatación histórica de la guerra en Foucault (2000) a partir del siglo XIX, como expresión del racismo, donde se busca destruir tanto al

enemigo político, como raza rival: “(según los temas de la selección y la lucha por la vida), sino también de regenerar la nuestra. Cuanto más numerosos sean los que mueran entre nosotros, más pura será la raza a la que pertenecemos”. (:232 y 233) Esta conexión entre guerra y definición de enemigo, también se encuentra en Schmitt (2009) quien no la limita a los conflictos exteriores, y concibe la primera aproximación teórica a la idea de enemigo interno: “Distinto es el caso de la guerra como Estado (*status*). Aquí existe un enemigo, incluso aunque hayan cesado las hostilidades abiertas y directas y las acciones bélicas”. (:131)

Bajo una lógica de poder y control, Foucault (2007) asume una revisión genealógica propia de un pensamiento crítico, que le lleva a concluir que el Estado no tiene esencia, no es un universal, ni una fuente de poder autónoma. En efecto, al rechazar el principio de neutralidad valorativa propio de la teoría normativa de la modernidad, la teoría crítica exige descubrir los mecanismos de dominación de la sociedad, y una de sus herramientas es la reflexión sobre el contexto histórico, que a su vez evidencia la falsa adscripción a la neutralidad que reside en toda teoría. (Orjuela Escobar, 2012). El mexicano Mauricio Beuchot (1997) en la construcción de su propuesta de hermenéutica analógica, señala que la hermenéutica sirve a la historia para determinar juicios éticos, lo que implica un tránsito a lo valorativo, a juicios prácticos. En suma: “El Estado no es nada más que el efecto móvil de un régimen de gubernamentalidades múltiples” (Foucault, 2007:95). Entonces, una cuestión es reconocer las diversas dimensiones que tiene el poder en el autor francés, y otra muy distinta es considerar que rechazaba la particularidad e importancia del poder de Estado. A partir de allí, es posible concebir en Foucault (2007) dos conceptos complementarios sobre el Derecho: como “*una forma ritual de la guerra*” (:67), y como un especial fenómeno social, un método de realización de funciones de la sociedad.

Estas concepciones se unifican en escenarios de utilidad para la comprensión de la relación entre Estado y derechos humanos. El concepto de Estado, como *relación* en Poulantzas (1978), no es una tercera concepción frente a la comprensión del Estado como *sujeto* y como *cosa*. Para el griego, la relación a partir de la cual surge el Estado, tiene como potencias las fuerzas entre clases y las fracciones de clase. Entonces, si bien reconoce al Estado como una

relación (con objetivos limitados), lo que señalaría limitaciones inherentes en su poder; también admite la tendencia de la ampliación del poder del Estado como relación hacia adentro (con objetivos ilimitados). La aparente incongruencia se resuelve por Foucault (1996a) con asiento en la historia. La soberanía constituiría la base gravitacional de la pretensión de desarrollo democrático del poder público, y ello se refleja en el Derecho. Los objetivos ilimitados de la política interna al regular el comportamiento, se empiezan a localizar con mayor énfasis en el siglo XVIII, a través del Derecho, énfasis que permite el surgimiento de la sociedad disciplinaria. Este se convierte entonces (al contrario del Medievo), en sustractor del poder real: “servirá (...) de punto de apoyo a toda persona que quiera limitar de una manera u otra la extensión indefinida de una razón de Estado que cobra cuerpo en un Estado de policía” (Foucault, 2007:23). Si además se considera que se empezaron a discutir las reglas y la instancia del Derecho, se concluye el surgimiento del Derecho bajo un discurso de límite al poder, por medio de la restricción de la razón de Estado a través del Derecho (como razón jurídica), pero que es insuficiente. Justamente en el periodo que cursó a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, se asienta la sociedad disciplinaria sobre la reforma y reorganización (no homogénea) del sistema judicial y penal europeo (1996).

Debe recordarse que la razón de Estado en Foucault (2007), no implica una visión negativa, sino que constituye la racionalización de una práctica situada entre un Estado en tanto dato y como algo por construir, como una manera de gobernar. Se expresa además, bajo una conformación tripartita (maneras de gobernar): mercantilismo, Estado de policía y balanza europea. Esta razón de Estado podría fundirse en poder ilimitado cuando se considera en su variable de Estado de policía, donde la política interna del Estado busca objetivos ilimitados, pues se hace cargo de las actividades de grupos, estamentos, y de las personas “*hasta en el más tenue de sus detalles*” (:22). Así, Foucault (2007) forja el Estado de Policía como un sistema sin diferencias de naturaleza y de validez, ni de efecto entre las prescripciones generales del poder público (la ley), y sus decisiones coyunturales (lo reglamentario), es un “continuo administrativo” (:202). No obstante, parece subrayarse su pretensión de justificación, por lo que podría

considerarle, incluso en este extremo, como una suerte de límite al poder en tanto pretende presentarse como justificado. (*infra* cap. 1, secc. 2, 2)

Para Foucault (1996), múltiples relaciones de poder atraviesan y constituyen el cuerpo social. Por otra parte, pero aún en función relacional, Foucault (1996a y 2007) advierte que los micropoderes constituyen los procedimientos de la gubernamentalidad, por lo que la teoría jurídico política de la soberanía es un hecho histórico, un instrumento de lucha política y teórica con diversas funciones, entre ellas, el reconocimiento del poder efectivo. De esta forma las relaciones de poder operan en vinculación con el cuerpo, construyendo un cerco político que implica su utilización económica: producción y sometimiento generan el concepto de cuerpo como fuerza útil (2012b), actuando en el Derecho y en particular, en una justicia penal que procesa más cuestiones que los delitos:

La operación penal entera se ha llenado de elementos y de personajes extrajurídicos. (...) La justicia criminal no funciona hoy ni se justifica más que por esta perpetua referencia a algo distinto de sí misma, por esta incesante reinscripción en sistemas no jurídicos y ha de tender a esta recalificación por el saber. (:31 y 32).

Se denotan así por lo menos tres cuestiones basales: (i) la implementación de un sistema de control desde la modernidad que se mantiene vigente, (ii) que dicho sistema tiene diversos elementos, donde el económico, el jurídico y el cultural ocupan un lugar trascendente, y (iii) que el concepto de verdad en su conexión con el Derecho se presenta en la modernidad como una construcción del poder. Estas variables tienen particular sensibilidad en los países dominados (Poulantzas, 1978), donde aún no se ha completado la idea de modernidad, lo que impone especiales características al Estado que se sintetizan en la idea de Estado de derecho como espejismo en Helio Gallardo (2009) o de Estado como fetiche en Restrepo (1987):

Uno de los aspectos más contradictorios en los países de América Latina y del Caribe es la dimensión ambivalente del Estado. Lo es todo, pero también nada. Se impone sobre una irreconocible sociedad civil y sobre el pueblo, pero carece de presencia y de

efectividad, hasta el punto de ser percibido como despiadado límite de la libertad y de la creatividad. Llega a ser un fetiche, un ídolo de barro, que bien merece el irrespeto. (:42)

Finalmente, debe especificarse que las vinculaciones entre Estados se atraviesan por las contradicciones entre los Estados dominantes y Estados dominados (Poulantzas, 1978), lo que constituye una respuesta directa a la concepción de estado de naturaleza para las relaciones internacionales que proponía Kant (1998 y 2008). Esto evidencia además, que no se trata de simples relaciones cuidadosas para no afectar su dimensión interna de soberanía, y que recoge de forma más nítida la realidad del dominio hegemónico mundial donde lo nacional de un Estado se impone como *principal*. En efecto, la idea soberanía ha sido utilizada como contención para evitar el procesamiento de la criminalidad de Estado:

While the idea of sovereignty sought to provide populations of European countries with some semblance of political order and security in the decline of the feudal era, this has not always been the case for a great many countries which have sought political independence in the 20 century. For them, sovereignty has become a kind of trap – a political ideal that seems to work for many Western nations but which has disastrous effects when put into practice in their own political communities. It was thought that after the end of the Cold War, struggling nations around the world would then have the opportunity to escape of the ideological conflict and to pursue their own courses of development, but this has been far from the case. In the five case studies of crimes against humanity that will follow, three of them occurred after 1990. Two wars have been fought in the Persian Gulf region and southwest Asia, and civil conflict has raged through Sub-Sahara Africa. Although national borders exist, and international recognition has taken place, sovereign authority has failed in those regions. Even Western nations haven't escaped these problems. The European states were born out of a crucible of war and civil conflict in the early modern era. The settlement of the Americas led to the extermination of native peoples, the institution of slavery and varying degrees of racial segregation, and extremes of economic inequality; sovereignty has apparently existed for the benefit of some people but not for others. (While the idea of sovereignty sought to provide populations of European countries with some semblance of political order and security in the decline of the feudal era, this has not always been the case for a great many countries which

have sought political independence in the 20 century. For them, sovereignty has become a kind of trap – a political ideal that seems to work for many Western nations but which has disastrous effects when put into practice in their own political communities. It was thought that after the end of the Cold War, struggling nations around the world would then have the opportunity to escape of the ideological conflict and to pursue their own courses of development, but this has been far from the case. In the five case studies of crimes against humanity that will follow, three of them occurred after 1990. Two wars have been fought in the Persian Gulf region and southwest Asia, and civil conflict has raged through Sub-Sahara Africa. Although national borders exist, and international recognition has taken place, sovereign authority has failed in those regions. Even Western nations haven't escaped these problems. The European states were born out of a crucible of war and civil conflict in the early modern era. The settlement of the Americas led to the extermination of native peoples, the institution of slavery and varying degrees of racial segregation, and extremes of economic inequality; sovereignty has apparently existed for the benefit of some people but not for others. (Bryant Lawson, 2009:31)

No obstante, subyacen las rendijas en el Derecho del Estado, que siguiendo a Poulantzas (1987) no se limitan a considerar un poder con fisuras, sino los resultados de la comunicación dialéctica entre dominantes y dominados. Allí pueden ingresar las pretensiones contrahegemónicas en el Derecho: (i) mediante acciones de litigio estratégico para la defensa de los derechos humanos en general, (ii) y a través de la incorporación de lógicas de pluralismo jurídico y en general de resistencia jurídica. Diversos actores pueden dimensionar posibilidades contrahegemónicas a partir del Derecho, hacer un uso alternativo y crítico del Derecho existente y, además, se pueden establecer *otras justicias*, como se se describió en el paradigmático de *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, al resaltar la existencia de derechos y justicias no oficiales, que pueden ser complementarios o contradictorios del Derecho y la Justicia oficial. (Sousa Santos y García Villegas, 2001)

Es decir, en la raíz, tras la faz de supuesta neutralidad que se ha pretendido de sus componentes de burocracia, retórica y violencia (Sousa Santos, 2001), el Derecho abraza el

formalismo jurídico como una de las opciones que aparecen cuando el sistema contempla como central la seguridad jurídica, impidiendo que se incluyan otros “criterios de justicia material” (Morales de Setién Ravina, 2000:39). Siguiendo el concepto criminológico de violencia de Emiro Sandoval Huertas (1979), se estaría sosteniendo que el Estado es un agente de violencia o la “entidad que ejecuta o a cuyo nombre se ejerce la violencia” (:3), es decir, que puede llevar a cabo actividades, utilizando la fuerza física o moral, para limitar, destruir, o lesionar un derecho o una posibilidad individual o colectiva. (:2) Entonces, el Estado podría llevar a cabo violencia estructural, colectiva o individual “según el hecho violento provenga, directa o indirectamente, de una estructura, una institución, una colectividad o un individuo”. (1979:3) Pero también deben reconocerse las rendijas del Derecho, que paradójicamente se lanzan sobre elementos tan caros para el Estado como la noción del Estado nación, y muestran que este “ha dejado de ser el único lugar y espacio para comprender la compleja realidad de nuestros países en la región” (Parraguez, 2010:20). Estas rendijas del Derecho, en una tercera visión, tienden a expandirse por la acción social y política, provocando escapes, salidas que Ariza Santamaría (2011) describe como el Derecho profano:

El campo de las prácticas sociales y culturales de justicia, no surge como reactivo a la ausencia del Estado, lo que se encuentra en ellas es un emerger del pasado, de la historia desconocida y de la inconmensurable necesidad de autodeterminación social de los procesos locales.

Entre una justicia por ausencia del Estado y una justicia complementaria a la del orden legal imperante, se mueve una posibilidad que no sea ni lo uno, ni lo otro, lo que las comunidades locales y los grupos étnicos pretenden no es ni sustituir ni complementar la administración formal de justicia, ellos solo pretenden convivir armónicamente con sus congéneres, con el medio ambiente y con su mundo espiritual, relaciones éstas que no están en el campo de lo material y lo racional. (:130)

2. Los derechos humanos como límite al poder en tanto mito.

Sin embargo ese derecho humano escueto, que recibe tan diversos nombres según los tratadistas, no escapa a los condicionamientos

ideológicos que le imponen los mismos imaginarios sociales en medio de los cuales se desarrolla. (Giraldo Moreno, 2010a:167)

El discurso de los derechos humanos, cuando desarrolla la narración de una naturaleza humana originaria, que marcha, en el tiempo o en la razón, hacia una posición que tendrá forma de normas, de derecho, se parece a los mitos. (Correas, 2006:291 y 292)

El positivismo surge en la mitad del siglo XIX, defendiendo la existencia de un espíritu objetivo en la ciencia, que permitía construir la verdad a partir de una certeza experimental (Martínez Martínez, 1992), convirtiendo la ciencia en un dogma (Sang, 2013). Chomsky (1994) desliga el positivismo de la ciencia y pone de presente su conexión con el capitalismo. Señala que se refiere a la solución de problemas técnicos guiada por el interés de quien los plantee, presentándose erróneamente como neutral en lo ideológico y lo político. El positivismo jurídico, donde se ubica a Bobbio, entiende que el Estado es el orden jurídico, (Correas, 2011) se deriva del positivismo filosófico, y analiza como hecho jurídico los textos jurídicos positivos. (Martínez Martínez, 1992). Bobbio (1997) difiere de esta caracterización, distinguiendo tres aspectos en el positivismo jurídico: ideología, teoría y el punto de vista empírico frente al Derecho: “individualizar a un jurista como iuspositivista con respecto al modo de considerar el derecho no significa que lo sea también con respecto a la teoría y a la ideología (...)” (:41) A pesar de inscribirse dentro del positivismo jurídico, Bobbio tiene una particular comprensión sobre las necesarias vinculaciones entre Derecho y Política a través del poder. De allí derivó la necesidad de construir un “modelo de interrelación (...) [que parta] de una teoría general de cada campo con remisiones recíprocas, de tal manera que se superen las fragmentaciones y aislamientos (...)”. (Montoya Brand, 2005:90). De conformidad con ello, Bobbio (2005) señala la soberanía como un poder de mando que se conecta de manera profunda “*con la realidad esencial primordial de la política: la paz y la guerra*”. (:1483) Ello permite concluir que, en un análisis fundamental para comprender la relación soberanía y Derecho, entiende la soberanía limitada por los derechos humanos, como fue acotado.

Ahora, analizar campos jurídicos diversos de manera comparativa, exige ubicarlos en el sistema económico del mundo, su cultura jurídica y su ruta de ingreso a la modernidad, pues estos condicionan la estructuración de la nación y del Estado. (García Villegas y Rodríguez, 2003; Sousa Santos y García Villegas, 2001) Esto también resulta esencial para entender específicos escenarios jurídicos. Ahora, si se pretende que el Derecho, construido en relación con una modernidad aún aplazada en buena parte del orbe, constituya límite al poder; se presentan los Derechos Humanos. El mito de los Derechos Humanos consiste en afirmar que constituyen límite al poder. Ello se desprende de la promesa de su efectividad, como lo afirma el constitucionalismo, cuando al tiempo se generan como irrealizables, aún desde su propio escenario dogmático, con mayor fuerza en su implicación con la realidad, donde tampoco pueden señalarse siquiera bajo la idea de límite al poder de Estado. Esto ha tenido múltiples respuestas, entre ellas el constitucionalismo ferrajoliano intenta cambiar la relación entre la política y el Derecho estimando que los derechos fundamentales se sustraen del poder de decisión en virtud de la sujeción a límites y vínculos en la producción del Derecho. Juan Carlos Bayón (2012v) hace reparos a esta postura, como los relativos a la índole de las materias protegidas, al procedimiento de construcción de la regla que sustrae, y a su reforma. Otras posturas señalan los Derechos Humanos como mito, pues consideran que no son construcción de la modernidad, sino que han existido siempre y se expresarían en la idea de dignidad humana. (Lira Pérez, 1993) También se destacan otras dimensiones del concepto de mito en los derechos humanos: (i) como concepto *atractivo* se acepta de manera general por distintos actores sociales; (ii) puede ser total o parcialmente irracional; (iii) implica la representación de algo aceptado; y finalmente, (iv) es un concepto que “une o representa un factor de unión o saber compartido por un grupo social”. (Risso Ferrand, 2008:136)

Desde la crítica al positivismo y al iusnaturalismo, y en similar vía a Chomsky (1994), Oscar Correas (1994, 2006) denuncia la deducción de los derechos fundamentales de la naturaleza y concluye los derechos humanos como mito, en tanto son expresión del capitalismo y el liberalismo. Explicita así la dimensión hegemónica de los derechos humanos, que se reconocen si refrendan los intereses específicos de la *relación* hegemónica en el Estado, haciéndose aparecer

como producto de la naturaleza humana. A partir de allí Correas resalta las narraciones justificadoras que sustentan estos derechos, su papel de ideología como falsa conciencia que soporta el poder y el Derecho. Por eso encuentra que los derechos humanos son producto moderno del lenguaje, instalado bajo diversas versiones, como la de naturaleza humana igualadora que no existe, sino que como resaltan Zaffaroni *et. al.* (2012), y Foucault (2007), es un ejercicio de selección donde se reconoce la categoría de ser humano al hombre (no a la mujer), al rico, al propietario. Correas (2006) denuncia así que la misión de la naturaleza humana opera a través de dos posturas antagónicas: la fundamental maldad humana y la fundamental bondad. La primera intenta hacer necesario al príncipe, busca justificar la voluntad de dominio y la exigencia de acatamiento: “la coartación de la libertad, en los aras de la paz”. (:275) La lectura de la naturaleza humana benigna, se sustenta en tradiciones como el marxismo de Engels, el contractualismo rousoniano, y el liberalismo de Locke donde triunfó la protección de la libertad e igualdad vinculada a la protección de la propiedad. Esta propiedad se concibe por el liberalismo como inherente, tanto de las cosas como del trabajo de otros seres en nombre del *propietario*, como “resultado del natural desarrollo de la naturaleza humana”. (:285) Un desarrollo, de donde Locke veía como *natural*, que la guerra justa retirara la humanidad a personas reducidas a la esclavitud, lo que también sustentó la barbarie española en América.

En corroboración de lo anterior, Rajagopal (1999) señala que la lectura de los derechos humanos como conceptos elitistas y eurocéntricos, ha sido uno de los factores de la crisis del Estado liberal moderno:

These arguments about substantive similarities between corruption and human rights discourses can be essentially divided into two types. First, there are those that are structural, meaning that the corrupt practices are of a kind that cause human rights violations. For instance, it is said that corruption strikes at the heart of the rule of law which is central to human rights protection: it distorts the honest and efficient provision of public goods by bureaucracy, which is essential for the enjoyment of economic and social rights; it introduces an element of subjectivity and arbitrariness into administrative discretion and enforcement of criminal law which can result in many violations of human rights; it destroys judicial

independence and impartiality which are essential for the provision of remedies for violations of human rights; it weakens representative democratic institutions through the capture of the democratic process by special interests; and as a result, it generally encourages a culture of institutionalized impunity of human rights violators. (:3)

La ruptura real entre derechos que se consideran *más importantes que otros*, concretada normativamente en la génesis escindida del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pone de relieve el carácter limitativo de los derechos humanos en su versión burguesa (hegemónica) (Estévez López, 2010; Gallardo, 2009; Jelin, 1996; Rajagopal, 1999 y 2000; Salamanca Serrano, 2008). No ha sido suficiente la proclamación de interdependencia a través de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993. Entonces la teoría de la generación de los derechos no es un recurso académico, como se sostiene con frecuencia, sino que resulta la franca realidad de la categorización de los derechos humanos, que siguen pendientes de cumplimiento. No en vano, han surgido diversos llamados a superar el discurso que entiende algunos de los derechos humanos como privilegiados, jerarquizados y priorizados (Rajagopal, 2000), situación de la que tampoco se libran los derechos más caros para la modernidad capitalista como la libertad de expresión, como ha tenido lugar tras los ataques del 11 de septiembre de 2001 (Rajagopal, 2003). Por ello tampoco debe perderse de vista que buena parte de los discursos que pretenden considerar los derechos humanos como emanación de lo *natural*, pueden intentar concentrar el reconocimiento de estos derechos, y restar su condición de posible herramienta de límite al poder:

Las aproximaciones contemporáneas a los derechos humanos descansan por lo general, en nuestras sociedades liberales capitalistas, en tres supuestos. Primero, que tales acercamientos operan en oposición a tipos de fundamentalismos que naturalizarían o esenciarían rasgos contingentes, históricamente condicionados. Segundo, que los dos derechos más básicos son la libertad de elección y el derecho a dedicar la propia vida a la persecución del placer (más que sacrificarla por alguna causa ideológica superior). Y, tercero, que una aproximación a los derechos humanos puede constituir el cimiento de una defensa contra el “exceso de poder”. (Žižek, 2011:115)

Como señala Peces-Barba (1995), los Derechos Humanos se constituyen en la modernidad, por la fusión de sus cuestiones política, económica, social y cultural; mientras que el Derecho moderno es producto del poder político que consolida el Estado. En el mismo sentido, Bobbio (1991) sostiene que “son el producto (...) de la civilización humana: en cuanto derechos históricos son mutables, esto es, susceptibles de transformación y de ampliación”. (:70). Afirmación que se corrobora con una revisión genealógica, pues si bien, los derechos humanos emergen normativamente tras su reconocimiento por los Estados, en realidad son fruto de permanentes transformaciones (Jelin, 1996; Peces-Barba, 1995), en particular a partir de los movimientos sociales (Jelin, 1996; Gallardo, 2009) de esa sociedad civil, por lo que poseen una matriz sociohistórica (Gallardo, 2009) o sociopolítica (Estévez López, 2008b, 2010 y 2012). Por eso una de las misiones para romper con el mito de los derechos humanos, es reconocer su génesis y transformación histórica, conectarlos con la *verdad histórica*, y como subraya Correas (2006), adoptar el papel pedagógico de los mitos, para superarlos. Exige el reconocimiento de su genealogía, que evidencia que en América Latina “se han establecido con base en los movimientos por la transición a la democracia y el pensamiento de la liberación (teología, filosofía y ética) que favorece ideas de colectividad y emancipación, a través de las luchas sociales por mejores condiciones de vida (Estévez López, 2010:300, 2012). Reconocer que cuando se consolidaron con la modernidad, arribaron a la democracia como su aspecto político, entendiéndola como indivisible de la economía de mercado como forma económica y la secularización como cultura (Touraine, 1994). Momento en el cual se señaló que los derechos humanos son inherentes al ser humano (CADH, Preámbulo; DADD, Preámbulo; DUDH, Art. 1; PIDCP, Preámbulo) y constituyen límite al poder. (Arango, 2008; Nikken, 1994) Esta no es una afirmación propia de una comprensión de los derechos humanos como emergentes de un Derecho Natural. Una vez los derechos humanos se reconocieron, se entienden como inherentes a los seres humanos, como lo advierte el principio de irreversibilidad (CADH, Art. 29; Martín, Rodríguez-Pinzón y Guevara; 2004; Nikken, 1989; Nogueira Alcalá, 2005; PIDCP, Art. 5; PIDESC, Art. 5.2), pero en tanto individuos como se exige de la lógica moderno-capitalista:

Hay que estudiar la historia. Y tomar partido. O a favor o en contra del cambio social. Si es a favor del cambio social, que no nos vendan el mito de la naturalidad de

la propiedad privada y la relación salarial. (Correas, 2006:292)

La inherencia humana de los derechos como conquista de los movimientos sociales (Gallardo, 2009) o como resultado del reconocimiento en los textos positivos (Bobbio, 1991; Peces-Barba, 1995) también puede colegirse de la Declaración y Programa de Acción de Viena, donde se señala un papel activo de los seres humanos y de la comunidad internacional en su construcción y protección (UN, 1993). Derechos humanos que no se limitan a su reconocimiento normativo, pero una vez ello tiene lugar, se mudan en una normatividad imperativa y reflejan un profundo trasfondo filosófico. Ello ha permitido sostener, *e.g.* que a pesar de reconocerse la Constitución Política como norma central, ella no puede aceptar cualquier tipo de reformas, como el desconocimiento de los derechos humanos, o diluir el Derecho de manera completa en la política, esto es, de una forma tan franca como la que señala la realidad, como lo advierte Arango Rivadeneira (2008):

El interrogante filosóficamente interesante en este caso es si una hipotética reforma constitucional que permitiera hacer política a personas que cometieron delitos de lesa humanidad sería derecho o, por ser una decisión extremadamente injusta, carecería de tal calidad. (...) En esa perspectiva, la decisión de privar de la calidad jurídica a la norma constitucional sería una prueba fehaciente de que los derechos humanos son efectivamente un límite a la democracia. La decisión correcta, entre otras a la luz del Tratado de Roma que sanciona los delitos de lesa humanidad, sería la invalidación de la reforma constitucional. La discusión sobre el estatus jurídico del tratado internacional de derechos humanos, en el orden interno de cara a la supremacía de la Constitución, sería aquí irrelevante. Esto porque desde la perspectiva iusfilosófica la decisión de no sancionar proporcionalmente el delito de lesa humanidad es equivocada. Esto ofende las emociones morales de las víctimas y hace indeseable e ilegítima la práctica jurídica del país, diluye el derecho en la política y desconoce los derechos humanos. (:57)

El protagonismo de la burguesía en la construcción del concepto de los derechos humanos, también afecta un sistema de control donde estos surgen bajo el dogma del individualismo. Esto lleva a la contradicción que implica reconocer que los derechos humanos

han sido determinados a partir de la construcción del Estado moderno, y que como señalaría Donnelly (2011), los Estados constituyen su principal amenaza. A partir del dogma individualista de la modernidad, se construye el concepto hegemónico de los derechos humanos, que sigue la suerte divergente de la modernidad en donde se conciben, pues como diría Touraine (2000a): “[se] ha combinado la conciencia del Sujeto personal con el triunfo de la razón instrumental; el pensamiento moral con el empirismo científico y la creación económica, en particular la de Adam Smith” (:60), por ello con el tiempo, la razón instrumental se separará de los derechos humanos.

No obstante estas críticas, el proceso de positivación de los derechos humanos facilitó su difusión e internacionalización (Bobbio, 1991; Peces-Barba, 1995) occidental. De tal entidad fue la transformación impulsada con este proceso de internacionalización, que como señalaría Foucault (2007), el principio de limitación interna de la razón de Estado (racionalidad gubernamental), se convirtió en intrínseco (se encuentra en los principios de la actividad de gobierno), configurándose en una limitación además, de hecho (su transgresión por el Estado sigue manteniendo la legitimidad de este) y general (uniforme en principios y frente a todas las circunstancias). Además, este principio no establece división en los individuos, sino que se funda en el dominio de la práctica gubernamental (división en las cosas por hacer). Por tal razón, partiendo de que el gobierno es una práctica, la limitación no implica transacción: “Las objeciones ya no recaerán en el abuso de la soberanía sino en el exceso de gobierno” (:29). Obsérvese que Foucault (2007) diferencia esta nueva autolimitación de otras fórmulas históricas, pues la nueva relación entre los principios de verdad y de autolimitación “es muy diferente en la sabiduría del príncipe y en lo que comienza a aparecer ahora, (...) una práctica gubernamental preocupada por saber cuáles serán, en los objetos que trata y manipula, las consecuencias naturales de lo que se propone” (:34). Elementos como estos, le permiten concebir el surgimiento del liberalismo como uno de regímenes de la razón gubernamental enmarcados en la Biopolítica.

Este análisis se muestra invaluable a efectos de la indagación por las relaciones Estado-Derechos Humanos, pues permite comprender el surgimiento de la dimensión hegemónica de los derechos humanos como mecanismo de Biopolítica. Esto es, como un mecanismo de lo que

Prieto (2014a) concibe como la relación dialéctica del Estado soberano y la vida de los individuos. En las raíces de la Biopolítica, la limitación de la política del Estado se realizó a partir del análisis económico, como lo corrobora la visión de los fisiócratas (Foucault, 2007), profiriéndose una trascendente sentencia para la suerte de los derechos humanos: “El gobierno se limita por la evidencia, no por la libertad de los individuos” (:82). Por ello, Foucault (1996) encontrará que la conjunción de nuevos sistemas de control social establecidos por el poder, la clase industrial y propietaria, permitieron una versión autoritaria y estatal de los controles que tenían un origen popular o semipopular. De esta forma, el panoptismo- vigilancia, junto al control y la corrección, se convierten en una “dimensión fundamental y característica de las relaciones de poder” (:117). Mientras la libertad, se reitera como una relación entre gobernantes y gobernados, y el liberalismo es un sistema de administración de la libertad de mercado y sus elementos afines, un arte gubernamental de consumir libertad. (Foucault, 2007).

Se mantiene la actualidad de la Biopolítica bajo el escenario del Nuevo Humanismo Militar, (*infra* cap. 2). Esto sucedió también bajo el liberalismo, donde la protección que se precisaba entre soberano y súbdito, era exterior (ante sus enemigos externos e internos), y se transformó, arbitrando de manera permanente la libertad y la seguridad en torno a la noción de peligro (Foucault, 2007). Una de las consecuencias de dicha mutación es el surgimiento de mecanismos para incrementar las libertades, al tiempo que se genera un plus de control e intervención (Foucault, 2007) en el contexto del Biopoder. (2006)

Desde luego, señalar la existencia de modernidades aplazadas, como la latinoamericana, explica para algunos autores que no ha ingresado “una cultura de cumplimiento de la ley y de defensa y protección de los derechos ciudadanos como parte esencial del concepto de ciudadanía” (García Villegas y Rodríguez, 2003:45). Pero la discusión se torna parcial cuando se recuerda el restringido papel que la modernidad capitalista ha querido atribuir a los derechos humanos,. También implica profundos retos para la vigencia de los derechos humanos, y tareas para su tratamiento:

Como conglomerados que sufren la modernidad sin poder producirla, nosotros generamos valores económicos y riquezas en un proceso que produce pobres y miserables y también pauperización (pérdida de vitalidad, precariedad, provisoriedad como *ethos* sociocultural) que exige una ‘esperanza’ o en la súbita magia de los acontecimientos e instituciones o en un horizonte escatológico de gratificadora vida eterna. (Gallardo, 2006:19)

Oscar Correas (2012) define la función subversiva de los derechos humanos partiendo del concepto de derecho subjetivo como “estrategia lingüística de poder, de dominación, donde el dominado aparece como ciudadano frente al Estado a reclamarle sus derechos”. (min. 13:18) Por ello, tras el surgimiento como estrategia de dominación, el Derecho subjetivo se transforma en subversivo pues se ejerce contra el Estado. Al preguntarse lo que permanece detrás del Estado, responde que este “en realidad es una máscara que esconde detrás a las clases sociales dominantes. Pero, la máscara llamada Estado hace que el que enarbola las banderas del derecho subjetivo, del derecho subversivo, lo hace contra el Estado (...)” (Correas, 2012v)

Como se observa, la transformación ritual del Derecho para el aseguramiento de los fines del Estado capitalista, también permitió el sostenimiento de rendijas por las que se asoma la posibilidad de ejercicios contrahegemónicos de los derechos humanos. Por ello, el principal reto es reconocer que los problemas sociales y políticos, en realidad son objeto de politización (Bourdieu y Wacquant, 2001) por lo que a partir de allí también debe buscarse superarlos. De ahí que frente a una visión fragmentada, negativa y limitativa de los derechos humanos, es necesario rescatar como señalaría Correas (2012), la función subversiva de los derechos humanos, esto exige reconocer su potencial contrahegemónico.

3. Retirando el aguijón: La supuesta maldad individual.

El mantenimiento de la criminalidad de Estado muestra que la limitación de la responsabilidad en estos crímenes implica un proceso social reorganizador. (Feierstein, 2008) Esta práctica social se reproduce a través de la pretensión en “quitar el aguijón del recuerdo del

Holocausto” (Bauman, 2011:17) como lógica de impunidad, reduciéndolo al producto terrorífico de limitadas pero poderosas mentes desviadas (Alba Rico y Viado, 2007).

Desde luego, este tótem ha sostenido el entorno cultural del proceso de *civilización* que le permitió surgir: retornar a la seguridad del mito del Estado ético liberal. Por ello, la alusión a un enemigo externo o insular como concepto, es un lugar común en la definición de las responsabilidades de todo tipo (no limitadas a la estatal). Así se profundiza una llamativa contradicción entre la justificación hacia los dominantes y la prevención respecto de los dominados. Mientras la idea del ser humano como maligno pretendió justificar la necesidad de dominación en cabeza de un príncipe o del Estado, y el acatamiento de quienes tienen una tendencia “cruel y egoísta” (Correas, 2006:275), la idea de corrección en el Estado entronizó la creencia de un mal individual frente a sus crímenes. Pero la constatación es contraria. Por ejemplo, en los debates sobre la consideración de los feminicidios de Ciudad Juárez como crímenes de Estado (graves violaciones de derechos humanos por acción) del Estado mexicano:

(...) los crímenes sexuales no son obra de desviados individuales, enfermos mentales o anomalías sociales, sino expresiones de una estructura simbólica profunda que organiza nuestros actos y nuestras fantasías y les confiere inteligibilidad. En otras palabras: el agresor y la colectividad comparten el imaginario de género, hablan el mismo lenguaje, pueden entenderse. (Segato, 2004:5)

Como lo resalta José Carlos Moreira Da Silva Filho, (2012) persistir en una concepción de exclusiva responsabilidad de los crímenes de Estado en cabeza de los “individuos no resuelve el problema, ya que las políticas y las estructuras quedarán”. (:211) A *contrario sensu*, la memoria de la criminalidad de Estado como aguijón, fundado en la idea de memoria de Walter Benjamin (*infra* cap. 3), puede transformar la noción de la modernidad capitalista. Y puede hacerlo retrocediendo las dos grandes particularidades de la criminalidad de Estado como proceso: La acción profunda sobre el sujeto que se ha querido convertir en enemigo, y la negativa a su reconocimiento como delito. Esto es, la criminalidad de Estado como expresión de violencia, víctima de procesos de selección con sustentos schmitteanos a partir de la distinción entre amigo

y enemigo. (Schmitt, 2009) Una víctima de tortura, entrevistada por Naomi Klein (2007), sintetiza este doble proceso: “Estoy convencida de que están intentando construir un Estado modélico, borrando las mentes y los cuerpos de las personas y volviéndolos a crear de cero”. (:50) Es evidente que esta situación ha tenido lugar en el preciso contexto de la Biopolítica, denunciada por Michel Foucault.

Pero casi arribando a los primeros treinta años de la publicación de *Modernidad y Holocausto*, se mantiene la idea de una maldad insular como la edificadora de uno de los más reconocidos crímenes de Estado: el genocidio nazi. Este en verdad se consolidó por la intersección de factores sociales y psicológicos de la modernidad, como el monopolio de la violencia de Estados, la ingeniería del control social, la tecnología, y sus criterios racionales de elección: “El Holocausto (...) fue un inquilino legítimo de la casa de la modernidad; un inquilino que no se habría sentido cómodo en ningún otro edificio”. (Bauman, 2011:39, en el mismo sentido, ver Alba Rico, 2007). Así, se corrobora la sentencia de Foucault (2000c):

El no análisis del fascismo es uno de los hechos políticos importantes de estos últimos treinta años. Lo que permite hacer de él un significante flotante, cuya función es esencialmente de denuncia: los procedimientos de cualquier poder son sospechosos de fascismo, igual como las masas son sospechosas de serlo en sus deseos. Bajo la afirmación del deseo que las masas sienten por el fascismo yace un problema histórico que no nos hemos preocupado de resolver. (:79)

Ello no solo obedece a la desazón que implica transitar al reconocimiento del genocidio nazi como arquetipo de la criminalidad estatal internacional, a constatar las fuerzas de todo orden a las que se ha sucumbido. También problematiza la lucha ante el Derecho como escenario de supuesta civilidad, y su instrumento, que podría representarse en el genocidio y en las particulares construcciones jurídico-políticas que se edifican en torno a ese escenario-crime atroz: su aparente desvinculación de un discurso político, pero cuya perpetración sucumbe no a un discurso de linaje o racista, sino de diferencia política (Alba Rico y Viado, 2007; Feierstein, 2008), construido además, mediáticamente (Said, 1996). Así, Tugendhat (1998) recuerda la

polémica habilitada “acerca de si los gitanos fueron deportados por los nazis por ser asociales o por razones de carácter racista”, (:37) como remata Bauman (2011):

El mensaje que contiene el Holocausto sobre la forma en que vivimos hoy, sobre la calidad de las instituciones con las que contamos para nuestra seguridad, sobre la validez de los criterios con los que medimos la corrección de nuestra conducta y las normas que aceptamos y consideramos normales, se ha silenciado, no se escucha y sigue sin transmitirse. Aunque los especialistas lo hayan sistematizado y se discuta en el circuito de conferencias, raramente se oye hablar de él en otro sitio y sigue siendo un misterio para las personas ajenas al asunto. Todavía no ha penetrado, por lo menos seriamente, en la conciencia contemporánea. Peor todavía, aún no ha modificado los usos contemporáneos. (:17)

Como apunta Bauman (2011), el genocidio nazi es una ventana abierta para contemplar cosas “que suelen permanecer invisibles”(:12), por lo que no se limita a ser reivindicación nacional judía y trauma personal. En realidad, persisten las características principales de este prototipo de criminalidad de Estado: Es una tragedia que socavó a la humanidad, lo que sustentó la creación de nuevas instancias jurídicas que confluyeron en el Tribunal Penal Militar Internacional de Núremberg. Upendra Baxi (2006) denuncia esta gestión de crueldad que no se limitó al Primer Mundo y que deja en vilo la idea de universalidad totalizante:

One-worldists posit large histories that celebrate constructions of common ‘humanity’ of all Earth’s peoples and of ‘our common future’, undaunted by the effective histories of power and domination, and unfazed by the catastrophic practices of the politics of mass cruelty. (:714)

En un segundo orden, Bauman (2011) coincide con Arendt (2003) y Jain (2010) en que la razón práctica en el genocidio nazi se sintetiza en Eichmann, no como unas personas individualmente concebidas embargadas por un mal atroz, sino como el conjunto que guió su acción por el Derecho, definido por el bando de los vencedores. A partir de allí Hanna Arendt (2003), Michel Onfroy (2009) y Theodor W. Adorno (1998), critican la razón instrumental que guía la modernidad capitalista, como el imperativo categórico alegado por los victimarios.

Construyendo las bases de la teoría crítica, Adorno (1998) resaltó un nuevo imperativo categórico sustentado en la educación: Auschwitz no debe repetirse. Con esta idea que constituye premisa y conclusión, sustenta la posibilidad de repetición de dichos crímenes mientras “perduren en lo esencial las condiciones que hicieron madurar esa recaída” (:79). El pensador alemán con fundamento en Freud encuentra dos principales causas en esta criminalidad de Estado. Por una parte, la *civilización* engendra la anticivilización por lo que, basado en Freud, señala que el mundo objeto de regulación ha llevado a una claustrofobia de la humanidad, que a su vez genera una furia contra la civilización, dirigiéndose la ira contra las personas que se perciben como débiles. Por otro lado, sostiene la necesidad de reconocer el genocidio nazi como un problema social, una aberración que hace parte de la historia universal, de la modernidad, con fundamento en un nacionalismo agresivo y en el potencial autoritario. Ello también tuvo lugar con el genocidio armenio en la Primera Guerra Mundial, donde el silencio del mundo encubrió el asesinato de más de un millón de personas. (Adorno, 1998) De ahí que Adorno (1998) no atribuye el genocidio a una particular ideología, rechaza la maldad insular, y señala la necesidad de volver la mirada sobre los perseguidores, a través de una educación que prepare para la autorreflexión crítica. Onfray (2009), resalta como Adorno (1998) que la ausencia de ataduras no explica Auschwitz, con menor razón cuando Eichmann afirmaba guiarse por el imperativo categórico kantiano:

Cuando el acusado, en su banquillo, afirma haber vivido toda su existencia bajo el signo de Kant, al principio atrae hacia sí el desprecio del tribunal. En medio del vigoroso intercambio, esta afirmación suena poco razonable. ¿Un nazi kantiano? ¡Imposible! El juez Raveh, sin embargo, vuelve sobre ese dato e interroga al criminal de guerra. Quiere precisiones y esclarecimientos. Eichmann se los da; ha querido vivir bajo el imperio del imperativo categórico. El magistrado ciñe su interrogatorio al imperativo y Eichmann le da una definición que, sin ser literal, tampoco traiciona el espíritu del concepto: “Yo quería decir, con respecto a Kant, que el principio de mi voluntad siempre debe ser tal que pueda llegar a ser el principio de leyes generales”. (:21)

Adicionalmente, el pensador francés arremete sobre las que considera coincidencias entre el pensamiento kantiano y el nazismo, atribuyendo a Kant ser defensor de la superioridad de la

raza blanca, defensor de la pena capital, “defensor estricto de los derechos del estado y de los deberes de los ciudadanos”, al tiempo que abanderaba la obediencia ciega a la autoridad. (Onfray, 2009:26 y 27)

Desde luego que Onfray y Arendt se distancian en la comprensión del nivel de acatamiento kantiano en Eichmann, pues Arendt (2003) sostiene que la conexión kantiana con la facultad moral de juzgar, eliminaría la obediencia ciega, mientras que Onfray (2009) resalta que el acatamiento a la ley, implica el de los imperativos éticos kantianos, fundiendo justicia y ley: “De ahí la diferencia entre la *legalidad*, un valor positivo, ciertamente, pero que está situado muy por debajo, y la *moralidad* que es preferible porque supone la pureza de las intenciones”. (:23)

El crimen de Estado con fundamento en la visión que Bauman (2011) expone sobre el genocidio nazi, se presenta como una errada expresión de la idea de soberanía: un supuesto derecho a matar como expresión de autoridad, como un derecho de *su* autoridad. Por eso, su realización contradice el mito del “proceso civilizador” que se atribuye a la modernidad, y señala que elementos identificadores de ésta, emergentes del imperativo categórico kantiano -como la planificación, la disciplina, la insensibilidad, la burocracia y la obediencia a la ley-, viabilizaron el horror. Esto también se hizo patente en la criminalidad de Estado de la última dictadura argentina:

Las filas de “trasladados” en los campos argentinos, aceptando dócilmente la inyección y la muerte –que nos recuerdan a aquellas otras largas filas de judíos entrando sin resistencia a las cámaras de Auschwitz–, solo pueden explicarse después del vaciamiento al que fueron sometidos los sujetos y del arrasamiento que produjo en ellos el terror de la máquina concentracionaria. (...)

Poder de vida y muerte como parte, a la vez, de un poder disciplinario, normalizador y regulador. Un poder de burócratas obsesionados por las plantillas, los registros y los microfilmes, que asientan y dan fe de su capacidad de controlar, torturar, cercenar, matar. (Calveiro, 2003: 119 y 120)

La criminalidad de Estado puede sintetizarse en una “sociedad organizada cumpliendo una tarea especial”, con un objetivo repugnante que se asimilaba a otras actividades *normales* de la administración (Bauman, 2011:35). Es “un proceso de burocratización que implica una cierta rutina, “naturaliza” las atrocidades”. (Calveiro, 2004:6) Un desarrollo que también podría emerger de otra expresión kantiana: El Derecho Penal como facultad de Estado (Kant, 2008). Así, la razón instrumental a través de la institucionalización burocrática, consideró como razonable la *solución final*, lo que se corrobora con la afirmación del defensor de Eichman recogida en *Holocausto y Modernidad* como señal del sentido común de la modernidad: “Eichmann llevó a cabo acciones por las cuales uno recibe una condecoración si gana y va a la horca si pierde” (Bauman, 2011:40). Por eso, Estados que puedan autoreconocerse como democráticos, también pueden incurrir en la criminalidad de Estado. Con razón señala Garzón Valdés (2001) que el terrorismo de Estado no corresponde en exclusiva a los gobiernos totalitarios: “Esta falacia, a la que los lógicos llaman “conversión falsa” consiste en creer que porque una clase de objetos X tiene la propiedad P, P es exclusiva de X, lo que puede ser obviamente falso”. (:141) No se incluye una limitación relativa a la ilegalidad según el Derecho interno para el reconocimiento de crimen de Estado, ello obedece al afirmación de que esta criminalidad, puede desconocer sus hechos y responsabilidades, o simplemente señalar que se trata de hechos lícitos, como enseñó la Defensa de los Tribunales de Nüremberg, a partir de lo cual se sustenta la banalidad de este mal:

También comprendo que el subtítulo de la presente obra puede dar lugar a una auténtica controversia, ya que cuando hablo de la banalidad del mal lo hago solamente a un nivel estrictamente objetivo, y me limito a señalar un fenómeno que, en el curso del juicio, resultó evidente. Eichmann no era un Yago ni era un Macbeth, y nada pudo estar más lejos de sus intenciones que ‘resultar un villano’, al decir de Ricardo III. Eichmann carecía de motivos, salvo aquellos demostrados por su extraordinaria diligencia en orden a su personal progreso. Y, en sí misma, tal diligencia no era criminal; Eichmann hubiera sido absolutamente incapaz de asesinar a su superior para heredar su cargo. Para expresarlo en palabras llanas, podemos decir que Eichmann, sencillamente, no supo jamás lo que se hacía. Y fue precisamente esta falta de imaginación lo que le permitió, en el curso de varios meses, estar frente al judío alemán encargado de efectuar el interrogatorio policial en Jerusalén, y hablarle con el corazón en la mano, explicándole una y otra vez las razones por las que tan solo pudo alcanzar el grado

de teniente coronel de las SS, y que ninguna culpa tenía él de no haber sido ascendido a superiores rangos. Teóricamente, Eichmann sabía muy bien cuáles eran los problemas de fondo con que se enfrentaba, y en sus declaraciones postreras ante el tribunal habló de “la nueva escala de valores prescrita por el gobierno [nazi]”. No, Eichmann no era estúpido. Únicamente la pura y simple irreflexión –que en modo alguno podemos equiparar a la estupidez– fue lo que le predispuso a convertirse en el mayor criminal de su tiempo. Y si bien esto merece ser clasificado como “banalidad”, e incluso puede parecer cómico, y ni siquiera con la mejor voluntad cabe atribuir a Eichmann diabólica profundidad, también es cierto que tampoco podemos decir que sea algo normal o común. No es en modo alguno común que un hombre, en el instante de enfrentarse con la muerte, y, además, en el patíbulo, tan solo sea capaz de pensar en las frases oídas en los entierros y funerales a los que en el curso de su vida asistió, y que estas “palabras aladas” pudieran velar totalmente la perspectiva de su propia muerte. En realidad, una de las lecciones que nos dio el proceso de Jerusalén fue que tal alejamiento de la realidad y tal irreflexión pueden causar más daño que todos los malos instintos inherentes, quizá, a la naturaleza humana. Pero fue únicamente una lección, no una explicación del fenómeno, ni una teoría sobre el mismo. (Arendt, 2003:171)

En similares reflexiones, denunciando el mito de la maldad individual, Bauman (2011) se pregunta cómo tuvo lugar la transformación de funcionarios corrientes en asesinos en masa y a través de la respuesta, signa la necesidad de no entender ni la política, ni el derecho, ni en general, el ejercicio del Estado desarraigadas de la resistencia:

En opinión de Herbert C. Kelman, las inhibiciones morales ante las atrocidades violentas disminuyen cuando se cumplen tres condiciones, por separado o juntas: la violencia está autorizada (por unas órdenes oficiales emitidas por los departamentos legalmente competentes); las acciones están dentro de una rutina (creada por las normas de gestión y por la exacta delimitación de las funciones); y las víctimas de la violencia están deshumanizadas (como consecuencia de las definiciones ideológicas y del adoctrinamiento).

Adorno, Brunswik, Levinson y Sanford (1950) indagaron por las *potencialidades fascistas* de los individuos en virtud de una susceptibilidad a la propaganda antidemocrática, encontrando

que tienen como escenario basal, estructuras de personalidad que subyacen al conservadurismo político-económico, y a entornos familiares autoritarios desde la infancia, que deben ser modificados por diferentes medios pues son producto de la organización global de la sociedad. El estudio señala que los resultados no pueden ser considerados en términos absolutos sino como propios del análisis estadístico, es decir como un conjunto de síntomas con características concretas. De ahí que señalaron la necesidad de otros estudios que permitan conocer todas las condiciones necesarias para la consolidación de los brotes de violencia. En coherencia con ello, Adorno y Horkheimer (1998) llamaron la atención en la *Dialéctica de la Ilustración*, sobre la voluntad de destrucción gestada socialmente. Por ello, cuando Feierstein (2008) une los conceptos de tecnología de poder y práctica social, llama la atención sobre que la criminalidad de Estado, no es simplemente algo que acaece: “Una práctica social implica un proceso llevado a cabo por seres humanos y requiere de modos de entrenamiento, perfeccionamiento, legitimación y consenso que difieren de una práctica automática o espontánea”. (:36) En ese orden de ideas, Alija Fernández (2011) describe las motivaciones de la persecución nazi:

Las persecuciones nazis atendieron principalmente a una triple motivación: *política* (principalmente contra los grupos de izquierdas, que desarrollaron durante todo el régimen nazi una labor de resistencia frente al Estado totalitario, (...) *religiosa* (contra la Iglesia católica, por tratarse de una organización muy poderosa que había conservado su influencia durante dos milenios, y contra las Iglesias protestantes, por el desprecio que a Hitler le provocaba su falta de unidad) y *racial*. (:102)

En una escala político-social, es de particular interés que la descripción de la atrocidad *justificada* coincide con los elementos estructurales de un concepto de criminalidad de Estado: Una tecnología de poder que surge en la modernidad y que implica el uso de violencia autorizada, en desarrollo de una doctrina oficial o cuasioficial, sobre unas víctimas que se han pretendido deshumanizar a partir de definiciones ideológicas. (Feierstein, 2008) Precisamente, Roxin (2006) desarrolló la teoría de la coautoría mediata en aparatos organizados de poder, pensando en las actuaciones del Estado alemán nazi, donde utilizaba el Derecho vigente *e.g.* para aplicar la

llamada solución final. De su pensamiento se infiere, de nuevo, esa doble faz de la criminalidad de Estado y de su aprovechamiento del Derecho.

Así, dos dimensiones se sostienen en la criminalidad de Estado: una utiliza el monopolio legal de la violencia del Estado, para presentar determinadas acciones como legítimas, y otra es relativa a la violencia que se expresa en términos más francos de ilegitimidad. De allí emerge su mayor capacidad de hacer daño, como de impunidad. Al respecto sostiene José Carlos Moreira Da Silva Filho (2012):

(...) aun con las balizas de la noción de Estado de Derecho –es decir, de un Estado que se someta a leyes democráticamente producidas por él mismo-, el calificativo de “legítima” atribuido a la violencia ejercida por el Estado puede dar paso a verdaderas atrocidades, no raras veces apoyadas en la flexibilidad del concepto. No siempre queda claro para la sociedad y sus agentes públicos qué separa la violencia legítima de la ilegítima.

Precisamente, por detener el monopolio de la violencia, el Estado es el que posee las mayores probabilidades de utilizarla de manera inadecuada, como así también es el que puede propiciar los resultados más funestos, tanto en calidad como en cantidad. (:208)

Esto se responde y coincide además, con Michael Löwy (2003) interpretando al Kafka anarquista de *El Proceso*, quien encuentra que la burocracia se acompañó de “la naturaleza inhumana y homicida de los aparatos institucionales jurídicos/estatales” (:97). De donde se advierten significativas posibilidades para la comisión de crímenes internacionales en Estados que concentran como ninguna otra estructura, poder y autoridad. Como señala Rothe (2009): “Regrettably, state criminality generally involves the worst harm known to humans”. (:29) De ahí que se tienen suficientes evidencias para dar razón a Zaffaroni (2012) cuando considera que los principales crímenes, que denomina crímenes de masa, se cometen desde el Estado y tienden a agigantarse al provenir de una entidad hegemónica. Esto también ha sido reconocido por el sistema universal de protección de derechos humanos. Además, como lo señala el magistrado argentino, el poder punitivo siempre es selectivo. Esto tiene profundas implicaciones en los

mecanismos que el Estado genera para garantizar la impunidad, y funda reflexiones que se abordarán más adelante, en relación con la CPI. (*infra* cap. 3)

Asimismo, estos elementos, sumados al sostenimiento de la criminalidad de Estado a pesar de la difusión de la responsabilidad internacional de los Estados y de los individuos, (*infra* cap. 2, sección 2, 2) muestran que las lecciones del genocidio nazi no han sido debidamente apprehendidas. A pesar del surgimiento del DIDH, y del DPI, la criminalidad de Estado permanece, si se quiere, cada vez más mimetizada y rotunda. Entonces, la maldad insular no explica la permanencia de la criminalidad de Estado. En dicha vía, para Pilar Calveiro (2012) la criminalidad de Estado se conforma a partir de un sistema represivo organizado en la articulación de una red represiva legal y otra ilegal, similarmente gestionadas por el Estado que las utiliza según sus necesidades. Entonces, dada “*la ilegalidad sistemática de sus prácticas, el Estado se fue prefigurando como Estado criminal*”. La visibilidad y clandestinidad como características de la criminalidad de Estado, sustentan la impunidad, y funcionan como mecanismos de amedrantamiento social. (Calveiro, 2012; Feierstein, 2008) Bauman (2011) encontraría esto como lógico, pues la sociología se ha construido a partir de la defensa de una civilización, una modernidad y una civilización modernas. Entonces solo en apariencia se impediría arribar la réplica a partir de ese Derecho y esa Sociología como especies y sustentadoras de la modernidad. Pero, a pesar de ello, una redimensión de la Sociología y el Derecho pueden atraer algunas respuestas para la disyuntiva que se sintetiza en la necesidad de la no repetición de las graves violaciones de los derechos humanos y de los crímenes internacionales cometidos por los Estados y sus agentes.

Estas corroboraciones, contrastadas con la idea de autolimitación de la razón de Estado que fundamenta Foucault (2007), permiten asumir diversas consideraciones que se continuarán debatiendo a lo largo de esta tesis. La primera es que la razón de Estado (desde una perspectiva foucoltiana) no se ha autolimitado como expresión de su racionalidad interna y menos aún de su autoridad. Al contrario, esta restricción ha tenido lugar a partir de procesos de resistencia social más eficaces, en la medida en que pueden coincidir con las pretensiones de otras fuentes de poder

y, de esta forma, se reflejan en el Derecho. Los resultados atroces del holocausto sirvieron para rechazar teorías que no se desechaban por su estructura o efectos contra la sociedad, como la Teoría del Espacio Vital; sino en la medida que permitían limitar los efectos de determinada hegemonía, para el caso, la alemana y nazi. Ello explica, *e.g.* que el principio de autodeterminación de los pueblos, reconocido en la Carta de las Naciones Unidas (Arts. 1.2, 2.1, y 2.4) como respuesta inmediata al genocidio nazi, tenga una efectividad cuestionable en términos de realidad.

Estas situaciones discuten que el escenario de autolimitación estatal haya tenido lugar tras el desarrollo de la segunda posguerra, y refieren de nuevo la insuficiencia del Derecho. Tras abandonarse de manera formal la pretensión de razón de Estado, ésta se señala como la mayor condicionante en la vinculación jurídica de determinados Estados, los que encabezan las hegemonías. El Derecho Internacional se expresa en campo de debate y de combate sobre las lógicas de ampliación de la razón de algunos Estados, como en el largo proceso de reconocimiento de Palestina como Estado en el seno de las Naciones Unidas, o en el rechazo a determinados ataques desproporcionados, que se fundan en quien los desarrolló y no en cómo se efectuaron y en las víctimas que dejaron, como de nuevo se corrobora con las operaciones de la OTÁN sobre los Balcanes, o de Israel contra Palestina. En suma, como tuvo lugar bajo el holocausto nazi, el Derecho se renueva como instrumento de ampliación de la hegemonía. Sobre los procesos y lugares de transformación de esta situación, se retornará en el último capítulo. Pero por ahora es lógico advertir, que la pretensión de inmovilidad de los elementos basales de la modernidad, trae consigo la inmovilización de los factores de esta modernidad que permitieron la edificación del genocidio nazi. Es necesario reconocer como lo hace Bauman (2011) con fundamento en los estudios de Stanley Milgram, que “la inhumanidad tiene que ver con las relaciones sociales” (:181) y, en particular, con la tendencia humana a acatar las órdenes que se le imparten.

Sección 3. Criminalidad estatal y conceptos de Derecho: Un concepto de crimen de Estado

Intentar pensar el Estado es exponerse a retomar en su
provecho un pensamiento de Estado, a aplicar al Estado

categorías de pensamiento producidas y garantizadas por el Estado, a desconocer, por consiguiente, la verdad más fundamental del Estado (Bourdieu 1993:49).

Habiendo evidenciado la construcción de la criminalidad de Estado como fenómeno de la razón instrumental capitalista e instalado a través del mito del Estado ético, es necesario hacer aproximación a su configuración a partir de la ley. Para ello es necesario revisar la influencia en dicha edificación del concepto de Derecho que sea adoptado, así como los linderos del crimen de Estado como categoría para el Derecho.

1. Dos puntos de vista sobre el Derecho.

Dos discusiones enlazadas, permiten aclarar la naturaleza jurídica de la criminalidad de Estado en la modernidad. La primera se refiere al concepto de Derecho y su eventual vinculación con la expectativa de cumplimiento de los intereses de ciudadanas y ciudadanos. La segunda trata del poder concentratorio del Derecho Penal, de donde se vincula que el Derecho tenga o no la posibilidad de perseguir las conductas del Estado, a pesar, precisamente, de ser un instrumento del Estado.

Estas discusiones pueden contrastarse a través de diferentes puntos de vista sobre el Derecho y, por ende, sobre la función punitiva. Por una parte, se encuentran Antonio Gramsci, Helio Gallardo y Boaventura de Sousa Santos en su crítica al programa liberal y su consecuente comprensión del Derecho liberal y de los derechos humanos como espejismo a transformar. En otra orilla, la postura kantiana rompe con la visión de totalidad social organicista donde el individuo se percibe en función de esa totalidad (Rossi, 2000) y propugna por un soberano que se autolimita por la razón (limitación exterior) y la moral (limitación interna), pero en una postura de verticalidad frente a los individuos, solo tamizada por su concepción de lo moral. Esta concepción, en últimas, se consigna en una teoría de las costumbres o ética, que incluye al

Derecho, pero no tiene la coercibilidad de este último; por lo que la moral señalaría que deben reprimirse las inclinaciones que resultan contrarias al deber (Kant, 2008).

Como se confirma en la *Metafísica de las Costumbres*, (Kant, 2008) la razón kantiana fija sus límites, y como expresión de una práctica burguesa en expansión, se escinde en una razón ilustrada crítica y pública (además, construye la política del espacio público) y una razón jurídica que limita a la anterior a través de la obediencia. (Cortina, 1995; Rossi, 2000) De ahí que se resalte la ambigüedad de la razón en Kant en tanto que a partir de la naturalización de los intereses de lo privado: “permite disociar lo político como reino de la igualdad formal de lo social como reino de la desigualdad”. (Rossi, 2000:191)

En crítica al programa liberal, del cual Kant es sintetizador en lo jurídico; Gramsci (2005) señaló que este esquema exhibe un Estado como ente superior a la competición entre las clases, “ético”, en definitiva, una aspiración política que debe su vigor a su naturaleza de espejismo. En el mismo sentido para Gallardo (2009) el sistema capitalista “*despierta expectativa de derechos*” (:48) y prohíbe su materialización, siendo más concreta esta ilusión en el caso de Latinoamérica: “*el Estado de derecho latinoamericano es un simulacro, no una realidad*” (:53). Desde una postura posmoderna el argumento es igualmente reconocido:

Una premisa angular que no puede ser desconocida, es que el establecimiento del Estado moderno se configuró arquitectónicamente en dos estrategias congruentes y conjuntas del *movimiento ilustrado*: por un lado, la construcción de un manto de *oscuridad* y por el otro, la promesa de que el candor de la nueva *racionalidad* será el faro que irradie el progreso de la humanidad.

(...) La Ilustración, significó, por otra parte, la supresión o disminución de las *racionalidades* que diferían a la ella defendida.

(...) La característica principal del Estado Moderno se consagró, en esta medida en la oferta de un futuro prometedor, en la idea de progreso y de evolución.

(Fuentes Contreras, 2013:47 -49).

Sousa Santos (2005) resalta que conocidas las imposibilidades de la concepción liberal de Estado, sus principios son diferenciados funcionalmente y se expresan como independientes, y tienen, como si no fuese suficiente, una vocación maximalista. En este entronque se pretende sostener, por la modernidad que el Estado está sometido a la racionalidad supuestamente (por hegemónica) emancipadora de los derechos humanos, a través de tres situaciones ya reseñadas: la idea de un Estado “ético”, la utilización de una ciencia instrumental (que suele expresarse en dogmática en el Derecho), y una dimensión hegemónica de los derechos como globalización desde arriba, todo en el entorno de un Estado maximizado en la aplicación del Derecho Penal. Rivera Beiras (2004) da un interesante ejemplo a partir del debate causalismo-finalismo de la conducción “científica” de la dogmática penal:

(...) la polémica entre causalistas y finalistas se va entonces situando en un plano específico, que no es otro que el rol ideológico que cumplió en una doble dirección: primero, para echar un manto de olvido sobre el horror del papel que cumplió la ciencia penal en el pasado nazi y, posteriormente, de paso, para edificar un pretendido Derecho penal apolítico, neutro y científico en cuyo seno no tengan cabida debates -y verdaderos cuestionamientos- de índole político-criminal. Esta posición ha sido, sin duda, la que ganó la batalla, al menos la de la enseñanza de la disciplina en las Universidades europeas y latinoamericanas. Pero conviene no olvidar nunca, entonces, las raíces ideológicas autoritarias de las que ha emergido una ciencia penal semejante”. (:154)

Desde luego, el resultado no será un Estado limitado por un Derecho Penal que se procure emancipador. El efecto es un tablado de *complementariedad*, incluso para los crímenes fundamentales (*core crimes*) del DPI, afirmándose desde el ER hasta la conferencia de revisión de Kampala, que la persecución penal es asunto de primigenio interés de los Estados, solo para estos efectos no globalizados:

The co-focal points, Denmark and South Africa, in their opening remarks, recalled that the Court was complementary to national jurisdictions and would operate only where a State was unable or unwilling to carry out investigations and prosecutions. They noted that the global challenge was for States to assist each other to fight impunity where it began, i.e. at the national level. Although having primary jurisdiction to investigate and prosecute the

crimes within the jurisdiction of the Court, some States did not have the capacity to do so, which could lead to an impunity gap. They noted that the role that the Court could play in positive complementarity was limited by the nature of the institution and its resources. All efforts at bridging the impunity gap should be done with sensitivity to context and environment. (ICC, Kampala, 2010a, párr. 1)

En estas condiciones, la lógica de Estado que relega su persecución, a través del espejismo del Estado ético, demuestra la utilización de la racionalidad instrumental en la ética y del Derecho. Así, resulta imposible la limitación material del poder estatal desde una concepción hegemónica de los derechos humanos, pues siguiendo a Santos (2005), una globalización desde arriba no permite un desarrollo armonioso del pilar de la emancipación. Así, Santos (2005) señala que se confió a la ciencia (concebida como hegemónica y colonial) los previsibles excesos y déficits de la hegemonía, que se presentaban como resolubles. Entonces, se pretendió superar las dificultades de los pilares del paradigma de la modernidad implicando formalmente dos columnas: El Derecho como integrante de una de las racionalidades del pilar emancipatorio, se aspiró transformador y limitante del principio de Estado como constitución de poder. En concordancia se encuentra:

[E]l conocimiento que permite intervenir sobre la sociedad genera control y poder social, los cuales originan la problemática de las condiciones intersubjetivas dentro de las cuales sería legítimo el uso de dicho poder y de la emancipación respecto a él. Por lo tanto, la necesidad de entender, legitimar y emanciparse de dicho “extrañamiento” es una de las causas de la producción de formas alternativas de conocimiento, las cuales se fundamentan en la teoría crítica o emancipatoria. (Orjuela Escobar, 2012:29)

Se observa entonces la pugna entre escenarios generados como simultáneos por el pilar de la dominación de la modernidad: el Derecho en cuanto supuesto espacio de conciliación de todas las individualidades, y como expresión del poder de Estado.

En el primer orden, uno de los arquitectos del Derecho occidental (Cortina, 1995; Moya, 2012; Rossi, 2000), Immanuel Kant (2008), señala que el Derecho constituye “*el conjunto de*

condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad". Por tanto, considera que la coacción es una facultad pues *"todo lo contrario a derecho (...) es un obstáculo a la libertad según leyes universales"* (:40). Establece así una concepción individualizadora y conciliadora en el Derecho, pues como legislación externa solo puede pretender adhesión y regulación exterior de las relaciones mutuas entre individuos. Mientras tanto, la moral exige una adhesión íntima, planteando deberes consigo mismo. (Cortina Orts, 2008) Pero el Derecho en Kant es algo más que el escenario del ejercicio de libertad "universal", con mayor intensidad, cuando el Derecho Penal concentra el poder sancionatorio, y se inscribe dentro del Derecho Público. La calificación no puede ser más inquietante si concibe la función punitiva del Estado como el Derecho en cabeza del soberano de castigar a quienes le están sometidos (2005). Sobre este poder, desde Kant (2008:147), no existe sino el acatamiento: *"la voluntad del legislador (...) en lo que se refiere a lo mío y lo tuyo exterior, es irreprochable (irrepreensible), la facultad ejecutiva del jefe supremo (...) es incontestable (irresistible) y la sentencia del juez supremo (...) es irrevocable (inapelable)"*. A lo cual agrega:

La razón por la que el pueblo debe soportar, a pesar de todo, un abuso del poder supremo, incluso un abuso considerado como intolerable, es que su resistencia a la legislación suprema misma ha de concebirse como contraria a la ley, incluso como destructora de la constitución legal en su totalidad. (...)

Por tanto, un cambio en una constitución política (defectuosa), que bien puede ser necesario a veces, sólo puede ser introducido por el soberano mismo mediante *reforma*, pero no por el pueblo, por consiguiente, no por *revolución*; y si se produce, sólo puede afectar al poder ejecutivo, no al legislativo. (:152-154)

En contravía, Zaffaroni (1998) considera que es insuficiente extraer un sistema de derecho penal directamente desde la razón. Además, concibe que la función punitiva es un *deber* del Estado pues justifica su existencia: posibilitar la convivencia y tutelar adecuadamente bienes jurídicos. Esta postura ratifica la idea de Derecho Penal como *derecho* estatal, por lo que debe además considerarse su ejercicio y la vinculación entre "sujetos procesales". Foucault (2012b) entrega algunas luces al respecto:

El suplicio judicial hay que comprenderlo también como un ritual político. Forma parte, aunque en modo menor, de las ceremonias por las cuales se manifiesta el poder.

(...)

El delito, además de su víctima inmediata, ataca al soberano y lo hace personalmente, ya que la ley vale por la voluntad del soberano y físicamente, ya que la fuerza de la ley es la fuerza del príncipe. (...) La intervención del soberano no es, por ende, un arbitraje entre dos adversarios: es incluso mucho más que una acción para hacer respetar los derechos de cada cual; es su réplica directa contra quien le ofendió. (...)

El derecho de castigar será, entonces, un aspecto del derecho del soberano a hacer la guerra a sus enemigos (...)

El suplicio desempeña, pues, una función jurídico-política. Se trata de un ceremonial que tiene por objeto reconstituir la soberanía por un instante ultrajada. (...) **El suplicio no restablecía la justicia, reactivaba el poder. (:58-60)**

Estos fenómenos de imposición del gravamen del principio de Estado sobre el Derecho como regulación del soberano, sobre el supliciado/procesado y a través de la hegemonía, se siguen acusando en la versión más reciente del paradigma de la modernidad que coincide con el Nuevo Humanismo Militar. Ello se sintetiza por Santos (2000) en una absorción del pilar de la emancipación por el de la regulación. Gramsci (1971) define la contrahegemonía como pensamiento crítico, la posibilidad de escogencia de la propia esfera de actividad: “participar activamente en la elaboración de la historia del mundo”. (:8) Entonces, la acción del pilar de la regulación, limita la comprensión emancipadora del concepto de los derechos humanos, que se convierte en contrahegemónica, mientras una dimensión del Derecho (ahora dogmática, previamente material) es subvertida y controlada por el ejercicio del poder, que no se aplicaría al Estado. Conclusión que se confirmaría de nuevo por Santos (2009):

De alguna manera pensamos que, al punto que llegamos, los instrumentos que fueron creados para lograr una emancipación social están produciendo el efecto opuesto, un efecto perverso. Hoy sabemos que se violan los derechos humanos para, aparentemente, preservarlos; se destruye la democracia, aparentemente para defenderla; se destruye la vida,

aparentemente para defenderla (un millón de personas ha muerto en los últimos cuatro años en Irak). (:17)

Pero ello no implica considerar una expansión del principio de Estado como forma del pilar de regulación. En realidad, se ha desplegado en exceso el principio del mercado en detrimento de los restantes fundamentos (Sousa Santos, 2000), y la visión hegemónica de los derechos humanos ha venido en su auxilio. A través de ella se sostiene un respeto universal por cierta tipología de derechos humanos solo en tanto sean compatibles con la “*ideología de mercado*” (Fariñas Dulce, 2000:156), y si concentran además libertades negativas como señala Gallardo (2009): “*La nueva autoridad es la individual propiedad capitalista y el falso colectivo del Estado. Este nuevo orden es también sacro*”. (:67) En sentido similar, destacaba Marx (2004), que los derechos civiles o políticos no implican la emancipación, sino que hacen parte de la categoría de “*libertad política*”. A partir de allí sustentó su crítica al concepto de derechos humanos desde Norteamérica y Francia, enraizados en una concepción de la humanidad individualista, burguesa, y disociados de la comunidad o sujeto colectivo. Esta concepción de ciudadanía individualista y limitada por los intereses de quienes detentan del poder, se conecta de nuevo con un entendimiento particular del Derecho y del poder de castigar. Carolina Prado (2004:118) trata dos comprensiones del castigo: Como un fenómeno “supeditado a los dictados del mercado” (Rusche, Kirchheimer, Melossi y Pavarini) y entendiendo el Derecho penal y el castigo “como instituciones que cumplen una función política de aparato represor e ideológico del Estado”. Esta se construye por Prado con sustento en Pashukanis, Hay, Ignatieff y Rothman. Recuérdese que en Althusser (y Balibar, 2004) las relaciones sociales pueden observarse como estructuras y según sus efectos, de donde concluye (Althusser, 2005) la existencia de los aparatos represivos e ideológicos del Estado, como entes que confluyen pero son diferenciados.

Pashukanis (1976) resaltaría el carácter ideológico del intercambio mercantil como sustento social. Estos dos fenómenos son expresiones de la ideología que ha instalado una determinada hegemonía.

En suma, un concepto de Derecho como expresión del Estado intrínsecamente limitadora, esto es, de estirpe liberal, puede generar dos tipos de comprensiones del Derecho Penal de los que dependerá la consideración del crimen de Estado. Una visión estricta entiende el Derecho como expresión de Estado y, por tanto, como su facultad. Si bien reconoce que el Estado y el Derecho se limitan, entre otros, a través de la razón, considera que en los procesos de creación y autolimitación de la norma, bajo el principio de autoregulación, no sería posible ni la configuración de la criminalidad de Estado, ni la persecución de los hechos que allí podrían registrarse.

Una segunda visión, amplia, sería la relativa al Estado liberal que promete su autoregulación, e invita a que la ciudadanía ejerza medidas de control sobre su actuar. Esta promesa de Estado ético subyace tras la estructuración del DIDH, a cuya construcción han acudido los Estados. A partir de allí se edificaron conceptos como el de graves violaciones de los derechos humanos, e incluso, el de crímenes internacionales en sede del DPI del Estatuto de Roma de la CPI.

2. El Crimen de Estado como categoría para el Derecho.

(...) entre el conocimiento y las cosas que éste tiene para conocer no puede haber ninguna relación de continuidad natural. Sólo puede haber una relación de violencia, dominación, poder y fuerza, una relación de violación. El conocimiento sólo puede ser una violación de las cosas a conocer y no percepción, reconocimiento, identificación de o con ellas. (Foucault, 1996:24)

Previamente, (*supra* cap 1, secc. 2, 2) se aludió al liberalismo en Foucault (1996 y 2007), como una forma de administración, de consumo de la libertad. Asimismo, se verificó que el control social en su variante de panoptismo, se convirtió en la dimensión característica de las relaciones de poder. Como señalaría Sandoval Huertas (1979, 1985) con sustento en el pensador francés, las transformaciones en el Derecho a instancias de la utilización del poder por la clase

social burguesa, no pueden interpretarse de manera adecuada bajo la figura de la humanización del Derecho. Al contrario: “el sistema de justicia penal es un instrumento de control violento, por definición histórica”, (Sandoval Huertas, 1979:10) resaltando con fundamento en Accattatis que “los instrumentos de control (...) adoptan las mismas características de la organización social dentro de la cual existen; por ello son consensuales para los grupos minoritarios hegemónicos pero coactivos o violentos para los demás”. (:11)

Ello ha implicado que las transformaciones del Derecho penal como instrumento de control, hayan derivado en un rediseño del miedo, una redimensión de la administración del miedo a cargo del Estado. Del miedo ante lo sanguinario, se pasó al miedo desde lo justificado, el castigo permanece pero bajo un método *ilustrado* que implica el finiquito del suplicio como ceremonia, para ser en realidad retirado de la mirada pública. (Foucault, 2012b). El Derecho en la ilustración señalará la idea de “encontrar la frontera legítima al poder de castigar”, (Anitua, 2004:17) pero buscando el sostenimiento a través del miedo (Chomsky, 2003)

Este rediseño del miedo muestra las dos caras del crimen de Estado para el Derecho, que va desde un sentido de prevaricato, bajo una perspectiva insular (responsabilidad de agentes), hasta la criminalidad de Estado como estructura, dimensión desde la que se ocupa el presente análisis. Cobijaría desde actos reconocidos como ilegales, o como diría Chambliss (1989): “The most important type of criminality organized by the state consists of acts defined by law as criminal and committed by state officials in the pursuit of their job as representatives of the state”, (:184) hasta acciones constitutivas de crímenes contra la humanidad, con independencia de que no transgredan la normatividad nacional, observada de manera aislada, como tuvo lugar, entre muchísimos otros ejemplos, en el genocidio nazi, o con la ausencia de tipificación del crimen de desaparición forzada de personas en Colombia. Dentro del primer evento Chambliss menciona: “Examples include a state’s complicity in piracy, smuggling, assassinations, criminal conspiracies, acting as an accessory before or after the fact, and violating laws that limit their activities. In the latter category would be included the use of illegal methods of spying on citizens, diverting funds in ways prohibited by law (...)”. (:184) Asimismo, excluye de estas

posibilidades “State-organized crime does not include criminal acts that benefit only individual officeholders, such as the acceptance of bribes or the illegal use of violence by the police against individuals, unless such acts violate existing criminal law and are official policy”. (:184) Se resalta de esta forma que el concepto de criminalidad de Estado en Chambliss, podría coincidir con las nociones de Crimen desde el Estado o Terrorismo *desde* el Estado, de Sergio García Ramírez. (Corte IDH, 2006avr)

Una tercera posibilidad, reconocida por la criminología crítica y el Derecho Penal progresista (Zaffaroni, *et. al.* 2012) reside en el proceso de selección de conductas como violentas, lo que Sandoval Huertas (1979) denomina el “momento estático de creación del Derecho Penal” (:12) y que consiste en un acto de violencia estructural. Como se advierte, dos fenómenos resultan comunes a todas estas expresiones: por un lado que no pueden comprenderse como violencias insulares, sino estructurales, y en segundo lugar, que consisten en la utilización del miedo como constructor y columna de sostenimiento de la criminalidad de Estado.

Hannah Arendt (1998) señala la cercanía de los conceptos de actos de Estado y razón de Estado como teoría, donde se aparta al Estado de las normas establecidas para los ciudadanos. Advierte que esta se muestra en dos sentidos: ya si se trata de un Estado, o de un Estado criminal. En el primero, aparecería como una necesidad relativa signada por la excepcionalidad. En tanto, un Estado por principios criminales queda fuera del Derecho Internacional, se le niega el reconocimiento de soberanía y, ante todo, queda en una situación difícilmente solucionable a través de conceptos jurídicos, salvo uno: “las órdenes criminales no deben ser obedecidas” (Arendt, 2003:173).

En revisión genealógica, Foucault (2007) señalará que el Estado de Derecho se opone al Estado de policía, pues en aquél los actos tienen valor si se enmarcan en leyes que les limitan previamente. Así, distingue las disposiciones legales (expresión de la soberanía) de las medidas administrativas, en tanto su principio, efectos y validez, sin abandonar su estrecha vinculación en la economía en un sentido negativo. Sostiene asimismo que bajo el Estado de Derecho se

formaliza un “capitalismo renovado”, pues el gobierno es “un prestador de reglas para un juego económico cuyos únicos participantes, y cuyos únicos agentes reales, tienen que ser los individuos o (...) las empresas” (:209).

Entonces, la vinculación Estado–control social, es palmaria a partir de la alusión de Foucault al ordoliberalismo¹², con sede en un orden económico– jurídico que no antagoniza la economía como elemento infra y el elemento jurídico político “del orden de lo supra” (2007:194). Por ello resulta necesario interpretar el Derecho en relación con las condiciones reales, entre otras sociales, en que se desarrolla (Sepúlveda, 1989). Sin que equivalga a una comprensión del Derecho como simple ideología:

Mi propósito es demostrar en estas conferencias cómo, de hecho, las condiciones políticas y económicas de existencia no son un velo o un obstáculo para el sujeto de conocimiento sino aquello a través de lo cual se forman los sujetos de conocimiento y, en consecuencia, las relaciones de verdad. Sólo puede haber ciertos tipos de sujetos de conocimiento, órdenes de verdad, dominios de saber, a partir de condiciones políticas, que son como el suelo en que se forman el sujeto, los dominios de saber y las relaciones con la verdad. Una historia de la verdad será posible para nosotros sólo si nos desembarazamos de estos grandes temas del sujeto de conocimiento, al mismo tiempo originario y absoluto, utilizando eventualmente el modelo nietzscheano. (Foucault, 1996:32)

2.1 El crimen de Estado: El holocausto como tecnología de poder.

Este libro es un desafío contra la afirmación más apreciada y esencial de la historia oficial: que el triunfo del capitalismo nace de la libertad, que el libre mercado desregulado va de la mano de la democracia. En lugar de eso, demostraré que esta forma fundamentalista del capitalismo ha surgido en un brutal parto cuyas comadronas han sido la violencia y la coerción, inflingidas en el cuerpo político colectivo así como en innumerables cuerpos individuales. La historia del libre mercado contemporáneo –el auge

¹² El ordoliberalismo alemán y el neoliberalismo norteamericano constituyen para Foucault las dos formas bajo las cuales se expresa la gubernamentalidad liberal. (2007).

del corporativismo, en realidad— ha sido escrita con letras de shock.

(Klein, 2007:43)

Esta tesis ya ha determinado uno de los mecanismos mediante los cuales se sostiene la impunidad de los crímenes de Estado: la idea de la maldad individual como expresión del mito de Estado neutral. Se evidenció que este proceso moderno del holocausto nazi es producto de un conjunto animado de ideologías que, argumentando la discriminación por razón de la raza, hacen verdadera aplicación de selecciones políticas. Este proceso se sustenta en una errada expresión de la idea de soberanía. Ante ello, se determinó que resulta central entender los linderos históricos de la idea de soberanía, y junto a Bauman (2011) y Benjamin (1987), recuperar la memoria de la criminalidad de Estado como aguijón. (*supra*: cap. 1 secc. 2,3)

Entonces, tras determinar el crimen de Estado como una *función* del Estado moderno capitalista, su naturaleza como práctica social y como *tecnología de poder*, es necesario profundizar sobre sus principales mecanismos de acción como tecnología de poder, lo que exige discernir sobre el poder de Estado.

Michel Foucault (1996a) encuentra que el poder se organiza de manera interrelacionada y no excluyente, ya como disciplina cuando se tiene por objeto el cuerpo social, o como biopolítica si el objeto es el cuerpo individual. Esta es una de las más interesantes reflexiones en su pensamiento, que se suma a las transformaciones que generó por sus específicas consideraciones sobre el poder, y la metodología para abordarlo. Señala que el poder se ejerce y circula, pero no se reparte de manera universal entre las personas, sino que dicha distribución es ya democrática como anárquica, por lo que postula un análisis *antecedente* del poder:

(...) partir de los mecanismos infinitesimales (que tienen su historia, su trayecto, su técnica y su táctica) y después ver cómo estos mecanismos de poder que tienen su solidez y su tecnología específica) han sido y son aún investidos, colonizados, utilizados, doblegados, transformados, trasladados, extendidos por mecanismos cada vez más generales y por formas de dominación global. (:32)

La característica central del poder moderno es que el Estado se construyó al tiempo como individualizante y totalitario (Foucault, 1998). No podría ser diferente cuando se recuerda que cuando la tecnología de poder se centra en la vida y se consolida históricamente en una sociedad normalizadora (Foucault, 1998), como la que tuvo lugar a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Una sociedad biopolítica, no disciplinaria. Esto quiere decir que se ubica en otro nivel al de la técnica disciplinaria, y que se traslada del cuerpo a la vida de los seres humanos. Una biopolítica que trabaja con la población como problema biológico y del poder (Foucault, 1998).

En Foucault (1990), las tecnologías de poder junto a las tecnologías de producción, de sistemas de signos y las tecnologías del yo, constituyen una matriz de la razón práctica y sustentan los juegos de verdad que se enmascaran como ciencias. Estos juegos (la economía, la biología, la psiquiatría, la medicina y la penología) son las maneras en que bajo la cultura actual, los seres humanos desarrollan un saber sobre sí mismos. Una tecnología de poder constituye una táctica en acción (Foucault, 1998), una técnica que determina la conducta de los individuos, “los someten a cierto tipo de fines o de dominación, y consisten en una objetivación del sujeto” (Foucault, 1990:48). En particular, la tecnología de poder es “un tipo de poder, una modalidad para ejercerlo” (Foucault, 2012b). Con fundamento en esta postura, Feierstein (2008) ha señalado que el genocidio de Estado constituye “una tecnología de poder peculiar, con causas, efectos y consecuencias específicos, que pueden intentar ser rastreados y analizados” (:13). Por ello, la existencia de víctimas de crímenes de Estado resalta la visión del Derecho como instrumento de dominación, y revela la puesta en práctica de una tecnología del poder consistente en la objetivización del sujeto. Por esta misma razón, el Crimen de Estado se inscribe en la modernidad, y en particular en la razón instrumental, pero no es privativo de occidente.

Definir la criminalidad de Estado como una tecnología de poder, implica asumirla más profundamente que como una latencia de la modernidad. (Feierstein, 2008) Pero adicionalmente, la fusión de la biopolítica con los rasgos de la modernidad es cuando menos inquietante. Solo deberá advertirse que esta última se traduce en un estado de amenaza y de devenir permanente, donde la modernidad capitalista se implementó de la mano de la racionalidad instrumental como instrumento de deshumanización que se mantiene. Tan categórica afirmación, que se sintetiza en

el Crimen de Estado como holocausto, exige revisar las vinculaciones entre Estado, Derecho y crimen de Estado. Esta investigación ha explicitado que el crimen de Estado no es una situación insular, comprendiendo que la maldad individual es un mito implementado para desconocer la existencia y asegurar la eficacia del crimen de Estado. A continuación se revisará la criminalidad de Estado como concepto de la modernidad, esto es, bajo una dimensión sociológica de su existencia.

Múltiples tradiciones se han auscultado hasta ahora, y permiten admitir que el Crimen de Estado es uno de los rasgos del proceso de la modernidad y del devenir que la signan. También puede considerarse como establecida la incidencia de la concepción de la soberanía en la dimensión de la criminalidad de Estado, y en la posibilidad de su procesamiento por el Derecho Penal Nacional (nivel interno), como por el DPI (nivel externo del Estado). Es momento pues, de explicitar estos hallazgos.

A partir de la discusión de la soberanía y sus límites, bajo Bodin (1997) y de manera inmediata no cabría el Crimen de Estado como concepto, aun cuando remotamente pudiese hacerse derivar de la transgresión del Derecho natural, al que estaría obligado el soberano. Pero sostenerlo no resuelve el problema relativo a la inexistencia de un tribunal humano que pudiese tramitar la facticidad y sanción de esta ofensa, bajo las condiciones de poder absoluto, perpetuo e ilimitado del soberano bajo la postura de Bodin.

Desde Rousseau (1989) se haría más realista la idea de criminalidad de Estado, como se genera a partir de la condensación de varios de sus postulados: (i) en cuanto el crimen de Estado traspasa los límites del contrato social; (ii) como fenómeno que colisiona con la libertad, lo que implica una renuncia a la propia humanidad; (iii) en virtud de la determinación de que el derecho del más fuerte no constituye derecho, pues se mantendría “la obligación de obedecer a los poderes legítimos”; (11) (iv) reconociendo que el soberano no puede tener interés contrario a los particulares, pues estos le conforman. Si además se considera que para Rousseau (1989) el ser humano no puede enajenarse a sí mismo, pues ello implicaría renuncia a los derechos y deberes de la humanidad: podría advertirse que a partir del contractualismo, la transgresión de esta

libertad es un crimen: “También hay tranquilidad en los calabozos; ¿basta esto para hacerlos agradables?” (:12) No obstante, su idea de crimen de Estado empezaría a diluirse cuando se recuerda que Rousseau (1989) considera imposible para el Estado, como compuesto de particulares, entrar a dañar, como no lo podría hacer el cuerpo respecto de alguno de sus miembros. En todo caso, la aproximación al Estado ético de Rousseau, ya impone limitaciones a su ejercicio, de donde se edificaría, con posterioridad, la idea del crimen de Estado.

El contractualismo hobbesiano no rechaza la violencia. Al contrario, diferencia la violencia justa de la violencia injusta. (Hobbes, 2005) Por ello, Grüner rechaza la ficción de tranquilidad del contractualismo, en un análisis que revela que aún desde este diseño, el crimen de Estado podría presentarse como una función del Estado:

Y, de todas maneras, la –ciertamente operativa– ficción contractualista puede tomarse por su reverso lógico, para decir que, aún cuando admitiéramos la discutible premisa de que la política es lo contrario de la violencia, los cadáveres son la *condición de posibilidad* de la política: en el dispositivo teórico contractualista (véase Hobbes) el Soberano *necesita* de los cadáveres para justificar su imposición de la Ley; de manera un poco esquemáticamente foucaultiana, se podría decir: la política *produce* sus propios cadáveres, la Ley *produce* su propia ilegalidad, para naturalizar su (como se dice) “imperio”; pero inmediatamente requiere que este origen sea *olvidado*: de otra manera, no podría reclamar obediencia universal, puesto que la violencia es del orden de lo *singular*, del acontecimiento reiterado pero intransferible, del límite en que el efecto sobre los cuerpos se sustrae a la Palabra. (:146)

Ante estas posturas, se tiene en Foucault una razón de Estado que se ensancha y autolimita por el vínculo Derecho–economía, por lo que resta determinar la razón por la cual el Derecho se ha convertido bajo la hegemonía, en instrumento de ampliación de la razón de Estado, con tal intensidad que se ha construido la criminalidad de Estado como un concepto de la modernidad.

Bajo la promesa de la libertad y mediante el uso de sus paradojas, la modernidad capitalista ha instalado la razón instrumental. Esto podría coincidir con posturas propias de una concepción centro-periferia o Norte-Sur como la de Dussel (2000), quien si bien no comparte muchas de las conclusiones de la *Dialéctica de la Ilustración*, reconoce que frente a las promesas, la modernidad ha intentado justificar “una praxis irracional de violencia” (:48). Para Villoro (1992) el concepto de función es un atributo de la modernidad, que condensa las relaciones que rigen entre las cosas y entre los seres humanos. Desde allí, la violencia de Estado podría considerarse una función del sistema hegemónico moderno, como una forma de relación con cierta tendencia a la permanencia, que se media a través del poder. Ello se corroboraría con Calveiro (2012) quien resalta que la violencia estatal es el núcleo duro del sistema hegemónico, sintetiza las características de las formas específicas de organización de poder y “visibiliza sentidos y lógicas que circulan en lo cotidiano” (:15). Pero en el contexto de la modernidad capitalista, debe reconocerse con Naomi Klein (2007), que el modelo hegemónico de libremercado capitalista precisa “condiciones autoritarias” (:33). Entonces, la violencia estatal tendrá expresiones tan diversas como el estadio de la modernidad en donde tengan lugar, y reflejarán visiones culturales y sociales determinadas. Ello también se aprecia con particular intensidad con el proceso de selección de víctimas, como se revisará más adelante. (*infra* cap. 2 y cap. 3, secc. 3, 2)

La ampliación de la razón de Estado ha venido aparejada de la construcción y utilización de la razón instrumental para construir la criminalidad de Estado. No podría ser menos en un escenario gestado a partir de la ilustración que, como señala Žižek (2011), tiene una inclinación totalitaria, por lo que campos de concentración y genocidios son una síntesis finalista negativa de la historia occidental. De tal contundencia es dicha correlación en el autor esloveno que encuentra que la violencia es “el complemento necesario del poder (...) [el cual] está presente siempre en la raíz de cualquier relación de violencia en apariencia apolítica” (:123). En un sentido, un tanto diverso, Bauman (2011) señala que el holocausto en tanto sociedad organizada cumpliendo una especial tarea, el “asesinato en masa a escala gigantesca”, como aparato burocrático, constituye un efecto, pero no la síntesis de la modernidad: “demostró su preocupación por la corrección en

los trámites burocráticos, por las sutilezas de la definición exacta, por los pormenores de las regulaciones burocráticas y por la obediencia a la ley”. (:35)

Una primera respuesta al interrogante se encontraría de nuevo en la conexión Derecho–economía, que presenta un elocuente ejemplo en el funcionamiento de la justicia penal. Foucault (2000) utiliza el concepto de *homo æconomicus*, creación de Adam Smith (1794), como constructo del hombre salvaje o presocial, propio del estado de la naturaleza. Así, distingue el ser humano presocial, y el salvaje creado por los economistas, como seres humanos salvajes. El *homo æconomicus* es una expresión de biopolítica que como persona es esencialmente gobernable, también constituye la *grilla de inteligibilidad* para gubernamentalizar el comportamiento de los individuos, por lo que se sintetiza en una racionalidad donde los indicadores del mercado se extienden “a todas las dimensiones de la vida política, cultura, social y humana”. (Foucault, 2007)

La estimación del poder público en términos de mercado y el análisis de los comportamientos no económicos, resultaron de interés para el neoliberalismo, encontrando que la “ley es la solución más económica para castigar bien a la gente y que el castigo sea eficaz” (Foucault, 2007:288). Por ello se propusieron mecánicas procesales para obtener el castigo y eliminar ciertas conductas bajo el principio de economía: El *homo penalis* es un *homo æconomicus*. (:288) En dicho entorno, el *homo æconomicus* tiene a su cargo el *enforcement of law*, que entre otros, constituye el conjunto de instrumentos de acción para dar realidad social y política a la prohibición en la ley, que se tolera, proporcionalmente a partir de la teoría neoliberal del consumo (Foucault, 2007).

Este *homo penalis* como *homo æconomicus* también se traslada al Estado, en tanto allí se instalan los intereses de quienes dominan bajo sus ventajas. En efecto, el crimen de Estado es un fenómeno de la modernidad (Kauzlarich, Mullins, & Matthews, 2003), y si se considera que la soberanía es una característica central del Estado moderno, (Bavaresco, 2003) el crimen de Estado es una tecnología del poder.

Este *homo penalis* como *homo aeconomicus* se traslada al Estado donde se instalan los intereses de quienes dominan bajo sus ventajas. En efecto, el crimen de Estado es un fenómeno de la modernidad (Kauzlarich *et. al.*, 2003), y si se considera que la soberanía es característica central del Estado moderno, (Bavaresco, 2003) el crimen de Estado es una tecnología del poder. Si bien debe reconocerse que comporta dificultad aceptar que siendo el Estado productor del Derecho, pueda excusarse cuando se trasgrede el Derecho producido o reconocido. Dicha conclusión se aplica tanto a la acción del Estado como estructura, o a través de sus integrantes. Desde Kant (2008), tampoco sería aceptable, pues rompería con su lógica de comprensión del Derecho como conjunto de condiciones delimitadoras entre los arbitrios humanos en virtud de la ley general de la libertad.

La existencia de los crímenes de Estado, refuerza la idea de que el Estado y su Derecho no tienen como fundamento la ley general de la libertad, sino la lógica de poder como lo corrobora el Derecho Internacional, aun cuando el surgimiento de la categoría de crimen de Estado se conecte con la idea de humanidad, como supuesto regulador del poder político. En dicho sentido Foucault (2012b) señala que en realidad, el discurso de humanización no tenía como referente al reo, sino a su público, por lo que la conexión entre economía y la política viabilizaron el tránsito hacia “*castigos humanos*”, así: “Esta racionalidad ‘económica’ es la que debe proporcionar la pena y prescribir sus técnicas afinadas. ‘Humanidad’ es el nombre respetuoso que se da a esta economía y a sus cálculos minuciosos (:106).

Foucault (1996) alude en dicho contexto a la tragedia del poder y del control del poder político. A partir de la imagen edípica, señala la discusión entre el poder y el saber en una imagen profundamente evocadora de la criminalidad de Estado: “El tirano griego no era simplemente quien tomaba el poder; si se adueñaba de él era porque detentaba o hacía valer el hecho de detentar un saber superior, en cuanto a su eficacia, al de los demás” (:54). La racionalidad del Estado en tanto aglutinador del saber social en Ihering (2006), se transforma en Foucault en la constatación del crimen de Estado como representación del poder, un saber y una eficacia. Un

poder autodenominado como saber, que encierra eficacia para nombrar sus ilícitos a través de la impunidad, como diría Ihering (2006): “los hechos salvadores de la violencia del Estado. (...) el juicio sobre ellos está en su éxito; del foro del derecho que los condena, apelan al tribunal de la historia” (:185). Poder, saber y eficacia para idear, ejecutar, e ignorar la ocurrencia del crimen; elementos constitutivos de la criminalidad de Estado recopilados en la sentencia condenatoria de Fujimori en el Perú (Corte Suprema de la República: 538 ss). El reconocimiento de un poder de Estado que define el del Derecho, que además ha puesto en crisis el concepto moderno de derecho penal, como advierte Zaffaroni (1993):

Los fuegos artificiales de las teorías que legitiman la pena asignándole funciones manifiestas falsas (prevención, de cualquiera naturaleza) no logran ocultar las contradicciones cada vez más profundas y deteriorantes de profesores, jueces y abogados. El discurso en crisis no es una mera cuestión de palabras, sino que implica una grave crisis del poder jurídico. Nos vamos quedando vacíos, sin discurso (o con uno que sabemos falso, que es lo mismo), frente al poder de las restantes agencias no jurídicas que avanza arrolladoramente (policiales, administrativas, políticas, de comunicación masiva, etc.)

Las teorías positivas de la pena (preventivas) no han hecho otra cosa que legitimar el poder que nos engulle. El discurso jurídico-penal es la justificación de un ejercicio de poder punitivo que ejercen otros, no los juristas ni las agencias jurídicas. (:11 y 12)

Por otra parte, el concepto de dañosidad en la concepción penal de la criminalidad de Estado, ha estado rodeada de cierta polémica, desde la construcción de la teoría del dominio del hecho, con su expresión en la autoría mediata a través de los aparatos organizados de poder de Roxin, hasta la comprensión de dicha especie de autoría mediata, como una forma de neopunitivismo o, por lo menos, de la ampliación de una verdadera hipótesis de participación criminal. (Díaz y García Conlledo, 1991). La querella se acentúa cuando la tradición contractualista que presenta un discurso particularmente poderoso en sustento de la idea de derechos humanos, señala una fementida consideración benéfica de natura, del concepto de Estado, que ya ha sido puesta en discusión en esta tesis.

Con estas aclaraciones sobre la vinculación Estado, poder, economía y guerra; es necesario destacar dos de las dimensiones del fenómeno nazi. Una alusiva a la expansión ilimitada del sistema nazi en el mundo, y otra relativa a los efectos de la constitución del denominado como *enemigo interno*: los comunistas, los judíos, el pueblo Rom. Aquello que se ha sintetizado en la idea del judío bolchevique (Feierstein, 2008). En el primero de los órdenes, para autores como Hobsbawm (1998) la guerra era irresistible, en tanto “*la expansión y la agresión eran una parte consustancial del sistema [nazi]*”. (:159) La discusión se presenta en relación con el ataque contra el pueblo alemán, donde se ubica el concepto moderno de crimen de Estado que aquí se analiza. Por ello, la Segunda Guerra Mundial y, en general, la lucha contra el fascismo, a pesar de sus particulares pretensiones hegemonizantes, podrían constituir una lucha para conseguir una sociedad mejor (Hobsbawm, 1998).

En contraste, Žižek (2006) señala con Hegel que la democracia absoluta solo se actualiza en tanto terror: “*Tenemos, pues, que elegir en este punto: ¿Aceptamos la imperfección estructural, no sólo accidental, de la democracia, o asumimos también su dimensión terrorista?*”. (:224) Juan Carlos Bayón (2008) se pregunta si es posible la superación del Estado nación y si ello es deseable para configurar una democracia más allá del Estado.

Más allá de discutir la posible dimensión terrorista del crimen de Estado, que resulta un hecho indiscutible para el Derecho argentino bajo la noción de Terrorismo de Estado o de Estado genocida (Andreassi, 2005), y un concepto apropiado en la jurisprudencia interamericana (*infra* cap. 1, secc. 4, 1), debe reconocerse que en el Derecho Internacional y, en particular, en tres de sus sistemas –se resalta la conexión con el Derecho Internacional Humanitario si se trata de tiempos de conflicto armado no internacional–, se limita normativamente la actuación del Estado. Desde luego, el nuevo cuestionamiento es: ¿Cómo se definió dicha transformación desde una comprensión de Estado bajo el absolutismo, hacia el Estado que se limita en el Estado de Derecho o en el Estado Social de Derecho? La respuesta es sencilla: A través de un producto de la modernidad, que al unísono presenta en la actualidad vocaciones de hegemonía como de contrahegemonía. El Estado como referente unificador de normas, centra la seguridad en el

Derecho y a partir de sus fórmulas organizativas constitucionales, generó modelos de derechos humanos que corresponden en su visión hegemónica (por tanto, occidental), a modelos constitucionales: Desde los derechos humanos ahistóricos del modelo continental, hasta los derechos humanos historicistas del modelo inglés (Fioravanti, 1996). Un producto de la modernidad que se expandió tras la Segunda Guerra Mundial. Lógicas de derechos humanos que se presentarían como límites al Estado para afirmar, en términos de Ihering, su moral práctica.

Asiste entonces razón a Hobsbawm (1998) cuando señala que las grandes transformaciones entre la Primera Guerra Mundial y el inicio del siglo XXI (un mundo que ya no es eurocéntrico, pero que actúa como unidad operativa con reducción de las economías nacionales, con la desintegración de las antiguas pautas entre los seres humanos) evidencian una contradicción entre la unidad operativa mundial y el individualismo asocial. Con ello se acentuaron las características definitorias de la modernidad. En estas condiciones, los contenidos de la noción de crimen de Estado, surgen para el Derecho en el segundo momento histórico del siglo XX. Un momento que inicia, como lo reitera Hobsbawm (1998), con la caída del régimen nazi, a partir de la “*insólita y temporal alianza del capitalismo liberal y el comunismo*”. (:17) De allí surge la Segunda Posguerra, signada bajo la bipolaridad, aun cuando como lo destaca Pilar Calveiro (2012), era un momento iniciado con la Primera Guerra Mundial, cuando las potencias buscaron el control total del orbe por una sola de ellas. En este contexto, como lo señala Roberts (2010), a pesar de las dos pretensiones diferentes de las grandes potencias, se obtuvo la creación la Organización de las Naciones Unidas. Este contexto se actualiza cuando se comprende con Hobsbawm (1998) que uno de los aspectos de la catástrofe que constituyó la Segunda Guerra Mundial “*es que la humanidad ha aprendido a vivir en un mundo en el que la matanza, la tortura y el exilio masivo han adquirido la condición de experiencias cotidianas que ya no sorprenden a nadie*”. (:60) Se trata entonces de un escenario de realidad, inverso al proceso de “humanización” del que se había hablado a partir de la Ilustración:

Recuerda Ferrajoli (2001), a propósito de abordar el problema de los fundamentos del derecho a castigar, que fue en el terreno del Derecho penal donde, en los siglos XVII y XVIII, la filosofía del iusnaturalismo racionalista libró sus batallas contra el despotismo

represivo e inquisitivo del Antiguo Régimen y fueron definiendo los valores de la civilización jurídica moderna y las líneas maestras del Estado de Derecho: el respeto a la persona humana, los valores de la vida y de la libertad personal, el nexo entre legalidad y libertad, la tolerancia y la libertad de conciencia y de expresión y la primera función del Estado protector de unos derechos. Posteriormente, diversos factores contribuyeron a intentar desmoronar aquel edificio de la Modernidad. El autor italiano menciona, entre los más relevantes, el repliegue reaccionario del pensamiento liberal de fin del siglo XIX, una burda epistemología positivista basada exclusivamente en la aproximación acrítica al solo “derecho que es”; una suerte de paradójica “naturalización” “del Derecho penal como fenómeno externo e independiente de la obra de los juristas, susceptible de conocimiento o a lo sumo de explicación, pero no de justificación o de deslegitimación; y por ello la reducción de su legitimación externa o política a la interna o jurídica o la confusión de su justicia con su mera existencia. (Rivera Beiras, 2004a:287 y 288)

En estas condiciones, la víctima del crimen de Estado es víctima de quien determina, condiciona y sostiene el Derecho. Frecuentemente (casi siempre) será víctima del Derecho como expresión de poder, como forma ritual de guerra. Como en el derecho penal del suplicio, la víctima es retirada del escenario por el poder que solo usa el concepto de daño para reafirmarse, como a través del mecanismo de las confiscaciones, mediante la cual “*se pretende la reparación de la ofensa cometida contra el soberano, el Estado, la ley*” (Foucault, 1996:77). Ello explicaría porqué el Derecho Penal se ha pretendido como escenario de intocable soberanía: “en el derecho monárquico, el castigo es un ceremonial de soberanía”. (Foucault, 2012b:135) En otras palabras, el Derecho Penal es un ejercicio de la idea de soberanía en el Estado, y el sostenimiento de su impunidad, reproduce el ejercicio de dicha comprensión errada de soberanía.

La criminalidad de Estado como una versión del poder a partir de la modernidad, evidencia que la relación del poder sobre el cuerpo se ha transformado (Foucault, 2012b), y que el Derecho buscando su legitimación, reconoce la posibilidad de que el propio Estado entre en el terreno de la comisión de delitos. La pretensión del Estado moderno es mostrarse como racional, como ético, cuando continúa siendo un espejismo (Gallardo, 2009; Gramsci, 2005a). Situación

que llama la atención sobre el debate de administración de justicia en la contemporaneidad: El Estado *ético*, encuentra un discurso que confirma su lógica de soberanía hacia adentro y afuera, diciendo que se afirma en una racionalidad particular: Los derechos humanos. Esa racionalidad en el concierto internacional se revela, en términos de Santos (2005), como una dimensión hegemónica de los derechos como globalización desde arriba, trayendo consigo, incluso a pesar de la globalización, a un Estado maximizado en la aplicación del Derecho Penal. Preguntándose sobre la interrelación de la globalización y el camino hacia un paradigma cosmopolita del Derecho, Belloso Martín y de Julios-Campuzano (2008) señalan:

El interrogante de si nos dirigimos hacia un paradigma cosmopolita del Derecho parte de la propia ruptura del paradigma unitario del derecho vinculado al dominio jurídico-político del Estado-nación. Esta ruptura ha traído consigo un panorama de pluralismo normativo en el que conviven (...) diferentes órdenes normativos con espacios regulatorios compartidos y frecuentes intersecciones en sus contenidos prescriptivos; normas jurídicas superpuestas y parcial o totalmente coincidentes en sus ámbitos de validez que se entrecruzan de modo constante, creando con ello problemas nuevos y de difícil solución con los recursos que proporcionan los conceptos y categorías jurídicas tradicionales. (:15)

El Derecho tiene una vocación de espejismo para enfrentarse al Estado. Los intereses aglutinados en el Estado, en ejercicio de su control, utiliza el castigo/suplicio frente a un enemigo que ha delimitado y construido previamente. Un enemigo contra el que se realiza una guerra total: “La llamada guerra total tiene que ser total como acción y como estado (...) su sentido reside (...) en una hostilidad presupuesta, conceptualmente previa. (Schmitt, 2009:131) Esta es una consecuencia directa del pilar de regulación dentro del paradigma de la modernidad: Obligación vertical entre determinado tipo de ciudadanos y el Estado a través del Derecho.

La resolución, en propuesta emancipadora, propondría una revisión, que no se agota en este documento: ¿Qué elementos de edificación para un pensamiento crítico del Derecho entregaría el procesamiento del Estado y sus estructuras en el entorno de los crímenes fundamentales del DPI?

2.2 Ejercicios de discriminación: El crimen de Estado como categoría para el Derecho

Intereses diversos dentro de la modernidad, generan tipos distintos de criminalidad de Estado en un sentido general: una fundacional que puede coincidir, *e.g.* con el momento del arribo europeo a América, y una criminalidad reconfiguradora o reorganizadora, que también obedece a la permanente interacción entre la realidad y la pretensión del Derecho según la ética del Estado liberal. Dentro de esta comprensión se ubica también a Foucault (2000) cuando alude a la existencia de un genocidio colonizador que puede considerarse un genocidio que engloba tanto fenómenos fundacionales como reorganizadores.

Considerar los conceptos de criminalidad de Estado fundacional y criminalidad de Estado reorganizadora, instalados en la teoría de Daniel Feierstein (2008), no implica una adaptación directa de su concepto de genocidio. Por tal razón deben determinarse los escenarios de tránsito, semejanza o diferenciación del concepto de genocidio bajo la sociología y el de criminalidad de Estado que subyace en el Derecho.

El genocidio reorganizador puede explicarse a partir de la pretensión de creación de “una nueva legalidad, una nueva escala de valores y de normas sociales” como método de ejercicio de poder (Andreassi, 2005), esto es, como una pretensión propia de la modernidad, una aplicación de la biopolítica. El genocidio reorganizador se sustenta por tanto, en la utilización del miedo para el sostenimiento o la reimplantación de determinados intereses hegemónicos. En reflexión sobre las ejecuciones extrajudiciales llevadas a cabo en Colombia y conocidas como “Falsos Positivos”, Olga Lucía Carmona Marín (2012) los identifica como parte integrante de los dispositivos de control propios de la biopolítica. En la misma vía se pronuncia Díaz Gómez (2012), quien califica a estas graves violaciones de derechos humanos como “dispositivos de vigilancia y control en la configuración de sujetos políticos”. (:171) De esta forma, el genocidio como práctica social se establece tras determinar o identificar a un sujeto (individual o colectivo) como su enemigo-víctima, y aplicar una política preestablecida, que puede ser “legal” en cuanto

su adscripción al Derecho nacional, o ilegal, e incluso generarse a partir de una combinación de ellas. Unas víctimas de crimen de Estado, familiares de un desaparecido de la última dictadura argentina, señaló al respecto:

Luciana Mazuelos: El plan con los Crímenes de Lesa Humanidad, no era solamente exterminar a la persona física, era exterminar a su idea, era exterminar su actividad, su esperanza de que podía tener un mundo mejor era también una cuestión intelectual, era social, era cultural. Era exterminar a la persona física con todas sus ideas, con todos sus proyectos de país...

María Laura Mazuelos: y era exterminarlo también con respecto a sus hijos por eso se hacían las expropiaciones, se sacaban a sus hijos, robaban a sus hijos y se los entregaban a personas... Era contra su gente a su entorno, entonces era exterminar la idea, es decir bueno, estos niños nacen perfecto pero no van a seguir en esta gente, van a cambiar su núcleo social como pasa hoy en la actualidad hay muchos nietos que son recuperados por las madres, creo que ya vamos por el nieto 107, pero hay un montón de chicos que todavía. Primero que no saben que son hijos de desaparecidos y hay otros que si lo saben pero siguen en sus núcleos familiares totalmente negados a esta realidad porque ellos lograron esto, esta cuestión idealista y hacerles creer que lo que los militares hicieron estaba bien y que lo hacían por una cuestión de ideal y que perseguían un bien común y que tenían que terminar con esta guerra civil que había supuestamente según ellos. No era solamente terminar con la gente que tenía el ideal sino también con sus progenitores. (Mazuelos, L., Mazuelos, M.L y Gamboa, 2012)

En similar sentido Carvajal Martínez (2010), advierte: “se crearon medidas legales bajo la protección de la figura del orden público que terminaron por recortar derechos y libertades, esta misma normatividad jurídica permitió la persecución y represión sobre las organizaciones e individuos que consideraba como sus enemigos” (:260 y 2008). Por su parte, Manuel Fernando Quinche Ramírez y Víctor Alberto Quinche Ramírez (2011), encuentran esta adaptación en el caso colombiano:

Nuestra hipótesis es que la violencia contra el enemigo, fundante de la acción política en Schmitt y que se ha aceptado tradicionalmente en Colombia como adecuada descripción de

los actos políticos del presidente Uribe, se puede describir mejor, en un cierto sentido benjaminiano, como violencia refundadora de Estado, al interior de la ley. En sentido fuerte, el acto de dirigir contra el enemigo el ejercicio de la violencia, en medio del estado de excepción, refunda los vínculos políticos y lleva a repensar desde adentro la función del Estado (...) (:107 y 108)

Precisamente aquí se observa el principal puente entre el concepto de genocidio como práctica social y la criminalidad de Estado. En el pasado se señalaron las diferencias entre el genocidio y el terrorismo de Estado, a partir de la gran escala de crímenes que caracteriza al primero (Garzón Valdés, 2001:141). Esta postura debe abandonarse al considerar que en la actualidad el crimen internacional de genocidio, no exige un alto número para constituirse, sino la intención de destrucción, como surge de la pretensión de destrucción total o parcial de un grupo. (ONU, 1948; CIJ, 1951) No obstante, el concepto de administración del miedo que Garzón Valdés (2001) utiliza para diferenciar estos conceptos desde el ámbito sociológico, es de utilidad para identificar la criminalidad de Estado en la actualidad. Si bien resulta claro, como lo advierte el filósofo del Derecho; que la intimidación no es una condición necesaria del genocidio, sí es central en la configuración del terrorismo de Estado. A partir de allí el autor argentino acuña un concepto de terrorismo de Estado que coincide con el de crimen de Estado ejecutado a través de mecanismos enteramente ilegales:

El terrorismo de Estado es una forma de ejercicio del poder estatal cuya regla de reconocimiento permite y/o impone, con miras a crear el temor generalizado, la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, obstaculiza o anula la actividad judicial y convierte al gobierno en agente activo de la lucha por el poder. (:146 y 147)

Desde el triunfo del capitalismo con la revolución industrial (Hobsbawm, 1998), hasta la actualidad, se han desarrollado numerosos genocidios reorganizadores, fundados en procesos de selección, pero han tenido uno de sus momentos más reconocidos en el proceso genocida de la Segunda Guerra Mundial. Otros procesos de esta índole o fueron ignorados largo tiempo por

occidente, como el genocidio Armenio o lo siguen siendo como está terminando de suceder relación con Palestina, a pesar de que había sido denunciado desde el propio informe Whitaker. (ONU–Whitaker, 1985) El genocidio armenio (1915-1916), que cobró más de un cuarenta por ciento (40%) de esta población en el actual territorio de Turquía, y fue reconocido hasta el año de 1985 con la aprobación que la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas hizo del informe Whitaker. Esto implica que no figuró en el documento final del informe Ruhashyankiko en el año de 1979 (ONU, Ruhashyankiko, 1979), pues fue retirado del primer borrador, al parecer por la presión de Turquía. (Inazumi, 2005) El informe Whitaker refleja que el gobierno turco con posterioridad, asumió la tesis de negación del genocidio. (ONU–Whitaker, 1985) Ello empieza a revelar una de las características centrales de la criminalidad de Estado: su negación fáctica y jurídica. (*infra* cap. 2)

No obstante, el genocidio nazi también permite asociar una nueva configuración del proceso de selección, pues estos genocidas y con mayor contundencia, su pueblo, se convirtieron después en nuevo objeto de selección. Este transcurso ya no se vincula con sus acciones, sino con su identidad. Como destaca Hobsbawm (1998), quienes se adscribían al bando perdedor, o en cualquier forma estaban vinculados a ellos, empezaron a ser protagonistas de un proceso de aniquilamiento iniciado con el silenciamiento hasta que fueron: “prácticamente borrados de la historia y de la vida intelectual, salvo en su papel de ‘enemigo’ en el drama moral universal que enfrenta al bien con el mal”. (:14) Este resultado en la variación alemana entre dominantes y dominados, coincide con la denuncia Sandoval Huertas (1979) sobre el contenido político del estigma como hecho de violencia, pues su objeto preferido son los “individuos pertenecientes a sectores dominados, o marginados del proceso de producción” (:52). Entre los ejemplos que se actualizan de forma permanente, Rajagopal (2003) se ocupa de la estigmatización del pensamiento diferente, y sobre los ejercicios de selección clasista, el caso brasilero es más que elocuente:

(...) [E]n 2003, en el estado de Río de Janeiro, 1.195 personas fueron asesinadas por la policía (más de 65% de ellas mostraban signos inequívocos de ejecución). En 2004, las víctimas fatales fueron 984 y en 2005 el número subió a 1.087. En 2006, solo en el primer

semestre, se registraron 520 civiles muertos por la policía. Casi todos fueron jóvenes negros habitantes de las favelas.

Esto no es casual sino una especie de «efecto colateral» del remedio empleado por las autoridades para «combatir» el tráfico de drogas y armas al menudeo con incursiones bélicas, sobre todo nocturnas, en los lugares considerados peligrosos. Durante esos operativos, la policía no tomó prisioneros ni aceptó la rendición de los sospechosos. En general, estos números aterradores describen un verdadero genocidio, resultado de una política deliberada de exterminio, ilegal y arbitraria, basada en la creencia de que le corresponde a la policía identificar al sospechoso, juzgarlo, sentenciarlo a la pena capital y ejecutarlo, todo en un mismo momento.

Es verdad que la brutalidad letal de los policías parece insuperable. Pero lo notable, lo que revela la barbarie del Estado, es que estas prácticas persistan sin que el Ministerio Público o la Justicia intervengan y sin que la opinión pública imponga a los líderes políticos una reacción. Y es más notable todavía si se considera que la táctica de las confrontaciones y de las incursiones bélicas, que iguala a las favelas con un territorio enemigo a devastar, no ha generado ningún beneficio para la seguridad pública. Al contrario, la criminalidad perdura e incluso se expande y prospera. (Soares y Guindani, 2007:62)

Queda evidenciado el crimen de Estado como venganza, signada por el poder y la conflictualidad actualizadas. Se trata del ejercicio de poder político, que queriéndose presentar bajo el mito del Estado ético, utiliza la negación y la supuesta insularidad (la conocida retórica de agentes de Estado y no Estados), para traslapar una verdadera tecnología de poder. Esa tecnología de poder transita a través de la discriminación, como lo resalta Zaffaroni (2011) en relación con el poder punitivo, que no otorga un trato correspondiente a personas, sino como “entes *peligrosos o dañinos*. Seres humanos señalados como *enemigos de la sociedad*”. (:11) Esto es, el fenómeno que Tugendhat (1992), entiende como discriminación primaria o aristotélica, que señala la existencia de diferencias básicas del valor de diferentes tipos de personas. Por lo tanto, la reafirma como una discriminación que debe ser rechazada, pues ante su ausencia “los derechos fundamentales se distribuyen de una manera igualitaria, y en parte por esto se llaman derechos

humanos”. (:31) Así, la discriminación primaria se contrasta con la distinción secundaria que exige distinciones de distribución fundadas en el mismo respeto (valor) por todas las personas, con fundamento en la necesidad, el derecho particular y el mérito. Como expresión de la discriminación primaria, Feierstein (2008) con fundamento en Chalk y Jonassohn, sintetiza cuatro modelos de genocidio, en otra idea que conecta su concepto de genocidio reorganizador y la criminalidad de Estado, con tal contundencia que podrían consistir en su tipología:

- a) Aquellos implementados para eliminar una amenaza real o potencial a la sociedad;
- b) Aquellos implementados para diseminar el terror entre enemigos reales y potenciales;
- c) Aquellos implementados para adquirir riqueza económica;
- d) Aquellos implementados para desarrollar una creencia religiosa, una teoría científica o una ideología. (:89)

A estas expresiones subyace lo que Tugendhat (1998) denomina la incapacidad de construcción de conciencia colectiva como enfermedad: “Ésta, consiste en una incapacidad colectiva para construir la conciencia de la propia identidad colectiva sin desprestigiar las demás identidades culturales y nacionales, y de ahí llegar a negar incluso que los demás también son personas” (:36). Entonces, para entender la inclemencia del crimen de Estado como expresión de la violencia estatal son de utilidad los conceptos de violencia como el de la crítica a la violencia desde otra víctima del genocidio nazi. El pensador alemán Walter Benjamin (1971) define la violencia como un *medio*, cuya crítica se ejerce en la relación con el derecho y la justicia. El autor diferencia la tesis iusnaturalista de la violencia, que señala como jurídicamente legítima a la “violencia que se adecúa casi exclusivamente a los fines naturales”, que lleva a una casuística sin fin, y se opone a las tesis de derecho positivo que consideran “al poder en su transformación histórica” (:172), pero es insuficiente. Al considerar esto, y la necesidad de que el criterio de la crítica a la violencia sea externo a la filosofía positivista del Derecho y a la teoría iusnaturalista, lleva a estudiar el Derecho desde la filosofía de la historia. Por ello, concluye en el cuidado que debe tenerse al considerar la llana existencia de violencias legítimas e ilegítimas o con fines

justos e injustos, pues el Derecho como expresión de poder impide arribar a un reconocimiento histórico universal de sus fines. En esto consiste una de las diferencias centrales de la filosofía de la historia de Walter Benjamin y la filosofía de la historia en general. Mientras que esta se funda en la teoría hegemónica de los derechos humanos (Barreto, 2013a; *vid.* Löwy, 2007), Walter Benjamin (2005) plantea una filosofía de la historia escrita de manera opuesta al idealismo y a los intereses de la burguesía, a contrapelo de la historia. Como se resalta a partir de Löwy (2007), Benjamin era un materialista abrigado de trascendencia mística.

En este contexto, Benjamin (1971) delinea los contornos que definen el crimen de Estado, también desechando la idea de que constituya producto de un mal individual. Opta por reconocer el carácter fundacional y reorganizador de la violencia en su relación con el Derecho. En primer lugar, señala un tipo de violencia que tendría lugar fuera del Derecho al vulnerarse su monopolio por una persona aislada, que incluso pueda ser objeto de admiración popular. Explica el monopolio estatal del Derecho en su necesidad de salvaguardar el Derecho mismo. Una segunda especie de violencia se presentaría como *justa* o conforme al ordenamiento jurídico, como el ejercicio del derecho a la huelga, de donde concluye que al momento de elaboración de *Para la crítica de la violencia*, los únicos sujetos jurídicos que pueden ejercer la violencia organizada autorizada por el Derecho, son la clase obrera y los Estados. Si bien matiza la afirmación sosteniendo que los Estados la han permitido pues implica un no obrar o un derecho a sustraerse a la violencia. Con sustento en ello encuentra que en toda violencia se encuentra implícito un carácter de creación jurídica. (Benjamin, 1971) De esta forma, no solo se corrobora el proceso de selección desde el propio Derecho, sino que además se soluciona la aparente disyuntiva en concebir la violencia estatal, cuando es el Estado quien sanciona el Derecho.

Por ello, Benjamin (1971), hace crítica del imperativo categórico kantiano, a partir de una tácita detracción de la criminalidad de Estado. Sostiene que en realidad el derecho positivo busca promover el interés de los individuos aislados, para conservar el orden. Con ello resalta el proceso de selección y la esencia conflictual del Derecho que se origina en la violencia: “Creación de derecho es creación de poder, y en tal medida un acto de inmediata manifestación

de violencia”. (:183) Por la violencia creadora del Derecho, Benjamin resalta la necesidad de imponer límites al poder.

En correspondencia con ello, Castor Bartolomé Ruiz (2011) advierte desde una perspectiva de la ética, que la violencia busca la destrucción del otro, por lo que su fin específico es “la negación de la alteridad humana” (:34), mientras que el Derecho “define como legítima toda la violencia que lo defiende e ilegítima toda la que lo subvierte” (:35) por lo que llama a asumir una perspectiva ética de la violencia que critique más allá de la justicia de los fines, o de la calificación como legal de los medios, para lo cual debe asumirse la perspectiva de la víctima.

Ello se entiende lógico cuando se ha observado que la concepción de Genocidio como práctica social, y la de crimen de Estado, entrañan procesos de selección de las víctimas/enemigos. Por ello también se advierte que no es suficiente asimilar simplemente genocidio a criminalidad de Estado para tener que este proceso de selección, en realidad, se lleva a cabo, aunque en efecto estas técnicas se consideran idénticas en lo que corresponde a una aproximación sociológica que busque explicar los orígenes de la criminalidad de Estado y una eventual respuesta a esta desde el DPI.

Como ocurre bajo el proceso penal (Foucault, 2012b) la selección se construye a partir de características que no coinciden de forma necesaria con la cultura, la religión y la raza (Feierstein, 2008) o los tres criterios centrales de la concepción restrictiva de la Convención contra el Genocidio de 1948. (UN, 1948) Para corroborar el aserto, debe advertirse con Correas (1988) que un punto crítico de la sociedad capitalista implica el punto de vista de quienes no se benefician de la distribución de bienes materiales y culturales que dicha sociedad produce. De allí, que considerando la existencia de quienes no son beneficiados y los dominantes (Correas, 1988), el Derecho arriba a la actualidad bajo una idea bifronte: expectante frente a la criminalidad contra quienes define como no beneficiados, y como herramienta de control de ese grupo identificado como las víctimas del poder: las víctimas de los crímenes de Estado:

El hecho de la hegemonía presupone indubitavelmente que se tienen en cuenta los intereses y las tendencias de los grupos sobre los cuales se ejerce la hegemonía, que se forma un cierto equilibrio de compromiso, es decir que el grupo dirigente hará sacrificios de orden económico-corporativo, pero es también indudable que tales sacrificios y tal compromiso no pueden concernir a lo esencial, ya que si la hegemonía es ético-política no puede dejar de ser también económica, no puede menos que estar basada en la función decisiva que el grupo dirigente ejerce en el núcleo rector de la actividad económica. (Gramsci, 1980:40 y 41)

Asimismo, el concepto de genocidio ayuda a comprender como se desarrollan estos procesos de selección específica. Feierstein, (2008) establece tres elementos principales: (i) Se trata de una selección solo en apariencia racista. (ii) El genocidio corresponde a un proceso previo de selección. Finalmente, (iii) se presenta como una tecnología de poder, a partir de la cual la hegemonía construye alteridades e identidades. Entonces algunos genocidios signados por un supuesto carácter étnico, señalan “una decisión tanto argumentativa como ideológica de priorizar los elementos étnico religiosos en la configuración de alteridad de las víctimas”. (Feierstein, 2008:18, *vid.* Andersen, 2006) En efecto, bajo la razón imperialista el concepto de racismo es un instrumento de acusación. (Bourdieu y Wacquant, 2001; Quijano, 1999) De ahí que las teorías de las relaciones raciales son transfiguraciones conceptualizadas de estereotipos que buscan justificar la dominación de blancos o negros, como lo advierten Bourdieu y Wacquant (2001):

El que en el transcurso de los últimos años la sociodicea racial (o racista) haya podido “mundializarse”, perdiendo a la vez sus características de discurso justificador de uso interno o local, es sin duda una de las pruebas más ilustrativas del dominio y la influencia simbólica que Estados Unidos ejerce sobre cualquier tipo de producción culta, principalmente a través del poder de consagración que detenta y el beneficio material y simbólico que procura a los investigadores de los países dominados la adhesión más o menos asumida o vergonzosa del modelo procedente de Estados Unidos. (:29)

Reconociendo los elementos que inciden en la conformación de la dimensión de lo real (imaginario, simbólico, y real), Žižek (2002) señala el antagonismo social que se consideraba

intolerable expresado en el judío del antisemitismo nazi. Asimismo, con fundamento en los estudios de Arendt, Feierstein (2008) resalta que los marcos ideológicos, sumados al racismo como configurador, generan la imagen del enemigo como paradigma ideológico. Debe recordarse con Althusser (2005) que el Estado tiene múltiples aparatos ideológicos que, a diferencia de los represivos, no pertenecen por completo al dominio público, y que funcionan principalmente con violencia, mientras que los aparatos ideológicos del Estado lo hacen principalmente de forma ideológica. Estos aparatos del Estado se combinan en la vida cotidiana, siguiendo la hegemonía (Althusser) y, a través de ellos, el Estado expone la intencionalidad hegemónica que como diría Feierstein (2008) subyace a los procesos genocidas, y a su configuración como específica tecnología de poder, estructura relaciones sociales, modos de vinculación entre grupos, y procesos de construcción de identidad: “la identidad de sus semejantes y la alteridad de sus “otros”. (:26)

Se trata de una selección permanente que no cesa durante la ejecución del crimen de Estado, lo que viabiliza la impunidad cíclica, y la posibilidad de repetición. Esta impunidad se alimenta con un proceso encontrado por Arendt (1998) y denominado por Feierstein (2008) como la negación de la identidad de las víctimas. Es un curso que busca la desarticulación política de las víctimas de múltiples formas: (i) Bajo la vertiente irrealizada de la naturaleza igualadora (Correas, 2006), donde el reconocimiento como ser humano y como víctima depende de las intencionalidades hegemónicas. (*infra* cap. 2, secc. 3), como puntualiza Correas (2006), cuando destaca los paulatinos y puntuales reconocimientos de humanidad en seres humanos como las mujeres, y las naciones originarias, y subraya que el reconocimiento de igual humanidad de algunas de las potencias democráticas occidentales, no ha llegado a pueblos como los árabes según lo demuestran las víctimas iraquíes en 2004, o a los prisioneros de Guantánamo, como tampoco lo hicieron los nazis en relación con los pueblos judío, gitano, así como a quienes abrazaron el comunismo. (ii) Limitándolas a las víctimas inocentes, apáticas en lo político, silenciosas en su compromiso. (iii) Signándoles como víctimas que se han procurado a sí mismas, estableciendo de nuevo, la característica del silencio como vehículo de supervivencia. (iv) Finalmente negando su calidad de víctimas de determinado escenario de criminalidad,

particularmente de la estatal, para reconducir el escenario del crimen proveniente de un mal absoluto, que en todo caso no puede ser el del Estado.

Esta dinámica del genocidio como práctica social, igualmente caracteriza la ejecución de la criminalidad de Estado. Múltiples elementos permiten arribar a dicha conclusión. En primer lugar, a partir de la pretensión que signa la razón instrumental de comprender la sociedad como un jardín del cual deben desterrarse las minorías que se conciben como una especie de maleza. De ahí que empieza a concebirse la seguridad como un proceso de inmunización, como algunos autores han encontrado que tuvo lugar la llamada política de seguridad democrática en Colombia, a partir de la concepción de sociedad orgánica y la necesidad de “extirpar, sacar del cuerpo” el proceso que afecte su “salud”. (Díaz Gómez, 2012:173) Ello coincide con la acéptica pretensión nazi y puede explicarse con una anotación de René Girard (1986):

Los perseguidores siempre acaban por convencerse de que un pequeño número de individuos, o incluso uno solo, puede llegar pese a su debilidad relativa a ser extremadamente nocivo para el conjunto de la sociedad. La acusación estereotipada permite y facilita esta creencia y desempeña un papel mediador. Sirve de puente entre la pequeñez del individuo y la enormidad del cuerpo social. Para que unos malhechores, por diabólicos que sean, consigan masificar a toda la comunidad, han de hierirla directamente en el corazón o en la cabeza, o bien iniciar el proceso a escala individual cometiendo crímenes como parricidios, incestos, etc., que provocan por contagio el cese de toda diferencia. (:25)

Se entiende por estereotipo como un proceso de categorización social a través del cual se impone hegemoníamente un conjunto de creencias que han sido adquiridas y sostenidas en relación con un grupo social. Por ejemplo, se ha reconocido que los estereotipos de género, *e.g.* constituyen a la vez causa y consecuencia de la violencia contra la mujer. (CIDH, 2001, 2013; Corte IDH, 2009, pár. 401; Montes Berges, 2008) No en vano, el racismo constituye la expresión de los estereotipos y la discriminación, basados en el rechazo sustentado en una idea de amenaza (Montes Berges, 2008), y constituye un mecanismo de dominación social, una de las expresiones de la colonialidad del poder (Quijano, 1999). Entonces, el proceso de selección y el estereotipo,

subyacen como fuerzas motrices de la selección que construye la criminalidad de Estado, como se corrobora por Žižek (2008): “Así, las ideas “no son la realidad oculta tras las apariencias”, sino que “no son otra cosa que la forma misma de la apariencia”. (:38) Justamente, visitando a Eduard Said, el pensador español Santiago Alba Rico (y Guanche, 2012) señala que los procesos de selección para construir otro a perseguir, se observan en los discursos políticos, como a través de los medios de comunicación. Se trata de un manejo que busca justificar la aniquilación, como responde sobre las condiciones que se precisan para aniquilar al Otro: “Pues concebirlo primero como una unidad, y en segundo lugar como una unidad inasimilable, así, hoy se dice contra los pueblos musulmanes, lo que con anterioridad a la segunda guerra mundial, se dijo contra el pueblo judío. (minuto 38:18 ss) En similar sentido, Said (1996) hace hincapié en la trascendencia de los procesos de selección en la determinación de las guerras justas, *e.g.* en lo atinente a la Primera Guerra del Golfo Pérsico, donde en las Naciones Unidas prevaleció la postura estadounidense de producir únicamente sanciones contra Irak. Dicha conclusión emergió de dos ideas nucleares con arraigo desde el pasado: el “derecho de la gran potencia a salvaguardar sus intereses distantes aun hasta el punto de ordenar una intervención militar”, y que “los pueblos menos poderosos eran inferiores y gozaban de menos derechos, exigencias y moral”. (:81) Son víctimas que no hacen parte de la hegemonía y como señala Calveiro (2012), tras revisar el tránsito guerrerístico internacional desde la Primera Guerra Mundial hasta la actualidad, se trata de población civil, como objeto preferido de la violencia, es decir, tiene lugar un principio de discriminación de violencia que se acompaña (paradójicamente) de un criterio de selectividad: *“arrasar masivamente con la vida, siempre que sea la vida del Otro”* (:22).

Estas situaciones se corroboran en las cifras que se han actualizado en el genocidio del pueblo Palestino. La “Operación Muro Defensivo en 2002, fue hasta ese momento, “la más importante desde la Guerra de los Seis Días de 1967” (ONU, CJDH, 2009: 49) Las cifras estimadas de víctimas civiles frente a las últimas operaciones de Israel contra Palestina, dan muestra del proceso de genocidio que se está verificando. Se ha estimado que desde la creación del Estado de Israel entre 1947 y 1948, se han llevado a cabo, aproximadamente, 17 operaciones militares contra Palestina, que han tenido sus picos de horror en los años de 2008, 2012 y 2014.

(Abc 2014) La “Operación Muro Defensivo” en 2002, dejó 497 palestinos muertos. (ONU, CJDH, 2009), la “Operación Arco Iris” en 2004, dejó otro de aproximadamente 50 palestinos. (ONU, CJDH, 2014) En la operación “Días de Penitencia” entre septiembre y octubre de 2004, murieron más de 100 palestinos. La Operación “Plomo Fundido” se desarrolló en dos fases principales (aérea y terrestre), entre el 27 de diciembre de 2008 y el 18 de enero de 2009 (incluye la operación “Invierno Caliente”) y el 27 de diciembre de 2008 y el 3 de enero de 2009. (ONU, CJDH, 2009) Entre enero y diciembre de 2008, se ubica un número aproximado de 1444 víctimas mortales palestinas (AI, 2009a; ONU, CJDH, 2009), entre ellas, 300 niños y niñas. (AI, 2009a) Sobre esta operación señalaron las Naciones Unidas:

Las estadísticas sobre el número de palestinos que perdieron la vida durante las operaciones militares son dispares. De acuerdo con una amplia investigación de campo, organizaciones no gubernamentales (ONG) sitúan el número total de personas muertas entre 1.387 y 1.417. Las autoridades de Gaza informaron de 1.444 víctimas mortales. El Gobierno de Israel considera que esta cifra fue de 1.166. Los datos proporcionados por fuentes no gubernamentales sobre el porcentaje de civiles entre las víctimas mortales son en general concomitantes y suscitan muy serias inquietudes sobre la forma en que Israel llevó a cabo las operaciones militares en Gaza. (ONU, CJDH, 2009:15)

La operación “Pilar Defensivo” se desarrolló entre el 14 y el 21 de noviembre de 2012, donde solo el primer día se llevaron a cabo 200 ataques aéreos contra territorio palestino (Huffington, 2012) y para el 21 de noviembre de 2012, se habían registrado 93 personas muertas y 900 heridas de nacionalidad palestina. (Palestinalibre, 2012)

En relación con el último ataque, desde los primeros reportes de Naciones Unidas sobre la incursión de Israel sobre Gaza a partir del 8 de julio de 2014, “Operación Margen Protector”, las miles de víctimas palestinas eran principalmente civiles. (Bbc, 2014; La Jornada, 31 julio 2014; Palestinalibre, 2014a) Navy Pillay, entonces Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, señaló: “Esta vez, de nuevo, los civiles son la parte más afectada por el conflicto” (RT, 12 julio 2014). Por su parte, el 31 de julio de 2014, el Jefe de la agencia de las

Naciones Unidas para los Refugiados Palestina, Pierre Krahenbuhl, sostuvo ante el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas,: “Creo que la población está al borde de un precipicio y llamo a la comunidad internacional a tomar las medidas necesarias para enfrentar esta situación extrema”. (La Jornada, 31 julio 2014) Se alcanzó a establecer un número aproximado de 2.122 personas palestinas muertas (TeleSur, 2014a; 2014) entre los que se cuentan 500 niñas y niños (Palestinalibre, 2014) y aproximadamente 10.500 heridas (Palestinalibre, 2014a; TeleSur, 2014b). Entre ellas, según cifras de la Organización Mundial de la Salud citada por Palestinalibre, se encuentran más de tres mil niños y niñas heridos, de los cuales unos mil quedarán en condiciones de funcionalidad diferente (discapacidad). (Palestinalibre, 2014) A estas cifras se suman las de miles de refugiados, pues se ha destacado para el 22 de agosto de 2014: “La Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados Palestinos en Oriente Próximo (UNRWA) ha indicado este jueves que el número de personas que se encuentran refugiadas en sus instalaciones en la Franja de Gaza ha ascendido a 280.000, lo que ha descrito de "cifra sin precedentes". (Palestinalibre, 2014a).

Asimismo se ha denunciado que la dirección de los ataques, principalmente contra la población civil, obedece a una estrategia prediseñada como ocurrió con los ataques de Israel contra El Líbano. (TeleSur, 2014c) Más allá de ello, resulta insoslayable reconocer que este corresponde a la postre, el sector poblacional principalmente atacado. Prueba de ello es que las víctimas son principalmente civiles palestinos y que, dentro de los 4.800 objetivos atacados por el Estado de Israel en esta última operación, fueron afectados de manera directa unas 10.600 viviendas, así como numerosos centros médicos, escuelas y pozos de agua (TeleSur, 2014d) Se continua privilegiando los ataques contra la población civil, como estrategia histórica de actuación del estado de Israel contra Palestina, si bien se ha recrudecido a partir de la operación “Plomo Fundido”, cuyos hechos podrían ser procesados por la CPI tras la culminación de su actual examen preliminar. Entre otros, ver el informe de Amnistía Internacional sobre la Operación Plomo Fundido:

Gran parte de la destrucción se llevó a cabo de manera gratuita y fue el resultado de ataques directos contra bienes civiles, así como de ataques indiscriminados, en los que no se distinguió entre objetivos militares legítimos y bienes civiles. Tales ataques violaron

disposiciones fundamentales del derecho internacional humanitario, en especial la prohibición de los ataques directos contra civiles y bienes civiles (principio de distinción), la prohibición de los ataques indiscriminados o desproporcionados y la prohibición de los castigos colectivos. (AI, 2009a:1)

La existencia de estas víctimas implica la configuración de tres espacios que sintetizan el proceso de selección que realiza la criminalidad de Estado y que, además, permiten estimar que la criminalidad de Estado en la actualidad se configura de forma frecuente como criminalidad reconfiguradora:

a) El proceso de selección como forma de dominación. La selección como dominación se puede identificar de diversas formas: *ellos no son como nosotros* (Said, 1996), o el prototipo moderno: “Hay amigos y enemigos. Y también *extranjeros*”, donde este último constituye “un miembro de la familia de los *innombrables*”, esto es, aquellos que no pueden ser incluidos dentro de la oposición (Bauman, 1996:92 y 95) En palabras de Pilar Calveiro (2012): “*cuanto más “totalizante” es una forma de dominación, menos tolerancia tiene para aceptar cualquier “afuera”, de manera que convierte toda exclusión en eliminación lisa y llana*” (:20).

b) La determinación de un sector poblacional que es seleccionado como víctima/enemigo. De forma corriente, las víctimas de crímenes de Estado pertenecen a sectores populares, o a naciones no incluidas dentro de la hegemonía mundial y, por ello, tienen una menor posibilidad de reclamar sus derechos ante los tribunales nacionales o extranjeras en tanto que, además, son concebidas como “enemigas” del Estado (Corte IDH, 2009a; Gallardo, 2009), o de la humanidad.

Estos procesos de selección se acompañan de acciones de angustia, temor e inseguridad, que acompañan las pretensiones de justificar la selección. (Corte IDH, 2009a) La búsqueda de una “justificación” para determinar el proceso de selección, puede ser endógena o exógena. Participa a su vez en la construcción del proceso de selección de la víctima y permite garantizar su

conexión con la posibilidad de reorganización. El proceso de selección endógeno implica la recuperación de la noción del que no tiene lugar, como es descrito por Bauman (1996):

El inventario de reacciones frente a la inquebrantable presencia de los extranjeros se puede vislumbrar en el catálogo de estandarizadas respuestas a “lo odioso” como tal. (...)

(...) El extranjero, quien no sólo está fuera de lugar, sino que, además, sin hogar, puede convertirse en un atractivo objeto de genocidio. (En el mordaz apunte de Cynthia Ozick: “La solución final dada por Alemania fue estética; se trató de un trabajo de edición, donde el artista eliminó lo amorfo, lo que no era armonioso”. (:109)

No en vano la exclusión social constituye a un tiempo objeto y fin de la persecución: “desprotegido jurídicamente en sus relaciones con los demás, el ser humano pasa a ser un objeto en la sociedad dentro de su Estado, sin que los ataques contra el mismo acarreen consecuencias jurídicas”. (Alija Fernández, 2011:394) Asimismo, la selección y la exclusión se acompañan de ejercicios del control social mediante el terror. Naomi Klein (2007) señala en términos elocuentes que las graves violaciones de derechos humanos constituyen una pretensión deliberada de aterrorizar a la población: “y se articularon activamente para preparar el terreno e introducir las ‘reformas’ radicales que habrían de traer ese ansiado libre mercado” (Klein, 2007:31).

En la criminalidad de Estado de la actualidad se encuentran dos dimensiones principales en el uso del terror, que se desarrollan a nivel nacional como internacional, mediante un etiquetamiento que incluso va de Estados a individuos¹³: por un lado, la relativa a los lugares y a formas mismas de ejecución de acciones de terror y, de otra parte, el tratamiento sobre sobrevivientes y víctimas en general que han sido objeto de selección. El caso de Palestina expresa una profunda elocuencia de ello, y de la utilización del Derecho como mecanismo de selección, como lo resalta Edward Said (1997):

No solo se nos ha pedido que aceptemos nuestra supresión como pueblo que tenía una vida real, como sociedad que existía de hecho en Palestina hasta 1948, y nuestro sometimiento a partir de ese año, sino que admitamos la complacencia y el aliento

¹³ Sobre etiquetamiento de Estados a individuos, ver: Chomsky (1998, 2005 y 2008) y Álvarez Cobelas, 2007.

occidentales a nuestros opresores. Todo porque Occidente vio en Israel un prodigio de la democracia liberal, y la ocasión de indemnizar a las víctimas de las matanzas sufridas por los judíos, a pesar de que dichas matanzas fueran cometidas exclusivamente por europeos, y no por los palestinos, que han sido, a fin de cuentas, los que han tenido que pagarlas. A pesar de ello, y a pesar de las penalidades a las que nos ha sometido Israel, dimos un generoso paso al reconocer la existencia del Estado de Israel en las sesiones celebradas por el Consejo Nacional Palestino en Argelia en 1988. Este paso no ha encontrado equivalente todavía en la parte israelí. Todo lo que Israel hizo en Oslo fue reconocer a la OLP como representante del pueblo palestino, ignorando nuestra aspiración fundamental de alcanzar un grado de igualdad y reconciliación que permita el establecimiento de una auténtica paz.

En lugar de dar ese paso, Israel y EEUU se han obstinado en seguir presionando a la débil dirección palestina, hasta hacerla desmoronarse. (...) (:30)

En lo que corresponde a la segunda modalidad, se tiene la utilización de los procedimientos de orden nacional, o la comisión de graves violaciones de DIDH. Sobre esta última, la utilización de la base militar de Guantánamo por parte de los Estados Unidos, ha buscado eludir la aplicación del DIDH (Abril, 2005) en relación con los derechos de los individuos en general y de las personas privadas de la libertad en particular.

Como uno de los criterios comunes en la construcción del concepto de enemigo del totalitarismo (Arendt y Calveiro) y del Estado (Gallardo, 2009; Zaffaroni, 2007a y 2012), se tiene la visión del Estado como instrumento de control. A partir de allí es posible confluir en la determinación de la noción de víctima de la criminalidad de Estado. En este punto, es posible leer tres manifestaciones del concepto de enemigo para la criminalidad de Estado. Dichas ideas han sido combinadas y fusionadas construyendo una arquitectura compleja del concepto, aun cuando con un mismo resultado, señala Calveiro (2012): “Se combinaron y fusionaron las ideas de delincuente a castigar, enemigo a exterminar y Otro a desaparecer (...)” De esta forma se “orientó toda la maquinaria en torno a la persecución primero, la eliminación después y la desaparición por último”. (:41)

- (i) El enemigo bajo el signo del *homo æconomicus*. Aquí se considera como un concepto general de las víctimas de la criminalidad de Estado, en tanto constituye uno de los reflejos de la razón instrumental en la modernidad.

Como se señaló, el *homo æconomicus* como *homo penalis*, fue observado desde Foucault como una constatación de la intervención (no exclusiva pero sí decisiva) de la economía en la configuración de la gubernamentalidad. Así, quien es señalado como enemigo de las lógicas propias del *homo æconomicus*, se vincula como criminal, esto es, como quien perturba la sociedad, un enemigo social (Foucault, 1996). En realidad la selección bajo el *homo æconomicus*, constituye una de las primeras nociones, y el concepto general de enemigo interno de la modernidad capitalista.

Existen dos implicaciones del concepto de *homo æconomicus* en la construcción de la criminalidad de Estado y sus víctimas. Por un lado, la determinación de particulares formas de victimización, permite el sostenimiento de los intereses del *homo æconomicus*, como puede colegirse de los lamentables casos de Ciudad Juárez (Corte IDH, 2009; Cuninghame, 2005; Segato, 2004; Staudt y Vera, 2006), lugar que no solo se ha configurado como un lugar emblemático de los feminicidios, sino que también lo es por la aplicación de la globalización económica y del neoliberalismo (Segato, 2004) con sus correspondientes efectos. (Corte IDH, 2009) Asimismo, la correspondencia del *homo æconomicus* como criterio de definición del enemigo de Estado, con las restantes subcategorías que aquí se presentan, puede entenderse mejor con una reflexión sobre la situación de la criminalidad de Estado en Brasil, y en particular de los crímenes en relación con el aparato judicial y la acción policial:

La Constitución de 1988 garantiza los derechos humanos. Sin embargo, el sistema de justicia criminal (sistema penal) brasileño ha privilegiado la criminalización de pobres, negros y, particularmente, jóvenes. Cada año, un número significativo de individuos entra y sale del sistema de justicia criminal sin la debida red de protección social y sin el respectivo acceso a la justicia. En su mayoría son jóvenes expuestos a una enorme vulnerabilidad, con dificultades para acceder al mundo del trabajo. Su progresiva liberación

(en régimen semiabierto, libertad asistida o condicional) muchas veces marca el reinicio de un proceso de estigmatización, victimización y criminalización terciaria. (Soares y Guindani, 2007:66)

- (ii) El *enemigo objetivo* (Arendt, 1998; Calveiro, 2012; Gallardo, 2009), o *enemigo absoluto* (Horkheimer y Adorno, 1998) que representa un peligro para el sistema por su sola existencia. Es representado por Calveiro (2012) con sustento en Arendt, bajo un amplio matiz que va desde el enemigo objetivo por su nacimiento, o por su postura disidente.

El enemigo absoluto es marcado “por el mal absoluto como el mal absoluto”. (Horkheimer y Adorno, 1998:213) Ello permite que cualquier persona pueda ser incluida eventualmente bajo esta categoría, como ha tenido lugar incluso de manera previa al inicio de la modernidad: las mujeres- brujas de la última edad media, la población judía durante una buena parte de su historia fue edificada como enemigo objetivo, el Islam y sus adeptos durante el Nuevo Humanismo Militar. Esta faceta que se presenta por Arendt y Calveiro como ejemplos de víctimas del terror del totalitarismo o de la esencia de la dominación totalitarista (Arendt, 1998; Calveiro, 2012), se observa también en espacios de criminalidad de Estado, esto es, que no llegan a la acentuación que exigiría un fenómeno totalitario.

En este mismo escenario, se encuentra un grupo poblacional es escogido por el poder y edificado como *víctima universal*. Bajo este concepto, Löwy (2003) caracteriza la víctima de los crímenes de Estado:

Sin embargo, Kafka comprendió estos procesos no sólo como judío, sino también como espíritu universal antiautoritario: descubre en la experiencia judía la quintaesencia de la experiencia humana en la época moderna. En *El proceso*, el héroe, Joseph K., no tiene nacionalidad o religión determinada: la elección misma de una simple inicial en lugar del nombre del personaje refuerza su identidad universal; es el representante por excelencia de las víctimas de la máquina legal del Estado. (:102)

El proceso de aniquilamiento de quienes son considerados como parte integrante del *enemigo objetivo* o *absoluto*, no es el que se aplica en relación con quien es considerado en general como *enemigo social*. Se ha dejado en evidencia que el enemigo objetivo pasaría por un nuevo proceso de victimización, pues además son víctimas de deshumanización ya en campos de concentración (Bauman, 2011; Gallardo, 2009; Mate, 2003), como en las cárceles. Por ejemplo, el general Landazábal Reyes (1982:427) consideró expresamente dentro de la categoría de enemigo interno, a la población civil: “*los indiferentes e indecisos forman parte de las filas del adversario, al que prestan apoyo por el sólo hecho de dejarlo prosperar*”. Dentro de esta misma tipología es posible ubicar la población judía en cuanto víctima cosmopolita del nazismo. (Bauman, 2011)

- (i) El enemigo por su postura contrahegemónica. El enemigo por su identidad política, el movimiento disidente, diverso del discurso oficial. En esta categoría han sido incluidos en el continente americano, los “*intelectuales, artistas, estudiantes, docentes, líderes sindicales y otros múltiples actores que sufrieron las consecuencias de la violencia sistemática producida durante este periodo*”. (CIDH, 2011, párr. 501).

Justamente, se ha señalado que en la raíz del holocausto nazi, se encuentra la pretensión hegemónica: “La existencia y el aspecto de los judíos comprometen la universalidad existente debido a su falta de adaptación” y, en realidad, la raza constituye: “la autoafirmación del individuo burgués”. (Horkheimer y Adorno, 1998:214) Esto es, se ha desarrollado “una peculiar articulación conceptual en la cual lo político y lo étnico cultural (...) en una imagen unitaria, que representaba una encarnación específica del enemigo de Occidente”. (Feierstein, 2008:24)

Calveiro resalta que en América Latina, el enemigo en la dimensión de identidad política, fue etiquetado bajo el genérico *subversivo*. Así, en esta categoría genérica fueron seleccionados y eliminados “*toda una generación de dirigentes políticos, sociales, sindicales, militares nacionalistas, sacerdotes progresistas, intelectuales alternativos, descabezando, desarticulando, vaciando las sociedades para penetrarlas y controlarlas*”. (Calveiro, 2012:41) En múltiples casos adelantados en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el análisis de

contexto ha evidenciado acciones sistemáticas contra estudiantes y profesores de universidades públicas. (Corte IDH, 2009a)

Otro punto de conexión en los tres mecanismos expuestos, es la construcción social del enemigo. Así, como resalta Feierstein (2008) en relación con los procesos reorganizadores del nazismo y de la última dictadura en Argentina, se trata de una destrucción sistema que busca ejercer impresiones a largo plazo en el grupo escogido: transformarlo “redefinir su modo de ser, sus relaciones sociales, su destino y su futuro”. (:52) Es decir, se crea el enemigo para acabarlo y con ello, crear un sujeto a la medida del Estado.

Finalmente, se constata que la edificación del concepto de enemigo interno, se hace bajo una dosis de racismo como tecnología del poder. Foucault (2000) resalta el papel del racismo en la economía del Biopoder, a partir de la idea de la muerte de unos para alcanzar el fortalecimiento biológico propio de otro, como miembro de una raza o una población: “Podrán advertir que, en el fondo, aquí estamos muy lejos de un racismo que sea, simple y tradicionalmente, desprecio u odio recíprocos de las razas”. De ahí que concluye que la especificidad del racismo moderno no subyace a ideologías o mentiras del poder, sino a “un mecanismo que permite el ejercicio del Biopoder. (...) al funcionamiento de un Estado obligado a servirse de la raza, de la eliminación de las razas y de la purificación de la raza, para ejercer su poder soberano.” (:234)

La situación de los procesos de selección, si bien ha mantenido sus líneas generales, ha sufrido profundizaciones. En la actualidad, el proceso de inmunización de la racionalidad instrumental ha trocado el enemigo *subversivo* en el enemigo *terrorista*, como lo resalta Díaz Gómez (2012):

Ideológicamente se construirán las nociones de bueno/malo, amigo/enemigo, por lo que lo bueno será la tradición lo que prevalece instituido, mientras que lo malo será lo emergente, la novedad, en cuanto amenaza el orden del sistema social y esto asume adjetivaciones: terrorismo, subversión, narcotráfico, que se encarna en grupos y sujetos, los unos denominados grupos terroristas, los otros grupos guerrilleros y los

últimos grupos narcotraficantes. Todos ellos van a ser reducidos a partir de los sucesos del 11 de septiembre del 2001 (11S) a terroristas. (:173)

La más lamentable de las profundizaciones del proceso de selección, se constituye por el tránsito desde el concepto de enemigo como igual, al de enemigo como *no humano*. A través de la tecnología se ha procedido a la creación en la hegemonía imperante de un Otro “*como alguien exento de todo derecho*” (Calveiro, 2012:35), a través de una síntesis “tanto política como religiosa” (Feierstein, 2008:64) Esta lectura ha tenido inicio en el proceso que Marx concebiría como el *Carácter fetichista de la mercancía y su secreto* (Marx, 2008:87 ss), donde se presenta una desvinculación entre el sujeto y el objeto, al tiempo que se invierte la relación “pues se trasladan a las cosas, el valor en sí mismo de las personas” y de allí, al remitirse a las cosas el valor que reside en las personas, se llega a la deshumanización. (Prieto, 2014)

Entonces, resulta lógico afirmar que el sistema totalitario profundiza esta lectura, pues allí se pasa, adicionalmente, de las pretensiones de desvertebramiento del sujeto colectivo, a la anulación del sujeto individual. De esta forma se crea una humanidad “*carente de personalidad jurídica o política, reducida a la pura dimensión biológica e instrumental, una suerte de humanidad superflua*”. (Calveiro, 2012:29) Esto ha sido evidenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto en relación con el proceso de selección, como en la utilización de ciertas graves violaciones de derechos humanos, como la desaparición forzada, en relación con dicha selección. En su voto razonado a la sentencia del caso Anzualdo Castro vs. Perú, sostuvo el juez Sergio García Ramírez: “La desaparición y otras expresiones del mismo linaje reaccionan sin arreglo al Derecho, de manera automática y brutal: no juzgan, suprimen”. (Corte IDH, 200avr) De modo que la reducción a la dimensión instrumental en combinación con los procesos de selección de las víctimas, es campo de cultivo para la criminalidad de Estado:

Las explicaciones y refutaciones estrictamente racionales, económicas o políticas, por mucha verdad que puedan encerrar, tampoco están en condiciones de hacerlo, pues la racionalidad ligada al dominio es la misma que está en las raíces del mal. Perseguidores y víctimas, en cuanto aquellos que ciegamente golpean y aquellos

que ciegamente se defienden, pertenecen aún al mismo círculo fatal de desventura. El comportamiento antisemita se desencadena en situaciones en las que hombres cegados y privados de subjetividad son liberados como sujetos. Su obrar consiste, para los interesados, en una serie de reacciones mortales y además absurdas, como las que los conductistas describen sin explicarlas. El antisemitismo es un esquema rígido, más aún, un ritual de la civilización, y los *pogroms* son los verdaderos asesinatos rituales. En ellos se demuestra la impotencia de aquello que los podría frenar: de la reflexión, del significado, en último término, de la verdad. En el necio juego del homicidio halla su confirmación la vida dura y hosca a la que hay que adaptarse. (Adorno y Horkheimer, 1998:216)

Esta humanidad reducida a una dimensión instrumental que culmina en la deshumanización como mecanismo de comunicación internacional, no se presentó de manera global como rasgo previo a la Primera Guerra Mundial, pues a pesar de tratarse de una confrontación bélica internacional entre potencias hegemónicas, donde además tuvo lugar el genocidio armenio (Adorno, 1998) se sostuvo la idea de enemigo como igual. Al respecto señala Carmona Sánchez:

(...) podemos deducir que la I Guerra Mundial, se configuró a partir de una serie de conflictos donde una nación concibe a la otra como un enemigo al que le considera como su igual, es decir es mi otro, mi reverso, pero en el fondo compartimos algo, un marco que nos rige, un orden mundial basado en cierto tipo de economía y de maneras de hacer política (sistema liberal-burgués). Por tal razón los bloques tuvieron que configurarse con países afines a sus propios proyectos nacionales (Carmona Sánchez, 2013:24)

Ello explica que en el caso colombiano, entre otros, se construyera también la difusa noción de enemigo interno no como enemigo, sino como *no humano*, y que a partir de ella se tecnologizaran las ejecuciones extrajudiciales como reducción a la calidad de *homo sacer*. En la década de 1980, un comandante de inteligencia del Ejército Nacional, señaló:

La guerrilla es una apenas un apéndice de la subversión y tiene una importancia menor de la que generalmente se le atribuye; el peligro, en un proceso subversivo, lo constituye lo que los insurgentes han denominado la guerra política o psicológica. Este tipo de guerra está encaminada a tomar el control de los núcleos humanos; a fanatizar al pueblo con ideologías extremistas; a conformar organismos que se encarguen de manipular a las masas en favor de sus intereses; a desarrollar una acción que confunda a la nación, distorsione la verdad y cree la desconfianza; a infiltrar la administración (...). (Zafra, 1987:39).

Estas actuaciones han tenido una respuesta cuando mucho escasa del Derecho. Debe resaltarse el Auto A-164 de 2012, catalogado por la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, como la única expresión sensata desde el Derecho, frente a la persecución que sufren y que titulan en cabeza del Estado. En dicho auto, la Corte Constitucional generó una estrategia para construir mecanismos tendientes a crear condiciones para “la reconstrucción de la confianza” y la superación de “los obstáculos que han impedido asegurar de manera efectiva los derechos de los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó y la no repetición de los hechos que generaron la vulneración de los mismos (...)”. (CC, A-164 de 2012)

Como resalta Calveiro (2003), una vez la persona ingresaba en el proceso de aniquilamiento que se sintetiza en el campo de exterminio o la prisión, y se le utilizaba, entonces estaba: “lista para la fase final: la supresión de la vida biológica y la posterior “desaparición” del cuerpo mismo, del cadáver”. (:119)

Llama la atención que el proceso descrito por Feierstein, coincide con algunas de las etapas de la configuración estatal a partir de la ilustración: selección, discriminación, homogeneización y sacralización; a partir de lo cual se ha llegado a considerar que la diferencia y su reconocimiento es un asunto que genera incomodidad al Estado Ilustrado, y que la discriminación es un proceso propio de este Estado:

De tal forma, el proceso de discriminación estatal se ve configurado, y se entrelaza con una propuesta o componente de homogeneización, donde se construye un elemento

incluyente de segunda mano o en su defecto de inclusión bajo el cumplimiento de los estándares impuestos por el modelo ilustrado. (Fuentes Contreras, 2013:120)

El proceso de Feierstein se corrobora con múltiples decisiones de la justicia nacional, que revelan los procesos de selección de víctimas del paramilitarismo en Colombia a partir de prácticas de etiquetamiento que confluyeron en una historia falsa “deliberadamente construida como una estrategia de impunidad jurídica y social”; (J11OIT, 25 de enero de 2013:12; J11OIT, 31 de enero de 2012; CSJ- SCP, 6 junio de 2012). En la sentencia de primera instancia por el homicidio de los sindicalistas Valmore Locarno y Víctor Hugo Orcasita, se observó: “En cuanto a la intensidad del dolo habrá de indicarse que estamos ante una conducta que fue orquestada con antelación suficiente, preparada de manera detallada, llevando incluso a una campaña previa de desprestigio y de etiquetamiento de los dirigentes sindicales, haciéndolos pasar por guerrilleros con el fin de abonar el terreno para que tales decesos quedaran justificados por el objeto misional de las autodefensas”. (J11OIT, 25 de enero de 2013, y J51PC, 15 de diciembre de 2011). Decisiones judiciales como estas dejan ver diversos tipos de señalamientos vehiculando el proceso de etiquetamiento que en términos generales correspondían a: (i) la atribución de pertenencia o auxilio a la insurgencia sin fórmula de juicio (CSJ, SJyP; TSB, SJYP, 2013), (ii) la pertenencia a organizaciones o partidos políticos que no hacían parte de la hegemonía, como resalta el Tribunal Superior de Bogotá: “se manifestó por parte de Hébert Veloza que una de las políticas de las autodefensas era “desarticular” y debilitar los movimientos que tenían una supuesta relación con la política de izquierda e influencia de las “guerrillas” de izquierda”. (TSB, SJYP, 2013, párr. 194) (iii) la ubicación geográfica de las víctimas (TSB, SJYP, 2013). Como puntualizó el Tribunal Superior de Bogotá:

Siguiendo esa misma línea argumentativa, se hará énfasis en cómo algunos miembros de sindicatos y miembros o simpatizantes del partido político Unión Patriótica o del Partido Comunista fueron victimizados por el grupo paramilitar, en una región que ha sido considerada como zona de presencia histórica de personas afines a ideologías políticas de izquierda. De igual manera el grupo ilegal realizó acciones violentas, atacando a la población civil de forma masiva e indiscriminada, las cuales fueron “aprovechadas” por sectores

políticos para evitar perder su poder, así como se pudo identificar que agentes o miembros de la Fuerza Pública fueron mencionados en diversos hechos ilícitos, como presuntos aliados de los paramilitares; finalmente, también en las versiones de los postulados se puso de presente que su accionar delictivo benefició a grupos o sectores económicos ligados principalmente a la industria del banano, todo ello bajo argumento irracional e ilegal de “pacificar” la región a través de las acciones ilícitas de los grupos paramilitares.

Por otro lado, la Sala hará consideraciones relacionadas con la victimización de dos grupos especiales: los sindicatos en la región de Urabá y los miembros de la Unión Patriótica, partido político que fue objeto de una violencia masiva y que prácticamente fue extinguido en las zonas de operación de este grupo ilegal. De ahí que la Sala haga un análisis teniendo en cuenta no sólo el contexto local sino también algunas reflexiones de orden nacional de cómo fue este tipo de violencia y cómo se afectaron las libertades individuales de sus miembros, pero también la afectación a sus libertades colectivas como asociación colectiva de tipo social o política. (TSB, SJYP, 2013, párr. 364 y 371)

Asimismo, las decisiones judiciales en mención dejan ver que estos procesos de etiquetamiento confluyeron en crímenes no solo generalizados (CSJ, SJyP), sino además sistemáticos. (J11OIT, 25 de enero de 2013; CSJ- SCP, 6 junio de 2012; CSJ, SJyP), que se desarrollaban bajo la pretensión de atemorizar a la población. (TSB, SJYP, 2013) El Tribunal Superior de Bogotá, ha reseñado lo sostenido por el paramilitar Hébert Veloza:

(...) una de las formas de ganar la guerra era generar terror, una de las formas de combatir al enemigo era generar terror ante las comunidades, para que esas comunidades no le sirvan al enemigo, una forma de generar terror era esa: decapitando gente para generar terror ante la comunidad, por eso se presentaban estas situaciones. (TSB, SJYP, 2013, párr. 188)

Además de la categoría correspondiente a graves violaciones de los derechos humanos, el desarrollo más prolífico de la categoría “crimen de Estado”, obedece a la sociología y a la criminología, por ello resulta impostergable analizar el fenómeno desde el escenario del Derecho. En búsqueda de tal aclaración, es posible encontrar una respuesta inmediata con la identificación del escenario normativo (tanto consuetudinario como convencional) correspondiente al Derecho

Internacional, en expresiones como el DIDH, el DIH y el DPI. Pero ello equivaldría a unificar sistemas diferenciados, si bien objeto de conexión, con mayor razón en la actual comprensión de eficacia de los derechos humanos, lo que despierta algunos reparos en un sector de la academia, que deberán ser resueltos en esta instancia. Así, la misma categoría de crimen internacional pareciese hacer una suerte de señalamiento hacia algún escenario de la disciplina del Derecho. Pero es ya indiscutible que la figura de crimen de Estado, ha tenido un importante desarrollo bajo sistemas propios del DIDH, y del Derecho nacional, entre otros.

Desde el Derecho, se observan tres posturas sobre la existencia de la criminalidad de Estado. Una de ellas señala lo señala como connatural al Estado y además de ello, necesaria para el cumplimiento de su rol (Ihering, 2006). La segunda, si bien lo reconoce como inherente al Estado, lo rechaza (Foucault, 2012) y, finalmente, otra señala que la criminalidad de Estado no puede aceptarse.

Ihering (2006) concibe diversas cuestiones dentro del concepto de Estado. Dentro de ellas, lo forja como la forma definitiva de la aplicación de la violencia regulada y disciplinada para los fines humanos, esto es, como organización social de la violencia coactiva. Por ello, la organización social de la coacción es Estado y derecho, y la disciplina de la coacción es el Derecho. Así, sostiene que el Derecho encuentra en el Estado la supremacía sobre la violencia, pues es la única fuente del Derecho, *“la organización del fin del Estado se caracteriza por la vasta aplicación del derecho”* (:218 y 219) que se enfrenta al egoísmo humano y el poder de vencedores sobre vencidos que sintetizan la historia de la violencia de la tierra. Entonces, para Ihering el problema del Derecho es el problema del poder entre Estados, como lo había sido entre individuos, asumiendo la postura kantiana de la soberanía de los Estados desde el estado de naturaleza. Mientras tanto, en la dimensión del Derecho nacional al abandonarse el estado de naturaleza, Ihering reconoce una dualidad entre el primero y la violencia: Si bien el Derecho se conforma por la norma y la violencia, el sentido innato del Derecho en el ser humano, aparta el Derecho de la violencia. Entendiendo, en términos kelsenianos que la paz se conquista por medio del Derecho, su pensamiento, que correspondería a un Estado ético, también impone límites:

- a) Como resultan antagónicos el fin del Estado y los contenidos que emergen de las acciones egoístas, solo parcialmente coexisten sociedad y Estado. El Estado solo intervendría para cumplir con el fin del Derecho como fin del Estado (realizar los fines de la comunidad), y para anteponerse a la lesión. Desde luego, la concreción Estado–Derecho, se debe al reconocimiento de que el primero construye al segundo a partir de la antihegeliana noción de Derecho preestatal.
- b) Habida cuenta que el sentido innato del Derecho en el ser humano aparta la violencia, entonces no constituye Derecho lo que vulnere la misión del Estado. En Ihering (2006), los fines de la existencia humana se descomponen en los fines del individuo y los de la comunidad. Así, aludiendo a los fines de la comunidad, como uno de los fines de la existencia humana Ihering entiende que constituyen determinados fines sociales, y contienen la misión del Estado, mientras que los individuos también tienen actividades (actividad social) sobre ellos. Desde un sentido jurídico, la sociedad tiene consecuencias similares a la sociedad en sentido no jurídico, pues la primera *“es una asociación de varias personas que se han unido para la persecución de un fin común, en la que cada cual, en tanto que obra a favor del fin social, obra al mismo tiempo para sí”*. (:70-71) En tanto que tanto la vida como las relaciones constituyen una sociedad: *“una cooperación para fines comunes, en que cada cual, al obrar a favor de otros, lo hace también para sí, y en tanto que obra a favor de sí, obra a favor de otros”*. (:88)

Así, Estado y sociedad se apoderarían del egoísmo a través (nada menos) que de la recompensa y del castigo. Por tanto, los intereses del Derecho realizan la actividad social si además son promovidos por los individuos en su entorno social. Bajo la interrelación de los conceptos de Estado, Derecho y violencia, se concluye que Ihering (2006) unifica los dos primeros conceptos, y busca la separación de una cuestión originaria: la violencia. La postura resulta más interesante, en tanto considera como imposible el imperativo categórico kantiano, reconociendo que toda acción humana (incluyendo la abnegación) tiene interés. Pero a pesar de esto, Ihering (2006) reivindica que pueblos e individuos, no existen solo para sí *“sino para los demás pueblos, para la humanidad”*. (:86) Esta situación también tendría lugar en la construcción

del Derecho al interior del Estado: La utilización de la violencia de los fuertes sobre los más débiles.

El autor alemán considera que la violencia del Estado es una exigencia absoluta, pues el fin del Estado es la posesión de la violencia suprema en su territorio. Así, retorna a la resolución del vínculo entre egoísmo y los elementos que componen el concepto de Derecho (norma y violencia), problemática que resuelve de dos formas: (i) a través de la autorregulación de la violencia en la sociedad. (ii) comprendiendo el Derecho como emergente del poder del más fuerte, limitado por la norma en su propio interés. Es más, reconoce que el Derecho puede ser utilizado por el egoísmo, advierte que el Derecho conecta el egoísmo con la moralidad o el restablecimiento del orden moral, pues reconoce la vinculación de la violencia con el poder de Estado y con el Derecho. Siendo interesante de una forma especial, que dichas vinculaciones puedan identificar el Derecho moderno en un momento histórico específico, como “*la política de la violencia*”, resaltando que el derecho es un medio para el fin que consiste en la existencia de la sociedad. (Ihering, 2006)

Pero una concepción, próxima a los Crímenes de Estado, no florece en Ihering (2006), a pesar de que reclame que los golpes de Estado no se mueven en el terreno del Derecho, por lo que sería contradictorio permitirlos: “desde el punto de vista del derecho son ciertamente condenables” (:185). Al contrario, en varios apartes de *El fin en el Derecho*, parece justificarlos en buena medida:

Pero por encima del derecho está la vida, y (...) [frente a] una condición política de emergencia, que se encuentra ante la alternativa: el derecho o la vida, la decisión no puede ser dudosa –la violencia sacrifica el derecho y salva la vida. Son los hechos salvadores de la violencia del Estado. En el momento en que son perpetrados, difundiendo el espanto y el terror y anatemizados por los hombres del derecho como atentados punibles contra la santidad del derecho, requieren a menudo sólo pocos años o decenios para que el polvo que han agitado se asiente con el fin de ofrecer mediante sus efectos su justificación y para transformar las maldiciones y denuestos lanzados contra

sus promotores en agradecimientos y bendiciones- el juicio sobre ellos está en su éxito; del foro del derecho que los condena, apelan al tribunal de la historia (...)

(...) el derecho desemboca en la política y en la historia, y **el juicio del político, del estadista, del historiador que tiene que prevalecer sobre el del jurista**, que sólo conoce el cartabón del derecho positivo (...) Si no se asusta uno de aplicar para ello la expresión derecho, es el derecho de excepción de la historia, por el cual es hecho posible prácticamente la existencia del derecho como norma, la aparición esporádica de la violencia en su misión histórica original y en su función como fundadora del orden y escultora del derecho” (:185 y 186).

Asimismo, al aludir a la violencia del Estado señala que incluso el despotismo es una forma de Estado como mecanismo de poder social, pero no la anarquía que constituye la “disolución de la sociedad”. (:221) Esta conformidad, conectada con una situación de emergencia, es ciertamente veleidosa. En primer lugar, se genera a partir de una discutible conexión entre sociedad y Estado, donde éste siempre constituiría el vehículo del poder del pueblo. Ello es reforzado por el autor alemán al sostener con Kant (2008) que el despotismo continúa siendo una forma de Estado, en tanto constituye “*un mecanismo de la violencia social*”. (:221) Pero Ihering (2006) hace más problemática la situación cuando afirma que el Estado se da así mismo su moral práctica: La perfección mayor de la organización de sus medios propios de fuerza, desde una visión positiva, y la obstaculización de los elementos hostiles de una organización que le amenaza, desde una cara negativa. Descarta así, en el Derecho nacional, un asunto que reconoce en el escenario de los Estados: El poder. Si bien da razón del egoísmo, se decide finalmente a imaginar un Estado ético, con un Derecho igualmente ético, o cuando menos un Estado que actúa “*a través de los hechos salvadores de la violencia de Estado*”.

La permisión de una suerte de criminalidad de Estado en tiempos de emergencia, no se corresponde con el Derecho Internacional. La contrastación se expresa con particular intensidad a través de Zaffaroni (2007a):

La particularidad de los criminales de estado de todos los tiempos respecto de su vinculación con los valores dominantes es que fueron siempre mucho más allá que los

infractores juveniles de Sykes y Matza, pues sostuvieron que su misión, lejos de negar estos valores, era la de reforzarlos y reafirmarlos. Con demasiada frecuencia estos criminales pretenden estar predestinados a superar las crisis de valores que denuncian, a reafirmar los valores nacionales, a defender la moral pública y la familia, a sanear las costumbres, etc. el criminal de estado casi siempre se presenta como un moralista y como un verdadero líder moral.(:516)

Una segunda línea conceptual dentro de este reconocimiento de la criminalidad como inherente al Estado, pero que lo rechaza, señala que el fin del Estado en efecto es la realización del egoísmo, como uno de los fenómenos del poder. Foucault (2012) alude a las tecnologías de poder y castigo, determinando este último como una función social compleja, que emerge de una tecnología política del cuerpo donde se lee una historia común “*de las relaciones de poder y de las relaciones de objeto*”. (:33) Encuentra que el poder es transversal al Derecho de sus orígenes. Lo descubre como sujeto de conocimiento a través de la genealogía, explorando el conjunto de estrategias insertadas en las prácticas sociales que en últimas describe el Derecho, estableciendo que las prácticas judiciales se encuentran entre las prácticas sociales más importantes. (Foucault, 1996 y 2000d) Estas prácticas judiciales llevaron a la constitución de un proceso penal o la ritualización de la lucha, para concluir que el Derecho es la guerra ritualizada.

Así, el castigo que Ihering concebía como uno de los mecanismos del Estado para apropiarse del egoísmo, en Foucault (1996:111) es una estrategia política. El autor concibe que el poder que se ejerce en la microfísica no es una propiedad, sino una estrategia “*sus efectos de dominación [son atribuidos] a disposiciones, a maniobras, a tácticas, a técnicas, a funcionamientos*”. (Foucault, 2012b:36) En particular, la pena ingresa en el siglo XIX como mecanismo de corrección del comportamiento, no como correspondencia ante una infracción. Esto implica que penalidad y prisión nacen paralelas a la justicia, como práctica “de los controles sociales o en un sistema de intercambio entre la demanda del grupo y el ejercicio del poder”. Mientras Ihering considera el castigo como uno de los elementos de apoderamiento del egoísmo, Foucault (2012b:85) aclara que el suplicio reactiva el poder. Lo que en Ihering podría acaso

concebirse como “*los hechos salvadores de la violencia de Estado*”, en Foucault constituye la evidencia del ejercicio de poder:

Peligroso de todos modos, por el apoyo que en él encuentran una contra otra, la violencia del rey y la del pueblo. Como si el poder soberano no viera, en esta emulación de atrocidad, un reto que él mismo lanza y que muy bien podrá ser recogido un día: acostumbrado “a ver correr la sangre”, el pueblo aprende pronto “que no puede vengarse sino con sangre”. En estas ceremonias que son objeto de tantos ataques adversos, se percibe el entrecruzamiento de la desmesura de la justicia armada y la cólera del pueblo al que se amenaza. Joseph de Maistre reconocerá en esta relación uno de los mecanismos fundamentales del poder absoluto: entre el príncipe y el pueblo, el verdugo constituye un engranaje; la muerte que da es como la de los campesinos sojuzgados que construían San Petersburgo por encima de los pantanos y de las pestes: es principio de universalidad; de la voluntad singular del déspota, hace una ley para todos, y de cada uno de esos cuerpos destruidos, una piedra para el Estado; ¿qué importa que se descargue sobre inocentes? En esta misma violencia, aventurada y ritual, los reformadores del siglo XVIII denunciaron por el contrario lo que excede, de una parte y de otra, el ejercicio legítimo del poder: la tiranía, según ellos, se enfrenta en la violencia a la rebelión; llámanse la una a la otra. Doble peligro. Es preciso que la justicia criminal, en lugar de vengarse, castigue al fin.

Ese derecho de castigar ejemplifica una forma de disfrazar la venganza del soberano como si fuese defensor de la sociedad. (Foucault, 2012b) Pero además se trata de un poder y un estado de conflicto que se actualizan. Así, la discusión entre la búsqueda de la libertad y el poder autocrático se reitera en la modernidad, y tendría antecedentes en la Roma antigua mediante la lucha permanente del pueblo y el poder autocrático en búsqueda de la libertad, como lo reiteraría Maquiavelo (Villoro, 1992). A tal punto que “empieza a verse la historia humana bajo el prisma de una lucha por la emancipación.” (:44) Esta es la pieza de entronque de la criminalidad de Estado: el ejercicio de uno de los fenómenos de corroboración del poder, en particular del poder político; y que en el contexto de su surgimiento con la modernidad presenta, la idea de límite frente a ejercicios, desde antiéticos como mínimo, hasta aquellos que son dignos de horror.

Para guiar aún más la comprensión, Foucault (2012b) no se sitúa de manera exclusiva en los límites del espanto, sino en “sistemas punitivos concretos” como fenómenos sociales. De ahí que en contraste con la coexistencia parcial entre sociedad y Estado en Ihering, lleve a la discusión Estado, Derecho y sociedad como elementos de poder donde las medidas punitivas tienen efectos negativos y positivos, y que operan sobre el cuerpo. En suma, Foucault ubica el poder, como es sabido, dentro del circuito vital. De allí surge su concepto de microfísica del poder, que transforma el concepto de poder como propiedad, en estrategia con efectos de dominación, lo que teje una tensa red de relaciones. Caracteriza así el poder como algo que se ejerce como efecto de diversas posiciones estratégicas, por ello no se restringen a la obligación o la prohibición: Traspasa los cuerpos de los dominados, por lo cual, el poder no solo alude a las relaciones entre Estado con ciudadanos o entre clases.

Ello no implica que el autor francés (1994) desestime el poder político, pues al contrario, señala que tiene diversas notas diferenciales: (i) El poder político no se encuentra en todas partes. (ii) Múltiples relaciones de poder en ocasiones se bloquean y fijan por hechos o estados de dominación (económicos, políticos o militares) provenientes de un individuo o un grupo social. (iii) En ciertos estados de dominación, no existen materialmente las prácticas de libertad, ya por su inexistencia, su unilateralidad, o su recorte y limitación extraordinaria. (iv) La práctica de liberación no es suficiente en ocasiones para delimitar las prácticas de libertad necesarias para que pueblo, sociedad e individuos, definan formas válidas y aceptables para la existencia y para la sociedad política. En realidad, la liberación es en ocasiones la condición política o histórica para que puedan existir prácticas de libertad.

Esa libertad debe ser practicada éticamente –la ética es la práctica reflexiva de la libertad–, cuando se funde con la identidad, es sinónimo de salvación. Finalmente, es en sí misma política e implica un modelo político: Una relación de dominio, de poder y de mando que se establece en relación consigo mismo.

En dicho contexto y a partir de la dupla poder-saber, Foucault (2012b) invita a analizar el cerco político del cuerpo y la microfísica del poder, a tratar el cuerpo como cuerpo político, esto es como un conjunto elementos materiales y técnicas como instrumentos de relaciones de poder y de saber que cercan los cuerpos y los dominan como objetos de saber:

(...) renunciando a la oposición violencia –ideología, a la metáfora de la propiedad, al modelo del contrato o al de la conquista; en lo que concierne al saber, que se renuncie a la oposición de lo que es "interesado" y de lo que es "desinteresado", al modelo del conocimiento y a la primacía del sujeto.

En suma, Foucault corrobora a Bourdieu (1993), quien no llama a engaños: La comprensión del Estado implica la aplicación de categorías producidas y garantizadas por el Estado y, ante todo, ser objeto del poder de producir y de imponer categorías de pensamiento, que constituye uno de los mayores poderes del Estado.

La tercera conceptualización del crimen de Estado para el Derecho, lo muestra digno de rechazo. Así, en una interesante crítica a la comprensión de derechos humanos como límite al poder, Žižek (2011) se fundamenta en Marx para rechazar los crímenes que comete el Estado. En un primer orden afirma que la representación política no refleja directamente la estructura social, sino alguna de sus clases, quien sitúa por encima de las demás, sus intereses. Esta clase se mueve hábilmente entre las otras, justamente, para imponer dichos intereses, presentándose como su representación. De ahí que se envía un mensaje público contradictorio, de un lado, relativa a la responsabilidad sustentada en una suerte de “deber” de representación política:

Sin embargo, al nivel del superego, el mensaje público de responsabilidad se complementa con el mensaje obsceno del ejercicio incondicional del poder: “Las leyes no me atan realmente, puedo hacer lo que me plazca, puedo tratarte como culpable si así lo decido, puedo destruirte a mi voluntad”. Este exceso obsceno es un componente necesario del concepto de soberanía. La asimetría es estructural: la ley solo puede sostener su autoridad si los súbditos escuchan en esta el eco de la autoafirmación obscena e incondicional del poder. (Žižek, 2011:121)

Como se observa, la postura que Žižek muestra que la representación populista bonapartista, corresponde a un desarrollo del mito del Estado ético, del cual ya hubo lugar de ocuparse. Pero a diferencia de la estructura bonapartista, el espacio de autoafirmación incondicional del poder no se explicita en la base jurídica, sino que se deja a la realidad. De allí emerge la paradoja de límite al poder: en la teoría se define en tanto demarcación, sin tener posibilidad de localizar esta demarcación en la realidad, como se establece tanto en el Derecho nacional como bajo el DIDH y el DPI.

Como fue advertido, la transformación ritual del Derecho en procura del aseguramiento de los fines del Estado capitalista, permitió, al tiempo, el sostenimiento de rendijas para ejercicios contrahegemónicos de los derechos humanos. Al respecto, resalta Anitua (2004) en referencia al momento de la ilustración y la aplicación del poder punitivo, en un aspecto que mantiene su actualidad, en relación con la criminalidad de Estado:

Por otro lado, este cambio en la estrategia política frente al delito, infracción o ilegalismo (Foucault, 1994) aparece acompañado, en un movimiento que no se excluye sino que es lógicamente complementario, por otro proceso de cambio de sensibilidades culturales, sobremanera en lo que respecta a la exposición pública de la violencia. Este otro proceso es igualmente lento y acompaña a las mencionadas transformaciones de la estructura económica y política (Elías, 1989; Spieremburg, 1984; Garland, 1999, 265) Aquel cambio de estrategia no significará la abolición del poder punitivo configurado desde la aparición del Estado, pero servirá para que, a partir de entonces, se señalen permanentemente sus fallas y abusos. El problema de estas críticas reside en la falsa creencia de la eliminación del problema a través de su mejora cuando, por el contrario, “la selectividad, la reproducción de la violencia, el condicionamiento de mayores conductas lesivas, la corrupción institucional, la concentración de poder, la verticalización social y la destrucción de las relaciones horizontales o comunitarias, no son características coyunturales, sino estructurales del ejercicio de poder de todos los sistemas penales” (Zaffaroni, 1990, 6). (:6 y 17)

Partiendo del concepto de derechos humanos como afirmación de la dignidad de la persona humana frente al Estado (Nikken, 1994), en el primero de los escenarios, el concepto se

viene construyendo a partir de las exigencias del DIDH. Precisamente Dawn L. Rothe (2009) expresa que la resolución de la disyuntiva sobre el reconocimiento del crimen de Estado por el Derecho, es la aplicación de las definiciones y normas de derecho internacional que existen al respecto, como desde los Derechos Humanos. En efecto sugiere que las conceptualizaciones de la criminalidad de Estado, no se limitan a los crímenes internacionales y las graves violaciones de Derechos Humanos, pero les considera en su análisis. La razón que asiste a dicha autora es palpable cuando se revisa la construcción de las categorías de crímenes de Estado en el Derecho nacional de América Latina, así como en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. A modo de ejemplo, en la sentencia condenatoria de primera instancia contra Alberto Fujimori, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú, caracterizó el crimen de Estado a través de la concurrencia de un plan o diseño donde participan miembros de las Fuerzas oficiales o dirigentes del Estado, y que dicho plan sea dirigido a la comisión de crímenes. Asimismo, se observa que otro de los elementos constitutivos de la criminalidad de Estado, es que además busca tanto borrar las huellas de su comisión, como obstruir la investigación o el efectivo procesamiento y sanción de los responsables (Perú, 2009, considerando 625:538).

Sección 4. La criminalidad de Estado bajo el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos

Bajo el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos se ha dado una interesante construcción de la categoría de crimen de Estado para el Derecho, mediante la utilización directa del concepto, llegándolo a asimilar con la noción de terrorismo de Estado, como a través de su concreción bajo la categoría de graves violaciones de los Derechos Humanos. La construcción corrobora las revisiones anteriores de la criminalidad de Estado como un proceso no insular, sino organizado, planificado y de un amplio espectro de afectación. Adicionalmente, resulta de interés su aproximación, teniendo en cuenta la particular impronta de la construcción de los derechos humanos en América Latina, asunto sobre el que se retornará (*infra* cap. 2, secc. 2, 1.2)

La edificación de las nociones de crimen de Estado, bajo el sistema interamericano, se ha hecho sobre diversas líneas: (i) a través de la construcción de las categorías de crimen de Estado y Terrorismo de Estado como conceptos próximos, (ii) utilizando el análisis de contexto para establecer las dimensiones de la criminalidad de Estado y aproximando a su sistematicidad, (iii) estableciendo obligaciones específicas para los Estados en la persecución de sus crímenes de Estado como parte de la búsqueda de no repetición de los mismos.

1. Crimen y Terrorismo de Estado como conceptos próximos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los crímenes de Estado que han alcanzado la justicia internacional son un microcosmos de las atrocidades del cotidiano, en distintos continentes, que todavía no han logrado ser alzadas al conocimiento de los tribunales internacionales contemporáneos. (Corte IDH, 2006evr)

En la construcción del crimen de Estado como categoría, han concurrido por lo menos dos ramas del Derecho Internacional: El DIDH y el DIH. En tanto, la construcción actual del DPI, señalará si tomará en serio la categoría del crimen de Estado dentro de la noción de crimen internacional respecto del Estatuto de Roma.

Por sus particularidades relativas al ámbito territorial y su utilización como instrumento de luchas contra los crímenes de las dictaduras del cono sur, el sistema interamericano de protección ha tenido un papel central en la configuración del concepto de crimen de Estado, como una categoría cercana a la de Terrorismo de Estado o de Política de Estado, también utilizadas en la jurisprudencia interamericana. Los hechos constitutivos de Crimen de Estado, bajo la jurisprudencia interamericana, cubren desde vulneraciones al derecho a la vida, hasta la criminalización de la protesta social (Corte IDH, 2001e; 2003vr; 2004c; 2004fvr; 2005d; 2005evr; 2006; 2006avr; 2006b; 2006vr; 2006cvr; 2011; 2011a; 2009e; 2010d; 2013sc; 2014), y la violencia de género, como tuvo lugar por primera vez en la sentencia del caso Gelman vs. Uruguay (Corte IDH, 2011a, párr. 99). Estos crímenes pueden desarrollarse dentro de las

fronteras de un solo Estado o en múltiples Estados en división de trabajo criminal (Corte IDH, 2009a), como ha señalado en particular la Corte Interamericana:

(...) En tanto Estado, sus instituciones, mecanismos y poderes debieron funcionar como garantía de protección contra el accionar criminal de sus agentes. No obstante, se verificó una instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de los derechos que debieron respetar y garantizar, ejecutada mediante la colaboración inter–estatal señalada. Es decir, el Estado se constituyó en factor principal de los graves crímenes cometidos, configurándose una clara situación de 'terrorismo de Estado'. (Corte IDH, 2006a, párr. 66)

La jurisprudencia interamericana ha resaltado que el terrorismo de Estado implica una política de encubrimiento de los hechos, (Ventura Robles, 2005) que repercute en la elaboración de leyes para obtener la impunidad de los crímenes de Estado, afirmando al contrario que a partir de ellas, se busca el retorno a la paz, la reintegración de los presos políticos y, en general, de las víctimas. (Corte IDH, 2001e; 2010d) En el contexto del procedimiento de supervisión de sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay, la Corte Interamericana reiteró como lo había hecho en la sentencia de Fondo, que el terrorismo de Estado es un esquema de las estructuras de aparato de poder estatales a través de los cuales se buscaba la perpetración y la garantía de impunidad. (Corte IDH, 2011a; 2013sc)

Sobre dichos casos, la Corte Interamericana ha construido la figura de cosa juzgada fraudulenta o aparente, pues a partir de ellos, no es posible construir una sentencia con efectos de cosa juzgada. A partir de allí se colige que los efectos de una sentencia dependen de la validez del proceso de donde emergió. (Corte IDH, 2004c, párr. 131; 2005d, párr. 98; 2006, párr. 154; 2006b, párr. 153)

Así, bajo la competencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos, se han decidido casos que, si bien se construyen bajo la lógica de graves violaciones de derechos humanos, propias de un sistema de DIDH, el efecto útil y la garantía de efectividad de los

derechos, han permitido edificar una línea amplia de análisis y debate jurídico, en un proceso tal que ha dado lugar a una *conceptualización de los crímenes contra la humanidad*, como crímenes de Estado. (Argentina, Rafecas, 2006. Corte IDH, 2006avr.). Su particular sintetizador es el juez Antonio Augusto Cançado Trindade, (Corte IDH, 2003vr; 2004fvr; 2005cvr; 2005evr; 2006avr; 2006cvr; 2006b) con una acentuada postura iusfilosófica centrada en Radbruch, a quien Cançado considera como quien ha escrito con mayor elocuencia sobre los fines del derecho y las injusticias que se ejecutan con fundamento en las leyes, sosteniendo que si bien la justicia, el bien común y la seguridad jurídica, constituyen los tres valores de todo Derecho: “hay “leyes” que se muestran tan nocivas para el bien común, tan injustas, que se muestran desproveídas del carácter de “jurídicas”. (Corte IDH, 2006vr, párr. 8) Con fundamento en lo cual, el juez Cançado Trindade ha señalado el siguiente concepto de crimen de Estado:

[P]erpetrados por individuos pero siguiendo políticas estatales, con la impotencia, o tolerancia, o connivencia, o indiferencia del cuerpo social que nada hace para impedirlos, explícita o implícita, la política de Estado está presente en los crímenes contra la humanidad, inclusive contando con el uso de instituciones, personal y recursos del Estado. (...) Son fríamente calculados, planificados y ejecutados. (Corte IDH, 2006avr, párr. 40)

También se ha desarrollado el concepto de Terrorismo de Estado bajo el sistema interamericano como:

(...) una violación grave del derecho internacional perentorio (el *ius cogens*)”, que se patentiza “en la medida en que se establece la intención (...) o tolerancia, aquiescencia, negligencia, u omisión, por parte del Estado en relación con violaciones graves de los derechos humanos y del DIH perpetradas por sus agentes, inclusive en nombre de una política de Estado. (Corte IDH, 2006avr, párr. 35)

La utilización de los conceptos de terrorismo de Estado o crimen de Estado en la jurisprudencia interamericana, ha tenido una disidencia en el juez Sergio García Ramírez, quien en los casos Goiburú y Almonacid Arellano, rechaza su utilización y propone el concepto de Terrorismo desde el Estado o de crimen desde el Estado. (Corte IDH, 2003vr; 2006avr, párr. 23) No obstante ello, debe advertirse que el de crimen de Estado es un concepto apropiado por este

escenario de protección de los derechos humanos, donde además, se ha hecho énfasis en su particular dañosidad, y el juez García Ramírez, ha advertido la necesidad de cambiar el concepto de forma tal que las responsabilidades individuales también sean expresadas:

Terrorismo de Estado significa que el *Estado* se convierte en terrorista, siembra miedo y alarma en la población, causa la angustia que perturba gravemente la paz en el seno de la sociedad. Política de Estado implica que *este mismo* –un ente complejo y diverso, que ciertamente no es una persona física, un individuo, ni se resume en una pandilla criminal– asume un plan y lo desarrolla a través de ciertas conductas que se disciplinan al fin y a la estrategia diseñadas por el propio Estado. Igualmente, la noción de un crimen de Estado, si nos atenemos al significado literal de la expresión, se instala sobre el supuesto de que el *Estado* comete crímenes.

La expresión crimen de Estado –y en su propio ámbito, muy similar, el concepto terrorismo de Estado y el giro política de Estado, aplicado a esta materia– posee el notable y plausible valor de que recoge y exhibe conductas de la más reprobable naturaleza: teratología de la criminalidad, atrincherada en discursos que procuran ser persuasivos y, en ocasiones, han conseguido permear en algunos sectores de la población. Bajo su ala se ha victimado a millones de seres humanos, en aras de una suma de propósitos entre los que figuran la seguridad, el respeto a la tradición, la preservación de valores culturales, la paz social. Por ello reconozco la eficacia de las expresiones fulminantes llamadas a descubrir la identidad de estos sucesos criminales y a detener los argumentos que esgrimen sus autores.

(...)

Por eso prefiero hablar de “crímenes desde el Estado” o “terrorismo desde el Estado”, es decir, crímenes y terrorismo a través del empleo del poder y de los medios e instrumentos con que cuentan quienes lo detentan, enfilados a delinquir. En forma semejante se puede examinar la expresión “política de Estado”, que supone un consenso, una participación social y política, una admisión generalizada, o acaso unánime, generada a través de fines, metas y acuerdos democráticos, que no poseen y que jamás han tenido las conjuras criminales, los pactos de camarilla disfrazados con razones de Estado, consideraciones de bien común, motivos de unidad y paz pública que

sólo tendrían sentido moral en una sociedad democrática. (Corte IDH, 2006avr, párr. 20- 23)

Asumiendo la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana sobre el tema, se observaría que en principio la diferencia entre las nociones de crímenes de Estado y Terrorismo de Estado, radicaría en que éstas últimas vulneran el *ius cogens*. Cançado ha resaltado que en la responsabilidad agravada del Estado emerge de las vulneraciones al *ius cogens*, pues se trata del “deliberado encubrimiento de violaciones de derechos fundamentales” a través de prácticas sistemáticas. (Corte IDH, 2006vr, párr. 18) Debe advertirse por tanto, que todas las prohibiciones dirigidas a los estados en relación con la comisión de estos crímenes, en realidad hacen parte del *ius cogens*, por lo que crimen de Estado y el terrorismo de Estado, constituyen conceptos similares desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Es necesario recordar que el concepto de *ius cogens*, para algunos internacionalistas ha venido a reemplazar el papel de unificación que en el pasado se había atribuido al derecho natural dentro del Derecho Internacional (Gómez Robledo, 2003), si bien se presenta con algunos matices como *e.g.* que puede llegar a ser derogado por otra norma de *ius cogens*. (Convención de Viena, Art. 53, CIJ, 1951)

Por tanto, los elementos que coinciden en la estructuración de un crimen de Estado, de conformidad con la jurisprudencia interamericana, permitirían arribar a la siguiente definición: El crimen de Estado o terrorismo de Estado, alude a las violaciones de derechos humanos o del DIH, que son perpetradas por individuos con la aquiescencia, conocimiento o en nombre del Estado, bajo un contexto de cálculo y planificación, que tiene como fin principal generar miedo en la población interna o externa ante la ejecución de estas violaciones, y el sostenimiento de su impunidad a través de una política de encubrimiento de los hechos y de sus responsables. Así, los crímenes de Estado constituyen vulneraciones del *ius cogens*.

Esta definición se expresa, no obstante que desde las organizaciones de defensa de los Derechos Humanos de Argentina, a cuyas instancias empezó a acuñarse el concepto de Terrorismo de Estado en el sistema interamericano de protección, se diferencia el crimen de Estado del terrorismo de Estado, en que este último concepto abarcaría los crímenes de lesa humanidad cometidos desde el Estado o con su aquiescencia. Al respecto dice Gastón Chillier, Director del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de Argentina que si bien, un caso de corrupción aislado no es un crimen de Estado, dicha noción es diferente a la de Terrorismo de Estado: “es decir cuando el Estado deviene terrorista sabe que es un actor ilegal y que, entre otras cosas, tiene una estructuralidad, (...) desde el vértice de las estructuras estatales se diseña y se ejecuta una política para cometer crímenes graves”. (Chillier y Gamboa, 2012) Por su parte, desde la academia y a propósito de la dictadura militar brasilera, se ha resaltado la necesidad de diferenciar entre terrorismo de Estado y “el ejercicio del derecho de resistencia de los grupos que se oponen al terrorismo de Estado” (Da Silva Filho, 2012:208)

Este concepto de crimen de Estado coincide con el contenido de la formulación de crímenes de Estado desde el DPI, como en la doctrina internacional y el derecho comparado. (Argentina, Rafecas, 2006) Entonces es lógico concluir con Cançado que la jurisdicción penal internacional participa del proceso de criminalización de las graves violaciones de derechos humanos, y fortalece el Derecho Internacional. (Corte IDH, 2003vr; 2006aavr)

2. El análisis de contexto y las dimensiones de la criminalidad de Estado: Una aproximación a la sistematicidad.

Uno de los asuntos más trascendentes en la jurisprudencia interamericana, es el análisis de contexto. También ha sido uno de los aspectos del sistema más atacado por los Estados al defenderse dentro de los procedimientos abiertos en virtud de peticiones individuales, donde han solicitado que la Corte se declare incompetente para asumir dicho análisis. (Corte IDH, 2007, párr. 11; 2009e, párr. 55; 2010a, párr. 56; 2010b, párr. 58) Ello podría obedecer a su importancia para establecer la caracterización de hechos específicos como crímenes de Estado, destacándose

entre sus particularidades, precisamente la sistematicidad con lo que resultaría cuando menos impropio desconocer la intensidad de los crímenes de Estado.

El análisis de contexto para la determinación de los crímenes de Estado dentro de la jurisprudencia interamericana, es propio de una verificación cualitativa. La jurisprudencia interamericana ha determinado el análisis de contexto como un análisis de tipo cualitativo, que no se limita a una determinación histórica determinada. Para tal efecto deben ser revisados los contextos históricos, sociales y políticos correspondientes (Corte IDH, 2013, párr. 53; 2013a, párr. 56; 2014a, párr. 65), Así, el análisis de contexto puede ser analizado en dos grandes vías: (i) a través de su papel en la identificación de las graves violaciones de los Derechos Humanos y sus efectos. (ii) en su utilidad para el desarrollo del trabajo de los órganos del sistema, con una dinámica de afectación positiva para la prevención de nuevas violaciones.

El primero de los sentidos alude a la funcionalidad del sistema interamericano en el cumplimiento endógeno de sus funciones. El análisis de contexto permite entender los hechos y las cuestiones de derecho, que son puestas bajo su discernimiento, en sus funciones contenciosa (sistema de peticiones), cautelar y consultiva. Dentro del sistema de peticiones individuales, y conectado con la consideración de las decisiones interamericanas como mecanismos de reparación en sí mismos (Corte IDH, 2005d, 2006d) el análisis de contexto posibilita reconstruir y sostener la memoria histórica, (*infra* cap. 3, secc. 1, 2) comprender los extremos en que se desarrollan los hechos o las cuestiones jurídicas; y a partir de allí, entender los efectos y exigencias de reparación en la búsqueda de impedir la repetición de los hechos y de evitar la consumación de graves violaciones de los derechos humanos.

Al interior de la función contenciosa del sistema interamericano, se ha debatido profundamente acerca de la vinculación entre el análisis de contexto y la comprensión de la sistematicidad de los crímenes de Estado. En dicha vía, la Corte ha incorporado en el análisis de contexto, asuntos como los siguientes:

- a) La situación política y de orden público para la época de los hechos. A partir de dicha revisión, ha determinado que el contexto permite evidenciar los patrones sistemáticos de violaciones a los derechos humanos; permite auscultar la responsabilidad internacional del Estado, y verificar la utilización especial de los estados de emergencia generalizados. (Corte IDH, 2013a, párr. 58; y 2013, párr. 53 y 61)
- b) La determinación de procesos de selección de las víctimas y ejecución de las graves violaciones de Derechos Humanos a cargo de los Estados. (Corte IDH, 2006b, párr. 88; 2009a, párr. 48 y 80; 2013, párr. 59 y 2013a, párr. 58) Justamente, En el *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, la Corte citó a la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú, cuando estimó que las desapariciones forzadas se utilizaron como instrumento de lucha contrasubversiva, usado en forma sistemática por agentes estatales entre 1988 y 1993.

Los análisis de contexto han contribuido a observar que la selectividad de los crímenes no descarta la sistematicidad, en tanto los crímenes de Estado pueden tener lugar, en asocio con el patrón de actuación, o si se realiza de acuerdo al plan diseñado por el Estado (Corte IDH, 2013a, párr. 151) En dicho orden de ideas, el análisis de contexto ha permitido a la Corte Interamericana establecer la existencia de prácticas sistemáticas que se presentan sobre diversos aspectos:

El análisis de contexto ha permitido observar que los crímenes de Estado se presentan en tiempos de paz o de guerra (Corte IDH, 2011, párr. 48 ss; 2012b, párr. 54; 2013a) y pueden llegar a agudizar conflictos armados no internacionales (Corte IDH, 2013a, párr. 53) Pero al mismo tiempo han permitido observar la continuidad en la comisión de crímenes de Estado, incluso tras la finalización del conflicto armado, como ante su ausencia. (Corte IDH, 2006b; 2011 párr. 41, 42 y 44; 2012, párr. 51; 2013c, párr. 221; 2013, párr. 316; 2014a, párr. 69)

Asimismo, en relación con el tipo de violaciones de derechos humanos, como ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, etc., su heterogeneidad, así como las estrategias amplias o pretendidas justificaciones (lucha contrainsurgente, antiterrorista, regímenes represivos, etc.) en cuyo seno tienen lugar. (Corte IDH, 2006b; 2011, párr. 48 ss; 2012b; 2013a)

El análisis de contexto ha evidenciado que los crímenes de Estado constituyen verdaderas políticas de Estado en relación con su recurrencia, responsables y las diferentes variables bajo las cuales se expresan. Espacio en el cual se observa: (i) la existencia de ciertos delitos como expresiones típicas de crimen de Estado, como ocurre con la desaparición forzada de personas (Corte IDH, 1997; 1997a; 2011; 2013b, párr. 57) (ii) la falta de tipificación de algunas de estas conductas ha sido instrumentalizada para su repetición. (Corte IDH, 1997) (iii) Se ha establecido la existencia de ejecutores especiales, bajo el acatamiento de órdenes provenientes de líderes militares y policiales, utilizando la prohibición de mecanismos legales que hubieran evitado los crímenes y haciendo uso de estados de excepción. (Corte IDH, 1997; 1997a; 2006b; 2006bvr; 2011, párr. 184; 2013a, párr. 53, 152 y 243; 2013b, párr. 57) Igualmente, se ha evidenciado *modus operandi* común en la ejecución de múltiples crímenes. (2011, párr. 48; 2013a, párr. 56)

Este tipo de análisis cualitativo también evidencia la utilización de los crímenes de Estado sobre sectores específicos de la población, *e.g.* personas jóvenes, educadas, de extracción campesina o sospechosas de integrar movimientos armados de oposición, señaladas como integrantes del Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso, o el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. (Corte IDH, 1997; 1997a 2006b; 2006bvr; 2011, párr. 50; 2012) En la decisión de fondo del *Caso García y Familiares vs. Guatemala*, se advierte la existencia de un diario militar de setenta y tres páginas tamaño oficio, dividido en seis secciones. Las primeras cinco contienen, *inter alia*, información sobre la organización de archivos de inteligencia, así como listas sobre diversas organizaciones de derechos humanos. La sexta sección contiene un listado de 183 personas con sus datos personales, afiliaciones a organizaciones, actividades y, en la mayoría de los casos, también una foto tipo carnet de la persona. Cada registro indica además las acciones perpetradas contra cada persona, incluyendo: detenciones secretas, secuestros y asesinatos. Estos hechos registrados en el Diario Militar ocurrieron entre agosto de 1983 y marzo de 1985. (Corte IDH, 2012, párr. 57)

El análisis de contexto ha permitido conocer y explorar los procesos mismos de selección (Corte IDH, 1997; 1997a; 2011, párr. 50 y 51; 2006b; 2006bvr; 2013a; 2013b, párr. 59), así como las ideologías bajo las cuales subyacen. (Corte IDH, 2012) Por ejemplo, la Corte Interamericana ha adoptado posturas de comisiones de la Verdad del orden nacional, que a su vez habían identificado la construcción de perfiles generales para “tipificar a personas que podrían ser miembros o simpatizantes de organizaciones subversivas”. (Corte IDH, 2013a, párr.153) Así, se revela que constituyen procesos de selección de víctimas, sobre los cuales tiene lugar etiquetamientos, aislamiento y aniquilamiento, como lo determina la postura de Feierstein del genocidio reorganizador.

Analizar los contextos también ha sido de utilidad para establecer la vinculación entre mecanismos de impunidad, facilidad de aplicación del proceso de selección y la repetición de los crímenes. La Corte Interamericana entiende por impunidad, “[la] falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” (Corte IDH, 1998, párr. 173; 2008, párr. 153; 2008a, párr. 69), que puede propiciarse a través de: (i) la ausencia de garantías judiciales que afronten las sistemáticas vulneraciones. (Corte IDH, 2006b, párr. 92). (ii) la indebida organización estatal para la investigación; iii) investigación con dilaciones y entorpecimientos. iv) la falta de tipificación autónoma de delitos; v) la adopción de leyes de autoamnistía; vi) la falta de ejecución de las condenas impuestas o las condenas desproporcionadas en relación con la gravedad del delito. (Corte IDH, 1988; 2001a; 2001e; 2003; 2005d; 2006f; 2008; 2008a; 2008b; 2008c; 2009b) De conformidad con los principios de Joinet (2007) la impunidad es la “inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condenas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a las víctimas”.

A partir de esta línea jurisprudencial puede sintetizarse que los mecanismos generadores de la impunidad que pueden ser atribuidos en buena medida al poder judicial, en situaciones

relativas a la estructuración del aparato judicial, como a sus procedimientos. Entre ellos se encuentran: entorpecimiento de investigaciones, dificultades de los aparatos de investigación, problemáticas en la ejecución de las sentencias, vulneración del principio de proporcionalidad de las penas, y procesamientos por jurisdicciones incompetentes entre otras. (Corte IDH, 2009d; 2009b, 2005d, 2001b)

La jurisprudencia interamericana ha evidenciado la existencia de políticas estatales en tal sentido que tienen un papel esencial en la repetición de los crímenes, y que no solo pueden vincular al ejecutivo, sino también al sistema judicial (Corte IDH, 1997; 2001b; 2005d; 2006d; 2006c; 2006b; 2006bvr; 2006a; 2009b; 2009d).

Pero más allá del diagnóstico, la jurisprudencia interamericana resalta la obligación de organizar los aparatos estatales para evitar la reproducción de las condiciones de impunidad, inmescuyendo los análisis de contexto en tales proyecciones. Esto tendría lugar asegurando los derechos a la verdad, la justicia y a la reparación integral de las víctimas en un entorno de debido proceso, y estimando las responsabilidades de todo orden del Estado, sus agentes y particulares (Corte IDH, 2001e; 2001f, párr. 87; 2001g, párr. 17; 2004e; párr. 84; 2004d, párr. 150 y 235; 2004c, párr. 129; 2010, párr. 125; 2013a, párr. 58, 176 y 178; 2014a, párr. 65)

En sede del sistema universal de protección de los derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha resaltado la importancia de la lucha contra la impunidad, del procesamiento de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. (CDH, 2004) Asimismo, el estudio de la profesora Orentlicher, en su actualización de los principios de Joinet, ha reafirmado el deber de lucha contra la impunidad en cabeza de los Estados. (CDH, Principios de Orentlicher, 2004, párr. 26) En suma, existe un consenso en la grave trascendencia de la impunidad, en la ejecución de graves violaciones de los derechos humanos. (CDH, 2004, párr. 15; CIDH, 2005; Corte IDH, 2001d; 2006a; 2006avr; 2004c; Nikken, 1998.)

Desde luego, que los procesamiento deben ser justos, equilibrados y vinculados a un debido proceso, no con una apariencia de regularidad. Al respecto, el ex juez de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez (2006bvr) ha mostrado su preocupación por la forma de impunidad que constituye la simulación de enjuiciamiento. (Corte IDH, 2006bvr; 2006a; 2013a, párr. 244; Gamboa, s.f.), circunstancia que se acentúa en contextos de vulneración sistemática. (Corte IDH, 2006a) Esto igualmente ha sido reconocido por la CPI, estableciendo la necesidad de obtener “un equilibrio apropiado entre los derechos de los acusados y la necesidad de responder a las expectativas de las víctimas y de la comunidad internacional”. (ICC, PTC I, 2007, párr. 86)

En un segundo orden, el análisis de contexto en el sistema interamericano también ha permitido determinar que su trabajo impacte, redundando en una mayor efectividad de los derechos humanos en la región. (González Morales, 2009) Esta situación estaría sosteniendo tácitamente que el sistema interamericano también constituye un escenario de concreción de las necesidades del litigio estratégico, procurando incrementar sus posibilidades de incidencia positiva en la labor de prevención de los derechos humanos. (Corte IDH, 2005c; 2011; 2012c) El litigio estratégico en materia de derechos humanos, alude al diseño de litigios que buscan incidir de una forma más amplia que en el caso concreto, pretendiendo la generación de cambios sociales. (Puga, 2012) Implica procesos de selección, análisis y puesta en marcha de litigios que permitan incidir de manera significativa en las políticas públicas (Correa Montoya, 2008)

3. El procesamiento de crímenes de Estado y la obligación de no repetición.

Como se anotó, la garantía de no repetición constituye uno de los derechos de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos. (CADH, Arts. 1, 2, 8 y 25, DADH) Bajo la normativa colombiana, constituyen además, sus derechos fundamentales, a partir del reconocimiento hecho por la Corte Constitucional (CC, Sentencias T-512/92; T-259 de 1994; T-1202/00; C-029/09; C-059/10; SU-254/13; C-287/14) y, en tanto, emergen del bloque de constitucionalidad. La jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha señalado que la exigibilidad de los derechos de las víctimas aumenta ante la existencia de crímenes de lesa

humanidad (CC, C-004/03), categoría donde deben incluirse los crímenes de Estado, al respecto, el juez Cançado Trindade sostuvo en la sentencia de fondo del caso La Cantuta:

El crimen de Estado acarrea efectivamente consecuencias jurídicas, - como no podría dejar de ser, - con incidencia directa en las reparaciones debidas a las víctimas y sus familiares. Una consecuencia consiste en los "daños punitivos" *lato sensu*, concebidos estos, más allá de la acepción puramente pecuniaria a ellos atribuida inadecuadamente (en ciertas jurisdicciones nacionales), como determinadas obligaciones de reparación que deben asumir los Estados responsables por actos o práctica criminales, obligaciones éstas que se pueden configurar una respuesta o reacción apropiada del ordenamiento jurídico contra el crimen de Estado.

(...) No se trata de actos (u omisiones) puramente individuales, sino de una criminalidad organizada por el propio Estado. Tornase, pues, necesario, tomar en cuenta, *conjuntamente*, la responsabilidad penal internacional de los individuos involucrados así como la responsabilidad internacional del Estado, esencialmente complementarias; al crimen de Estado corresponde la responsabilidad internacional *agravada* del Estado en cuestión" (...)

En casos como el presente, en que el aparato del poder estatal fue indebidamente utilizado para cometer crímenes de Estado (en una chocante distorsión de los fines del Estado), constituyendo violaciones inadmisibles del *jus cogens*, y para después encubrir dichos crímenes y mantener sus agentes, perpetradores de los mismos, en la impunidad, y los familiares de las víctimas (también victimados) en la más completa desolación y desesperación, - en casos como los de *La Cantuta* y de *Barrios Altos*, en que los crímenes contra los derechos humanos fueron perpetrados en el marco de una comprobada práctica criminal del Estado, - las paces reconstitución y determinación de los hechos por esta Corte constituyen, ellas propias, una de las formas de proveer satisfacción -como forma de reparación- debida a los familiares sobrevivientes de las víctimas (quienes también son víctimas), y de rendir honor a la memoria de las víctimas fallecidas. (Corte IDH, 2006, voto razonado Cançado, párr. 38-59).

La jurisprudencia y las decisiones interamericanas son abundantes en el reconocimiento de los derechos de las víctimas de crímenes de Estado, situación que tiene lugar en diversos órdenes:

En un primer lugar, los correlaciona con los deberes de los Estados interamericanos, entre ellos los deberes de: (i) organizar todas las estructuras estatales para respetar, proteger y

garantizar los derechos humanos, así como para sancionar debida y proporcionalmente las vulneraciones a estos con garantía del debido proceso y la debida diligencia en relación con procesados y víctimas; (ii) el deber de reconocer la existencia de un crimen de lesa humanidad, (iii) el reconocimiento de las dimensiones individuales y colectivas de vulneración de los derechos, incluyendo la perspectiva de género; (iv) así como el deber de recordar. (Andreu, 2012; CIDH, 2000 y 2004; Corte IDH, OC 11/90; 1988; 2011g; 2011, párr. 184; 2013a, párr. 243 y 244; 2013, párr. 392; 2014a, párr. 251)

En un segundo orden, se vincula el cumplimiento de estos tres derechos para evitar la repetición de los crímenes. Es tal la interrelación entre los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la garantía de no repetición, que todos deben ser respaldados a fin de que pueda aludirse su efectividad, esto es, se trata de derechos interdependientes. En dicho espacio la Corte Interamericana ha reiterado el deber del procesamiento de todos los autores y coautores de estas conductas, determinando los diversos grados de responsabilidad (Corte IDH, 2010d; 2010; 2011, párr. 184; 2012e, párr. 154 y 157; 2013a, párr. 243 y 244; 2013a, párr. 271; 2013, párr. 392; 2014a, párr. 251)

En tercer lugar, el procesamiento de crímenes de Estado en vinculación con la garantía de no repetición, ha construido acciones específicas en cabeza del Estado, a saber:

El deber de adecuación del Derecho Nacional a los estándares internacionales, como *e.g.* en materia de tipicidad, interpretación y de adopción de tratados internacionales relativos a las diferentes categorías, ya de violaciones de derechos humanos, como de crímenes internacionales. (Corte IDH, 1999; 2013a, párr. 271; 2009e, párr. 340; 2010, párr. 220; 2010a, párr. 225; 2010c, párr. 237; 2010d, párr. 287; 2011sc2; 2011sc; 2012sc) Asimismo, la necesidad de verificación de programas de capacitación a las Fuerzas Armadas y a otros órganos estatales, en materia de derechos humanos y DIH. (Corte IDH, 2006b, párr. 240; 2009a, párr. 193; 2009, párr. 541; 2010, párr. 245 y 246; 2010d, párr. 283; 2010a, párr. 245; 2012e, párr. 320; 2013a, párr. 274; 2013, párr. 400; 2014a, párr. 275) Finalmente, el acceso público a los archivos estatales, así como

resguardar y proteger la información de manera adecuada, garantizando el acceso de las víctimas a la misma. (Corte IDH, 2011a; 2011, párr. 211 y 212) Finalmente, debe destacarse la ampliación que la Corte Interamericana hace en procura de la no repetición, de la base normativa interamericana para comprender otros instrumentos que igualmente protegen a las víctimas como el PIDCP dentro del DIDH y el DIH. Este último aspecto se ha resaltado a través del reconocimiento de “nociones básicas de humanidad para regir la conducta de los Estados” (Corte IDH, 2006vr, párr. 28). Alejandro Ramelli Arteaga (2009) sintetiza que en los deberes de protección de la población civil por los Estados: “es allí donde confluyen, con mayor fuerza e intensidad, derechos humanos y derecho internacional humanitario” (:36). Por su parte, las tratadistas Laurence Burgorgue-Larsen y Amaya Úbeda de Torres, (2010) resaltan la contribución de la Corte y la Comisión Interamericana al desarrollo del DIDH y del DIH.

Queda corroborado que la noción de crimen de Estado tiene diversas dimensiones, como la sociológica, y además constituye un elemento central del DIDH. La jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha ocupado de construir las categorías de crimen de Estado y Terrorismo de Estado, ha descrito las diversas expresiones de la criminalidad de Estado, utilizando dicho análisis para establecer las dimensiones de la criminalidad de Estado y aproximado a su expresión de sistematicidad como elemento de su realidad, por lo que ha procedido a condenar su utilización, estableciendo obligaciones específicas para los Estados en la persecución de estos crímenes. Además, dentro de sus efectos, ha subrayado su particular afectación, expresando la necesidad de diversas acciones como parte de la búsqueda de no repetición. No obstante, el panorama de incumplimiento de las decisiones del sistema interamericano, recalca el sentido de tecnología de poder del crimen de Estado y recuerda a Bobbio aludiendo a los Estados que no son de Derecho:

Pe

ro estos Estados son precisamente los menos inclinados a aceptar las transformaciones de la comunidad internacional que deberían abrir la vía a la institución y al buen funcionamiento de una protección jurídica plena de los derechos humanos. Dicho drásticamente, respecto a la tutela internacional de los derechos del hombre nos encontramos hoy en una fase en la que allí

donde sería posible, no es quizá del todo necesaria, y donde sería necesaria, es menos posible.

(Bobbio, 1991a:79)

Conclusiones preliminares

Se ha evidenciado la modernidad como un proceso diferenciado, caracterizado por su devenir, y que se ha expresado como modernidad capitalista, teniendo como grilla de comprensión el concepto de *homo aeconomicus* que es la síntesis de la racionalidad instrumental. Esta modernidad, que ha desarrollado los conceptos de Estado y de Derecho como son conocidos en la actualidad, tiene como elemento central la idea de soberanía. Tras someter el concepto a una labor de contraste, desde el límite mayor de ejercicio y el de más clara restricción, se ha corroborado que constituye un concepto que implica claros límites. Así, la soberanía moderna está limitada en sus expresiones tanto internas como externas. Como advierte Moya Vargas (2011) con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, la soberanía no es un concepto totalitario ni absoluto, sino relativo a sí mismo: un Estado soberano se representa con la capacidad de cumplimiento de sus obligaciones y, en particular, del respeto y defensa de los derechos humanos. Como se observa, esto se deriva de la configuración del mito del Estado neutral y también explica el surgimiento del Nuevo Humanismo Militar, con el papel central de los *rogue states*, como denunció Chomsky. De esta forma, en un sentido externo, la soberanía tiene lugar con el reconocimiento internacional del poder del Estado, y se acentúa con la determinación de los derechos humanos como límite a la soberanía. De ahí que la criminalidad de Estado no sea aceptada como *hecho salvador* como pretendía Ihering (2006), aun cuando constituya *función* del Estado en la modernidad capitalista, demandada por la racionalidad instrumental de donde emerge como expresión de la razón de Estado.

La criminalidad de Estado es una tecnología de poder de la modernidad, que se expresa en procesos burocráticos que naturalizan las atrocidades mientras desnaturalizan las víctimas. Puede presentarse como hechos lícitos e ilícitos frente al derecho nacional, por lo que se trata además, de una violencia autorizada. Esta tecnología se expresa a partir de procesos de selección de víctimas, que como fue observado, no corresponde a preconceptos de índole estrictamente racial, sino a una

selección política o ideológica. De ahí que puede concluirse que la criminalidad de Estado se expresa en lógica de sistematicidad, por lo que debe abandonarse la pretensión de una supuesta maldad insular o individual, como se ha pretendido con el discurso mayoritariamente difundido en relación con la ejecución del genocidio nazi. Esta lógica de sistematicidad permite reconocerle al tiempo como tecnología de poder y como práctica social reorganizadora y fundacional.

Pero el Derecho tiene rendijas que permiten la construcción de posibilidades contrahegemónicas, incluso ante esta criminalidad, pues el Estado moderno es *relación*, presenta limitaciones inherentes en su poder, y se expresa a partir de la comunicación entre dominantes y dominados. Ello a su vez explica la construcción particular de los procesos en la pretensión de limitación de la criminalidad Estatal en la Subalteridad, como ha tenido lugar en el trascendente escenario del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Entonces, esta criminalidad de Estado, presente a lo largo de la modernidad, se reconoce por el Derecho pues se ha establecido a partir de los mitos del Estado neutral y de los derechos humanos entendidos estos bajo una dimensión hegemónica. Esta consiste en afirmar los derechos humanos sólo en lo relativo a los intereses de la hegemonía, y no en su trascendencia como movimiento social o construcción sociohistórica. La dimensión hegemónica establece los derechos humanos como un mecanismo de Biopolítica, anunciándoles, mientras se les retira su garantía material. Esta dimensión reconoce tímidamente la existencia de la criminalidad de Estado. Pero al mismo tiempo, se trata de Estados que se expresan bajo la pretensión de ser reconocidos en su dimensión externa, luego entonces, por la comunidad internacional. En este sentido el mito de neutralidad del Estado se acompaña con el mito de los derechos humanos como relativos, para buscar el sostenimiento del Estado.

La resistencia inherente al poder, se expresa a través de acciones sociales, políticas y jurídicas, por lo que una dimensión contrahegemónica, subversiva o sociohistórica de los derechos humanos identifica y persigue esta criminalidad al evidenciar su particular dañosidad pues tienden a aumentarse al provenir de una entidad hegemónica. Esto exige instalar el aguijón de la memoria, evidenciar que la criminalidad de Estado se expresa bajo procesos de selección y acción que permiten considerarla una práctica social, ya fundacional como reorganizadora, si bien suele

acompañarse de la negativa a aceptar su comisión. Este reconocimiento ya ha sido puesto en marcha, como lo evidencia la jurisprudencia interamericana, a partir de la cual se puede sintetizar que el crimen de Estado trata de las violaciones de derechos humanos o del DIH, perpetradas con la aquiescencia, conocimiento o en nombre del Estado, en un contexto de cálculo y planificación, que tiene como fin principal generar miedo en la población interna, o externa ante la ejecución de estas violaciones, y el sostenimiento de su impunidad a través de una política de encubrimiento de los hechos y de sus responsables. Así, los crímenes de Estado constituyen vulneraciones del *ius cogens*.

Por ello, la criminalidad de Estado no se limita a procesos de supuesta maldad individual. Una dimensión contrahegemónica de los derechos humanos instala la memoria de la criminalidad de Estado como aguijón, tiene la potencialidad de transformar la razón instrumental, y con ello, la modernidad capitalista. Esto podría alcanzarse a partir de una educación que mirando el pasado, edifique el futuro de forma reflexiva y crítica para evitar la repetición.

Capítulo 2

Del Derecho Internacional al Derecho Penal Internacional: Una Genealogía de las víctimas de Crímenes de Estado como sujetos

If ultimately, in a daring shift, a new genealogy of rights is outlined following the trail of suffering left by the history of modern imperialism and the resistance to it, a swift reaction can be heard in academic debates, countering such a move as incorrect and unsuitable to the very nature of rights. (Barreto, 2014:407)

Se ha puesto de presente una permanente y profunda transformación del concepto de Estado moderno, a través de vértices asentados en dos de los elementos principales de su noción: la idea de soberanía y la pretensión democrática. Asimismo, se ha evidenciado que la criminalidad de Estado es un dato de la realidad, una constatación sociológica reconocida por el Derecho, que como el concepto de Estado, se encuentra en permanente reconstrucción, con mayor razón en el momento actual de Nuevo Humanismo Militar (Chomsky, 2005) donde el crimen de Estado también construye y reconstruye el Estado, lo identifica como la síntesis de la creación y la destrucción, facetas de la *civilización moderna*. (Bauman, 2011) Se corroboró que la criminalidad de Estado constituye un dispositivo de poder, (*supra* cap. 1, secc. 3, 2.1) una forma de ejercicio del poder político. (*supra* cap. 1, secc. 3, 2.2) Desde el Derecho, se concibió el crimen de Estado como el conjunto de violaciones de derechos humanos o del DIH, perpetradas por individuos con la aquiescencia, conocimiento o en nombre del Estado, bajo un contexto de cálculo y planificación, que tiene como fin principal generar miedo en la población ante la ejecución de estas violaciones y el sostenimiento de su impunidad a través de una política de encubrimiento de los hechos y de sus responsables. Así, los crímenes de Estado constituyen vulneraciones del *ius cogens*. (*supra* cap. 1, secc. 4)

Para avanzar en una formulación teórica sobre la intervención de las víctimas de crímenes de Estado en la CPI, debe diferenciarse esta criminalidad de otro tipo de prácticas de Estado. En particular, se distingue aquí de las prácticas violentas de los sistemas de Estado sobre los sujetos individuales y colectivos que se consideran lícitas bajo el Derecho Internacional, como los procesos de selección que se incluyen en la política penal en general, la edificación de los tipos penales, la determinación de los sectores poblacionales contra quienes se dirigen los procesos, así como los procedimientos, clases y medidas del Derecho. (Sandoval Huertas, 1985). Ello implica que la representación de la selección que subyace al crimen de Estado inicia en la organización social, como subraya María Cristina Bayón (2012) con sustento en Massey: “En la actual era de los extremos, el patrón emergente para la organización de las diferencias sociales en el espacio urbano se caracteriza por una intensificación espacial tanto del privilegio como de la pobreza” (:133; Barreiro, 2005a), expresándose, entre otros, en el derecho. Ello no solo se detecta en los escenarios nacionales, pues como resalta Rajagopal (1999) la propia idea de desarrollo occidental constituye un modelo de violencia particular, que se ha instalado en el imaginario colectivo a partir de la segunda posguerra, convirtiéndose en un verdadero discurso de control social de la realidad en el Tercer Mundo. En efecto, “El uso del derecho y de la política criminal, entonces, jugarán un destacado papel en esa legitimación del uso de la fuerza y de la coerción física que, por medio del Derecho, devendrá (o al menos así se pretenderá) *legítima*”. (Rivera Beiras, 2005:19) Estas políticas son violentas, hacen parte de las lógicas de control social, pero no se especifican aquí por trascender a los límites del trabajo. Así mismo debe diferenciarse de la sola utilización del Derecho para enmascarar la impunidad. García Villegas y Rodríguez (2003) resaltan la utilización del Derecho por las dictaduras latinoamericanas de la segunda parte del siglo XX, aplicando normas jurídicas oficiales autoritarias. Vía en la que subraya Müller (2009) a propósito del régimen nazi:

Los profesores de derecho desempeñaron un papel importante en el declive del derecho durante el tercer *Reich*. Brindaron un ropaje filosófico a los actos arbitrarios y los crímenes de los nazis, que sin ese disfraz se habrían reconocido claramente como actuaciones ilegítimas. Prácticamente no hubo desafuero alguno perpetrado por los nazis que no hubiese sido reconocido durante el régimen como “supremamente justo” y

que no hubiese sido defendido después de la guerra por los mismos académicos, valiéndose de los mismos dudosos argumentos en cuanto a su “justificación” o incluso su “conveniencia” desde un punto de vista jurídico. (:101)

Esa particularidad de la criminalidad de Estado consiste en la ilicitud reconocida por quien lo produce y categoriza, pero que constituye actividad regular del Estado moderno (Daroqui, Calzado, Maggio y Motto, 2007) y, por tanto, debate las implicaciones del mito del Estado ético. Se trata de un distintivo suficientemente documentado en su acentuación bajo el Nuevo Humanismo Militar. Ello obliga a verificar la corrección de esta afirmación a través de la construcción de una genealogía de las víctimas de crímenes de Estado como sujetos en el Derecho Internacional. Esta reconstrucción puede interpretarse a través de dos momentos centrales que evidencian la realización binómica resistencia/hegemonía, que subyace a la configuración de los derechos humanos, como lo reconocen Peces Barba (1995) en la dupla resistencia/consenso y Baxi (1992) a través de las resistencias en relación con las tres fases de la globalización. Estos momentos consisten en la entronización del *homo æconomicus* que trae como paradoja el reconocimiento de la diversidad por el derecho, y la profundización de la Biopolítica de los derechos humanos a través de la criminalidad de Estado bajo el Nuevo Humanismo Militar. Ello exige conocer los derechos humanos en su dimensión hegemónica como asunto de la Biopolítica, y contrastarlo como sugiere Woodiwiss (2002), con la verificación de las tensiones permanentes que surgen de sus contradicciones. Esto equivale a revisar, aclarar, construir y difundir una genealogía del sujeto colectivo en el Derecho Internacional, con mayor razón en el DPI. Ello permitirá, además, romper con la idea de víctima como simple sujeto pasivo del delito y, pasar a entenderla, como sujeto transformador.

1. La necesidad de construir una genealogía de las víctimas como sujetos en el Derecho Internacional

En el fondo de la práctica científica existe un discurso que dice: “no todo es verdadero; pero en cada punto y cada momento, existe una verdad por decir y por ver, una verdad que acaso

dormita pero que espera sólo nuestra mirada para manifestarse, muestra mano para ser revelada; corresponde a nosotros encontrar la correcta perspectiva, el ángulo adecuado, los instrumentos que son necesarios, puesto que de todas maneras ella existe allí y está por doquier”. (Foucault, 1987:135)

Si se entiende la conformación de una genealogía como instrumento propio de una postura conflictualista de la sociedad, asumir su construcción en un escenario como el Derecho Internacional o el DPI es una labor de particular complejidad. La situación se complejiza aún más si la genealogía se refiere a los sujetos dentro del Derecho Internacional, pues implica reconocer que no se inscriben de manera necesaria en una tipología. Solo a través de la construcción de una genealogía es posible comprender de manera apropiada el establecimiento del individuo como sujeto del DIDH y los debates desde la resistencia que propugnan por el reconocimiento del sujeto colectivo. Ello implica reconocer una transformación no atribuible en exclusiva a un cambio normativo, sino que emerge de la dialéctica hegemonía–contrahegemonía. La construcción de esta genealogía exige reconocer “los conocimientos eruditos y las memorias locales, acoplamiento que permite la constitución de un saber histórico de las luchas y la utilización de ese saber en las tácticas actuales” (Foucault, 2000:22) Como resaltó Bourdieu (2008), implica abandonar una visión ingenuamente finalista de la historia que básicamente se limita a “la denuncia anecdótica de los responsables aparentes y termina por engrandecer a los autores sospechosos de los ‘complots’ denunciados”. (:13) Ello también sigue la necesidad de entender los Derechos Humanos en su contexto generatriz y de aplicación, como lo reitera Baxi (2008), en suma, se trata de una labor de relectura y reinterpretación. En constatación de ello, el autor indio resalta que la DUDH emergió de la experiencia del genocidio nazi (Baxi, 2008; Jelin, 1992) y dio lugar a otros instrumentos, pero su paradigma se confronta con el de los derechos humanos que se sustentan en el comercio y los mercados (Baxi, 1992 y 2008), o la implicación permanente de las dinámicas del *homo æconomicus*. En efecto, Bobbio (1991) reconoce que la DUDH constituye “sólo el momento inicial de la fase final del proceso de positivación universal de los derechos humanos”. (:70) Boaventura

de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito (2005), subrayan que esta construcción debe ser contrastada por un estudio contrahegemónico:

On the other hand, a post-law-and-development generation of students of international legal transplants has unveiled the power struggles and alliances between and within legal elites in the North and the South through which the hegemony of transnational capital and Northern states is reproduced. Contrary to the emphasis of the governance approach on successful institutional designs, hegemony theorist focus on the structural reasons that explain the failure of ostensibly progressive global legal designs (e.g. the export of the rule of law and human rights) and the reproduction of the legal elites who promote them. (:5)

Por ello Baxi (1987, 1992) llama la atención sobre la necesidad de mirar los modelos de derechos humanos, desde el punto de vista de los grupos que han sido oprimidos de manera histórica. En esta tesis se toma partido por este reto, por lo que se revisan los derechos humanos en construcción, a partir de las víctimas de los crímenes de Estado como sector que puede ser identificado bajo un contexto de opresión.

Se advirtió en la introducción que este segmento se ocupa también de la genealogía de la intervención de unos sujetos que han construido resistencia de forma particular, constituyéndose como sujetos individuales y colectivos. Con ello se abandona la idea del Derecho Internacional como exclusivo sistema relacional de los Estados, incluso si se asume un concepto más extenso como el de comunidad interestatal (Basave Fernández del Valle, 2001; Pérez-León, 2008) que sigue siendo limitado para la verdadera transformación que ha tenido lugar. Por tanto, se asume la definición más apropiada de Remiro Brotons, que encuentra el Derecho Internacional como conjunto normativo que regula las relaciones “de los miembros de la sociedad internacional a los que se reconoce subjetividad en este orden” (Brotons, Riquelme, Orihuela, Díez- Hochleitner, Pérez-Prat, 2010:37).

La genealogía de las víctimas de crímenes de Estado en el DIDH y el DPI revela un proceso permanente en la modernidad: La reconstrucción del concepto de Estado con el surgimiento de diferentes escenarios que reconocen la titularidad de las víctimas como sujetos en el Derecho Internacional. Estos procesos se sustentan sobre tres lógicas: el contexto de los conflictos internacionales, las lógicas de deconstrucción de la idea de soberanía moderna, y las particularidades que emergen de la construcción diferencial de los derechos humanos en la subalternidad. En efecto, la arquitectura de la genealogía de los sujetos individuales y colectivos en el Derecho Internacional, y en particular, en la complementación entre el DIDH y el DPI, obedece al juego de relaciones de fuerza que Foucault (1996a) advertía como dinámicas constructoras del mundo. Surge a partir de acciones hegemónicas influenciadas por acciones de resistencia bajo un contexto de coerción, sus tránsitos de la hegemonía a la contrahegemonía, así como de las nuevas contrahegemonías frente a las contrahegemonías hegemónicas. De hecho, sin aludir a un concepto de genealogía, Peces-Barba (1995) lo tramita al señalar la limitación que subyace en una simple historia de los derechos, pues debe indagarse sobre los “materiales aportados por la historia, que explican el origen de los derechos en el tiempo, las condiciones sociales, económicas, culturales y políticas que les originan como idea moderna de la dignidad humana, y los ámbitos y circunstancias en que surgen”. (:106) Por su parte, Ángel Papacchini (1997) expresamente alude a la necesidad de estudiar una genealogía de los derechos humanos que inicie con el tránsito a la modernidad en el humanismo.

En un segundo orden, la construcción de esta genealogía exige considerar las lógicas de deconstrucción de la idea de soberanía moderna, que ya fueron observadas (*supra* cap. 1, secc. 1) y las particularidades que emergen de la construcción diferencial de los derechos humanos en la subalternidad. En este último escenario, de la mano de Ariadna Estévez López (2007, 2008a, 2008b, 2010 y 2012) y Helio Gallardo (2009, 2005, 2008a y 1988), se transitará la edificación de los sujetos individuales y colectivos en América Latina, con fundamento en una aproximación sociohistórica de los derechos humanos.

La genealogía que aquí se propone se refiere a una categoría que pone a prueba la consideración del DIDH como conjunto normativo dirigido a personas o a grupos de personas, en fin, concebidas y concebidos como individuos. (CADH, Art 1.1) Desde una perspectiva eurocéntrica, una de las definiciones del nuevo orden mundial de la segunda posguerra implicaba reconocimientos dobles de los individuos: En tanto se responde por las acciones que realizaban en nombre de sus Estados (reconocimiento de la responsabilidad internacional de Estados e individuos), y para defenderles de las acciones desarrolladas por los Estados y sus agentes. Así se sintetiza el proyecto liberal de derechos humanos que en grandes líneas se mantiene hasta la actualidad. (Dussel, 1998; Estévez López, 2008b. Gallardo, 1989) Desde una perspectiva de subalteridad, señala la necesidad de considerar los saberes y las lógicas locales, en la definición de los derechos de las víctimas de crímenes de Estado ante la CPI en una lectura de universalismo concreto. (*infra* cap. 2, secc. 2, 1.2) Incluso, solo la revisión de las dimensiones donde tienen lugar las relaciones entre individuos y Estados podría legitimar la capacidad de enjuiciamiento de las hegemonías a partir de la limitada justificación en la persona humana. Estas consideraciones que corroboran (*supra* cap. 1, secc. 2) que una revisión genealógica evidencia las dimensiones hegemónicas y contrahegemónicas de los derechos humanos, y su calidad de fruto de los movimientos sociales como sujetos colectivos, lo que revela su matriz sociohistórica. (Gallardo, 2009; 2008a) En efecto, Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito (2005) encuentran dos ventajas en la aproximación desde la revisión de la hegemonía global en el derecho:

First, by combining the insights of neo-institutional and reflexive sociology, scholars in this tradition have dug into the origins of global legal designs (from international arbitration to the rule of law and judicial reform) that provide neoliberal globalization with political and scientific legitimacy. This genealogical expedition has unearthed the hierarchies, power struggles, and tactical moves throughout which hegemonic institutions are produced and reproduced, and through which non-elite actors are systematically excluded.

Secondly, analysts of global hegemony have made a methodological contribution by following across borders the actors of the processes of exportation and importation of legal models. (pp 9 y 10)

Por ello suscita especial interés un colectivo de expresiones de resistencia frente a la faceta del Derecho que se pretende inoperante ante la criminalidad de Estado: las víctimas de sus crímenes. Si bien no se enfoca la discusión hacia la construcción de una genealogía del “enemigo” bajo el Derecho Penal, como lo ha hecho Zaffaroni (2011) y del Derecho Internacional como fenómeno general, se asumirán dichos análisis de manera parcial. No obstante ello, se evidenciarán algunos vértices de similitud en el tratamiento del Derecho Penal a los enemigos *tradicionales* del sistema social, y a las víctimas de los crímenes de Estado. Esto permitirá aclarar la idea de la víctima de los crímenes de Estado como supuesto *enemigo* para el Derecho, y evidencia el concepto de enemigo en el Derecho Penal como uno de los elementos en que el Estado sociológicamente ha pretendido justificar su criminalidad.

Hasta aquí deben hacerse tres tipos de observaciones: (i) los derechos humanos se edificaron en virtud de un contexto de coerción nacional e internacional que construyó nuevos idearios políticos en la modernidad; (ii) se revisará su inclusión normativa en el escenario moderno que inicia con mayor vigor, a partir de la segunda posguerra; (iii) se tendrá especial atención con el reconocimiento de formas diferenciales de construcción de la categoría de sujeto colectivo en América Latina, tomando como sustento la genealogía de los derechos humanos en esta región, construida por la tratadista Ariadna Estévez López (2007, 2008a, 2008b, 2010, 2012). Finalmente, como lo exige la elaboración de una genealogía, se pretende iniciar el descubrimiento de respuestas en la visión contrahegemónica de los derechos humanos, en particular, en una lectura de los derechos humanos como movimiento social (Gallardo, 2009) para construir una aproximación a la intervención de las víctimas de los crímenes de Estado en la CPI. Este procedimiento reconoce que “[e]s en esta dialéctica entre deconstrucción y reconstrucción, donde se encuentra el desafío para los estudios interdisciplinarios críticos sobre el Derecho” (García Villegas y Rodríguez Garavito, 2003:18).

Sección 2. Del *homo æconomicus*, al reconocimiento de la diversidad por el Derecho

(...) la desigualdad es la mayor de las evidencias antropológicas.

(Cortina Orts, 1995:13)

Aludir a un concepto de modernidad capitalista reconoce que no todas las *modernidades* se resumen en la de este modelo de producción, pero señala que la modernidad capitalista ha sido triunfante. Como señala Touraine (2000a): “nada permite identificar la modernidad con un modo particular de modernización, el modelo capitalista, que se define por la extrema autonomía de la acción económica”. (:202) Por ello hace crítica de *las modernidades*, y en particular de la capitalista:

Pero el establecimiento del mercado, si bien lo permite todo, no arregla nada. Condición necesaria, ese establecimiento no es una condición suficiente de la modernización; paso negativo de destrucción del pasado, no es un paso positivo de construcción para una economía competitiva. Puede llevar a la especulación financiera, al mercado negro o incluso a la formación de modernos enclaves extranjeros dentro de una economía nacional desorganizada. El paso de la economía de mercado a la acción de una burguesía modernizadora no es ni automático ni simple, y el Estado tiene que desempeñar un esencial en todas partes. Nuestra conclusión es la siguiente: no hay modernidad sin racionalización, pero tampoco sin la formación de un sujeto-en-el-mundo que se sienta responsable de sí mismo y de la sociedad. No confundamos la modernidad con el modo puramente capitalista de modernización. (:203)

La modernidad capitalista apuesta por el individualismo como uno de sus componentes trascendentes (*supra* cap. 1, secc. 1; Bauman, 2004; Echeverría, 2009; Fioravanti, Peces-Barba, 1995; Sánchez, 2001a; Sandoval Huertas, 1977; Villoro, 1992). El proceso de construcción del sujeto en esta modernidad, que permitirá comprender además la construcción del *sujeto de derecho* bajo la tensión del *homo aeconomicus*; admite que la modernidad occidental desplazó las diversas formas sociales premodernas diferenciales que sustentaban la necesidad de comunidad sobre la sublimación del autosacrificio. (Echeverría, 2009) Pero aún se sostienen algunas de sus formas en el patriarcalismo, la exclusión de diversas opciones de género, y el matrimonio limitado para la procreación, así como otras más, dirigidas a limitar la plena realización del

individuo, es decir, la “inconsistencia de la modernidad” (Echeverría, 2009:22) Así, la eficacia del Derecho en general, y de los derechos humanos, en particular, en lógica de prevención de conflictos y de limitación del poder dentro de la modernidad, están mediadas por la cultura. (Gallardo, 2009) El tránsito a la modernidad (*supra* cap. 1, secc. 1) implicó la construcción de una nueva forma de ser humano (Villoro, 1992), sintetizada en el *ser* como individuo, que resulta triunfante a través de la razón. (Papacchini, 1997; Touraine, 2012)

El mercado, la secularización y otros fenómenos que condicionaron el tránsito hacia la modernidad, generaron “el descubrimiento del individuo como la realidad social básica” (Bobes, 2002:372), que se descubre, no en tanto integra un estamento, sino como ente autónomo. De allí la conexión con la noción de ciudadanía que reúne los derechos legales que unifican a los individuos. (Bobes, 2002) Entonces tres esferas sociales se analizan en la modernidad capitalista y su individuo: el mercado, la relación Estado/individuo y la sociedad civil a partir de asociaciones voluntarias del individuo, vinculándose los conceptos de ciudadanía como ideal y conjunto de derechos por una parte, y el de sociedad civil como espacio de asociaciones involuntarias, esfera comunicativa o como espacio de solidaridad. (Bobes, 2002) Estos órdenes condicionan el Derecho Internacional y generan resistencias que transforman el Derecho, como se revisará a continuación. Uno de los cambios más interesantes resulta en el concepto sociológico de crimen de Estado y su derivación como concepto jurídico. (*supra* cap. 1) De conformidad con ello, se revisará la importancia del *homo æconomicus* como forma de comprensión transversal a la modernidad, en particular en la construcción de los sujetos individual y colectivo. Ello llevará a auscultar dos de las paradojas de la entronización del *homo æconomicus* con la modernidad capitalista: el surgimiento y el desconocimiento de la responsabilidad internacional de los Estados, y el reconocimiento de la diversidad por el Derecho, con su profundización en la era de la globalización.

1. El *homo æconomicus* como epicentro de la modernidad capitalista y su expresión en el individualismo del Derecho Internacional: La responsabilidad internacional de los Estados como resistencia.

Discutir la incidencia del *homo æconomicus* como epicentro de la modernidad capitalista, no implica adoptar una visión reduccionista de la realidad como una síntesis de lo económico. Involucra reconocer que como lo advirtió Foucault, (2007) el *homo æconomicus* es la grilla de inteligibilidad de los procesos de gubernamentalización. Sobre este escenario el Derecho Internacional surge y ha sido transformado, lo que genera numerosas reflexiones para indagar por las posibilidades de las víctimas de crímenes de Estado en un contexto influido de forma determinante por este. Por ello es necesario auscultar el proceso de surgimiento y empoderamiento del *homo æconomicus* y su vinculación con la construcción de los sujetos individual y colectivo desde las perspectivas hegemónicas y contrahegemónicas.

1.1 Surgimiento y empoderamiento del homo æconomicus: Su vinculación con el concepto de sociedad civil

Tras el ascenso del capitalismo, la nueva base de inteligibilidad del comportamiento del individuo fue el *homo æconomicus*. Esta será la superficie de contacto entre individuo y poder, el principio de regulación de este, donde el individuo es profundamente gobernable. (Foucault, 2007) Este principio sigue poniendo de manifiesto las inconsistencias de la modernidad (Echeverría, 2009) capitalista, y ha influenciado la construcción del Derecho Internacional y de los Derechos Humanos. (Rajagopal, 1999) Uno de los elementos conductores del encuentro de la modernidad con el capitalismo fue la neotécnica, que permitió la construcción de una “civilización occidental” vinculada por el mercantilismo, y un intercambio mercantil sustentado en pretensiones de universalidad (Echeverría, 2009; García Linera, 2009). De allí la frecuente fusión entre modernidad y el capitalismo:

La modernidad, esta respuesta autotransformadora que la civilización milenaria da al desafío lanzado por el aparecimiento de la neotécnica, queda de esta manera atada en Occidente al método con el que allí se formuló esa respuesta. Queda atada al órgano del que se sirvió para potenciar exitosamente el aspecto multiplicador de la neotécnica; queda confundida con el capitalismo. El capitalismo se transforma en un *servo padrone* de la

modernidad; invitado por ella a ser su instrumento de respuesta al revolucionamiento de la neotécnica se convierte en su amo, en el señor de la modernidad. (Echeverría, 2009:26)

Por esta vía el capitalismo entronizó el *homo æconomicus*, pues como resalta Echeverría (2009), solo actualiza las posibilidades que le son funcionales, las proclives a la acumulación de capital, sirviéndose de la neotécnica pero no realizando su promesa de libertad. A partir de *ley de la acumulación capitalista* se constituyó un grupo que detenta la abundancia, mientras relega la existencia de los *marginados* en función de los primeros, como del genérico progreso. (Echeverría, 2009) Se trata entonces de una nueva realización del individualismo que se profundiza con una suerte de liberación enajenada, pues una liberación que se exprese más allá de las libertades negativas, impedirían el sostenimiento de la modernidad capitalista. Al respecto subraya Alain Touraine (2000a) sobre el ser humano de la modernidad:

(...) La modernidad triunfa cuando el hombre, en lugar de estar en la naturaleza, reconoce en él la naturaleza. Sólo hay producción del sujeto en la medida en que la vida resida en el individuo y en lugar de aparecer ésta como un demonio que hay que exorcizar se la acepte como libido o como sexualidad y se transforme en esfuerzo para construir, más allá de la multiplicidad de los espacios y de los tiempos, la unidad de una persona. El individuo no es más que la unidad particular donde se mezclan la vida y el pensamiento, la experiencia y la conciencia. (:207)

En efecto, Marx (1974) subraya la falacia de la libertad en el individualismo capitalista pues, en realidad, los seres humanos eran menos libres, y se inscriben en un proceso de autoenajenación. Pero a pesar de constituir exacerbación individualista de la modernidad capitalista, el *homo æconomicus* representa un desafío político a la concepción jurídica del soberano, pues reordenó la razón gubernamental por efectos de la práctica económica. (Foucault 2000 y 2007) La discusión es intensa, y reitera bajo el pensamiento foucaultiano que existe una brecha entre el mito del Estado ético y la reconstrucción permanente del Estado, precisamente a partir del surgimiento del *homo æconomicus*:

(...) el arte de gobernar debe ejercerse en un espacio de soberanía —y esto lo dice el derecho mismo del Estado—, pero (...) el espacio de soberanía revela estar habitado y

poblado por sujetos económicos (...) [que] exigirán o bien la abstención del soberano o bien que la racionalidad de éste, su arte de gobernar, se inscriba bajo el signo de una racionalidad científica y especulativa. (...) La teoría jurídica no es capaz de (...) resolver la cuestión (...), pues precisamente esa teoría jurídica –la del sujeto de derecho, la de los derechos naturales, la de los derechos otorgados por contrato, la de las delegaciones– no se ajusta y no puede ajustarse (...) a la idea mecánica, a la designación misma y a la caracterización del *homo æconomicus*. (Foucault, 2007:334).

Se presentan por tanto dos expresiones en el Estado y su Derecho con diferenciadas problemáticas. Hacia adentro, la entronización del *homo æconomicus* se alimentó con la comprensión economicista del Derecho, a través de los elementos de la racionalidad formal del derecho: la triada seguridad jurídica– libertad e igualdad ante la ley y del contrato como medio de organización de la sociedad. (Morales de Setién Ravina, 2000) Ello permitió el sostenimiento interno del Derecho y de los intereses que representa en la modernidad capitalista. Por ejemplo, en el campo del Derecho Penal, Emiro Sandoval Huertas (1977) resalta la detención preventiva como mecanismo de control conectado a los intereses del capital, incluso en países bajo el capitalismo dependiente pues busca: (i) satisfacer los sentimientos públicos de vindicta, (ii) fungir como mecanismo de control político al reproducir la criminalidad convencional de las clases reprimidas bajo las sanciones privativas de la libertad, (iii) impedir la integración de los dominados al sistema competitivo, salvo en el consumo, (iv) coadyuvar en la integración de la fuerza de trabajo en reserva, e (v) incrementar la protección de la propiedad privada y de las formas de intercambio capitalista. Hacia el exterior, la visión del *homo æconomicus* corroborará la idea de Estados dominantes sobre Estados dominados, como subraya Zolo (2002) la irrealidad del principio del Derecho Internacional de la igualdad soberana entre Estados. En las dos vertientes, para sostener sus intereses los sujetos económicos imponen una racionalidad que denominan científica, afectando las dimensiones externa e interna de los Estados. Así, la teoría jurídica bajo su cariz de Derecho formal, permite y asegura, la caracterización del *homo æconomicus*.

De allí que se haya estimado el sostenimiento del *homo æconomicus* hasta la actualidad, con una estructura no muy diversa de la existente para Adam Smith, a partir del sostenimiento de la acción económica. (O’Boyle, 2007) Ello se afirma por O’Boyle (2007) a pesar de reconocer que a través de los vínculos entre la comunicación humana y la filosofía, se ha afirmado que la unidad básica de análisis económico transita desde el *homo æconomicus* al *homo socioeconomicus*. Este movimiento radicaría en la fase electrónica a partir de la invención del telégrafo, donde la interacción en largas distancias y cortos periodos de tiempo no suprime la individualidad, pero el ser humano requiere del otro, (*other-reliant*) por lo que es ser individual y social, una criatura del personalismo. (O’Boyle, 2007) Entonces, O’Boyle recuerda que para Marshall la comunicación humana es la fuerza impulsora “*behind the evolutionary process that compels us to call for interring homo economicus*” (:329) Pero tras contrastar las actividades económicas de consumo y trabajo, el autor encuentra que el concepto de *homo æconomicus* domina en la economía, pues los cambios en la comunicación humana no han transformado el pensamiento de la acción económica. (O’Boyle, 2007) Entonces, la declaración del réquiem del *homo æconomicus* no es más que retórica como lo reclaman Bourdieu y Wacquant, (2005) llamando la atención sobre la presentación de “reencarnaciones más o menos sofisticadas” de esta figura, (:13) y Baxi (2008) quien destaca que el paradigma de la DUDH se confronta por el paradigma de los derechos humanos sustentados en el comercio y los mercados.

Este debate, también exige una aproximación desde la semiótica, entendida esta con Moya Vargas (2013) como el estudio de los procesos de construcción del sentido. Dentro de esta, el autor colombiano ubica relaciones como lo que en un entorno de juridicidad se asocia con el contenido de jurídico o antijurídico, por lo que el Derecho es la creencia social de ser y representa una sociedad. De forma similar, el *homo æconomicus* en el contexto de las mutaciones de la modernidad, tiene implicaciones en el concepto de sociedad civil. Se conforma a partir de la fusión entre actores económicos y sujetos de derecho solo gobernables en combinación con otros elementos. La sociedad civil entonces es una construcción histórica que “responde a la articulación *moderna* de la sociedad” (Bobes, 2002:371), cuyos requisitos elementales serían su autonomía frente al Estado y su institucionalidad como “aceptación de vínculos regulares con

otras organizaciones sociales y políticas, la aceptación del Estado de derecho vigente, así como la práctica de la tolerancia, la diversidad y la pluralidad como normas de conducta” (Batta Fonseca, 2008:162). Resulta así evidente (*supra* Introducción) que reflexionar sobre una Teoría del Estado y del Derecho, implica reconocer que el Derecho surge con la configuración del Estado moderno y que, por tanto, debe asumirse una conexión entre sociedad civil y Estado: Al encontrarse el Derecho dentro del Estado, estaría en la sociedad civil. Se trata, por tanto, de una expresión del horizonte de sentido como subraya Moya Vargas (2007):

(...) el campo jurídico se ofrece noble y deseable, una fuente de creación perpetua en que si bien existe una cierta especialidad, al menos cuanto tiene relación con la declaración formal de las reglas, el profesionalismo en que se funda, no es del corte taxativo y excluyente del espacio judicial. Aquél se basa en el sentido de justicia o de juridicidad, haber de cualquier ser humano en cuanto compromete su visión de la sociedad, entendida como el transfondo en que el individuo se hace manifiesto, —de ahí la opacidad que le propone la soledad—, el lugar donde se opera la persona es decir, el sujeto en relación con el otro, el campo fértil, único por demás, en que el individuo desarrolla sus alternativas y sus potencialidades, entre ellas constituir las resoluciones que implica la satisfacción coincidente de aspiraciones múltiples. Tal la dinámica de la vida de relación.

Este sentido que, como se señaló arriba, no *está* en el hombre sino que *es* en él, está implicado en el peso específico de su existencia, y por ello sin él es improbable la vida significativa, simbólica y semántica del hombre, de hecho sus rastros se registran en las sociedades más diversas histórica y geográficamente, evidenciando que el sentido de la justicia o juridicidad se encuentra incardinado en la concepción misma del universo. Es el horizonte de sentido que hace posible la practicidad de una disposición jurídica y, por consiguiente, es lo que otorga entidad semiótica al espacio judicial. Es específicamente al *ius* lo que para Searle es su *teoría del transfondo* a la construcción de la realidad social y que, según el mismo filósofo, coincide con lo que Bourdieu ha llamado *habitus*. (:28 y 29)

Para Marx (1974) la sociedad civil es “el verdadero hogar y escenario de toda la historia” (:38), pues condiciona las fuerzas productivas, y comprende el intercambio material de las

personas “durante una determinada fase de desarrollo”. (:38) Por ello trasciende los límites del Estado y de la nación, aun cuando emerge con el concepto de Estado donde se funden los intereses de quienes dominan, y en donde se condensa la sociedad civil. Gramsci (1980) concreta esta caracterización estableciendo que la sociedad civil constituye el conjunto de los organismos privados, y la sociedad política (Estado). Ello no impide reconocer las contradicciones en su obra sobre la filiación o separación de las figuras Estado– sociedad civil, entre las cuales Pereyra (1979) señala su paso de la identificación con el Estado, a constituir aparato privado de la hegemonía, concluyendo que por lo menos el Estado y la sociedad civil se encuentran en vinculación orgánica, sin resquebrajar sus realidades de subsistencia propia.

Desde una perspectiva liberal y en expresa contradicción con el pensamiento crítico, Alexander (2000) reconoce que el concepto de sociedad civil exhibe múltiples tensiones: (i) se trata de un subsistema de la sociedad, separado de manera empírica de las “esferas de la vida política, económica y religiosa”. (:142) (ii) Por tanto, expresa la tensión del universalismo abstracto “y las versiones particularistas de la comunidad” (:142) (iii) Constituye un espacio institucional y tiene una dimensión subjetiva donde operan códigos simbólicos binarios y distintivos, que se expresan en relaciones como el de amigo/enemigo: “Cuando los ciudadanos vierten juicios sobre quién debería ser incluido en la sociedad civil y quien no, sobre quién es amigo y quién enemigo, cuentan con el apoyo de un código simbólico sistemático y enormemente elaborado”. (Alexander, 2000:145) Con fundamento en Alexander, Velia Cecilia Bobes (2002) resalta:

(...) la sociedad civil, en cuanto espacio de solidaridad, no es una realidad sino un ideal utópico siempre perseguido y nunca alcanzado completamente. En este sentido puede decirse entonces que los criterios de inclusión/exclusión (al igual que los de la ciudadanía) van sufriendo modificaciones, ampliaciones y/o restricciones sucesivas como resultado de las luchas de los movimientos sociales, los cuales, mediante el logro de la circulación de sus contradiscursos en el espacio público, contribuyen a modificar los contenidos empíricos asociados a las cualidades positivas de pertenencia a la sociedad civil. (:374 y 375)

Tres cuestiones centrales matizan el poder omnímodo del *homo æconomicus*: hacer frente al Estado Alemán de Hitler como producto de la modernidad, la desinformalización del Derecho, y la consolidación de algunas expresiones del Estado social como producto de los sujetos colectivos. El *homo æconomicus* se encontró atrapado en la lógica de la guerra que resulta constructo de la propia modernidad. (*supra* cap. 1, secc. 2, 3) De allí que al recordarse que constituye la *grilla de inteligibilidad* para la gubernamentalización (Foucault, 2007, y *supra* cap. 1, secc. 3, 2.1), y tras observar que sus componentes fueron atacados con particular crudeza durante los dos conflictos mundiales, debió acudirse entre otros, al Derecho para reducir los impactos, enfrentando el nazismo como lo destaca Palacios Valencia (2010), a través de la concepción de un Estado como enemigo de occidente. El debate se aumentó con la profundización de la razón instrumental, como no podía ser diferente con la implementación del *homo æconomicus* como sustento de inteligibilidad; y los efectos de su imposición. Este escenario coincide con la crisis del Derecho Moral que destaca Morales de Setién Ravina (2000) con fundamento en Habermas. Retomando los cuatro fenómenos que según Habermas llevan a la desinformalización del Derecho (derecho reflexivo, marginalidad, imperativos funcionales y moralidad contra positividad del derecho), este autor encuentra que el debate contra la positividad del Derecho generaría contextos favorables a demandas no escuchadas con antelación: “Las posibilidades de cambio que se abren al derecho moderno presionan, paradójicamente, para que el derecho se adapte continuamente a las demandas de justicia material procedentes de los más diversos agentes sociales”. (:41) Si bien aclara, a diferencia de Habermas, que el antiformalismo no se puede limitar a una ampliación de la intervención del Estado o juridificación entendida como mayor producción legislativa. (Morales de Setién Ravina, 2000)

Como muestra el modelo mexicano, se construyó un Estado de justicia social para mejorar la existencia de quienes habían posibilitado el triunfo de la revolución: “en forma primordial los campesinos y los trabajadores, quienes vivían en la miseria o en la pobreza; es decir que la idea que guió al reconocimiento de esos derechos fue la de la justicia social”. (Carpizo, 2012:5) Se trata de un proceso que inició comenzando el siglo XX con revoluciones sociales como las de México y Turquía, (Quijano, 1997) idea del Estado de la justicia social que continúa y coincide

con la estructura del moderno Estado social y democrático de Derecho, y se expresa en múltiples constituciones de la subalternidad como la India (1949), Sudáfrica (1996), Venezuela (1999) y Colombia (1991) (Carpizo, 2012). El conflicto no cesó, y Ameghino (2011) subraya que las reformas implementadas en América Latina durante la década de 1990, buscaron imponer la primacía del mercado a través de un Estado mínimo. Se impuso la ideología neoliberal definida desde el consenso de Washington, una vez cayó el muro de Berlín (Brotóns, 2010a) y se la enfrentó con la modificación de los conflictos étnicos que, a su vez, se fortalecieron a través del apoyo de organizaciones no gubernamentales internacionales y el concurso de la “sociedad civil internacional”. (Ameghino, 2011:86) Se pone de presente de nuevo el devenir y tensión que caracterizan la modernidad, en este caso en las lógicas del *homo æconomicus* y la teoría jurídica. Estas tiranteces son permanentes en la construcción de la concepción de los derechos humanos como límite al poder de Estado; y sucedido con las tensiones del surgimiento de los derechos humanos como mito de límite al poder (*supra* cap. 1, secc. 2, 2) son propias de la modernidad y de la construcción del Estado. Señalaría Peces-Barba (1995): “Los derechos humanos son una forma de integrar justicia y fuerza desde la perspectiva del individuo propio de la cultura antropocéntrica del mundo moderno”. (:105) Con ello retornó la discriminación jurídica como base moderna capitalista:

Esta potente idea detrás de la falta de reconocimiento es también conocida como jerarquización y consiste en la consideración de que hay personas, culturas, lenguas, sexos, opciones sexuales, edades, adscripciones políticas, superiores a otras y otros. Lo más grave de todo es que esa dialéctica fascista de superioridad-inferioridad no se basa solamente en la fuerza o en el pensamiento de quien discrimina, sino que mediante leyes, normas, educación, religión, las personas discriminadas también llegan a sentirse inferiores.

El nazismo, una de las ideologías totalitarias paradigmáticas, fue el que explícita-mente manifestó que había una raza superior, la aria, y que todas las demás eran inferiores. Ello justificó los mayores horrores del siglo XX. Pero la idea de superioridad forma parte de la tradición occidental que en diferentes momentos “intentó salvar a la humanidad a través de la destrucción de parte de ella. Se trata de una destrucción salvífica...” (Santos, 2003). Según Boaventura de Sousa Santos, basado en

observaciones de Franz Hinkelammert, así fue en el colonialismo con el genocidio de los pueblos indígenas y de los esclavos africanos, en el estalinismo con el Gulag y en el nazismo con el Holocausto. (Barreiro, 2005:41)

Como efecto de las dinámicas de limitación del *homo æconomicus* a nivel internacional, (*supra* cap. 2, secc. 2, 2.1) se ha propuesto la configuración de un Estado de Derecho Internacional desde una perspectiva democrática y en conexión con la misión de las Naciones Unidas, que “parte de un concepto de derecho interno (...) aplicado a nivel internacional”. (Becerra Ramírez, 2012:xiii) De allí que se encuentra que el Estado internacional de Derecho es una meta pues resulta fundamental para la coexistencia pacífica y cooperación entre Estados. (Peña Neira, 2012) En este contexto, debe advertirse que el movimiento de derechos humanos se vinculado en términos generales con la construcción de un Estado de Derecho internacional, (Peña Neira, 2012) a partir de la promesa liberal de balance entre orden y libertad, y como resalta Peña Neira (2012) a partir de la un núcleo esencial en el Derecho Internacional que se expresa como *corpus normativo* integrado por los tratados internacionales concernientes a los derechos humanos, (Dondé Matute, 2012; Guerrero Verano, 2012) y por un *corpus disciplinar* relativo al derecho internacional laboral y social, el derecho internacional comercial, el derecho internacional ambiental y el DIDH. También se ha comprometido en dicha edificación, la división horizontal de poderes en los órganos y organismos internacionales, sometidos “a las garantías contenidas en tratados internacionales donde se defienden los derechos de los sujetos internacionales” (Peña Neira, 2012:191) Estas limitaciones se consideran en la CPI (Dondé Matute, 2012; ICC, PTC, 2007) y expresan algunos de los vasos comunicantes entre el DIDH y el DPI. (*infra* cap. 3, secc. 3, 3)

Como se observa, las tensiones que reconstruyen la soberanía nacional y la concepción individualista de los sujetos de derecho, como dos de los principales elementos del concepto de Estado. (*supra* cap. 1, secc. 1) Afectan los pilares de la modernidad. (Sánchez, 2001) Corresponde entonces indagar por los efectos del *homo æconomicus* en la construcción eurocéntrica y

subalterna de los individuos y los procesos de selección que ejerce en la edificación de la criminalidad de Estado, con sus respectivas resistencias.

1.2 Limitación de los efectos del homo œconomicus: Individuos y procesos de selección en escenarios diferenciales

Foucault (2007) resalta el debate entre la caracterización del *homo œconomicus* y la teoría jurídica en vinculación con el arte de gobernar y la concepción del sujeto de derecho. Asimismo, desde su pensamiento, el surgimiento del concepto de sociedad civil en la modernidad responde a la necesidad de limitar los efectos que emergieron de la existencia de sujetos económicos ante las prácticas gubernamentales. Aparece entonces una sociedad civil como “correlato de una tecnología de gobierno cuya medida racional debe ajustarse jurídicamente a una economía entendida como proceso de producción e intercambio”. (:336) Lugar donde esta sociedad civil presenta dos rasgos característicos: (i) se interrelaciona con el liberalismo como tecnología de gobierno ajustada a los procesos económicos. (ii) tras la segunda mitad del siglo XVIII, empieza a distinguirse de la sociedad política y a mostrarse como una constante histórico–natural, un principio de síntesis espontánea, matriz de poder político, o motor de la historia. (Foucault, 2007) Ello se acompasa con la visión postestructuralista y en particular semiótica foucaultiana, donde como resalta Estévez López (2010) el significado esencial de las cosas “se asigna a través del lenguaje, el cual funciona como un sistema relacional en el que cada elemento adquiere un significado en relación con los otros componentes del sistema”. (:298) El postestructuralismo analiza el rol de los sujetos en la construcción y performatividad de los derechos humanos en tres campos (Estévez López, 2010): (i) el análisis de la acción colectiva para el reconocimiento de los derechos y de los grupos sociales excluidos del sistema jurídico, (ii) sobre los efectos de la realidad de los derechos humanos “en la construcción de sujetos (des)empoderados y subyugados” (:300), y (iii) a través de estudios que usan la deconstrucción y la genealogía para subrayar cómo “las doctrinas legales se basan en presupuestos injustos que discriminan a ciertos grupos sociales”. (:302) Estos saberes son verdaderas herramientas contrahegemónicas pues

comprenden los derechos humanos como concepto no limitado al individualismo capitalista, y observan el papel central de los sujetos colectivos en el debate hegemonía/contrahegemonía. Es decir, implican una reacción frente a las culturas de la globalización que buscan limitar a los pueblos también a través de los derechos humanos: “*The new culture of globalism also saw that human rights were not directed only against state power; increasingly, they were addressed to formations in civil society, wielding power over people*”. (Baxi, 1992:6) No en vano Estévez López (2010) entiende que “la potencialidad emancipadora de los derechos humanos se encuentra en su interpretación sociopolítica” (:303) Es así como el procedimiento de la sociología de las ausencias en el pensamiento boaventuriano, sería capaz de develar las monoculturas que sostienen el *homo aeconomicus* en la modernidad capitalista. Ello no se limitaría a evidenciar la monocultura del productivismo capitalista, sino que además permitiría descubrir la globalización como una “identidad que se expande en el mundo y, al expandirse, adquiere la prerrogativa de nombrar como locales a las entidades o realidades rivales. Es decir, no hay globalización sin localización”. (Sousa Santos, 2006:25)

Se aprecia entonces que la incidencia del *homo aeconomicus* no se limita a la construcción de la sociedad civil y su separación de la sociedad política. Los movimientos tienen la potencialidad de constituir fuerzas transformadoras (Guerrero Tapia, 2006) con una fuerte impresión en la construcción de los derechos humanos en la subalternidad, expresándolos como asunto que no se limita a los sujetos individuales. (*infra* cap. 2, secc. 2, 2.1) El movimiento social como fenómeno de las sociedades “pone en entredicho aquello que se trata de imponer como norma, regla, proyecto o forma de ver”, generando un conocimiento particular de sus realidades. (Guerrero Tapia, 2006:10) La tensión generada a partir de los efectos del universalismo abstracto y sus resistencias también se refleja en la construcción de los derechos humanos:

Desde una perspectiva de derechos humanos, el problema se puede observar en torno a dos tensiones: una entre lo universal y lo particular, y la segunda entre derechos individuales y derechos colectivos. Ambas tensiones tienen diferentes dimensiones.

Se ha considerado como lo universal al sector que es la norma y a lo que le afecta. Así *e.g.*, se consideró que había voto universal, cuando solamente tenían derechos de

ciudadanía los hombres letrados, sean éstos propietarios o no. Esa universalidad excluía nada menos que a las mujeres y a los analfabetos. Si consideramos que el primer grupo es la mitad de la población y que el último incluía a prácticamente todas las personas integrantes de los pueblos indígenas, podemos ver cómo se convierte en particulares a las mayorías.

Otra dimensión del problema es que se pensaban las normas exclusivamente desde la perspectiva de quien se consideraba como el universal. Hoy resulta insostenible una universalidad pensada solamente en y desde un particular, que no integre a las diferencias como población, como perspectiva, como intereses, como sujeto de derechos. (Barreiro, 2005:44)

Bajo similar concepción de limitación de la gubernamentalidad a la presentada por Foucault, Bobes (2002) encuentra que los movimientos sociales buscan ampliar los contenidos de la sociedad civil, teniendo a la esfera pública como espacio de comunicación. Ello implicaría una limitación del *homo æconomicus* proyectada en los movimientos sociales, pues desafían las tradicionales definiciones de sociedad civil y política, y su vinculación con el Estado, por lo que debe reflexionarse sobre sus influencias en la actualidad. (Bobes, 2002) Por ejemplo, los movimientos sociales en América Latina, condicionados por el sistema de relaciones sociales existente, empiezan a expresarse como sujetos populares en tanto acción colectiva (Múnera Ruiz, 1993). Dichas expresiones, como advierte Múnera Ruiz (1993) implican relaciones conflictivas entre sectores dominantes y dominados, tanto en modelos de sociedad (clase), como en relaciones concretas entre actores, e implican que el movimiento popular no represente la acción de las clases populares, ni se ubican como parte de la práctica social:

En resumen, alrededor del campo social en conflicto con las clases y los sectores dominantes en el que se forma el movimiento popular, existen dos campos conflictivos potenciales que reflejan su dinámica: entre los actores que lo conforman y con otros actores de las clases populares. Es decir los tres niveles en que se da la articulación del movimiento popular son el de la relación entre las clases dominantes y las clases populares, el de la relación entre actores de una misma clase y el de la relación entre actores de un mismo movimiento. (:79)

Entonces, debe verificarse el debate y la transformación generados a partir de los movimientos sociales en general, que redefinen lo colectivo desde perspectivas locales y sin limitarse a lo nacional. En una lectura relativa a la resistencia, Bobes (2002) subraya las múltiples acciones colectivas de grupos sociales codificados (seleccionados) “como individuos o ciudadanos ‘de segunda’”, tales como los pueblos indígenas, las minorías raciales y religiosas, y los grupos de identidad sexual diferente, entre otros. (:376) Destaca, *e.g.* las críticas feministas al liberalismo y a su sentido de individuo como varón propietario y educado, y su tránsito a la idea de varón mayor de edad, mientras se remite a la mujer al espacio de lo privado. (Andersen, 2006; Bobes, 2002) Estos ejemplos además revelan que los movimientos sociales contactan y se fortalecen en las instancias internacionales. Kathryn Sikkink (2003) respecto a la dinámica de derechos humanos, resalta la existencia de múltiples tipos de acción colectiva transnacional, donde los movimientos sociales transnacionales se suman a las redes de activistas y a las coaliciones:

Los movimientos sociales transnacionales son conjuntos de actores vinculados entre sí atravesando fronteras nacionales, con objetivos y solidaridades comunes, que tienen la capacidad de generar acciones coordinadas y sostenida de movilización social en más de un país para influir públicamente en procesos de cambio social. A diferencia de las redes y de las coaliciones transnacionales, los movimientos sociales transnacionales frecuentemente movilizan a sus bases (transnacionales) para la acción colectiva bajo modalidades de protesta y de acción disruptiva. Esta definición de los movimientos sociales transnacionales se ajusta a las definiciones de los movimientos sociales locales, que ponen el énfasis en la presencia de la movilización y de las acciones disruptivas como rasgos característicos. (...)

Sin embargo, los movimientos sociales transnacionales son la forma de acción colectiva transnacional más difícil e inusual. Para poder hablar de un movimiento social, debería haber activistas en por lo menos tres países, vinculados entre sí y con capacidad de emprender una movilización conjunta y sostenida. (:304 y 305)

Entonces los sujetos colectivos contrastan los intereses dominantes que se expresan en la modernidad, y a partir de allí es posible identificar escenarios particulares de resistencia para el

Derecho Internacional. Bobes (2002) concluye que en América Latina los movimientos sociales constituyen componentes principales del concepto de sociedad civil, transformando “la autopercepción de la propia sociedad, y han contribuido a modificar algunos valores centrales de la cultura política de la región”. (:378) Por otra parte, rechazando la distancia entre actores, movimientos y sujetos sociales, Gallardo (2011e y 2011d) utiliza el concepto de sujetos colectivos pues sintetiza un proceso de autoconstitución y autonomía que se anima por la liberación, la transformación y la autotransformación y que engloba luchas como las del feminismo con la teoría de género, jóvenes, y estudiantes, así como los movimientos indígenas. (Gallardo, 2011d) Encuentra que los movimientos sociales bajo la concepción propia de “un Primer Mundo autosatisfecho”, apuntan a una acción colectiva cuya relación de medios a fines (racionalidad) es función de la internalización del sistema social. Esta postura se explicaría por la difundida caracterización de los movimientos sociales bajo el enfoque de la elección racional, donde los actores racionales definen objetivos concretos (privados) y estrategias calculadas con un sentido individualista de costo/beneficio. (De la Garza Talavera, 2011) En respuesta, Gallardo (2011c) resalta a los sujetos populares como sujetos colectivos, trascienden a su caracterización como iniciativas colectivas y entienden que, de manera organizada y crítica, pueden cambiar el sistema social. (Gallardo, 2011c) A partir de allí encuentra la constitución de un nuevo sujeto colectivo que surge de la diversidad de experiencias populares en América Latina y el Caribe (Gallardo, 1998, 2006 y 2011c): el pueblo como nuevo sujeto histórico. El pueblo es una representación compleja, es “una formación social determinada” que incluye “todos aquellos sectores sociales que tienen una posición subalterna en las diversas relaciones de poder existentes”. (:15) Se trata de un sujeto histórico que realiza resistencias dentro de las relaciones asimétricas, pues ha asumido autoconciencia crítica sobre estas relaciones. En este punto, Gallardo se acerca a la concepción de movimiento social en Guerrero Tapia (2006) definido desde la resistencia y la ruptura, sujetos sociales que se identifican a partir de sus mínimos identitarios o mínimos de identificación social, planteando rupturas que solo se hacen posibles en tanto se presente diferenciación antagónica: “La ruptura es el momento donde se toma la decisión, en el que se decide no sólo la diferenciación sino la constitución de lo antagónico. (:15) En este sentido Gallardo (2011c) describe los sujetos colectivos como “una autonomía que se

proyecta como autoestima y a una universalidad (...) que se pretende o busca desde una particularidad y, si se apremia algo al pensamiento, desde una singularidad”. (:1) Estas posturas se inscriben en una tradición que recupera el concepto de *sujeto* desde perspectivas no eurocéntricas. Partiendo de la alteridad o la comprensión del ser en sí y para sí construída a partir de Lévinas (1993), Acosta (2011) encuentra, *e.g.* que la filosofía latinoamericana, bajo una nueva aproximación hacia el sujeto, critica el *logocentrismo* occidental a través de un *universalismo concreto*, a través de perspectivas realistas y pluralistas que juzgan las sociedades actuales y futuras:

(...) la lectura desde la alteridad de las particularidades de América Latina supone la decodificación de este universal-abstracto que implica invisibilización, dominación y negación: sometimiento a una pretensión de universalidad que no dialoga con la alteridad para constituir la sin exclusiones, sino que la resuelve e impone monológicamente, generando un universalismo abstracto y excluyente y, por lo tanto, no universal. (:77)

Es preciso entonces tomar partido por la inteligencia en la visión de Acosta (2011), esto es como reinstalación de la razón sin que aniquile al sujeto, revigorizando la ética y fundando la autonomía del sujeto, desmonta el fetichismo de la mercancía y aproxima a la multidimensionalidad. (Acosta, 2011) Esta reflexión de lo social y lo individual sintetizados en la *inteligencia* como comprensión, señala también la necesidad de auscultar la intersección paradójica del concepto de sociedad civil de la modernidad occidental, a partir de las nociones de sujeto de derecho y de *homo æconomicus*. Esta última es la noción que se ha pretendido trasladar e implantar en el Derecho y explica el enfoque individualista de los derechos humanos, como su sostenimiento durante la modernidad del NHM a partir de su comprensión de la relación individuo–poder.

Desde un enfoque sociojurídico, las particularidades en expansión de las concepciones de sujeto individual y colectivo relieves la construcción diferencial de los derechos humanos en América Latina, (Estévez López, 2008a, 2008b y 2012. Gallardo, 1989) y contribuyen a la edificación del discurso universal de los derechos humanos (Estévez López, 2010) así como al

surgimiento de nuevas formas de ejercicios como el de la ciudadanía universal (Estévez López, 2008a): Una ciudadanía universal como redefinición crítica del concepto de ciudadanía, de donde surge una nueva: “en función de las necesidades de los sujetos sociales y no de los Estados interesados en administrar la migración en función de los sectores económicos y políticos”. (:2) Se trata de una visión paralela a la ciudadanía nacional, que reconoce la existencia de realidades alternas, basada sobre una universalidad concebida como los derechos humanos que corresponden a cada persona. De tal contundencia ha sido la edificación de los sujetos sociales y colectivos, que traspasa los límites de la individualidad en el Derecho, reiterando pretensiones de universalismo concreto. Estévez López (2008b, 2012) con fundamento en Dussel, critica el enfoque europeizante de los derechos humanos, por lo que no comparte el papel que éste resalta de los padres fundadores del Derecho Internacional en la construcción temprana de los derechos humanos en América Latina, quien los considera en tanto su pregunta ético-filosófica, relativa al derecho europeo de “dominar, ocupar y administrar las culturas” (:224) *descubiertas*. Estévez López (2008b) señala que dicho pensamiento reiteró el proyecto de la Ilustración eurocentrista, y que la fundamentación de los derechos humanos no se limita a una “evolución de las ideas” (:300), sino que obedece a la interacción entre “movimientos sociales e ideas políticas de derechos humanos que inspiran esas luchas”. (:300) Ello se corrobora en Elizabeth Jelin, (1992) quien advierte en la historia de las luchas populares “la riqueza de las experiencias de resistencia y de oposición a la dominación, recortándose sobre un trasfondo histórico-cultural de aceptación y naturalización de la dominación, que se extiende hasta el presente”. (:120) Sobre este aspecto se retornará en el análisis de las redefiniciones en el Derecho Internacional, a partir de la Segunda posguerra, a nivel de los análisis eurocentrista y decolonizador. (*infra* cap. 2, secc. 2, 2) Pero ello no obsta para señalar que sociedad civil, sujeto colectivo/movimientos sociales y la grilla del *homo æconomicus*, constituyen los ejes gravitacionales de los sujetos en relación con las visiones hegemónica/contrahegemónica de los Derechos Humanos, y que deben ser considerados en su vinculación con el Derecho.

Se ponen de presente así, las construcciones y posibilidades de redefinición de los conceptos de sujetos desde perspectivas eurocéntrica y subalterna. Pero también se evidencia la

aplicación de un proceso de selección dentro del concepto de individuo, donde la postura eurocéntrica explica en buena parte su construcción, y la subalterna busca su transformación. De manera contraria a lo observado en Alexander, (2000) las definiciones de inclusión y exclusión no operan de manera aislada con sustento en la sociedad civil o en los sujetos colectivos, (*supra* cap. 1) sino que también se afectan por la cultura (Said, 1996), y por los aparatos ideológicos del Estado (Althusser, 2005) que expresan los intereses que subyacen en el Estado como relación. (Poulantzas, 1978) La expresiones de los intereses que residen en el Estado a través del Derecho, y las resistencias generadas a partir de una concepción amplia de sociedad civil en tanto aglutinante de movimientos sociales, da razón a la concepción del Derecho en Gramsci (1980) en tanto educador, e instrumento para imponer un modelo de ciudadano y de civilización: “es el aspecto represivo y negativo de toda la actividad positiva de formación civil desplegada por el Estado”. (:105) De ahí que el conjunto ciudadano que no se somete a esa imposición, o que ha sido objeto de la construcción como enemigo, es colocado o se ubica frente al Estado y no a través de él, lo que explica la generación de la figura de víctima de crimen de Estado desde la realidad. Además, señala la realidad de la criminalidad de Estado donde ciudadanas y ciudadanos son víctimas de ciertas actividades del Estado, diría el contractualismo que lo hace en contravía de la promesa de protección. No obstante, en realidad tiene lugar una labor de selección y un proceso de demarcación amigo/enemigo que desde otras aristas también resaltan Alexander (2000) y Bobes (2002). (*supra* cap. 1, secc. 3, 2.2) Este proceso de selección, corrobora la idea del Estado como relación cuando se considera que los derechos humanos deben proteger en relación del poder de Estado y de todo poder (Tugendhat, 1992) con tendencia a la ilimitación como el estatal.

En relación con las fórmulas de resolución de estos procesos de selección llevados a cabo a partir de la concepción de *homo æconomicus*, deben recordarse las múltiples anotaciones del pensamiento crítico relativas al aspecto externo del Estado y de su Derecho, que también presentan explicaciones y pronósticos en relación con la problemática de la modernidad. En el primer sentido se devela que desde su surgimiento, la soberanía se ha limitado por la economía (*supra* cap. 1, secc. 1, 2), punto en el que convergen múltiples autores como Foucault (2007),

Pashukanis (1976), Althusser (2005 y 1967) y Žižek (2003), quienes con matices reconocen el papel trascendente del mercado en la construcción de la ideología de la modernidad. El pronóstico coincidirá con la necesidad de romper con la pretensión del *homo aeconomicus*, a través de diversos mecanismos: desde la introducción de una nueva modernidad (Habermas), hasta su superación en una perspectiva posmoderna desde la celebratoria hasta de oposición. El elemento común se constituye por la necesidad de quebrar las limitaciones y dificultades de la modernidad capitalista. En efecto, Morales de Setién Ravina (2000) encuentra que la crisis del Derecho Moral arribó con la fusión de múltiples aspectos económicos, sociales y políticos, como las Guerras Mundiales y la crisis del capitalismo de comienzos del siglo XX. De esta forma, las crisis del capitalismo habilitaron el ingreso de la intervención estatal. (Morales de Setién Ravina, 2000) En suma, un conglomerado de elementos, en su mayoría provenientes de los intereses del sistema económico capitalista, viabilizaron la constitución como sujetos jurídicos de integrantes de la diferencia, pero adoptándose las medidas de rigor para que ello no implicase el desmedro del sistema capitalista como decisión de las hegemonías occidentales. Ello generó nuevas lógicas de contradicción, donde se tiene *e.g.* lo que Natalia Sandoval Rojas (2013) denomina el proceso de movilización legal constitucional como expresión de la movilización social que es desarrollada, entre otros, por las víctimas de los crímenes de Estado. (*infra* cap. 2, secc. 2, 2.1)

Gallardo (2011e) resalta la conexión en cualquier sociedad moderna entre el sujeto y el Derecho, que implica el reconocimiento jurídico (de capacidades subjetivas y de obligaciones) de un actor social. Pero también aclara que el reconocimiento jurídico efectivo, con capacidad de incidencia y legitimidad sociales, es un proceso más profundo:

(...) se configura al menos mediante tres frentes que pueden ser al mismo tiempo fases: una lucha social por el reconocimiento, que puede entenderse como lucha de un colectivo por constituirse y ser reconocido como sujeto/sector; una positivización normativa de las condiciones que permiten al sector interpelar y cuestionar al Estado y a otras instancias en los circuitos judiciales internos o internacionales, y la inserción del carácter de ese sujeto colectivo y sus demandas en la cultura o sensibilidad política (ethos político) de una formación social. Este último frente supone la legitimación

cultural del sujeto colectivo y sus acciones por la mayoría de la población con sus alcances de presencia y resiliencia (persistencia) para la existencia cotidiana. También supone algún tipo de reconfiguración de la cultura política imperante. (Gallardo, 2011e)

Ello tiene un especial lugar en el DIDH, donde se han fundido y se expresan las lógicas del individualismo capitalista y la resistencia. Como la guía del sistema de producción capitalista y de su Derecho es el *homo æconomicus*, tras la Segunda Guerra Mundial se concretó el interés por limitar a través del Derecho las dificultades que se compendiaron en la modernidad occidental bajo el régimen nazi. Ello implicó el surgimiento de un sistema internacional individualista, que limitará un nuevo fascismo y sostuviera el sino del *homo æconomicus*. El Derecho Internacional se construye así entre un amplio e irrealista reconocimiento de los sujetos individuales, y la limitada admisión de los sujetos colectivos, destacando su importancia para el Derecho Internacional de preeminencia económica, como personas jurídicas con pretensiones económicas. Pero también se encuentra la impronta no develada del todo, de los sujetos colectivos en este sistema y en particular en el DIDH, donde han ingresado por las rendijas del Derecho con pretensiones de transformación. Con ello las resistencias son propias de este escenario jurídico, y retoman el debate entre la dimensión hegemónica de los derechos humanos o el liberalismo autoritario (Iturralde, 2011) de los derechos humanos que busca concentrar el mensaje de Estado ético con pretensiones económicas, y la dimensión contrahegemónica que insiste en la resistencia.

2. Derecho Internacional de los Derechos Humanos: El individualismo como hegemonía en el Derecho Internacional y la resistencia.

Durante mucho tiempo, uno de los privilegios característicos del poder soberano fue el derecho de vida y muerte. (Foucault, 1998:163)

La humanidad ineludible, sin embargo, hacía su aparición desde el cuerpo desnudo, inerme, atado, perfectamente visible –pero con su propia visibilidad arrebatada por vendas y capuchas– en la ceremonia iniciática de los campos: la tortura. (...) Se entablaba así una lucha entre la

resistencia del preso y la eficiencia en las “técnicas” de producción de la verdad, con resultados variados. (Calveiro, 2003:117)

La hegemonía impone una forma de observar la realidad que se expresa culturalmente (Althusser, 2005, 2005a, y 1974; Freire, 2005; Gallardo, 2006 y 2009; Gramsci, 1971; Marx y Engels, 1980a, Žižek, 1999). En efecto, señaló Althusser (2005) que “toda formación social debe –al mismo tiempo que produce y para poder producir– reproducir las condiciones de su producción”. (:184) En *Para una crítica de la práctica teórica*, subrayó que la transformación de la filosofía, de la ciencia de la historia y su irrupción en la cultura no se puede limitar a una ruptura epistemológica, sino a una verdadera revolución, expuesta a “ataques, a retrocesos y rodeos”. (Althusser, 1974:63 y 64; 1967) En esta misma vía, Žižek (1999; 2008) encuentra que Hollywood constituye la máquina ideológica definitiva, en tanto todo se troca en una narración edípica. A propósito de *The Matrix*, *The Truman Show* y *Time Out of Joint*, expresó:

(...) no se trata sólo de que Hollywood recree la apariencia de una vida real, carente del peso y la inercia de lo material: en la sociedad del capitalismo tardío, una ‘vida social real’ adquiere en sí misma características de una farsa, con nuestros vecinos comportándose en la vida ‘real’ como actores y figurinistas. La verdad final del universo capitalista utilitario y desespiritualizado es la desmaterialización de la propia “vida real”, su transformación en un espectáculo espectral. (Žižek, 1999)

Esta es una de las variables del concepto de ideología, que se sostiene a través de la conciencia ingenua (Althusser, 1967; Freire, 2005; Fuentes, 2012; Hegel, 2010; Marx, 1980a). El concepto de conciencia ingenua universal fue utilizado como sinónimo de la autoconciencia o del “ser para sí” por Hegel. Se trata de un concepto en conexión con el papel de los aparatos ideológicos del Estado en Althusser. Así, Hegel (2010) señala que la masa es víctima del engaño, donde se saca ventaja de una dominación tranquila. Pero la ideología también puede considerarse como la raíz de regulación social entre “lo visible y lo no visible, entre lo imaginable y lo no imaginable, así como los cambios producidos en esta relación” (Žižek, 2003:7): la vinculación de la fuerza con el reconocimiento (Calveiro, 2012 y 2006) En particular, Freire (2005) utiliza el concepto de invasión cultural que sirve consecutivamente a la manipulación, la conquista y la

dominación. Por ello, frente a la existencia de la hegemonía y de los aparatos ideológicos y represivos que la sustentan, es necesario intentar arribar a una comprensión crítica de la realidad. Se exige “*Criticar la propia concepción del mundo (...) tornarla, entonces consciente*” (Gramsci, 1971:7), transformar la conciencia ingenua en conciencia crítica (Freire, 2005), o reconocer y transformar los aparatos ideológicos y represivos del Estado que penetran en la vida práctica de los seres humanos transmitiendo su ideología orgánica o concepción del mundo (Althusser, 2005; Althusser y Balibar, 2004). Señala Freire (2005) que tener conciencia crítica: “Equivale a inscribirse en una acción de verdadera transformación de la realidad a fin de humanizar a los hombres humanizándola” (:241), no imponer la pasividad, y transformar el mundo. Efecto para el cual trae a Simone de Beauvoir cuando señala que la pretensión de quienes oprimen es: “transformar la mentalidad de los oprimidos y no la situación que los oprime”. (:81) La transformación exige por supuesto, comprender la existencia de un concepto hegemónico de los derechos humanos, que conectado al principio de mercado ha servido: (i) como instrumento de enfrentamiento y de delimitación de adversarios, (ii) como criterio para “*enjuiciar otras culturas*” (Feierstein, 2013; Gallardo, 2009:75; 2008a). Esto se alcanza a reconocer por Bernardes (2011) cuando discute acerca de la dicotomía entre la inclusión normativa de Brasil en el régimen del DIDH y su desacatamiento en la práctica, con anterioridad a la Guerra Fría:

According to the realist hegemonic school in international relations theory, associated with the Hobbesian model of Westphalia, states conform to international standards when they realize, through a strategic calculation, that it would be consistent with national interests. The motive of a state’s action is always to maximize its interest and to struggle for power. Likewise, they violate international standards for strategic reasons, under a guise of legal reasoning to justify their actions. National sovereignty would be the legal concept that would explain this political vision focused on the state’s interests.

As a matter concerning the *raison d’État*, the Brazilian foreign policy organs recognized that adherence to international human rights law was connected to multilateralism and the expansion of Brazilian international autonomy, which were Brazilian foreign policy priorities during the 1990s. Indeed, the government wanted Brazil to have credibility, showing the international community that Brazil had completed the transition from

dictatorship to democracy and that it had entered a new stage in its economic, social and political history. Ratification of human rights treaties was considered an eloquent sign of this new phase. Similarly, in the post-Cold War world, multilateralism was seen as giving a more active role, which otherwise would have been out of reach, to countries on the periphery of global relevance. It was thought that Brazilian participation in international regulatory structures would preserve and increase its autonomy. Again, stronger international systems of human rights protections were an important step in this direction (PINHEIRO, 2004:58-62). But this realist explanation can explain neither the entire international scene of the post-Cold War era nor that of the national context of democratic transition. (:134)

Ello se explica al recordar el concepto de hegemonía y su profunda vinculación con la cultura, a través del cual determinados actores imponen su visión de mundo. A su vez, la proyección de la limitación del *homo aeconomicus*, ha alcanzado la construcción del Derecho Internacional y en particular del DIDH, y reitera la existencia de visiones hegemónicas y contrahegemónicas en los derechos humanos, dejando en evidencia las realidades contrahegemónicas de los sujetos colectivos como transformadores.

2.1 Sujetos colectivos como transformadores del Derecho Internacional: Más de una historia por conocer

El derecho a la verdad de las víctimas de violaciones de derechos humanos y sus familiares ha cobrado cada vez mayor importancia en las últimas décadas. No obstante, esta no es una reivindicación contemporánea. Este derecho ha sido reclamado a lo largo de la historia por las víctimas, sus familiares y, en ciertos contextos, por la sociedad misma. En el célebre e insigne caso del capitán Alfred Dreyfus, hace más de un siglo en Francia y considerado una de las piedras de toque en la evolución de los derechos humanos en Europa, el derecho a la verdad sería el motor principal que permitiría el triunfo de la “razón humana sobre la razón de Estado” y la reparación de una injusticia. (Andreu-Guzmán, 2012:16)

El DIDH como conjunto normativo es un sistema institucional de principios y normas que considerar los Estados como desiguales en su “desarrollo socioeconómico y poder”, y busca

establecer mecanismos para proteger y garantizar los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos”, así como de los intereses fundamentales para la comunidad internacional. (Villán, 2006:85 y 86) Implica normas convencionales (Corte IDH, 1982, OC2, párr. 229) y consuetudinarias, así como normas con rango de *ius cogens*, que con independencia de la nacionalidad, buscan "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” frente a los Estados. (Corte IDH, 1982, OC2, párr. 229)

La concepción implementada hegemonícamente en el DIDH, considera de manera restringida a los sujetos colectivos. Ello conduce a una nueva paradoja en el Derecho donde se alude de manera incesante a la *persona humana*, mientras que es posible reconocer el ingreso de los sujetos colectivos en la construcción del Derecho Internacional. Precisamente Upendra Baxi (2006) resalta la importancia de los rincones y las grietas de las sentencias internacionales para el ejercicio de la resistencia jurídica desde el Tercer Mundo. Algunas posturas desde el DIDH reconocen estos sujetos e interiorizan que los mecanismos de efectividad de sus derechos desde una concepción plural e interdisciplinaria. Coinciden así dos cuestiones contrapuestas que subyacen en el pensamiento liberal internacional: intentar suprimir la trascendencia del sujeto colectivo, y sostener la defensa individualista de la especie humana, como se sintetiza en la célebre figura del varón blanco y propietario sujeto de derechos o ciudadano de la modernidad. Esto es, en la intersección entre espacios públicos y privados como contextos de efectividad de los derechos. (Bobes, 2007) La pretensión de legitimidad y el posicionamiento individualista rompen con la idea de soberanía sustentada sobre la obediencia absoluta de los individuos al Estado. (Cançado, 2005) Esto se presentó desde momentos previos a la modernidad a través de instituciones como el *habeas corpus*, y el derecho de asilo, en plena sociedad estamental (Fioravanti, 1996; Peces-Barba, 1995; Tugendhat, 1992), así como las *Lettre de cachet* (Foucault, 2012b) como límite al poder, reconociendo el inmenso poder. Es posible encontrar algunos elementos en potencia de la responsabilidad internacional del individuo en la sociedad estamental o antiguo régimen, pero se advierte con mayor fuerza en la ilustración donde sujetos colectivos encarnados en la burguesía, se constituyeron en movimiento que utilizó la defensa de los derechos *naturales* del hombre y del ciudadano. (Gallardo, 1989) No en vano la defensa de los

derechos a la vida, la libertad y propiedad, considerados como naturales, constituye el origen más difundido de los derechos humanos. (Anaya Muñoz, 2009; Kant, 2008) Estos derechos fueron detentados por la nueva hegemonía, la contrahegemonía hegemónica de la burguesía en el poder; con lo que surgió otra paradoja de los derechos humanos que Estévez López (2010) sintetiza a partir de Stammers:

(...) en la medida en que las luchas sociales logran institucionalizar los discursos de derechos humanos, éstos se van volviendo obstáculos para nuevas luchas, como sucedió con el de los derechos naturales, el cual se transformó en un discurso que sostuvo a la burguesía frente a los obreros, quienes, a su vez, construyeron discursos de derechos sociales, los cuales, nuevamente, se han opuesto a los derechos de las minorías. (:299 y 2012)

Peces-Barba (1995) resalta que una vez la burguesía ingresó al poder a través de la violencia, envió el mensaje de que esta violencia ya no era necesaria, ofreciendo en su lugar los derechos humanos. Existe así una doble faz en el individualismo que limita las posibilidades de protección de los derechos humanos, pero que también implica una controlada dimensión de límite al poder. A modo de ejemplo, uno de los derechos cuyo reconocimiento se señala indubitable, el debido proceso, contiene diversos componentes en su expresión bajo el derecho convencional de los Derechos humanos, que lo harían cuando menos relativo. El sistema universal de protección de los derechos establece que el derecho a un juicio público constituye una salvaguarda de los “intereses del individuo y de la sociedad en general” (CDH, 1984, pár. 6.) y se relativiza “para preservar los intereses de la justicia” y para proteger la moral, el orden público o la seguridad nacional. (Art. 14 PIDCP)

Reconocer que la construcción de los derechos humanos revela su matriz sociohistórica (Gallardo, 2009) y sociopolítica (Estévez López, 2008b, 2010 y 2012) relleva la incesante construcción de contrahegemonías hegemónicas que a través de otras contrahegemonías culminan en el reconocimiento de los derechos humanos como movimiento social (Estévez López, 2010 y 2012; Gallardo, 2009). Todo ello se enfrenta con las diversas resistencias al poder,

que como se observará (*infra* cap. 3) no son extrañas al Derecho. Ello se ejemplifica con elocuencia por Estévez López (2010) quien resalta que los derechos humanos como principio de validación de las luchas a partir de los dominados, pueden utilizarse contra las estructuras dentro de los sistemas políticos limitantes, y contra poderes externos que dicen reconocer los derechos humanos sin hacerlo. Estos son los *rogue states* (1998) en Noam Chomsky, estructuras propias del Nuevo Humanismo Militar. (*infra* cap. 2, secc. 3)

Soslayando una referencia directa al individualismo de estirpe moderno capitalista que edifica el Derecho Internacional, Cançado Trindade (2005 y 2008) ha sintetizado la personalidad jurídica del individuo como institución del Derecho Internacional, en tanto emancipación del Estado. Esta edificación haría frente a la observación de Woodiwiss, (2002) relativa al desconocimiento de los orígenes occidentales de los derechos humanos y su continua reinención, por muchos de quienes participan en ellos. Por ello llama a construir una genealogía de los derechos humanos que interroge el discurso nacional, que diferencie las relaciones de poder asimétricas incrustadas en el discurso internacional, comprendiendo que el discurso internacional de los derechos humanos ejemplifica la relación que Foucault denominó poder/conocimiento, esto es, una opción sesgada de conocimiento que “*that unreasonably narrows the options available to non-western nations and peoples*”. (Woodiwiss, 2002:140) La revisión de Cançado no se interroga por los escenarios limitativos del DIDH, esto es, por su relación con formas estructurales e institucionales dentro de la sociedad, (Woodiwiss, 2002) pero es de utilidad en el reconocimiento de la personalidad y capacidad internacional del individuo, como lo hacen Theo van Boven (1995) y Pérez-León (2008)

Sustentada en la postura iusnaturalista del ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y actual juez de la Corte Internacional de Justicia, la revisión de Cançado se funda en tres ideas: (i) el reconocimiento de la personalidad y de la capacidad jurídicas internacionales surgió con los padres fundadores del Derecho Internacional, (ii) la influencia del positivismo jurídico intentó sustraerla, (iii) en la actualidad, es incontestable este reconocimiento que constituye “el legado más precioso del pensamiento jurídico internacional de la segunda mitad

del siglo XX”, (Cançado, 2005. Ruiz Miguel, 2004) reafirmandose por el Derecho Internacional convencional y consuetudinario. (Cançado, 2008) En el primer orden, resalta que el pensamiento matriz del Derecho Internacional se encuentra en “los padres fundadores de la disciplina”. (Cançado, 2005 y 2008) Entre ellos, Francisco de Vitoria habría llamado la atención sobre la primacía y unificación del ordenamiento jurídico sobre quienes gobiernan y son gobernados, y retomando su interpretación del derecho de gentes, Cançado (2005) recuerda que la comunidad internacional se conforma por seres humanos organizados socialmente en Estados. En contradicción con ello, Pérez León (2008) señala que hablar de la población es hacerlo de los Estados y que ello no implica una referencia a los individuos. No puede desconocerse que las ideas de Cançado se corroborarían en Kant, (2008; 1998) constructor del Derecho moderno, quien continuó las ideas de Vitoria del cosmopolitismo y el derecho a la ciudadanía. Empero se distancian en la configuración de un Derecho que no sea el Natural, para imponerse sobre Estados, sin un soberano común. Esta situación también podría encontrarse limitada en la vinculación entre individuos con sus Estados, pues Kant (2008) no impone demarcaciones prácticas al poder del Estado frente a sus súbditos. Justamente, a partir de la visión dualista relativa a las relaciones de derecho internacional, y los derechos estatales nacionales, Pérez León (2008) encuentra un aislamiento del individuo. Cançado (2005) insiste en los límites generatrices del Derecho a la acción de los Estados, invocando un imperativo del bien común que proscribe la obediencia absoluta hacia el Estado, con fundamento en Philip Jessup (Cançado, 2005), Pufendorf, Wolff y Grocio. (Cançado, 2008) Se adscribe así, a la repulsa de la razón de Estado como fin, entendiendo por esta la incompatibilidad con las normas legales domésticas e internacionales. Criterio coincidente en Ariza Higuera, Cammaert Hurtado e Iturralde Sánchez (1997) quienes con fundamento en Meinecke encuentran que la razón de Estado constituye el principio fundamental del accionar político donde “la protección de las instituciones se convierte en el fin último que se impone sobre los demás fines que el mismo derecho consagra”. (:64). En efecto, resalta Cançado (2005) que la razón de Estado interpreta todo en el Estado en tanto forma de realización de necesidades individuales, y no como un fin en sí mismo.

Por ello se insiste en la dificultad que implica ignorar (*supra* cap. 2, secc. 2, 1.1) que estas limitaciones tienen como grilla de inteligibilidad y de operación al *homo aeconomicus*. Empero, los hallazgos de Cançado son estructurales en la comprensión de un esquema de comunicación de órdenes jurídicos, como el del DPI, que funde las lógicas de los asuntos de derecho nacional que se pretendían reservados a los Estados y el Derecho Internacional. Las consecuencias que surgen de la delimitación de Cançado (2005) no se hacen esperar: la tendencia protectora del Derecho Internacional sobre la persona humana, y las posibilidades de su intervención activa en la demanda de derechos, como se reconoce en el DIDH y empieza a implementarse en el DPI. Ello además exige superar la visión reduccionista de los sujetos del Derecho Internacional que enfatizaba en la personalidad del Estado y su soberanía, como en la teoría moderna del Estado en el Derecho Internacional bajo la influencia del positivismo jurídico, en los intersticios de los siglos XIX y XX, (Cançado, 2005 y 2008) con el argumento de que los sujetos individuales no intervenían en el proceso de elaboración de las leyes internacionales. (Cançado, 2005 y 2008; Pérez-León, 2008) Ello se expresa en una tradición de “derechos de Estados”, que paradójicamente Crawford (2000) encuentra como subsidiaria de la teoría medieval de los derechos naturales: “El Derecho internacional era (...) el conjunto de derechos naturales de los Estados (comunidades independientes en un Estado de naturaleza, distintas de los miembros de algunas civitas en las cuales éstos pudieran tener derechos positivos)”. (:2) Desde el análisis de la subjetividad, González Rey (2012) resalta que el positivismo pretendió atribuir objetividad al saber “despojándolo de su carácter necesariamente subjetivo”, lo que “implicó la exclusión de la subjetividad en las propias ciencias humanas”. (:12) Este proceso de exclusión de los conceptos de sujetos y subjetividad en las ciencias sociales también se expresa en el estructuralismo y el posestructuralismo, a los que González Rey (2012) acusa de reduccionismo discursivo, o en el pragmatismo norteamericano que contribuyó a una visión más instrumentalista de la ciencia. Esta visión menguada empezó a finiquitarse con anterioridad de los conflictos bélicos mundiales, y con ellos, ante la preocupación por los efectos de los Estados en las personas. (Cançado, 2005) Esto señala la impresión en el Derecho de los fenómenos sociales y, como señala Carvajal Martínez (2010), del fracaso de la pretensión de sustraer la influencia de los fenómenos del poder en el Derecho moderno.

Tras la influencia positivista evidencia Cançado (2008) el arribo de una reiteración del reconocimiento de la personalidad y de la capacidad jurídica internacional de los individuos, al contrario de Pérez-León (2008) que observa como insular este reconocimiento en el Derecho Internacional. Cançado (2008) insiste resaltando que la personalidad y capacidad admitidas por el Derecho Internacional, se concretaron para finales de la década de 1940 con el resurgimiento del Derecho natural orientado por una *recta ratio*. A partir de este lugar el ex juez de la Corte Interamericana revisa las posibilidades para los individuos en el Derecho Internacional, en particular en el ejercicio procesal de sus derechos. (Cançado, 2005 y 2008) También destaca el sector doctrinal americano que propugnaba por la personalidad jurídica internacional con anterioridad a la adopción de la DADD, y enfatiza en las posibilidades de intervención de las víctimas con antelación a la creación de las Naciones Unidas, (Cançado, 2008) en la Corte Centroamericana de Justicia, primer tribunal internacional, que entre 1907 y 1917 permitió el acceso directo de los individuos en cinco de los diez procesos fallados. Tras ello, alude a diversos instrumentos generados en la Sociedad de las Naciones, dirigidos a la protección de los individuos pertenecientes a minorías, a través de las Comisiones de Minorías, y a la presentación excepcional de estos ante el Consejo de la Sociedad. Finalmente, observa el aporte del DIH a la construcción de esta personalidad y capacidad (Cançado, 2005 y 2008; Pérez León, 2008), y las experiencias en el sistema de los Mandatos, a cuya Comisión pudieron acudir directamente a partir de 1927. (Cançado, 2008 y 2005) Estas experiencias viabilizaron el reconocimiento actual de la personalidad jurídica internacional con el destacado papel de dos sistemas regionales de protección: el sistema europeo y el interamericano. Con estas consideraciones Cançado reafirma que el reconocimiento de la subjetividad internacional, fue incluso anterior a la segunda posguerra mundial.

En el siglo XX transitaron transformaciones hegemónicas que configuraron múltiples formas de observación del orden público internacional. (Arroyo Pichardo, 2011a) Estas variaciones no implican un proceso de auténtica transición de la modernidad, sino que expresan diferentes acentos en sus características principales. Una primera transformación puede

determinarse a partir de los espacios concéntricos referidos y ocupó hasta la Primera Guerra Mundial, donde surgen las Relaciones Internacionales como disciplina académica (Arroyo Pichardo, 2008 y 2011) y como nuevo escenario político. La Segunda Guerra Mundial inició con el sostenimiento de ese orden público internacional eurocéntrico, donde la justificación del *ius ad bellum* residía en la consideración de Estados como civilizados frente a otros incivilizados. (Arroyo Pichardo, 2011a) Esto es, una herencia de Vitoria que se mantiene, como se expresa en Brotóns (2004) a partir del proyecto de Constitución Europea elaborado a instancias de la Unión Europea, donde se establece que Europa es un continente “portador de la civilización (no bárbaro pues, ni salvaje)”. (:6) Asimismo, se distinguió por los esfuerzos en el Derecho Internacional, en construcción para limitar el retorno a la gran depresión de 1930 (Harvey, 2005), y asegurar que el nuevo orden que surgió con la determinación de los vencedores de la Segunda Guerra Mundial, no fuese rechazado. A partir de allí se constituyó un eje político asentado en lo que con posterioridad se reconocería como la Organización de las Naciones Unidas y sus correspondientes medidas económicas, incluso a partir de las conferencias desarrolladas con anterioridad a la finalización de la Segunda Guerra Mundial:

Todas estas formas estatales diversas tenían en común la aceptación de que el Estado debía concentrar su atención en el pleno empleo, en el crecimiento económico y en el bienestar de los ciudadanos, y que el poder estatal debía desplegarse libremente junto a los procesos del mercado –o, si fuera necesario, interviniendo en él o incluso sustituyéndole-, para alcanzar esos objetivos. Las políticas presupuestarias y monetarias generalmente llamadas “keynesianas” fueron ampliamente aplicadas para amortiguar los ciclos económicos y asegurar un práctico pleno empleo. Por regla general, se defendía un “compromiso de clase” entre el capital y la fuerza de trabajo como garante fundamental de la paz y de la tranquilidad en el ámbito doméstico. (Harvey, 2005:10)

La construcción moderna de los derechos humanos también precisa una lectura en términos de relaciones internacionales. (Anaya Muñoz, 2009) El repaso de lo sucedido a partir de la Segunda Posguerra es complejo, sin desconocer los cambios que trajo en el orden público internacional moderno, (Cassese, 2008. Burneo Labrin, 2011) en la concepción de los derechos

humanos y en el reconocimiento de la subjetividad jurídica internacional. En un primer orden, debe recordarse con Quijano (1997):

(...) sobre todo desde la II Guerra Mundial, las víctimas del colonialismo del poder emergieron combatiendo en todas partes, ante todo por conquistar las mismas ventajas de los euroamericanos, idealizadas desde la mirada colonial: Estados-nación, ciudadanía, democracia, igualdad social, libertad individual y acceso creciente a los bienes y servicios materiales y culturales producidos en el mundo. Capitalismo y modernidad, pues, no modernización capitalista. En esa dirección y dentro de esos límites, incluso algunos núcleos importantes de la burguesía no-euroamericana podían tener con sus trabajadores un interés compartido, sobre todo porque en ese contexto podían negociar mejor la distribución de los beneficios de la explotación mundial. Así pudo avanzar el proceso de descolonización en Asia y África y el proceso de nacionalización y democratización, sobre todo en América Latina. Las luchas nacionales y sociales forzaron una reconfiguración del poder mundial, empujaron a la relativa desconcentración del control de recursos de producción y a la extensión relativa de los derechos ciudadanos, para mantener el control de los ejes centrales del sistema global. También, sin embargo, en esa misma lucha muchos trabajadores aprendieron que la conquista y consolidación de esas formas de existencia social no sería viable, en definitiva, sino con una radical mutación del poder (...). Eso amenazaba ya no solamente a los amos coloniales e imperiales, sino al conjunto de la burguesía de todo el mundo y a cada uno de sus grupos “nacionales”. En consecuencia, (...) fue preciso reorganizar las alianzas de explotación y de dominación. Eso fue llevado a cabo bajo la dirección de sus grupos centrales y de su Estado Hegemónico, el de los Estados Unidos. Hubo que admitir el rápido fin del colonialismo, ya que éste arriesgaba en el seno de la propia burguesía enfrentamientos que podían ser letales frente a vastos movimientos armados de trabajadores y de amplias capas medias y que podían reducir el campo de maniobra de la burguesía hegemónica. El colonialismo terminó y pudo ser reemplazado por el imperialismo, esa específica alianza de dominación entre la burguesía imperial y la de los países sometidos, y se reordenó el frente conjunto de laburguesía contra los explotados. (:29)

Ello explica además el surgimiento del fenómeno conocido por la doctrina como eclosión convencional de los Derechos Humanos (Bobbio, 1991; Peces-Barba, 1995) que acentuó la idea

de la limitación de la soberanía a partir de estos derechos (Peces-Barba, 1995) y fortaleció el interés por el procesamiento de los crímenes del poder, a través de la responsabilidad internacional del Estado, y de la responsabilidad penal internacional de individuos en el poder. Se ofreció así el surgimiento contemporáneo del DIDH y del DPI como sistemas enlazados en el reconocimiento de la personalidad y la capacidad internacionales de los individuos. (*infra* cap. 2, secc. 3, 2)

Desde la falta de alusión a un concepto específico de derechos humanos, en el acto fundacional de las Naciones Unidas, se transitó al reconocimiento expreso de algunos derechos en la DUDH. (Woodiwiss, 2002) La consagración de la necesidad de protección de los derechos humanos en la Carta de la ONU (UN, 1945, Preámbulo, así como Art. 1, párr. 3 y 4), así como el reconocimiento de la importancia de su promoción por el ECOSOC, y de la necesidad de su avance a través de la cooperación internacional; señalan el sentido central de los derechos humanos en la construcción de esta organización internacional. En la Carta de la ONU se observan varios elementos que ingresaron en la DUDH y en los Pactos Internacionales, como la universalidad de los derechos humanos, y el principio de no discriminación y su integración con el principio de universalidad. La DUDH y la *Carta de las Naciones Unidas*, sintetizan un ideal común occidental a hacer efectivo. La DUDH es el signo a partir del cual emergió modernamente el DIDH y mutó desde una herramienta que no era de obligatorio cumplimiento, hasta su acogimiento unánime por la Asamblea de las Naciones Unidas. El ECOSOC estableció una Comisión de Derechos Humanos que redactó la DUDH, especificando algunos derechos reconocidos en un contexto de contención, al advertir las posibilidades para que los Estados limiten su ejercicio y con una impronta claramente individualista, pues como subraya Woodiwiss (2002), dieciocho de los veintiséis derechos corresponden con los civiles y políticos:

In other words, this grid took as its object of application capitalist societies wherein private property was sacrosanct (Article 17), the rule of law securely established, the polity liberal-democratic, and there already existed a broad array of social services, voluntary associations and legal statuses – specifically, social security in all its forms (health, housing, unemployment and old-age insurance, income support,

and special protection for mothers and children), education, labour administration, trade unions, and employment contracts. (:141)

Ello explicaría la retracción de la extinta Unión Soviética a votar la declaración, junto a cuatro de sus aliados, Sudáfrica y Arabia Saudita. (Woodiwiss, 2002) Devela a su vez las características y tensiones de los signatarios, donde los estados europeos occidentales y latinoamericanos permanecieron al centro del debate entre los defensores de los DCP con Estados Unidos a la cabeza, y los DESC liderados por la Unión Soviética, o lo que es lo mismo, la división entre las declaraciones de derechos de Inglaterra, Estados Unidos y Francia por un lado y, por otro, el Manifiesto del Partido Comunista y la crítica al Programa de Gotha. (Woodiwiss, 2002) Todo ello en un ambiente de especial tensión internacional:

Importa resaltar que estos tratados fueron negociados y adoptados en un contexto político específico, en plena vigencia de la Guerra Fría, del Estado de Seguridad Nacional de Estados Unidos y de la Doctrina de Seguridad Nacional suramericana y poco después del triunfo de la Revolución Cubana y la crisis de los misiles soviéticos en Cuba en 1962. En ese momento histórico, en concepto de algunos, “la guerra revolucionaria se concretó como estrategia del comunismo y el enemigo interno se constituyó en la amenaza principal”. Y, en efecto, los Estados veían con preocupación el surgimiento de movimientos revolucionarios populares, por influencia de la Revolución Cubana. Una excesiva intangibilidad de los derechos humanos, en este contexto, se consideraba como obstáculo a la gobernabilidad de los Estados. Por esta razón los textos originales del sistema internacional (tanto el PIDCP como la CADH) buscaron limitar, de la menor manera posible, la futura adopción de medidas de seguridad nacional, catalogando como “intangibles” a tan sólo unos pocos derechos que, además, si se leen atentamente, no parecían interferir directamente en las posibilidades de una estrategia antisubversiva.

Después de finalizada la Guerra Fría y debido a los cambios en las prioridades y actores relevantes en el contexto internacional, estos límites jurídicos han sido notoriamente revisados y reinterpretados en el DIDH. (López Medina y Sánchez Mejía, 2008:337 y 338)

La Comisión de Derechos Humanos se ocupó desde 1946 a 1954 de la elaboración de los dos Pactos Internacionales, y de instaurar un nuevo orden en el pensamiento y la práctica de los derechos humanos que generó críticas y resistencias a partir de los movimientos sociales (Estévez López, 2012; *supra* cap. 2, secc. 2, 2.1), y de los propios Estados, (Burneo Labrin, 2011) Así, se dio razón a que los derechos humanos revalidaban y constituían una limitante del principio de soberanía. Pero otra postura en Negri y Hardt (2011) señalaría la transformación y sostenimiento a partir del discurso hegemónico de los derechos humanos. Ello habría ocurrido desde la Primera Guerra Mundial, donde según los autores “*quedó definitivamente establecida la noción de un orden internacional y también la de su crisis*” (Hardt y Negri, 2011:24). La Segunda Guerra Mundial solo habría extendido el orden jurídico internacional, transformándolo de europeo a predominantemente estadounidense, y la creación de las Naciones Unidas culminó el proceso: “una culminación que revela las limitaciones de la noción de orden *internacional* y a la vez apunta más allá, hacia una nueva noción de orden *global*”. (:24)

Entonces se afirmó que los Estados poseen intereses particulares en fortalecer la paz universal, los derechos humanos y libertades individuales. Los artículos 1, 2 y 55 de la Carta de la ONU, consecuencia de las difíciles enseñanzas de las guerras mundiales y del orden mundial que definió establecerse, señalan las notas básicas de la comprensión contemporánea de soberanía en el actual contexto hegemónico. Al ser congregados los Estados de las Naciones Unidas que se obligaron a través de tratados a respetar estos derechos humanos, se revalida la soberanía. (*infra* cap. 2, secc. 3, 2.1) En tal sentido, Brotons (2010) diferencia entre igualdad soberana de los Estados e identidad de derechos y obligaciones, y la vinculación de los dos conceptos con la comprensión jurídica de soberanía: “Inherente a la soberanía es el derecho a consentir desigualdades jurídicas que proyectan la desigualdad real o de hecho de los Estados”. (:94) Pero debe reconocerse que a partir de la Segunda Posguerra se definen los contornos que delimitarán la práctica del derecho en un contexto de prevención de un nuevo conflicto bélico mundial, a partir de valores e intereses que se afirmaron comunes y preeminentes como el imperativo del mantenimiento de la paz y la seguridad. (Abi-Saab, 1999; Añaños Meza, 2010; Hardt y Negri, 2011; López Medina y Sánchez Mejía, 2008) Imperativos que sintetizan lo que Bobbio (1999a)

comprende como pacifismo jurídico: la paz a través del Derecho, y que Zolo (2002) interpreta como globalismo jurídico. (*infra* cap. 2, secc. 2, 2.2) La ONU surge con fundamento en un orden de Estados soberanos, y adecuó ese orden político a la política internacional, en particular a las nuevas tendencias universalizadoras. (Añaños Meza, 2010:2) Así configuró un “régimen de consolidación de la paz”, que se expresa en la afirmación de la paz como concepto que se visibiliza en 1992. (:7) Ello ha tenido lugar en aplicación de una ideología esencialmente liberal, lo que explica que con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y hasta la actualidad, las lógicas hegemónicas de poder contemplan un específico discurso de derechos humanos. La propia concepción de la “consolidación de la paz” sintetiza las medidas de todo tipo que buscan evitar la reanudación del conflicto a través de la rehabilitación, la reconstrucción y la renovación, (Añaños Meza, 2010) concepto similar al de Justicia de Transición en la actualidad o al de Justicia transicional, que como resalta Valentini (2011) se refiere a la gestión del pasado, entre otros, a través del Derecho Penal que se denomina en dicho contexto como “Derecho penal en transición o transicional” (:165). Estos discursos se sustentan a su vez en un nuevo centro de construcción del Derecho:

La ONU funciona como una bisagra en la genealogía de las estructuras jurídicas, desde las internacionales hasta las globales. Por un lado, toda la estructura conceptual de la ONU se basa en el reconocimiento y la legitimación de la soberanía de los Estados individuales, y por consiguiente, se ubica dentro del antiguo esquema de derecho internacional definido por pactos y tratados. Por otro lado, sin embargo, este proceso de legitimación sólo es efectivo en la medida en que transfiera el derecho soberano a un centro *supranacional* real. No es nuestra intención criticar o lamentar aquí las graves (y a veces trágicas) insuficiencias de este proceso; en realidad, nos interesan las Naciones Unidas y el proyecto de orden internacional no como fines en sí mismos, sino más bien por la función real de palanca histórica que cumplieron al impulsar la transición hacia un sistema estrictamente global. Precisamente, las insuficiencias del proceso son las que lo hicieron efectivo. (Hardt y Negri, 2011:24 y 25)

Estos fenómenos se explican también como la entronización de una estrategia que da lugar a un nuevo escenario imperialista. Se emprendió también la búsqueda de universalización

abstracta de intereses asentados en la razón instrumental, y que descollaron en el Nuevo Humanismo Militar. (*infra* cap. 2, sec. 3, 1) Siguiendo a Calveiro (2012) debe reconocerse que la reorganización hegemónica no es necesariamente liberadora. En efecto, la autora consideró en el año 2012 que la reorganización hegemónica se caracterizaba por el paso de un mundo a otro unipolar, en tres dimensiones: mundial, política y económica. En el primer caso se trata del tránsito de un modelo bipolar a uno global con la continuidad del autoritarismo. En lo económico se presenta una nueva acumulación y concentración fundada en la globalización. En tanto, que en lo político se alude a un debilitamiento de la autonomía del Estado nación, mientras aumenta el poder de “redes de poder estatal-privadas de carácter transnacional”, (:14) junto a la instalación de “democracias procedimentales”. (:14) En lo social se incorporan tecnologías que “modifican la organización y las percepciones de tiempo y espacio; en lo subjetivo, una individualidad blanda, aislada, en retracción hacia lo privado, como esfera principalmente de consumo de bienes y de cuerpos.” (:14) A su vez la globalización trae un ataque directo contra los movimientos sociales mundiales, con lo que se presentó una reconfiguración de la hegemonía. (Quijano, 2007) Esto conduce a variaciones en la concepción externa e interna del Estado, y como señala Habermas (1999a), la globalización delimita la forma en que tiene lugar el Estado, la sociedad y la economía dentro de las fronteras nacionales, al punto que los Estados se incorporan a los mercados, como lo exige la ortodoxia neoliberal. Si bien se mantiene la actualidad de la caracterización hegemónica expresada por Calveiro en sus dimensiones mundial, política y económica, debe reconocerse que la unipolaridad estadounidense, profundizada a partir del 11 de septiembre de 2001, se encuentra quebrada en la actualidad por la pugna con otras hegemonías como la rusa y la china. Así, ha encontrado Janie Leatherman (2008) quien señala que se ha perdido el control hegemónico estadounidense, y ha desaparecido por tanto la utilización del “*soft power or the consent to govern*” (:2) Ello podría explicar el desenmascaramiento del Nuevo Humanismo Militar, que si bien sigue evidenciando la figura de los *rogue states*, ha procedido a un despliegue sin igual del control internacional mediante la guerra.

También se mantiene la tendencia a la utilización de las relaciones internacionales y del Derecho Internacional como escenarios de sostenimiento hegemónico incluso bajo el Nuevo

Humanismo Militar. Añaños Meza (2010) subraya la incapacidad de las Naciones Unidas para evitar los conflictos armados y las guerras asimétricas, por lo que sintetiza su empresa en un *despotismo o autocracia benevolente*. Por su parte, Ayuso (2010:151 y 152) resalta el surgimiento en la segunda posguerra de organizaciones internacionales que buscaban una unión institucional abierta con regímenes tan diversos como los liberales y los comunistas, mientras que otras como la OTAN se centraron en los países liberales, que se superarían con la globalización y las acciones de unificación política mundial:

(...) la incidencia de la ‘globalización’, esto es, la creciente expansión, más allá de los confines territoriales y los vínculos del derecho positivo de los Estados, de las actividades de la economía, producción, circulación, cambio y consumo de bienes. Y, (...) la supremacía de los Estados Unidos, sustentada por una poderosa fuerza armada, y concretada en un ‘magisterio’ ético-político que reivindica el derecho a enjuiciar la fidelidad de los demás gobiernos a los principios liberal-democráticos, así como el respeto a las condiciones de paz, de donde resulta la función de policía en todo el globo. Pero todo ello, aunque significativo, es todavía insuficiente para determinar la denominada ‘exportación universal del modelo ‘occidental’ de constitucionalismo, sino que, a tales efectos, se hace necesaria, conforme Carl Schmitt había anunciado en los cincuenta ‘una organización unitaria del poder humano’ con capacidad de decisión política y un derecho público propios (...) Ahora, con la crisis del Estado el gobierno parece querer tornar, pero –en pleno apogeo del nihilismo– no halla la comunidad sobre la que arraigar”.

Bourdieu y Wacquant (2001) señalaron el interés de la razón imperialista en universalizar “los particularismos vinculados a una tradición histórica singular haciendo que resulten irreconocibles como tales particularismos”. (:16-18) Una de las primeras actividades de la razón imperialista, es ocultar y sustituir las raíces históricas, para desarraigar y desparticularizar, obteniendo la planetarización y mundialización. Con ello se despolitizan los problemas sociales que pretenden explicarse a partir de referencias distintas a la dominación. El Derecho también ha sido utilizado con dichas finalidades, a través de medidas de impunidad, como mediante la categorización como hechos punibles, únicamente en la medida en que permitan garantizar las necesidades hegemónicas (*infra* cap. 2, secc. 3, 2.2). Este cuestionamiento a la globalización,

interroga acerca de la compatibilización de esta postura con la idea de la universalización de los derechos humanos, asunto que se resuelve a través del universalismo concreto, que implica un reconocimiento de particularismos contrahegemónicos, como se profundizará. (*infra* cap. 3)

Desde un análisis diverso, Habermas (1989) reconoce la especial significación, por lo menos en la revisión del Estado Constitucional, de los derechos humanos como herencia de la revolución francesa: En la revolución norteamericana se fundarían las comprensiones de democracia y derechos humanos que constituyen el núcleo universalista del Estado constitucional, y estos continúan dentro de la crisis de la concepción moderna de Estado integrando el dictado hegemónico del Consenso de Washington. Este discurso universalista totalizante coincide con la descripción que Santos (2000) hace de la teoría hegemónica de la democracia o de democracia autoritaria. (Santos & Rodríguez Garavito, 2005) Se conformaría a partir de un Estado débil resultado del antagonismo Estado/sociedad civil, y de la concepción divisoria entre el espacio público y el privado; así como de una democracia liberal representativa como mercado político. Como señala Gallardo:

(...) el concepto/valor democrático remite en las sociedades modernas, por definición, a un Estado de derecho. Con ello, a la noción/realización de una ciudadanía. Y, en ambos casos, a las condiciones de producción y ejercicio de tal ‘Estado de derecho’ y tal ‘ciudadanía’. Estos conceptos/realidades prácticas, por supuesto, no “trascienden” el concepto/valor democrático, si ‘trascender’ quiere decir que lo llevan más allá de él, sino que le dan significado (s) o sentido (s), es decir son determinantes de su carácter. (:3)

A dicha estructura se le opone la democracia contrahegemónica, apoyada en el concepto de *demodiversidad*, (Santos, 2000; *infra* cap. 3) Entonces, se insiste en la visión universalista totalizante de los derechos humanos, a pesar de que la hegemonía admite como legítimas y plausibles las supuestas exigencias generadoras de la globalización y de “un mundo sin fronteras”, incluso limitando la aplicación de los sistemas nacionales de justicia frente a las transacciones económicas. Como ejemplo de ello se tiene que la Organización de las Naciones

Unidas ha encontrado que la globalización puede ser “realmente un instrumento al servicio del desarrollo humano”, (Artigas, 2001:8) donde el propio cuerpo internacional tiene un papel trascendente. En efecto, Artigas (2001) señala que en reunión llevada a cabo en 1998 para tratar el impacto de la globalización y su implicación en las políticas:

Se convino asimismo, en que las respuestas globales debían construirse sobre valores compartidos que reflejaran las aspiraciones más amplias de nuestra sociedad global. Para este efecto, el papel de las Naciones Unidas es asumir el liderazgo normativo estableciendo la agenda de los valores para la globalización. (...)

Los valores o la ética de la globalización descansarían, por lo tanto, en aquellos bienes públicos globales como la paz, la equidad y la justicia internacional, cuya disponibilidad debe aumentarse a través de distintos instrumentos y mecanismos. (:8 y 9)

En la solidificación del Consenso de Washington como nueva expresión hegemónica, arribando la década de 1950 surgió un proceso de fortalecimiento normativo de las obligaciones internacionales de los individuos, que vigorizó la opinión de que la persona es sujeto de Derecho Internacional por tener obligaciones expresadas en normas de carácter internacional. (Cançado, 2008) Ello tuvo lugar, tras las resistencias tanto de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones, como del ECOSOC, para examinar denuncias individuales sobre la vulneración de los derechos humanos, con fundamento en “el artículo 2(7) de la Carta de la ONU, a la luz del principio de la soberanía y dominio reservado de los Estados sobre sus ciudadanos”, pero en realidad correspondía con la oposición del Estado de Suráfrica, y sus aliados en el bloque occidental para evitar el procesamiento por la política de *Apartheid*. (Burneo Labrin, 2011:15) Bajo este contexto Cançado (2008) advierte una coincidencia entre estos sistemas normativos, y derechos inherentes al ser humano. De tal intensidad dicho encuentro, que Cançado (2008) concluye que la personalidad jurídica internacional hace parte del Derecho Internacional consuetudinario y convencional y que trascendió a las limitaciones del positivismo jurídico, como lo establece con sustento, entre otros, en Paul Reutor y René Cassin, éste último partícipe de la elaboración de la DUDH. (Cançado, 2005) Esta postura confluye parcialmente con Pérez-León

(2008) quien resalta que el segundo acto fundacional del reconocimiento de la subjetividad internacional de las personas, consiste en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, que reconoce la existencia de sujetos de derecho que surgen debido a las necesidades de la vida nacional e internacional. Si bien, Pérez-León encuentra que junto con la sentencia principal del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, este se trata de un momento constitutivo del reconocimiento de los individuos, y que Cançado lo señala como espacio de fortalecimiento; ambos autores subrayan el papel de las decisiones judiciales, concretando el escenario de eclosión convencional de los derechos humanos. Estos reconocimientos, entre otros, refuerzan la idea de vasos comunicantes entre los derechos humanos y el DPI (Cançado, 2005; Gamboa Rubiano, s.f.) que señalan que estos sistemas del derecho Internacional se complementan, (Gamboa Rubiano, s.f.) como lo describe la propia sentencia del Tribunal de Nüremberg al señalar que los crímenes son cometidos, de manera directa, por personas, no por entidades abstractas, (NIMT, 1945) lo que por supuesto tiene consecuencias en términos de criminalidad de Estado, (*infra* cap. 2, secc. 3, 2) No en vano encuentra Pérez León (2008): “se incorporó en la subjetividad jurídica internacional del individuo la temática de la responsabilidad internacional individual, de manera paralela a la responsabilidad internacional del Estado”. (:604) Tampoco puede perderse de vista que a mediados de la década de 1960, la contradicción se sintetiza en la adopción de medidas que continúan rompiendo con la idea de razón de Estado como fin en el Derecho Internacional, y se abre la limitada intervención de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, como sujetos individuales. Justamente, la visión insular del sujeto individual como sujeto del DIDH, profundiza en la concepción moderno normativista occidental de los derechos. Tras la ruptura en dos segmentos del *Pacto Internacional de Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales*, la comprensión de los derechos humanos fue limitándose a la persona humana, con las consecuentes tensiones relativas al reconocimiento de los DESC.

No obstante ello, Cançado (2008) advierte que el PIDCP posibilitó la presentación de comunicaciones individuales en su Protocolo Facultativo, estableciéndose también en los

sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos la posibilidad de acceso de individuos, en uno de los actos más trascendentes del Derecho Internacional. Tras resaltar algunos casos relativos a estos sistemas regionales de protección, y aludiendo a otras actuaciones dentro del Derecho Internacional, el juez brasileiro concluye que los individuos fueron conquistando su reconocimiento como sujetos de derecho internacional, convirtiéndose el derecho de petición internacional en “el pilar básico de funcionamiento de todos los sistemas de acceso de los individuos a la justicia internacional”, recuperando el lugar central que tiene la persona humana en el orden jurídico internacional. (Cançado, 2008; Brotóns *et. al.*, 2010) Esto resulta evidente en lo que corresponde al DIDH y al DIH, y se ratifica por Cançado (2008 y 2005) y Pérez León (2008) en la DUDH, donde se reconoce la calidad de sujetos de derecho a todos los seres humanos.

También se ha subrayado la transformación que expresaban las Naciones Unidas para los comienzos de la década de 1970 y sus efectos en la construcción de los derechos humanos. (Woodiwiss, 2002; Pérez León, 2008) Woodiwiss (2002) resalta el favorable contexto que surgió del ingreso de nuevos Estados descolonizados, la pérdida de autoridad moral de EEUU por su intervención en Vietnam, los problemas económicos surgidos en la década de 1960, que compelieron a los Estados a hacer hincapié en los DESC, así como al ingreso a la ONU de antiguas potencias del eje como Japón y Alemania, en la ruta de convertirse en grandes potencias económicas. A pesar de las dificultades que emergen de la separación de los Pactos, estos generaron modos más activos de interrogación sobre los derechos humanos. (Woodiwiss, 2002) A ello se suman las transformaciones normativas en las Naciones Unidas, por el trabajo de la extinta Comisión de Derechos Humanos, el ECOSOC, y la importancia de la lucha contra el *apartheid*, en la leve mejoría del procedimiento de peticiones individuales, a través de la Resolución 1503 del ECOSOC, en 1970. (UN, 1970. Pérez León, 2008. Burneo Labrin, 2011) En efecto, el proceso iniciado en 1959 con el proceso de presentación de denuncias individuales, se robusteció en 1967 con la Resolución 1235, a partir de la cual se podrían realizar exámenes exhaustivos sobre los Estados para formularles recomendaciones, y de remitirlas hacia algún órgano de las Naciones Unidas. (UN, 1967; Woodiwiss, 2002) Pero esta resolución no contenía

un expreso mandato para adelantar el procedimiento de comunicaciones individuales. (Pérez León, 2008) En la resolución 1503 de 1970, se autorizaría a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, considerar las denuncias y las respuestas gubernamentales. (UN, 1970; Woodiwiss, 2002) De allí se pasó a la obligación de presentación periódica de informes al Comité del PIDCP, que surgió con este instrumento. Pero se siguió haciendo evidente los fuertes linderos entre la normatividad y la realidad jurídica internacional, como lo resalta Burneo Labrin (2011):

Sin embargo, desde el punto de vista operativo, desde la Comisión de Derechos Humanos de la ONU no se instituyeron todavía, hasta 1980, mecanismos de protección de alcance universal. En efecto, en esos años lo único que podía esperarse era que ciertos casos, vista su particular gravedad, ingresarán sólo como un punto de la agenda en la sesión pública anual de la Comisión (procedimiento público “1235”) o como parte de una situación general en el procedimiento reservado “1503”. Empero, sí se dieron pasos importantes que allanaron el camino. Nos referimos a la creación en 1975 del primer Grupo de Trabajo (GT) público en base al procedimiento “1235” sobre violaciones a los derechos humanos en un país, en este caso Chile tras el Golpe de Estado del general A. Pinochet en 1973. (:17)

En la convergencia entre los informes de los Estados y el emergente sistema de peticiones individuales, Woodiwiss (2002) con sustento en Rancharán, encuentra un temporal equilibrio entre los DCP y los DESC, con particular nitidez en las Observaciones Generales que abordan cuestiones relativas a la calidad de los informes, así como de interpretación de los artículos y criterios para su aplicación adecuada. Ello llevó a una nueva transcripción de lo político hacia lo jurídico durante la década de 1970. (Woodiwiss, 2002) No en vano, tras el surgimiento de los Pactos Internacionales se concretó la Carta Internacional de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas como sistema normativo que compendia la Carta de las Naciones Unidas, la DUDH, los Pactos Internacionales y los Protocolos Facultativos del PIDC: Justamente el primero de ellos, viabiliza el sistema de denuncias individuales ante el Comité del Pacto.

Pero estas transformaciones que edificaron el régimen de responsabilidad de los Estados, se acompañó también de una suerte de resistencia frente a la hegemonía. Justamente Chomsky

(2008) señala cómo el control mediante el miedo, constituirá una herramienta poderosa a partir de la década de 1980 para la implementación de determinados intereses hegemónicos: “La destrucción de la esperanza es un proyecto de importancia crucial”. (:21) La politóloga canadiense Naomi Klein (2007) señala bajo el concepto de *capitalismo del desastre*, los “ataques organizados contra las instituciones y bienes públicos siempre después de acontecimientos de carácter catastrófico, declarándolos al mismo tiempo atractivas oportunidades de mercado”. (:26) Esta expresión del imperio del *homo aeconomicus* y en específico de la globalización, se sintetiza con claridad en las palabras de Mike Battles, ex agente de la CIA, citado por Klein: “Para nosotros, el miedo y el desorden representaban una verdadera promesa”. (Klein, 2007:30) Por ello no resulta sorprendente que la tortura constituya una metáfora del capitalismo del desastre o de la doctrina del shock:

La tortura, o por utilizar el lenguaje de la CÍA, los ‘interrogatorios coercitivos’, es un conjunto de técnicas diseñado para colocar al prisionero en un estado de profunda desorientación y *shock*, con el fin de obligarle a hacer concesiones contra su voluntad. (Klein, 2007:39)

Así, entre las décadas de 1960 a 1990 se concretaron cinco instrumentos nucleares para el control de las actuaciones en derechos humanos de los Estados a instancias de los individuos: el *Protocolo Facultativo del PIDCP* (1966), la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* (1965), la *Convención contra la Tortura* (1984), el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (1979) y la *Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* (1990).

Si bien estas capacidades pueden hacerse efectivas tras la aceptación de los propios Estados, por lo que sostienen un carácter facultativo, (Brotóns *et. al.*, 2010; Pérez León, 2008) permiten afirmar el fortalecimiento del sistema de denuncias individuales en el seno del sistema universal de los derechos humanos, lo que revela un papel importante de los sujetos individuales en el robustecimiento del Derecho Internacional. A estos instrumentos se sumaron otros, entre

ellos los que agrupan el reconocimiento normativo de los derechos de las víctimas. La afirmación internacional de sus derechos, con proyección en las realidades nacionales, se ha incrementó desde la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder* (1985).

En la Declaración sobre los Principios, adoptada por la Asamblea General en la Resolución 40/34, se refleja una consideración tradicional o restrictiva de estos derechos, pues solo se incluyen algunos relativos a su intervención en los procedimientos penales (como el acceso a la justicia, y algunas normas mínimas de respeto y dignidad), a su derecho a la protección y la asistencia, así como el derecho a la reparación en concordancia con el Derecho Nacional. No obstante, viabiliza la adecuación de los procedimientos a las necesidades de las víctimas. (Andreu Guzmán, CCJ y CCAJAR, 2011; ONU, AG, 1985)

En un segundo momento, surgieron diversos instrumentos atinentes a los derechos fundamentales de las víctimas de crímenes de Estado, con lo que se empieza a definir la columna vertebral de la admisión de los derechos de las víctimas. Ello redundó en el surgimiento de otros tres principales instrumentos internacionales: los *Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005), también conocidos como los “Principios de Van Boven y Bassiouni” (2005); así como el *Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad* (Conjunto de Principios) (ONU Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2005/81 y Resolución 2003/72), que incluye los “Principios de Joinet”. Los trabajos preparatorios de los Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del DIH a interponer recursos y obtener reparaciones, emergieron de las Resoluciones 1989/13 y 199/33, donde la extinta Comisión de Derechos Humanos solicitó a los expertos Theo van Boven y Cherif Bassiouni, respectivamente, la elaboración de dos estudios relativos al derecho de restitución,

indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Los trabajos preparatorios del Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos, mediante la lucha contra la Impunidad, iniciaron con la decisión 1996/119, donde la Comisión solicitó a Luis Joinet elaborar un estudio sobre la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos. Joinet presentó su análisis en el año de 2007, incluyendo un Anexo II: el *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos, para la lucha contra la impunidad*. Con posterioridad, la Comisión de Derechos Humanos solicitó a la experta Diane Orentlicher su actualización, lo que tuvo lugar en el año 2005.

Esta explosión convencional que se arraigó en la década de 1990, se explicaría en la incidencia de la caída del socialismo real, lo que “redujo la ansiedad de las políticas de seguridad nacionales”. (López Medina y Sánchez Mejía, 2008:325) La globalización se puede identificar con lo que Poulantzas (1978) denominó la internacionalización del capital y de la fuerza de trabajo, donde se señalan funciones y transformaciones especiales del Estado, como “las nuevas formas de la división internacional del trabajo y a las transformaciones de las relaciones de producción mundiales que, por su reproducción inducida en el seno de cada formación social nacional, determinan de hecho las transformaciones propias a ésta”. (:22) Brotóns (2010a) expresa con claridad que “la globalización es la mundialización desde el punto de vista de la economía”, (:23) lo que expresa transformaciones en el derecho internacional y en las relaciones internacionales. (Brotóns, 2010a) Así, el derrumbe del bloque socialista señaló el nacimiento de la globalización como nuevo modelo de económico expresado en procesos de mundialización que afectaron el Derecho. (Brotóns *et. al.*, 2010) Asimismo, las Naciones Unidas resaltan: “Gran parte de los componentes de dichos objetivos claves corresponden al desarrollo progresivo del derecho internacional propiciado por las Naciones Unidas como una forma de respaldar normativamente dicha ética de la globalización”. (Artigas, 2001:10)

Esta situación no se limita a señalar la existencia de nuevos desafíos para los derechos humanos en el contexto de la globalización, (Burneo Labrin, 2011) sino que explica la paradoja

del arraigo de esta eclosión convencional en plena globalización, y que además dicha eclosión haya permitido los escenarios de apertura democrática y el fortalecimiento del contacto entre los procesos de resistencia latinoamericanos, principalmente desde la teología de la liberación, así como la transición hacia la democracia en principio liberal, que ya había iniciado en la década de 1960, elementos que viabilizan una construcción e interpretación latinoamericana de los derechos humanos. (Estévez López, 2007, 2008a, 2008b, 2010 y 2012. Dussel, 2011) (*supra* cap. 2, secc. 2, 1.2) En la misma década de 1990, tuvo lugar el proceso de armonización expresado en la Constitución Política de 1991, que fue decidido pero no por ello ha sido evidente ni sencillo. (López Medina y Sánchez Mejía, 2008)

En el Derecho Internacional la profundización normativa siguió en su proceso de ampliación, como se cristaliza en diversos instrumentos, la jurisprudencia y la doctrina internacional, a partir del discernimiento del derecho a un recurso efectivo, a la reparación y a la verdad, y haciendo balances relativos a la impunidad (Andreu Guzmán, CCJ y CCAJAR, 2011). Se confirma de esta forma un nuevo periodo de eclosión normativa de los derechos humanos, con numerosos instrumentos y declaraciones como las siguientes: “*el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional*”. (CCJ- CCAJAR, 2010:5 y 6). Entonces lo jurídico se afianzó como fuente de conceptos para enfrentar dificultades y para pensar en una medida más general, sobre las cuestiones relativas a los derechos humanos. (Woodiwiss, 2002)

Se trata de instrumentos generados en el escenario del sistema universal de protección de derechos humanos que progresivamente fueron reconociendo derechos de las víctimas en los distintos procedimientos. Pero como se advierte, su poder vinculante para la dogmática del Derecho Internacional radica en que constituyen el corolario de procesos de sistematización y condensación de obligaciones internacionales de los Estados. (CCJ, 2007) Desde otra perspectiva, este entramado normativo internacional señala el relevante papel del individualismo,

constatando que las respuestas insuficientes desde los órdenes nacionales, hacían mella en el orden público internacional. Así, reiteran obligaciones en cabeza de los Estados, y como se verá (*infra* cap. 2, secc. 3, 2.1) en su tratamiento vinculante con normas del DPI, abren el camino a posibilidades externas a los procedimientos internos que permitan la efectividad de los derechos.

El surgimiento de la *Declaración y Programa de Acción de Viena*, en la década de 1990, en plena disputa entre las lógicas neoliberales y los derechos de la justicia social (*supra* cap. 2, secc. 2, 1) ejemplifica otra objeción a la concepción individualista de los sujetos internacionales, y reitera parcialmente la idea de subjetividades sociales e individuales (González Rey, 2012) cuyo reconocimiento permitirá discutir el *homo aeconomicus* entronizado por la modernidad capitalista. No en vano Gallardo (2006) encuentra que la subjetividad es el correlato de la objetividad moderna como autoproducción o como producción autoalienada, esto es, del *homo aeconomicus*. En términos de un esperanzado Woodiwiss (2002), la doctrina de la indivisibilidad de los derechos significa que no se completó el discurso de cierre hacia los DESC. Ello se verificaría con su ratificación a través de la Resolución 60/251, donde la Asamblea General de las Naciones Unidas creó el Consejo de Derechos Humanos, en parcial reemplazo de la Comisión de Derechos Humanos (AG., Resolución 60/2015, 2006), ante las críticas de las que había sido la primera en materia de baja coercibilidad. (Woodiwiss, 2002) Dicha fortaleza aún está en construcción, pues como resalta Brotóns (*et. al.* 2010) sigue siendo un órgano subsidiario, si bien debe reconocerse que resulta importante su adscripción a la Asamblea General.

El Programa de Acción de Viena, tiene dos lecturas. Por una parte reconoce que los derechos son universales, interdependientes e indivisibles, lo que permite comprender que su Preámbulo advierta de la necesidad de promover el “progreso económico y social de todos los pueblos”, la vigencia de los dos Pactos Internacionales, y los derechos de los pueblos indígenas. Esto es, implicaría el desarrollo de un modelo estatal sustentado en la justicia social, pues los derechos sociales no podrían siquiera pensar en realizarse en una estructura política diferente al Estado social o del Estado social de Derecho. (Carpizo, 2012) En la misma dinámica, el *Programa de Acción* rechaza la dominación de los pueblos y la ocupación extranjera, resaltando

el derecho a la libre determinación cuya vulneración “constituye una violación de los derechos humanos”, y subrayando el derecho al desarrollo. Pero, por otro lado, insiste en que el sujeto central de los derechos humanos es la persona humana (Preámbulo), y en defensa de la universalidad mediante la utilización de la interdependencia (Woodiwiss, 2002), considera de menor importancia las particularidades históricas, culturales y religiosas de los pueblos. De esta forma insiste en reducir los derechos humanos a imperativos individuales, mientras relega los derechos de los sujetos colectivos a una eventual proyección. Esta contradicción, identificada de antaño en el discurso de progresividad de los DESC, o en la utilización rutinaria de la teoría de la generación de los derechos, es expresión del *homo aeconomicus* que utiliza el individualismo para asentarse. Ese individualismo por vía de una concepción universal abstracta de los derechos humanos se expresa tozudo ante la respuesta que había tenido desde la década de 1980, entre otros, a través de la acción colectiva de las luchas feministas (Flórez Flórez, 2007), las demandas sociales bajo la idea de ciudadanía social (Jelin y Hershberg, 1996) y las evidencias de violaciones estructurales que exigían transformaciones estructurales como tuvo lugar en Yugoslavia y Ruanda o en las dictaduras del Cono Sur (Jelin y Hershberg, 1996). Por ello, un sector doctrinario toma partido por la existencia de una crisis, una ruptura de la modernidad, que signa la acción política contemporánea. (Flórez Flórez, 2007) Pero otra revisión permite señalar que la manifestación de universalidad, indivisibilidad e interdependencia, pretendía enfrentar el desenmascaramiento del universalismo totalitario en la comprensión de los derechos, segmentario en la eficacia de todos los derechos y de profundización capitalista en su expresión económica, como lo resalta Quijano (2007).

Siguiendo con la estructura de análisis propuesta por Woodiwiss (2002), hacia la caída de la Unión Soviética, los gobiernos neoliberales de Reagan y Bush en los Estados Unidos se habían negado a ratificar el PIDESC y suspendieron la ratificación del PIDCP que había iniciado en el gobierno de Carter. (Woodiwiss, 2002) Entonces, el retorno hacia un individualismo fuerte, en el escenario internacional, se pronunció con la caída de la Unión Soviética, generando una nueva crisis en el proyecto de los derechos humanos. Se encontraron en tensión el surgimiento de las organizaciones no gubernamentales, ampliando y profundizando el discurso de los derechos

humanos; el auge del neoliberalismo y la insistencia cultural de numerosos países asiáticos. (Woodiwiss, 2002) Para 1994, aproximadamente, 900 organizaciones no gubernamentales tenían estatus consultivo ante la ONU, y contribuyeron al surgimiento del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (1979), y de la *Convención contra la Tortura*, instrumentos vinculados con los cinco principales instrumentos del sistema universal, que contemplan el sistema de denuncias individuales.

Asimismo, facilitaron la *Convención sobre los Derechos de niños y niñas en 1989*. (Woodiwiss, 2002) Cançado (2008) reliva la actuación de estas organizaciones ante tribunales internacionales de Derechos Humanos e incluso de DPI, pero estas alusiones no alcanzan lecturas absolutas sobre la dinámica de los sujetos colectivos en el Derecho Internacional, como ha sido anotado, pues la labor de estas organizaciones obedece a la posibilidad de interceder por los derechos de los individuos de manera prioritaria, espacio que les habilita el Derecho Internacional en general, por lo menos en lo que corresponde a los organismos judiciales y cuasi judiciales de las órbitas del DIDH, el DPI y el DIH. Pero ello sí permite apuntar, como lo hace Cançado, (2005 y 2008) el relevante papel de individuos y sociedad civil en la construcción del Derecho Internacional. De ahí se ha transitado hacia la intervención mayor de sujetos sociales y colectivos en el trámite y demanda de los derechos vulnerados por los Estados, reconociéndose su capacidad procesal. Ello contribuiría a lo que Cançado (2008) concibe como la democratización del Derecho Internacional y las relaciones internacionales, que tiene como fin último la realización de la protección internacional de los derechos humanos. (*supra* cap. 2, Sec. 2, 1.1)

De esta forma se advierte que el retorno al individualismo generó nuevas resistencias, de tal entidad que tras la *Declaración y Programa de Acción de Viena*, coexisten los discursos políticos y jurídicos, en los términos expresados por la hegemonía. Esta situación ocurrió de forma tan contundente que quienes defienden los derechos humanos en un campo conceptual, observaron que la única forma de aspirar a generar diferencias es mediante la utilización de términos legales, sin desafiar las normas o procedimientos legales, es decir, mediante la razón legal. (Woodiwiss, 2002) No obstante, Woodiwiss (2002) llama la atención sobre el persistente

problema de la aplicación a nivel nacional de los derechos, permeado por el individualismo de las sociedades capitalistas que informa sus valores, sumado a que los DESC así como varios de los DCP son más programáticos que absolutamente justiciables.

El panorama de transformación no se reduce al limitado pero importante surgimiento de la Declaración y Programa de Acción de Viena, y continúa la construcción de los derechos humanos, bajo la disputa hegemonía/contrahegemonía, empezándose a reconocer el papel de los sujetos colectivos en la edificación del Derecho Internacional, bajo la rendija abierta y a partir de la concepción individualista de este sistema normativo. Dicha dialéctica también se encuentra en el robustecimiento, a partir de la década de 1980, del catálogo de derechos de las víctimas de crímenes de Estado, y en particular, en lo que se conoce como la tendencia de reconocimiento de la condición jurídica y de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos o de las víctimas de crímenes de Estado en los procesos penales. (Andreu Guzmán, 2012; Andreu Guzmán, CCJ y CCAJAR, 2011. Estos hechos pueden leerse de las dos formas reseñadas: como que el reconocimiento de la personalidad y la capacidad jurídica de los individuos indican la supremacía de las lógicas del individualismo capitalista en el Derecho Internacional y, por otra parte, que a partir de estas rendijas del Derecho, ingresan los silencios previamente implantados sobre las víctimas de crímenes de Estado.

Corroborando la primera postura, dentro de los cinco instrumentos de intervención de las víctimas se encuentran normas que permiten una lectura limitativa de sus derechos bajo una lógica individual: la inadmisibilidad de la petición, si se eleva en relación con personas diferentes a las naturales, y la necesidad de que los Estados hayan aceptado la competencia del Comité que estudia y decide las peticiones individuales (Protocolo I PIDCP, Art. 1; CAT, Art. 22; ICERD, Arts. 14; Protocolo CEDAW, Arts. 2 y 3) Pero en soporte de la penetración normativa del reconocimiento de los derechos de las víctimas de crímenes de Estado, debe recordarse que la responsabilidad internacional discutida en el surgimiento histórico de estos tratados en el emergente sistema universal de protección de los derechos humanos, era relativa a los Estados congregados en las Naciones Unidas, y de los restantes Estados afectados por sus decisiones en

virtud de la pretensión de universalismo abstracto con que esta fue edificada a partir de su propia Carta. (UN, 1945, Art. 2, párr. 6) Esto asimismo evidencia el ingreso en el Derecho Internacional, de la subjetividad entendida como producción. Los silencios que penetran, en torno a la disputa hegemonía/contrahegemonía, a través del debate entre generaciones de derechos habilitaron la construcción de esta subjetividad en el Derecho Internacional. Ello se corrobora en el concepto de subjetividad en González Rey (2012) que observa como interdisciplinar y con proyecciones en múltiples ámbitos que se sintetizan en lo social, lo político y la persona, de donde resultan las subjetividades social e individual sin ser excluyentes:

La subjetividad es una producción simbólico-emocional de las experiencias vividas que se configura en un sistema que, desde sus inicios, se desarrolla en una relación recursiva con la experiencia, no siendo nunca un epifenómeno de esa experiencia. La subjetividad es una cualidad constituyente de la cultura, el hombre y sus diversas prácticas, es precisamente la expresión de la experiencia vivida en sentidos diferentes para quienes la comparten, constituyendo esos sentidos la realidad de la experiencia vivida para el hombre. (...)

La definición de subjetividad como las producciones simbólico-emocionales de la experiencia vivida, tanto por personas, como por las formas y prácticas que se definen dentro de una organización social, hace que lo subjetivo sea irreductible a lo individual. Las personas y la multiplicidad subjetiva de los diferentes escenarios de su acción social, definen la unidad inseparable de la subjetividad social e individual. (:13 y 14)

Pero revisar la visión eurocéntrica, conformada a partir de los instrumentos internacionales que reconocen algunos de los derechos y que parecen haberse convertido en un principio y fin para la protección de los derechos humanos, revisa solo una parte de la historia, lo que implicaría una visión reduccionista y contraria a la pretensión de rastrear y construir una genealogía de los individuos como sujetos individuales y colectivos en el Derecho Internacional. Así, tras la segunda posguerra, la disputa hegemonía/contrahegemonía se exterioriza a partir de la nueva política hegemónica hacia el Tercer Mundo pues, como refiere Coronil (2000), se entrabó un “nuevo campo de batalla militar e ideológico entre el Primer Mundo Capitalista y el Tercer Mundo Socialista”. (:95) En América Latina, se enfrentó la pretensión civilizatoria europea con el

debate desarrollo/subdesarrollo (Quijano; 2000), por lo que tras la segunda posguerra y de la mano de la lucha anticolonialista, el panorama del mundo se transformó:

Hacia 1990 habían surgido cuarenta y nueve estados africanos. Pero ninguna de estas contiendas tuvo lugar en el vacío. Como señala Grimal, la internacionalización de las relaciones entre colonizados y colonizadores había sido efecto de fuerzas planetarias: las iglesias, las Naciones Unidas, el marxismo, la Unión Soviética y Estados Unidos. Se universalizó la lucha antiimperialista, como testimonian multitud de congresos panafricanos, panárabes y panasiáticos, y se acentuó dramáticamente la grieta entre Occidente (blanco, europeo, desarrollado) y lo que no es Occidente (de color, nativo, subdesarrollado).

A causa de esta espectacular modificación del mapa mundial, hemos perdido (...) la percepción histórica y moral de que, aun en lo más acendrado de la lucha, el imperialismo y sus oponentes luchaban en el mismo terreno y por la misma historia. (Said, 1996:311)

Es posible que este sea el momento en el que Dussel y Guillot (1975) identifiquen como el despertar de América Latina, la conciencia de su novedad: “Cuando adquiere conciencia de su novedad se descubre desde siempre nuevo”. (:37) Lo que equivale a señalar la adopción de una conciencia crítica subalterna, que se materializó en la resistencia. Dicha resistencia se presentó desde diversos órdenes y se mantiene, en el mismo sentido en que lo hace Baxi (2008) quien señala que la búsqueda de un Estado ético y de poder responsable, constituye aún una tarea del activismo, en un reto que parece no cesar: “*The struggle to preserve, protect and promote basic human rights continues in every generation in each society*”. (Baxi, 1987:185) La lucha contra el imperialismo desplegó ideas de liberación y de imaginar una nueva comunidad nacional, la pretensión de agotar las relaciones con el imperio, de cuestionarlo, en suma, de perder la justificación y legitimidad de las imágenes del imperialismo, así como de rebelarse contra la cultura metropolitana inscrita en moldes coloniales. (Said, 1996) En términos de derechos humanos, la resistencia exigió la disputa de los pilares de la modernidad, concentrados en la concepción moderna de los derechos, con características diferenciales en las periferias mundiales. Es decir, en el contexto del mito liberal de los derechos humanos (*supra* cap. 1, secc. 2, 2) se

gestó la transformación del Derecho de la mano de los sujetos colectivos. Con ello, el papel de América Latina no se limitó a ocupar un lugar entre las posturas de Estados Unidos y la Unión Soviética, de donde surge la posibilidad de analizar la comprensión de los procesos políticos en vinculación con las articulaciones entre fuerza social e ideología, y su implicación en la construcción de los derechos humanos, a través de una lectura norte sur:

La clave Norte–Sur se constituye como una lectura ideológica específica de la realidad de postguerra e incluye una percepción-valoración de procesos articulados y complejos como la configuración del conflicto Este–Oeste (que contiene una conformación en torno a potencias), la liberación de los países que fueron colonias y semicolonias y su organización, junto a otras naciones y pueblos, en el Movimiento de Países No Alineados (1961), la expansión y crisis económicas mundiales de la economía capitalista y la ostensible diferenciación internacional –hoy dramatizada todavía más por la explosión de la deuda internacional– entre naciones ricas y naciones pobres derivada de este desarrollo. (Gallardo, 1989a, s.p.)

Gallardo (1989a) critica que esta postura se inscriba en el desarrollismo que se articula sobre la existencia de un modelo único, con el que existe interdependencia, bajo una modernización orientada a una civilización única y que como respuesta a la existencia de desequilibrios de índole sociopolítica, la modernización–desarrollo es inevitable. No obstante, la clave norte–sur en este texto se identifica como la existencia de complejidades en pugna desde estos dos escenarios. En efecto Upendra Baxi (2006) se interroga acerca de lo que puede esperar el Tercer Mundo del Derecho Internacional, reconociendo en aquel concepto a los Estados y los pueblos, y destacando su papel en la complejidad del Derecho Internacional. A la base de estos hallazgos, reconoce que el Tercer Mundo sigue constituyendo “*a vehicle, vessel and visage of global domination*”, (:713) escenario explicable con el proceso chomskiano de fabricación del consentimiento, que ha permitido que el poder internacional se lleve a cabo con un consenso casi unanimista (Said, 1996) y que reitera la visión de hegemonía como fusión entre fuerza y consenso de Calveiro (2012) a partir de Gramsci. Pero de manera simultánea el Tercer Mundo se expresa en las prácticas de resistencia y de lucha de los pueblos sometidos, criticando las formas de universalización de la ilustración europea y del capitalismo. (Baxi, 2006; Estévez López,

2012. Burneo Labrin, 2011) Estas voces se condensan en el *tercermundismo* como proceso de resistencia ideológica, (Baxi, 2006) que desafía las lecturas normativistas del Derecho Internacional, en particular, a la hegemonía legalizada de las grandes potencias en su relación con el Otro, al que conciben como enemigo, delincuente (Baxi, 2006), como dominado (Gallardo, 2005a) o en suma como una no persona jurídico penal como ha sido construido a partir de Jakobs (y Rojas, 2008) También reta discursos propios de una soberanía nacional y mundial corrupta, el patrocinio hegemónico de las visiones de paz injusta y guerra justa y, en su lugar, plantea el reconocimiento de las multitudes y la autoría popular de las normas. (Baxi, 2006). Otras lecturas enfatizan en más limitadas posibilidades transformadoras, como la consideración de una resistencia que no constituye de manera necesaria una reacción a la hegemonía, sino que incluye *“una multitud compleja de visiones alternativas sobre las relaciones sociales”*. (Rajagopal, 2005:35) Desde esta postura la validez de las formas de resistencia no exigen formular paradigmas novedosos, (Rajagopal, 2005) como la revisión de las lógicas de individualidad, o la posibilidad de construcción de un cosmopolitismo subalterno, como respuesta al cosmopolitismo eurocéntrico. (Santos y Rodríguez Garavito, 2005; *infra* cap. 3)

Ariadna Estévez López (2012) ha evidenciado un desarrollo particular de los derechos humanos en América Latina, un enfoque socio político que reconoce las luchas y tradiciones sociales. La autora mexicana postula un enfoque latinoamericano, frente a la división que hace Baxi (2008) de la versión de derechos humanos de la Ilustración y el enfoque de derechos humanos de la DUDH o contemporáneo. Coincidiría con la visión contemporánea de derechos humanos como práctica insurrecta de Baxi (2008), que inicia en el reconocimiento de la diversidad de los pueblos que se oponen a las bases del enfoque de la Ilustración, la ampliación de nuevos sujetos de derechos humanos, y la incidencia de las organizaciones civiles en las Naciones Unidas. (Estévez López, 2008) En lo concerniente a América Latina, el movimiento de derechos humanos surgió como resultado de las luchas sociales contra la represión y la democratización (Estévez López, 2008b; Gutiérrez, 2003) Así, Jorge Carvajal Martínez (2010) resalta la relación entre Derecho, política y movimientos sociales en América Latina entre 1960 y 1980, a partir de la lucha de poder. Cambios que también se expresaron en el reordenamiento del

bipartidismo de la región bajo el contexto de la transición a la democracia, (Bernardes, 2011) a pesar de que “los sistemas latinoamericanos no son tan propicios al cambio”. (Albala y Parra, 2011:161) Esta situación tiene una muy interesante expresión de la resistencia en el Derecho, pues se enfrentó el Derecho como herramienta de criminalidad de Estado e impunidad por las dictaduras, utilizando “en particular la figura del orden público para cerrar cualquier posibilidad de disenso social”, y las exigencias del Derecho como límite a dicha criminalidad. (:259) El paradigmático caso argentino, evidencia la fusión de la resistencia política y la lucha jurídica de las víctimas de los crímenes de Estado en la transformación del derecho:

Luciana Mazuelos: (...) hay un hecho muy importante que es cuando, hoy que es el aniversario de Néstor Kirchner, cuando Néstor baja los cuadros [de los integrantes de las Juntas Militares] da un discurso y se inician las causas, llegan las investigaciones, llegan los fiscales de todas las provincias para abrir la causa, para llamar testigos. De repente se empieza a juntar un montón de gente que no se veía hace mucho y yo empiezo a volver a ver con mi familia a gente que yo veía cuando era chiquita, que se juntaban en los asados o en las peñas para juntar plata para que fueran los familiares a buscar a sus hijos. Y se vuelve a hablar del tema todos se empiezan a juntar a recordar cosas y se empieza a hablar del tema. Fue como liberador después, enterarse de que uno ya sí podía decir: “sí a mí me pasó esto, yo estuve acá”. No porque en mi casa no se hiciera, nosotros siempre lo hablamos y yo podía exponer en la escuela, lo podía decir en la Universidad, lo podía decir porque nunca tuvimos prejuicios de decir si mi tío militaba o está allá... mi papá viaja para buscarlo, está en la red de familiares de desaparecidos, entonces se mandan cartas, en ese momento todo era por cartas, estoy hablando de principios del 90. Pero fue como liberador y fue empezar a un montón de gente y empezar a juntarse con un montón de gente y también a enterarse de lo peor que el vecino de enfrente era uno de los que señalaba estudiantes y los levantaban, enterarse que tu médico atendía partos en el hospital y también sabía que niños desaparecidos (...) era juntarse de nuevo con esa gente y enterarse de lo peor de gente que uno no esperaba que había estado involucrada hasta la médula en eso, que había sido cómplice. Pero fue eso sobre todo liberador que estas cosas pasen. Yo festejo los juicios que se hagan aunque sean las cabezas y los subordinados, porque habían muchos civiles que participaban que todavía no son condenados y que esperamos que esos médicos, esas enfermeras (...) también vayan a la justicia porque también son cómplices,

ellos avalaron toda esa oscuridad. Ellos saben los nombres, ellos conocen las personas ellos saben a dónde se los llevaron, entonces eso también tiene que suceder. (Mazuelos L., Mazuelos M.L. y Gamboa, 2012)

Como resaltan Jelin y Hershberg (1996), la búsqueda de los derechos humanos en una perspectiva de integralidad entre DCP y DESC, así como la reivindicación de justicia, constituyeron demandas claves para la transición a la democracia. No en vano Enrique Dussel (2011) señala que las dictaduras en Latinoamérica constituyeron, para la experiencia latinoamericana, un fenómeno parangonable con la Segunda Guerra Mundial para la experiencia estadounidense y europea. (*vid.* Barreto, 2013a) La grilla de acción de estos procesos de transformación en el terreno jurídico era la impunidad como expresión de la selección de atrocidades y la utilización de acciones que permiten el surgimiento de normas que habilitan nuevas trasgresiones, es decir, la impunidad como instrumento de Biopolítica, donde como señalaría Agamben, (2010) se funden el hecho y el derecho. (*infra* cap. 2, sec. 3, 1)

La impunidad como biopolítica entonces implica una lógica política y de una práctica social, a través de la cual se adueña de la existencia e inexistencia de las víctimas, de su memoria, de los límites que se dice tiene el Estado, para la continuación de la razón de Estado. De ahí la trascendencia de la visión contrahegemónica de los derechos humanos pues, como observa Garretón (1996), estos vinieron a constituir una estrategia para la democratización. En contradicción con ello, Ambos concluye (1997), a partir de la revisión de la estructura jurídica de la represión en Argentina, que la utilización del Derecho para la impunidad tuvo lugar al finalizar la dictadura: “Ya tres años después del fin de la dictadura militar (...) los gobiernos legitimados democráticamente de Alfonsín y Menem comenzaron a tender un manto de olvido sobre las violaciones cometidas a los derechos humanos, con una amplia legislación de amnistía” (:91)

Esta postura no reconoce la utilización del Derecho en los escenarios de dictadura latinoamericana, ni es compartida por Novaro (2011), quien reconoce las limitaciones de las políticas de derechos humanos del gobierno de Alfonsín y sus efectos en Menem, el fin de la

dictadura militar hizo que el colapso del poder militar abriera posibilidades para la investigación de sus crímenes, al punto que se convirtió en promesa electoral de Raúl Alfonsín. Ello se explica en buena parte por la complejidad de los procesos de democratización (Fournieris, 2011) que incluye la resistencia del control militar a los procesos de transición con múltiples medidas como el llamado al apoyo político y legal de las Fuerzas Armadas (Arce Arce, 2010):

En América Latina, tras el fin de los gobiernos militares y las transiciones a la democracia en la década del ochenta, estos procesos han tenido resultados disimiles: en algunos países se ha avanzado en la institucionalización de los ministerios de Defensa y la reducción de prerrogativas institucionales de las Fuerzas Armadas, en otros el avance ha sido más lento y sinuoso, presentándose en muchos casos resistencias desde la corporación militar a este proceso y, en algunos casos, rechazo a los procesos de justicia transicional en sociedades que dejaban atrás conflictos armados internos o episodios de violencia política y represión estatal. (:27)

El caso argentino, de lucha contra la impunidad de los crímenes ocurridos durante la última dictadura militar, fue catalizado por tres tipos de acciones: la Comisión de la Verdad, los procesos penales nacionales, y los procesos internacionales en el contexto del DIDH. (i) La Comisión de la Verdad culminó en la publicación del informe Nunca Más (Conadep, 1984), mediante el cual se registró la verdad histórica y contrahegemónica (*infra* Cap. 3, secc. 1, 2) de los hechos de la última dictadura argentina. (ii) En un segundo orden se tienen los procesos penales contra los integrantes de las juntas (Arnosó, Ansaloni, Gandarias y Arnosó, 2012) y, en general, contra las estructuras de represión. (Mazuelos L., Mazuelos M.L. y Gamboa, 2012) Aquellos procesamientos, fueron conocidos por el juicio a las Juntas, y culminaron el diciembre de 1985 con las condena a los Generales Videla y Roberto Viola; los Almirantes Emilio Massera, y Armando Lambruschini, así como el Brigadier general Orlando Ramón Agosti; mientras que fueron absueltos el general Leopoldo Galtieri, el almirante Jorge Anaya y el brigadier Basilio Lami Dozo. (Argentina, 1984)

Estas acciones contra la impunidad se limitaron por las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final, así como por los indultos del gobierno de Menem. En diciembre de 1986, el parlamento argentino aprobó la Ley de Punto Final, (Argentina, 1986) colocando un límite de tiempo para permitir el procesamiento de las violaciones de los derechos humanos ocurridas durante la última dictadura.

A continuación, en junio de 1987, fue aprobada la Ley de obediencia debida, que permitió la impunidad de militares de rango inferior y suboficiales. (Argentina, 1987) En octubre de 1989, a través de un indulto de Carlos Menem, se permitió la excarcelación de doscientas setenta y siete personas, señaladas como responsables de diversas modalidades de crímenes de Estado. Un segundo escenario de indulto tuvo lugar en diciembre de 1990, beneficiando a los mandos militares que encabezaron el golpe de Estado de 1976. (Chillier y Gamboa, 2012; Mignone, s.f.) El punto determinante entre estas acciones fue la acción colectiva del movimiento de Derechos Humanos (Baldussi, 2006; Mazuelos L., Mazuelos M.L. y Gamboa, 2012), que empezó dentro de la misma dictadura (CELS, Mignone & Bravo, 1982)

No obstante, las acciones de resistencia se consolidaron de nuevo, mediante la consecución de normas y la adopción de decisiones por el poder judicial. Ejemplo de ello es el reconocimiento de tratados internacionales relativos a derechos humanos como el PIDCP en 1986, la Convención contra la Tortura en 1987 y su refrendación constitucional en 1994. También se encuentra dentro de dicha resistencia, la existencia de trascendentes fallos como el caso Simón, donde se limitó la facultad de disposición de amnistías al DIDH, existiendo una prohibición absoluta de disponerla en relación con graves violaciones de los derechos humanos. (Argentina, Simón, 2005. CDDHH, Orentlicher, 2004) (iii) Finalmente, se observa la resistencia mediante el derecho, a través del litigio internacional, que redundó en relevantes decisiones internacionales. (Chillier y Gamboa, 2012; CIDH, 1999b) De tal contundencia han sido las acciones de resistencia mediante el derecho en el caso argentino, que se ha considerado que constituye el prolegómeno de la idea de la Justicia transicional. (Arthur, 2009) Estas acciones fueron definitivamente impulsadas por el movimiento de víctimas, como destaca Gastón Chillier:

Entonces en el proceso de justicia argentino es claro que (...) fueron los movimientos de víctimas, de familiares y de derechos humanos fueron los que siempre tomaron el liderazgo y la iniciativa, muchas veces inclusive en la vanguardia de los operadores judiciales y de las élites políticas. Ahora (...) hoy en la Argentina (...) el juicio por los crímenes del terrorismo de Estado es un consenso social amplio. Los partidos políticos todos están de acuerdo, de hecho en la declaración del Congreso hace dos años en la Cámara de diputados, plantean esta política como una política de Estado. El Presidente de la Corte habla de que hay un consenso social de que no se debe retroceder. Pero bueno esto no fue siempre así, muchas veces fueron las organizaciones las que iba empujando los límites, digamos de lo imposible a partir de sus estrategias jurídicas, políticas, nacionales e internacionales (...) (y Gamboa, 2012)

Las acciones de represión e impunidad evidencian la criminalidad de Estado como aplicación del *homo aeconomicus* no solo en el proceso de selección de enemigo, (Calveiro, 2003 y 2012) sino además en las políticas de exterminio en América Latina, como lo destacan Arnoso, Ansaloni, Gandarias y Arnoso (2012):

Durante la dictadura, Jujuy se enmarcó bajo la jurisdicción militar del Área 323. En ella operaron los coroneles Carlos Néstor Bulacios, José María Manuel Bernal Soto, Mario Alberto Irusta y André Luis Plechot. La provincia fue dividida en unidades regionales (la zona de San Salvador de Jujuy, Yala, el Talar, el Norte, etcétera) con coordinaciones específicas en las distintas zonas, tanto en el ámbito urbano como en el rural. La represión contó con la suma de fuerzas conjuntas, que incluía a la policía federal, la policía provincial, el ejército y la gendarmería. Además, se conocen desde hace años las denuncias que vinculan al Ingenio Ledesma con la sucesión de operativos que se efectuaron entre las noches del 20 al 27 de julio de 1976 en la localidad de Libertador General San Martín, sede del Ingenio, y la vecina localidad de Calilegua. En este marco, destacó en especial la denominada “Noche del Apagón”, en la cual, bajo el amparo de los cortes de luz, el Ejército detuvo a las víctimas utilizando vehículos del Ingenio e, incluso, algunas de ellas fueron detenidas dentro de la fábrica. La vinculación de sus propietarios, la familia Blaquier, con la última dictadura militar, es uno de los ejemplos más evidentes de la articulación entre los poderes políticos, económicos y

militares en la represión ejercida en la década de los setenta y hasta la recuperación de la democracia.

A las acciones de carácter represivo ejercidas por los poderes cívico militares, también le acompañaban aquellas de tipo social, promoviendo la participación y el colaboracionismo voluntario de la población en la lucha contra, lo que denominaron, la subversión. (:144)

En efecto, la última dictadura argentina se generó a partir de la pérdida de consenso social de los grupos hegemónicos del país, lo que hizo que Fuerzas Armadas, así como los sistemas hegemónicos políticos, económicos y sociales, se agruparon en la determinación de la dictadura y su ingreso en operación. (Calveiro, 2004)

Martha Patricia Perdomo (2012) ha subrayado que la militarización de la justicia es una reacción a la protesta social en Colombia. Revisando dos periodos históricos referidos a la dictadura civil militar entre 1949 y 1970, así como el Frente Nacional, llega a esta conclusión analizando la penalización del derecho de huelga como delito político y el procesamiento de civiles en tribunales militares. En el caso del gobierno de Fujimori en el Perú también se observó la utilización de múltiples medidas, durante y después de su régimen, que viabilizaran la comisión de crímenes de Estado.

Dichas medidas pueden ser clasificadas en relación con el objetivo señalado para su verificación, en particular, con los procesos de selección y aniquilamiento de la lucha contrainsurgente, que se expresaron en métodos masivos y, particularmente, violentos de represión, consolidados en graves y masivas violaciones de derechos humanos, y tendencia política autoritaria general. (Corte IDH, 2006bvr2; 2006bvr; 2006b; 2001g; 2001e; Maculan, 2012; Perú, 2009a). Ello se combinó con medidas legales y políticas de amnistía de crímenes de Estado que intentaron frenar los esfuerzos de los tribunales nacionales por la administración de justicia. Entre estas se resaltan las Leyes de amnistía y de interpretación del alcance de la amnistía de 1995. (Maculan, 2012)

Este proceso de impunidad fue revertido con la transición a la democracia de Perú y las exigencias de verdad, justicia y reparación de las víctimas de crímenes de Estado. Entre ellas se revela: (i) la actuación de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH) que confederó a la gran mayoría de organizaciones de Derechos Humanos de Perú, documentó el caso, exigió la constitución de la Comisión para la Verdad y Reconciliación y representó a la parte civil en el proceso penal adelantado ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú. (Maculan, 2012) (ii) la presentación de múltiples *amicus curiae* en el proceso penal, que buscaba respaldar la administración de justicia nacional. (Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008. Yale Law School, 2008. University of Texas at Austin School of Law, 2008) (iii) las movilizaciones de víctimas de crímenes de Estado, desarrolladas de manera previa al juicio y a la espera de la sentencia (CNDDHH, 2009), y el procesamiento de la responsabilidad Internacional del Estado de Perú, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 2006bvr2; 2006bvr; 2006b; 2001g; 2001e; Maculan, 2012)

La lectura común a lo sucedido antes y después a los escenarios de represión tanto latinoamericanos, como a los propios del Nuevo Humanismo Militar, es la impunidad como un fenómeno transversal que se adecuaba a los tránsitos políticos. Esto quiere decir que la criminalidad de Estado compacta, tanto en conflicto armado o represión, como tras la transición específica, las acciones de hecho y la utilización del Derecho y su impunidad. Por ello, la impunidad no se limita a la ausencia de aplicación normativa en casos llamados a ser afectados por la ley, sino que constituye la “falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” (Corte IDH, 2008a, pár. 69; 2008, párr. 153; 2001c, pár. 173) Impunidad que se sustenta en que la responsabilidad penal compendia asuntos de hecho y de derecho, (ONU, CDDHH, 1997) por lo que no puede hacerse una aproximación a su comprensión que desarticule estos dos escenarios. Precisamente los movimientos de defensa de los Derechos Humanos surgieron en Latinoamérica, en resistencia al terror de Estado desencadenado a partir de las

dictaduras de “Seguridad Nacional”, (Gutiérrez, 2003) y aumentó frente a la visión hegemónica de los derechos humanos, durante las tres décadas anotadas, como lo resalta Carvajal (2010):

En estas tres décadas de estudio encontramos dos momentos de reflexión, entre los años sesenta y setenta se presentó un contexto político latinoamericano caracterizado por la existencia de dictaduras y gobiernos autoritarios, todo esto bajo el discurso de la seguridad nacional, el cual veía en los movimientos sociales y partidos de izquierda un símbolo del comunismo. Bajo esta perspectiva, se crearon medidas legales bajo la protección de la figura del orden público que terminaron por recortar derechos y libertades, esta misma normatividad jurídica permitió la persecución y represión sobre las organizaciones e individuos que consideraba como sus enemigos (Carvajal, 2008; 10). Los estados utilizaron el derecho para constreñir lo social, esta situación fue el denominador común en ese periodo. En América Latina, el estado de excepción se usó para reprimir el cambio político, mientras que en África y Asia, el derecho coartó las luchas anti coloniales. (Rajagopal, 2005; 210).

En la década de 1970 y los años ochenta, comenzaron a aparecer numerosas Organizaciones No Gubernamentales (ONG) que crearon grupos de servicios legales los cuales promovieron una lectura que vinculaba los derechos humanos con la democracia. Esta lectura le otorgó a las ONG, un margen de legitimidad social, de apoyo internacional y de protección al interior de los gobiernos autoritarios, ya que estas organizaciones no podían considerarse como de izquierda, su pretensión no era la toma del poder, sino la democratización de estas sociedades. En este escenario se desarrollaron numerosas experiencias de servicios legales que desde la práctica jurídica cuestionaron los regímenes autoritarios y abrieron paso a procesos democráticos (Ford, 2001; 65-66).

Adicionalmente, en los años setenta, surgieron nuevas formas de organización social que habían excluido la tesis marxista de la lucha de clases, en su lugar, se establecieron lazos con lo jurídico esto gracias al desarrollo del derecho internacional público e incluyeron en su agenda interna la promoción y de la democracia. Los nuevos movimientos sociales desarrollaron nuevas formas de manifestación frente a las autocracias latinoamericanas y posibilitaron una nueva mirada del derecho. (:260)

Justamente al revisar escenarios de criminalidad de Estado extendida, que ahora constituyen espacios de procesamiento penales, como son las dictaduras de Argentina y Chile en la década de 1970, y la de Guatemala en la década de 1980; la historiadora Sonia Alda Mejías (2013) encuentra múltiples elementos comunes. Estos son relativos a la naturaleza de estructuras militares, y a su actuación como “estructuras criminales capaces de realizar una política sistemática de represión que afecta a miles de personas. (:26 y 27) Asimismo, la ideología común a estos escenarios consistía en la Guerra al Terrorismo mediante la doctrina de la Seguridad Nacional, donde la tortura fue concebida como técnica de combate ineludible. (Alda Mejías, 2013) Ello generó resistencias en el movimiento de derechos humanos, lo que obliga a considerar, como lo hace Estevez López (2012) la impronta de la Práctica Pastoral enraizada en la Teología de la Liberación, en la construcción socio política de los derechos humanos en América Latina, inspirada en los enfoques estructurales latinoamericanos de la teoría de la dependencia y su crítica del desarrollo. Revisando la construcción de los derechos humanos en México, Estévez López (2007) observa su surgimiento en la década de 1980 por el encuentro entre la Teología de la Liberación de la mano de las comunidades Dominica y Jesuita, que se trocó en liberal con el ingreso de la izquierda social a la lucha por la transición a la democracia.

Este último escenario constituiría la reacción frente a las dictaduras militares e implicaba cuestionar la efectividad de discursos revolucionarios de invocación a la lucha armada para el cambio político. (Estévez López, 2007) No obstante, la autora también advierte que se expresaron frente a la situación social, política y económica, por lo que instalaron su fuerza inicial en la defensa del discurso de integralidad de los derechos. En efecto, Martín Abregú (2008) resalta que el movimiento de derechos humanos ha sido central en los procesos de consolidación democrática:

El movimiento de derechos humanos ha sido un actor clave en los procesos de consolidación democrática que han tenido lugar en la Región Andina y el Cono Sur durante las últimas dos décadas. En el Cono Sur, el reclamo de las víctimas de violaciones a los derechos humanos por lograr verdad y justicia constituyó uno de los ejes alrededor del cual giraron las transiciones post-dictatoriales; en la Región Andina,

el papel de las organizaciones de la sociedad civil que denunciaron los crímenes atroces perpetrados o avalados por agentes del Estado también ha sido un componente central de la agenda política de esta región. A partir de esos primeros pasos, las organizaciones de derechos humanos fueron extendiendo su ámbito de influencia original, participando en forma activa en temas tan diversos y actuales como la lucha contra la pobreza y la corrupción. (:7)

Estévez (2007) encuentra que los derechos humanos en América Latina ingresan con el pensamiento de sacerdotes como Ignacio Ellacuría (Compañía de Jesús) o José Comblin (Orden de los Predicadores), subrayando la importancia de los DCP y llamando la atención sobre su tránsito a otros derechos como los DESC, a partir de la opción por los pobres: “Eran conductores de una Iglesia renovada, profetas al frente del pueblo de los oprimidos. Todos habían asumido un compromiso rompiendo con la injusticia establecida.” (Comblin, 2005:167) Esta construcción puede ser interpretada como un posicionamiento frente a la figura del enemigo de Estado, construido a partir de los procesos sociales de discriminación como desarrollo de la tecnología de poder de Estado. (*supra* cap. 1, secc. 3, 2)

Estos procesos sociales implican responder a la discriminación entendida como una diferenciación dirigida hacia “el menoscabo o la conculcación de los derechos humanos de una persona por ser lo que es biológica o culturalmente (...) por hacer determinados trabajos, por ocupar cierto lugar en la sociedad”. (Barreiro, 2005:33) En efecto: “Las discriminaciones tienen que ver con la cultura y con los valores que de los distintos grupos en una sociedad, está vinculada a sus identidades, pero no sólo de quien es discriminado/a sino sobre todo de quienes discriminan”. (:38) Uno de los ejemplos de dichas luchas contra la discriminación en América Latina se encuentra en el surgimiento del EZLN en México, como lo subraya Gallardo (2011d):

Corresponde quizás a América Latina el más alto testimonio de esta forma de asumir la lucha social liberadora. En 1994 emerge un Chiapas un aparato político-militar que se da el nombre de Ejército Zapatista de Liberación Nacional. Expresa la situación de los indígenas más discriminados y acosados del país y, en nombre de ellos, exige la constitución de un México donde “quepan todos”, es decir de un México sin

lógicas discriminatorias, un todo nuevo México. Por tratarse de un movimiento/movilización de minorías, el alzamiento del EZLN no se propone la ‘toma del poder’, sino convocar a los diversos sectores sociales populares de México y a su ciudadanía honesta a participar en un proceso que buscaría transformar liberadoramente al país. La iniciativa (que incluía la radical denuncia del neoliberalismo y de la mundialización en curso) fracasó por razones organizativas y políticas, pero dio también testimonio del carácter de este nuevo tipo de movilizaciones que interpela incluso a las organizaciones y movimientos clasistas pero no se subordina a ellos. (:26).

La visión tiene cobijo en Estévez López (2007), quien resalta la importancia en la construcción del concepto de derechos humanos en Latinoamérica que tuvo la acción desde la Teología de la Liberación en defensa de las víctimas de desaparición, tortura y detención arbitraria, bajo la doctrina de la seguridad nacional. En conjunción, el sacerdote Jesuita Javier Giraldo Moreno (2010a) subraya el papel central de la iglesia en la reflexión ante la realidad latinoamericana, a través de la obra de sacerdotes como Juan Luis Segundo, Camilo Torres, Luis Pérez Aguirre, y del arzobispo de San Salvador, Oscar Arnulfo Romero. Desde luego, el costo por el ejercicio de la defensa de los sectores oprimidos ha sido alto.

Las reacciones vinieron desde los Estados nacionales y los Estados hegemónicos mundiales. Noam Chomsky (2008) subraya que la respuesta a las luchas sociales y la defensa de la Iglesia latinoamericana de los derechos humanos, tuvo una rápida reacción en el gobierno de Ronald Reagan desde 1981: “No sorprende que la iniciativa norteamericana se convirtiera al instante en una guerra terrorista, una campaña de matanzas, torturas y barbarie que pronto se extendió a otras regiones del planeta”. (:19) Ello hace parte, por tanto, de un proceso más amplio: “La destrucción de la esperanza es un proyecto de importancia crucial. Y una vez se lleva a cabo, la democracia formal es permitida... y hasta se prefiere, así sea por cuestión de relaciones públicas” (Chomsky, 2008:21; *supra* cap. 1, secc. 3, 2.1) Como lo reconoce el padre José Comblin (2005): “Por eso todos fueron perseguidos por los dominadores de su país. Su mensaje era práctico, tenía por objeto la vida, la dignidad, la libertad de sus pueblos oprimidos

por cristianos”. (:167) El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos ha tomado nota de ello, decidiendo algunos casos relativos a las ejecuciones extrajudiciales de sacerdotes constructores del enfoque de Derechos Humanos latinoamericano. Entre ellos se observa el caso de Monseñor Oscar Arnulfo Romero, (CIDH, 2000) y la masacre de los sacerdotes Jesuitas Ignacio Ellacuría, Ignacio Martín Baró, Segundo Montes, Armando López, Joaquín López y Juan Ramón Moreno, el 16 de noviembre de 1989 en las instalaciones de un centro pastoral de El Salvador, a manos de las Fuerzas Armadas salvadoreñas. (CIDH, 1999)

Entre las personas encontradas como responsables de estos crímenes por la Comisión de la Verdad creada a instancias del Acuerdo de Paz de El Salvador, se encuentran cinco coroneles y un general. El sistema interamericano también se ha ocupado de casos relativos a la violación de derechos humanos de sacerdotes que acompañan comunidades indígenas, o campesinas y que contribuyeron a la construcción y defensa de los derechos humanos bajo una concepción de sujeto colectivo. Entre ellos se encuentra el caso de la retención ilegal, tratos inhumanos y deportación de los sacerdotes católicos Riebe Star, Jorge Alberto Barón Guttlein, y Rodolfo Izal Elorz, de una diócesis en Chiapas. (CIDH, 1999a) En el análisis de contexto de este último caso, estableció la CIDH:

A partir de 1995, han sido expulsados de México numerosos extranjeros que se encontraban en Chiapas en condición de observadores y defensores de derechos humanos. Cabe mencionar igualmente que, poco después de la rebelión del EZLN, se inició un proceso de paz, en el que participaron representantes de la diócesis católica de San Cristóbal de las Casas, a la que pertenecían los sacerdotes Riebe Star, Barón Guttlein e Izal Elorz. El presidente de la Comisión Nacional de Intermediación (CONAI), creada como parte de dicho proceso de paz, era el obispo de dicha localidad Samuel Ruiz García, de reconocida trayectoria como defensor de los derechos humanos de los indígenas. La señal más clara del fracaso de la negociación consistió en la disolución de la CONAI en junio de 1998, seguida pocos días después de un enfrentamiento armado en la localidad de El Bosque, Chiapas, en que murieron siete campesinos y un policía.

La CIDH ha recibido numerosas denuncias acerca del hostigamiento a los defensores de derechos humanos en Chiapas, incluyendo a sacerdotes y trabajadores sociales de la Iglesia Católica. Al mismo tiempo, se sigue agravando el problema del desplazamiento de los indígenas de sus comunidades, por temor a la represión y a los ataques paramilitares. (CIDH, 1999a, párr. 4 y 5)

La Teología de la Liberación promovida por integrantes de las comunidades Dominica y Jesuita, e impulsada por el Concilio Vaticano II, permitió la construcción de las primeras nociones de derechos humanos de Latinoamérica, con diversos matices. (Estévez López, 2007 y 2012) Ello tuvo lugar a pesar de algunos rechazos iniciales en tanto los derechos humanos se percibían en vinculación con políticas intervencionistas (Estévez López, 2012), pero se consolidaron con la defensa jurídica de los derechos frente a las dictaduras. En esta actividad han tenido un trascendente papel otros integrantes de la Iglesia latinoamericana como el sacerdote católico Jon Cortina en su aporte a la Comisión de la Verdad, y con la búsqueda de niñas y niños víctimas de desaparición forzada en el marco del conflicto salvadoreño. (Marín Espinoza, 2006) Asimismo, Estévez López (2012) resalta la influencia de religiosos como Gustavo Gutiérrez, José Miguel Bonino, Hugo Assman y el propio José Comblin con su crítica a la doctrina de la Seguridad Nacional.

Estas posturas son contrahegemónicas pues, como subraya Estévez López (2012), tomaron partido por los pobres en contraste con el individualismo promovido por la doctrina liberal de los derechos humanos. La visión de derechos como colectivo se acendró al punto que, en América Latina, se instaló la lucha por la justicia social como un entramado más amplio de Derechos. Ello implicaría en términos de Gallardo (2006) que se hace un tránsito a la fe antropológica entendida como producción del colectivo, como presencia cultural del debate de lo que un pueblo desea producir. En sustento de lo anterior, observa Estévez López (2008b) que la fusión entre el pensamiento democrático y la teología de la liberación, generó un enfoque particular de derechos humanos en América Latina, donde los DCP deben ser garantizados para lograr una justicia social que respalda a los DESC.

La unificación de pretensiones en el proyecto de transición a la democracia, que a grandes rasgos tuvo lugar en América Latina, renueva la incidencia de una subjetividad no restringida al individualismo, tanto en la construcción de los derechos humanos como en sus posibilidades de transformación del Derecho. Se trata de una subjetividad colectiva que ingresa por las rendijas del Derecho, que inició a partir de la oposición al autoritarismo; (Estévez López, 2007) y que también tiene forma en cuanto se articulan múltiples visiones de mundo con mecanismos diferenciales de subjetivación colectiva. Por ejemplo, debió llamarse la atención sobre “los peligros de remover de la idea de democracia el análisis socioeconómico”, lo que proviene de la visión integral de los derechos humanos. (Estévez López, 2007:12)

En un segundo plano, también se observa en relación con una subjetivación individual, en lo que Estévez López (2007) resalta como la defensa de individuos frente a la represión de las juntas militares. Así, la utilización del Derecho por las víctimas de crímenes de Estado como sujetos colectivos es profundamente contrahegemónica, pues no solo habilitó su ingreso en un escenario vedado con anterioridad, profundizando la construcción de un sujeto colectivo, sino que además como lo encontraría Baxi, (2008) permiten desestabilizar escenarios de injusticia concentrada mediante poder político, social, económico e incluso, tecnológico. En efecto, en la conformación del Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE) en Colombia se corrobora este fenómeno, entre otros, al observar la trascendencia del II Encuentro Nacional de Víctimas de Crímenes de Lesa Humanidad, momento fundacional del movimiento:

También puede aseverarse que las víctimas se organizaron y encontraron en ese momento como única salida de recuperar su dignidad, la terapia, reconstrucción de la verdad, luchas por la justicia y reparación integral y sentido de vida, logrando en adelante la lucha organizada contra la impunidad y el olvido en el MOVICE. (...) las víctimas comprenden que la situación histórica en la que se encuentran obedece a una estructura social total, que ha hecho posible la condición de víctima, por tanto, no puede pensarse únicamente en reivindicaciones aisladas, sino que tiene que darse una perspectiva política con incidencia nacional.

El Encuentro permitió llegar a los mínimos vinculantes del MOVICE, pero éstos se concretaron con las ocho estrategias para la verdad, la justicia, la reparación integral, la

memoria y las garantías de no repetición de los crímenes contra la humanidad, producto del III Encuentro Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado, realizado en septiembre de 2006. Las estrategias que son hoy epicentro político del MOVICE, aparecieron en la declaración final:

1. Estrategia jurídica que persiga a los máximos autores de los crímenes y la responsabilidad de los agentes estatales.
2. Estrategia para la verdad y la memoria histórica
3. Estrategia para el acompañamiento solidario con las víctimas: la Comisión de Ética
4. Estrategia para la no repetición: la prohibición legal del paramilitarismo.
5. Estrategia para la reparación: el catastro alternativo
6. Estrategia de lucha contra la desaparición forzada: la exhumación de las fosas comunes y el derecho a enterrar.
7. Estrategia de lucha contra el genocidio político: verdad, justicia y reparación para las víctimas y los sobrevivientes de la Unión Patriótica.
8. Estrategia de organización: el fortalecimiento del Movimiento de Víctimas. (Móvice, 2012)

Se trata de la reivindicación de las víctimas de crímenes de Estado como sujeto colectivo que busca incidir en el Derecho para lograr su reconocimiento y transformar las situaciones que generaron su victimización. Es de tal trascendencia la mutación que es posible corroborar que, si bien siguió haciendo mella, la concepción individualista del Derecho Internacional, su reconocimiento de los derechos de las víctimas responde a los esfuerzos de los sujetos colectivos a través de una acción política combinada con el Derecho.

Ello da razón de nuevo a la importancia de los procesos de sujetivización individual y colectiva que resaltó Foucault (1994) quien, de manera previa a la *relación a uno mismo*, encuentra el problema de la relación con el otro como mediador: “Para que la práctica de uno mismo dé en el blanco constituido por ese uno mismo que se pretende alcanzar resulta indispensable el otro. Tal es la fórmula general” (:57). Si bien Foucault tramita los procesos de subjetivización en una trama de relaciones de poder (Torres Vindas, 2007) ello no implica

desconocer el valor del proceso de subjetivación, como señala González Rey (2012) cuando encuentra la construcción de una subjetividad política como expresión de la relación entre subjetividad social e individual. Desde esta comprensión ampliada de la subjetivización, González Rey (2012) reconoce la importancia de Foucault en tanto coadyuva a comprender el papel de las prácticas sociales como “producciones simbólicas compartidas” (:21), criticando el desconocimiento de los individuos como posibles sujetos de las prácticas. Por su parte, Seoane (2012) encuentra que en Foucault, los saberes instituidos como el Derecho, intervienen en los procesos de subjetivización, verifica cómo ello tiene lugar, y examina la historia de la formación del sujeto, que resulta el problema del sujeto: “Por eso Foucault se refiere a los modos de subjetivación como los modos de objetivación del sujeto, en general aparecerá objetivado entre el saber y el poder que implican los dispositivos de que se trate: sexuales, jurídicos, etcétera”. (:102) Entonces, la subjetividad es un proceso de reconocimiento de los sujetos individuales y colectivos, que señala, asimismo, proyecciones sociales y políticas que inciden en la construcción del Derecho.

A partir de este lugar es posible explicar que la dimensión a auscultar no se limita a la ideologización en los derechos humanos pues, el mundo de la política como uno de sus elementos integrantes, no puede ser explicado solo con sustento en bases ideológicas. Como González Rey (2012) advierte, la política actual evidencia políticas de Estado, mecanismos autoritarios y “el poder rector de una casta profesional y vitalicia de políticos que impide el desarrollo de nuevos sujetos políticos participativos, oculta las contradicciones generadas por su gestión y tiene como principal motivación el logro y la conservación del poder”. (:21) Woodiwiss (2002) se expresa desde una comprensión parcialmente diferente, al considerar que el empoderamiento del discurso de los derechos humanos muestra una tendencia a que de él desaparezcan las diferencias socio estructurales implícitas en las ideologías políticas divergentes.

Pero también reconoce que este proceso tuvo lugar en un mundo capitalista en gran parte y, a través del Derecho occidental liberal. En conexión con la primera afirmación, Douzinas (1996) expresa que los derechos humanos se ubican por encima del liberalismo y el marxismo

como ideologías, convirtiéndose en la formulación posmoderna del principio de justicia. Ella implica un sujeto que se construye de forma contingente, a través del lenguaje y la identificación. Allí tácitamente sintetiza su idea de universalidad pues considera que el humano es un significante vacío que puede incorporar numerosos significantes contingentes.

Este principio también expresa un particular escenario de fundamentación de los derechos, que a su vez constituye su elemento revolucionario: su proclamación política, esto es, el acto de creación del legislador. Como se observará (*infra* cap. 1, secc. 4) en realidad, la concepción hegemónica de los derechos humanos no ha alcanzado el proceso de desideologización que encuentran estos autores. (Feierstein, 2013) Otra lectura difundida es la necesidad de la finalización de la modernidad, como señalan Costas Douzinas y Ronnie Warrington (1994), concibiéndola como la realización de la catástrofe moral: “*Our thesis is that modernity led to a radical separation between law and ethics, legality and morality*” (:406). Señalan que estas separaciones han traído como resultado el desencanto por la ley.

Como se habrá advertido, la postura de esta tesis de investigación es diversa, pues reconoce la existencia de estos divorcios y su papel relevante en la entronización de la razón instrumental, pero encuentra que ello no constituye la única explicación del desencanto por la ley. Este en realidad proviene de muchas fuentes, siendo la principal el triunfo de la razón instrumental, con causas que se extienden a fenómenos como la conexión del Estado en tanto *relación* que emerge de los intereses dominantes, y a las dinámicas de la modernidad capitalista; en suma, las diversas expresiones del mito de la neutralidad de Estado y del Derecho como efectivo límite (*supra* cap. 1, secc. 2, 1 y cap. 1, secc. 2, 2) Desde luego, que la postura de los autores es coherente con su visión de posmodernidad, donde los derechos humanos no solo constituyen la ideología del fin de la historia, sino además la formulación posmoderna del principio de justicia. (Douzinas, 1996)

2.2 El ius cogens como imperativo categórico en el Derecho Internacional: una visión desde la teoría material del bien jurídico.

A partir del pensamiento kantiano es posible verificar que el concepto de *ius cogens* constituye una expresión de las ideas sintetizadas en las obras *Sobre la paz perpetua* (Sobre la Paz) y la *Metafísica de las costumbres* (la *Metafísica*), esta última concebida como un primer esfuerzo de construcción sistémica del derecho penal moderno, donde formula una “propuesta estructural del derecho en general, y del derecho penal en particular” (Moya, 2012). Moya Vargas (2012) evidencia la lógica del sistema de derecho penal en la *Metafísica*, en diversas manifestaciones: reconoce una función punitiva en cabeza del Estado, diferencia crímenes públicos y privados, y establece que la imposición de la pena debe hacerse en proporcionalidad al principio de culpabilidad o “la maldad interna de los hombres” de Kant. En efecto se ha encontrado que incluso en el contexto del DPI: “One of the central functions of criminal responsibility is the expression of moral criticism of the conduct of the accused”. (Jain, 2010:261)

Desde otra arista, Zaffaroni (1998) considera que el concepto de derecho penal como sistema no emerge de la filosofía pues no es posible extraer todo un sistema de este tipo directamente de la razón, pasando por alto la legislación positiva. Pero al tiempo ve necesario encarar la sistematicidad del derecho penal en conexión con la filosofía. Retomando a Kant, Moya (2012) discierne las características connaturales y necesarias para la sostenibilidad comunicativa de los sistemas como estructura sostenida. Estos requisitos se sintetizan en la capacidad autopoietica del sistema y en su capacidad para subenderse mediante el entorno. Así, la operatividad del sistema se haría efectiva mediante el intercambio de significaciones socialmente compartidas, que demandan la aceptación social. Kant postula el Derecho como una legislación externa, pues solo aspira a su adhesión exterior y a regular, de la misma forma, las relaciones entre individuos. A su vez, (Cortina, 1998) concibe una moral interna que exige una adhesión íntima, planteando deberes consigo mismo.

El *ius cogens*, una de las fuentes del Derecho Internacional, presenta discusiones en cuanto a su construcción y aplicación. Estas van desde el ámbito de ideas definidas como humanistas en el Derecho Internacional, hasta la preocupación por criterios de homogeneización bajo una moral internacional *civilizatoria*. Por ello, es necesario analizar el *ius cogens* desde Kant para indagar sobre los límites que presenta para el DPI.

Moya (2012) distingue diversas condiciones estructurantes de la lógica de sistema penal en la *Metafísica*. La primera es la concepción de la función punitiva del Estado como el derecho del soberano de castigar a quienes se le someten (Kant, 2008). En contravía, Zaffaroni (1998:33 y 34) considera que esta función es un deber del Estado pues este surge para posibilitar la coexistencia, y sin ella función no podría tutelar adecuadamente ciertos bienes jurídicos. Por eso convoca a una “potestad punitiva estatal”, en lugar de un “derecho subjetivo de punir”. A partir del concepto de castigo, Kant distingue entre crímenes públicos y privados “para derivar un criterio de competencia material entre la jurisdicción criminal y la jurisdicción civil” (Moya, 2012). De manera genérica concibe el crimen como la trasgresión de la ley pública que incapacita a quien la comete para ser ciudadano. De otra parte, los delitos públicos colocan en peligro a la comunidad. Estos, a su vez son de carácter abyecto como violento, diferenciación sobre la que Kant (2008) retornará para afirmar: “quien roba hace insegura la propiedad de todos los demás, por lo tanto se priva a sí mismo (según la ley del talión) de la seguridad de toda posible propiedad”. (:168)

Aseveración sobre la que debe resaltarse con Cortina (2008), que la moralidad jurídica surge como el “conjunto de deberes indirectos que componen la obligación de obedecer al derecho”, donde confluyen la coacción moral y jurídica. (:XL, XLI y XLII) De ahí viene la separación y no la contradicción entre moral y derecho en Kant, pues la realización de la autonomía personal se sirve de la coacción externa al defender la libertad (ídem). Ello explica que la pena judicial en Kant no “fomenta otro bien”, sino que se impone porque se delinquirió, de donde resulta el controversial imperativo categórico de la justicia penal en Kant: “ha de castigarse con la muerte el homicidio ilegal de otro” (2008:172), que se matiza con el resguardo

del “honor del pueblo”, cuyos móviles pueden no coincidir con las reglas, “de tal modo que la justicia pública que procede del Estado se convierte en injusticia con respecto a la que procede del pueblo” (:173). Este discurso rompe en apariencia con la idea de protección de bienes jurídicos pues se optaría por el refuerzo de la juridicidad en cuanto es ley. Así, Kant mantiene la forma jurídica de las leyes del soberano que puedan contrariar “el contrato originario” (:150). Pero esta conclusión implicaría una aproximación ligera a la lógica kantiana de sistema. En realidad, otras dinámicas rompen la suficiencia de la ley para señalar su respeto e iniciar la plausibilidad de procesamiento bajo su rigor; de ahí la correspondencia (suficiente) entre ley e interés público del Estado. Zaffaroni (1998) señala que tras la afectación de bienes jurídicos existe: “una general afectación a un interés público del Estado”. (:34 y 35) Así concibe el bien jurídico, protegido como un límite del Derecho Penal, que determina las acciones o conductas sobre las que se ejerce coerción, y su cuantía. Los bienes jurídicos específicos determinan el límite de las privaciones a quien es coaccionado (id.). En consecuencia, el delito y la pena exigen una conducta que afecte bienes jurídicos (:40).

Las divergencias no se limitan a lo anterior. En la distinción de las jurisdicciones pública y privada, Moya Vargas (2012) observa con Kant que también en desarrollo del concepto de castigo “surgieron los bastiones de subtenencia y constructivismo de su sistema penal, el cual tiene por pivote el ser la ley penal un imperativo categórico”. Así, Kant (1998) también considera los eventos donde la ley civil puede chocar con la penal, encontrando que el responsable es quien “anida en su interior la maldad interna (culpabilidad) y ésta será la medida determinadora de su pena”. La construcción del castigo como derecho del Estado está implícita en una concepción de obediencia total a la ley en Kant, y podría conectarse con la idea de la maldad interna, por ello resulta una contradicción: la función punitiva como derecho del soberano a castigar y el fundamento de la pena sobre el principio moderno de culpabilidad. Dicho principio asegura, en buena parte, la trascendencia de la estructura kantiana del Derecho Penal. Otra cara de esta estructura es el aseguramiento de la paz en las relaciones entre los individuos teniendo al Estado como auditor garante, idea que también se observa en la necesidad de romper con el estado de naturaleza en las relaciones internacionales. En las dos obras reseñadas, Kant (2008) parangona el

estado de naturaleza de los individuos y de los Estados. No obstante, aclara que los Estados no deben fundirse en uno solo, y deberían diferenciar individuos y pueblos en relación un legislador y un soberano. Así concibe que los Estados no deben estar sometidos a fuerzas legales externas a ellos, y menos aún a una “fuerza exterior común”, (:20-25) donde muestra su desacuerdo con precursores del Derecho Internacional como Grocio, Pufendorf y Vattel; si bien coincide con ellos en sus conceptos aristotélicos, a pesar de sus divergencias sobre el acceso relativamente expedito a los contenidos del derecho natural en Grocio y en su rechazo al derecho, a la resistencia.

Entonces, ¿en términos kantianos es posible acceder a una postura de conformación universal con la paz, sin que ello implique sujeción a una superior y exterior fuerza común con una función punitiva? y de ser ello así, ¿cómo sería dicha conformación cuando no es factible la existencia de una fuerza exterior común, ni superar el Estado de naturaleza entre pueblos? Las respuestas se encuentran en la *Paz perpetua*. Allí Kant (1998) señala el concepto de paz como una noción en cierta forma utópica, considerando que el estado de naturaleza coincide con la guerra, por lo que la paz debe implantarse, si bien reconoce la dificultad de la obtención de la paz:

Puede dejarse a un lado la cuestión de si esta satírica inscripción, escrita en el rótulo de una posada holandesa en el que había dibujado un cementerio, interesa a los hombres en general, o a los jefes de Estado en particular, que no llegan nunca a estar hartos de la guerra, o exclusivamente a los filósofos, que anhelan ese dulce sueño. (:3).

La paz podría sintetizarse en el fin de las hostilidades, no en el armisticio o aplazamiento. Noción que presenta una utilidad específica en la *Paz perpetua*: evitar el retorno a la guerra, generando armonía y unidad e impediría que los Estados perdieran su independencia. En la *Metafísica*, la paz es un derecho que incluye otros tres: neutralidad, garantía o aseguramiento de la paz y confederación “para defenderse juntos contra todo posible ataque externo o interno” (Kant, 2008:176). Entonces, la noción de bien jurídico y la teoría kantiana coinciden en postular el bien jurídico internacional de la paz como el centro del derecho. En particular, se muestra

como el epicentro de la relación entre los Estados, como “la totalidad del fin final del derecho dentro de los límites de la mera razón” (:195), por lo que tiene aplicabilidad en las relaciones entre Estados y entre individuos, como se desarrollaría por Kelsen (2009). Por ahora, es preciso anotar que Kant, particularmente en la *paz perpetua*, también aludió a la creación de un contexto que permitiría esa pretensión de paz. Construcción que se erigiría sobre bases previas que buscan evitar la guerra, y otras permanentes que asegurarían la paz.

Una lectura actual señala la dificultad de que dichas leyes prohibitivas encuadren con la realidad. Solo a manera de ejemplo, resulta quimérico establecer la reserva específica y secreta de alguna causa de guerra. Mayor dificultad comporta fundar que algunos conflictos armados de carácter no internacional pudiesen centrar la idea de la paz en una liberación de la angustia de la guerra. Además, Kant concibe con rigor el principio de igualdad entre Estados, por lo cual, la posibilidad de independencia, descolonización o emancipación de los Estados, o la prohibición de la deuda externa, resultan realidades prohibidas. Pero Kant no cede. Tras reconocer que el rasgo esencial del Estado de naturaleza es la ausencia de ley, por lo que debe instaurarse el estado de paz, postula los tres artículos definitivos para la paz perpetua en la obra del mismo nombre. También los concibe en la *Metafísica* como componentes del derecho público, de importancia para la construcción del concepto de Derecho Internacional y para el reconocimiento del *ius cogens* y su vinculación con los bienes jurídicos internacionales en sentido material. Así, en la *Metafísica*, la alusión a la constitución republicana radica en el derecho político, manteniéndose la indicación tanto al derecho de gentes como al derecho cosmopolita.

También establece que estas construcciones deben contener el principio que restringe la libertad externa mediante leyes, so pena de derrumbarse. Para comprender el derecho político o la alusión a la constitución republicana, Kant (2008) aclara de manera inicial sus fundamentos. Ello implica considerar el derecho público: (i) como sistema de leyes para un pueblo o un conjunto de pueblos en una relación de influencia mutua; (ii) como el que emerge de la necesidad de un estado jurídico bajo una constitución, “para participar de aquello que es de derecho”; (iii) como un estado civil relativo al estado de mutua relación de los individuos en un pueblo; y (iv) como

un Estado producto de estados civiles, esto es, la unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas. Dicho Estado contiene los poderes soberano, ejecutivo y judicial, concluyendo que la voluntad del legislador es irreprochable, la del ejecutivo es irresistible y la del juez supremo es irrevocable. Estos poderes son relaciones de la voluntad unida del pueblo que procede de la razón, y consecuencias del imperativo categórico. En la *paz perpetua* Kant considera que la constitución republicana se funda sobre los principios de libertad como seres humanos, de dependencia como súbditos y de igualdad como ciudadanos. En la *metafísica*, en virtud de esta constitución, la decisión de ir o no a la guerra se deja en manos de los representantes de la ciudadanía, dando alguna capacidad de decisión a quienes de primera mano sufren las consecuencias del Estado de naturaleza. Este es un argumento consistente con la lógica de bien jurídico en un sentido material y, por ende, político.

Por su parte, el derecho político de gentes (*ius gentium*) surge al constatar que la tierra es una superficie limitada por sí misma y se genera en vinculación con el estado de naturaleza. Kant advierte en la *paz perpetua* como en *metafísica*, que los pueblos en tanto Estados pueden considerarse como individuos en estado natural, exponiendo una de sus primeras alusiones a futuros sujetos del Derecho Internacional. Por consiguiente, encuentra que todo Estado debe consolidar su seguridad, requiriendo a los demás para conformar una constitución que garantice el derecho de cada uno: la Sociedad de Naciones. En la *metafísica*, el derecho de gentes se constituye a partir de cuatro elementos que se sintetizan en la necesidad de un pacto entre Estados soberanos para salir del Estado de naturaleza o de guerra. Por eso considera que los Estados no están sometidos a ninguna autoridad común y exterior, sino a su constitución jurídica interna. Esta sería una primera limitación a las posibilidades de gestión de fuentes del derecho como el *ius cogens*.

Al reconocer que no es posible advertir medidas como una constitución común, señala que la única posibilidad de afianzar y asegurar la paz es una federación ligada a través de la razón con el derecho de gentes y que se diferencia del pacto de paz en que esta elimina toda hostilidad bélica. Es razonable concluir entonces que Kant reconocería la imposibilidad de la paz perpetua,

pero la entiende como imposible sin el derecho de gentes. Entonces, para este filósofo alemán, los Estados deberían acudir a leyes públicas coactivas en sus relaciones recíprocas, mientras que esta federación “llegue por fin a contener a todos los pueblos de la tierra”. (Kant, 1998:26) A continuación se señala una cierta contradicción que revela la pretensión de realidad de la obra kantiana. Si bien rechaza la idea de una Constitución común de los Estados, establece que su federación de pueblos es una alternativa a la “idea positiva de una república universal”, que evite la guerra y limite tendencias *perversas e injustas*. Desde luego, la universalidad de cierto tipo de razón es discutible. En tanto vehículo de *voluntad común* en esta perspectiva, podría confundirse (de manera preocupante) con una lógica de civilización frente a *lo incivilizado*.

En respuesta a ello, ante el pensamiento que con posterioridad se aproximaría al concepto de Derecho Internacional Kant define un derecho cosmopolita en las dos obras. Una federación de naciones, o una comunidad pacífica universal, en suma, una idea racional que se presenta como un principio jurídico, que en lo relativo a los individuos parte de un insoslayable derecho a la emigración. Entonces, el cosmopolitismo kantiano inicia bajo postulados como la propiedad común de los pueblos sobre la tierra, de donde no surge una comunidad jurídica sino la posibilidad de interacción física comercial. En la *metafísica*, el derecho cosmopolita es un principio común, sustentado en la posible unión de todos los pueblos para “establecer ciertas leyes universales para su posible comercio” (Kant, 2008:192). En *la paz perpetua* se amplía como el derecho “de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro” (1998:27) En *la paz perpetua* agrega un derecho de visita, a presentarse en sociedad. Por oposición, rechaza la conducta inhospitalaria donde el derecho de visita equivaldría a la conquista. Esta podría constituir una limitación a la preocupante imposición de una lógica de civilización.

Las bases de la constitución republicana, y la lógica de su inclusión en los instrumentos para el mantenimiento de la paz en *la paz perpetua*, permiten vincular las lógicas del derecho penal, el DPI y derecho internacional. Además, tanto en las relaciones entre individuos como entre Estados, Kant alude a un estado de naturaleza como de guerra. Apunta asimismo a la

necesidad del principio de libertad de los componentes de la sociedad (bajo la idea de ciudadanía), y entre Estados, demandando la aplicación del principio de igualdad en estas relaciones. Este fundamento es además, uno de los mecanismos para el tránsito del estado de naturaleza al estado jurídico, por lo menos entre individuos, en cuanto el primero se supera a través del segundo, que es a donde deben ingresar “todos los hombres que pueden contraer relaciones jurídicas entre sí “incluso involuntariamente” (Kant, 2008:136).

Habiéndose aclarado la justificación moderna del surgimiento del Derecho Internacional como espacio normativo en Kant como su formulador, es preciso indagar sobre su vinculación con el *ius cogens* como institución, cláusula y fuente del Derecho Internacional. Para tal efecto se utilizará la reflexión sobre el bien jurídico material, a fin de establecer si el DPI se presenta como una justificación desde los beneficios para los dominadores, obedeciendo de esta forma al mito del Estado y del Derecho liberal.

Para Radbruch (1959:112), uno de los iniciadores de las discusiones sobre el sustento filosófico del DPI, el juez debe “preguntarse por lo que es jurídico, pero nunca si es también justo”. Pero tras el holocausto nazi estableció que la justicia puede declarar el Derecho, pues sus prerequisites son legalidad, búsqueda de la justicia y seguridad jurídica (Radbruch, 1980) entendida como elemento de la justicia pues debe sacrificarse al mínimo. Consideraciones que se acompañan con su nueva crítica al positivismo donde impone una heroica carga al administrador de justicia: “El ethos del juez debe estar dirigido al logro de la justicia a todo precio, aún el de la propia vida” (:139). Esta postura se expresa en Kant (1998) con las limitaciones que emergen de su obediencia ciega a la ley: “si perece la justicia, carece ya de valor que vivan los hombres sobre la tierra (...) la justicia deja de serlo cuando se entrega por algún precio”. (:167) Desde otra visión, la seguridad jurídica como integrante de la justicia se observa en Zaffaroni (1998), quien la concibe como la única función del derecho penal. Como en Kant, Zaffaroni encuentra que el Derecho quiere evitar la guerra civil (o atestiguar la paz social) “asegurando a cada quien un ámbito de existencia” (:44). En este entorno halla que el efectivo fortalecimiento de los bienes jurídicos es solo el aspecto objetivo de la seguridad jurídica, pues el sentimiento de seguridad

jurídica puede ser tolerante con una mayor injerencia en los bienes jurídicos de quien realiza una infracción. Esta intrusión sería necesaria para reforzar el sentimiento y neutralizar la alarma social del delito, y se limitaría por esta misma alarma.

Para el autor argentino, si el sentimiento de seguridad jurídica emana de posiciones conscientemente realistas y de subjetivismo valorativo, tendrá una tolerancia menor pues se restringe a lo razonablemente necesario para la coexistencia. Por ello, considera que la garantía de la existencia (y de la coexistencia), se hace efectiva a través de la tutela de bienes jurídicos en búsqueda de la prevención de ataques intolerables. Así vincula derecho penal, bienes jurídicos y seguridad jurídica. En su postura, el derecho penal provee a la seguridad jurídica, aspirando a que no se reproduzcan las acciones lesivas de bienes jurídicos que tipifica; mientras la coerción penal apunta a prevenirlas.

En este sentido advierte que el derecho penal tiene una clara vocación ética, que participa y corona la general función formadora del ciudadano que compete al derecho. (Zaffaroni, 1998) Por otra parte, desarrollando los principios centrales del garantismo penal (lesividad, materialidad y de responsabilidad personal), Ferrajoli (1995) construye su concepción de legitimación jurídica de las prohibiciones y las penas que radica en el efecto lesivo, por lo que se impone la tolerancia jurídica de actitudes o comportamientos no lesivos para terceros. Así vincula bien jurídico lesionado y fines del derecho penal, revisando su justificación desde los beneficios que pretende. (Ferrajoli, 1995) Para ello extracta restricciones que emergen del principio de lesividad: (i) una cuantitativa: los delitos de bagatela no justifican el proceso penal ni la pena; (ii) una cualitativa: solo constituyen bienes jurídicos, aquellos cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas; y (iii) una estructural: debe cumplirse el requisito de lesividad concreta.

Por tanto, es preciso revisar el concepto material de bien jurídico, protegido como elemento que reconoce la conexión entre derecho y justicia, y entre la teoría del Estado y la teoría penal. Ello permitirá discernir las diferencias y conexiones entre el derecho penal y el DPI y sostener o infirmar la posibilidad de procesamientos garantistas en la CPI.

Acertadamente Muñoz Conde, prologando a Hormazábal (1992), señala que el bien jurídico es una base empírica, una fórmula de vinculación con la realidad y un concepto normativo, un “proceso constitutivo en el que necesariamente son reelaborados y, a veces, manipulados y pervertidos en sus elementos esenciales”. Postura que respalda Zaffaroni (1998) cuando señala que la selección que hace el Estado de los bienes jurídicos responde a distintas ideologías y Roberto Bergalli (2001) en tanto resalta que estos constituyen “las representaciones sociales de la ubicación de clase de sus poseedores”. (:40).

La conexión con la realidad impide observar a estos autores como exponentes de un positivismo dogmático. Así, indagando por el bien jurídico internacional, la visión de Hormazábal (1992) permite: “reconoce[r] al hombre frente al poder como sujeto y no como objeto”, lo que se asimila a una aplicación del principio de dignidad kantiano, en el entorno de una política penal al servicio de las necesidades de ciudadanas y ciudadanos en un Estado social y democrático de derecho. Este autor postula su teoría material del bien jurídico partiendo de la relación entre la historia del concepto de bien jurídico y las teorías legitimadoras del poder, así como sobre la base de que su concepto se refiere a un fundamento racional del sistema penal a partir del objeto jurídico concreto. Pero este objeto no puede aislarse del sistema de gobierno, en particular de la democracia, pues el bien jurídico se materializa por las instancias políticas. La teoría material del bien jurídico de Hormazábal (1992) se determina a partir de la base social que comunica “su decisión a las instancias políticas” que la materializa (:143). Una política penal de exclusiva protección de este tipo de bienes debería proponer una democracia en ejercicio. Afirmación que corresponde con el reconocimiento histórico del concepto de bien jurídico en Hormazábal y con una discusión de su formulación en una trascendencia democrática, precisamente al establecerse la vinculación entre derecho y teoría política.

Estas posturas podrían acusarse desde quienes estiman que es la sociedad de manera llana, quien define el contenido de bien jurídico. Posición que dista de la Hormazábal (1992), quien reconoce la sociedad como un “sistema concreto de relaciones sociales”, de donde viene su

crítica al funcionalismo: “Es inadmisibles, en consecuencia, (...) la postergación y el sometimiento de las personas y de las cosas a esas normas y reglas de conducta” (:145). Entonces, el bien jurídico es un constructo que puede presentar una concepción hegemónica como contrahegemónica. Al contrario, el concepto de bien jurídico en Kant (1998) no reconoce la consideración política de la postura hegemónica, entre otros, pues la pena judicial se impone si se ha delinquido. Esto se desprende de su comprensión de la dignidad, pero principalmente de su concepción de la ley penal como imperativo categórico, lo que no puede confundirse con un descrédito de Kant por el bien jurídico, pues como señala Cortina (2008) en la *metafísica* el bien jurídico y el bien moral parten de la reflexión práctica.

Además, la noción material de bien jurídico no es estática. Solo comprende los objetos con protección penal originados en una sociedad democrática. Por ello se limitan por la lógica de *última ratio* en “los ataques más graves” (Hormazábal, 1992:144). A partir de ello Hormazábal resalta que otras ramas del derecho pueden dar una protección más amplia desde otras perspectivas, como el Derecho Internacional “en tanto que derechos humanos” (1992:144), que resultan objetos diferentes, pero “homologables con el bien jurídico”. (ibíd.) De estos reconocimientos emerge el concepto material de bien jurídico con tres notas principales: (a) Como producto social surge de un sistema concreto de relaciones sociales en un período determinado. Es consecuencia de la superestructura jurídico penal, y parte de la superestructura social y política. (b) Surge de relaciones sociales concretas a partir de la relación social democrática como una superación del proceso dialéctico de su interior. Por tanto, es una síntesis normativa y social. (c) La escogencia que el Estado hace de los objetos a ser protegidos implica una decisión política “condicionada por la naturaleza de su estructura, su presentación ideológica y su naturaleza democrática” (Hormazábal, 1992:152 y 153). En un Estado social y democrático de derecho esta determinación considera sujetos individuales y colectivos, y debe presentarse en función del sistema democrático de relaciones sociales, como red de vínculos entre personas en condiciones de libertad y dignidad.

Desde otra arista, retornando a Kant se colige que la paz es un anhelo en virtud del cual, principalmente en *la paz perpetua*, se desarrolla un programa para su alcance y mantenimiento frente a la base de estado de guerra. Ahora, puede considerarse que amén del respeto kantiano de la ley en sí misma, también señalaría la protección de unos bienes jurídicos internacionales (Sánchez Legido, 2003), y particularmente la paz mundial, discusiones que pueden aterrizar en un análisis material del bien jurídico protegido. Aun cuando la obediencia de la ley se impone en Kant por la existencia de ella misma, rechazando el derecho a la resistencia de los pueblos (Abarca, 2008), su búsqueda por el acatamiento del derecho en cuanto ley, procura prevenir lo que Zaffaroni consideraría como ataques intolerables a través de la tutela de bienes jurídicos protegidos. Por ello debe reconocerse que la filosofía kantiana, como lo expresa Werle (2011:85), ha sido central en la configuración del injusto penal internacional que se edifica “en toda lesión substancial de la libertad en las relaciones interpersonales, a través de la cual se niega la validez del derecho”.

En segundo lugar, si el *ius cogens* constituye un imperativo categórico, se colige con Muñoz Conde (1992) que el bien jurídico (recogido entre otros en este *ius cogens*) es una fórmula de vinculación con la realidad, si bien no alcanza en Kant a constituirse en un bien jurídico que coloque al ser humano como sujeto frente al poder. En un tercer orden, la concepción de bien jurídico internacional señala la trascendencia de la paz mundial en el derecho interno como en el estatal como resalta Werle (2011) cuando advierte que los bienes jurídicos protegidos por el DPI son paz, seguridad y bienestar de la humanidad, entendidos en la relación entre Estados y al interior de cada uno de ellos.

Adicionalmente, en el pensamiento kantiano, el derecho natural integrando el imperativo categórico del *ius cogens*, constituye un criterio racional del derecho positivo. Por ello, bienes jurídicos internacionales como la paz (que entiende como un anhelo que moviliza el derecho), podrían conformar el derecho natural. Kant suministraría la fórmula: a través de principios *a priori* de la razón y estableciéndose en el derecho positivo, que debe reflejar según su filosofía, el derecho natural. Este derecho como sintetiza Cortina (2008), resultaría un criterio racional del

segundo y “es menester buscar en la razón el criterio de lo justo y lo injusto, mientras que el derecho positivo dice lo que es derecho”. (: XLIII) En otras palabras, la razón filosófica constituye para Kant la razón jurídica, (Cortina, 2008) lo que no solo se expresa en la síntesis que hace entre razón y tribunal (2011), además lo hace en el juicio crítico que atribuye a la razón; y como encuentra Cortina (2008) se evidencia también en “la disputa por las pretensiones, el derecho sobre determinados conocimientos, la guerra como medio para resolver las disputas, el proceso y la sentencia como procedimientos para obtener una paz duradera” (:XXIV).

Ello también señala la coincidencia, bajo dicho pensamiento, entre elementos del derecho natural y bien jurídico protegido internacional donde de nuevo el *ius cogens* adquiere un papel relevante. Se alude así a un tránsito del derecho natural como racional hacia el derecho positivo entre sujetos individuales. Esto sumado a la vinculación de las lógicas de los individuos, en relación con los Estados, también reiteraría que en la modernidad la racionalidad impone limitaciones a una genérica libertad de los Estados. (*supra* cap. 1, secc. 1) Ello se concluye a través de la constatación histórica de dos fenómenos progresivos decididos por los Estados: (i) inicialmente federados, atribuyen una limitación a su soberanía, concentrada en el derecho internacional; (ii) reconocen con Kant unas demandas conectadas con el derecho natural que se concretan en el *ius cogens* como imperativo categórico, pero que coinciden por lo menos, con la expresión del derecho racional. Si bien Kant alude a una confederación de Estados libres, la racionalidad puede imponer limitaciones a su libertad, transitando del estado natural al estado con referente racional.

Como ha sido advertido, Werle (2011) señala el DPI como parte del Derecho Internacional. Ello permitiría intuir la existencia de vasos comunicantes entre estos ordenamientos e incluso entre estos y el DIDH, uno de ellos es resaltado por el autor: el DPI recibe sus fuentes del derecho internacional. Por su parte, el *ius cogens* se define convencionalmente a partir del artículo 53 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (UN, AG, 1969), como norma imperativa de derecho internacional general. Esta convención surgió en aplicación de principios ya observados por Kant en *metafísica y la paz*

perpetua, como lo revelan los principios de *Pacta sunt servanda*, libre determinación de los pueblos, independencia, libre consentimiento, igualdad de derecho e igualdad soberana entre Estados, entre otros.

La noción de la Convención de Viena revela que no todas las reglas del derecho internacional consuetudinario son normas imperativas internacionales, de donde se desprende que a los Estados les está vedado ratificar tratados que ataquen el *ius cogens*, o que impongan reservas a los que incorporen normas de dicha naturaleza. (UN, AG, 1969, Art. 64) La Asamblea General de las Naciones Unidas ha reiterado los principios de la Carta de la organización (UN, AG, Res. 2625) de donde emergen los bienes jurídicos internacionales. (Sánchez Legido, 2003) Ello resalta el contenido y sentido de la sociedad de las naciones en la lectura kantiana, y señala que dichas normas constituyen principios básicos del derecho internacional o normas de *ius cogens*, como las siguientes: la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza entre Estados y el arreglo pacífico de sus controversias; la no intervención en los asuntos de jurisdicción interna; la igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos; el cumplimiento de buena fe de las obligaciones entre estos. (Seiderman, 2001) Asimismo, como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien el *ius cogens* surgió en relación con el derecho convencional internacional, se ha extendido al Derecho Internacional general incluyendo el DIDH, bajo los siguientes requisitos: i) que su cumplimiento se predique de todos los Estados, (ii) que genere efectos con respecto a terceros, incluso particulares, (iii) que constituya un principio fundamental que irradie todo el ordenamiento jurídico. (Corte IDH, 2003OC)

Bassiouni (1996) ha resaltado que los crímenes internacionales elevados al nivel de *ius cogens*, contienen obligaciones inderogables. Las obligaciones legales que surgen de la jerarquía superior de estos crímenes incluyen el deber de enjuiciar o extraditar, la prohibición de aplicar figuras como la prescripción o las inmunidades, inclusive las de jefes de Estado, así como la de la defensa de “la obediencia a órdenes superiores” (Bassiouni, 1996:62; *infra* cap. 2, secc. 3, 2.1). También se ha establecido la aplicación universal de las obligaciones de *ius cogens*, independientemente de que se esté en tiempo de paz o de guerra. Atributos que sumados a la idea

de jurisdicción universal sobre los autores de los crímenes que atacan el derecho imperativo internacional señalan la trascendencia del *ius cogens* en la estructuración del DIDH, y en el DPI.

Cortina (2008), resaltando la postura no iusnaturalista de Kant, entrega elementos para reconocer la importancia de la positivación del *ius cogens*, para reforzar su carácter de imperativo categórico. En efecto, la autora señala que Kant no es iusnaturalista si por derecho natural se entiende “un conjunto de principios que puede extraerse del conocimiento de la naturaleza humana”. Bajo dicha conclusión, según Cortina, reposarían tres ideas fundamentales de la filosofía kantiana: (i) la naturaleza humana no puede conocerse sino empíricamente y dicho conocimiento no obedece a una normatividad, ya sea teórica, o práctica; (ii) el estado de naturaleza es una “idea de la razón que, desde la afirmación de la libertad, pretende justificar lógicamente que los hombres sean capaces de derechos” (:XLI y XLIV); no obstante, (iii) el estado de naturaleza entre individuos en Kant presenta la existencia provisional (posesión empírica) de algunos derechos, por oposición a la posesión perentoria que emerge de la ley.

De allí puede deducirse, en lógica de derecho internacional moderno, que estos derechos en provisionalidad se han transmitido al derecho positivo, pues para Kant no debe existir contradicción entre la moral y el derecho porque la coacción externa se encuentra limitada por la idea de realización de la autonomía personal. Es decir, se observa de manera nítida la comunicación entre los sustentos ideológicos de la burguesía y el Derecho que construye como, entre otros, mecanismo de contención. A partir de la formulación de la libertad burguesa que ya ha sido discutida en esta tesis, (*supra* cap. 1, secc. 1) se construye el concepto de coerción que, a su vez, conecta los conceptos de *ius cogens* y de bien jurídico internacional en un ejercicio de deducción.

En primer lugar, Kant encuentra que la razón práctica, que coincide con la ley universal del derecho, exige conciliarse con la “libertad de todos”. Por ello advierte que, *e.g.* el principio de igualdad es el patrón que determina el tipo y grado de castigo que aplica la justicia pública. Así, como lo encuentra Cortina (2008), en Kant la ley universal del derecho es trasunto del contenido

de las posibilidades de decisión por el pueblo. Agregando la autora que el legislador “no está legitimado para obrar arbitrariamente, sino que ha de atender al espíritu de la legislación originaria”. Ello muestra una relación intrínseca entre las ideas de algunos de los derechos en el Estado de naturaleza kantiano, su exteriorización como *ius cogens* y la legislación ordinaria.

En otras palabras, existen cuestiones que el pueblo simplemente estaría llamado a reconocer en el ejercicio del imperativo categórico a través de la razón práctica. Así, en Kant, afirmar el deber de sellar la unión civil busca “asegurar a cada uno lo que ya le pertenecía en el estado de naturaleza” (Cortina, 2008: LIX) y exige, además, un derecho público tanto para un pueblo como para un conjunto de ellos. En efecto, exponiendo la división de una *metafísica de las costumbres*, Kant (2008) señala que toda legislación convierte la acción en deber, y contiene un móvil que liga subjetivamente con la representación de la ley haciendo del deber, un móvil. Por ello interrelaciona la ley con el deber y la ética: “la ley que hace de la acción un deber y de ese deber, a la vez, un móvil, es ética” (:24), donde ésta última “convierte también en deberes acciones internas”, afectando “lo que es deber en general” (:24).

Además, el principio supremo de la doctrina de la virtud en Kant, (2008) que sintetiza en la máxima “Obra según una máxima de fines tales que proponérselos pueda ser para cada uno una ley universal”, coincide con su definición del principio de dignidad humana y obra como un imperativo categórico “que surge de una deducción que emerge de la razón pura práctica” (:249). En una lógica similar, en Kant confluyen los conceptos de ley universal del Derecho e imperativo categórico. Debe reconocerse en primer lugar las variables bajo las cuales Kant encuentra el imperativo categórico:

(...) enuncia una obligación con respecto a determinadas acciones, es una ley práctico-moral. Con todo, ya que la obligación no sólo implica necesidad práctica (...), sino también coerción, el imperativo pensado es o bien una ley preceptiva o bien una ley prohibitiva, según se represente como deber el cumplimiento o la omisión” (...)

El principio supremo de la doctrina de las costumbres es, pues: obra según una máxima, que pueda valer a la vez como ley universal. –Cualquier máxima inepta para ello es contraria a la moral (:29 y 33).

Entonces el *ius cogens* emerge como un imperativo categórico, conclusión que se refuerza al recordar que la paz perpetua constituye el “fin final de la doctrina del derecho, dentro de los límites de la mera razón”. (2008:195) Así, una conexión entre el concepto de *ius cogens*, en el artículo 53 de la Convención de Viena y el pensamiento kantiano, se sustentaría en el siguiente argumento: “Es la razón práctica quien pronuncia en nosotros su veto irrevocable: no debe haber guerra, porque no es este el modo en que los hombres deben procurarse su derecho” (Kant, 2008:195 y 196). De nuevo trasciende el *ius cogens* en la teoría kantiana: la prohibición de la guerra es un imperativo categórico que se refleja en el estado de naturaleza, trayendo el derecho natural del que emana el fin de la paz, al derecho positivo.

El imperativo de la paz es ley universal, una pretensión de las relaciones entre ciudadanos y entre los Estados. Ciudadanos que Kant (2008) entiende como los miembros de un Estado y, por tanto, titulares de atributos inseparables de su esencia: libertad, igualdad civil e independencia civil, y se congregan en una unión civil, de la cual emergen diferentes efectos. Entre ellos se encuentran los siguientes: (i) “el soberano en el Estado tendría ante el súbdito solo derechos y ningún deber (constrictivo)” (:150) (ii) no existiría la oposición legítima al poder, (iii) solo podría hacerlo el soberano a través de cambios en la constitución y (iv) “cuando yo formulo una ley penal contra mí (como ciudadano), como criminal, es la razón pura jurídico legisladora en mí (...) junto con las demás en una asociación civil” (:151, 153 y 171).

De esta forma aclara que las leyes emergen de la voluntad y las máximas lo hacen del arbitrio libre. Entonces, la acción conforme a derecho, permitirá la coexistencia de las libertades de arbitrio de cada uno como exigencia que emerge de la ética. De allí surge la ley universal de derecho en Kant (2008): “Obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal”. (:40) Desde otra orilla, en términos

de Zaffaroni (1998), la afectación al interés público del Estado que se encuentra tras el daño a los bienes jurídicos, permitiría en Kant afirmar que el bien jurídico traduce al soberano cuáles son los límites que no puede transgredir.

Correlativamente, el jefe supremo del Estado tiene en Kant (2008) facultades que al emerger de la voluntad unida del pueblo para conformar el Estado, se circunscriben a dicha voluntad, por lo que son limitadas. Entonces al soberano se le impide: (i) poseer terreno como dominio, (ii) privar de su cargo a un empleado, (iii) usar el derecho de gracia “más que si el delito se refiere a su persona” y si con ello no coloca en peligro la seguridad de sus súbditos” (:174). Estas restricciones germinan de una lógica contractual en el pensamiento de Kant, como lo expresa Cortina (2008: LVI). Así, es posible proponer una lectura en clave de *ius cogens* a partir de estas limitaciones: “lo que no puede decidir el pueblo (...) sobre sí mismo y sus componentes, tampoco puede el soberano decidirlo sobre el pueblo”. (Kant, 2008:163) Orden en el cual, “cualquier daño innecesario que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo” (:167).

Verificaciones a partir de las cuales establece la idea del estado liberal, y determina condiciones para aludir a la consolidación en él del concepto moderno de *ius cogens*. Justamente, en su perspectiva internacional, Kant (2008) reconoce la necesidad de que los Estados sacrifiquen el estado natural que define su relacionamiento, a través de leyes públicas coactivas en sus relaciones recíprocas. Para tal efecto, propone una sociedad cooperativa bajo el derecho de gentes para defenderse mutuamente “de caer en el estado de guerra efectiva”. (:344) Entonces, si la guerra es una prédica de la libertad natural, la alianza debe cumplir dictados que permitan cumplir sus efectos de romper con dicho estado. Esto es, si el estado de guerra es natural entre Estados y tiende a mantenerse, estas sociedades deben asumir mecanismos que romperlo. (Kant, 2008) Kant, precisamente, alude a uno de estos eventos en la naturaleza del enemigo injusto en las relaciones entre Estados, que invertiría el imperativo categórico: “Es aquel cuya voluntad públicamente expresada (...) denota una máxima según la cual, si se convirtiera en regla universal, no sería posible un estado de paz entre los pueblos y tendría que perpetuarse el estado de naturaleza” (:189). Puede advertirse que esta idea será positivizada y constituirá uno de los

fundamentos de la llamada guerra justa. En la búsqueda de la paz perpetua, el *ius cogens* como imperativo categórico como conjunto normativo que busca asegurar el derecho a la paz, además consistiría en Kant en una lógica de relacionamiento de los Estados, que parte de la existencia de bienes jurídicos internacionales. El *ius cogens* se establece así en el pensamiento kantiano en relación con los individuos, su legislador y soberano en el orden interno, pero se ha trasladado a las relaciones entre los Estados en el orden internacional para “contener a todos los pueblos de la tierra”, y acceder a la paz. (Kant, 1998:26) De ahí que el *ius cogens* sería un componente del imperativo categórico y como realización de esta obligación de sellamiento de la unión civil, desde el pensamiento jurídico de la modernidad.

A partir de Kant podría habilitarse un lugar para las víctimas en los procedimientos penales, en particular por su vinculación entre razón filosófica y razón jurídica, así como en virtud del reconocimiento del daño hacia el pueblo como verificado contra sí mismo. Pero la comprensión de las posibilidades jurisdiccionales de las víctimas de crímenes de Estado en la CPI, se genera en lógicas fenomenológicas y jurídicas más amplias. Kant concibió un sistema jurídico que consideró necesario para los momentos políticos, sociales y económicos de su época, y que en efecto, sentaron las bases del Derecho moderno. Además, lo hizo en tal lógica de universalidad abstracta que estos escenarios se han mantenido hasta la actualidad en términos de Derecho Penal. Pero nuevos entornos económicos y políticos generaron una nueva lógica: la personalidad internacional del individuo en tanto sujeto individual, como colectivo. En efecto, el pensamiento político de Kant se fundó en la Revolución Francesa y la Independencia de los Estados Unidos. (López, 2012) No en vano la reivindicación de los derechos individuales es el vértice tanto de estos fenómenos como del pensamiento kantiano (López, 2012).

Pero asimismo, este modelo francés no implicó revolución entendida como transformación radical y cualitativa de poder, sino de cambio de ideología de dominación. (Gallardo, 1989) Al contrario, por revolución se debe comprender la promesa de transformación inherente a la historia, y la posibilidad de una mejor construcción futura a través del desarrollo, el progreso y la emancipación, entendiendo que la pobreza y la enajenación deben transformarse

por constituir productos sociohistóricos. (Gallardo, 1994) Paradójicamente, varios fenómenos propios del DPI no cabrían en estos contextos para que de allí arribar a conclusiones en materia de la intervención de las víctimas en el sistema de la CPI. Esto, por múltiples cuestiones aquí afirmadas: (i) el rechazo de Kant a los fenómenos revolucionarios y su acatamiento absoluto a la ley, sea cual fuere su contenido; (ii) el sustento de la pena judicial como *derecho* del Estado que emerge del concepto de estados civiles y se impone en proporción a la maldad interna; (iii) la construcción contemporánea de bien jurídico que no podría concebirse solo como limitación del derecho penal. Si bien, como emana de *metafísica y la paz perpetua*; la paz constituye el centro del Derecho, la postura actual de aproximación, es diferente.

2.3 Resistencia y diversidad en el Derecho Internacional.

Resulta lógico sellar con Bauman (2008) que la identidad es un hecho construido a partir de una ficción, y en el momento de la crisis de pertenencia, que generaba una profunda ruptura entre lo que es y el deber ser. Así, la idea de Estado moderno se madura a partir de la identidad y la coerción que se precisó para fijarla. (Bauman, 2008) Esta fijación constituye uno de los grandes debates de la modernidad, cuestión que se complejiza y redimensiona con el arribo de la globalización. En la actualidad, la crisis de identidad se comprende como un fenómeno de despolitización, donde se masifican y fragmentan las sociedades. (Bajoit, 2008; Calveiro, 2012) Pero cuando ello se somete a las paradojas de la modernidad, la globalización neoliberal permite “la emergencia y mayor visibilidad de los espacios subnacionales (regionales y locales) con especificidades sociales y culturales muy intrincadas” (Sousa Santos y García Villegas, 2001:3). Ello permite vaticinar un papel central de diversos sujetos, como ya se ha explorado, (Arroyo Pichardo, 2008 y 2011. (*supra* cap. 2, secc. 2) lo que reitera la necesidad de auscultar los contornos del Nuevo Humanismo Militar, para determinar su vinculación con el totalitarismo y con la razón de Estado como objetos de interés para el DIDH, y el DPI.

En efecto, la discusión sobre la identidad tiene otra dimensión si se quiere contrahegemónica: las rendijas del Derecho que se perciben en la globalización y en el Nuevo

Humanismo Militar, como otra paradoja de la modernidad. Tras la Segunda Guerra Mundial se ampliaron las voces no inscritas en las reivindicaciones de los intereses apostados en el Estado y garantizados por su Derecho. Estas exigencias provenían de la mayoría que no se matriculaba o no se beneficiaba de los intereses hegemónicos, y de las voces de las minorías. Entonces la desformalización del Derecho expresó un escenario de lucha contrahegemónica que inicia en la resistencia. Esto implicó que el Estado intentara reapropiarse de la regulación del conflicto (Morales de Setién Ravina, 2000), mientras que las expresiones de resistencia dieron lugar a múltiples movimientos sociales y jurídicos. El debate que inició antes de que se institucionalizase la globalización como fenómeno hegemónico, se sostiene hasta la actualidad. No en vano una de las paradojas más interesantes de la globalización como fenómeno de la modernidad, es el reconocimiento que el Derecho hace de la diversidad. Múltiples lecturas pueden hacerse de dicho escenario. A partir de Peces-Barba (1995) y Bobbio (1991) se identifica como consecuencia del proceso de internacionalización. Boaventura de Sousa Santos y García Villegas, (2001a) lo encuentran como reflejo directo de la crisis que generó dicha globalización en el Estado.

El reconocimiento occidental del multiculturalismo se sustentó en el principio de autodeterminación de los pueblos, que ha sido elevado a la categoría de norma de *ius cogens* (UN, 1945, Arts. 1 y 55; UN, SC, 1970) como reacción de la hegemonía occidental ante el espacio vital de la hegemonía alemana. En la segunda posguerra se reconoce por el Derecho Internacional, empezando a constituir “principio rector de la descolonización”. (Sousa Santos, 2001:205) Este fundamento fue objeto de un proceso de selección, siendo reconocido a algunos de *los pueblos*, cuestión que reitera el traslado al Derecho de los mecanismos de selección política (*supra* cap. 1, secc. 3, 2.2) Dicha situación es una nueva expresión de la idea limitada de soberanía, en particular, de lo que Hegel (2000) denominaría su aspecto externo, y corrobora uno de los hallazgos de esta investigación, relativa a la condición limitada de la soberanía como asunto que puede constatarse a lo largo de la modernidad (*supra* cap. 1, secc. 1, 2) La soberanía en su aspecto externo pareciese más un producto de transacción política, que de un ejercicio pleno de la totalidad de los Estados. Lectura de la soberanía que también afecta el reconocimiento de la diversidad por el Derecho, en tanto se considera tras un reconocimiento de índole política internacional. En suma, el

apadrinamiento de Estados civilizados hacia los *incivilizados* que justificase Vitoria (Padgen, Lawrance & Vitoria, 2001. Burneo Labrin, 2011), también permitió reconocer legitimidad a una operación de selección política y racista, que no obstante, permite la existencia de rendijas. La globalización ha profundizado el proceso de selección al pretender diluir el reconocimiento de lo estatal, y como advierte Rozema (2011): “*The process of globalization moreover manifests itself through dehumanizing imaginations that are globally reproduced*”, ello a su vez aumenta el escalamiento de la violencia. (:588) Ello no quita intensidad a la paradoja: Un fenómeno negativo como la globalización, permitió el reposicionamiento de la diversidad. En efecto, Guerrero Tapia (2006) encuentra que el neoliberalismo se presenta como un escenario antagónico a la democracia:

Cuando lo privado, es decir, lo propio, la propiedad, se va imponiendo en los espacios de lo público, va resignificando la relación entre los individuos y, en consecuencia, traduce la relación de interés común en relación de poder. El interés común, que se generó a partir del reconocimiento subjetivo de la necesidad de los otros -y por tanto del reconocimiento de sí mismo frente a los demás- necesitó de la existencia de un espacio público y de la exteriorización de esa necesidad dentro de ese espacio. Así el interés común se diferencia del interés de otros, que no es común sino propio, y ello lleva al distanciamiento, mediante la ruptura, con la lógica articuladora del bien propio.

Decisión e interés común en los espacios de lo público son los sustratos que posibilitan la génesis de relaciones democráticas, las que a su vez, fomentan la generación de nuevas identidades sociales que llenan los vacíos auspiciados por las relaciones privativas basadas en las mediaciones mercantiles, esto es, relaciones de poder. Neoliberalismo o democracia: bajo ese antagonismo se debate la transición de un régimen a otro. En la búsqueda de la democracia la ruptura subjetiva con su antagónico, es asunto imprescindible. (:19)

Entonces, la transición entre regímenes políticos implica una ruptura con el orden establecido, presentándose “la desestructuración-estructuración, destrucción–construcción, o deconstrucción–reconstrucción, de los ordenamientos en sus distintos niveles de una sociedad”. (Guerrero Tapia, 2006:20; Flórez Flórez, 2007) La ruptura siempre presente a partir de las

contradicciones sociales, no puede ser de cualquier entidad para generar estas deconstrucciones (De la Garza Talavera, 2011) pues solo llevará a la transición si implica cambios en la subjetividad social, si proponen, como señala Guerrero Tapia (2006), transformaciones de fondo y estructurales. De ahí que se ha ampliado el concepto de luchas de clases, ahora referido a antagonismos incesantes “entre alienación y des-alienación, entre fetichización y des-fetichización”. (De la Garza Talavera, 2011:14) Amplio contexto en el que los sujetos colectivos resisten a la globalización y “la defensa de las particularidades se convierte en un fin y en un medio en la lucha de diversos grupos contra un modelo social, político y económico tendiente a la homogeneización”. (Arnaut, 2010)

El fenómeno es de mayor complejidad que simplemente reconocer que los escenarios de resistencia a fenómenos como el de la globalización, habilitaron las posibilidades de transformación de los modelos económicos, políticos, sociales, culturales y jurídicos. La mutación de los Estados nación aún en el seno de la modernidad, también señala que el respeto por la diversidad ha querido ser utilizado como instrumento de imposición hegemónica. En efecto, Ameghino (2011) advierte que si bien se ha presentado una puesta en cuestión de la construcción y organización de la identidad nacional bajo la búsqueda de homogeneidad interna, esto es, la función principal del Estado nación; ello ha tenido un importante sentido de primacía sobre el mercado. Esto no solo implica el sostenimiento del *homo æconomicus*, sino además que se intenta el reconocimiento de la diversidad bajo el sostenimiento de la hegemonía, lo que genera nuevas dinámicas para la resistencia.

A través de la concepción de Giddens, de la modernidad radical para definir la globalización, Juliana Flórez Flórez (2007) expresa que este es el contexto de los movimientos como sus actores críticos, como tiene lugar, incluso con la “reivindicación de elementos convencionalmente considerados ‘tradicionales’” (:248) Entre estos, señala los elementos de lugar, comunidad y territorio en el Proceso de Comunidades Negras en Colombia, reinterpretados en necesidades más globales. La autora reitera la paradoja de la construcción del discurso sobre *el Otro*, que como subraya, no se limita a considerar estas luchas como una sencilla continuación de

los anteriores movimientos, sino a luchas autónomas donde la identidad considera la tradición, pero se constituye en una elección. (Flórez Flórez, 2007) Andersen, (2006) concuerda con esta postura en cuanto señala que los conceptos de raza, clase y estudios de género han incorporado el análisis de múltiples sistemas de dominación, expresándose más allá de sus conceptos tradicionales, donde la idea de interseccionalidad ocupa un lugar nuclear, pues permite encontrar la experiencia total de todos los grupos. En efecto, (i) ninguno de estos conceptos puede subsumirse de forma analítica en los demás. (ii) Las tres nociones constituyen sistemas de desigualdades engranadas, de subordinación y dominación, que deben considerarse en vinculación con la experiencia, (iii) estos conceptos operan en múltiples niveles dentro de la vida social, y tienen bases materiales e ideológicas: *“Thus, stereotypes are intricately linked to social interaction and to social structures of power and inequality”*; (:77) (iv) deben revisarse los sistemas de privilegio social que con frecuencia constituyen la norma no examinada a partir de la cual se juzga a los demás. (v) debe reconocerse que estas nociones son construidas socialmente, por lo que no obedecen a categorías biológicas, (v) estas nociones en las condiciones reseñadas, señalan la existencia de un sistema de opresión pero no se limitan a él, también implican los desafíos a los sistemas de subordinación y representación, precisamente dando sentido a la experiencia, desde la adaptación hasta la resistencia. (Andersen, 2006) En tal sentido subraya María Cristina Bayón (2012) a propósito de la pobreza:

La pobreza no es sólo relativa, sino que está construida socialmente, lo que supone estudiar, al mismo tiempo, las representaciones sociales y las experiencias de la misma, las cuales no pueden separarse de los mecanismos societarios que la generan (Dubet y Martucelli, 2000; Paugram, 2007). Una sociología de la pobreza no se limita, entonces, al estudio descriptivo y cuantitativo de los pobres, sino que se pregunta por la noción misma de pobreza, ubicando a los pobres en la estructura social y en su relación con los otros grupos sociales. Es, precisamente, a partir de dicha ubicación, y de las interacciones sociales que moldea, que se explican sus experiencias, valoraciones y representaciones. (:134)

Precisamente Santos y García Villegas (2001b), señalan el reposicionamiento de la diversidad en el contexto de la explicación del debate académico y político sobre el

multiculturalismo. También lo ubican junto al aumento de flujos migratorios, y las luchas de los movimientos sociales, señalando que ello tuvo lugar en América Latina, junto a las luchas por la autodeterminación de la identidad cultural de los pueblos originarios. Sánchez Botero (2001), con soporte en González Galván, señala que los derechos y justicias indígenas: “representan la manifestación contemporánea de lo jurídico en Colombia. Comparten la legalidad con el derecho estatal que se sirve de reglas escritas, derivadas de un órgano especializado y legitimado por las mismas reglas”, (:160) donde se acentúa la paradoja del neoliberalismo que también describe Guerrero Tapia (2006) a partir de la situación mexicana:

El neoliberalismo, entonces, dentro de los espacios públicos, trató de entronizarse para poder subsistir y de conquistarlos destruyéndolos como tales para extender el espacio de lo privado a la vida pública. Lo que resultó en una clara paradoja: mientras convertía el espacio público en espacio mercantil -insertando normas jurídicas para la valorización en toda clase de intercambios y producción de las propias relaciones sociales, y excluyendo o diluyendo a una de las partes- crecía la exigencia de mantener presente a los dos elementos (sujetos) de la relación, es decir, requería de la expresa potenciación de esa clase de relaciones para desarrollarse. Quizás había la noción de esta paradoja en las nuevas fracciones dominantes, por lo que se intentó (...) ir construyendo una nueva identidad con la ideología del mercado y la solidaridad, como un nuevo rasgo distintivo de la relación con el gobierno y el Estado, y que fue denominado liberalismo social (Salinas de Gortari, 1992). Ahí, en los espacios públicos, donde brotaban crecientes y acumuladas expectativas de renovado aliento respecto a las políticas sociales y económicas del Estado, sobrevino la desesperanza y la incredulidad. Pero en otros espacios provocó el dismantelamiento, la desarticulación, o la abierta confrontación entre personas, grupos y colectivos. (:24)

Bajo la misma línea, este autor como Arnaut (2010), se pronuncian sobre los sentidos transformadores de la incursión del movimiento indígena-revolucionario mexicano Ejército Zapatista de Liberación Nacional, como un ejemplo del proceso de revalorización histórica que emprendieron múltiples comunidades originarias en México. (Arnaut, 2010) En coincidencia, Sousa Santos (2001) resalta el carácter paradigmático de la lucha del pueblo U’wa, poniendo en

evidencia las vinculaciones entre lo local, lo nacional y lo global: “Este orden jurídico local, a pesar de estar reconocido dentro de ciertos límites por el orden jurídico nacional, se encuentra en conflicto con éste, y el conflicto, siendo un conflicto nacional, también es un conflicto internacional”. (:201)

Estos escenarios donde los sujetos colectivos buscan transformar el Derecho, se expresa en relación con otro profundo conflicto: la base individualista del Derecho Internacional, que obedece a la modernidad capitalista. Ello se expresa en los instrumentos de protección en dos vías: limitando la protección a la persona humana, y relativizando en la práctica los derechos que no exijan una interpretación en lógica de individualidad. En efecto, la CADH comprende como persona a todo ser humano (Art. 1.1), enfoque que se refleja también en el Artículo 44 de la CADH y el artículo 23 del Reglamento de la CIDH, que exigen que las víctimas solo serán personas naturales o grupos de personas naturales. (Corte IDH, 1998a; CIDH, 1991) Marcado individualismo que también se ejemplifica en la *Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms*. (UN, 1998)

No obstante ello, los movimientos de las naciones originarias en particular, y los movimientos sociales en general, donde se inscriben a su vez los movimientos de víctimas de crímenes de Estado, suponen y exigen un tratamiento diferencial, no como los individuos que reclama el DIDH, sino además, como sujetos colectivos. Arnaut (2010) encuentra que esos reclamos se vehiculan a través de la identidad colectiva de múltiples formas: (i) utilizando los recuerdos históricos instalados en la memoria colectiva, que cohesionan la comunidad, y sirven en la elaboración de las demandas del movimiento social. (ii) a través de la protesta contra la cultura donde la obtención de mayores libertades, constituye un reconocimiento que se obtiene a partir de otras demandas sociales. Los reclamos se expresan de diversas maneras. Cavallaro y Brewer (2008) defienden la necesidad de un trabajo conectado con los movimientos sociales, que no exija la defensa directa de los DESC, sino utilizar el principio de no discriminación para vincularlos con los Derechos Civiles y Políticos. (Cavallaro y Brewer, 2008) Esto es, una reclamación indirecta de

los DESC que propugne por el éxito de los litigios, soportada en un intenso trabajo a partir de los movimientos sociales. Entre estas experiencias, destacan las siguientes en el sistema interamericano de protección:

- a) Casos relativos a conflictos de tierras con intervenciones estatales en vulneración de Derechos Civiles y Políticos, como las Masacres de Corumbiara y de Eldorado dos Carajás. Estos casos vehicularon ante el sistema interamericano luchas del Movimiento de los Trabajadores Sin Tierra en el Brasil.
- b) Casos relativos a la protección de la Salud mental como el caso Ximenes Lopes vs. Brasil,
- c) Casos relativos a la protección de los derechos de comunidades indígenas, a través de la conexión con el derecho a la vida, como el caso Sawhoyamaya vs. Paraguay.

Ello no implica afirmar que el camino más seguro para promover los derechos que atañen también a los sujetos colectivos, sea el litigio en materia internacional. En efecto Cavallaro y Brewer (2008) discuten que la mejor vía para el acceso a la justicia social en los tribunales, sea la defensa de la justiciabilidad de los DESC en exclusivo ante tribunales internacionales. Para tal efecto proponen articular el litigio internacional como herramienta subsidiaria, con los esfuerzos locales de los movimientos sociales: “un papel que puede requerir litigar estratégicamente los reclamos de DESC desde la perspectiva de violaciones a derechos civiles y políticos”. (:85) Desde luego, esta postura reconoce la fuerte dimensión individualista que subyace en dichos tribunales internacionales, y llama al reconocimiento de la importancia central de los movimientos sociales:

Los casos de Corumbiara y Eldorado acentuaron la importancia de comprender que son los movimientos sociales, y no los abogados de derechos humanos, quienes deberían liderar el diseño de las estrategias de cambio social. Los abogados de derechos humanos, por supuesto, desempeñan un papel preeminente en el litigio, aplicando las normas legales y desarrollando argumentos ante los tribunales internacionales, Pero ellos deberían hacerlo en un sentido que apoye los objetivos de aquellos directamente afectados por graves injusticias sociales, más que como modo de promover agendas jurisprudenciales particulares. (:91 y 92)

Desde otra vía pero no obstante ello, convergente, Cecilia Macdowell Santos (2007) se concentra en las labores de activismo legal transnacional, que prioriza a la acción jurídica en tribunales y organismos internacionales “para fortalecer las demandas de movimientos sociales; para realizar cambios políticos y legales internos; para reestructurar o redefinir derechos; y/o para presionar Estados con el propósito de fortalecer la legislación interna e internacional sobre derechos humanos”. (:30) No obstante ello, se entiende como convergente en tanto reconoce que las pretensiones de este litigio buscan la repolitización del Derecho, trascendiendo a los abusos individuales, ampliando de esta forma su espectro a los sujetos colectivos.

Como se advierte, es prácticamente imposible sugerir la labor de exigencia de los derechos humanos, sin admitir la profunda huella de las luchas de los sujetos colectivos por el reconocimiento del Derecho. Estas lecturas coinciden en su reflexión sobre una vinculación de la lucha por la diversidad y el reconocimiento por el Derecho. Ello además implica el activo papel del reconocimiento de la diversidad en la construcción de los derechos humanos. También subraya que las reivindicaciones, desde los movimientos sociales, constituyen “un triple desafío para el Estado nacional”, como lo encuentran Santos y García Villegas en relación con las reivindicaciones de los pueblos indígenas.

Es posible hacer esta generalización, precisamente a partir de las disputas que estos autores señalan como sustento de los desafíos que implican dichos reclamos frente al Derecho, que involucran la participación en sentidos contrahegemónicos en la construcción de los derechos humanos. En este orden de ideas, el Derecho, las instituciones educativas y militares, constituyen las bases de construcción de sociedad e identidad nacionales por los Estados modernos. (Sousa Santos y García Villegas, 2001a). Estos autores resaltan tres movimientos que se han interconectado y compuesto esta lucha con sustento en la autodeterminación, que realmente preocupan la idea de unidad jurídico institucional:

- a) La autodeterminación e identidad cultural como derechos colectivos, que se ha posicionado ante el legalismo liberal que es profundamente individualista.

- b) Las reivindicaciones exigen un territorio que se encuentre librado de la intervención de los Estados, por lo que se exige un nuevo ordenamiento territorial.
- c) La autodeterminación de la identidad cultural exige el reconocimiento de “instituciones y de órdenes jurídicos totalmente extraños al derecho y a las instituciones propios del Estado nacional”.

De hecho, la idea de *universalidad* de los valores y de las normas jurídicas que subyacen a la construcción del Estado moderno están de tal manera enraizadas en las instituciones, que el multiculturalismo, incluso cuando está legitimado por un imperativo constitucional, tiene una dificultad enorme para penetrar en el desempeño efectivo de las instituciones del Estado”. (Santos y García Villegas, 2001a:4) Pero en el contexto de la interacción frente a las decisiones políticas de los Estados, a través de las cuales pretenden dar cumplimiento a las demandas de los intereses que los erigen, la postura de la diversidad se presenta ante el discurso de la identidad como expresión de lo nacional. De hecho, el tránsito en el reconocimiento de la diversidad ha tenido lugar de afuera hacia adentro, como señalaría Sánchez Botero (2001) se trata de “procesos históricos internacionales, nacionales y locales así como de las particulares étnicas y culturales de pueblos cuyas características permiten comprender y explicar las variables que las tipifican” (Sánchez Botero, 2001:159). Es un proceso que tuvo inicio con el reconocimiento internacional de los derechos, lo cual robusteció las demandas de cumplimiento hacia adentro. A su vez, ese reconocimiento internacional de los derechos, por un parte hizo parte de la construcción hegemónica de la modernidad de la segunda posguerra, pero se dinamizó a partir de las luchas de los movimientos sociales, en relación con sus demandas particulares de justicia.

La discusión que hace Sánchez (2001), en relación con los antecedentes del reconocimiento de lo indígena en la Constitución Política de 1991 en Colombia, de nuevo caracteriza adecuadamente la lucha por el reconocimiento de las víctimas en el Derecho Internacional. Así, llama la atención sobre la tensión sobre las exigencias del movimiento social originario a nivel nacional e internacional, y los contenidos normativos del Derecho nacional, en particular de la Constitución Política de 1991. Esto, desde luego, se acompañó de las esperadas

crisis cíclicas del capitalismo y de los debates que implicó la propia globalización neoliberal. En suma, el debate permanente al interior de los pilares de la modernidad y, en particular, frente a lo que Sánchez (2001) señala como el individualismo y la soberanía en tanto bases filosóficas y jurídicas de la legitimidad y poder del Estado.

Es patente por tanto, que estos basamentos que se presentan en permanente discusión desde el propio surgimiento de la modernidad, pues precisamente esa es su naturaleza, son afectados por la acción política, jurídica y social desde lo internacional, exigiendo transformaciones en el orden nacional. Desde luego, este proceso no es pacífico, pues se observa a su vez afectado por dos procesos diferentes: Una tendencia a la inmovilidad normativa instalada en las sociedades que no han completado su tránsito a la modernidad y, por otra parte, los difíciles diálogos que emergen de la disyuntiva real entre la teoría y la práctica en un Estado de ética mitológica. Dentro de este segundo grupo, a su vez, las luchas sociales han habilitado tránsitos hacia la inclusión normativa, pero por otro lado, estas inclusiones normativas no se reflejan en la realidad.

Entonces, han tenido lugar en el Derecho Internacional dos tipos de robustecimiento para las víctimas, parcialmente encontrados. En una vía, como se observó, Cançado (2008) resalta la importancia de la intervención de las víctimas como individuos ante los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos, advirtiendo:

(...) en mi propia experiencia en la Corte Interamericana, participé en muchísimas audiencias en las cuales pude ver que sin la existencia de la jurisdicción internacional, no se habría hecho justicia. En muchos casos los peticionarios lo intentaron durante años ante tribunales nacionales, ya habían perdido confianza en la justicia humana y finalmente, después de años en que habían perdido la esperanza, obtuvieron justicia ante un tribunal internacional.

Así, aproximándose a una comprensión aún más profunda, Cançado (2008) considera que el derecho de petición individual internacional, o la posibilidad de ejercicio de los derechos de

víctimas en cuanto constituyan individuos en el Derecho Internacional, se transformó en una cláusula que no puede ser objeto de restricción. Pero adicionalmente, se anuncia una comunión entre diversas visiones de sujeto colectivo, resistencia y reconocimiento de la criminalidad de Estado como fenómenos reales. El postular la posibilidad de visiones, reconoce la existencia de miras diferentes. Dicha diversidad de observaciones conlleva también el reconocimiento de disímiles formas de transformación y resistencia. En este escenario, Boaventura de Sousa Santos (2005) estima que existen múltiples fórmulas de dominación, de donde se generan diversas formas de resistencia: “Si los rostros de la dominación son múltiples, también deben ser diversas las formas y los agentes de resistencia a ellos. (:41) Resalta Santos (2005) que bajo el colonialismo, el otro se ve como objeto. De ahí que es preciso, para llegar a la nueva forma de conocimiento que postula (solidaridad), deconstruir una genealogía del sujeto colectivo, como aquí se ha intentado. Esto implica reconocer la necesidad del tránsito de objeto a sujeto a través de la emancipación, (Santos, 2007a) esto es, hacer camino en posición inversa al fetichismo de la mercancía, propio de la modernidad capitalista. En el terreno del Derecho Internacional adjetivo, ello señala la necesidad de reconocer a la víctima su posibilidad de sujeto en el proceso, es decir, romper con la lógica de restricción a excusa para la realización del rito del castigo/suplicio. Precisamente ello es posible, como se observó (*supra* cap. 2, secc. 2, 2.1) a través de la concepción sociohistórica, (Gallardo, 2009, 1988 y 2005) luego entonces, sociopolítica de los derechos humanos (Estévez López, 2007, 2008a, 2008b, 2010 y 2012). Como resalta desde una postura postestructuralista, la tratadista Estévez López: “La potencialidad emancipadora de los derechos humanos se encuentra en su interpretación sociopolítica”. (:303)

El reconocimiento de la diversidad plantea múltiples discusiones que señalan que la vinculación no pacífica entre Estados y movimientos sociales, ha construido los derechos humanos, y su tensión continúa dicha construcción. Precisamente un momento esencial en el reconocimiento de los sujetos en el Derecho Internacional, puede sintetizarse en lo que Boaventura de Sousa Santos, sintetiza como el globalismo contrahegemónico, del cual constituye un ejemplo de interés, la lucha de las naciones originarias:

La trasnacionalización de las luchas de los pueblos indígenas representa una de las formas más importantes de lo que designamos como globalismo contra-hegemónico, una globalización anti-capitalista promovida por grupos sociales subalternos en lucha trasnacional contra los procesos de exclusión social a los cuales el capitalismo global los somete. El significado jurídico-político de estas luchas es múltiple. (Sousa Santos, 2001:201)

Esto implica una transformación del *homo aeconomicus* como sujeto de derecho emergente para el Derecho Internacional, pasando al reconocimiento de la diversidad, donde ha tenido un papel central la ampliación del ser humano individual, al sujeto colectivo. Este reconocimiento de la diversidad por el Derecho, muta la limitada concepción del individualismo, y como señala Santos, (2001) constituye “un desafío al monopolio estatal de la producción y distribución del derecho” (:203). Reto que no se limita a la valiosa propuesta de la multiculturalidad y el pluralismo jurídico. También ha implicado una transformación en el seno del Derecho como instrumento privativo de los intereses que subyacen en el Estado. Las exigencias han sido llevadas hacia la construcción del Derecho, desde luego, mediado por las intensas luchas sociales que caracterizan la modernidad. Otras consideraciones de Santos, pero relativas al reconocimiento de los Derechos Colectivos, podrían describir adecuadamente esta última idea:

Es una reivindicación del reconocimiento jurídico, tanto del derecho nacional como del derecho internacional, de situaciones de pluralidad que la sociología y la antropología del Derecho han documentado ampliamente como formas políticas de resistencia contra el colonialismo jurídico interno.

En suma, el reconocimiento de la diversidad del Derecho ha tenido lugar por diversas razones. Desde una transformación semiótica, impulsada por los movimientos sociales, frente a la construcción del sujeto como enemigo, la resistencia generó el Estado Social de Derecho, donde a través de la idea de una relación de tipo horizontal con el estado, se ha presentado un cambio cualitativo. En segundo lugar, porque la inmovilización genera una reacción social, donde el DIDH ha ocupado un importante escenario de resistencia para las víctimas de crímenes de Estado, como especiales sujetos colectivos como a continuación se revisa.

2.4 El régimen de responsabilidad internacional de los Estados como escenario de resistencia.

La tradición de los oprimidos nos enseña que el “estado de excepción” en que ahora vivimos es en verdad la regla. (Benjamin, s.f. :23)

Norberto Bobbio (1991) reitera los procesos de positivación, generalización e internacionalización de los derechos humanos, inicialmente concebidos por Peces-Barba (1995). A ellos suma la Especificación como “el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos”. (Bobbio, 1991:109) Peces-Barba (1995) señala que la internacionalización es un proceso iniciado desde la propia lucha contra la esclavitud, y pasó por la construcción del Derecho Internacional. No obstante, su aspecto central en relación con la materia de esta tesis, es la eclosión convencional internacional de los derechos humanos tras la Segunda Guerra Mundial, desarrollada en un entorno liberal y a través de declaraciones liberales.

Así, cuestiones que parecerían superar la concepción individual en la Carta de las Naciones Unidas, como la dimensión anticolonial, habrían emergido precisamente como mecanismo hegemónico frente a las principales políticas nazis. No debe olvidarse *e.g.* que en la Conferencia del Atlántico, realizada el 14 de agosto de 1941, de donde surgió la Carta del Atlántico como Declaración conjunta de Roosevelt y Churchill; fueron ratificados principios comunes, como el rechazo a la Teoría del Espacio Vital, que permitía la ampliación ilimitada de los Estados; y la consecuente refrendación del principio de autodeterminación de los pueblos. Así mismo, en la conferencia de Teherán, realizada con anterioridad a la finalización de la Segunda Guerra Mundial, entre 28 de noviembre y el 1 de diciembre de 1943, Stalin, Roosevelt y Churchill no solo se acordaron el exterminio alemán, sino que además concertaron la creación de la Organización de las Naciones Unidas.

La construcción de ese nuevo orden internacional moderno como proceso también influyó en el concepto de Estado. Con ello no solo se pretendió reforzar el Derecho ante la situación vivida, sino también establecer las nuevas hegemonías. En el primero de los sentidos Pérez Giralda (2002) resalta que ha sido asunto común que “tras las diferentes convulsiones históricas europeas, los Estados vuelven entonces a querer ampararse en el Derecho, reforzándolo” (:4) En el segundo de los sentidos, se buscaba edificar un orden internacional que obedeciera a las nuevas hegemonías estadounidense y soviética, mientras se pretendía el rechazo de las formas propias del orden público internacional que había generado la Teoría del Espacio Vital. Este nuevo modelo se caracteriza por el reconocimiento externo e interno del Estado, pero además, por la vía del *ius cogens*, se implantó un *thelos* jurídico-político que permitió sustentar la idea de que los Estados se reconocían como soberanos y debían la posibilidad del ejercicio de dicha soberanía al reconocimiento internacional de occidente. En dicho sentido resalta Añaños Meza (2010):

Junto con el fin del refuerzo de los Estados se encuentra la intención de remodelar o transformar sus estructuras internas mediante modelos políticos de Estados democráticos occidentales, afectando con ello la esfera de su soberanía interna y el derecho de autodeterminación de los pueblos. Tal afectación requiere de una justificación, por lo menos jurídica, dentro del derecho internacional positivo (...) (:4)

Esto verifica la ampliación de la dimensión externa del Estado que encuentra Bavaresco (2010), revisando la teoría de la soberanía hegeliana. La instalación del contenido actual del *ius cogens*, se hizo a cambio del reconocimiento político y jurídico de los Estados. En otras palabras, bajo esta afirmación subyace la consideración de los Estados como sujetos del Derecho Internacional, y que en virtud de tal cuestión, pueden ser titulares de obligaciones y derechos de naturaleza jurídica internacional. Entonces, la pretensión de freno a la teoría del espacio vital, sostiene otra de las contradicciones del modelo económico occidental: la represión del sujeto colectivo y la simultánea defensa de un modelo individualista de la sociedad. Se asistió así a una nueva reconfiguración de la soberanía en el marco de la Carta de las Naciones Unidas, y que Ferrajoli (2004) sintetiza en el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos. Allí se

condensa al particular equilibrio que se deseaba entre violencia y paz, bajo la hegemonía occidental, que había sido ensombrecido con las dos Guerras Mundiales:

Ese ocaso de una institución que tenía por propósito retener y regular la violencia corrobora mi hipótesis central: que desde hace cerca de tres siglos asistimos a una disgregación de todos los rituales, de todas las instituciones. La guerra, mediante sus reglas y sus códigos, también contribuía a crear sentido obrando en nuevos equilibrios, y esto en un área geográfica cada vez más amplia. Dejó de garantizar ese rol -digamos, grosso modo- desde el final de la Segunda Guerra Mundial. (René Girard, 2010:22)

Entonces, tras la Segunda Guerra Mundial se observó el terreno propicio para viabilizar una federación de naciones que fundada en un federalismo *sui generis*, permitía a algunos de Estados considerarse protectores de otros, que de alguna forma se encontraban “menos soberanos”. Ello expresa una revivificación del apadrinamiento de Estados civilizados hacia los *incivilizados*, como lo justificase Vitoria. (2001) El reconocimiento internacional de occidente como vía para la afirmación de la soberanía, vehiculó la constitución de conjuntos normativos que permitían sustentar o deleznar *jurídicamente* dicha aceptación, uno de ellos: El DIDH. No se pretende con esto demonizar los escenarios constitutivos y desarrollantes del DIDH, sino llamar la atención sobre la profunda relación dialéctica entre los ejercicios hegemónicos y contrahegemónicos en relación con el Derecho Internacional. Pero también debe reconocerse que las nuevas hegemonías emplazaron escenarios y discursos propios del humanismo para viabilizarse, en una operación construida y desarrollada a partir del mito del Estado liberal como Estado ético.

En este contexto sigue la transformación de los derechos humanos, observándose que en realidad responden a una demanda negativa. Estos derechos surgen a partir de la movilización social, y en su constitucionalización interiorizan intereses hegemónicos. Se entronizaron en relación con el genocidio nazi hasta su visión hegemónica actual, precisamente a partir de los discursos contrarios al pensamiento totalitario de la Segunda Guerra Mundial, y que se reforzaron con posterioridad. Se exigió entonces, la revisión de escenarios previos desde el Derecho y la

política, frente a otros intentos de hegemonía. Ello se revierte no solo en el Estatuto, (CIMT, 1945) las decisiones del Tribunal (IMT, 1947) y los principios de Núremberg, (UN, CDI, 1950; 1949) como antecedentes inmediatos del sistema de responsabilidad internacional de los Estados, como es comprendido en la actualidad, sino además en el reconocimiento de un Derecho consuetudinario que sustenta las normas de la responsabilidad internacional.

La transformación del nuevo orden mundial, también implicó la transformación del concepto de democracia. Ello implica reconocer que este concepto ha sufrido transformaciones múltiples en diversos escenarios. (Álvarez Enríquez, 2007; Santos & Rodríguez Garavito, 2005) Boaventura de Sousa Santos resalta como contexto de esta vinculación, la idea de capitalismo y democracia, que se han transformado en lógicas no lineales, a partir de los diversos modelos de capitalismo que han tenido lugar. (Santos & Rodríguez Garavito, 2005)

Esta discusión sobre la que se profundizará más adelante (*infra* cap. 2, secc. 3, 1.1) no permite soslayar que se ha cambiado la comprensión de la *polis* como cuerpo político de pertenencia del Estado; (Álvarez Enríquez, 2007) desde el principio integrador aristotélico de la libertad, fundada en la igualdad, se ha fragmentado en un escenario dual entre ética y libertad y, por el otro lado, reflejando visiones liberales de política e igualdad. En la democracia moderna se observa un desequilibrio en la existencia y el peso de los principios que fundan y equilibran la comunidad. (Álvarez Enríquez, 2007) Dicha visión también transformó el Derecho. Como ejemplo de ello se observa la alusión en diversos instrumentos y decisiones internacionales relativas a los derechos humanos, del concepto de democracia. (UN, 1993. OEA, AG, 2001, Arts. 2, 3, 4, 9, 10, 13 y 28; AG, 1948a, Preámbulo, Arts. 2 y 45. DADD, Art. IV, XX, XXI y XXII. CADH, Preámbulo, Arts. 8, 13, 15, 16, 25, 29.c. Corte IDH, 2008f; 2008e; 2006g; 2005bvr; 2005b; 2004g; 1987aOC, párr. 26; 1987OC, párr. 35; 1986OC, párr. 8, 22, 29 y 32; 1985OC, párr. 42 y 44. ECHR, Art. 10, 11, 17. ECtHR, 1986, párr. 42; etc.)

Vinculación democracia/derechos humanos, a la que no ha sido ajeno el Derecho Nacional. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia, encuentra que “el respeto al Estado

Social Derecho, el acatamiento a las decisiones judiciales y la garantía de los derechos humanos”, identifican un régimen como democrático. (CC, 2004) De allí que emerge una redefinición del Estado de Derecho, conectado sobre la limitación de la acción gubernamental por medio de leyes y la reivindicación de (...) derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos”, (Rodríguez Cepeda, 1996) manteniéndose su estirpe individualista. Asimismo, tras la Segunda Guerra Mundial se dio inicio al proceso de Constitucionalización del Derecho nacional señalando la necesidad de un mayor nivel de protección a los sujetos individuales y afirmando que pretendía constituirse como límite al poder en la relación Estado/ciudadanos.

Este proceso presenta, entre otros, tres fundamentos jurídicos: (i) la supremacía normativa de la Constitución; (ii) el control de constitucionalidad que ejerce la administración de justicia para asegurar esta supremacía, y (iii) la incorporación constitucional de los derechos fundamentales. (Burneo, 2013) En dichas condiciones, una de las primeras redefiniciones del concepto de Estado a partir de la modernidad de la Segunda Posguerra, se edifica sobre la pretensión de administrar justicia, incluso a nivel nacional, sobre lo que se profundizará más adelante (*infra* cap. 2, secc. 3, 2). Pero como se observa, la visión de límite al poder desde la hegemonía y a través de los derechos humanos, así como las limitaciones en las relaciones entre Estados, expresado todo ello en el surgimiento de la ONU, reitera que el nuevo orden internacional moderno en cuestión es claramente diferenciado. (Hobsbawm, 1998) Ello sentó las bases para dos nuevas redefiniciones: el reforzamiento de la capacidad y personalidad de los individuos en el Derecho internacional (*supra* cap. 2, secc. 2, 2.1), y con ello, nuevos linderos para la estructura general de los sujetos en el Derecho Internacional. Se recordará, que bajo la configuración kantiana del Derecho Internacional moderno, era impensable el reconocimiento de los individuos.

A pesar del panorama anterior, también debe reconocerse que la transformación del orden público internacional, que tuvo lugar a partir de la segunda posguerra, implicó la adaptación de posturas que pudieran definirse como contestatarias a un escenario congruente en lo jurídico, pero políticamente rechazado por los escenarios *civilizatorios* mundiales. Precisamente, la transformación y la multiplicación del concepto de democracia, generó diferentes espacios de

resistencia a través de la impronta de los derechos humanos en el Derecho, como lo encuentra Estévez López (20012):

Pero como lo demuestran las invasiones bélicas en nombre de la democracia y los derechos humanos, independientemente de la definición teórica de los derechos humanos, el discurso es utilizado en las luchas de poder que lo conforman. Por ello la solución de esto no puede ser teórica sino política. El discurso de derechos humanos es viable para luchas sociales precisamente porque lleva una carga política “extra”. Este “extra” puede ser utilizado por los poderosos pero también por los pueblos en lucha. En el último caso, este “extra” se expresa de dos formas. Primero, la legislación de derechos humanos proporciona un respaldo moral a las demandas expresadas en las luchas sociales porque los Estados han hecho el compromiso internacional de respetarlos y promoverlos, y ahora son una importante fuente de legitimidad (Schmitz and Sikkink 2002; Falk 2000; Brysk 2005). Segundo, las agendas de los movimientos sociales y sus movilizaciones nos solamente se refieren a una serie de ideas abstractas, sino a un proyecto enfocado en combatir el sufrimiento de la gente. La lucha por el respeto a los derechos humanos en cualquier conflicto no es una lucha por una calificación metafísica de las personas, sino por las personas mismas, por las condiciones que garantizan su dignidad. No es simplemente acerca del respeto a los ideales de dignidad humana, igualdad y deber per se, sino al establecimiento de condiciones que lleven a una situación en la que estos ideales sean de hecho cumplidos.

Precisamente, uno de estos espacios de resistencia se presenta en la incidencia del Derecho, en el reconocimiento de las responsabilidades de los crímenes de Estado, y la satisfacción de los derechos de las víctimas. Incluso, encontrándose que esos procesamientos contribuyen a la consolidación de la democracia, limitan el resurgimiento de las violaciones de derechos humanos y permiten la disminución de los conflictos. (Sikkink y Walling, 2007)

Dentro de esta visión de resistencia a la hegemonía a través de derecho, también puede observarse el surgimiento del *Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (Proyecto de Artículos, PA) de la CDI, que además permite

profundizar sobre la configuración de la criminalidad de Estado como fenómeno para el Derecho, y en particular, para el Derecho Internacional. Además, la configuración de un Proyecto de Artículos como el formulado por la Comisión de Derecho Internacional, señala el interesante tránsito de la producción internacional de leyes primarias a las secundarias o de responsabilidad. (Brotóns *et. al*, 2010; Pérez Giralda, 2002) Como señalan Brotóns *et. al*, (2010) tras considerar la existencia de normas de origen consuetudinario, entraron a adoptarse reglas específicas para los ilícitos en que podían incurrir los Estados partes, precisamente a través del Proyecto de Artículos.

Se resalta así que la “importancia vertebradora de las reglas sobre responsabilidad justificó que de ellas se ocupara la Comisión de Derecho Internacional”, (Brotóns *et. al*, 2010:405) sin que ello implique desconocer que el Proyecto de Artículos no es el primer trabajo de la CDI sobre este tipo de responsabilidad. (Crawford, 2004; Pérez Giralda, 2002) El Artículo 1 del Proyecto de Artículos reconoce como principio que la violación de una obligación internacional vigente, genera la responsabilidad internacional de los Estados. Dicho principio, como se ha ratificado en diversos tribunales regionales de Derechos Humanos, y en la Corte Internacional de Justicia, emerge de una norma consuetudinaria reflejada a su vez en otros instrumentos de Derechos Humanos (CADH, Art. 63.1. Corte IDH, 2001, párr. 32; 2001b, párr. 62; 2001c, párr. 78; 1998, párr. 164; 1988, párr. 174).

La codificación de la Responsabilidad del Estado constituyó una de las materias seleccionadas para dar inicio al mandato de la CDI, y precisó que de ella se ocuparan nada menos que cinco Relatores Especiales de la CDI: Francisco García Amador, quien presentó siete informes entre 1956 y 1961, ninguno de los cuales fue discutido como resalta Pérez Giralda (2002). Precisamente García Amador, en una nueva corroboración de la impresión del *homo aeconomicus*, habría reconocido sin tapujos la fuerte impresión de los intereses económicos en la pretensión de especificar convencionalmente esta responsabilidad internacional, como lo resalta Pérez Giralda (2002):

Aparte de su pertenencia significativa al mundo latinoamericano (recordemos los arbitrajes sobre inversiones), García Amador expresaba sin ambages sus ideas sobre este asunto ya en el Curso que impartió en la Academia La Haya, en 1958. Empezaba por citar ampliamente las opiniones radicales de Jessup: las normas del Derecho internacional sobre responsabilidad derivan de la "diplomacia del dólar", es decir del deseo de los Gobiernos de obtener influencia política en ciertos países en el contexto de su pugna por controlar mercados y materias primas. Desde esta perspectiva, daba por superados los "conceptos jurídicos artificiales" de la doctrina clásica, y propugnaba el desarrollo progresivo en esta materia, más allá de la codificación tradicional. Recordemos también que los intereses encontrados de los Estados en materia de inversiones (definición de la indemnización, recursos internos que es necesario o no agotar...) hacía improbable el acuerdo necesario para la formación de normas consuetudinarias. (:5)

Tras ello, Roberto Ago elaboró ocho informes y un documento adicional entre 1969 y 1980. En dichos trabajos, aclaró expresamente que no se ocuparía de la responsabilidad internacional de los individuos. (Pérez Giralda, 2002) La doctrina atribuye a Ago, no solo la superación de una concepción positivista de la responsabilidad sustentada en la relación daño/reparación; reconciliando la reparación y la sanción (CDI, PA, Art. 19), sino también, la conformación de la responsabilidad internacional del Estado que se mantiene hasta la actualidad, como responsabilidad objetiva; así se estableció en la primera parte del PA, que fue aprobada en una primera lectura. (Pérez Giralda, 2002) Luego vinieron Riphagen (siete informes), y Arangio Ruiz (ocho informes), quienes concluyeron los trabajos relativos a la segunda y tercera parte del texto; y finalmente vino Crawford. Durante la relatoría de Arangio, se aprobó un primer texto con comentarios y tras Crawford, entre 1998 y 2000, la CDI examinó el texto y remitió un proyecto que fue aprobado por la Asamblea General el 12 de diciembre de 2001. (Crawford, 2004) Si bien, sigue pendiente de su incorporación normativa, su estela puede recogerse en dos grandes escenarios contemporáneos:

En el Proyecto de Artículos en sí mismo, como en su aplicación. (Brotóns *et. al*, 2010) De esta última da cuenta la Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, aprobada el 1 de febrero de 2007 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, como Informe del Secretario General. (ONU, Informe de compilación, 2007) Ello se explicaría en su pretensión formal de recopilar los intereses jurídicos de occidente en el tratamiento de la criminalidad de Estado como fenómeno general.

El concepto de hecho ilícito internacional contenido en el Proyecto de Artículos como sinónimo o readaptación de lo que se denominó en el pasado como crimen internacional, es diverso del concepto de crimen internacional en tanto noción del DPI. El primero de los casos alude a regímenes de responsabilidad estatal que se desenvuelven desde “*la debida diligencia*” hasta “*la responsabilidad objetiva*” (Crawford, 2004:34 y 122). Se trata del crimen internacional en tanto especie de hecho ilícito internacional, que en Crawford (2004) solo exige “el acto del Estado”, cuestión que Brotons (2010) aclara aún más, estableciendo que el Proyecto de Artículos solo reconoce la responsabilidad objetiva. El crimen internacional en tanto hecho ilícito internacional de los Estados, se concebía como aquel dirigido contra una norma *ius cogens*. (Howard, 2001) Es posible advertir que si esto es así, en realidad el Proyecto de Artículos contiene normas con categoría de *ius cogens*, y que al no conocerse una normativización anterior, esto puede indicar que provienen mayoritariamente del derecho consuetudinario internacional. (Crawford, 2004; Brotons, 2010)

Ello se corrobora parcialmente en Cacho Sánchez (2007) quien encuentra que, en todo caso, la responsabilidad internacional del Estado es un principio del Derecho Internacional, lo que simplemente fue recogido en el Proyecto de Artículos. La segunda comprensión del concepto de crimen internacional, alude a la categoría expresada entre otros, bajo el artículo 5 del ER de la CPI, sobre lo que se retornará. (*infra* cap. 2, secc. 3, 2.1) Crawford (2004) y Howard (2001) enfatizan que con la sentencia de la causa *Barcelona Traction* en la CIJ, la CDI se inició la discusión sobre la necesidad de los crímenes internacionales como nueva categoría de los hechos ilícitos de los Estados. Ello implicó los siguientes razonamientos: (i) Se trata de un

grupo de violaciones contra la comunidad internacional en su conjunto, y no simplemente en relación con los Estados como estructuras insulares. (ii) Se trata de violaciones que requerían sanciones severas. (iii) Se discutía la compatibilidad entre el concepto de crimen y las relaciones jurídicas entre Estados, así como de las garantías básicas del proceso penal. En efecto, Brotóns *et. al* (2010) reseña que Roberto Ago a mediados de la década de 1970, sugirió la distinción entre delito, ilícito y crimen internacional, incluyendo dentro de este último conductas que afectan intereses internacionales de mayor entidad y que se sintetizaba en la consideración de que crimen internacional era lo que la comunidad internacional en su conjunto, así lo considerara. Dichas conductas se organizarían en cuatro vertientes: afectaciones al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a la libre determinación de los pueblos, a la salvaguardia del ser humano, y la protección del medio humano. La polémica en la especificación de este articulado estuvo de la mano de la impresión hegemónica, como lo sintetiza el propio Brotóns (*et. al.* 2010):

La cuestión resultó muy polémica por la dificultad de avanzar en la articulación del régimen (y fundamentalmente sobre las consecuencias) del *crimen* y su relación con las competencias del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Las grandes potencias (occidentales) aspiraban a tenerlo todo *atado y bien atado* y se opusieron ferozmente a una completa regulación de los *crímenes de Estado*, con procedimientos colectivos para la determinación de la responsabilidad criminal y consecuencias fuertes (...). (:414)

Por ello en el Proyecto de Artículos ya no se alude al concepto de crímenes internacionales, sino a violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general. Otro punto de vista es el ofrecido por Eric Wyler (2002) quien considera que el retiro del concepto en realidad obedeció a la necesidad de descartar un concepto de responsabilidad anclado en el derecho doméstico y que, en realidad, se asistió a una despenalización de la responsabilidad de Estado. Por su parte, Jessica Howard (2001) señala que se mantiene el concepto de crimen internacional en cuanto especie del hecho ilícito internacional, en particular en relación con obligaciones *erga omnes*, en particular, como

consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito que surge de la intersección entre normas imperativas (*ius cogens*) y *erga omnes* de Derecho internacional:

A preliminary distinction should be made between peremptory norms and obligations owed *erga omnes*. The concept of *jus cogens* arose largely through the development and codification of treaty law in the Vienna Convention on the Law of Treaties ('VCLT'). The evolution of the concept of *erga omnes*, however, has occurred predominantly through the decisions of the ICJ and other international tribunals. This distinction is not made to complicate further the complex and difficult interrelationship of these concepts. Rather, it is intended as a caution against tying the concepts together too tightly. *Jus cogens* and *erga omnes* arose to serve different needs: one in the context of protecting the interests of parties in bilateral treaty relations, the other in the context of protecting the interests of the international community as a whole. (:)

No obstante estas posturas, el concepto de violaciones de normas imperativas del Derecho Internacional, como reemplazo del concepto de crímenes internacionales (Brotóns *et. al*, 2010; Howard, 2001) es una categoría que puede coincidir en todo caso con la de crimen de Estado, como se observa en el artículo 2 del Proyecto de Artículos en proyección del derecho consuetudinario: "*There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State*". (UN, AG, 2001) Esto es, la noción de crimen de Estado discutida en esta tesis, puede constituir una especie de los hechos ilícitos internacionales (*internationally wrongful act of a state*), para lo cual, desde luego, deberá comprenderse que tanto el derecho consuetudinario, como el *ius cogens*, constituyen categorías nucleares del Derecho Internacional. Ello no obsta para reconocer, precisamente, que uno de los debates más significativos en relación con el Proyecto de Artículos, era el relativo a la configuración del concepto de crimen de Estado en dicho articulado:

En las antípodas de Rosenstock, recurriré como ejemplo de defensores del concepto de crimen de Estado a otro miembro de la Comisión de Derecho Internacional, no menos enfático: Alain Pellet, quien en un trabajo de 1999 se preguntaba si un Estado puede cometer un crimen y se daba una respuesta tajante: "por supuesto que sí". Según

Pellet, la distinción entre crimen y delito responde a una necesidad indiscutible: no se puede asimilar un crimen como el genocidio como una violación ordinaria del Derecho Internacional como puede ser la referente a una obligación derivada de un convenio comercial. Esta afecta únicamente a los Estados parte, mientras que el genocidio amenaza a la sociedad internacional en su conjunto. En cuanto a los reproches que se hacen a la definición de crimen contenida en el párrafo 2 del artículo 19 por tautológico, vago o subjetivo, observa nuestro autor que tampoco las normas consuetudinarias tienen siempre perfiles claros y no por ello son consideradas menos vinculantes para los Estados. El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados ya consagró el concepto de normas de "*ius cogens*" del que el crimen de Estado no deja de ser la contrapartida, de modo que el art. 19 sería el precepto consagrado a la violación de aquellas normas. Si no se dijo así claramente en el proyecto de 1996 fue por no irritar a Francia y a otros Estados, objetores del concepto mismo de "*ius cogens*". El recurso a las obligaciones "*erga omnes*" no es válido para definir el crimen, pues si bien toda obligación derivada de "*ius cogens*" es al mismo tiempo "*erga omnes*", existen obligaciones de esta última categoría que no necesariamente entran dentro del concepto de "*ius cogens*". (...) estas ideas alternativas para definir el crimen internacional, según las obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto o en relación con las normas perentorias del Derecho Internacional, reaparecerán, respectivamente, en los proyectos aprobados por la CDI en 2000 y en 2001. (Pérez Giralda, 2002:11)

Asimismo, Crawford (2004) señala que la segunda parte del PA determina las más relevantes consecuencias de la responsabilidad del Estado por un hecho ilícito internacional. Entre ellas se encuentran las relativas al cumplimiento de las obligaciones de cesación, no repetición y reparación, que se encuentran vinculadas con la categoría de crímenes internacionales.

Como corolario de lo anterior, si bien el destino del Proyecto de Artículos ejemplifica la impresión de las hegemonías sobre la configuración normativa del Derecho Internacional, son innegables los resultados de su difusión incluso como Proyecto de Artículos, expresadas en la

normatividad, la jurisprudencia y la doctrina internacionales. A partir de ello se confirma que este constituye un hito en la resistencia a través del Derecho Internacional.

Precisamente, el DIDH ha constituido un interesante escenario de resistencia frente a la criminalidad del Estado, haciéndole frente a través del Derecho, y transformando los sistemas nacionales, en lo que Víctor Abramovich (2009) reafirma como “el proceso de internacionalización de los sistemas jurídicos en varios países de América Latina” (:95) Siguiendo la lectura del autor desde el sistema interamericano, lo que se suma a reflexiones previas; (*supra* cap. 2, secc. 3) es posible evidenciar la amplia utilización del sistema interamericano de protección de derechos humanos en la resistencia frente a la criminalidad de Estado. (Abregú, 2008) Se ha resaltado el rol del sistema interamericano para las víctimas de crímenes de Estado en los inicios del sistema, a través de procesos de denuncia de las violaciones en un momento inicial, y de colaboración en las transiciones posdictatoriales. (Abramovich, 2009; Abregú, 2008; Bernardes, 2011) En el primero de los escenarios, los Informes de la CIDH documentaron técnicamente las violaciones, legitimaron las denuncias de las víctimas, y sirvieron para “exponer y desgastar la imagen de los dictadores en la esfera local e internacional”. (:97) En lo que corresponde a la transición a la democracia, entre finales de la década de 1980 y comienzos de la década de 1990, constituye un contexto definitivo en la resistencia de las víctimas de los crímenes de Estado frente al Derecho. La rendición de cuentas por los abusos del pasado a nivel nacional e internacional, se constituyó en un elemento central de la construcción de los derechos humanos en América Latina. (Arthur, 2009; Estévez López, 2008b) Abramovich (2009) sintetiza que la Corte Interamericana: (i) delineó los principios medulares de los derechos de las víctimas ante graves violaciones de derechos humanos, (ii) fijó los límites de las leyes de amnistía, (iii) sentó la base en relación con múltiples derechos como la libertad de expresión, el procesamiento por jueces civiles, el debido proceso y las garantías judiciales, así como la limitación de la aplicación de la pena de muerte, y (iv) discutió cuestiones sociales vinculadas con “rezagos discriminatorios en la región” (:97). Sobre la trascendencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el procesamiento de los crímenes de Estado en

Argentina, y en camino a la obtención del consenso social de la persecución nacional e internacional de dichos crímenes, señala Gastón Chillier:

Fue clave en distintos momentos, fue clave para el tema del derecho a la verdad, fue clave durante la estrategia nacional para generar debates sobre informes de la CIDH sobre las leyes de amnistía el informe 28-22 y finalmente la jurisprudencia de la Corte en el *Caso Barrios Altos* fue también clave como base, de fuente de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. O sea junto con Colombia probablemente las Cortes nacionales argentinas son las que más han incorporado el Derecho Internacional. Argentina en el 94 incorporó los tratados de derechos humanos a la Constitución, hay un bloque de constitucionalidad y hay un rango constitucional y la jurisprudencia de la Corte ha dicho que no solo es fuente de derecho sino que también hay una interpretación de los organismos de tratados que también son la guía para interpretarlos a nivel doméstico. Entonces la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos fue fundamental. Y yo diría que también todo el ambiente como decía antes de la justicia penal internacional no tanto en estándares sino en el rol que jugó fue también fundamental: (...) las primeras detenciones de los militares acá se producen un día después de la detención de Pinochet en Londres, eso da idea de cómo se empezaron a resquebrajar las murallas de la impunidad. (Chillier y Gamboa, 2012)

En lo relativo a la insuficiencia ante el Derecho Internacional de las leyes de amnistía y autoamnistía, debe aclararse que la jurisprudencia de la Corte tiene una línea particular en relación con el tratamiento de las últimas, que buscaban que la criminalidad de Estado quedase en la impunidad. Se trata de leyes en sentido formal, que se refieren en exclusivo a los crímenes de Estado, pues es este quien tiene la capacidad de configurar el andamiaje normativo en el orden nacional. La nutrida y fértil línea jurisprudencial de la Corte Interamericana, señala al respecto:

- a) La incompatibilidad absoluta de dichas leyes con la CADH y la DADD, (CADH, Art. 1; Corte IDH, 2001g, párr. 17 y 18; 2001e, párr. 41; 1999, párr. 161; 1988; 2008d; 2008c; 2008b; 2008a; 2006i; 2006f; 2006bvr, párr. 28; 2006b, párr. 92; 2004c, párr. 115; 2003;

2001e, párr. 5, 6 y 26; 2001f, párr. 87) postura que también se ha recogido en la CIDH. (CIDH, 1992, pár. 33; 1992a, pár. 41)

- b) En efecto, vinculación de las leyes de autoamnistía con la repetición de las graves violaciones de derechos humanos, es asunto pacífico en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte IDH, 2006b; 2004h, párr. 175; 2004f, párr. 255; 2004d, párr. 228; 2004c, párr. 222; 1997b, párr. 106; 1988).
- c) El nulo efecto jurídico que tienen estas leyes en el presente y en el futuro. (Corte IDH, 2006b, pár. 189; 1986OC, pár. 21) Este aspecto ha sido interpretado por Cançado Trindade en el sentido de que las autoamnistías no constituyen verdaderas leyes, como se exige de su contenido material en el sistema interamericano. (Corte IDH, 2006vr, párr. 7, 10 y 21. 2006bvr, párr. 31 y 35) Ello no permite ignorar que las leyes de autoamnistía generan responsabilidad internacional del Estado. (Corte IDH, 2006b, párr. 166 y 174; 2006bvr, párr. 1 y 2; 2001g, párr. 144; 1997a; 1997; 1988) De ahí que las decisiones sustentadas en dichas leyes, no hacen tránsito a cosa juzgada. (2006h, párr. 120; 2006b, párr. 153; 2005d, párr. 98; 2004c, párr. 131 y 132)

La proscripción de las leyes de autoamnistía es un asunto central del DIDH, que además se vincula con el DPI y el Derecho Nacional. Por ello, además de las anotaciones que se han hecho en trabajos previos referidas a sus límites en escenarios de justicia transicional (Gamboa Rubiano, s.f.), debe decirse que estas pretensiones normativas transgreden la obligación de diligencia debida que exige impedir las graves violaciones de derechos humanos, por lo que su acaecimiento no libera al Estado de otro conjunto de obligaciones consistentes en su debida investigación y procesamiento bajo el debido proceso, así como su eventual sanción (que debe ser proporcional a la gravedad de la conducta), y de la verificación de la reparación consecuente. (CADH, Art. 2; Corte IDH, 2006b; 2001e, párr. 39 a 41; 1997b, párr. 167-168; 1988, párr. 174; CIDH, 2003; 2001b; 2001c. C. Belém do Pará, Arts. 2 y 7.b; De León, Krsticevic, y Obando, 2010)

Abramovich (2009) subraya la conexión entre la jurisprudencia interamericana relativa a la prohibición de las autoamnistías, en el procesamiento de Alberto Fujimori en Perú, donde los estándares fijados en la sentencia del caso Barrios Altos jugaron un papel central. En dicha sentencia, así como en las sentencias de los casos Carpio Nicolle, y Goiburú vs. Paraguay; se reúnen los principales estándares relativos contra la impunidad del sistema interamericano. (Parra, 2011)

Estos son concernientes, en general, a la determinación de las autoamnistías, la incompatibilidad de estas leyes con el ordenamiento interamericano, (Corte IDH, 2001g, párr. 17 y 18; 2001e) pues constituyen hechos ilícitos internacionales que generan responsabilidad internacional del Estado. (Corte IDH, 2001g, párr. 144; 2001e) No en vano se resaltan sus efectos generales en relación con la jurisprudencia interamericana y el derecho nacional, (Corte IDH, 2001g, párr. 18; 2006bvr, párr. 186 y 187) y su identificación como el inicio de la etapa de formulación de conceptos sobre las disposiciones de amnistía y autoamnistía en el sistema interamericano de protección. (Corte IDH, 2006bvr2) Estas leyes de autoamnistía, gozan de una proscripción general en el DIDH. Ello no solo se corrobora con las ya citadas posturas del Comité del PIDCP, sino además, con múltiples pronunciamientos de las Naciones Unidas. Se observa dentro de este conjunto, el Estudio independiente de la profesora Orentlicher sobre mejores prácticas para combatir la impunidad (CDDHH, Principios de Orentlicher, 2004)

Asimismo, obran múltiples instrumentos internacionales y decisiones de los órganos del DIDH, también referidos en los principios de Orentlicher, como caso el Kurt vs. Turkey en la Comisión de Derechos Humanos. En lo que corresponde al DIH, la profesora Orentlicher subraya que si bien una inicial interpretación implicaba la inimpugnabilidad de las amnistías dentro de los Conflictos Armados No Internacionales, con fundamento en el párrafo 5 del Artículo 6 del Protocolo II, la posición varía si se trata de crímenes internacionales como lo evidencia la jurisprudencia del TPIY, en particular las decisiones de apelación de los casos *Tadic* y *Delalić*, así como la decisión de primera instancia del caso *Furundzija*. (CDDHH, Principios de

Orentlicher, 2004, párr. 26, 27 y 32) En similares sentidos se ha pronunciado el Secretario General de las Naciones Unidas, (UN, SG, 2004, pár. 40)

Abramovich (2009) resalta que el escenario actual, que denomina de post-transiciones, es de clara complejidad, pues una cuestión es la realización de experiencias de transición, y otra la consolidación de los sistemas democráticos de los países de la región. En una vía similar, Abregú (2008) sostiene que tras la transición a la democracia de las dictaduras latinoamericanas, las organizaciones de derechos humanos en el desarrollo de una coyuntura global, han revisado su paradigma de trabajo, y se ha abierto la oportunidad de trabajar por la inclusión de la perspectiva de derechos en relación con las políticas públicas, buscando cuatro metas: dejar sin validez una ley o política pública, promover la corrección de una ley o práctica, así como para contribuir en su diseño y participar en la implementación de políticas públicas.

En este contexto, el trabajo del sistema interamericano se ha concentrado en intentar la mejora de las condiciones estructurales que efectivizan los derechos. (Abramovich, 2009) En ello se destacan temáticas como las siguientes: (i) funcionamiento y garantías para los sistemas de administración de justicia, (ii) garantías procesales para víctimas y personas procesadas, (iii) los renovados debates relativos al fuero penal militar, (iv) derechos civiles y políticos, así como las demandas de igualdad de grupos y colectivos. (Abramovich, 2009) Este último punto señala la transformación de la concepción individualista eurocéntrica de los sujetos en el sistema interamericano, y advierte que la producción del Derecho a partir de los instrumentos, así como las actuaciones del órgano y del tribunal interamericano, se han materializado por las víctimas de los crímenes de Estado de América Latina. Así, Abramovich (2009) destaca que el sistema interamericano es un escenario privilegiado de activismo, a través de la denuncia de las violaciones, la visibilización de prácticas estatales cuestionadas, la búsqueda de diálogo con gobiernos, “y para revertir las relaciones de fuerza y alterar la dinámica de algunos procesos Políticos”. (:103) Al punto que el ejercicio jurídico de la búsqueda de los derechos de las víctimas, contribuyó al reforzamiento del sistema interamericano. Si bien el fortalecimiento se ha venido desestructurado en los últimos años, y el sistema se ha ampliado en relación con lo que

Abramovich (2009) denomina el “esquema clásico del SIDH como protector de víctimas frente a los abusos de los Estados autoritarios y monolíticos”, (:105) pero ello no impide desconocer la trascendencia del sistema como escenario de resistencia de las víctimas de la criminalidad de Estado, y su incidencia dentro de los derechos nacionales, como lo destaca Abramovich (2009):

Así, la jurisprudencia fijada por la Comisión, y en especial por la Corte, ha incidido en diversos cambios jurisprudenciales en los países del área, en temas relacionados con la débil y deficitaria institucionalidad de las democracias latinoamericanas. Podemos mencionar, por ejemplo, la jurisprudencia sobre la despenalización del desacato y de las críticas emitidas por la prensa, el acceso a la información pública y los límites en la persecución penal de manifestaciones públicas pacíficas; la fijación de límites y condiciones objetivas para el uso de la prisión preventiva, de las facultades de detención de las policías y de la fuerza pública; la determinación de pautas para un sistema penal diferenciado para los menores de edad sobre el derecho a apelar ante un tribunal superior las condenas penales; la participación de las víctimas de crímenes de Estado en los procesos judiciales; el reconocimiento de mínimos derechos al debido proceso en la esfera administrativa y la revisión judicial de actos administrativos, así como de garantías básicas en los procesos de remoción de magistrados, entre otros asuntos de gran relevancia para el funcionamiento de las instituciones y orden constitucional en los Estados. (:100)

La masiva utilización del sistema interamericano, en la demanda de los derechos, señala la existencia de bloques autoritarios nacionales que dejan sin camino a las víctimas en los órdenes nacionales. En efecto Kathriyn Sikkink, (2003) resalta la existencia de modos de comunicación entre estructuras de política regional o internacional, con estructuras locales. En particular, los modelos *bumerang* y *espiral*, como esquemas que pueden pensarse en referencia a la interacción de estas estructuras, y que sugieren que la existencia de bloqueos en la sociedad local originados “con frecuencia en la represión y el autoritarismo” (:309 y 310), lleva a los movimientos sociales a lo transnacional. Esta insistencia en la demanda internacional de la efectividad de los derechos humanos, incluso reconociendo la existencia de algunos otros factores como intereses económicos específicos (Bukovská, 2008) que tampoco han sido ajenos a los sistemas de

Derecho Nacional y a la CPI; permitiría adicionalmente considerar la actualidad de la manifestación de los crímenes de Estado (*infra* cap. 2, secc. 3, 1.2) Esta demanda de reconocimiento de derechos, a través del Derecho, se expresa, *e.g.* en el litigio estratégico o de alto impacto, que como subraya Bukovská (2008), busca modificar leyes o prácticas, así como la adopción de interpretaciones constitucionales o de Derecho Internacional. Además se suma a escenarios de reconocimiento de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición.

Desde luego que el ejercicio de la resistencia, que han llevado a cabo las víctimas de crímenes de Estado en el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos, ha tenido no pocos detractores quienes atacan el carácter necesariamente político de la defensa de derechos humanos en lógica de eficacia. Entre ellos, Ezequiel Malarino (2010) arremete la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana, en particular, la construida durante las presidencias de los jueces Cançado Trindade y García Ramírez, señalando que es un escenario de activismo judicial, punitivización y nacionalización. Malarino comprende que el activismo de la Corte Interamericana se refiere a la modificación judicial del Derecho, en sintonía con las necesidades sociales existentes al momento de su aplicación; sintetiza la punitivización en el reconocimiento de los derechos de las víctimas, que a su juicio, neutralizan los derechos de las personas procesadas; y, finalmente, refiere la nacionalización a intromisión a través de las sentencias de reparaciones, de las funciones de autoridades nacionales, contrariando la soberanía de los Estados.

Algunos de los reparos de Malarino se dirigen contra la prohibición de amnistías en casos de graves violaciones de los derechos humanos, en relación con la prohibición de prescripción de dichos casos, así como sobre el derecho de las víctimas a la verdad judicial, y la obligación de que tengan amplias facultades de actuación dentro de los procedimientos nacionales. A partir de allí acusa a la Corte Interamericana de extender su poder de control y de imposición, supuestamente alterando su fisionomía como tribunal judicial. La postura de Malarino es contestable aclarando que como se ha observado a lo largo de esta tesis, una postura que limite

los derechos humanos a lectura taxativa, es limitante y contraria a la propia construcción liberal de los derechos humanos como límite al poder; y en realidad discute la necesidad de efectividad de los derechos. (Basch, Filippini, Laya, Nino, Rossi, y Schreiber, 2010) En un segundo orden, la lectura de soberanía en Malarino no considera la transformación de la idea de soberanía de la modernidad, asunto ya tratado en esta investigación (*infra* cap. 1, secc. 1). En lo que se refiere a la tacha de Malarino sobre la construcción del Derecho en contacto con la realidad, como se profundizará, incluso bajo una representación que no resulta necesariamente negativa como la de Razón de Estado en Foucault (2007) se mantiene la vinculación Estado–control social, como palmaria, y la necesidad de revisión de dicha cuestión por el Derecho. (*infra* cap. 2, secc. 3, 1.2)

Ello se acentúa en la comprensión foucaultiana del ordoliberalismo, que junto al neoliberalismo norteamericano, constituye para Foucault (2007) una de las dos formas bajo las cuales se expresa la gubernamentalidad liberal. En ellos, elemento jurídico se ubica en el “orden de lo supra” (2007:194). Por ello resulta necesario interpretar el Derecho en relación con las condiciones reales, entre otras sociales, en que se desarrolla (Sepúlveda, 1989), reconociendo los vínculos entre el desarrollo de las ciencias sociales en general y la necesidad de estudio del Estado, que tienen inicio en la modernidad europea, y que debe implicar estudios transdisciplinarios para comprender la realidad social mundial (Batta Fonseca, 2011). Así, Sepúlveda (1989) aclara que la ideología influye en el Derecho, este corresponde a las “concepciones ideológicas de quienes lo crean. Todo Derecho es exponente de unas ideas concretas y, más aún, de una concepción social precisa”. (:145 y 146) Sin que ello equivalga a una comprensión del Derecho como simple ideología, como dice Foucault:

Mi propósito es demostrar en estas conferencias cómo, de hecho, las condiciones políticas y económicas de existencia no son un velo o un obstáculo para el sujeto de conocimiento sino aquello a través de lo cual se forman los sujetos de conocimiento y, en consecuencia, las relaciones de verdad. Sólo puede haber ciertos tipos de sujetos de conocimiento, órdenes de verdad, dominios de saber, a partir de condiciones políticas, que son como el suelo en que se forman el sujeto, los dominios de saber y las relaciones con la verdad. Una historia de la verdad será posible para nosotros sólo si nos desembarazamos de

estos grandes temas del sujeto de conocimiento, al mismo tiempo originario y absoluto, utilizando eventualmente el modelo nietzscheano. (1996:32)

Esto se ratifica por Peces-Barba, (1995; 1986) quien explicitando la ruta de construcción de los derechos humanos, como propios de la modernidad, señala que el Derecho moderno se caracteriza como una producción del poder político, que consolida el Estado. Finalmente, las materias referidas Malarino constituyen puntos de acuerdo dentro del DIDH en general, no solo en la proyección de la Corte Interamericana. En relación con la incompatibilidad absoluta de las leyes de autoamnistía con el Derecho Internacional, en otros escenarios del DIDH como el Comité del PIDCP se ha advertido sobre su incidencia en la vulneración de la garantía de no repetición (ONU, CDH, OG, 2004, pár.18; OF, 2000, pár. 9; OF, 1999, párr. 7; OF, 1997, párr. 13; ObP, 1996; 1995a, párr. 224 – 241; OG, 1995, párr. 144; 1994, párr. 12,4; OF, 1994, párr. 7; 1993, párr. 7 y 11; OG, 1992, párrs.14 y 15). La prohibición absoluta de estas leyes, en conexión con el deber de diligencia debida, también es un asunto que se deriva de otros instrumentos internacionales. (DUDH, Arts. 1 y 2; PIDCP, Arts. 2 y 3; PIDESC Arts. 2 y 3. CEDAW; CICT, Art. 6; ER, Art. 54) y es incluso desarrollado por normas de derecho nacional. (CC, Sent. C-285/97)

Similar situación corresponde a la prohibición de prescripción de graves violaciones de derechos humanos, que es propia del Derecho Internacional consuetudinario y del Derecho convencional, a partir de la determinación de los principios de Núremberg. La efectividad de los derechos de las víctimas en los procesos judiciales es un asunto esencial del DIDH. En efecto, la Corte Internacional de Justicia ha resaltado que la protección a los derechos humanos incluye la protección contra la denegación de justicia en los tribunales internacionales (ICJ, 1970, párr. 91) y la efectividad de estos derechos, hace parte de múltiples instrumentos y declaraciones concernientes a los derechos humanos. Así, los derechos de las víctimas se asientan en el Derecho Internacional sobre el derecho de a la justicia, consagrado en múltiples instrumentos. (DADD, Art. 18; CADH, Arts. 8 y 25; DUDH, Art. 18; PIDCP, Art. 2.3; CEDH, Art. 13) El derecho a la justicia es el conjunto de garantías que se conforman a partir del derecho a un

recurso rápido y eficaz, el debido proceso y el plazo razonable, que se reconoce por la doctrina internacional como un derecho fundamental que corresponde tanto al Estado, como a las víctimas y las personas procesadas. (Abellán, 1993; Corte IDH, 2006j, párr. 146; 2006c, párr. 300; 2006a, párr. 89; 2005e, pár. 170; 1988, párr. 172)

El sistema interamericano ha reiterado que el deber de diligencia debida de las graves violaciones de derechos humanos, constituye un derecho subjetivo en cabeza de las víctimas que emerge del derecho a la verdad. (CADH; Arts. 8.1 y 25.1. Corte IDH, 2009f, párr. 112, 117 y 120; 2000, párr. 201; 1998b, párr. 97; 1997a, párr. 86. CIDH, 2000; 1999c; 1999; 1998; 1997a; 1995) En ello coincide con algunos derechos nacionales como el colombiano donde la exigencia del Derecho a la verdad se incrementa ante la gravedad de las conductas, y los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos corresponden a deberes de los Estados. (CC, Sentencias C- 579/13; C-454/06; C-047/06; C-1177/05; C-1154/05; C-979/05; C-591/05; C-998/04; C-014/04 ; C-899/03; C-775/03; C-451/03; C-916/02; C-875/02; C-805/02; C-578/02; C-228/02; C-178/02; T-556/02; SU-1184/01; C-1149/01; C-740/01; T-1267/01 ; C-163/00; T-694/00; C-293/95; C-004/03) En lo que corresponde con el sistema universal de los derechos humanos, si bien no se ha consignado de manera expresa como derecho de las víctimas, termina convirtiéndose en tal en tanto se comprende: (i) como una obligación de *ius cogens* de los Estados (UN, CDH, 1995, pár. 8.6; 1997, pár. 8.8. UN, CDDHH, 1983; 1994, pár. 15 y 1995, pár. 13); (ii) que específicas garantías del derecho a un debido proceso, también se conectan con derechos de las víctimas como la reparación (CDH, 2002, párr. 7.3; 1984, párr. 6) y el derecho a un recurso efectivo (DUDH, Art. 8. PIDCP, Arts. 2 y 14. UN, AG, 1985, principios 4 and 7. UN, 1993, párr. 27; UN, 1998, Art. 9; UN, 2005, apartado 12), (iii) así se establece expresamente en las decisiones del Comité del PIDCP, como una garantía que emerge de la dignidad humana. (CDH, 2004, párr. 15. OG 1992, párr. 14 y 15)

Puede advertirse entonces, que el DIDH y, en particular, el sistema interamericano de protección se ha configurado como un particular escenario de resistencia, expresión, motor y sintetizador de las transformaciones generadas por la resistencia de las víctimas de crímenes de

Estado, en el Derecho Internacional en general. Dichas luchas que buscan y han logrado una paulatina transformación del Derecho, se expresan a través de las víctimas de crímenes de Estado como sujetos colectivos. No obstante, la permanencia de la criminalidad de Estado (Bernardes, 2011) como fenómeno latinoamericano, ha generado nuevas luchas que se profundizan no solo ante la errónea idea de que se trata de un fenómeno del pasado, sino que además, se ha profundizado con la llegada del Nuevo Humanismo Militar como fenómeno mundial.

Sección 3. Criminalidad de Estado bajo el Nuevo Humanismo Militar: la profundización de la biopolítica de los derechos humanos

El gobierno se limita por la evidencia, no por la libertad de los individuos. (Foucault, 2007:82)

En palabras de un desaparecedor, los prisioneros, estos “muertos que caminan”, “una hora antes tenían vida. Al desaparecer, ya no tenían vida”. (Vilariño, citado por Calveiro, 2003)

Reconocería Eric Hobsbawm (1998) que al final del siglo XX, el mundo era cualitativamente distinto. En efecto, la hegemonía se trasladó de Europa a América del Norte, como se definió durante los Acuerdos de Bretton Woods (1 al 22 de julio de 1944) en materia económica, y en las Conferencias de Dumbarton Oaks, Yalta y Potsdam en lo relativo a la reconfiguración mundial general. El mundo tendió a convertirse en una única unidad operativa, destacándose la incapacidad de las instituciones públicas de hacer frente a las nuevas implicaciones, y se profundizó la modernidad a través de una fuerte ruptura de los vínculos entre pasado y presente:

Esto es sobre todo evidente en los países más desarrollados del capitalismo occidental, en los que han alcanzado una posición preponderante los valores de un individualismo asocial absoluto, tanto en la ideología oficial como privada, aunque quienes los sustentan deploran con frecuencia sus consecuencias sociales. De cualquier forma, esas tendencias existen en todas partes, reforzadas por la erosión de las sociedades y las

religiones tradicionales y por la destrucción, o autodestrucción, de las sociedades del «socialismo real».

Una sociedad de esas características, constituida por un conjunto de individuos egocéntricos completamente desconectados entre sí y que persiguen tan sólo su propia gratificación (ya se le denomine beneficio, placer o de otra forma), estuvo siempre implícita en la teoría de la economía capitalista. (Hobsbawm, 1998:25)

Estos eventos evidencian que la realidad jurídica transita difícilmente por un camino como el aludido por Ihering (2006) cuando señalaba que la violencia se aparta del Derecho. Ello se aprecia con nitidez con la proyección desde el 11 de septiembre de 2001 del escenario o la cultura del Nuevo Humanismo Militar.

En efecto, la consideración de un tiempo lineal que exterioriza el dominio del ser humano sobre la naturaleza como expresión de la ética de la gracia, constituye uno de los fenómenos de la modernidad. (Villoro, 1992) Este se traduce en la afirmación de “la línea del progreso”, como en la concentración en la ciudad como espacio que es propio de lo humano (Echeverría, 2009). La afirmación de la línea del progreso se explica tácitamente en el historicismo moderno en Villoro, si bien éste señala que la comprensión tuvo lugar sin el cambio del mundo, con lo que tiene lugar el redescubrimiento de la historia, y su crítica también descansa en la monocultura del tiempo lineal de Boaventura de Sousa Santos. (2010, 2006, 2009a) En virtud de la idea de la línea de progreso, hacia el siglo XVIII se entendería socialmente que la historia progresa “hacia un fin que vería la emancipación plena de la sociedad humana y su cabal conocimiento y control de la naturaleza”. (Villoro, 1992:42)

Esta idea emerge de considerar la verdad como proceso, donde el futuro se acerca con mayor fuerza a ella que el pasado en virtud de la acumulación de observaciones. En un primer momento la acumulación implicaba una veneración de los antiguos, con Bacon se sustituirá por “la confianza en la propia observación guiada por la razón” (Villoro, 1992:50) De ahí que es lógico entrar a determinar la incidencia de la monocultura del tiempo lineal, en la configuración

del DPI, que se expresa en la CPI. (*infra* cap. 3, 1) Es necesario advertir que la monocultura del tiempo lineal ha sido signada por la racionalidad instrumental, lo que tiene implicaciones claras en ideas como las de civilización, y hegemonía mundial. A partir de aquí es posible evidenciar la concepción de esta monocultura en la configuración de la razón instrumental planetaria. Una tecnología que en apariencia conquistó el tiempo y el espacio, se convirtió en la única medición “razonable”, pero además, como Bauman (2004), desprende de Foucault, la limitación del movimiento y su ampliación se convirtió en el “principal instrumento de poder y dominación”, como lo ejemplifica el panóptico de Bentham (:15) Ese tiempo congelado en la aplicación de la prisión por el Estado en relación a quienes les están sometidos, pasó a constituirse en un urgente instrumento de poder y dominación en las hegemonías mundiales.

La irrealidad de la monocultura del tiempo lineal también se expresa en la crítica de la teoría de las generaciones de derechos y su contraste con la realidad, como lo resalta Jelin (1996): “En términos generales, hasta los años ochenta del ajuste y la reestructuración del Estado, los derechos económicos–sociales tuvieron más vigencia que los políticos, y éstos más que los civiles, aunque hubo en la región reversiones históricas significativas”. (:116)

Esto permite discutir sobre diversas cuestiones como la proyección de los derechos humanos, la continuidad de las luchas de las víctimas de crímenes de Estado como sujetos colectivos, y sobre el presente y las posibilidades aún contrahegemónicas de una institución como la CPI en el procesamiento de la variable específica de los crímenes de Estado. El sostenimiento de los crímenes de Estado genera diversos interrogantes para el Derecho. Por una parte, destaca el encubrimiento parcial de este tipo de criminalidad a cargo de la dogmática. También tiene lugar cuando se pretende reducir la criminalidad de Estado como crímenes de algunos agentes o en el concepto de macrocriminalidad difusa, que en realidad constituyen lugares donde se pierden los contornos de esa especie de poder que constituye la del Estado. En la conexión con el DPI, el ocultamiento se expresa con las pretensiones iniciales, no del todo abandonadas; de que este escenario del Derecho Internacional descartará el DIDH como lugar de reconocimiento de la

responsabilidad de los Estados. Por ello es necesario acceder a los contornos del Nuevo Humanismo Militar, lo que exige revisar los conceptos de totalitarismo y razón de Estado como sus antecedentes, y observar el papel que en él tienen tanto el DIDH como el DPI. Ello permitirá verificar si el crimen de Estado constituye una expresión de lo que aquí se denomina la Biopolítica de los derechos humanos.

1. Contornos del Nuevo Humanismo Militar: Revivificación de la razón de Estado.

Cuando se retiran los cadáveres, empieza la política: así es (así *parece* ser) tanto en *Hamlet* como en *Antígona*: Fortinbras o Creonte vienen a restaurar el orden justo de la Polis, amenazado por el “estado de naturaleza” y la guerra de todos contra todos. Pero, desde luego, esto podría ser tan sólo una ilusión retrospectiva, un efecto de lectura *retardado*, generado por las “fuerzas reactivas” –en el sentido nietzscheano– de las modernas filosofías contractualistas (todavía, o de nuevo, dominantes tanto en la academia como en el sentido común político de hoy), que se distraen con prolijidad y empeño ante la verdad histórica evidente de que todo “orden justo” instaurado por un “contrato” es, no sólo pero *también*, el resultado de la victoria de una de las partes en una relación de fuerzas; que la “universalidad” del consenso es el reconocimiento (no necesariamente consciente) de la hegemonía de un *partido* que tiene el poder suficiente para imponer *su* imagen del orden y de la justicia: no cabe duda de que Shakespeare, en este sentido, está más cerca de Maquiavelo (o de Marx) que de Locke (o de Kant)”. (Grüner, 2000:146)

Entender una teoría normativa en sentido amplio, esto es, implicando cuestiones como la ciencia política o las relaciones internacionales (Aguirre, 1996), trascendiendo a los análisis estrictamente empíricos o descriptivos; exige reflexionar sobre los problemas éticos y morales que plantea el pensar y el actuar (Aguirre, 1996; Orjuela Escobar, 2012). En efecto, para Bokser Liwerant (2009), en virtud de nuevos escenarios internacionales, y su exigencia de “cruce disciplinario”, se observa un interés renovado del pensamiento político por la teoría política que puede emerger de los cambios tanto en las humanidades como las ciencias sociales, o “como una respuesta (...) a la ruptura del consenso de la postguerra y el emergente choque de valores”. (:65)

La teoría normativa de la antigüedad se había caracterizado por la utilización de la *phronesis*, la sabiduría práctica, la “adecuada comprensión de las mudables y conflictivas situaciones de la vida ordinaria, para actuar con sensatez y ponderación”. (Orjuela Escobar, 2012:41) En oposición a ella, la teoría normativa de la modernidad capitalista se constituye por la razón instrumental, el mercado como forma general de la coordinación social y la emergencia de lo técnico científico. (Orjuela Escobar, 2012) Estos elementos se reconocen en el pensamiento foucaultiano, y se actualizan a partir de la Biopolítica. Por ello, es necesario revisar la teoría normativa de la modernidad, en vinculación con la construcción del discurso hegemónico de los derechos humanos, como instrumento de Biopolítica. Como señalaría Calveiro (2012):

(...) si todo poder moderno se pretendió dueño de la vida y de la muerte desde la construcción de las soberanías estatales, hoy esta dimensión alcanza su máxima expresión. Nunca como en el presente, dado el desarrollo de la tecnología nuclear, el estado tuvo la posibilidad de acabar masiva y selectivamente con la vida humana, o bien de arrastrarla a una posible extinción. (:61)

Ya se aludió a la inicial confusión entre *homo penalis* y *homo aeconomicus* a partir de Foucault, de donde se dedujo que el delincuente constituyó el primer enemigo interno bajo el Derecho como expresión de clases dominantes en la relación que es sinónimo de Estado. (*supra* cap. 1, secc. 3, 2) Además, Foucault (2007) señala la cuestión de la penalidad en la actualidad, consiste en determinar cuántos delitos pueden permitirse y cuántos delincuentes deben quedar impunes. Por ello para ingresar en el terreno de las posibilidades de la CPI como espacio de prevención de crímenes internacionales, es preciso abandonar la idea de la criminalidad estatal como expresión de aisladas personalidades desviadas y entenderla como otro instrumento de Biopolítica.

La Biopolítica puede examinarse desde la correlación de Foucault, Agamben, Arendt y Benjamin, en el gobierno extremo o violento de la vida humana, como “la marca de la soberanía moderna cuyo reverso más imperceptible es la excepción jurídica”. (Bartolomé Ruiz, 2012:26) En Foucault (1998) la Biopolítica es uno de los fundamentos de la modernidad, y puede colegirse

que expresa las transformaciones técnicas modernas pues designa lo que hace entrar a la vida “y sus mecanismos en el dominio de los cálculos explícitos y convierte al poder-saber en un agente de transformación de la vida humana; esto no significa que la vida haya sido exhaustivamente integrada a técnicas que la dominen o administren” (:85) pues se sustenta en relaciones de poder/saber que constituyen verdaderas “matrices de transformaciones”. (:59) Hanna Arendt (2009) también participaría en la afectación de la modernidad sobre las dimensiones de lo que ella denomina la naturaleza humana. La pensadora segmenta la naturaleza humana en la vida del espíritu (1984) o contemplativa, y la vida activa humana (2009) que divide en tres espacios o “actividades fundamentales”: labor, trabajo y acción” (:21), que son todas las actividades del ser humano o condiciones básicas de vida humana en la tierra.

La primera se refiere al espacio biológico, ligado a “las necesidades vitales producidas y alimentadas por la labor en el proceso de la vida” (2009:21). La emancipación de la labor es el triunfo sobre la necesidad del mundo moderno, esto es, cuando al “*animal laborans* se le permitió ocupar la esfera pública” (:140), pero su presencia allí hace que también manifieste actividades privadas como resultado la cultura de masas. En oposición, el espacio de trabajo se refiere a “lo no natural de la exigencia del hombre” (:21) que transforma la modernidad a partir de la “glorificación teórica del trabajo”. (:17). Finalmente, la acción es la única actividad que no exige la mediación de cosas o materia: “Mientras que todos los aspectos de la condición humana están de algún modo relacionados con la política, esta pluralidad es específicamente la condición –no sólo la *conditio sine qua non*, sino la *conditio per quam*– de toda vida política”. (:22)

Arendt y Agamben (2010) no limitan la existencia de ninguna de las esferas a la modernidad, pero evidencian sus transformaciones, según Arendt (2009) profundizadas en el Mundo Moderno que emergió “con las primeras explosiones atómicas” (:18), como un espacio alienado, donde los tres espacios siguen siendo importantes para todas las actividades humanas. Con la modernidad se funden la vida activa y la contemplativa que le da su significado por al “enorme peso de la contemplación en la jerarquía tradicional”, (:29) pero bajo el pensamiento arendtiano, la vida activa implica que el interés de las actividades que le componen es diferente,

pero no “superior ni inferior al interés de la vida contemplativa”. (:30) En efecto, en el Mundo Moderno se presentan específicas características: (i) se diferencian en menor medida las esferas social y política, (ii) la política constituye una función de la sociedad, como lo advierte Marx a través de la lectura de los economistas políticos de la edad moderna, y la consideración de la acción, el discurso y el pensamiento como superestructuras del interés social.

Así, los límites antiguos entre la esfera doméstica y la política desaparecen con la modernidad, donde “todas las materias que anteriormente pertenecían a la esfera privada familiar se han convertido en interés “colectivo”, y “fluyen de manera constante (...) como olas de la nunca inactiva corriente del propio proceso de la vida”. (Arendt, 2009:45) Con este fenómeno, se encontraría una cercanía entre Arendt y Foucault, a partir de la diferenciada fusión en sus pensamientos de las esferas públicas y privadas de la modernidad, que se trasladan expresamente en Foucault al concepto de Biopolítica, si bien se distancian en la trascendencia de los factores biológicos en este, relativos en este último al gobierno sobre la vida, y la primacía en el ejercicio o neutralización la libertad de acción de Arendt.

La Biopolítica en Agamben (2004 y 2010) se sustenta en Arendt y Foucault, (1998) de quien se distancia al comprenderla como fenómeno premoderno pues la excepción es una implicación de la vida natural, (Agamben, 2004) y lo biopolítico es el aporte original del poder soberano. (Agamben, 2010) Sobre las expresiones biopolíticas de la modernidad, Agamben (2010) la encuentra tipificada en el campo de concentración no limitada a realización de la “*conditio inhumana*” (:211), sino como verdadero *nómos* del espacio político actual, en vinculación con la razón de Estado: “El campo de concentración es el espacio que se abre cuando el estado de excepción empieza a convertirse en guerra”. (:215) Así, se resalta la trascendencia del pensamiento foucaultiano al relieves la importancia del cuerpo en las estrategias políticas, pero Agamben (2010) lo hace trascender mediante la incidencia del poder soberano:

En particular, el desarrollo y el triunfo del capitalismo no habrían sido posibles,
en esta perspectiva, sin el control disciplinario llevado a cabo por el nuevo Biopoder

que ha creado, por así decirlo, a través de una serie de tecnologías adecuadas, los “cuerpos dóciles” que le eran necesarios”. (...)

(...) Y solo una reflexión que, recogiendo las sugerencias de Benjamin y Foucault, se interrogue temáticamente sobre la relación entre la nuda vida y la política, que rige de forma encubierta las ideologías de la modernidad aparentemente más alejadas entre sí, podrá hacer salir a la política de su ocultación y, a la vez, restituir el pensamiento a su vocación práctica.

(...) *Se puede decir, incluso, que la producción de un cuerpo biopolítico es la aportación original del poder soberano.* La biopolítica es, en este sentido, tan antigua al menos como la excepción soberana. (:12 y 13)

La estimación del poder en Foucault no se limita al estatal, sin embargo, aprecia el poder de Estado como diferencial. De ahí que se deba reconocer con Ágamben, la importancia del poder soberano como mecanismo de Biopolítica, en el contexto del Derecho Internacional. En efecto, determinar si la violencia continúa fungiendo como una *función* del Estado (*supra* cap. 1, secc. 3) constituye uno de los más interesantes problemas de la modernidad. La Biopolítica surge (Foucault, 2007) y fortalece la modernidad, que a su vez se reconoce como el caldo de cultivo del totalitarismo. (Bauman, 2011; Mèlich, 1998) Este fenómeno tiene lecturas diferenciales a partir de Arendt y de la primera Escuela de Frankfurt. No obstante, la dicotomía razón instrumental y razón crítica constituye una apropiada síntesis de la génesis y efectos del totalitarismo, y de sus implicaciones en un fenómeno que se ha concebido de menor rigor como es el autoritarismo; (Arendt, 1998) si bien, bajo el Nuevo Humanismo Militar se asiste a lo que Calveiro (2012) llamaría el reemplazo del autoritarismo de Estado como sistema de control global. Pero ello se hace además, con un profundo sentido de Biopolítica, a través de la selección sobre los cuerpos a torturar o a extinguir, o la misma selección que implica el proceso de construcción y destrucción del enemigo a través de los crímenes internacionales, como subraya Iturralde (2003):

La histeria colectiva no es un fenómeno exclusivo de países periféricos como Colombia con Estados en crisis y con enormes dificultades para hacerse al monopolio de la fuerza. Durante los últimos veinte años. en Europa y Estados Unidos, se han consolidado lo que los sociólogos llaman *sociedades de riesgo*, donde la seguridad surge como un tema

dominante de la discusión sobre las políticas públicas. Esto claramente se acentuó después del 11 de septiembre que descubrió el sentimiento de vulnerabilidad de las grandes potencias mundiales frente a la invisible e impredecible amenaza del terrorismo, la cual puede venir de muchas partes y no requiere de excesivos recursos económicos y tecnológicos para atacar. Así, la tendencia (...) es que la lógica de la política de seguridad se apropie de la política criminal en momentos de crisis. (:272)

Bajo el totalitarismo, la hegemonía se deslinda por completo, por lo que constituye el triunfo de la razón instrumental sobre todo bajo una de sus más tradicionales versiones: La razón de Estado. Es por tanto una expresión de la comprensión de Bodin (1997) de la soberanía como poder absoluto y perpetuo, si bien este la ubica en la república, no puede pasarse por alto que se consideró como sustento del absolutismo monárquico, forma política ideal, según el autor francés. (*supra* cap. 1, secc. 1, 2) El totalitarismo tiene las siguientes características centrales (Calveiro, 2012): (i) su esquema se condensa una ficción totalitaria que funciona en similar sentido hacia afuera y hacia adentro, (ii) reivindica un dominio total y una hegemonía global, con pretensiones de imperio, (iii) diluye la separación entre lo público y lo privado, en tanto que se observa un control total de la vida por parte de los intereses que controlan el Estado, (iv) a pesar de lo cual se presenta una preponderancia en el control del poder coercitivo por parte del Ejército y, en especial, por la policía secreta.

Se han realizado múltiples aproximaciones hacia la tensión entre lo público y lo privado. Por ejemplo, en lo atinente al manejo de los recursos en cada uno de estos sectores, se encuentran interesantes críticas relativas a las formas políticas de organización del Estado (Capitalismo vs. Comunismo), así como la soberanía en tanto los recursos, su administración y protección. Para el teórico del capitalismo, Henry Mintzberg (1999) el debate entre recursos públicos y privados no es más que una dicotomía limitada. Ello, desde luego, se funda en su consideración de que se acude en la actualidad a un equilibrio entre capitalismo y comunismo: “En Occidente vivimos en sociedades equilibradas, con un sector privado fuerte, un sector público fuerte y un sector intermedio entre ambos, también fuerte”. (:197) No obstante debe resaltarse que cuando se

sostiene la confusión entre espacio privado y público como elemento del totalitarismo, se alude a un control sobre la vida, cuestión trabajada previamente bajo los linderos de la Biopolítica en Foucault (2007), y que se expresa también en relación con el neoliberalismo, quien privatiza incluso los asuntos públicos. Como se observa en su funcionamiento hacia fuera del aparato, el esquema del totalitarismo sostiene su funcionamiento hacia adentro. (Calveiro, 2012) La ficción totalitaria exige el aislamiento de quien lidera el aparato y de quien está separado del exterior, a través de diversas capas de aislamiento. (Calveiro, 2012) Estos muros a su vez, amortiguan el intercambio de la resistencia y el radicalismo (Arendt, 1998; Calveiro, 2012) prolongando el sistema totalitario. En lo que corresponde con el abanderamiento del dominio total y de la hegemonía global del totalitarismo, pretende traspasar el espacio doméstico para desarrollarse en el mundo. (Arendt, 1998; Calveiro, 2012)

El terror como método principal del totalitarismo, así como la intensidad de su utilización, se encuentra evidenciado por Arendt (1998). Dentro de este terror se inscriben métodos que, como ya se observó, son definidos a partir de sus víctimas, en procesos de selección que buscan el empoderamiento o la reorganización social totalitaria. (*supra* cap. 1, secc. 3, 2.2) Precisamente, el proceso de selección de la categoría “enemigo”, castiga y censura la posibilidad de construcción de sujeto colectivo, lo que a su vez explica la utilización del terror como método central del totalitarismo y de la criminalidad de Estado, como, señala Calveiro (2012): “ambos resultaron inseparables: el terror se propaga al tiempo que la propaganda aterriza”. (:29) De esta forma, la figura de Imperio, en cuanto a su pretensión de poder hegemónico total, y con su antecedente en el Imperio Romano, permitiría sintetizar adecuadamente las pretensiones totalitarias de la modernidad.

Como advierte Hobsbawm (1992), el orden existente al final de la I Guerra Mundial se edificó desde la Revolución Francesa, signó las futuras revoluciones de orden social. Pero, como enfatiza el historiador egipcio, los excesos y su derivación en el imperialismo napoleónico, también permiten colegir que viabilizó un “retroceso hacia el autoritarismo”. (Hobsbawm, 1992:72) y que desde el siglo XIX la modernidad constituyó el caldo de cultivo para el

totalitarismo como *súmmum* de la criminalidad de Estado. Pero como resalta Bariffi, (2009) el periodo entre finales del siglo XIX y comienzos del XX, también presenta el surgimiento de las primeras codificaciones de las leyes y de las costumbres de la guerra. Ello tuvo lugar bajo la égida de un orden internacional eurocéntrico, que tras iniciar como “asalto de Europa al mundo” (Bryant Lawson, 2009; Roberts, 2010) se determinó como sociedad internacional tradicional, a partir de los Tratados de Westfalia de 1648 (Arribas, 2005; Añaños Meza, 2010).

Estos “los cimientos de una hegemonía europea en el mundo” (Roberts, 2010:531) se concretaron en la idea de lo europeo como civilizado, y lo incivilizado como el mundo restante. Contexto en el las iniciativas misioneras prestaron una importante ventaja psicológica (Roberts, 2010) para la expansión y el sostenimiento hegemónicos, aun cuando también ha tenido interesantes dimensiones contrahegemónicas, particularmente en América Latina. (*supra* cap. 2, secc. 2, 1.1) La transmisión de la hegemonía se sustentaría sobre una idea de Francisco de Vitoria (1991), con sustento en la afirmación aristotélica: “(...) ‘la clase inferior son esclavos por naturaleza, y es menor para ellos como inferiores que estén bajo el dominio de un maestro. (...)’” A partir de allí configura la posibilidad de la apropiación española respecto de los incivilizados, luego entonces esclavos. La idea se sostuvo como se corrobora al observar la explicación de Roberts (2010) sobre la idea del mundo para quienes habitaban Europa en la década de 1900:

Una manera de imaginar el mundo de los europeos de 1900 es como una sucesión de círculos concéntricos. El círculo central era la vieja Europa, que había aumentado en riqueza y en población durante tres siglos gracias a un creciente dominio (...) de sus propios recursos y (...) de los del mundo. Los europeos se fueron distinguiendo cada vez más de los demás seres humanos por el hecho de apropiarse y consumir una parte cada vez mayor de los bienes del mundo, y por la energía y habilidad que mostraban al manipular su entorno. (...)

Esta riqueza fue compartida por el segundo círculo de hegemonía europea, el de las culturas europeas trasplantadas a otros continentes. Estados Unidos es el mejor ejemplo y Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica y los países de América del Sur completan la lista. No todos ellos se encontraban en pie de igualdad frente al Viejo Mundo, pero, junto

con la propia Europa, eran lo que en ocasiones se ha llamado el “mundo occidental”, una expresión poco útil, ya que están diseminados por todo el planeta. (...)

En 1900, este mundo a veces era denominado el “mundo civilizado”. Se llamaba así solo porque era un mundo de pautas compartidas (...)

(...) los pueblos sometidos formaban el tercero de los círculos concéntricos a través de los cuales la civilización europea se propagaba. (...)

Más allá de este círculo exterior de territorios gobernados directamente, se extendía el resto del mundo. (...) Los valores europeos eran transmitidos por medio de dos factores poderosos: las aspiraciones y la envidia. La lejanía geográfica era prácticamente la única seguridad (...)

Parecía que no había ningún lugar en el mundo donde los europeos no pudiesen imponerse, si lo deseaban, por la fuerza física. (:765- 769)

Cuando se consideran estas cuestiones, en conjunción con una “predisposición a dominar”, (Roberts, 2010:612) se entiende la facilidad con la cual la criminalidad de Estado ha distinguido la modernidad, con sus matices acorde a la época. El antisemitismo, el racismo, el colonialismo y el imperialismo se sintetizan como las fuerzas que construyeron el nuevo fenómeno del totalitarismo desde el siglo XIX (Arendt, 1998; Calveiro, 2012). Entonces, la represión distingue según las víctimas sobre las que quiere dirigirse, y la identidad, como su crisis, constituyen escenarios de resistencia frente a ese poder que ejecuta la criminalidad de Estado. Es decir, el Estado moderno adoptó la cuestión de la identidad en la pretensión de su sostenimiento:

El Estado moderno naciente, que se enfrentaba a la necesidad de crear un orden que las bien asentadas y unidas" sociedades de conocimiento mutuo" ya no reproducían automáticamente, se hizo eco de la cuestión [de la identidad] y la utilizó en su labor de colocar los cimientos de las novedosas y desconocidas reivindicaciones de legitimidad. (Bauman, 2005:46).

En efecto, el poder de selección que abriga la selección penal, se patentiza en la construcción de un Nuevo Humanismo Militar, signado por la impunidad, y en el viraje a los

discursos de la justicia transicional, que en su versión estatal colombiana implicaría una ampliación de la posibilidad de impunidad frente a crímenes de Estado. Dicha selección con anterioridad a la llegada del Nuevo Humanismo Militar, tuvo lugar en expresiones de crímenes de Estado como instrumentos de Biopolítica, y se han refrendado en el Nuevo Humanismo Militar a partir de procesos específicos de la globalización como lo resalta Rozema (2011) quien encuentra que flujos globales relacionados a la biopolítica, redes criminales globales, e imaginaciones deshumanizadas reproducidas por los medios masivos, constituyen una fuerza que impulsa las desapariciones forzadas.

De la mano de Agamben, Rozema (2011) concluye que, tanto los Estados como quienes pretenden actuar en su nombre, producen categorías de personas a quienes considera como “*life is unworthy of being lived*” (:583). Así, la desaparición forzada oculta la criminalidad de Estado y la mantiene como herramienta de terror, (Calveiro, 2003 y 2012. Rozema, 2011) por ello ha sido la tipología delictiva más utilizada por la criminalidad de Estado:

Si bien el golpe de Estado que se produjo en Argentina en 1976 guarda cierta continuidad con una serie de procesos políticos e incluso represivos previos, fue sobre todo un punto de inflexión, el inicio de algo nuevo y estremecedor: la desaparición de personas como práctica generalizada del aparato estatal. (...)

Las fuerzas armadas y policiales se convirtieron en una maquinaria de exterminio activada contra el “enemigo” subversivo, calificado también como terrorista. (...) La vastedad del concepto era tal, que alcanzaba a personas como el sacerdote Orlando Virgilio Yorio, quien relata, en este sentido, los dichos de uno de los militares que lo secuestró: “Vos no sos un guerrillero, no estás en la violencia, pero vos no te das cuenta que al irte a vivir allí (la villa de emergencia) con tu cultura, unís a la gente, unís a los pobres, y unir a los pobres es subversión” (Conadep, 349). En semejante marco, cualquier militante popular era un subversivo. (Calveiro, 2003:112 y 113)

Trasciende así una selección a través de la violencia de Estado para garantizar determinada hegemonía. Esta selección no es completamente reciente. La Primera Guerra

Mundial tuvo un claro sesgo de hegemonía a nivel planetario (Calveiro, 2012). La Segunda Guerra Mundial excavó en la instrumentalización de la población civil a límites que no habían sido conocidos previamente. Ello se define por Pilar Calveiro (2012:20) como la radicalización del principio de exclusión, a través del cual se “convierte a una parte de la población en prescindible, indeseable e incluso en inconveniente para la constitución del ‘mundo’”. Por ello conduce a un proceso donde la selectividad de las víctimas coincide con la aplicación de otro principio de indiscriminación en la aplicación de la fuerza (Calveiro, 2012) sobre el sujeto que ha sido definido en lógica de exclusión.

De nuevo se revela la incidencia de una razón instrumental que industrializa y cosifica como elemento central. En la actualidad se ha rediseñado la violencia de Estado a nivel intraestatal y como guerras internacionales. En el pasado reciente, tras la consumación de la Guerra Fría, Estados Unidos buscó la reafirmación de su autoridad definiendo enemigos arquetípicos (Leatherman, 2008) que buscaron presentarse como la idea de un enemigo universal. Así, siguiendo a Añaños Meza (2010), las pretensiones militaristas de las potencias hegemónicas buscaron expresarse como coherentes con los cuatro niveles de acción en las Naciones Unidas: la diplomacia preventiva, el mantenimiento de la paz, el establecimiento de la paz y la consolidación de la paz posconflicto.

Tras el aumento de las misiones y operaciones de paz de la ONU, creció su intervención hasta configurarse las operaciones de paz de segunda generación que no se limitan al sostenimiento de la paz, sino que operan de manera principal en conflictos no internacionales a través de elementos civiles (como “tareas de observación de elecciones, ayuda humanitaria, construcción y/o reconstrucción, funciones de gobierno y administración soberana del Estado”) y militares (a través del uso de la fuerza “en protección de la población civil y para asegurar la ayuda humanitaria”. (Añaños Meza, 2010:11; Bryant Lawson). En la actualidad se observan dos grandes mecanismos, las dos grandes guerras hegemónicas de esta modernidad: La guerra antiterrorista y la guerra contra el crimen. (Calveiro, 2012:15) Han profundizado el ejercicio de la violencia política por quienes se instauraron como Estados dominantes tras la Segunda Guerra

Mundial, y constituyen instrumentos de reorganización global. (Calveiro, 2012) Así, han habilitado “el escenario bélico que requieren las dominaciones autoritarias”, acentuándose el escenario de represión. (Calveiro, 2012:15)

Precisamente, la criminalidad de Estado constituye una expresión de la ideología que se ha implementado a partir del Estado y de las hegemonías mundiales para sostenerse. Ello se corrobora desde la revisión del campo de concentración como fenómeno de la modernidad, que nace de la vinculación entre estado de excepción y colonialismo o del “estado de excepción y la ley marcial”; (Agamben, 2010) hasta la definición del crimen de Estado como expresión de la neocolonialidad. (Lasslett, 2012)

En el último evento, puede leerse la conclusión a través de Van Boven (2013) quien destaca los problemas relativos a la administración de justicia por los graves crímenes cometidos bajo regímenes coloniales o los de autoritarismo histórico, así como estudios de subalternidades como los que hace Bryant Lawson (2009) sobre Camboya, Ruanda, y Sudán, y Lasslett (2012) en relación con el conflicto de la isla de Bouganvilia o Salomón del Norte. Este último observa la realización de crímenes de Estado a partir de potencias coloniales como Australia, que permiten el sostenimiento de prácticas de criminalidad de Estados represivos, como Papúa Nueva Guinea. La isla de Bouganvilia había sido ocupada sucesivamente por Alemania en 1899, por Australia en la Primera Guerra Mundial, por Japón durante la Segunda Guerra Mundial, hasta su recuperación por fuerzas aliadas y retornada al control de Australia tras el final de esta.

La búsqueda de su independencia generó un largo conflicto armado y obtuvo limitadas victorias para este pueblo en 1975 y 1991, hasta recuperar su autonomía en 1997. Lasslett (2012) corrobora el papel central y no admitido del gobierno australiano en el escalamiento de este conflicto armado, y en la ejecución de múltiples violaciones de Derechos Humanos:

As a result of Australia's support, the PNG [Estado de Papúa Nueva Guinea] had the resources and equipment to launch a series of increasingly more aggressive counterinsurgency offensives during 1989–91. These offensives included some of the

worst atrocities committed during the war.¹⁴ Flying in Australian-supplied helicopters, Rogers (2002:233) writes that ‘soldiers fired machine guns attached by rope, and grenades from grenade launchers (M203/M79) or simply dropped grenades into villages’. Civilian areas were also battered with 81-mm mortars, which included white phosphorous rounds (Rogers 2002:228–9). Some of the displaced fed into the bush and lived under the jungle canopy. Others were placed into detention camps that were ignominiously labeled ‘care centres’ by the PNG Government. Often squalid places, ‘care centres’ were routine sites of torture, sexual assault and executions (Amnesty International 1997; Interview, Royal PNG Constabulary official, 2006). A senior PNGDF officer acknowledges that ‘we reached a situation Kristian, we reached a situation where it was survival of the fittest. (:714)

En suma, la situación del Derecho Internacional actual, coincide en mayor medida con un Francisco de Vitoria pragmático al aludir a la justificación aristotélica de los “justos títulos de España sobre América:

Neither the princes of the Spains nor the ministers of their royal Councils are obliged to justify anew rights and titles which have already been deliberated and judged, especially since the territories in question are occupied in good faith and are now held in pacific possession by the Spanish Crown. As Aristotle says in the third book of the *Nicomachean Ethics* (...), ‘if we are to be always deliberating, we shall have to go on ad infinitum’, so no prince or his ministers will ever be able to rest easy in their consciences. If the titles of rule had always to be proved by going back to the seeds of time, no tenure could ever be fully established. (Padgen, Lawrance & Vitoria, 2001:234)

Ello obliga a revisar tres formas de leer el fenómeno de la globalización en su vinculación con el sistema mundial reconocido como el Nuevo Humanismo Militar, y las notas centrales del Nuevo Humanismo militar en relación con la criminalidad de Estado y el DPI.

1.1 De la globalización al Nuevo Humanismo Militar: La Globalización como Imperio, Nuevo Sistema Mundo y Nuevo Humanismo Militar.

Un buen sector del pensamiento crítico considera que el escenario actual evidenciaría una transformación de tal intensidad que es posible aludir al cambio de paradigma, al surgimiento de una etapa diferente de superación de la modernidad. (Bergalli, 2001. Hardt y Negri, 2011; Bavaresco, 2003; Sousa Santos, 2000, 2005, 2009, 2010, 2010a) Las razones que sustentan esta transición, implicarían que la concentración de la riqueza en el centro europeo-estadounidense del sistema mundo, pasó de una dominación colonial a una imperialista. Es posible discutir esta afirmación. Por una parte, Augé (2010) resalta que la pretensión de posmodernidad, radica en realidad en una ilusión:

Es que creo que lo que llamamos globalización podría llamarse urbanización. Lo que se da es una expansión del tejido urbano que tiene dos aspectos. Por un lado, un desarrollo de las grandes ciudades. A través de una explosión de las formas de circulación, el mundo pasó a ser una gran ciudad. Por el otro, las grandes ciudades pasaron a ser una ciudad- mundo a través de una enorme uniformización cultural que se ve reflejada tanto en la arquitectura como en los servicios, comercios, etcétera. Ahora, esa universalización es sólo una ilusión. Porque dentro de esas ciudades- mundo tenemos una gran diversidad, étnica, religiosa, y también desigualdades sociales. Es decir, mientras a escala planetaria se viven los efectos de una homogeneización, dentro de las ciudades se viven los efectos de las diferencias (Augé, 2010)

Desde otro espacio del pensamiento crítico, Calveiro (2012) habla de una nueva organización capitalista de la producción que generó un nuevo mercado mundial y nuevas visiones del Estado, pero sin abandonar la modernidad, pues sigue siendo centro de soberanía política en relación con el Derecho que cada estado fija. Esta postura es debatible en tanto no considera que la soberanía nacional siempre ha sido impresionada por el escenario internacional, (*supra* cap. 1, secc. 1) pero sí señala la actualidad de la impresión capitalista, de la grilla del *homo aeconomicus*, y de la razón instrumental como su método, pero en un nuevo escenario: el Nuevo Humanismo Militar.

El Nuevo Humanismo Militar no implica ni se desarrolla en un abandono de la modernidad, sino que profundiza sus características. Ya se ha reconocido en esta tesis que la modernidad es sinónimo de transformación, de desvarío, pero existe una sustancial transformación que emergió decididamente con la globalización, y construyó el escenario para la instauración del NHM. Dicho tránsito ha tenido como telón de fondo precisamente las tensiones de la hegemonía bajo el nuevo estado de control planetario. (Bourdieu y Wacquant, 200; Calveiro, 2012; Zaffaroni, 2012) En dicho orden de ideas, desde una perspectiva de reconocimiento histórico, Hobsbawm (1998) encuentra el derrumbe de la civilización occidental del siglo XIX:

Esa civilización era capitalista desde el punto de vista económico, liberal en su estructura jurídica y constitucional, burguesa por la imagen de su clase hegemónica característica y brillante por los adelantos alcanzados en el ámbito de la ciencia, el conocimiento y la educación, así como del progreso material y moral. Además, estaba profundamente convencida de la posición central de Europa, cuna de las revoluciones científica, artística, política e industrial, cuya economía había extendido su influencia sobre una gran parte del mundo, que sus ejércitos habían conquistado y subyugado, cuya población había crecido hasta constituir una tercera parte de la raza humana (incluida la poderosa y creciente corriente de emigrantes europeos y sus descendientes), y cuyos principales estados constituían el sistema de la política mundial. (:16).

Así, explica que el siglo XX corto, transcurrido desde el estallido de la Primera Guerra Mundial, hasta la caída de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, se estructura como un tríptico. Dicha estructura tripartita puede caracterizarse como la expresión de los debates propios de la modernidad: (i) Una era de catástrofes desde 1914 hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, (ii) Una edad de oro con profundas transformaciones sociales y crecimiento económico, durante los veinticinco o treinta años siguientes, que se caracterizó por la caída de los grandes imperios coloniales y el imperialismo moderno. (iii) Una etapa de descomposición, incertidumbre y crisis, particularmente catastrófica para el África, la ex Unión Soviética y los antiguos países socialistas, que ocupan la última parte del siglo. Este proceso silenció e incluso borró al bando perdedor: “salvo en su papel de “enemigo” en el drama moral universal que enfrenta al bien con

el mal. (Posiblemente lo mismo les está ocurriendo a los perdedores de la guerra fría de la segunda mitad del siglo, aunque no en el mismo grado ni durante tanto tiempo)". (Hobsbawm, 1998:14)

Si bien otros autores diferencian el imperialismo de la expansión europea, no puede desconocerse la razón que asiste a la periodicidad del siglo XX en Hobsbawm, como Roberts (2010) quien encuentra la presencia histórica del imperialismo: "en los siglos XIX y XX, este término pasó a asociarse particularmente con la expansión europea, y para entonces el dominio directo de los europeos fue llevado mucho más lejos y se volvió más intenso que nunca antes". (:789) Hobsbawm (1998) también señala los componentes de un siglo XX caracterizado por una creciente "brutalidad e inhumanidad". Destaca que los bandos de la Segunda Guerra Mundial se determinaron a una guerra total, sin precio alguno, convirtiendo a la población civil en blanco *lógico* y principal. Ello se abonó con la legitimación que hace la guerra para liberar un potencial de crueldad y violencia latente, que tuvo un camino importante a través de la demonización del adversario. Finalmente, la creación y uso de tecnología, permitió una creciente impersonalidad de la guerra.

La globalización es un fenómeno que se retrotrae a los procesos de colonización y el inicio del imperialismo, es su continuación (Augé, 2010) y su dinámica es la guerra. Para 1914 el eurocentrismo y el colonialismo generaron "el primer clímax" de la globalización o de hegemonía mundial europea, (Roberts, 2010:765) si bien viró con el tránsito al capitalismo en China con Deng Xiaoping en 1978, la transformación de la política monetaria en la Reserva Federal de Estados Unidos con Paul Volcker así como con las elecciones de Thatcher y Reagan como primera ministra de Gran Bretaña y presidente de los Estados Unidos, respectivamente. (Harvey, 2005) En efecto Baxi (1992) encuentra la existencia de tres periodos de la globalización. La primera parte obtiene el imperialismo colonial, la segunda, con dramáticas diferencias de la primera se marca por la preocupación internacional de los derechos humanos y la justicia internacional sancionando la arrogancia del poder soberano, son los días de la decolonización y autodeterminación de la mayoría de los pueblos del Tercer Mundo, donde la

globalización equivalió a una nueva visión del futuro humano. (Baxi, 1992. Burneo Labrin, 2011) La tercera fase de la globalización, conectada con la segunda, ha implicado un aumento constante del capitalismo tardío como lo había previsto Marx, manifestándose en una hegemonía multinacional y el dominio de las instituciones financieras internacionales junto a centros de autoridad supraestatales. (Baxi, 1992)

El neoliberalismo, como fuerza volitiva de la globalización, es una “teoría de prácticas político-económicas”, en virtud de la cual la mejor manera de alcanzar el bienestar humano es no restringir el libre desarrollo de las capacidades y libertades empresariales. (Harvey, 2005:2) Gracias a su permanencia es posible afirmar como lo hace Gun, (2005) que la globalización sigue implementándose.

Con el final de la Guerra Fría, se discutió el equilibrio del marco jurídico internacional construido a partir de la Segunda Posguerra. (Becerra Ramírez, 2012; Arroyo Pichardo, 2008 y 2011) Gallardo (1990) encuentra que a partir de la finalización de la Guerra Fría, la teoría de fin de la historia en Fukuyama, alentó a concebir no solo un cambio histórico, sino además la universalización de la democracia liberal occidental como si fuese la última forma de gobierno. (Quijano, 1997) Pero asimismo Gallardo (1990) resalta que para llegar a dicha conclusión, Fukuyama ignora o desplaza conscientemente lo que puede promocionar su pretensión, en un rol de publicista para cerrar lo que implique oponerse a la dominación imperial.

En razón del cierre de esta expresión de la bipolaridad, este momento histórico implicó el aumento del poder negociador de las Naciones Unidas y en particular del Consejo de Seguridad. (Añaños Meza, 2010) Por otro lado, se acentuó de tal forma el imperio de mercado, que se perfiló un retorno a las formas primitivas de capital:

The rates of exploitation have reached such high levels in some sectors of production and some regions of the world that, together with the mechanisms used to obtain them, they suggest that we are entering a new period of primitive capital accumulation. Moreover, the unexploited or unexploitable populations are in an even

more dramatic situation as the conditions of reproduction of their livelihoods have deteriorated due to economic restructuring and environmental degradation. They have been declared discardable populations. Finally, the triadic recipe of privatization, marketization and liberalization has eroded the state-sponsored commons and transformed it into a new generation of enclosures. A new form of indirect rule has emerged in which powerful economic actors hold an immense amount of unaccountable power of control over the basic livelihoods of people, be they water, energy, seeds, security, or health. (Santos, 2005:4 y 41)

Los retos de la globalización no han sido nimios. Bergalli (2001) sostiene que el imperio de la “Lex Mercatoria transforma el concepto de sistema mundial y repercute sobre las figuras jurídicas” (:43) y que la cuestión de los derechos humanos resurge, poniendo en tensión el principio de soberanía nacional. Desde su interpretación hegeliana, Bavaresco (2003) encuentra que la globalización rompe con la teoría de la soberanía moderna limitando al Estado en el control y protección de su territorio, así como en la garantía de legitimación de sus decisiones y el poder para desarrollar un proyecto político. La globalización deviene así como fenómeno que pone en crisis la teoría soberana clásica, que como señalara Mann (1997), concebía el Estado como conjunto diferenciado donde las relaciones políticas irradian y abarcan un territorio demarcado sobre el que se reivindica el monopolio de la formulación vinculante y permanente de normas.

Dicho trance como también señala Bavaresco, es el resultado de una nueva hegemonía y de una nueva visión de soberanía. Entonces, a pesar de la postura de Bavaresco, (2003) lo que está en crisis es el concepto tradicional de Estado moderno y no el concepto de Estado. En este contexto se sostiene la pretensiones del *homo aeconomicus*, como expresión de los intereses del Estado como *relación*, en su proyección interna y externa. Así, es posible construir una interrelación entre el tratamiento en Foucault del *homo aeconomicus*, en David Harvey y Antonio Negri, precisamente a partir del neoliberalismo (Read, 2009) y la globalización. La concentración en el interés económico, la instrumentalización de la humanidad; construyó un escenario previo

al Nuevo Humanismo Militar, esto es, como señalaría Bourdieu (2000), la reconstrucción neoconservadora:

Se trata de un nuevo tipo de revolución conservadora que reivindica la conexión con el progreso, la razón y la ciencia –en realidad, la economía–, con el fin de justificar su propio reestablecimiento y tratar de relegar por la misma razón al pensamiento y la intervención progresista a un estatus arcaico. Esta revolución convierte en normas generales, definitorias de todas las prácticas, y, por tanto, en reglas ideales, las regularidades del mundo económico abandonado a su propia lógica: la ley del mercado, la ley del más fuerte. Ratifica y glorifica el orden de lo que llamamos los mercados financieros, la vuelta a una especie de capitalismo radicalizado que no responde a ninguna ley, excepto a la del máximo beneficio; un capitalismo sin disfraz, ni restricción, un capitalismo que ha sido racionalizado, ajustado al límite de su eficacia económica gracias a la introducción de formas modernas de dominación (“gestión”) y de técnicas manipulativas tales como la investigación de mercado, el marketing y la publicidad comercial (:157)

En segundo lugar, se ha señalado que la expresión de las dimensiones de la globalización inició con las transformaciones en el ámbito de las telecomunicaciones y de las técnicas de información, tras las cuales –por el auge de las relaciones económicas capitalistas y de producción transnacionales– predominó la globalización económica y el neoliberalismo como su versión política (Arroyo Pichardo, 2008 y 2011; Fariñas Dulce, 2000), produciéndose nuevas subjetividades (Calveiro, 2012; *supra* cap. 2, secc. 2, 2.3).

Con posterioridad, los procesos de integración económica y política desarrollados en regiones globales, impulsaron la globalización política y jurídica “o un ‘derecho global’ sin Estado, capaz de hacer frente o de gestionar las consecuencias a veces negativas de la ‘globalización económica’”. (Fariñas Dulce, 2000:179) Pero este proceso va a la par de otro de localización o de fragmentación que Fariñas (2000) identifica a partir de Santos como una relación intrínseca entre el proceso de globalización y localización. A partir del localismo globalizado se globalizan fenómenos locales, y mediante el globalismo localizado se impactan y reestructuran las condiciones locales con las prácticas e imperativos transnacionales, lo que explica

el juego de las empresas transnacionales con las legislaciones nacionales. Esta es por supuesto una visión utilitarista del Derecho, como se concluye a partir de Fariñas Dulce (2000) cuando alude a los objetos de la globalización. Entonces una dimensión hegemónica y a la medida se suma a los procesos de globalización del régimen político (democracias representativas neoliberales), de consolidación de una economía capitalista y de libre mercado, de concentración de poder y de capital transnacional, así como la consolidación global de una nueva división internacional del trabajo. (Fariñas Dulce, 2000)

Boaventura de Sousa Santos (2009) describe el proceso de globalización del campo jurídico bajo tres periodos en las sociedades modernas centrales: Estado liberal, Estado de bienestar y la crisis del Estado de bienestar o periodo actual. En el primer modelo, a partir de la teoría de la separación de poderes, se obtuvo la neutralización política del poder judicial, y su reactividad limitada a las exigencias de las partes concebidas como individuos o de quienes administran justicia con fundamento prioritario en el principio de seguridad jurídica. (Santos, 2009) El modelo del Estado de bienestar trajo la crisis de la teoría de la separación de poderes, presentándose una sobrejuridicidad de la realidad social que limita la coherencia y unidad del sistema jurídico. (Santos, 2009) Se expresa el bienestar mientras se mantiene el componente represivo, y los intereses individuales se articulan en los litigios colectivos, transformando el significado sociopolítico de quienes administran justicia. (Santos, 2009)

El periodo de la crisis del Estado de bienestar que inicia en la década de 1980, también presenta una sobrejuridicidad de la realidad social pero junto a la desregulación y globalización de la economía. (Santos, 2009) Así, la erosión de la concepción tradicional de la soberanía del Estado nacional, afecta el poder judicial en el control de legalidad, situación que se vuelve más compleja con el aumento de las desigualdades sociales durante el periodo. (Santos, 2009) Tras ello, Santos (2009) señala el carácter diferencial de esta periodicidad en países periféricos y semiperiféricos, caracterizados por las desigualdades sociales e inestabilidad política; encontrando una correlación entre la precariedad de los derechos y del régimen democrático.

Como resalta Fariñas Dulce (2000), la concepción de los derechos humanos se acepta en este nuevo entorno, sólo si se conecta con derechos individuales y liberales compatibles con la ideología de mercado. Es una dimensión hegemónica totalizante de los derechos humanos. En efecto, la escisión del Pacto Internacional de Derechos, relegándose la efectividad de los DESC, sumado a la lectura de aplicación progresiva que se les ha impuesto en el sistema interamericano, acusa esta ideología. Estos elementos identificadores de la concepción hegemónica de los derechos humanos se suman a una comprensión relativa de los derechos humanos, que viene aplicándose en el contexto del Nuevo Humanismo Militar (Chomsky, 2002) con posterioridad al 11 de septiembre de 2000. En dicha data tuvo lugar un descarnado ataque contra la “representación del mundo funcional y utilitarista de la globalización”, “el máximo exponente de la tecnología y la seguridad” como Zaffaroni (2011) define al *World Trade Center*. Con fundamento en el argentino, se advierte que la reacción del gobierno Bush nubló los ya difíciles límites entre el control interno y externo, y la comprensión de un mundo “civilizado” por oposición a los denominados bárbaros.

Persiste, entonces, la validez de una observación del mundo desde hegemonía y contrahegemonía, con un fuerte interés de sostenimiento hegemónico estadounidense (Singh, 2006; Hardt y Negri, 2011) en el Derecho Internacional que a su vez corresponde al movimiento del continente europeo hacia América a partir de la segunda posguerra. (Hobsbawm, 1988; Hardt y Negri, 2011). Este modelo inscrito en la globalización, puede ser leído por lo menos de tres formas diferentes pero confluyentes desde una postura conflictivista: como un sistema de Imperio (Hardt y Negri, 2011), en relación con la existencia de un sistema mundo (Wallerstein, 1976), y desencadenándose como Nuevo Humanismo Militar (Chomsky, 2005). Como elementos comunes a las tres visiones se tiene el autoritarismo de Estado ante un profundo cambio en el orden mundial. Esto es, el reemplazo del autoritarismo de Estado como sistema o medio de control global (Calveiro, 2012), en tanto se detenta de manera privilegiada por actores dominantes que a través del Estado encausan sus aspiraciones, no limitadas a lo económico (Poulantzas, 1978; Bourdieu, 1989), pero donde el *homo aeconomicus* permanece como grilla de inteligibilidad (Foucault,

2007), mientras se confrontan los principios fundamentales del Derecho Internacional. (Brotóns, 2000) Estima al respecto Bourdieu (1989):

(...) no se puede hacer una ciencia de las clasificaciones sin hacer una ciencia de la lucha de las clasificaciones y sin tomar en cuenta la posición que ocupan en esa lucha por el poder de conocimiento, por el poder por el conocimiento, por el monopolio de la violencia legítima, cada uno de los agentes o grupos de agentes que se encuentran involucrados, aún tratándose de simples particulares, expuestos a las vicisitudes de la lucha simbólica cotidiana, o de los profesionales autorizados (y a tiempo completo) entre los cuales están todos los que hablan o escriben a propósito de las clases sociales y que se distinguen según que sus clasificaciones impliquen más o menos al Estado, detentor del monopolio de la nominación oficial, de la buena clasificación, del buen orden. (:41)

Entender el orden mundial contemporáneo como la profundización de la modernidad, no desconoce la importancia de razonamientos como los de Hardt y Negri, (2011) para la comprensión del funcionamiento del mundo. Estos autores estiman el surgimiento del Imperio en un escenario posmoderno con sustento en Maurice Duverger y en conexión con la idea de imperio romano: *“por ser el que animó la tradición euroestadounidense que condujo al orden mundial contemporáneo”*. (:435) También se identifica el Imperio bajo Hardt y Negri como la imposición del modelo político estadounidense, diferenciado del imperialismo en que el primero implica un cambio de la soberanía moderna hacia la soberanía postmoderna (Bavaresco, 2003).

En efecto Bavaresco (2003) señala la existencia de soberanías como expresión de lógicas imperialistas que permitían los monopolios en límites establecidos, prolongando el poder nacional hacia otras áreas delimitadas del planeta; mientras que la soberanía en la dominación del Imperio parte de fronteras flexibles, como bajo la dominación típica del Imperio Romano. Para tal efecto, Bavaresco (2003) se apoya en Singer para concluir que *“Los EE.UU. encarnan el actual Imperio mundial y representan la soberanía postmoderna”*, (:57) estableciendo el final de la dicotomía imperialista con la caída de la Unión Soviética. Esta postura podría llegar a coincidir con la comprensión del tránsito hacia un mundo bipolar que signó el contexto mundial a partir de la

Segunda Guerra Mundial (Hobsbawm, 1998; Calveiro, 2012). Desde Hardt y Negri, (2011) el tránsito hacia el Imperio se concibe como un tránsito hacia la posmodernidad (Bavaresco, 2003) y se sustenta en tres ideas de dominación ilimitada: del sentido espacial, de lo temporal, y del sentido social, lo que se funde en un Imperio que domina lo total. (Hardt y Negri, 2011)

La postura de estos autores contraría la concepción de Foucault sobre Estado, y las posibilidades de existencia de un Imperio. Éste último concibe que el Estado “*es a la vez lo que existe y lo que aún no existe en grado suficiente*”, (Foucault, 2007:19) aproximando un concepto de Estado que alude a su deconstrucción, y que imprime un concepto restringido de Derecho Internacional. La figura de la deconstrucción permite ejemplificar el pensamiento foucaultiano del Estado en su relación externa. En efecto, sustentado en la historia, la metáfora y la metonimia, Jacques Derridá (1986) engendró a partir de Heidegger el concepto de deconstrucción, aludiendo a nociones que distan de la supuesta evidencia matriz. Entonces deconstruir implica “deshacer, en desmontar algo que se ha edificado, construido, elaborado pero no con vistas a destruirlo, sino a fin de comprobar cómo está hecho ese algo, cómo se ensamblan y se articulan sus piezas, cuáles son los estratos ocultos que lo constituyen, pero también cuáles son las fuerzas no controladas que ahí obran”. (Peretti, 1998). Así Foucault (2007) señala que: (i) El Estado solo existe para sí mismo por lo que no podría fundirse con una estructura imperial, por lo que podría solo existir en plural. (ii) De ahí que concibe la razón de Estado como la racionalización de una práctica entre un Estado en tanto dato y como algo por construir, como una manera de gobernar. (iii) Se expresa además, bajo una conformación tripartita (maneras de gobernar): mercantilismo, Estado de policía y balanza europea.

Las diferencias con la idea del imperialismo en Foucault empiezan a diluirse al observar el triunfo de la conformación tripartita del Estado bajo el autor francés, y se sostienen sobre la impresión de estas fuerzas en la construcción del Imperialismo, que precisamente constituye uno de los fundamentos de la postura de Negri y Hardt. Las variaciones se presentan por el Estado de Policía en Foucault que puede identificarse como una expresión de la visión externa del Imperio en Negri y Hardt. Foucault (2007) encuentra que en la política interna el Estado busca objetivos

ilimitados, como al hacerse cargo de las actividades de grupos, estamentos, y de las personas “*hasta en el más tenue de sus detalles*” (:22). Ello implicaría una conexión con el Derecho regulativo o útil, concebido por Habermas (1987) en el contexto del Estado de bienestar, que como subrayaría Teubner (2000), es una expresión del Estado a través de políticas de intervención, para alcanzar fines, valores e intereses de importancia social.

El Estado de Policía es un sistema sin diferencias de naturaleza y de validez, ni de efecto entre las prescripciones generales del poder público (la ley), y sus decisiones coyunturales (lo reglamentario), pues sobre la base de un continuo administrativo “de la ley general a la medida particular, hace del poder público y de las órdenes emitidas por éste un solo y el mismo tipo de principio y le otorga un solo y el mismo tipo de valor coercitivo”. (:202). Su delimitación se encuentra en el Estado de Derecho donde los actos tienen valor si se enmarcan en leyes que les limitan previamente. (Foucault, 2007) Distingue de esta forma las disposiciones legales como expresión de la soberanía, y las medidas administrativas, en tanto su principio, efectos y validez, sin abandonar su estrecha vinculación en la economía en un sentido negativo. Ello no le permite ignorar la trascendencia del *homo æconomicus*, pues encuentra que bajo el Estado de Derecho se formaliza un “capitalismo renovado”, donde el gobierno es “un prestador de reglas para un juego económico cuyos únicos participantes, y cuyos únicos agentes reales, tienen que ser los individuos o (...) las empresas” (:209).

Por su parte, Wallerstein (1976:229) define el sistema-mundo, como un sistema social “*que tiene límites, estructuras, integrantes, reglas de legitimación y coherencia*”, sostenidas sobre fuerzas en conflicto que buscan eternamente remontar sus ventajas. De ahí que se considere una teoría sistémica y contrastante con posturas como la de Bourdieu, (López Medina, 2000), que asume la estructura interna del Derecho como punto central del estudio del Derecho en la sociedad, vinculándola con la sociología de las profesiones jurídicas y la racionalidad formal que defienden. (Morales de Setién Ravina, 2000). La discusión de Wallerstein (1976) no se limita a escenarios de soberanías nacionales, pues comprende su existencia articulada por el sistema mundo. En realidad comprende un sistema en el mundo conectado por las relaciones que emergen

del intercambio económico, donde encuentra la explicación y las posibilidades de superar el fenómeno de la desigualdad. Enrique Dussel (2000), a partir de su crítica a las dos visiones sobre la modernidad, señala que el etnocentrismo europeo moderno es el único que puede concebirse como universalidad/ mundialidad en términos wallersteinianos. Refiere la confusión de “la universalidad abstracta con la mundialidad concreta hegemonizada por Europa como ‘centro’.” (:48)

De esta forma se reitera la lucha hegemonía/contrahegemonía, *e.g.* al considerar que esta última pretende defender desde la iusfilosofía, la posibilidad de un universalismo concreto. (*supra* cap. 2, secc. 2, 1.2) Para Wallerstein (2011), el sistema mundo se encuentra en crisis estructural por el abandono de su equilibrio dinámico, de donde puede derivar en un nuevo sistema a partir del caos. Tres razones adicionales sustentan la crisis del sistema mundo capitalista en el pensamiento del autor estadounidense: (i) como sistema histórico ha operado en un sistema de mercado cuya guía de conducta es la acumulación sin fin de capital, lo que solo se posibilita con una posición de cuasi-monopolio de la producción, como el ejercido por Estados Unidos a partir del siglo XX. (ii) de 1945 a 1970 durante la hegemonía completa de Estados Unidos, se expandió la economía-mundo, tras lo cual vino un declive hegemónico que se precipitó en la presidencia de George W. Bush. Entre 1966 y 1970, se presentaron levantamientos políticos locales que rechazaban esta hegemonía, la convivencia soviético-estadounidense, el liberalismo dominante y que la vieja izquierda encarnara el liberalismo de centro.

Con posterioridad cedieron el liberalismo centrista y la izquierda que exigía subordinación de los restantes movimientos. Después de 1968 se vigorizó la derecha mundial, transformando el discurso y las prioridades políticas del mundo e imponiendo la globalización como consenso. (iii) Desde la década de 1970, la crisis estructural del sistema mundial se caracteriza por el caos o un conjunto de rápidas y constantes fluctuaciones que afectan los fundamentos del sistema histórico. Con ello, el ascenso del extremismo ha paralizado la situación política nacional e internacionalmente. De esta forma, Wallerstein (2011) encuentra que en la última crisis no sobrevivirá la economía-mundo capitalista a pesar de lo que sostengan los sectores del

establecimiento político y sus medios de comunicación que aluden a un supuesto equilibrio. Por ello sostiene que restaría saber qué sistema entrará a suceder, planteando la pugna entre los espíritus de Davos (no capitalista pero con sus tres características centrales: jerarquía, explotación y polarización) y el de Porto Alegre (de relativa democracia y relativa igualdad). Estos hitos señalados por Wallerstein como evidencias de la crisis del sistema mundo, coinciden con la revisión de la transformación en clave genealógica que ha permitido el desarrollo de la dinámica de los sujetos colectivos en un escenario hegemónico individualista como el que se gestó en relación con el Derecho Internacional. Por eso el DPI también debe estar preparado para esta crisis, (*infra* cap. 3) y además señala la necesidad de transformar la lógica de *homo æconomicus* que subyace en la contemporaneidad, y en particular, en el Derecho Internacional.

En una constatación actual de estos cambios, y utilizando un concepto de Ulrich Bech, Noam Chomsky (2005) reitera la configuración de una nueva época bajo la historia mundial: un Nuevo Humanismo Militar (NHM). Concepto que coincide con otras aproximaciones como las de reorganización hegemónica a nivel planetario, fase global capitalista (Calveiro, 2012) o el capitalismo del desastre (Klein, 2007), proceso aún en curso del que es posible delinear sus rasgos principales. El Nuevo Humanismo Militar ha tenido lugar tras el despliegue de la globalización, y su mito fundacional se encuentra en los ataques del 11 de septiembre de 2001. A partir de allí inicia un proceso de “retroceso en la conformación del orden internacional de carácter democrático” con un acentuado papel del Consejo de Seguridad. (Becerra Ramírez, 2012: xi) Dentro de los elementos principales del NHM, se destaca la reformulación de conceptos como orden mundial y relaciones humanas, y el surgimiento de otros como el de sociedad globalizada. (Chomsky, 2005)

Ello se gesta en apariencia, al atribuir un terminante fracaso al orden previo, cuya utopía: “*será suplantada por una visión genuina, y genuinamente inspiradora*” (:7). El Nuevo Humanismo Militar en Chomsky se afirma en torno al concepto de sociedad globalizada que prolonga el modelo de Estado liberal. Esta prolongación solo tendrá lugar con sustento en un discurso hegemónico de los Derechos Humanos, lo que corrobora que el cambio de paradigma

solo es supuesto, y sostiene el tránsito entre sociedad globalizada y el Nuevo Humanismo Militar, donde este representa una nueva mecánica de control, cuya herramienta central será el discurso hegemónico de los derechos humanos:

Los intelectuales y estudiosos del derecho saludaron el “Nuevo Intervencionismo” y proclamaron una nueva era en los asuntos internacionales, en la cual “estados ilustrados” podrían al fin recurrir a la fuerza cuando “lo consideren justo”, descartando las antiguas reglas restrictivas” y obedeciendo “la moderna noción de justicia” que sustentan. (...) Ya liberados de los grilletes de la guerra fría y las anticuadas restricciones del orden mundial, los Estados ilustrados pueden dedicarse con todo vigor a la misión de enarbolar los derechos humanos y llevar la justicia y la libertad a todos los pueblos que sufren, incluso por la fuerza, si fuese necesario. (Chomsky, 2005:10)

El nuevo escenario coincide con el nuevo milenio, pero acentúa el modelo de Estado liberal esquizofrénico concentrado en la promesa de derechos y en la reiteración de su ineffectividad. Javier Giraldo (2010 a:215) ha encontrado que el Estado esquizofrénico, la profunda escisión de los contenidos del Derecho y “sus pretéritos puentes de comunicación con la ética” y con otros ideales; surge del sometimiento del Derecho a la razón instrumental. Este Estado esquizofrénico ha tenido una particular expresión en América Latina a través del proceso que Fuentes Contreras (2013) llama de discriminación estatal. Aquí se busca la homogeneización, sin haber completado la modernidad y pretendiendo imponer sus estándares.

De nuevo, en el espacio del Derecho, el Estado ético liberal afirma la idea de soberanía en la racionalidad de los derechos humanos pero bajo su comprensión hegemónica, incluso bajo el Nuevo Humanismo Militar. Calveiro (2012) subraya (*supra* cap. 1, secc. 1) que la modernidad se caracteriza por la nueva expresión del lugar del ser humano en el mundo y de las imágenes de él, así como en las formas de poder colectivo y lucha de clases. Estas imágenes se profundizan bajo el Nuevo Humanismo Militar, y en las luchas que tienen lugar en el devenir de la modernidad. Por tanto, el NHM no excluye de la modernidad sino que la transforma: “profundiza y acelera antiguos procesos, característicos del mundo moderno” (Calveiro, 2012:11). Persiste así una

centralidad en el poder y en la dominación, pero con dinámicas más extensas, como lo encuentra Galindo Hernández (2007) al llamar la atención sobre el fortalecimiento del autoritarismo de Estado, el hiperpresidencialismo y escenarios como la última guerra de Irak. En suma, en un fortalecimiento de la figura chomskyana de los “*rogue states*” (Galindo Hernández, 2007) que expresa un ejercicio específico del poder y dominación, como cuando Chomsky (1998) cita a Clinton y a su ex secretaria de Estado:

Its position was forthrightly articulated by Secretary of State Madeleine Albright, then UN Ambassador, when she informed the Security Council during an earlier U.S. confrontation with Iraq that the U.S. will act "multilaterally when we can and unilaterally as we must," because "We recognize this area as vital to U.S. national interests" and therefore accept no external constraints. Albright reiterated that stand when UN Secretary-General Kofi Annan undertook his February 1998 diplomatic mission: "We wish him well," she stated, "and when he comes back we will see what he has brought and how it fits with our national interest," which will determine how we respond. When Annan announced that an agreement had been reached, Albright repeated the doctrine: "It is possible that he will come with something we don't like, in which case we will pursue our national interest." President Clinton announced that if Iraq fails the test of conformity (as determined by Washington), "everyone would understand that then the United States and hopefully all of our allies would have the unilateral right to respond at a time, place and manner of our own choosing," in the manner of other violent and lawless states.

En el Nuevo Humanismo Militar tienen lugar tres fenómenos relativos a la criminalidad de Estado: Uno de base, implica la aplicación de la violencia estatal a la nueva configuración económica, política, social y cultural que implica dicha etapa de la modernidad. En un segundo orden, se observa que la tensión hacia el acatamiento al Derecho, que había empezado a construirse a partir de la segunda posguerra, se relaja bajo los discursos relativos a la “guerra al terror”. Paralelamente, se ha presentado un robustecimiento de los acuerdos políticos en respuesta a la gravedad de la criminalidad de Estado para el Derecho Internacional, pero profundizándose la impunidad y generándose un escenario impensable con anterioridad: El rechazo expreso del Derecho Internacional si se concibe como límite de la aplicación de la razón de Estado de los

rogue states” (Chomsky, 1998) En suma, la readaptación de la violencia estatal en el proceso de mundialización, implica usos centrales pero diferenciados de la violencia de Estado que “tienen correspondencia significativas con las formas de organización del poder político, las representaciones sociales y los valores vigentes que lo hacen aceptable”. (Calveiro, 2012:13) Entonces ciertos Estados crecen a través del control de la seguridad, que como señala Galindo Hernández (2007) se mantiene como eje regulador fundamental de la vida social. Además, se acentúa la economía como determinadora de la guerra y, por tanto, se mantienen las conexiones entre “*guerra, construcción del Estado y surgimiento de instituciones democráticas*” que se había reconocido desde las guerras civiles de la primera mitad del siglo XIX (Fernán González, 2004:38), donde se evidenciaron los vasos comunicantes entre guerra y construcción del Estado, pues durante la consolidación de los Estados nacionales en occidente “*el capitalismo mercantil y la construcción del Estado se reforzaron mutuamente*”. (Tilly, 2006:2)

Esta vinculación es aneja a la filosofía de la historia, o a la “reflexión sobre el destino de la humanidad en su conjunto” como lo destaca Bobbio (1999), quien encuentra que “la presencia de la guerra en cada fase de la historia humana, por lo menos hasta hoy, constituye para uno de los problemas más inquietantes y fascinantes”. (:23) En efecto, señala cuatro formas de entender las vinculaciones entre guerra y Derecho que no contrastan entre sí: (i) La guerra como objeto del Derecho, donde el derecho como regla de conducta o norma jurídica, se expresa en el principio de legalidad. (Bobbio, 1999a) Es la primera forma bajo la cual aparece la guerra en vinculación con el Derecho. (Ruiz Miguel, 2004) (ii) La guerra como medio de realización del Derecho, donde este es derecho subjetivo o pretensión justa que debe hacerse valer incluso mediante la fuerza. (Bobbio, 1999a) Si la pretensión de un grupo frente a otro u otros es justa en tanto legítima, la guerra en este caso constituye “un medio para realizar el derecho” y consiste, junto a la persuasión, en uno de los modos de resolver conflictos. (Bobbio, 1999a:97 y 98)

En este escenario se inscriben las discusiones relativas a la guerra justa legitimada como guerra defensiva, guerra de reparación y guerra punitiva, como respuestas a un agravio ajeno; y exigía adoptar reglas para limitar sus efectos negativos, a través de un ejercicio legal. (Bobbio,

1999a) Ruiz Miguel (2004) encuentra que esta es la expresión del Derecho Internacional moderno y se expresa en modelos como los implicados en el Tratado de Versalles, que permitieron la sentencia kelseniana de que toda responsabilidad jurídico internacional, es necesariamente colectiva; postura que transformó en la Segunda Guerra Mundial en la necesidad de la responsabilidad individual internacional. (iii) La guerra como fuente del Derecho que implica entender el derecho como justicia y se conforma por un conjunto de actos que buscan la instauración de un nuevo ordenamiento jurídico. (Bobbio, 1999a) La guerra-revolución critica la teoría de la guerra justa, pues “la guerra es, de hecho, un procedimiento que permite tener razón al que vence”. (Bobbio, 1999a:102) (iv) La guerra como antítesis del Derecho, entiende por este a la totalidad del ordenamiento jurídico, con un fin común en la paz social. Bobbio (1999a) ubica aquí la teoría general del derecho y del Estado de Kelsen, pues la paz constituye “el fin mínimo” y “común a todo ordenamiento jurídico”, y el Derecho es “la paz organizada de un grupo”. (:97) Ruiz Miguel (2004) corrobora con fundamento en Bobbio que aquí se inscribe el pacifismo jurídico que “argumenta en favor de la superación de la soberanía estatal mediante la constitución de un poder o gobierno internacional lo suficientemente fuerte como para evitar las guerras, un Estado mundial, si se quiere llamarlo así”. (:62) Desde aquí se generan múltiples consecuencias para la vinculación entre guerra y Derecho Internacional, que Alfonso Ruiz Miguel (2004) sintetiza así: (i) El Derecho Internacional contemporáneo regula normativamente la guerra a través del *ius in bello* y el *ius ad bellum*. Tras el final de la Guerra Fría y con mayor contundencia, después del 11 de septiembre, dichos criterios están en debate en la práctica con situaciones como el uso de las denominadas guerras preventivas y la prisión de Guantánamo por Estados Unidos. (*supra* cap. 2, secc. 3, 1.2) Se trata en general de prácticas que vulneran el DIDH y el DIH (Baxi, 2005) (ii) El retiro de EEUU de la ratificación del ER, señala las dificultades en el ejercicio de la responsabilidad individual internacional, que en realidad constituye una vía nuclear para el desarrollo del Derecho Internacional.

Reconocer la adaptabilidad de la violencia de Estado en el proceso de mundialización, no soslaya que este proceso profundizará la crisis del Estado y que constituye un error estratégico para el propio capitalismo. (Amín, 2002) Discusiones que, si bien centrales y ya iniciadas en

Marx (1974, 1989), no se abordarán por superar los límites del análisis que se han asumido. Pero debe diferenciarse la crisis de una forma de expresión de la soberanía, de la crisis de la idea de soberanía. Ello, entre otras cosas, porque la soberanía difícilmente puede considerarse como institución propia de un sistema económico. Bavaresco lo explica señalando que la discusión central es buscar la forma de insertar soberanamente los Estados en la nueva soberanía global. No obstante, retoma el lenguaje de la soberanía en Hegel: limitación interna y externa, como el fundamento necesario de esa nueva inserción. No se presencia por tanto el rompimiento de una concepción de soberanía, que en realidad nunca ha sido tan estricta como se ha promocionado.

Así, debe reconocerse la coincidencia con los elementos que en Bauman habilitaron la posibilidad de la llegada del genocidio nazi, y de forma más profunda, que estos elementos son propios de la modernidad. El poder maximizado de algunos Estados como *relación*, se manifiesta con particular elocuencia en el régimen nazi, espacio que revela además las características centrales del crimen de Estado, reiteradas en el Nuevo Humanismo Militar. Calveiro (2012) señala que las catástrofes de la modernidad se reconocen por Nietzsche o Benjamin, pero además debe considerarse que dichas catástrofes profundizan en los lógicos resultados de la aplicación de una razón instrumental donde se instaló al Estado, su Derecho y la técnica. Esto es, el desarrollo del “*potencial totalitario*” de la modernidad que se expresa en la particular violencia del Estado, el Derecho y la técnica; y donde el síntoma y el desarrollo del proyecto moderno dependen de ese potencial (Calveiro, 2012:11), como se lee desde Bobbio (1999a):

Con la formación, a principios de la edad moderna, de los grandes estados soberanos, cuya característica es la indocilidad a todo freno legal, en el interior y el exterior, y cuya filosofía completa y adecuada es la teoría del Estado-potencia, que no puede hacer otra política que la de potencia, desvinculado, como el Príncipe de Maquiavelo, de toda regla que no sea la de la mera conveniencia, la guerra, definida infinitas veces como la más alta y madura expresión de esta potencia, se ha revelado cada vez más, de hecho, como una suma de aquellos poderes desviados o desbordantes que la disciplina jurídica no consigue alcanzar, o, después de haberlos alcanzado, se ve obligada a abandonar por haber sido arrasada por ellos. A perfeccionar esta evolución han contribuido de manera definitiva la invención, la construcción y la proliferación de

las nuevas armas, cuyos efectos superan las más sombrías previsiones de los profetas del nihilismo. Frente a la guerra atómica el derecho es impotente. (...)La guerra moderna está, en una palabra, más allá de todo principio de legitimación y de todo procedimiento de legalización. La guerra, después de haber sido considerada un medio para realizar el derecho y un objeto de reglamentación jurídica, ha vuelto a ser lo que era en la reconstrucción de Hobbes, la antítesis del derecho. (:108 y 109)

Entonces, ¿guarda correspondencia equiparar el genocidio nazi y los hechos del actual Nuevo Humanismo Militar? Dicho de otra forma: ¿resulta suficiente sostener el reconocimiento de estos dos fenómenos como modernos, para ubicarlos como expresiones de la criminalidad de Estado dentro de la modernidad? Las pistas han empezado a surgir a partir del análisis del argumento de la supuesta maldad individual. (*supra* cap. 1, secc. 2, 3) Esto es, reconociendo que la criminalidad de Estado constituye una *función* del Estado moderno y en específico, un proceso social reorganizador que no es solo el producto de algunas mentes *desviadas*. Implica admitir que el Derecho puede guiar la acción de la atrocidad, por lo que el Derecho también requiere permanentes ejercicios de autoreflexión crítica, para que no se limite al uso de violencia autorizada, incluso en ejercicios de deshumanización.

También debe considerarse la influencia del Derecho en la prevención de las atrocidades, con mayor razón cuando Bauman (2011) resalta con fundamento en Kelman, que la inhibición frente a la atrocidad cede frente a la violencia autorizada, rutinizada y la deshumanización de las víctimas. (*supra* cap. 1, secc. 2, 3). Esta es una apropiada síntesis de la criminalidad de Estado que revela su mayor nivel de peligrosidad, y la mayor posibilidad de impunidad que emerge desde el mismo proceso de recaudo probatorio, pues “Sin duda, el uso de la fuerza criminal por parte de instituciones del Estado es tan o más peligrosa que la fuerza de cualquier organización criminal”. (Garzón, 2000:6) Además refuerza su naturaleza de tecnología de poder en el contexto de la modernidad en general, como bajo el Nuevo Humanismo Militar, en particular.

Además de ello, como se aludió, (*supra* cap. 1, secc. 3, 2.2), el proceso denominado por Feierstein (2008) como de negación de la identidad de las víctimas, permite el ocultamiento de la criminalidad de Estado. En el contraste entre Auschwitz e Hiroshima, como productos de la modernidad, Alba Rico (2007) encuentra que señalan relaciones diferenciadas por la pretensión de justificación del horror en una sola de estas experiencias. Mientras Auschwitz acude a una deshumanización horizontal del otro, y permite la representación de la brutalidad y el sufrimiento; Hiroshima señala una verticalidad tecnológica de la agresión, que impide dicha representación. Mientras la representación condujo al procesamiento y surgimiento de sistemas de administración de justicia en Auschwitz, en Hiroshima se representa la “autolegitimación teleológica del agresor” (Alba Rico y Viado, 2007) que ha sido secundado por el Derecho en el ejercicio de la impunidad. Uno de los más fieles retratos de estas observaciones se hacen patentes por Chomsky (2008):

A comienzos de 2003, los estudios mostraban que el miedo a Estados Unidos había trepado a notables alturas en todo el mundo, junto con la desconfianza hacia su dirigencia política. El desconocimiento de los derechos y necesidades (pg.13) humanos más elementales iba a la par con una exhibición de desprecio por la democracia sin paralelo alguno que venga a la cabeza, todo esto acompañado de manifestaciones de sincero compromiso con los derechos humanos y la democracia.

La opción entre hegemonía y supervivencia rara vez, si acaso, se ha planteado de manera tan álgida. (:12 y 13)

1.2. El nuevo humanismo militar inscrito en la modernidad: Criminalidad de Estado cotidiana frente al DPI.

La fantasía humana tiene límites hasta para imaginar lo horrendo. Voltaire no tenía ante los ojos el espectáculo de Hiroshima, cuando, para suscitar repulsión contra la guerra, describía el cuadro del soldado al que media libra de plomo disparada a una distancia de mil pasos le rompe el cuerpo y muere a los veinte años entre horribles tormentos en medio de cinco o seis mil moribundos, mientras sus ojos, abriéndose por última vez, ven la ciudad en que ha nacido destruida por el hierro y el fuego, y los últimos sonidos que oyen sus oídos son los gemidos de las mujeres y de los niños que expiran bajo las ruinas. El horror es el argumento de quienes son censurados por los

“minimizadores”, los “realistas”, los que logran conservar la sangre fría, como “apocalípticos”. Yo soy, es cierto, en el fondo secreto de mi pensamiento, un apocalíptico; creo que después de Hitler se ha colmado la medida, y la furia destructora ya ha realizado de modo ejemplar su ensayo general, y que esa furia o locura más un arsenal de bombas de 100 megatones constituye un espectáculo al que no deseo asistir: no porque tenga miedo a morir, sino porque tendría vergüenza de sobrevivir. Soy un apocalíptico porque, además de todo lo dicho, con Hitler, aunque muchos no se hayan dado cuenta o finjan no haberse dado cuenta, el apocalipsis se ha producido ya, por lo menos en una parte del mundo. (Bobbio, 1999, pp 32 y 33)

Los setenta y ocho días de bombardeo infligidos a Yugoslavia son la manifestación emblemática de ese “Nuevo Orden” protagonizado por la OTAN bajo el liderazgo compulsivo de los Estados Unidos. Entre las víctimas se encuentra el Derecho Internacional. Probablemente el tiro de la primera potencia militar sobre la Tierra apuntaba sólo a la Carta de las Naciones Unidas, sus órganos, competencias y procedimientos, desdeñados cada vez que en los últimos diez años no se han allanado a sus designios. Pero siendo la Carta una suerte de Constitución de la sociedad internacional, infringir la Carta implica la violación de principios fundamentales del Derecho de Gentes. (Brotóns, 2000:1)

La criminalidad de Estado, como fenómeno cotidiano había encontrado cierto límite en el Derecho con el desarrollo del DIDH y el surgimiento contemporáneo de DPI. En relación con el primero, a manera de ejemplo, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial el Derecho de Núremberg, consignó la necesidad de incriminación de conductas individuales particularmente graves y violatorias del derecho internacional. Así transformó el régimen de responsabilidad anterior en virtud del cual: “solo los Estados podían ser considerados responsables en virtud del derecho internacional por crímenes de guerra, y que dicha responsabilidad era básicamente de tipo pecuniaria”. (Bariffi, 2009:22)

El Derecho de Núremberg modificó en dos sentidos principales: (i) la posibilidad de procesamiento y sanción de los individuos, incluso en relación con actos de Estado, (ii) el sostenimiento de la responsabilidad internacional de los Estados. (Bariffi, 2009) Se llegó a dicha comprensión con sustento en la determinación de una norma de carácter consuetudinario, que planteaba el cumplimiento de los requisitos para determinar la existencia de una responsabilidad

penal individual para la época de su comisión. Los siete principios de Núremberg, codificados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, según se dispuso desde la Resolución No. 95 (I) del 11 de diciembre de 1946; que fueron formulados a instancias de la Asamblea General en resolución 117 de 21 noviembre de 1947. Dichas nociones plantean de manera expresa, hipótesis directas de comisión de los Crímenes de Estado. Establecen categóricamente prescripciones frente a los “*crímenes castigables bajo las leyes internacionales*”, establecidos en el principio VI, como las siguientes: (i) que no será eximente de responsabilidad, la calidad de Jefe del Estado o de oficial responsable del Gobierno (principio III), y (ii) proscribire la obediencia debida frente a agentes del Estado o en general, de superiores, (principio IV). Ello se corrobora al evidenciar que los crímenes de Lesa Humanidad fueron contruidos para responder a los casos donde un Estado perseguía a sus propios ciudadanos, como se observa en la declaración del 28 de mayo de 1915 sobre las masacres contra los armenios en Turquía, en la Cláusula Martens de los Convenios de la Haya de 1899 y 1907, así como en la decisión del juicio principal de Núremberg. (Ambos, 2012) En ese contexto, Kai Ambos (2012) con fundamento en Clark y en Luban, reconoce que la provisión de los crímenes de lesa humanidad en cabeza de los Estados se integra en la estructura del Derecho internacional convencional:

Por lo menos, la historia nos enseña que el Estado siempre ha tenido un papel importante en la organización y la comisión real de CLH. Este hecho histórico representa un fuerte argumento para conceptualizar los CLH como un crimen de Estado en el sentido de la definición de Richard Vernon:

“(…) una inversión moral, o la parodia, del Estado.”

“(…) un abuso de poder del Estado que implica una inversión sistemática de los recursos jurisdiccionales del Estado.”

“(…) una inversión sistemática: los poderes que justifican el Estado son, perversamente, instrumentalizados por el mismo, la territorialidad es transformada de refugio a una trampa, y las modalidades de castigo son ejercidas sobre los inocentes.”

Debe reconocerse que el crimen de lesa humanidad como crimen de Estado, emerge del derecho imperativo internacional. En la actualidad, buena parte de los crímenes de Estado hacen

parte del *ius cogens*, lo que también imposibilita su aceptación aún bajo el sentido de “*los hechos salvadores de la violencia del Estado*” en situaciones de emergencia. (Cançado, 2008; Corte IDH, 2006bvr; 2006vr, 2006evr y 2004vr). En el voto razonado del juez Cançado a la sentencia interamericana del caso Goiburú, sostuvo:

En el ordenamiento jurídico internacional, a partir de la consagración de las violaciones graves en las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario de 1949 (y en los dos Protocolos Adicionales de 1977), gradualmente se dio inicio al proceso histórico corriente - intensificado en los últimos años - de la criminalización de dichas violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Los hechos de la Operación Cóndor confirman lo acertado que ha sido buscar una jerarquía, tanto normativa cuanto de ilícitos internacionales, para determinar sus consecuencias jurídicas, y evitar que las violaciones graves de derechos se repitan. Así como, en el plano normativo, y más allá, en el plano del derecho material, se han consagrado las prohibiciones del *jus cogens* (cf. infra), también se viene buscando el establecimiento de una gradación en las violaciones del derecho (algunas siendo particularmente graves, y constituyendo, a mi juicio, verdaderos crímenes de Estado - infra), para determinar sus consecuencias jurídicas.

En efecto, los avances recientes de la criminalización de violaciones graves de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario han, en efecto, acompañado *pari passu* la evolución del Derecho Internacional contemporáneo: el establecimiento de una jurisdicción penal internacional es vista en nuestros días como un elemento que fortalece el propio Derecho Internacional, superando insuficiencias básicas del pasado en cuanto a la incapacidad de enjuiciar y sancionar perpetradores de crímenes contra la humanidad. Dichos avances, en nuestros días, se deben a la intensificación del clamor de toda la humanidad, (...) contra las atrocidades que, en las últimas décadas, han victimizado millones de seres humanos en todas partes, atrocidades éstas que no más pueden ser toleradas y que deben ser combatidas con determinación. (Corte IDH, 2006aavr, párr. 6 y 7.)

En el Nuevo Humanismo Militar tiene lugar una nueva transformación de la concepción del individuo y de Estado frente al Derecho Internacional. De manera inicial se mantiene la independencia entre los regímenes de responsabilidad internacional de los Estados y los de individuos, pero los primeros continúan disolviéndose en consideración a las lógicas de poder. Se presenta una tendencia a la irresponsabilidad de ciertos Estados: los *rouge states*. Como se observó en relación con Auschwitz e Hiroshima, se han expresado tratamientos diferenciados que han sido acompañados por el Derecho bajo el signo de la impunidad. Ello se prolonga bajo el Nuevo Humanismo Militar en la aplicación de la razón instrumental. Otro ejemplo suministrado por Alba Rico, puede evidenciar la fuerza de la representación Derecho–escenario político internacional: Las torturas de Abu-Ghraib exigen reacción moral, mientras la Primera y la Segunda Guerra del Golfo, con su desfile de luces de neón no lo ameritaron. La representación constituye: “una tentativa de restablecer un modelo comprensible, antropológicamente familiar, para la imaginación, el derecho y la moral. Es casi la tentativa liberadora de asumir una responsabilidad mensurable” (Alba Rico y Viado, 2007). La consagración a la impunidad no viene aparejada de la sola existencia de una criminalidad de Estado, sino que la misma deviene de su representación:

Pero se olvida además que el acto inaugural del “modelo Hiroshima” es el acto constitucional de la humanidad como especie amenazada. Sólo a partir de él el humanismo tiene sentido y sólo como humanismo defensivo. La rutina del bombardeo, la proliferación nuclear, la disolución en el aire de las radiaciones derivadas del uso del uranio empobrecido (o fósforo o napalm o glifosfato), hacen que, en un mundo perverso, la posibilidad del genocidio sea un delito menor frente a la posibilidad real, ilusoriamente reprimida, del ontocidio; es decir, de la desaparición de la especie humana. En todo caso, insistir en Hiroshima, como modelo naturalizado de la postguerra mundial, es tanto más necesario cuanto que es objeto de un negacionismo mucho más eficaz que el de Auschwitz, fuente siempre de escándalo social cuando no de persecución legal. Excluido de los procesos de Nuremberg y de Tokio, el “modelo Hiroshima” (pensemos tan sólo en Faluya) no sólo es inimputable jurídicamente sino que es aceptado, aplaudido y justificado como instrumento quirúrgico -¡la posibilidad misma de la destrucción total!- de la Civilización y los DDHH. (Alba Rico y Viado, 2007)

La racionalidad instrumental se expresa en varios sentidos: (i) como base de las nociones de ciencia y tecnología, asociadas a una idea de progreso expresada con nitidez en el de tipo bélico para asegurar determinada hegemonía, (Calveiro, 2012) (ii) como la “generalización “de una *visión binaria* que escinde centro y periferia, universalidad y particularidades, Estado y Sociedad, política y ética, individuo y comunidad, objetividad y subjetividad” (:11); (iii) como grilla de inteligibilidad movilizadora de la criminalidad de Estado a través de la impunidad que se asocia con las voces de los poderosos; y (iv) como señal de sustracción del derecho.

La expresión en el Derecho de esta pretensión imperial, también detectada por Chomsky, (2008) se encuentra en la interpretación irrazonable de la Carta de las Naciones Unidas, mutándose el concepto de guerra de anticipación por el de una guerra preventiva a discreción, que ejemplifica diversos crímenes (Chomsky, 2008; Ruiz Miguel, 2004. Baxi, 2005) que no se reconocen judicialmente por el sesgo de política internacional hegemónica. Entonces, “el monopolio de la guerra por el Estado aparece como un vasto paréntesis que concluye en una alteración importante de la diada compuesta por la violencia y la política”. (Ballesteros Pérez, 2007:29) al punto que “cuando el denominado 11-S comenzó a dominar la agenda de seguridad como herramienta de reformas en el interior de los Estados, la justicia transicional se instrumentalizó como justificación de los conflictos contra el terrorismo como guerras *justas* y necesarias”. (Grijalva Eternod, 2013:68)

Ello también permite reiterar que los crímenes de Estado se establecen a través del poder implantado en el Derecho, lo que obliga a Chomsky (2008) a sostener con Michael Glennon: “El aparato entero del derecho internacional es mera ‘palabrería’.” (:25). Entre las expresiones de esta nueva fuente de derecho internacional se sostiene: “Los vencedores no investigan sus propios crímenes”, (Chomsky, 2008; Palacios Valencia, 2010; Zapico Barbeito, 2012). De ahí que Zaffaroni *et. al.* (2012) no duden en sostener que la legislación penal internacional también constituye un acto del poder político.

Estas afirmaciones tiene dos expresiones bajo el Nuevo Humanismo Militar: (i) la postura soberanista de los Estados de la hegemonía, determina la impunidad internacional, (ii) la postura soberanista de los Estados de la hegemonía, determina los linderos de persecución de crímenes internacionales. En el primero de los casos se observa con Chomsky (2008) el desacato a las decisiones de Derecho Internacional, como el rechazo estadounidense a la competencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Nicaragua, y su veto a dos resoluciones del Consejo de Seguridad que ratificaban dicho fallo. Chomsky (2008) contrasta estos resultados, que se implican también bajo la visión Hiroshima/Auschwitz, con dos casos de empleo de la fuerza en un verdadero sentido de intervención humanitaria que no vinieron de la hegemonía occidental, el rechazo de la invasión de Pakistán Oriental por la India en 1971, “que puso fin a un exterminio de masas y otros horrores”, así como la invasión de Camboya por Vietnam “que terminó las atrocidades de Pol Pot, recrudescidas a lo largo de 1798. Nada remotamente comparable ocurrió bajo la égida de Occidente en la década de 1990”. (:38) En este primer escenario también se inscriben las intervenciones de la hegemonía, utilizando un discurso de humanismo internacional, como tuvo lugar en Libia, argumentando las facultades del Artículo 42 de la Carta de las Naciones Unidas. (Gallardo, 2011f)

Una segunda expresión de la justicia de vencedores en el Derecho Internacional bajo el contexto del Nuevo Humanismo Militar, es la definición hegemónica de las situaciones de hecho que exigen la respuesta ya del Derecho Internacional o las tímidas expresiones del Derecho Nacional de la hegemonía. Diversas críticas al concepto de derechos humanos como límite al poder, emergen de la consideración política de lo humanitario, (Bergalli, 2001. Chomsky, 2008; Grijalva Eternod, 2013; Žižek, 2011; Zolo, 2002) pues los centros de poder determinan políticamente lo que constituye una situación de “crisis humanitaria”, o que estos centros de poder gestionan la crisis humanitaria. Los dos extremos de esta posición relacionan directamente el uso de un enfoque hegemónico de los derechos humanos en la limitación de los derechos. Ello no solo se corrobora con el reconocimiento de la existencia del Nuevo Humanismo Militar, sino además que la posibilidad de intervención militar en las crisis de derechos humanos, ha tenido profundas finalidades de tipo político y económico (Žižek, 2011; Klein, 2007). Entonces, la grilla

del *homo æconomicus* impregna el discurso de los derechos humanos, delimita los espacios de la impunidad *admisible*, y congrega el uso de las guerras hegemónicas como mecanismo de proyección económica, que a su vez, se revierte en políticas de ayuda al desarrollo:

Los atentados del 11-S, las "guerras hegemónicas" de Afganistán e Irak y el retorno de la seguridad a la agenda internacional han alterado los términos del debate sobre los efectos sociales de la globalización. (...) La primacía de la seguridad y las "guerras hegemónicas" afectan a las políticas de ayuda al desarrollo de varias formas: (...) El retorno de la seguridad nacional como justificación de la ayuda externa (...) El "coste de oportunidad" del aumento del gasto militar. (...) Cambios en las prioridades geográficas. (...) Creciente politización de la ayuda humanitaria. (...) Nuevas necesidades de reconstrucción de postguerra. (...).

La agenda de la democratización, los derechos humanos y el "buen gobierno", arrinconada. El 11-S ha vuelto a plantear el dilema "libertad versus seguridad", dando paso a restricciones a las libertades democráticas. Este dilema también se plantea en la cooperación internacional, como ya ocurrió en la guerra fría, de forma que la democracia y el "buen gobierno" pueden perder peso frente a la seguridad como criterio en la asignación de la ayuda. Aparece así una "nueva condicionalidad" vinculada a objetivos como el antiterrorismo o la inmigración (...).

La Unión Europea es un ejemplo significativo de la reevaluación de las cuestiones migratorias en el escenario posterior al 11-S. Estas se perciben cada vez más como un problema de seguridad nacional para los estados de acogida. En el Consejo Europeo de Sevilla de junio de 2002, la Presidencia española, con el apoyo del Reino Unido, propuso ampliar la condicionalidad de la ayuda comunitaria al "control en origen" de la inmigración y a la aceptación de la readmisión de los inmigrantes ilegales expulsados de la UE. (...). (Sanahuja, 2003, s.p.)

Dentro de esta vía se encuentran el uso de sanciones internacionales por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, las operaciones conjuntas de las hegemonías mundiales bajo la OTAN, al supuesto amparo de la Carta de las Naciones Unidas, (Gallardo, 2011f) y el rechazo a las torturas realizadas por Estados Unidos en el Nuevo Humanismo Militar, solo cuando fue así definido por el Congreso de Estados Unidos. En el primero de los casos se tienen las sanciones

del Consejo de Seguridad frente a la invasión de Irak por Kuwait en 1999, que revitalizó este órgano y su sistema de medidas coercitivas que había sido utilizado en pocas situaciones. (Sáenz de Santa María, 2005) Esta cuestión puede ser leída como “la década de las sanciones” (Sáenz de Santa María, 2005), como la intervención humanitaria, como ejercicio de hegemonía como se desprende de Chomsky (2008) o como la reiteración del *homo æconomicus* en el proceso de selección de los conflictos por la comunidad internacional occidental. En efecto, David Harvey (2005) da un elocuente ejemplo que permite concluir que el estado neoliberal es el sustrato ideológico del Nuevo Humanismo Militar:

Evidentemente, lo que Estados Unidos pretendía imponer por la fuerza en Iraq, era un aparato estatal cuya misión fundamental era facilitar las condiciones para una provechosa acumulación de capital tanto por parte del capital extranjero como del doméstico. A esta forma de aparato estatal la denominaré Estado neoliberal. Las libertades que encarna reflejan los intereses de la propiedad privada, las empresas, las compañías multinacionales, y el capital financiero. En definitiva, Bremer invitó a los iraquíes a cabalgar su caballo de la libertad directo hacia la cuadra neoliberal. (:7)

Las principales víctimas de las sanciones de las Naciones Unidas, han sido las ciudadanas y ciudadanos de los respectivos Estados, (Cacho Sánchez, 2007; Gallardo, 2011f; Sáenz de Santa María, 2005) lo que debería llamar al Consejo de Seguridad a determinar los límites de su actuación. Esto se exige pues los determinados a partir del artículo 24 y en general, en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, son insuficientes. (Gallardo, 2011f) Sáenz de Santa María (2005) exige incorporar las normas del DIDH y el DIH, e imponer estas actuaciones solo en casos de ilícitos graves y tras agotar otros medios menos lesivos.

No en vano el capitalismo del Desastre es otra denominación del Nuevo Humanismo Militar, como se desprende de Naomi Klein (2007): “Estos ataques organizados contra las instituciones y bienes públicos, siempre después de acontecimientos de carácter catastrófico, declarándolos al mismo tiempo atractivas oportunidades de mercado, reciben un nombre en este libro: “capitalismo del desastre”. (:26) El *shock* como elemento central del capitalismo del

desastre, es otra expresión del trabajo mancomunado entre aparatos ideológicos y represivos del Estado. Este concepto a su vez coincide con lo que Baxi (2005) ha denominado como guerra del terror, quien expresamente utiliza la expresión de *rogue states*, adoptada por Chomsky en el contexto del Nuevo Humanismo Militar; y se explica a partir de la profundización de ruptura del principio de soberanía en Baxi (2005):

This war mobilizes an infinite potential for counter-terror response by the coalitions of willing states against nomadic insurgents and states that supposedly or allegedly harbour them. In this "war" the latter forfeit their status as co-equal sovereign formations instantly upon the fabrication of their status as "rogue," "outlaw," or "failed" states, which, by acts of omission and commission, are labeled as complicit with the "war of terror."

Their consent as co-equal sovereign states (as hitherto understood in international law discourse) remains irrelevant to acts of "war on terror," in hot pursuit of "terrorists" within otherwise secure territorial boundaries.

This war, being conducted recently in the name of the coalitions of the willing states, claims to serve the spirit of the UN Charter, even when fulsomely acting its letter. By definition, the accompanying justificatory regimes of "preemptive war" and "regime change" stand directed against the nations and peoples of the Third World because the Euroamerican or the triadic state (the United States, the European Union, and Japan) formations remain, with overwhelming and even manifest dubiousness, obviously beyond the discourse of "failed states." Thus, the violence of the inaugural wars on and of terror consists in their globally constituted character. (:9 y 10)

Dicho contexto explica además, que en un planteamiento cuando menos contrastante, al tiempo que se discute desde el centro hegemónico la supuesta relativización de los derechos humanos, se llega a una pretensión formal de su protección definitiva en los discursos institucionales de la gran mayoría de países del mundo y dentro de los organismos, tribunales y órganos desarrollados a partir de la acción de los Estados para la protección de estos derechos. No obstante, se ha puesto de manifiesto que la protección, si bien se presenta con pretensión de efectividad, es claramente parcial y dependiente de los intereses de la hegemonía. Ello explica

cómo elementos, evidentes en términos de universalidad y efectividad de los derechos humanos, como son los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han sido segmentados y colocados, en el mejor de los casos, en una postura de franca ilusión, rompiéndose además con su esencia de universalidad. Pero, al mismo tiempo, esta dicotomía también explica la pretensión de transmutación de figuras como la legítima defensa que exige un ataque armado previo (UN, 1945, Arts. 39 y 51) y la protección de la paz en manifestaciones de perversión como la legítima defensa “preventiva”, que Estados Unidos aplica sin que se haya presentado un ataque armado. Todo lo cual ha llevado a Baxi (2005) a hablar de una guerra del terror:

I here use the expression "war of terror" to signify both the collective intent and capability of non-state actors and networks to deliver, organize, and implement the threat or use of force directed preeminently against civilian populace and sites across the world. The intent consists in declaring "war" and waging international hostilities against sovereign incumbents in the world order; the capability consists in harnessing some extraordinary material resources (such as money and armament) and non-material resources (such as professional competence and skills in the preparation for, and organization of, "efficient" recourse to violence, cultivating motivation for its self-annihilating practices, and overall commitment to a professed just cause). (:8)

Dentro de esta dicotomía también se inscribe la conceptualización en el ER nada menos que del antiguo crimen de agresión –como integrante del derecho consuetudinario–, sobre el cual apenas en el 2010 se logró alcanzar el consenso para iniciar su puesta en vigor. (ICC, Kampala, 2010 y 2010b)

Un segundo conjunto de ejemplos de esta vía se expresan en relación con los crímenes de Estado a nivel mundial. Esto es, bajo la aplicación de mecanismos de selección que permiten establecer para el orden público internacional, los cuales calificará como actos salvadores de la violencia de Estado (Ihering, 2006), y los cuáles serán entendidos como crímenes contra el Derecho Internacional. Como antaño tuvo lugar con la diferenciación entre escenarios atroces objeto de impunidad como Hiroshima y otros dignos de escarnio como Auschwitz, (Alba Rico,

2007) en la actualidad los escenarios se ilustran con Irak, y Afganistán y, en general, con los escenarios que se conoce como la guerra contra el terror. A partir de dicha comprensión, se ha edificado, incluso, un DPI que solo ha tenido lugar en un escenario como África. La dimensión de la selección por parte de la hegemonía de lo que delimita como hechos salvadores de los Estados, también se presenta en relación con la desclasificación del informe del Congreso de los Estados Unidos frente a la utilización de torturas por la CÍA como política de Estado, a partir del 11 de septiembre de 2001, documento (US, Report SSCI, 2012), que fue aprobado por el Comité de Inteligencia del senado con una votación nueve a seis (Feinstein, 2014) el 13 de diciembre de 2012, y declassificado el 3 de diciembre de 2014. (US, Report SSCI, 2012) El Senado llegó a las siguientes conclusiones en dicho informe:

#1: The CIA's use of its enhanced interrogation techniques was not an effective means of acquiring intelligence or gaining cooperation from detainees. (...) #2: The CIA's justification for the use of its enhanced interrogation techniques rested on inaccurate claims of their effectiveness. (...) #3: The interrogations of CIA detainees were brutal and far worse than the CIA represented to policymakers and others. (...) #4: The conditions of confinement for CIA detainees were harsher than the CIA had represented to policymakers and others. (...) #5: The CIA repeatedly provided inaccurate information to the Department of Justice, impeding a proper legal analysis of the CIA's Detention and Interrogation Program. (...) #6: The CIA has actively avoided or impeded congressional oversight of the program (...) #7: The CIA impeded effective White House oversight and decision-making (...) #8: The CIA's operation and management of the program complicated, and in some cases impeded, the national security missions of other Executive Branch agencies (...) #9: The CIA impeded oversight by the CIA's Office of Inspector General. (...) #10: The CIA coordinated the release of classified information to the media, including inaccurate information concerning the effectiveness of the CIA's enhanced interrogation techniques. (...) #11: The CIA was unprepared as it began operating its Detention and Interrogation Program more than six months after being granted detention authorities. (...) #12: The CIA's management and operation of its Detention and Interrogation Program was deeply flawed throughout the program's duration, particularly so in 2002 and early 2003 (...)

#13: Two contract psychologists devised the CIA's enhanced interrogation techniques and played a central role in the operation, assessments, and management of the CIA's Detention and Interrogation Program. By 2005, the CIA had overwhelmingly outsourced operations related to the program. (...) #14: CIA detainees were subjected to coercive interrogation techniques that had not been approved by the Department of Justice or had not been authorized by CIA Headquarters (...) #15: The CIA did not conduct a comprehensive or accurate accounting of the number of individuals it detained, and held individuals who did not meet the legal standard for detention. The CIA's claims about the number of detainees held and subjected to its enhanced Interrogation techniques were inaccurate. (...) #16: The CIA failed to adequately evaluate the effectiveness of its enhanced interrogation techniques. (...) #17: The CIA rarely reprimanded or held personnel accountable for serious and significant violations, inappropriate activities, and systemic and individual management failures. (...) #18: The CIA marginalized and ignored numerous internal critiques, criticisms, and objections concerning the operation and management of the CIA's Detention and Interrogation Program. (...) #19; The CIA's Detention and Interrogation Program was inherently unsustainable and had effectively ended by 2006 due to unauthorized press disclosures, reduced cooperation from other nations, and legal and oversight concerns. (...) #20; The CIA's Detention and Interrogation Program damaged the United States' standing in the world, and resulted in other significant monetary and non-monetary costs (...). (US, Report SSCI, 2012:1-19)

Se pueden sintetizar las conclusiones del informe dirigido por la Senadora Feinstein en lo siguiente:

- a) La inutilidad de las técnicas de tortura utilizadas, cuya justificación descansó sobre argumentos inexactos, no fue sometida a una evaluación de eficacia que hubiera evidenciado que el programa era insostenible, y habría terminado eficazmente con anterioridad al año de 2006. Por ejemplo, estas técnicas y condiciones fueron ideadas por subcontratistas psicólogos, sin la aprobación del Departamento de Justicia. El contrario, el programa dañó el lugar de Estados Unidos en el mundo y generó costos monetarios y no monetarios significativos.

- b) Las técnicas de interrogatorio y condiciones de confinamiento fueron más brutales de lo que se había expresado a los responsables políticos, y a los medios de comunicación. Tampoco existe una contabilidad exacta del número de personas que la padecieron. Ello impidió un análisis jurídico adecuado y la supervisión activa del programa de detención e interrogatorio de la CIA, por esta misma entidad, por el legislativo y la propia Casa Blanca
- c) Las pocas críticas hechas al programa no fueron consideradas, el personal de la CÍA, rara vez fue reprendido o llamados a rendir cuenta por las violaciones importantes, las actividades inapropiadas y la gestión sistemática e individual de fracasos.

Hace varios años había sido documentada de manera amplia la utilización de un programa de torturas por el gobierno Bush, vulneratorio del Derecho Internacional (ICRC, 2007. Klein, 2007; Wendel, 2009) y desarrollado en el contexto del Nuevo Humanismo Militar. No obstante, constituyó un elemento de posible investigación judicial para algunos integrantes de la hegemonía, solo a partir de la difusión de la investigación del propio Congreso estadounidense. En efecto, el programa se caracteriza por la utilización de procedimientos ilícitos de arresto y transferencia de detenidos, (*supra* cap.2, secc. 3, 2.2) confinación de solitario y detención en incomunicación, así como la utilización de diversos métodos de tortura como la asfixia por agua, el sostenimiento prolongado en estrés.

También se encuentran dentro de sus métodos, las golpizas mediante el uso de un collar (*watherboarding, walling*), golpes y patadas, confinamiento en espacios pequeños como en una caja (*confinement box, insects in box*), desnudez prolongada, privación del sueño y el uso de música estridente, exposición a temperaturas frías y al uso de agua fría, uso prolongado de esposas y grilletes, amenazas, afeitado forzado, así como privación y suministro restringido de alimentos sólidos. (ICRC, 2007. Wendel, 2009) Estos métodos siguen y empeoran las lógicas de campos concentracionarios de la criminalidad de Estado contemporánea, expresados de una forma más acendrada que el campo de concentración nazi, pues suma paradójicamente la lógica de la concentración con la de la incomunicación. Así destaca Calveiro (2003) sobre la disposición

de los campos de concentración de la última dictadura argentina, en ejecución del proceso de arrebatamiento de la dignidad para asegurar el paso a no humano:

Pero en los centros más importantes, donde permanecían simultáneamente cientos de prisioneros, el sistema que se generalizó fue el de las cuchetas (...) Las cuchetas eran compartimentos de manera aglomerada, sin techo, de unos ochenta centímetros de ancho por dos metros de largo, en las que cabía una persona acostada sobre un colchón de goma espuma. Estaban formadas por tabiques laterales de ochenta centímetros de alto, lo que impedía la visión de una cucheta a otra, y un tabique frontal idéntico pero con una apertura que permitía sacar o meter al prisionero. A lo largo de las paredes de los galrones, sótanos y depósitos militares se armaban largas series de cuchetas; en cada “cucha”, un preso acostado o sentado, encapuchado, esposado, sin poder moverse, ni hablar, ni hacer nada, hasta que se decidiera su muerte. (:115)

Una vez la opinión pública fue informada de las conclusiones del informe del Congreso de Estados Unidos, fueron olvidadas las justificaciones del gobierno de Estados Unidos al respecto. Por ejemplo, la opinión del vicepresidente Dick Cheney en febrero de 2009, citado por Mark Danner:

If it hadn't been for what we did -with respect to the...enhanced interrogation techniques for high-value detainees... - then we would have been attacked again. Those policies we put in place, in my opinion, were absolutely crucial to getting us through the last seven-plus years without a major-casualty attack on the US.... (Danner, 2009)

En los inicios del gobierno de Barack Obama se habían suscitado informes que evidenciaban que la utilización de tortura no constituía un hecho aislado, como se había comprendido a partir de las revelaciones de los abusos de Abu Grhaib, e incluyeron tanto el informe del Comité Internacional de la Cruz Roja, que fue filtrado por el periodista Mark Danner, como por la desclasificación que hizo el Departamento de Justicia Estadounidense, sobre el memorando confidencial de la oficina del Asesor Jurídico del gobierno de Bush. (Wendel, 2009)

Pero una de las constataciones más lamentables, ha sido el desarrollo de asesoría legal, a fin de intentar hacer decrecer en el papel la gravedad de estos crímenes, es decir, abogados

gubernamentales, en muchas ocasiones docentes universitarios (como John Yoo), asesorando para procurar la legalidad de la tortura. (Wendel, 2009) Como reconoce Wendel (2009) con fundamento en Phillippe Sands: “*the lawyers who removed obstacles to coercive investigation became willing accomplices to war crimes*”. (:4) No obstante, ello no permite ignorar que estos abogados en realidad estaban aplicando las políticas de Estado:

As Jane Mayer shows, these memos were the product of a mentality that accepted no dissent from the position that the President’s powers during a war or time of national emergency could not be limited by Congress or the courts.⁴⁰ She focuses not only on the familiar names of Yoo and Bybee, but on the less familiar, but probably far more consequential David Addington. Addington was smart, forceful, and a ruthless bureaucratic infighter, but his extraordinary power was owed to two other factors: is knowledge (unique among high-level government lawyers) of national security law and the law of warfare, and his access to Vice President Cheney. Cheney and Addington shared the view that the American presidency had been emasculated following Watergate, and were preoccupied, even obsessed, with restoring the authority of the office. As Goldsmith puts it, Addington “believed presidential power was coextensive with presidential responsibility,” and in the aftermath of the September 11th attacks, the President’s responsibilities were at their height. Goldsmith and others have remarked on the extraordinary bunker mentality that gripped the administration as it contemplated the variety of real and imagined threats to American citizens. (...) The Yoo-Bybee memos were the kind of legal advice the administration wanted. (:8)

Chomsky (2008) destaca la semejanza que presentan los crímenes de la guerra de Iraq (impunes), con los hechos procesados en los juicios de Núremberg. No obstante, las respuestas del Derecho Internacional frente a los dos fenómenos son contradictorias. En efecto, el NHM pretende afianzarse en el Derecho, como criminalidad de Estado que se respete, reafirmando que la víctima del crimen de Estado es víctima de quien determina, condiciona y sostiene el Derecho. Esto se sintetiza de manera apropiada por el autor estadounidense:

A comienzos de 2003, los estudios mostraban que el miedo a Estados Unidos había trepado a notables alturas en todo el mundo, junto con la desconfianza hacia su dirigencia

política. El desconocimiento de los derechos y necesidades humanos más elementales iba a la par con una exhibición de desprecio por la democracia sin paralelo alguno que venga a la cabeza, todo esto acompañado de manifestaciones de sincero compromiso con los derechos humanos y la democracia. (Chomsky, 2008:12 y 13)

Ello explica por qué razón se presentan visiones hegemónicas para frenar las posibilidades exiguas del Derecho Internacional. Chomsky (2008) cita que el estadista liberal estadounidense Dean Acheson, “informó a la Asociación Estadounidense de Derecho Internacional, que cuando Estados Unidos contesta a un desafío ‘a su poder, posición y prestigio’, de ello no se desprenden “cuestiones legales”. (:27) Recordando la base múltiple que en Foucault tiene la demarcación del Estado en la modernidad, y que presenta un fuerte componente de tipo jurídico–económico; por lo menos la dinámica del Derecho Internacional, y en particular, el aplazamiento normativo del Proyecto de Artículos genera nuevamente el debate relativo a la construcción del *ius cogens* en dicho Derecho Internacional y sus aplicadores. Esto es, se reaviva el debate del *ius cogens* como expresión de Biopolítica. Refiriendo la situación en Iraq, Chomsky subraya que el nuevo Derecho Internacional ha pasado de una perspectiva sustentada en las Naciones Unidas, a una signada por la agenda de Washington. Como se ve, esta constituye el arquetipo de la nueva Biopolítica de la especial modernidad que ha emergido tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001. Ello también ha tenido efectos en el DPI a partir del ER, escenario de DPI que justamente se ha construido en el escenario del Nuevo Humanismo Militar.

Se llega así a dos conclusiones generales, en relación con estos eventos: se trata de la homogeneización, que hace Yoo, entre razón jurídica, razón ética, y seguridad nacional, (Wendel, 2009) y, por otro lado, se observa una nueva expresión del sentido burocrático que alimentó el genocidio nazi, un conjunto de personas guiadas por la aplicación del Derecho que se impone a través de la hegemonía en la que se inscriben. (*supra* cap. 1, secc. 2, 3) Así, el Nuevo Humanismo Militar refleja la criminalidad de Estado como el núcleo del sistema hegemónico que llega hacia los sentidos y las lógicas dentro de lo cotidiano. (Calveiro, 2012) Ello ha tenido lugar en el mundo bipolar que se concretó tras la Segunda Guerra Mundial y se mantiene en general, a

pesar de un buen trámite bajo una idea de unipolaridad que se ha revertido con el éxito de los vetos de Rusia y China en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas del proyecto de Resolución S/2012/77 frente a la situación Siria, que trataba precisamente de hechos de criminalidad de Estado. (UN, SC, 2012) Como el holocausto nazi, las acciones del Nuevo Humanismo Militar ejemplifican elementos de la noción de Crimen de Estado de Kauzlarich, Mullins y Matthews (2003): (i) “denota una acción explícita y clara por un Estado para la consecución de sus objetivos” (:241) (ii) produce daños sociales, y (iii) se verifica por el Estado en nombre de una agencia estatal. El matiz actual consiste en la presentación de estas acciones bajo lo que Ihering (2006:185) había denominado en el escenario del derecho nacional como “los hechos salvadores de la violencia del Estado. (*supra* cap. 1)

Vinculado con la temprana modernidad, y de la mano de Hannah Arendt (2003), el Nuevo Humanismo Militar profundiza en la fusión entre los conceptos de actos de Estado y razón de Estado como teoría, donde se aparta al Estado de las normas establecidas para los ciudadanos. Arendt (2003) diferencia la razón de Estado en un Estado, o en un Estado criminal. En el primero aparecería como una necesidad relativa signada por la excepcionalidad, como un acto de violencia límite para asegurar la supervivencia del Estado y “la supervivencia del imperio de la ley”. (Arendt, 2003:173). La propia Arendt reitera la visión externa de la soberanía de los Estados cuando señala que un Estado guiado por principios criminales, queda fuera del Derecho Internacional, se le niega el reconocimiento de soberanía, y se reduce a una situación difícilmente solucionable a través de conceptos jurídicos, salvo uno: “las órdenes criminales no deben ser obedecidas” (Arendt, 2003:173). En parcial conexión con esta postura, por lo menos en lo que tiene que ver con la justificación parcial de la violencia de Estado y su diferenciación del Estado criminal, Ihering (2006) advertía que la organización social de la coacción equivale a Estado y a Derecho, siendo esta última su disciplina. No obstante, pensaba que el problema del Derecho es un problema de poder entre individuos como entre Estados, mientras que la violencia se aparta del Derecho (Ihering, 2006). Esta contradicción se expresa de manera constante para el autor, quien finalmente, como Yoo; niega la posibilidad de existencia de la criminalidad de Estado, sosteniendo una de las hipótesis de Arendt: que la violencia de Estado es necesaria, pues detenta

la violencia suprema en su territorio. Estas afirmaciones muestran la importancia y actualidad del debate sobre el delicado límite existente entre los actos de Estado, como sencillamente delictuosos y el Estado guiado por principios criminales. Revela de nuevo que la criminalidad es una función en el Estado moderno, y que debe ser limitada por el Derecho, aún en el Nuevo Humanismo Militar. (*infra* cap. 3)

Como se recordará, Foucault (2007) encuentra en las dos expresiones del Estado liberal (ordoliberalismo alemán y neoliberalismo estadounidense), la vinculación entre el Derecho y la Economía. Se expresa así una razón de Estado que se ensancha y limita por la relación Derecho/economía. Se ha evidenciado así que el Derecho bajo la hegemonía se ha convertido en instrumento de ampliación de la razón de Estado, como lo revela el holocausto y el Nuevo Humanismo Militar. Al respecto, señala Bauman (2011):

(...) Piensen simplemente qué es lo que convirtió al Holocausto en algo único de entre todos los asesinatos en masa que han jalonado el avance histórico de la especie humana.

La administración pública infundió al resto de las organizaciones su decidida planificación y su burocrática meticulosidad. El ejército le confirió a la máquina de la destrucción su precisión militar, su disciplina y su insensibilidad. (...) Finalmente, el partido aportó a todo el aparato el “idealismo”, la sensación de estar “cumpliendo una misión” y la idea de estar haciendo historia.

Fue, en efecto, la sociedad organizada cumpliendo una tarea especial. Este ingente aparato burocrático, a pesar de dedicarse al asesinato en masa a escala gigantesca, demostró su preocupación por la corrección en los trámites burocráticos, por las sutilezas de la definición exacta, por los pormenores de las regulaciones burocráticas y por la obediencia a la ley”¹⁴. (:35)

La conexión Derecho/economía, presenta un elocuente ejemplo en el funcionamiento de la justicia penal. Foucault (2007) resalta que la estimación del poder público en términos de mercado y el análisis de los comportamientos no económicos, resultaron de interés para el

¹⁴ Cita de Bauman: Kuper, Genocide:121.

neoliberalismo, retornando discusiones referidas a una reflexión “de estilo económico sobre la política o el ejercicio del poder” (:287), pues “La ley es la solución más económica para castigar bien a la gente y que el castigo sea eficaz” (:288), y se proponen mecánicas procesales para obtener el castigo y eliminar ciertas conductas bajo el principio de economía, por lo que el *homo penalis* es un *homo æconomicus*. (Foucault, 2007) Éste último es esencialmente una persona eminentemente gobernable, el correlato de la gobernabilidad, que se sitúa en un campo de inmanencia indefinido que lo liga bajo la dependencia de los accidentes que le ocurren y la producción para la ganancia de otros, desde luego “*esto no quiere decir en absoluto que todo individuo, todo sujeto, sea un hombre económico*”. (:292). En este mismo orden de ideas, se entiende que el criminal perturba la sociedad, es el primer enemigo interno, el enemigo social, (Foucault, 1996). Entonces el castigo constituyó un mecanismo para limitar las externalidades negativas de actos determinados, y el *enforcement of law*, como concepto previo al fortalecimiento de la ley, agrupa los instrumentos para dar realidad social y política a la prohibición en la ley (Foucault, 2007).

Allí se encuentran básicamente cuatro modalidades de castigo: (i) castigo por el rompimiento del pacto social, por lo que se expulsaba al delincuente “del espacio social donde funciona esa legalidad” (Foucault, 1997:94), (ii) el castigo como exclusión, (iii) el castigo como trabajo forzado para la reparación como compensación del daño social, (iv) la pena para que el daño no pueda ser cometido de nuevo. (Foucault, 1997) El *enforcement* constituirá “*el conjunto de los instrumentos de acción sobre el mercado del crimen que opone a la oferta de éste una demanda negativa*”. (Foucault, 1997). La tolerancia frente a dichas demandas se transforma en el autor francés en virtud de la penetración de la teoría neoliberal del consumo. En efecto, en la actualidad, la cuestión de la penalidad consiste en determinar cuántos delitos pueden permitirse (Foucault, 1997) si representan la hegemonía y cuántos delincuentes deben quedar impunes.

Entonces, los fenómenos que se habían observado previamente con Foucault en el Derecho Penal, de imposición del soberano sobre el supliciado/procesado, vía poder hegemónico, de gravamen del principio de Estado sobre el Derecho como regulación, se siguen acusando en la

versión más reciente del paradigma de la modernidad. Ello se sintetiza por Boaventura de Sousa Santos (2000) en una absorción del pilar de la emancipación por el de la regulación. Esta permeabilidad se expresa en una doble dimensión: (i) limitación de la comprensión emancipadora, ahora contrahegemónica del concepto de los derechos humanos, y (ii) subversión, ahora dogmática, previamente material; de una dimensión del Derecho que en tanto es controlada por el ejercicio del poder, no se aplicaría a determinados Estados. Conclusión que se confirmaría de nuevo por Boaventura de Sousa Santos (2009) quien señala:

De alguna manera pensamos que, al punto que llegamos, los instrumentos que fueron creados para lograr una emancipación social están produciendo el efecto opuesto, un efecto perverso. Hoy sabemos que se violan los derechos humanos para, aparentemente, preservarlos; se destruye la democracia, aparentemente para defenderla; se destruye la vida, aparentemente para defenderla (un millón de personas ha muerto en los últimos cuatro años en Irak). (:17)

Pero ello no implica considerar una expansión del principio de Estado como forma del pilar de regulación. En realidad, se ha desplegado en exceso el principio del mercado en detrimento de los restantes principios (Santos, 2000), y la visión hegemónica de los derechos humanos ha venido en su auxilio. A través de ella se sostiene la existencia de un respeto universal a cierta tipología de derechos humanos solo en tanto sean compatibles con la “*ideología de mercado*” (Fariñas Dulce, 2000:156), y en cuanto concentren además, libertades negativas. En suma: “*La nueva autoridad es la individual propiedad capitalista y el falso colectivo del Estado. Este nuevo orden es también sacro*”. (Gallardo, 2009)

Existen razones para identificar la actualidad de la criminalidad de Estado como concepto del Derecho en el escenario del Nuevo Humanismo Militar. Se han evidenciado elementos que señalan tan identidad, tanto en la concepción del Derecho como límite al Estado desde una perspectiva de Derecho liberal, y en la verificación del Derecho como construcción Estatal que debe sostener una vinculación en términos de horizontalidad con el ciudadano. Esto es, en la consideración de los sujetos individuales y sujetos sociales. Asimismo, se han evidenciado

algunas fórmulas de proscripción del Crimen de Estado en el Derecho Internacional y los Derechos nacionales. En suma, resulta indiscutible que de conformidad con las normas del Derecho Internacional General, el catálogo normativo del ER de la CPI no ha abandonado el deber de persecución de los crímenes de Estado.

En el seno de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos se señalaron las lógicas de jerarquía que se encuentran en los crímenes de lesa humanidad: (i) se trata de crímenes “perpetrados por individuos pero siguiendo políticas estatales, con la impotencia, o tolerancia, o connivencia, o indiferencia del cuerpo social”, (ii) presentan una política de Estado de manera “explícita o implícita”, (iii) se planifican por los Estados “en sus más altos escalones”. A partir de allí se concluye que comprometen tanto la responsabilidad internacional del Estado en el ámbito del DIDH, como de los individuos frente al Derecho Penal y el DPI. (Corte IDH, 2006aavr, párr. 40, 43 y 45) Así, el sociólogo argentino Daniel Feierstein (2013) señala que las categorías de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, constituyen en realidad el tratamiento a través del cual el Derecho ha dado respuesta a la criminalidad estatal o criminalidad de masa (2013).

Igualmente, se ha corroborado que el concepto de crimen internacional como categoría del DPI, se refiere a normas de *ius cogens*. Por ello debe admitirse que la CPI debe hacer patente la persecución de las conductas verificadas por actores estatales, pues así se lo impone el Derecho Internacional imperativo, ello con independencia de su derecho aplicable (ER, Art. 21) como lo ha reconocido la propia CPI, al señalar que la jurisprudencia de otros tribunales internacionales se podrá invocar como indicativa de un principio o norma del Derecho Internacional. Para aclarar el camino, debe advertirse que la responsabilidad penal internacional es un principio general del Derecho reconocido de manera universal. (Bassiouni, 1987. Pigrau Soler, 2000 y 2009) De allí se desprende que la conjunción de principios del Derecho Internacional, en sede de dos de sus ramificaciones (DIDH y DPI), obligaría a una atención prioritaria del procesamiento de los fenómenos de criminalidad que puedan categorizarse como crímenes internacionales bajo el ER.

La conclusión se corrobora al considerar que el ER de la CPI, marca de manera tajante dos requisitos sustanciales para determinar el nivel de conjunción entre la responsabilidad penal internacional y la responsabilidad internacional de los Estados por los hechos que le son atribuibles. En primer lugar desde el Preámbulo se toma partido por la necesidad de la justicia y, con mayor razón, frente a los más graves crímenes. Además, bajo el artículo 25.4 el debate sobre la responsabilidad penal individual, no afectará la responsabilidad de los Estados conforme al Derecho Internacional.

Pero la tendencia hacia el reconocimiento normativo de la responsabilidad internacional de los Estados y sus agentes, no sigue el mismo camino en los terrenos de la realidad. Lo que se observa es una nueva limitación de la voluntad de los Estados al construir el Derecho Internacional. Esta no se edifica sobre el idealismo del Derecho Internacional: “la primacía de los intereses comunes, y su satisfacción, sobre la mera regulación de la coexistencia de los Estados, claramente insuficiente en función de las nuevas realidades y necesidades sociales” (Alcaide, 2005:91), o bajo la idea de protección de intereses y valores comunes para la comunidad internacional (paz y seguridad) que han adquirido valor legal desde Núremberg (Abi-Saab, 1999). En realidad ha tenido lugar mediante la selección entre atrocidades, según su simpatía con la hegemonía. Es decir, que la criminalidad de Estado bajo el DPI actual debe responder el registro más general que no se refiere a la existencia de bienes jurídicos internacionales, sino a intereses jurídicos hegemónicos internacionales que se respaldan en normas jurídicas. Esto contradice la visión que encuentra que la transformación de la segunda posguerra, obedeció en exclusiva a una pretensión de limitación de las atrocidades, donde se inscribe el pensamiento de López Medina y Sánchez Mejía (2008), relativo a la armonización entre el DIDH y el Derecho Penal Nacional, resaltando su limitada efectividad:

La catástrofe humanitaria de la Segunda Guerra Mundial llevó a la consagración convencional en tratados internacionales de obligaciones estatales de respeto y garantía de los derechos humanos, incluyendo una preocupación muy marcada por el núcleo de derechos individuales relacionados con el sistema penal: libertad y seguridad personales, debido proceso y protección a la intimidad entendida como inviolabilidad de

comunicaciones y de domicilio. Aunque estas normas constituirían verdaderas obligaciones jurídicas desde el momento en que los Estados adhirieron a los respectivos documentos internacionales, lo cierto es que la eficacia práctica de las mismas fue muy baja. (:322 y 323)

Revisando los sujetos individuales cuyas actuaciones deben ser conocidas por la CPI, se observa un verdadero ejercicio de selección entre atrocidades. La CPI investiga ocho situaciones: Uganda, República Democrática del Congo, Darfur (Sudán), República Centroafricana, Kenia, Libia, Costa de Marfil y Mali. En tanto que tramita exámenes preliminares en relación con nueve eventuales situaciones: Honduras, Afganistán, Corea, Ucrania, Iraq, Georgia, Guinea, Colombia y Nigeria. Una breve revisión de estos países señala que los únicos estados pro-occidente, al momento de iniciar dichas actuaciones, son Honduras y Colombia, observándose una tendencia al procesamiento y revisión de países de África y de Europa oriental. Asimismo se observa que solo se han tratado las situaciones de dos Estados occidentales o pro-occidentales. Si bien, ya se transformó la situación denunciada en el año de 2007 por Kai Ambos (2007a) en el sentido de que no se había iniciado una sola investigación formal con sustento en las comunicaciones enviadas a la Fiscalía de la CPI, pues en la actualidad, se adelantan las investigaciones relativas a las situaciones de Kenia y Costa de Marfil. (*infra* cap. 2, secc. 3, 2.1) Estas evidencias dan razón a Añaños Meza (2010) cuando refiere que los estados fallidos y frágiles constituyen el objeto central de la construcción del Estado por actores extranjeros. Por Estados fallidos concibe a los que están sometidos “al colapso de instituciones estatales o pérdida total o parcial de control del gobierno en Estados que han sido abatidos por un conflicto armado, guerra civil o han sido objeto de una intervención militar extranjera”. (:5) Dentro de ellos, la autora resalta los pertenecientes a la Ex-Yugoslavia, Somalia, Liberia, Sierra Leona y Ruanda. Salvo Ruanda y Yugoslavia, (Añaños Meza, 2010) todos objeto de revisión por la CPI. Ello permite constatar que la consolidación de la paz, si bien incluye las operaciones realizadas por las Naciones Unidas y su Consejo de Seguridad, también implica la actuación del DPI a partir de las decisiones de la hegemonía mundial:

En cuanto a los medios, la consolidación de la paz se vale de diversas formas y grados de interferencia e intervención en un Estado, que llegan hasta la toma de funciones soberanas, que originalmente son del dominio exclusivo de los Estados. En cuanto a los fines, la misma trae consigo un tinte ideológico y político, es decir, trae en su portafolio un esquema de valores y un programa político predefinido que tiende a la realización de una “buena gobernanza”, con estructuras de gobierno democrático liberal y economía de mercado, en los que están incluidos los derechos humanos, el Estado de derecho y la ayuda al desarrollo. La población destinataria está obligada a forjar su futuro de acuerdo a estos modelos, quedándole escaso o ningún margen de opciones para ordenar, configurar y desarrollar su futuro con plena libertad. (Añaños Meza, 2010:9)

En similar sentido, Marlies Glasius (2009) toma nota sobre los desbalances relativos al proceso de selección de situaciones y casos, y en particular, en relación con la intensidad de los hechos por los que se abren investigaciones y se presentan cargos, pues las actuaciones del Fiscal en la situación del Norte de Uganda permitiría inferir que “the prosecutor rates the forced displacement of hundreds of thousands as less grave than the killing, maltreatment, and abduction of thousands. This may be a sound legal judgment, but its moral justice is contested”. (:502) Justamente Kai Ambos (2007a) ha encontrado que las posibilidades de la CPI se remontan al “tema común de *Realpolitik*” (:1), lo que a su juicio obedece a múltiples cuestiones: (i) los problemas generados por el sostenimiento de la impunidad de graves violaciones de los derechos humanos, durante largos siglos, (ii) la dependencia de la CPI de la cooperación estatal, (UN, PCICC, Lienchenstein, 2001. Goldstone, 2011. Gallant, 2003) así como (iii) los efectos contraproducentes y limitados del principio de jurisdicción universal. (Ambos, 2007a) El poder del Consejo de Seguridad en relación con las actuaciones de la CPI, no se limita a la lamentable posibilidad de suspensión sucesiva de la investigación o el enjuiciamiento a solicitud de dicho órgano político de las Naciones Unidas (ER, Art. 16), que parece advertirse como indefinida. (Zolo, 2005) En el año de 2007 la Oficina del Fiscal de la CPI señaló su interés en revisar la situación de Afganistán, país que había depositado su instrumento de ratificación el 30 de septiembre de 2003. Según el informe sobre exámenes preliminares de 2012, la OTP había

recibido aproximadamente 87 comunicaciones bajo el artículo 15 del ER, que alegaban la comisión de múltiples crímenes internacionales (OTP, 2012) como asesinato, tortura y otras formas de tratos degradantes, uso de escudos humanos, ataques contra bienes protegidos, secuestros, imposición de castigos por estructuras judiciales paralelas y reclutamiento de niños. También se señaló en el informe que dicho examen preliminar se había obstaculizado por la falta de cooperación de muchos Estados Partes de la CPI, en particular en relación con solicitudes de información rechazadas o pendientes en “*States with troops in Afghanistan*”. (OTP, 2012, párr. 37)

Curso comparable tuvo en un primer momento la situación de Palestina en la CPI. El 22 de enero de 2009, la Autoridad Nacional Palestina radicó ante la secretaría de la CPI una declaración bajo el artículo 12.3 del ER por actos cometidos en su territorio desde el 1 de julio de 2002. Pero el 3 de abril de 2012 la OTP cerró dicho examen preliminar sosteniendo que su jurisdicción no se basa en el principio de la jurisdicción universal, sino que exige que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, o los Estados proporcionen la jurisdicción. Así concluyó con fundamento en la postura de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que Palestina no era un Estado de conformidad con los artículos 125 y 12.3 del Estatuto, sino un Estado Observador, figura diferente a la de Estado no miembro, pudiéndolas considerar en el futuro: “*should competent organs of the United Nations or eventually the Assembly of States Parties resolve the legal issue relevant to an assessment of article 12, or should the Security Council, in accordance with article 13(b), make a referral providing jurisdiction*”. (OTP, 2012a, párr. 8)

El despliegue de la causa del reconocimiento de Palestina como Estado y que el 23 de septiembre de 2011, el presidente de la Autoridad Palestina solicitó al Secretario General de la ONU, “la solicitud formal de ingreso de Palestina como Estado miembro de pleno derecho en la citada institución” (Abu-Tarbush, 2012:10), confluyó en el inicio del examen preliminar sobre dicha situación en la CPI el 16 de enero de 2015, no obstante el examen implicará la revisión de hechos que potencialmente sean competencia de la CPI, ocurridos desde el 13 de junio de 2014. (ICC, OTP, 2015)

Las dificultades para el conocimiento de la situación de Palestina en la CPI, corroboran la postura de Foucault: “desde el momento en que el Estado funciona sobre la base del biopoder, la función homicida del Estado mismo sólo puede ser asegurada por el racismo” (:207). Racismo, segregación, exclusión de un sentido positivo de la otredad: constituyen también nuevos elementos de la Biopolítica del Nuevo Humanismo Militar, que hasta el infinito parece solo acatar la particular concepción de soberanía de muy pocos Estados del mundo. Otredad negativa referida a una relación de poder, donde se ve a otro distinto, como alguien que no es semejante, y que puede ser coaccionado o *inferiorizado*. (Gallardo, 2008a) Una otredad que afianzada en la razón instrumental, suplanta la otredad positiva como expresión de una relación diferente:

La categoría de **otredad positiva**, en lo que aquí interesa, surge asimismo de una **relación**, pero del juzgado ‘otro’ **consigo mismo**. El indígena, la empleada doméstica, el adolescente, se siente/sabe humano, **entiende su situación social como propia/impropia de un ser humano** y desde esta integración (asunción) de su humanidad, **resiste y rechaza la inferiorización**. Reclama su entera dignidad humana así como es. No la quiere por “parecerse” a otro, a los dominantes (personalidades, sectores, etc.), sino que reclama la **legitimidad de su manera de ser humano**, de expresar **particularizadamente** la especie humana. (Gallardo, 2008a:2 negrillas del texto original)

Se constata la cotidianidad de la criminalidad de Estado. El NHM revela la manipulación y vulneración que los denominados *Estados ilustrados* hacen de normas del derecho imperativo internacional, y que rechaza la naturaleza consuetudinaria de los principios del Derecho Internacional, revelando una construcción real y mediata en el principio de la fuerza como constructor de la costumbre internacional. En otras palabras, revela la vulnerabilidad en la construcción del Derecho Internacional. El *ius cogens*, se aplica en cuanto constituye expresión de los intereses hegemónicos de algunos Estados, pero en el escenario contemporáneo del Nuevo Humanismo Militar puede llegar a expresarse como instrumento contrahegemónico, sobre lo que se retornará más adelante (*infra* cap. 3) Un Nuevo Humanismo Militar que confirma la postura de autoritarismo liberal o de espejismo de los derechos humanos en relación con los ciudadanos, al tiempo que sostiene la hegemonía. Conclusión que no convoca a la sorpresa cuando se considera

de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, los asuntos atinentes al sostenimiento de la paz mundial tienen asiento en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, donde cinco de las potencias hegemónicas tienen la posibilidad de veto (UN, 1945), por lo que órganos como estos “funcionan más como órganos de poder que como instituciones garantes de derechos humanos”. (Ballesteros Pérez, 2007:69)

Se verifica así la existencia de una Biopolítica de los derechos humanos que coincide con su concepción hegemónica. Se corrobora la actualidad de la Biopolítica de la responsabilidad internacional de los Estados bajo el nuevo humanismo militar. En suma, la construcción del Nuevo Humanismo Militar patentiza que la relación impunidad/ justicia, sigue mediada por los intereses del mercado como lo había señalado Foucault (2007). Ello se patentiza además con el viraje a los discursos de la justicia transicional, que en su versión estatal colombiana implicaría una ampliación de la posibilidad de impunidad de crímenes de Estado, constitutivos de crímenes internacionales.

2. El Derecho Penal Internacional: Nuevas transformaciones en la hegemonía.

Dos ideas que surgieron en la segunda posguerra, de la mano del nuevo orden internacional, han tendido a independizarse de forma paulatina, pues su utilización puede alterar el contenido de las pretensiones hegemónicas correspondientes. Estas se constituyen por la responsabilidad internacional de los Estados y la responsabilidad internacional de los individuos. Los hechos ilícitos atribuidos a los Estados se realizan a partir de los individuos adscritos a sus órganos, que cumplen sus funciones o actúan con su aquiescencia y que, bajo el Derecho Internacional, deben ser procesados por los Estados (*supra* cap. 2, secc. 2, 2.1) como se corrobora con el ER en tanto destaca que la responsabilidad penal individual no afecta la responsabilidad del Estado conforme al Derecho Internacional. (ER, Art. 25.4) Entonces no debería extrañar que un órgano propio de DIDH como la CIDH (Resolución No. 1/03) señale que la protección de los derechos humanos y el imperio del Derecho se expresan en la consolidación de la responsabilidad penal internacional, el juzgamiento de crímenes internacionales y los principios de jurisdicción

internacional y universal. Estos elementos son comunes al DIDH y al DPI, en particular en lo relativo a la verificación de la diligencia debida como principio y una obligación frente a la comisión de graves violaciones de derechos humanos o crímenes de Estado. (Corte IDH, 2006b; 2006a; 2006. UN, E/C.19/2010/6, 2010. García Muñoz, 2004. Soria Montañez, 2013) Por otra parte, la responsabilidad penal individual internacional es un principio de reconocimiento universal (Ambos, 2003) en virtud del cual las personas físicas deben afrontar las consecuencias del incumplimiento de un deber u obligación, que acarrea consecuencias de índole penal. (Damgaard, 2008) Entonces es lógico concluir la tradición de la vinculación entre responsabilidad del Estado y responsabilidad de los individuos por hechos del Estado que se amplía en atención al ER de la CPI, pues como señala Ambos (2004a), la impunidad constituye la relación central entre el DPI y el DIH y su cierre o limitación constituye la función más importante del DPI.

La eclosión convencional de los Derechos humanos implicó el surgimiento de visiones recogidas normativamente con los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, donde se sintetizaron los principios de Núremberg en textos jurídicos que fundamentan la responsabilidad internacional de los Estados y de los individuos. Uno de los actos fundantes en la construcción de la subjetividad jurídica internacional de las personas, se constituye por la sentencia del Tribunal de Nüremberg (Pérez-León, 2008), lo que no ignora que los antecedentes de los crímenes internacionales se extienden al surgimiento del DIH, y en sede específica del DPI, a la exigencia de procesamiento del Káiser Guillermo II de Hohenzollern en el Tratado de Versalles. (CLF, 1919, Art. 227. Bassiouni, 1982. Burneo Labrin, 2011. Vidal La Rosa, 2009) Persecución tendencial de determinados crímenes cometidos por específicos actores (los vencidos), como se evidenció al señalar la afirmación de los gobiernos aliados, y la correlativa aceptación alemana, sobre la responsabilidad de esta última y sus aliados: *“for causing all the loss and damage to which the Allied and Associated Governments and their nationals have been subjected as a consequence of the war imposed upon them by the aggression of Germany and her allies”*. (CLF, 1919, Art. 231)

El camino del DPI no ha sido fácil, como resalta Schabas (2007), aludiendo a la suspensión del proyecto de establecimiento de un tribunal penal internacional permanente durante los primeros años de la Guerra Fría, actividad reanudada hacia 1989 con la finalización de este momento histórico y a raíz del conflicto en la antigua Yugoslavia. De esta construcción contemporánea también hacen parte los instrumentos relativos al reconocimiento, prevención y sanción del delito de genocidio, (UN, 1946 y 1948) la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad (UN, GA, 1968), así como los Proyectos de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. (ILC, Draft Code, 1990; Draft Code, 1996) Esta proliferación de instrumentos internacionales, o de su pretensión; no permite desconocer que la posibilidad de un tribunal internacional permanente, se congeló durante el desarrollo de la Guerra Fría, con fundamento en una razón política como lo resalta Burneo Labrin (2011): “los líderes políticos de los Estados más poderosos no estaban dispuestos a exponerse a un proceso penal internacional semejante al de Nuremberg, ni a “debilitar” sus respectivos aliados entre los que se contaban dictadores responsables de crímenes atroces”. (:27) De allí se ha llegado al ER de la CPI, como un éxito que también se debe al movimiento internacional de los Derechos Humanos. (Schabas, 2007) Logros importantes si se considera que en solo cuatro años se adoptó el gran umbral que se había exigido para su ingreso (Goldstone, 2011) No obstante también se ha señalado que la CPI es una de las “más claras oportunidades del denominado proceso de globalización o mundialización” (Artigas, 2001) lo que podría señalar que es una expresión hegemónica desde su surgimiento:

La globalización constituye un nuevo contexto y una nueva conectividad entre los actores y las actividades económicas a lo largo del mundo. Esta realidad ha sido posible debido al progresivo desmantelamiento de las barreras al comercio y la movilidad de capital, junto con avances tecnológicos significativos y costos crecientemente disminuidos de transporte, comunicaciones e informática. En ese sentido, los beneficios se refieren a un más rápido crecimiento económico, estándares más altos de vida, innovación y difusión tecnológica aceleradas y nuevas oportunidades económicas para individuos y países. Sin embargo, estos beneficios están desigualmente distribuidos y las contrapartidas de tales procesos son demasiado a menudo, la marginación, la miseria y el atropello a la dignidad. (:24)

La doctrina internacional ha evidenciado la importancia de la criminalidad de Estado en la configuración de estos crímenes internacionales, pues se vinculan con frecuencia a la realización o protección de una política de Estado. (Cassese, 2008; Akande, 2004. Clark, 2005) Solo debe recordarse con Jain (2010) que las dos características centrales de los crímenes internacionales son su ajuste a la norma social, y su naturaleza colectiva. En relación con el primer aspecto, subraya con sustento en Kelman, que constituyen actos “carried out under explicit instructions from the authorities or makers of official policy, or at least in an environment in which they are sponsored, expected, or tolerated by them, and which are considered illegal or immoral by the larger community”. (:262)

En lo que corresponde a su naturaleza inherente ente colectiva, esta se expresa en su comisión en nombre o en apoyo de un proyecto criminal colectivo, ya estatal o de otra autoridad, que lo implica en un proyecto común; y la selección de víctimas, con fundamento en su pertenencia real o percibida, como integrante de un colectivo. Schabas (2008) tiene una postura más profunda en este sentido, compuesta por los siguientes razonamientos:

- a) La existencia de una política de Estado, es un elemento central de los crímenes internacionales. Para tales propósitos trae a Bassiouni, quien sustenta que los crímenes de lesa humanidad bajo el ER, no pueden ser aplicados a los actores no estatales.
- b) No obstante, la alusión a la comisión de los crímenes internacionales en cabeza de individuos y no de entidades abstractas, en la sentencia de Núremberg (NIMT, 1945) pudo alimentar de manera errónea la consideración expresada de forma creciente en la jurisprudencia del TPIY sobre la irrelevancia del papel del Estado en la constitución de crímenes internacionales como el genocidio y los crímenes de lesa humanidad:

In practice, however, there have been few if any cases before the international tribunals involving entrepreneurial villains who have exploited a situation of conflict in order to advance their own perverse personal agendas. Essentially all prosecutions have involved offenders acting on behalf of a State and in accordance with a State policy, or those acting on behalf of an organization that was State-like in its attempts to exercise control

over territory and seize political power, such as the Republika Srpska. (Schabas, 2008:954)

De esta forma encuentra que dicha cuestión en el TPIY, constituiría una decisión de política judicial orientada a resultados, que es poco profunda y además ignora la historia de estos dos crímenes, sus fundamentos teóricos, la historia de su redacción, y los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional.

- c) Recomienda que en el examen de potenciales casos de genocidio y de crímenes de lesa humanidad, se debe tomar como punto de partida la política de Estado, para a continuación verificar la responsabilidad individual: “Indeed, the existence of a State policy may be the best criterion in distinguishing between individual crimes that belong to national justice systems, and international crimes with their special rules and principles concerning jurisdiction, immunities, statutory limitations, and defenses”. (Schabas, 2008:982)
- d) En lo que corresponde a los actores no estatales, Schabas (2008) sugiere una interpretación amplia del concepto de política de estado para incluirlos, entendiéndolos como organizaciones cuyo nivel de atrocidades puedan encontrarse compatibles con las cometidas por los Estados. En efecto concluye que el ER y sus EC, sugieren un papel del Estado en el contexto de los juicios por genocidio y los crímenes de lesa humanidad, cuestión que encuentra respaldada por el DPI a partir de formas de imputación como la empresa criminal conjunta.

Por ello, no resulta extraño que una de las cuestiones más complejas para la extirpación de esta criminalidad es el difícil reconocimiento de su responsabilidad a nivel nacional, (Schabas, 2007 y 2008. Cassese, 2008) que no se limita al sostenimiento de la impunidad mediante el poder de Estado, sino que además implica las dificultades de tipo probatorio que subyacen a la realización de estos crímenes, lo que ha tenido una respuesta en la actualidad del DPI mediante la utilización de la autoría mediata y la coautoría mediata como formas de responsabilidad bajo el dominio del hecho. (Roxin, 2012; 2006. Ambos, 1998. Ambos y Grammer, 2005. Maculan, 2012.

Muñoz Conde, 2013. Olásolo Alonso, 2013; 2009a. Perú, 2009a) Esquema de atribución de responsabilidad que, si bien no ha sido exento de críticas, se reconoce como una superación de figuras como la empresa criminal común. (Jain, 2010; Olásolo Alonso, 2013) Pero el contexto de impunidad que sigue rodeando estos delitos, ha llevado a sostener que: “a brief survey reveals that the criminal responsibility of states is hardly recognized in contemporary international law – in any case not at all in international judicial practice- state practice, though using the language of ‘crimes’ from time to time, remains vague and inconsistent”. (Abi-Saab, 1999:345) En el marco de las audiencias realizadas por la Oficina del Fiscal de la CPI que redundaron en la construcción de sus documentos de política, el tratadista Billon Ung Boun-Hor resaltó que no debe insistirse en la primacía de la soberanía nacional pues en algunos países no es posible esperar que los procesos obtengan justicia auténtica, ni independencia o imparcialidad por parte de sus tribunales nacionales. (ICC, OTP, Ung Boun-Hor, 2003) No obstante, el arduo camino del reconocimiento normativo de las acciones contrarias al Derecho de los Estados (por acción o por omisión), puede calificarse como la imposición de un enfoque *soberanista* (como absolutista) del Derecho, que resulta insuficientemente explicado desde una postura normativista.

Una de las discrepancias de mayor calado reitera la disputa entre esta tendencia soberana de algunos Estados modernos, descritos por Chomsky (2005) como Estados ilustrados, y el DIDH, que como se observó, (*supra* cap. 2, secc. 3, 1.2) es una de las dinámicas nucleares del Nuevo Humanismo Militar. Esta consiste en la imposición de la agenda propia por encima del cumplimiento de las obligaciones que emergen del Derecho Internacional bajo el argumento que ataca la soberanía de los Estados. Por este camino se extrema la concepción de Bodin (1992) sobre la soberanía en tanto poder absoluto y perpetuo (*supra* cap. 2) y se permite la generación de nuevos crímenes de Estado a nivel internacional. (Brotóns, 2000) Debe recordarse que Kant señaló que el estado de naturaleza entre los Estados no podía solventarse a través del imperio soberano, y propuso una federación de Estados libres como sustento del Derecho de gentes. (2008)

Pero esta pretensión de solución sigue dejando sin respuesta la difícil cuestión de la coercibilidad en las relaciones entre estos Estados independientes, con mayor razón entre Estados hegemónicos y dominados, e incluso se mantiene en el seno de la CPI como resalta Akande (2004). Ello sin considerar una aproximación desde la realidad de la globalización, que como se observó (*supra*. cap. 2, secc. 3, 1.1) ha impuesto un modelo más cercano a la idea de Imperio en Negri y Hardt (2011), en específico, a la construcción del Nuevo Humanismo Militar con su limitado y relativo respeto por el Derecho Internacional. (Chomsky, 2005)

La complejidad aumenta en relación con el DPI, cuando precisamente uno de los argumentos de la crisis de la idea de soberanía moderna, radica en la existencia de un DPI occidental con vocación de sustituir el que se considera uno de los mas sacros ejercicios de los Estados: la administración de justicia en materia penal. Pero, es insuficiente afirmar que el poder de “adjudicar” o administrar justicia penal sea limitativo de la idea de soberanía, como ya se ha analizado. (*Supra* cap. 1, secc. 3) Además es necesario profundizar en los escenarios del DPI donde se expresa *jurídicamente* esta transformación.

2.1 La transformación de la administración de justicia como monopolio intraestatal y el principio de complementariedad en la soberanía.

En la contemporaneidad existen tres centrales y diferentes escenarios de transformación de la administración de justicia, como monopolio de los respectivos Estados en materia penal: La responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos que le son atribuibles, la tipicidad bajo redefinición del principio de legalidad, particularmente sensible a partir del artículo 15 del PIDCP, (Chinchón Álvarez, 2007) y la aplicación directa de la ley por tribunales híbridos e internacionales. Estos fenómenos coinciden con los avances que según la CIDH (2003) han contribuido al fortalecimiento de los derechos humanos y la protección de la persona humana: el establecimiento y consolidación de la responsabilidad penal internacional, la determinación de principios de jurisdicción internacional y universal; así como el establecimiento de reglas y principios de jurisdicción para el juzgamiento de los crímenes internacionales. Aparejado a estas

transformaciones se posicionó el individuo como sujeto de este sistema normativo en construcción, lo que se reforzó en la Segunda posguerra, a través de la redefinición del concepto de Estado en conexión con el discurso liberal de los derechos humanos, (Burneo Labrin, 2011; *supra* cap. 2, secc. 2) En dicho contexto también se transformó la pretensión de administración de justicia:

Podría pensarse que el proceso post-1945 de constitucionalización del derecho tiene en el ámbito internacional tres grandes soportes o dimensiones: el primero se refiere al contexto político internacional y orden público internacional; el segundo, a los grandes principios jurídicos internacionales, incluidos de manera especial los relativos a los derechos humanos, que rigen la comunidad en todo aquello que tiene relación con la constitucionalización del derecho, y finalmente, el tercer gran soporte está dado por la institucionalidad internacional, que supervisa y promueve el respeto de los derechos humanos por los Estados, acción que tiene una relación directa con la constitucionalización del derecho. (Burneo Labrin, 2013:172)

A partir de allí encuentra que la universalización de los derechos humanos y de la justicia penal internacional, constituyen dos procesos complementarios que se expresan bajo el marco de la globalización. El primero se edifica tras la segunda posguerra, y tras la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, como un proceso “lento, complejo, politizado, plagado de ambigüedades, visto con desconfianza cuando no saboteado por diversos e importantes Estados” (:5) y se expresa sobre el DIDH. El proceso de universalización o globalización de la justicia penal, se manifiesta en el DPI .

Si bien lo resalta Gallant (2003), la Sala de Apelaciones del TPIY ha encontrado que los tribunales de derecho internacional constituyen sistemas autónomos, en lo referido a la complementariedad se advierten las profundas diferencias existentes entre la CPI y los Tribunales de Yugoslavia y Ruanda, especialmente, frente a la jurisdicción concurrente de estos últimos. En tribunales que podrían denominarse de crisis se permitió lo que en múltiples lecturas (tanto de opositores, como de sectores que dicen concordar con al desarrollo del DPI) constituiría un exceso en la limitación del concepto tradicional de soberanía pues la jurisdicción concurrente

permitía que la justicia internacional pudiese llegar a imponerse sobre la nacional, (EICTY, Art. 9. EICTY, Art. 8) con independencia de que en el orden nacional se adelante un juicio de responsabilidad penal individual. Las lógicas argumentativas de dicho momento eran la defensa de la paz mundial y la supervivencia de la especie humana en condiciones de dignidad. Las mismas dimensiones estructuran el sistema de la CPI, pero ahora se presentan en sentido de restricción de la operatividad de las jurisdicciones nacionales.

De conformidad con la postura asumida por el gobierno de EEUU, durante las discusiones que concluyeron en el establecimiento de la CPI, (UN, CDI, 1994:80), dentro de la jurisdicción de la CPI (ER, Preámbulo y Arts. 15, 17 y 20) se establece aparentemente a tono con su primordial función preventiva, la existencia de una *jurisdicción complementaria* que implica que la potestad inicial para el adelantamiento de un caso en sede de responsabilidad penal individual por crímenes de competencia de la CPI, radica en los Estados. (ER, Arts. 15, 17 y 20; ESCSL, Art. 2) Por ello se ha señalado que si bien el DPI presentaría algunos desafíos a la soberanía estatal, no puede prescindir de ella y le fortalece. (Akande, 2004; Bryant Lawson, 2009; Clark, 2005; Cryer, 2006; Gallant, 2003; ICC, OTP, Donat-Cattin, 2003; ICC, OTP, Leanza, 2003. ICC, OTP, Katshung, 2005)

Otros análisis sostienen que la concepción de soberanía del Estado moderno, particularmente en lo que tiene que ver con la noción de soberanía jurídica internacional (Krasner, 2001) o desde un concepto funcional de soberanía, implica la posibilidad de un tribunal internacional establezca la necesidad de romper con la concepción estática de soberanía “*como adorno del Estado o como esencial del poder*”. (Sepúlveda, 2009:83). Siguiendo a Bassiouni, Cryer (2006) encuentra que la complementariedad de la CPI es una extensión de la jurisdicción penal internacional por lo que no infringe la soberanía nacional, sino que constituye su ejercicio: la CPI “*perhaps paradoxically, also owes its existence to state sovereignty*” (Cryer, 2006:985) pues los Estados soberanos aceptan que la CPI puede ejercer el derecho a ejercer jurisdicción como uno de sus poderes soberanos. Así, destaca la distinción entre CAI, y CANI dentro del conjunto de posibilidades de la CPI en ejercicio de esa soberanía, pero también reconoce sus

áreas de ceguera como que el proceso de criminalización internacional, siguiendo a Broomhall, está sujeto a influencias extra legales como se expresa en la discusión sobre el terrorismo como tipo penal, y la posibilidad de futuros procesamientos contra funcionarios de alto rango en los Estados. (Cryer, 2006; Akande, 2004) David Donat-Cattin, entiende la soberanía como la suma de los derechos y responsabilidades de los Estados en un lado y del sistema CPI, desde otro, es decir, como la suma de las jurisdicciones de la complementariedad de los Estados Nacionales. (ICC, OTP, Donat-Cattin, 2003)

Bajo esta comprensión de soberanía interna y externa, que se refrenda en el último escenario en virtud del principio de complementariedad, considera que la función de la Fiscalía de la CPI es restaurar la soberanía perdida por un país donde el Estado no es capaz de cumplir sus funciones para controlar el territorio, organizar y cumplir con su deber, y al mismo tiempo es un mensaje para quienes portan armas y están listos para cometer nuevos delitos. De esta forma Donat-Cattin comprende la complementariedad como principio del Derecho Internacional y limita a su operatividad en escenarios de colapso estatal, en lo que coincide Mohamed Othman, ex Fiscal del Tribunal de Ruanda, y ex integrante de la administración de las Naciones Unidas en Timor Leste, quien además presentó declaración pericial durante la fase preparatoria de la labor de la Oficina del Fiscal de la CPI. (ICC, OTP, Othman, 2003)

Por su parte, Umberto Leanza concluye que el éxito de la CPI no será medido sobre la base del número de casos sometidos a su jurisdicción, sino por la ausencia de casos a nivel internacional gracias al funcionamiento eficiente de los sistemas nacionales, (ICC, OTP, Leanza, 2003) postura que exhibe un parcial acuerdo con la de Chinchón Álvarez (2007) quien destaca una relación en doble vía entre el Derecho Internacional y los derechos nacionales. (i) reforzamiento del Derecho Internacional sobre el principio de la legalidad, a partir del Artículo 15 del PIDCP, con fundamento en principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional; (ii) reforzamiento mediante la integración de los principios de derecho doméstico que se “conformen como normas consuetudinarias o como ‘principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas’”. (Chinchón Álvarez, 2007:127. TPIY, Art. 5; ICTY, Dedalić, 2001)

En esta vía, Cryer (2006) destaca la transformación de la forma como los Estados se ven a sí mismos en relación con el Derecho Internacional, como *e.g.* en el compromiso de persecución de los crímenes internacionales a partir de las ideas de universalidad y de lesa humanidad.

Dentro de los desafíos incluidos en la relación entre soberanía y DPI, Cassese subraya la necesidad de evitar posibles conflictos positivos de jurisdicción, para que los Estados no sientan interferencia con su soberanía. (ICC, OTP, Cassese, 2003 y 2004. Bazán Chacón, 2008) Ello se inscribe en la postura general de Cassese (2004) de considerar el imperio de la soberanía de los Estados sobre el DPI, que además contradice las tesis acerca de la crisis del modelo clásico de Estado moderno que muestran una nueva transformación del principio de soberanía como una consecuencia lógica y necesaria del desarrollo de la economía. Si bien esta postura se aparta de una comprensión de realización de la soberanía en el DPI, permite aludir a las múltiples dificultades de la relación, entre las cuales se destacan: la relación entre soberanía e inmunidad de jefes de estado, (Burneo Labrin, 2011) el ejercicio de la territorialidad en materia penal, así como la vinculación entre la *realpolitik* y la aplicación del DPI.

La vinculación entre soberanía e inmunidad de jefes de Estado en el contexto de una jurisdicción complementaria, sería un asunto teóricamente superado por el Derecho Internacional con el establecimiento de los principios de Núremberg. Pero el procesamiento de individuos por tribunales internacionales emerge tras la configuración de los crímenes internacionales generó un marco de principios y valores más amplios, si bien no pacíficos todavía. (Akande, 2004) Dichos procesamientos se realizan en virtud de una jurisdicción universal o cuasiuniversal entendida como la ejercida sobre los delitos cometidos fuera del territorio nacional respectivo, por extranjeros contra extranjeros. (Akande, 2004) Ello es corroborado por Gallant (2003) quien resalta que la Corte Internacional de Justicia ha diferenciado la inmunidad en relación con otros Estados y la existente en virtud de los tribunales de DPI. En los trabajos preparatorios del ER de la CPI, en particular en el documento de conclusiones de la segunda reunión de consulta presentado por Liechtenstein, se señaló que en el contexto de las obligaciones de los Estados con

respecto al CEDH, la entrega de la jurisdicción a la CPI podría no liberar por completo a un Estado de sus obligaciones en virtud de la Convención. (UN, PCICC, Lienchenstein, 2001) Pero también se coincidió en que debían hallarse soluciones para velar por el pleno cumplimiento del ER frente a las inmunidades previstas en el derecho nacional e internacional, ofreciendo múltiples soluciones a cargo del derecho nacional, como enmiendas constitucionales, medios legislativos e interpretativos nacionales. (UN, PCICC, Lienchenstein, 2001)

La postura se corrobora en relación con los crímenes internacionales por Akande (2004), quien se aproxima a algunas decisiones de tribunales internacionales e híbridos y al revisar las prohibiciones y que emergen de los artículos 27 y 98 del ER, en tanto el último beneficiaría remotamente a funcionarios y diplomáticos de Estados que no hacen parte del ER y puede limitar la propia actuación de la CPI, (Akande, 2004) como en efecto lo ha hecho el gobierno de los Estados Unidos. También debe considerarse la discusión del ejercicio de territorialidad en materia penal, que como señala Kai Ambos (2007) implica considerar el principio de no intervención según el Caso Lotus en la Corte Permanente de Justicia Internacional, este constituye el mismo principio de la igualdad soberana de los Estados en la Carta de las Naciones Unidas (Art. 2.1) donde como resalta Peña Neira (2012), el Derecho Internacional impone una limitación basal a los Estados, referida a la exclusión del ejercicio de poder en otros territorios estatales. Ambos (2007) concluye que “el *principio de no intervención* representa la *límite* (sic) jurídico internacional del ejercicio del *ius puniendi estatal*”. (:269)

En tercer lugar, la discusión sobre soberanía y DPI se vincula con los contextos hegemónicos y de política internacional. Así puede concebirse que la *realpolitik* es la hermana del DPI, como se advierte por Cryer (2006) al analizar los debates de la construcción del ER, donde “*this would intrude on our sovereignty*”, equivalía a “*we don’t like this’ per se*”. (:981) Por lo menos debería reconocerse que la *realpolitik* es un tema común del DPI (Ambos, 2007a), que señala dos visiones de la soberanía: como asunto prelegal, con un contenido determinado con claridad; o como un concepto flexible que, siguiendo a Kelsen, se constituye por el orden jurídico internacional. (Cryer, 2006)

La primera visión se expresó en los debates del ER sobre las definiciones de los delitos, pero no fue su sustrato principal (Cryer, 2006) pues la CPI es en realidad el producto de un tratado sobre soberanía. (Cryer, 2006) En efecto, el asunto referido al principio de complementariedad se ha analizado en la CPI, en vinculación con la soberanía de los Estados. En la decisión sobre la autorización de investigación de Kenia, la Sala de Cuestiones Preliminares II señaló que examinar y explicar las posibles implicaciones y riesgos de los crímenes contra la humanidad, podría llegar a infringir la soberanía del Estado y las acciones de los tribunales nacionales por delitos que no deberían encontrarse en el ámbito del ER, pues se ampliaría el alcance la posible intervención de la CPI, convirtiéndola en un tribunal internacional sobrecargado e ineficiente. (ICC, PTC-II, 2010)

De allí que encuentra que los elementos contextuales de los crímenes de lesa Humanidad, a partir del ER, permiten delimitar la competencia de la CPI. (ICC, PTC-II, 2010) (ICC, PTC-II, 2012) Como se observa, las discusiones generales que se han vertido en la CPI sobre la soberanía de los Estados y su vinculación con el principio de complementariedad, implicaría un conocimiento restrictivo por la CPI de la criminalidad de Estado que se expresa de manera frecuente bajo la categoría de crímenes de lesa humanidad. No obstante, la CPI matiza su postura cuando concibe que la intervención estatal en estos crímenes podría quedar la impunidad, por ello, cuando los valores de la humanidad se encuentran bajo ataque de una amenaza específica en casos particulares, las consideraciones relativas al ejercicio de la soberanía estatal deben considerarse irrelevantes. (ICC, PTC-II, 2010, párr. 64) Estas posturas fueron reiteradas en la misma situación de Kenia, tanto en la Decisión de confirmación de cargos contra William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang (ICC, PTC-II, 2012a), como en la confirmación de cargos contra Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hossein Ali. (ICC, PTC-II, 2012)

Con razón se ha sostenido que el Derecho Penal obedece con mayor contundencia a la anatomía política, que a las teorías jurídico-penales. (Foucault, 2012b) Ello tiene una mayor

verificabilidad en el plano del Derecho Internacional, donde tecnologías específicas son ejercidas en las democracias actuales de corte neoliberal (Calveiro, 2012) La transformación de la potestad de administrar justicia por los Estados en sus jurisdicciones nacionales llegó de la mano del hito configurador de los Estados bajo el actual orden internacional moderno: La creación de las Naciones Unidas. (*supra* cap. 2, secc 2) La intervención de esta organización se justificó a través de principios que buscan la consolidación de la paz, como la imparcialidad para favorecer subjetivamente alguna de las partes del conflicto, la inclusión para la participación de todos los actores en el proceso de paz; y los principios de subsidiariedad y transitoriedad para la utilización de las medidas, solo en la medida en que el Estado pueda ejercer autogobierno y autoadministración. (Añaños Meza, 2010)

Estos elementos explican la fuerte penetración de las ideas de responsabilidad penal en el Derecho Internacional y las lógicas de complementariedad que se han querido sostener contemporáneamente, y que pueden colisionar con el principio de irrenunciabilidad del DIDH. (*supra* cap. 2, secc. 2, 2.4) El tránsito continuó, y la responsabilidad penal internacional emergió con relativa facilidad ante las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial lo que hizo que a partir de Hersch Lauterpacht, familiar de sobrevivientes del holocausto, ingresara al Tratado de Oppenheim, y de allí a la CDI. (Pérez Giralda, 2002) En otras palabras, no es el DPI el sistema jurídico que transformó el monopolio intraestatal de la administración de justicia, papel cumplido a partir de la redefinición de los Estados tras la Segunda Guerra Mundial, y además, como expresión de la soberanía moderna, ha estado siempre en transformación. El proceso continúa con las nuevas redefiniciones relativas a las jurisdicciones concurrentes y complementarias en el DPI.

El debate entre jurisdicción complementaria y concurrente con la actual preeminencia de la primera, puede ser leído como un retroceso (Goldstone, 2011; Slepoy, 2011) al no ser coherente con la lógica de protección eficaz de bienes jurídicos de especial valía para la humanidad, en cuyo beneficio se estableció en el pasado la jurisdicción concurrente que definió los Tribunales Internacionales de Yugoslavia y Ruanda. La pugna entre estos sistemas puede explicarse de dos formas: Como el relajamiento de las pretensiones de solidez universal, con las

que emergió el sistema ONU en la segunda posguerra, que ha movido los linderos de la importancia de las graves violaciones de los derechos humanos y de los crímenes internacionales, reconociendo que deben ocupar primigeniamente la atención de los Estados donde ocurren. Una segunda visión implicaría el reconocimiento de la profunda tensión entre la necesidad de una CPI, y la preocupación porque sus poderes penetrasen las funciones de las Naciones Unidas.

En otras palabras, la preocupación por el sostenimiento de los poderes del Consejo de Seguridad sobre los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, que *e.g.* se expresa sobre su debate semestral relativo a dichos tribunales. La Resolución No. 1 de 2003 de la CIDH revisa un asunto que ha mutado a partir del surgimiento de la CPI: la jurisdicción concurrente en el DPI. Asume la complementariedad como un principio del Derecho Internacional, con trascendencia en el DIDH, que debía continuarse en el DPI bajo la égida del ER. Pero desde otro lugar pareciera comprenderse en el propio seno de la Conferencia de Revisión del ER, que la complementariedad es solo una exigencia que emerge del ER. Ello se expresaría frente a la necesidad de la CPI de “conseguir la universalidad del ER como medio de poner fin a la impunidad, y reconociendo que la asistencia para fortalecer las capacidades nacionales puede tener efectos positivos a ese respecto”. (ICC, Kampala, 2010) Este debate se vincula con la naturaleza de los diversos tribunales de DPI, con la idea de soberanía y con el actual retroceso de la aplicación de la jurisdicción universal, en particular frente a los crímenes de Estado.

En las normas relativas a la complementariedad se advierten las profundas diferencias entre la CPI y los tribunales internacionales e internacionalizados; híbridos o *ad hoc* de segunda generación (Brotons, 2010); a pesar de que todos se instalan en el DPI. Los últimos corresponden a acuerdos desarrollados entre la ONU y el país específico, como los casos del Tribunal Especial para Sierra Leona, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, el Tribunal de Timor Oriental, los paneles en los Tribunales de Kosovo, y el Tribunal Especial para el Líbano. La jurisdicción concurrente se aplica a los tribunales establecidos, en general, a instancias del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, es decir, en bajo un asunto de *Realpolitik*. Este es el caso del TPIY (ICTY, 1993, Art. 9) y el TPIR (ICTR, 1994, Art. 8), determinados y sostenidos

mediante resoluciones del Consejo de Seguridad, dentro de un plazo particularmente corto. Se ubica en la misma categoría el Mecanismo Residual de Tribunales Penales Internacionales (MICT) implementado por el Consejo de Seguridad en 2010 para concluir las actividades de los tribunales *ad hoc* y que en la actualidad adelanta cincuenta y cuatro casos. (UN, SC, 2010. UN, MICT, s.f.) Ello tiene lugar no obstante que la pretensión de cierre de dichos tribunales *ad hoc*, tiene lugar fuera de la concurrencia, a través de la remisión de los casos que no se adelanta contra victimarios de altos mandos, a las jurisdicciones penales nacionales. (Bohlander, 2003)

Asimismo se incluye dentro de la dinámica de concurrencia, el Tribunal Especial para Sierra Leona, como fruto del acuerdo de este país con el Consejo de Seguridad que consagra una competencia a mitad de camino entre la complementariedad y la concurrencia: A pesar que su Estatuto señala la competencia general concurrente (UN, SCSL, 2000, Arts. 1.1 y 8) y prioritaria del tribunal sobre las estructuras nacionales (UN, SCSL, 2000, Art. 8.2), regla que las trasgresiones de las fuerzas de paz, las provenientes de personal en general de las Naciones Unidas, o que se encuentre ubicado en virtud de acuerdos regionales del gobierno de Sierra Leona; queda bajo una *primary jurisdiction* de los tribunales de los países de origen. (UN, SCSL, 2000, Art. 1.2) El Tribunal Especial para el Líbano, establecido bajo acuerdo entre las Naciones Unidas y dicho Estado (UN, SC, 2007), se presenta jurisdicción penal mixta o tribunal internacionalizado y surge a pesar de la existencia de la CPI. (Fraschina, 2008) Tiene competencia concurrente en relación con los tribunales nacionales, de modo que puede acoger con preeminencia los procesamiento específicos, sin importar que las autoridades nacionales hayan adelantado el procesamiento en particular del atentado del Primer Ministro del Líbano ocurrido el 14 de febrero de 2005. (UN, SC, 2007, Annex, Art. 1; Attachment, Arts. 1 y 4) No se incluyen aquí modelos como los de las Salas Especiales de Camboya, y los Paneles Especiales de Dili para Timor Oriental o Timor Leste, tribunales nacionales de composición mixta con elección de jueces bajo el control nacional y aplicando los procedimientos nacionales (Fraschina, 2008a) con apoyo internacional. Las primeras surgen a partir de la solicitud al Secretario General de la ONU por los Primeros Ministros de Camboya, para el procesamiento de los responsables de Genocidio y de Crímenes de Lesa Humanidad; comunicación que transmitida a la Asamblea

General y al Consejo de Seguridad, redundó en la recomendación de establecimiento de un tribunal internacional. (Fraschina, 2008a) En agosto de 2001, el gobierno de Camboya promulgó la Ley de Establecimiento de las Salas Especiales, que fue respaldada por la Resolución 57/228 (2002) de la Asamblea General. (UN, GA, 2002) Por otro lado, ante las graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al DIH en el territorio de Timor Oriental a manos principalmente de las fuerzas indonesias, la Comisión Internacional de Investigación para Timor Oriental de las Naciones Unidas, recomendó la creación de un tribunal penal internacional, y el Consejo de Seguridad en el año de 1999 expidió cinco resoluciones consecutivas sobre la situación. En particular, a través de las Resoluciones 1264 (1999) y 1272 (1999), exigió la comparecencia ante la justicia de los responsables de estos crímenes. (Fraschina, 2008a. UN, SC, 1999, párr. 1; 1999a, párr. 16) En la Resolución 1272 (1999) el Consejo de Seguridad estableció una administración e transición para Timor Oriental, la UNTAET, que en el año 2000 reguló el funcionamiento de los Paneles Especiales de Dili para Timor Oriental o Timor Leste, para procesar delitos graves “como genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, asesinato, delitos sexuales y tortura” (Fraschina, 2008a:82), sin excluir la posible jurisdicción de un Tribunal Internacional para Timor Oriental. En el año de 2002 la República Democrática de Timor- Leste logra su independencia, ratifica el ER, y es reconocida como Estado de las Naciones Unidas. (Fraschina, 2008a)

Si a lo anterior se abonan los esfuerzos de Estados Unidos porque la situación de Darfur se conociera por un nuevo tribunal *ad hoc* y no por la CPI, (Schabas, 2007) puede concluirse que la aplicación de la jurisdicción complementaria es coherente con la selección política de los intereses hegemónicos y que, difícilmente, puede aceptarse la afirmación del antiguo Fiscal del TPIY, Richard Goldstone (2011) de que a los países poderosos son reacios a los tribunales y las sentencias internacionales, ni aun a pesar de que matiza la afirmación cuando sostiene que el trabajo del TPIY no se hubiera podido desarrollar “*without active support from Washington, D.C.*” (:27) En efecto, la funcionaria del Departamento de Estado de Estados Unidos, Anne Joyce (2010) señala que el gobierno de su país es un firme defensor de la justicia penal internacional, y para ello resalta, no a la CPI, sino a tribunales *ad hoc* como Yugoslavia y Ruanda, así como

híbridos como el Tribunal Especial para Sierra Leona. En vía crítica de esta afirmación, el informe de 2002 de la organización internacional de Derechos humanos “Abogados Sin Fronteras- Canadá” sobre el examen preliminar de la situación colombiana en la CPI, es elocuente:

Más allá de la retórica, la actuación de la Fiscalía de la CPI en relación con la situación colombiana no ha sido “clara ni predecible”, tampoco efectiva en conseguir su declarado propósito de que Colombia investigue y juzgue los crímenes de acuerdo a las exigencias del Estatuto de la CPI (...). La difusión del caso colombiano como exitoso sin que existan resultados en contra de los máximos responsables de la comisión de los crímenes internacionales acarrea consecuencias negativas para la credibilidad del sistema del Estatuto de Roma y pone en entredicho el principio de complementariedad sobre el cual se basa. (ASFC, 2012:7)

En efecto, la discusión sobre los límites de la soberanía del Estado moderno de la cual esta tesis ya se ocupó intensamente (*supra* cap. 1), se expresa también en relación con la complementariedad y la concurrencia como lógicas generales de competencia. El proceso bajo el cual se señaló que la concurrencia en el DPI era una necesidad para la protección de la humanidad, se ha trocado en el argumento de interés prioritario del Estado bajo la idea de soberanía, y como reforzamiento de las lógicas del DIDH y de su comunicabilidad frente al DPI, observándose el privilegio de los asuntos que resultan de particular interés para el Consejo de Seguridad. Esta idea de complementariedad, como expresión de la soberanía, se expresa de manera interesante en el contraste al aplicar la justicia universal por un tribunal de DPI y, por otro, de derecho nacional, como fue interpretado bajo esta segunda variable por el Tribunal Supremo Español en el proceso de desmonte de la jurisdicción universal, (TSE, 2003 y 2006), que en todo caso no ha sido pacífico. Así, el Magistrado Joaquín Jiménez García, planteó su expreso desacuerdo en voto particular:

No puedo estar de acuerdo con la afirmación que se contiene en el párrafo 3º de la sentencia de la mayoría cuando se afirma que la interpretación del art. 23-4º de la LOPJ, que establece el principio de jurisdicción universal entre otros, respecto del delito de genocidio deba ser interpretado de forma que no elimine otros principios vigentes del

ordenamiento jurídico nacional e internacional y en particular el principio de no intervención previsto en la carta de Naciones Unidas.

Precisamente, la persecución del delito de genocidio así como otros delitos internacionales que constituyen las más graves violaciones de derechos humanos, exigen la derogación del principio de no intervención. La Comunidad Internacional ya no acepta reservas ante la persecución de este tipo de delitos.

El Voto Particular, firmado por siete Magistrados de esta Sala, en el caso de Guatemala, no exigió un punto de conexión entre los hechos delictivos y el interés de España en la aplicación del principio de justicia universal, sino que verificó que en este caso concreto existían multitud de puntos de conexión, y en tal sentido, se pronunciaba el Voto Particular en clave de conveniencia y no de exigencia de punto de conexión "...la exigencia de algún vínculo o nexo de conexión....puede constituir un criterio razonable de autorestricción....", y asimismo se reconocía que la exigencia de puntos de conexión "...no aparece expresamente establecida en la Ley pero puede ser asumida....y aplicada como criterio de razonabilidad....". (TSE, 2006a:14)

En el trámite del recurso de Casación del caso Ríos Mont, también se puso de presente la discusión relativa a la subsidiariedad o complementariedad y la aplicación del principio de jurisdicción universal por una parte, o del artículo 17 del ER, bajo una interpretación restrictiva. El tribunal optó por aplicar un particular criterio de subsidiariedad a pesar de que reconocía un matiz de concurrencia en sede de derecho nacional. Señaló que en punto de la aplicación de la jurisdicción universal que estima legítima y acorde al Derecho Internacional, deben aplicarse criterios de prioridad, de modo que la "actuación de los Tribunales del lugar de comisión excluya, en principio, la de los Tribunales de otro Estado" (TSE, 2003:8). Agregando que la subsidiariedad no puede basarse en exclusivo en la inactividad de la jurisdicción territorial, pues implica enjuiciar la capacidad de administración de justicia de un Estado soberano. Sin embargo se destaca cuando menos formalmente, el tratamiento diferencial que debe reconoce a la criminalidad de Estado un espacio completamente limitado:

(...) La cuestión se plantea en ocasiones con especiales particularidades, pues no puede descartarse que, en determinadas circunstancias, se hayan cometido crímenes de

derecho internacional con el consentimiento o, incluso la participación directiva, de las autoridades del Estado, lo que podría impedir su efectiva persecución. En estos supuestos, los crímenes se cometen en el marco de lo que en la doctrina moderna se ha identificado como estructuras o maquinarias de poder organizadas, que, situadas extramuros del Estado de Derecho, presentan características propias muy específicas, que repercuten especialmente sobre las reglas de la autoría y la participación. (...)

(...) no cabe duda alguna que el principio de no intervención en asuntos de otros Estados (artículo 2.7 Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones solo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad Internacional, y en especial por las Naciones Unidas como su órgano representativo, de forma que una tal decisión no debería ser adoptada unilateralmente por un Estado o por los jueces de un Estado, apreciando por sí la necesidad o conveniencia de la intervención. (TSE, 2003:11)

En lo que corresponde a la implementación de la complementariedad en el ER como mecanismo de limitación de los poderes del Consejo de Seguridad frente a los Tribunales Internacionales, debe señalarse que el Consejo de Seguridad lleva a cabo revisiones públicas semestrales de las actividades de los tribunales *ad hoc*. Asimismo se realizan reuniones informales con representantes de la CPI, abordando cuestiones como la independencia de la CPI, sustentada sobre la índole política del Consejo de Seguridad, el régimen de cooperaciones y mejoramiento de comunicación entre el Consejo de Seguridad y la CPI. (UN, SC, 2014) Desde luego que la CPI tendría mucho que aprender de las dificultades que se han tenido en materia de cooperación estatal en los tribunales *ad hoc*, *e.g.* qué hacer ante situaciones de absolución de personas y sobre el retorno tras sus condenas, como lo resalta el Consejo de Seguridad. (UN, SC, 2014) Pero al 30 de mayo de 2014, dos personas absueltas y dos condenadas que habían cumplido sus sentencias, residían cerca de la sede del MICT en Arusha, Tanzania: “*All 11 are without identity documents, proper immigration status or any means of survival, and they continue to reside near the Tribunal in Arusha.*” (UN, MICT, 2014)

Además, el debate sobre soberanía está vinculado con la posibilidad de ejecución de las decisiones de la CPI en los Estados, aún cuando estos no hayan ratificado el ER. Goldstone (2011) recuerda las prevenciones hechas por algunos Estados sobre el Presidente de Sudán, en el sentido de que no se hiciera presente en sus territorios para no verse obligados a capturarlo y remitirlo a la Haya, después de que se librarán dos órdenes de arresto por la CPI en los años 2009 y 2010 (ICC, PTC-I, 2009; ICC, PTC-I, 2010) por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. La SCP I de la CPI ha adoptado múltiples decisiones relativas a las negativas de países como Chad, Malawi, y Yibuti para detener y entregar a Omar Hassan Ahmad Al Bashir (ICC, PTC-I, 2011d; 2011c; 2011b; 2011a) como, en general, sobre las posibilidades de arresto que se han edificado a partir de la primera orden emitida por la CPI, (ER, Art. 98.2. ICC, PTC-I, 2010c) y ha informado de ello tanto a la Asamblea de Estados Partes en el ER, como al Consejo de Seguridad, en cumplimiento de la Resolución 1593 (2005) de este organismo. (UN, CS, 2005. ICC, PTC-I, 2011e; 2010e; 2010d)

En la actualidad el DIDH, el DIH y el DPI, tratan diversas manifestaciones de la criminalidad de Estado. Ello lleva a pretender un acercamiento a la resolución de dos puntuales interrogantes: ¿Estos sistemas jurídicos, dentro del control hegemónico que ha llegado también a los derechos humanos, podrían establecer condiciones de superación para transformarlo en uno de efectividad de los derechos? ¿Cuál es el papel del humanitarismo militar en dicho orden? El Nuevo Humanismo Militar se expresa desde los siguientes escenarios generales:

- a) Un orden jurídico planetario que sostiene la hegemonía y que entrega herramientas insuficientes para limitarla. De ello da cuenta el poder de veto que se mantiene en relación con las potencias triunfantes de la Segunda Guerra Mundial, los mecanismos de selección de los Estados cuyos casos pueden ser conocidos por la CPI, implementado precisamente sobre los no hegemónicos a partir de las solicitudes presentadas por los propios Estados, como ha tenido lugar con las situaciones de Uganda (ICC, OTP, 2004a; 2004b), República Democrática del Congo, (ICC, OTP, 2004; PTC-I, 2011, párr. 6) República de África Central (ICC, OTP, 2005), y Mali (République du Mali, 2012). Asimismo ha

tomado conocimiento a partir de remisiones del Consejo de Seguridad en las situaciones de Libia (UN, CS, 2011) y Darfur en Sudán (UN, CS, 2005). Finalmente la Oficina del Fiscal de la CPI inició actuaciones por iniciativa propia en las situaciones de Kenia (PTC-II, 2010) y Costa de Marfil, (UN, CS, 2011) que en este último caso implicó una declaración de reconocimiento de competencia presentado por el gobierno de dicho país. (République de Côte d'Ivoire, 2003 et 2010)

Esta verificación en principio haría pensar que en tanto se trata de remisiones mayoritarias de los propios Estados, el ejercicio de la CPI no se encuentra direccionado hacia los países que no se ubican dentro de las potencias hegemónicas. (Goldstone, 2011) Similar consideración podría asumirse al considerar que las situaciones de Sudán y Libia, referidas por el Consejo de Seguridad, han exhibido serios tropiezos para que dichos Estados asuman el cumplimiento de las decisiones de la CPI. (Anello, 2013) Pero no puede soslayarse que los Estados que han remitido por su propia voluntad las solicitudes de intervención de la CPI se refieren a antiguas colonias de las hegemonías actuales, y que esta postura no se advierte por los Estados hegemónicos responsables de conflictos como los padecidos en Afganistán e Irak. En efecto, una vez las situaciones han sido remitidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, no se ha presentado ningún impedimento por la CPI para su desarrollo. Además de ello, como lo reconoce Goldstone (2011), existe una percepción en África que la CPI es anti-africana y que esta “*was set up by Western countries to investigate Africans*” (:26) Incluso a pesar de la injusticia que acusa Goldstone, (2011) no se puede negar la existencia de razones suficientes para considerarlo, pues no puede afirmarse con él que la CPI no eligió estas situaciones, sino que fue elegida sin contrastarse con la suerte que han tenido las múltiples solicitudes de tránsito de exámenes preliminares hacia investigaciones reales, que continúan sin respuesta.

- b) El NHM reformula los dictados de la paz y seguridad internacionales formulados bajo el modelo de la DUDH. Como fue advertido (*supra* cap. 2, secc. 2, 2.1), bajo el modelo de la DUDH los Estados que acudieron y fueron reconocidos en las Naciones Unidas, afirmaron asumir un modelo que respetaba el Derecho Internacional y los Derechos humanos como parte de éste. Pero en lo que corresponde a la CPI, organismo gestado

durante el desarrollo del Nuevo Humanismo Militar, precisamente Estados Unidos, Rusia y China, miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU, no han ratificado el ER. Ello quiere decir que la mayoría de los integrantes del consejo se encuentra voluntariamente fuera de la competencia de la Corte, pero le remiten situaciones y casos:

Unos que son parte del ER y, por lo tanto, se someten a la jurisdicción de la CPI; y otros que no se someten a ella y que no sólo no ratifican el tratado (...) sino que, a través de Resoluciones del CS de las UN, están obteniendo de hecho la impunidad de sus ciudadanos frente a la CPI. Desde una perspectiva más fundamental, la situación es más grave todavía: con la Resolución 1422 (y 1487), el principio de la igualdad ante la ley, gran logro de la Revolución Francesa, ya no tiene validez, por lo menos en el derecho penal internacional. Ahora el principio reza: “todos los seres humanos son iguales ante la ley, a menos que sean ciudadanos de los Estados Unidos de América”. Que el principio haya dejado sin efecto simultáneamente también para otros Estados no parte de la CPI (CPI), sobre todo China, Rusia e India, no mejora las cosas. Esos países son gustosos beneficiarios de la iniciativa norteamericana”. (Ambos, 2004a:96)

De ello tomó nota la Unión Europea subrayando su decepción por la falta de ratificación del ER por Estados Unidos, precisamente por las consecuencias negativas que ello traería en las actividades de la CPI, el refuerzo del sistema de responsabilidad penal internacional y en general sobre el imperio del derecho en las relaciones internacionales. (UN, PCICC, European Union, 2002) En similar vía, Mónica Zapico Barbeito (2012) reitera las dificultades que presenta la reticencia a la ratificación del ER y la franca oposición de los EEUU, considerando que se trata de “la principal potencia económica y militar mundial; (...) por su implicación directa en muchos de los acontecimientos bélicos (...) y, (...) porque es uno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad”. (:722 y 723) En el orden nacional estadounidense se suscribió la American Servicemembers' Protection Act ó “The Hague Invasión Act” que prohíbe a las diversas estructuras gubernamentales dar cualquier tipo de asistencia a la CPI. (Zapico Barbeito, 2012) A partir de esta norma el Presidente de los EEUU puede utilizar cualquier medio para lograr la libertad de ciudadanos estadounidenses o de fuerzas aliadas que estén privados de la libertad en virtud de solicitudes de la CPI, y a buscar acuerdos de impunidad con otros países a

partir del Artículo 98 del Estatuto. (Zapico Barbeito, 2012) Dentro de estos se destaca el fallido *Acuerdo Complementario para la cooperación y la asistencia técnica en defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América*, que implementaba diversas medidas para sustraer a sus ciudadanos y cooperantes en Colombia de los efectos de la CPI, como lo establecía su artículo VIII (“Estatus de Personal”), a través de una garantía de inmunidad en cualquier sentido, y cuya entrada en vigor fue suspendida por orden de la Corte Constitucional de Colombia. (CC, Auto 228/10)

Pierre Hazan (2006) recuerda que el general Gaolloix entiende la justicia penal internacional como “una justicia selectiva y política, un medio despótico de establecer un “*judicial apartheid*’ *between an all-powerful West and weak countries*” (:22) De esta forma se acentúa el aspecto selectivo por las potencias en la aplicación del DPI en el contexto del Nuevo Humanismo Militar, pero como se observará en la tercera parte, ello no puede ser constituyendo una realidad absoluta.

2.2 La limitada responsabilidad de los individuos: La impunidad bajo el nuevo humanismo militar en el DPI.

Pero sí se habló mucho de principios, moral y derecho; ambos se refirieron a la fuerza militar como algo más o menos a su disposición, para poder ser desplegada, utilizada y retirada convenientemente, y en todo este proceso las Naciones Unidas dieron la impresión, en el mejor de los casos, de ser una extensión de la política norteamericana. (Said, 1996:452)

La impunidad bajo el Nuevo Humanismo Militar tiene dos expresiones generales, que se sintetizan en su particular proceso de selección de atrocidades, y concluyen en la transmutación de los victimarios de crímenes de Estado en víctimas. Por un lado se escogen como objeto de persecución judicial las conductas que apuntan al procesamiento de situaciones y casos de países que no hacen parte de la hegemonía occidental; por otra parte, la selección se expresa en la escogencia y construcción del enemigo como sujeto, proceso cuyo abordaje ya se inició en el primer capítulo de esta tesis, revisándose algunas similitudes entre los enemigos que podrían

concebirse como tradicionales del sistema social, y quienes resultan como víctimas de Estado. (*supra* cap. 2, secc 1 y sección 3, 1)

Así, la implementación de los códigos binarios de relacionamiento amigo/enemigo, que señalaba Alexander (2000) y que Bobes (2002) encontraba realizados a partir de criterios de inclusión/exclusión, se observan en la selección de quienes pueden ser y en efecto, son destinatarios del DPI. Esta selección se encuentra a cargo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas comprendiendo que el verdadero factor de selección no se encuentra en la atrocidad, sino en el *homo æconomicus* como grilla de inteligibilidad, donde el enemigo de occidente se funde con el de enemigo del *homo æconomicus* y se expresa en el enemigo como delincuente de Baxi (2006) y el enemigo como dominado de Gallardo (2005a).

Tras el proceso de selección (Feiernstein, 2008) viene el proceso de aniquilamiento, como señala Rozema (2011), bajo las biopolíticas globales: “*the elimination of individuals has become part of a strategy aimed at protecting humankind*”. (:586) El ciclo de violencia se continúa, de modo que se abandona la idea de un enemigo objetivo en el sentido arendtiano como personas declaradas como enemigos en razón de su ideología (Arendt, 1998) a pasar a la elección de enemigo al azar, que se agrupa bajo la categoría de indeseable (Arendt, 1998. Calveiro, 2003. Rozema, 2011) lo que en sí mismo constituye una nueva herramienta de terror. (Calveiro, 2003. Rozema, 2011) Ello explica parcialmente que autores como Yennesit Palacios Valencia (2010) interpreten que la práctica del derecho penal de enemigo de Jakobs permitió el traspaso del *ius puniendi* de los Estados al DPI. La autora colombiana reconoce para tal efecto las transformaciones en la configuración del Derecho Internacional en tanto sus sujetos, lo que abrió lugar a la responsabilidad penal internacional a través de la imposición de justicia de los vencedores que se traduce en aspiración de la comunidad internacional. (Palacios Valencia, 2010. García-Corrochano, 2005) Kai Ambos (2010; 2005a, 2005 y 2003) da parcial confirmación a esta cuando resalta que los tribunales *ad hoc* “tienen el sabor de la justicia de los vencedores” (2010:240) En efecto, Palacios Valencia (2010) define el DPI “como una herramienta de poder,

donde los derechos humanos se constituyen como un pretexto en el discurso” (p 21) y en donde la protección efectiva de derechos se ha transmutado en vigilancia:

De esta forma, la protección efectiva de los derechos pasa a ser simbólica, pues la evolución actual del derecho apuesta por un sistema donde todos seamos vigilados mas no protegidos, partiendo de contextos globales que son entendidos como legítimos. Así, el derecho mismo aparece entendido como un instrumento de poder en el ejercicio del control social. (...)

Por consiguiente, se pone al descubierto una situación que ha estado oculta, y se sitúa de manifiesto como nunca antes, y es que la tradición legitimante del ejercicio estructuralmente discriminatorio del poder punitivo operó como fisura absolutista en el Estado Constitucional de Derecho, introduciendo en su marco un elemento disolvente que, en algún trágico momento del pasado de triste memoria, se llamaría entre nosotros doctrina de la seguridad nacional (Zaffaroni, 2006:9), sobretexto de discursos ilusorios de seguridad que se dilucidan claramente desde décadas pasadas, al tachar y etiquetar a quien no le es funcional al sistema. Pues, “no se puede tratar como persona a quien me amenaza constantemente, pues quien no participa en la vida, en un Estado comunitario-legal, debe irse, lo que significa que es expelido, expulsado de la sociedad persona” (Jakobs, 2006:33). (:21 y 23)

Esta investigación ya ha evidenciado que conclusiones como estas se limitan al reconocimiento de la dimensión hegemónica de los derechos humanos y del DPI, (*supra* cap. 2, secc. 2, 2.1) pero un enfoque contrahegemónico es posible y resulta impostergable. Incluso uno de los críticos de la CPI reconoce que la creación de la CPI encendió una luz de esperanza, presentándose como la antítesis del modelo de Guantánamo. (Zolo, 2005) Sin embargo el llamado de atención de Palacios Valencia debe ser atendido, con mayor razón cuando resalta las vinculaciones entre la concepción del derecho penal de enemigo y las doctrinas de seguridad nacional, con fundamento en las críticas de Zaffaroni a Jakobs. Así, Zolo (2002) encuentra que como efecto del globalismo humanitario, se conciben poderes supranacionales que se superponen y limitan las soberanías nacionales, con un poder autónomo de coerción y teniendo a su

disposición una fuerza militar internacional, y se utiliza pero no realiza el idealismo que las sostiene:

(...) hay que someter a crítica la concepción racionalista y normativista del derecho a la que el globalismo jurídico nos remite. Esta filosofía del derecho oculta, en nombre de una visión idealizada de la justicia internacional, la estrecha conexión que une entre sí el derecho internacional, la política internacional y la fuerza militar. Y subestima la compleja interacción entre, por una parte, las estructuras normativas y, por otra, los procesos culturales y económicos. (...) En realidad, nada garantiza que una actividad judicial que aplique sanciones, aún las más severas, contra los individuos responsables de los ilícitos internacionales incida en las dimensiones macroestructurales de la guerra, es decir, que pueda actuar sobre las razones profundas de la agresividad humana, del conflicto y de la violencia armada.

(...) En segundo lugar, me propongo señalar el prejuicio etnocéntrico (europeo y occidental) de una cultura jurídica que, al tiempo que se genera dentro de un proyecto de unificación del mundo, se muestra particularmente indiferente respecto a tradiciones culturales, políticas y jurídicas distintas de la occidental. (:200 y 201)

Si bien Zolo (2002) señala el ascenso del globalismo jurídico con el fin del bipolarismo, se observa su continuidad, no solo frente a la hegemonía unipolar estadounidense sino además con la reciente bipolaridad mundial expresada en el Consejo de Seguridad con el manejo de la situación en Siria. Estas apreciaciones corroboran que el Nuevo Humanismo Militar se inscribe en la modernidad, evidencian la actualidad del escenario jurídico que viabiliza el crimen de Estado y, como se advirtió previamente (*supra* cap. 1, secc. 2), sostiene que la Biopolítica progresa bajo el escenario del Nuevo Humanismo Militar, vinculado como había señalado Foucault (2007) la libertad y la seguridad a la noción de peligro.

Este nuevo orden jurídico internacional presenta posturas particulares en relación con la aceptación de la CPI, organismo que justamente surgió en el contexto del Nuevo Humanismo Militar. Recuérdese que la construcción de los tribunales penales internacionales de Yugoslavia y Ruanda, se reconoce como un avance en la lucha contra la impunidad de los crímenes

internacionales, y herramienta central para la viabilización de la CPI como tribunal permanente. La misma configuración de un tribunal penal internacional estable, constituye una transformación positiva en relación con los tribunales *Ad Hoc* (Zolo, 2005), sin desconocer que la constitución de tribunales internacionales con cierta vocación de permanencia, sumada a las principales críticas hechas en relación con estas estructuras, redundaron en la creación de la CPI. Los beneficios de la creación de estos tribunales temporales y del tribunal permanente, van desde la genérica imagen del imperio del derecho sobre un asunto tan particularmente veleidoso como la paz y la seguridad mundiales (UN, 1945, Art. 39. ER, Preámbulo. Pigrau Soler, 2000 y 2009. Escudero, 2003) y los crímenes internacionales que vinculan dichas necesidades con el Derecho Penal que se inscribe dentro del Derecho Internacional (Escudero, 2003; Abi-Saab, 1999; Añaños Meza, 2010) hasta cuestiones concretas como el robustecimiento del principio de legalidad (*infra* cap. 2, secc. 3, 2.1) y la configuración de tribunales internacionales con independencia de los órganos ejecutivos internacionales.

La visión hegemónica del sostenimiento de la paz, se sustenta a partir de las facultades de definición y respuesta en cabeza del Consejo de Seguridad, sobre lo que constituye amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. (UN, 1945, Art. 39) Este poder casi que ilimitado en la materia, ha pretendido ser demarcado desde la concepción hegemónica internacional y en vinculación con el Derecho, a través de la consideración de tribunales internacionales dependientes del Consejo de Seguridad pero materialmente independientes, y en relación con las implicaciones en términos de independencia de la CPI como tribunal permanente. En efecto, se ha permitido la ampliación del DPI como mecanismo limitado ante el control político planetario que se ejerce a partir del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Como ya se advierte, estos debates siguen circulando en torno a las expresiones del poder, control y dominación que históricamente han dominado la práctica del Derecho. Lo que resulta más que sugerente es que la cuestión se alude en este momento a un escenario diferente, un Derecho mundial.

Como se advirtió (*supra* cap. 2, secc 3, 2.1) dos de los iniciales surgimientos contemporáneos del DPI radican en la creación de los Tribunales Penales Internacionales *Ad Hoc*, a instancias del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Tras reconocer que ello tuvo lugar en el convulsionado siglo XX o el siglo de los genocidios (Bruneteau, 2006), es lógico advertir que no se trataron de los dos más graves conflictos que tuvieron ocurrencia, por lo que esta no fue la razón de mayor peso para su creación, lo que genera múltiples interrogantes acerca del concepto de interés de la comunidad internacional que se expresó en su creación. (Torres Cazorla, 2012) Entre ellos, Peláez Marón (2000) se pregunta si se trata de las mismas voluntades que coincidieron para la construcción del Tribunal Penal Internacional de Núremberg, y el Tribunal de Tokio, con mayor razón cuando se observa que se trata de las mismas voces, sintetizadas en la actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Por ello no deja de ser paradójico observar los continuos esfuerzos del Consejo de Seguridad por mostrar que los Tribunales Penales Internacionales para Yugoslavia y Ruanda, no solo son independientes, sino que además constituyen órganos diferenciales de la administración de justicia que tuvo lugar en el Tribunal para el Lejano Oriente, cuando la doctrina ha señalado que buena parte de las limitaciones en el papel de prevención de los Tribunales *Ad Hoc*, se dirige hacia sus dificultades para cumplir con los principios de “imparcialidad, independencia e igualdad ante la ley”. (Meyer, 2007)

Un argumento afirma que el Tribunal para el Lejano Oriente consistía en un tribunal multinacional, no internacional, por lo que representaba solo una parte de la comunidad internacional y que, en realidad, se trataban de tribunales de vencedores. (Torres Cazorla, 2012. Burneo Labrin, 2011) Pero siguiendo a Ciara Damgaard, (2008) a pesar de que no existe una definición universal de los criterios para considerar un tribunal penal internacional, es posible establecerlos con fundamento en la doctrina internacional. Sintetizando los elementos establecidos en los trabajos de Carl Aage Nørgaard, Christian Tomuschat, Cesare Romano, y Charles Brower, entre otros; Damgaard encuentra que los tribunales internacionales se distinguen por cinco criterios concurrentes: (i) su base jurídica es un tratado internacional, una resolución del Consejo de seguridad o la Carta de las Naciones Unidas. (ii) no hacen parte del sistema

judicial de un solo Estado, (iii) aplican el DPI de manera principal, (iv) su competencia material y personal es internacional, aun cuando también puede ser de derecho nacional, (v) sus decisiones son vinculantes. En estas condiciones se advierte que el Tribunal para el Lejano Oriente, a pesar de su exigua legitimidad, constituyó un tribunal internacional. Ahora bien, Damgaard (2008) especifica otros elementos que permitirían señalar la constitución de un órgano judicial penal internacional de conformidad con el Derecho Internacional: (a) Independencia del poder judicial, implicando la existencia de por lo menos un juez internacional, (b) adjudicación de competencia determinado por unas Reglas de Procedimiento y prueba, (c) jurisdicción concurrente o complementaria a los tribunales nacionales, (d) financiación independiente de un Estado, (e) cumple criterios de las clásicas organizaciones internacionales, (f) tiene poderes establecidos en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, (g) tiene partes internacionales o mixtas, (h) ha sido designado como un tribunal internacional, (i) su documentación constitutiva niega expresamente inmunidad procesal a las cabezas de Estado y gobierno por crímenes internacionales fundamentales. (Burneo Labrin, 2011) (j) la entidad que dirige el procesamiento no es un Estado, (k) la comunidad internacional está comprometida en un papel activo en el establecimiento y administración del órgano judicial. En relación con estos criterios se complejiza la determinación del Tribunal para el Lejano Oriente como tribunal internacional, por lo menos en lo que corresponde al cumplimiento de los requisitos establecidos en los literales a), d), y k), pero Damgaard (2008) es expresa en subrayar que estos criterios no son necesarios para la constitución de un tribunal penal internacional, pero evidencian cierta relevancia en cuanto a su estatus.

En relación con la independencia de la CPI en relación con el Consejo de seguridad, se ha reconocido que la más importante relación entre las Naciones Unidas y la CPI se constituye por las situaciones que el Consejo de Seguridad le remite. (Gallant, 2003) Pero la discusión incluye en un contexto más amplio, el análisis de las verdaderas posibilidades de independencia de la CPI en relación con el Consejo de Seguridad. (Bergsmo, 2000; Escudero, 2003; Yañez Barnuevo & Escobar Hernández, 2003; Zapico Barbeito, 2012)

Desde los trabajos preparatorios del ER de la CPI, se señaló la necesidad de reconocimiento de sus posibilidades de vinculación, en dos grandes líneas. En una primera, subordinando la CPI al Consejo de Seguridad si bien mayoritariamente se concebía la CPI como organismo independiente de las Naciones Unidas, como fue defendido por las delegaciones de EEUU, (UN, CDI, 1994:80) Reino Unido (Bergsmo, 2000; UN, CDI, 1994:75), Chile (UN, CDI, 1994:36), Hungría (UN, CDI, 1994:42 y 45), Japón (UN, CDI, 1994:50-52), Kuwait (UN, CDI, 1994:54), Nueva Zelanda (UN, CDI, 1994:59), mientras que los países nórdicos buscaron una fórmula que permitiera una vinculación limitada bajo la autoridad del Consejo de Seguridad (UN, CDI, 1994:63) Por otro lado se defendió que el Consejo de Seguridad no podía tener ningún papel frente a la CPI, postura encabezada por la India (Bergsmo, 2000. Yañez Barnuevo & Escobar Hernández, 2003), Cuba (UN, CDI, 1994:38), y México (UN, CDI, 1994:57) Esta afirmación sustentaba su oposición en la inexistencia de una base legal que permitiera el establecimiento de motivaciones diferentes a las políticas a favor del Consejo de Seguridad. (Escudero, 2003) En efecto Cuba, resaltó en el seno de la Comisión Preparatoria de la CPI su preocupación porque las decisiones de la CPI pudiesen afectar la política exterior de dicho país en materia de paz y seguridad internacionales (UN, PCICC, 2000). En suma, la existencia de estas opciones corresponde a “la tensión entre diversas concepciones sobre la CPI” (Escudero, 2003:186), y la posible limitación que podría engendrarse desde la CPI con las funciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, como su papel “en la solución de controversias internacionales”. (Escudero, 2003:187). En dicho orden, Australia resaltó la necesidad de limitar los poderes del Consejo de Seguridad frente al ER, para que no tuviera poderes mayores a los Estados que ratificaran la CPI. (UN, CDI, 1994, párr. 24) Finalmente el ER asumió una postura intermedia, (Escudero, 2003) buscando el mayor nivel de independencia posible:

This provision [Art. 13.b ER] may be understood as having a double purpose.

On one hand, it contains a rule of attribution of jurisdiction to the Court, defined in abstract terms. On the other, it includes a procedural rule recognizing *ius standi* to the SC on order to put in motion the jurisdictional machinery of the Court as regards a concrete situation, through its mere referral to the Prosecutor. Thus, the Statute operates a double attribution of powers –to the Court and to the SC- which necessarily is to

function at the same time, as the Court only acquires jurisdictional competence to deal with a given situation when the SC exercises the *ius standi* recognized to it by the Statute. (...)

The participation of the SC in the “trigger-mechanisms” of the jurisdiction of the ICC, and the specific form it takes under the Statute, pose certain problems, both from the general perspective of the law of treaties and from that of the independence of the new judicial institution. However, this should not lead to a negative assessment, basically for two reasons. First, this source of activation would amplify the jurisdiction of the Court in a way that would respond to a genuinely universal dimension of the ICC. Second, the role attributed to the SC should logically reduce the instances in which it actually resorts to the creation of an *ad hoc* international criminal tribunal- as in the cases of the former Yugoslavia and Rwanda-, insofar as the Council could reach a similar result by referring a situation to the permanent international criminal jurisdiction. (Yañez Barnuevo & Escobar Hernández, 2003:52 y 53)

A pesar de esta optimista postura, Yañez Barnuevo & Escobar Hernández (2003) resaltan que existen buenas razones para criticar el poder reconocido por al Consejo de Seguridad. En efecto, el debate pone de presente que en todo caso la CPI precisa del Consejo de Seguridad para que su establecimiento como tribunal penal internacional fuese más que formal, en materias como la posibilidad de investigar y procesar a los más altos responsables (Bergsmo, 2000. Escudero, 2003)

Frente a las limitaciones que se acusaron en materia de independencia en los tribunales internacionales *ad hoc*, el ER insiste limitadamente en su permanencia e independencia, incluso de las Naciones Unidas (ER, Arts. 1-4. UN, PCICC, 2001) La Sala de Cuestiones Preliminares II resaltó que su independencia se refiere: (i) a la aplicación del Derecho establecido en el Artículo 21 ER, (ii) de conformidad con ello, la jurisprudencia de otros tribunales podrá ser invocada únicamente con autoridad persuasiva o como indicativa de un principio o norma de derecho internacional. El asunto es de entidad, cuando se recuerda que la independencia de la CPI sumada a la ausencia de politización en su labor, constituye uno de los elementos para considerar el éxito

de su labor (ICC, OTP, Donat-Cattin, 2003; Leanza, 2003) Pero las posibilidades abiertas, a partir del ER, implicaban que el Consejo de Seguridad tuviese la potestad de remitir casos ante la CPI, incluso relativos a países que no hiciesen parte de las Naciones Unidas. De esta *facultad* llama la atención que a pesar de que la consideración para la aplicación de la figura era precisamente la Carta de las Naciones Unidas (UN, 1945, Art. 2.6) en tanto impide que un Estado se considere externo a la ONU para estar obligada a la aplicación del DI; esta no es predicable de la propia CPI. En efecto, uno de los elementos para considerar que las posibilidades jurídicas de la CPI en la prevención de los crímenes internacionales se encuentran menguadas, es la limitación de las iniciativas de investigación en la Fiscalía. (ICC, OTP, Murphy, 2003; Othman, 2003; Scheffer, 2003; Ung Boun-Hor, 2003) Ello lleva a reconocer la existencia de un doble discurso donde se establece, por una parte, que es una seria pretensión que el Derecho Internacional imponga el ejercicio de reglas de juego “judiciales” entre Estados, pero que al tiempo se proceda a retirar de los jueces de este sistema normativo, de la capacidad de ejercicio del Derecho Internacional. Como se advierte, se mantiene el poder de selección planetario como característica central del Nuevo Humanismo Militar. Esta doble faz en el tratamiento de la paz mundial en virtud de una selección económica o por lógica de aliados por parte de organismos, tribunales y cortes internacionales, incumbe también al funcionamiento de las jurisdicciones nacionales e internacionales como sistema, como lo evidencia el asunto El-Masri vs Macedonia en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El ciudadano alemán Khaled El-Masri, fue víctima de los comúnmente denominados “vuelos secretos de la CÍA” o “entregas extraordinarias”, que hicieron parte del programa del gobierno Bush y coordinado por la Cía, en específico, lo que allí se denomina agujeros negros, como ubicación de sitios de detención y tortura clandestinos en países aliados de los Estados Unidos. (US, Report SSCI, 2012). El señor Khaled El- Masri al parecer había sido confundido con el dirigente de Al-Qaeda, Abu Ayyub Al-Masri, lo que generó una cadena de graves violaciones de derechos humanos en su contra, a través de múltiples países bajo la coordinación de Estados Unidos como lo evidenciaría después el Consejo de Europa y una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (ECHR, 2012) Tras haber sido detenido ilegalmente

por funcionarios de Macedonia durante diecisiete días, simulando una permanencia voluntaria en un hotel, (ECHR, 2012, párr. 3-20) fue entregado a funcionarios del gobierno de Estados Unidos quienes le sometieron torturas durante un término aproximado de cuatro meses. Las torturas contra El-Masri, iniciaron con un *tratamiento* denominado *shock de la captura*, siguieron con su traslado de Macedonia a Afganistán bajo nuevas y múltiples torturas, que incluyeron la alimentación forzada, y que culminó con su liberación en territorio de Albania. (ECHR, 2012, párr. 20-33)

En relación con este caso, y en general, sobre las “entregas extraordinarias, se abrió una investigación en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, donde emergió el Informe Marty, que encontró probada la existencia de centros secretos de detención y un procedimiento de entregas de personas a cargo de la CIA que incluía varios países, sobre lo cual se solicitó información que fue desestimada por Estados Unidos y sus contrapartes en Europa. (ECHR, 2012) La decisión del Tribunal Europeo sobre el caso, reitera la actualidad de la criminalidad de Estado en el Nuevo Humanismo Militar, cuando precisamente cita el segundo Informe Marty, rendido en junio de 2007:

5. Some European governments have obstructed the search for the truth and are continuing to do so by invoking the concept of ‘State secrets’. Secrecy is invoked so as not to provide explanations to parliamentary bodies or to prevent judicial authorities from establishing the facts and prosecuting those guilty of offences ... The same approach led the authorities of the former Yugoslav Republic of Macedonia to hide the truth and give an obviously false account of the actions of its own national agencies and the CIA in carrying out the secret detention and rendition of Khaled El-Masri.

(...)

273. We believe we have now managed to retrace in detail Mr El-Masri’s odyssey and to shed light on his return to Europe: if we, with neither the powers nor resources, were able to do so, why were the competent authorities unable to manage it? There is only one possible explanation: they are not interested in seeing the truth come out. (ECHR, 2012, párr. 46)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también destaca que el caso fue aludido en múltiples informes relativos a centros secretos de detención y a la utilización de la tortura por Estados Unidos y gobiernos aliados en Europa. Enfatiza que en las observaciones del periodo de sesiones de marzo a abril de 2008, el Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, expresó sus preocupaciones por la realización de estos hechos y su absoluta impunidad. También reseñó que el señor El-Masri había intentado accionar civilmente bajo la Ley de Responsabilidad civil de Estados Unidos, pero la demanda fue desestimada en mayo de 2006, suerte similar a la que corrieron los intentos de procedimiento de diversa índole dentro de la Antigua República Yugoslava de Macedonia. (ECHR, 2012) A la postre, la única decisión que se realizó fue la condena contra la Antigua República Yugoslava de Macedonia, pues la Corte Europea de Derechos Humanos encontró que el señor El-Masri había sido víctima de desaparición forzada y tortura, encontrando como uno de los responsables a dicho Estado europeo, y que se había vulnerado a su vez, la obligación de investigación efectiva.

La permanente alusión al gobierno de Estados Unidos y sus aliados europeos en el texto de un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que solo hasta ahora es reconocida en términos generales por el Senado de Estados Unidos; recuerda la concepción de la hegemonía en Gramsci. Pilar Calveiro (2012) la sintetiza en la idea de suma entre fuerza y consenso con la capacidad de “ejercer la dirección económica, política, intelectual y moral de la sociedad”. (:13).

Obsérvese asimismo que el consenso en el Nuevo Humanismo Militar, ha permitido el movimiento de bases que se consideraban inquebrantables para la comunidad internacional como la prohibición de tortura a la que aludía Bobbio (1991a), y corroboran que este segmento de la modernidad constituye uno de los escenarios más difíciles para la vigencia de los derechos humanos desde que dicho concepto emergió con la temprana modernidad. Así, elementos esenciales de esta, como la definición de Estado, se han intentado volver en contra del ejercicio de los Derechos Humanos, con la larga y por fin finiquitada negativa de la CPI al procesamiento de los atroces hechos padecidos por el pueblo Palestino, sosteniendo precisamente que Palestina no se trataba de un Estado reconocido por el Consejo de Seguridad, donde justamente se

encuentran tres de las naciones que han rechazado la ratificación del ER. (OTP, 2012a) Así, se observa el choque de los intereses y las consecuencias de estos intereses con las conquistas del DIDH, emplazándose un nuevo orden moderno que precisamente aquí se reconoce como Nuevo Humanismo Militar y que no se limita al orden internacional, donde de nuevo debe recordarse a Bourdieu y Wacquant (2001) con su crítica a la razón imperialista:

Efectivamente, la violencia simbólica no se ejerce nunca sin alguna forma de complicidad (arrebata) de quienes la sufren, y la “globalización” de los temas de la doxa social americana o de su transcripción, más o menos sublimada, en el discurso semierudito no sería posible sin la colaboración, consciente o inconsciente, directa o indirectamente interesada, de todos los “barqueros” e importadores de productos culturales con etiqueta o sin etiqueta (editores, directores de instituciones culturales, museos, óperas, galerías, revistas, etc.) que en el propio país o en los países diana proponen y propagan, con frecuencia de buena fe, los productos culturales americanos, y de todas las instancias culturales americanas que, sin estar explícitamente concertadas, acompañan, orquestan y a veces incluso organizan el proceso de conversión colectiva a la nueva Meca simbólica. (:29 y30)

Esta situación es patente al revisar la utilización de los conflictos internacionales como mecanismos de garantía de las necesidades hegemónicas:

Las intervenciones militares en Kosovo, Irak o Libia han ilustrado en este nuevo siglo los enormes riesgos de este "tipo abierto" [de crímenes de lesa humanidad] y su manipulación (junto a la nueva figura de "terrorismo") para legitimar las acciones del poder punitivo internacional o local. Por otra parte, al no haberse explicitado el carácter estatal de estas acciones en la propia definición típica, ello permitió que numerosos actores (incluso el otrora fiscal de la Corte Penal Internacional) la hayan considerado aplicable a acciones de organizaciones no estatales, siendo entonces que la propia diferencia cualitativa de figuras que buscaban la persecución del poder punitivo estatal se transformaron en un modo de violar las garantías penales desde el propio poder punitivo, sea este estatal o internacional. (Feierstein, 2013:51)

De esta forma, la transmutación de los victimarios en víctimas, en los crímenes de Estado, no solo constituye la conclusión final de la criminalidad de Estado a nivel internacional, sino que además es el vehículo de repetición de nuevos crímenes. Este no es un fenómeno novedoso como se ha observado, pero se robustece a través de la imposición de contenidos jurídicos específicos como una complementariedad flexible que se contradice con la existencia estructural de un mundo globalizado que sustenta el mercado internacional, la estimación de una soberanía como gobierno del mundo y los derechos negativos. No obstante, esta utilización hegemónica de los derechos humanos, no oculta la posibilidad de que constituyan un espacio de contrahegemonía. (*infra* cap. 3)

Conclusiones preliminares

Los ejercicios propuestos en este capítulo, siguiendo las exigencias de Foucault en la configuración de las genealogías, han permitido la identificación transversal de cuatro fenómenos: (i) los valores y discursos develados tras lo que se conoce como los *derechos humanos* en su visión hegemónica, como sustento del reconocimiento de los derechos de las víctimas; (ii) las formas de control social que subyacen a estos discursos, así como los artificios de cada una de las verdades que se presentan como insoslayables en el concepto de derechos humanos, y (iii) los esfuerzos de la hegemonía por ocultar la trascendencia de las luchas sociales en la anterior y posible transformación del Derecho.

En tal sentido se ha señalado la existencia de un concepto hegemónico de los derechos humanos que limita todo tipo de posibilidades de los sujetos colectivos. Pero los sujetos colectivos, en particular, las víctimas de los Crímenes de Estado, han desplegado acciones de resistencia en el Derecho, tanto a nivel nacional como internacional, determinando nuevos escenarios que permiten concluir su intervención contrahegemónica, frente al *homo aeconomicus* que constituye la grilla de inteligibilidad del capitalismo moderno y el mecanismo de viabilización de la razón instrumental.

De ahí que se ha corroborado que el impulso de la resistencia ha configurado un escenario diferencial para los derechos humanos desde la subalteridad, lo que puede identificarse con un concepto contrahegemónico de los derechos humanos que también puede denominarse como práctica insurrecta o los derechos como movimiento social. Este nuevo concepto de derechos se especifica en las realidades latinoamericanas, a través de las luchas sociales, la pugna contra el individualismo, el reconocimiento del Estado social, y las resistencias hegemónicas; todo ello en un ciclo de debate que continúa hoy frente a la entronización del Nuevo Humanismo Militar.

Esta existencia, y los propios procesos de edificación de los derechos humanos, remiten a considerar que la construcción moderna de los derechos humanos también precisa una lectura en términos de relaciones internacionales. En vinculación con ello, se ha reiterado la mayor gravedad de la criminalidad de Estado, que se aumenta en consideración con las lógicas de impunidad bajo el Nuevo Humanismo Militar.

El elemento central del Nuevo Humanismo Militar consiste en rechazar el Derecho Internacional en tanto límite de la aplicación de la razón de Estado de los *rogue states* o Estados dominantes. No obstante, en su contexto se ha generado nada menos que el primer tribunal penal internacional de carácter permanente, lo que no solo ha generado intensas discusiones relativas a su relación con el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sino además que permite construir espacios de esperanza frente a las potencialidades contrahegemónicas de esta Corte Penal Internacional. En esta misma vía, se ha demostrado que las supuestas limitaciones de soberanía son aparentes, aún con mayor razón en el contexto de la crisis de la concepción moderna de Estado y, de paso, eliminar uno de los elementos que se presentan como cruciales en el debate sobre legitimidad y pertinencia de este tipo de tribunales.

En este contexto se ha determinado que la supuesta limitación de la soberanía a partir de la jurisdicción complementaria resulta un paso atrás en las consideraciones de protección frente a crímenes internacionales, en los cuales la jurisdicción concurrente puede ser necesaria cuando se trata de perseguir crímenes de Estado.

Por tanto, no puede comprenderse la CPI como de naturaleza sustitutiva de los tribunales de derechos humanos, sino que al contrario, las decisiones de admisibilidad en dichos estrados, si se refieren a crímenes de competencia de la CPI, puede constituir una huella de la necesidad de revisión de las situaciones y casos respectivos en el tribunal penal internacional. La utilización del DIDH en la CPI, no solo establece la necesidad del procesamiento de los señalados en protección de sus garantías fundamentales, realiza la tendencia garantista de los elementos normativos del sistema y legitima la protección de bienes jurídicos internacionales.

Capítulo 3

Tensiones contrahegemónicas: Solicitudes de las víctimas de Crímenes de Estado para activar la competencia de la CPI

Con un Estado al servicio del mercado, la noción de bien común y servicio público es desguazada y los individuos pierden la conciencia de pertenencia a una sociedad plural transfiriéndola a una clase –la clase *global*– por encima del Estado. Cuando esa clase se apodera de las instituciones políticas cabe en el mismo discurso la defensa de los *bonus* de los ejecutivos, porque el mercado es libre, y por lo mismo, ha de ser libre el despido (sin *bonus*), al que llamamos “flexibilidad laboral”, de los proletarios, que cuando son universitarios y han obtenido un trabajo, se convierten en *mileuristas*, porque mil son los euros que fijan la frontera de su salario y su capacidad de endeudamiento para casa(rse) y consumir(se). ¿Puede el Estado ser democrático si carece de auténticos ciudadanos? ¿O lo es porque se consideran tales los miembros de la clase *global*? ¿Es acaso la aspiración de los no-ciudadanos *globalizados* acceder a la clase de los *globalizadores*? ¿Es la esperanza de los excluidos de la globalización alcanzar la condición de no-ciudadanos *globalizados*? Si aún creemos en las leyendas de la Revolución Francesa, de libertad, igualdad y solidaridad, una sociedad global no puede ser democrática y una sociedad democrática no puede ser global sin atentar contra sí misma. No es admisible desde el punto de vista de los principios dar por bueno un mundo donde el uno por ciento de la población detenta (el verbo es el adecuado) un cuarenta por ciento de la riqueza y el cincuenta por ciento de la población el uno por ciento. Es manifiestamente insano afirmar que a la prole de los miserables les irá bien con la expansión del actual modelo político, económico y social. Otra cosa es que nos convenga predicarlo. (Brotóns, 2010a:39 y 40)

Se ha determinado en los capítulos anteriores, la existencia de una criminalidad de Estado que constituye una *función* dentro de la modernidad capitalista. Asimismo, a través de una revisión genealógica, han sido determinadas y descritas sus principales fórmulas de operación, y los mecanismos a través de los cuales se procura su contención desde el Derecho. Corresponde a continuación determinar las cuestiones que permitirían que el ejercicio del proceso de selección que tiene lugar dentro de la Corte Penal Internacional, se convierta en herramienta

contrahegemónica. Ello equivale a determinar qué tipo de condiciones generales y específicas se requieren para hacer ejercicio contrahegemónico del Derecho Penal Internacional contemporáneo.

A continuación, es necesario determinar si un papel activo de las víctimas de crímenes de Estado en el proceso de selección de situaciones y casos ante la CPI, podría servir como instrumento contrahegemónico. Es decir, si permitiría superar una visión excesivamente diplomática del principio de complementariedad (*infra*: Cap. 3, secc. 2, 1) y dar lugar a la transformación del habitus del Derecho Penal Internacional, así como las implicaciones que podría tener dicho ejercicio en la construcción de una verdad contrahegemónica. De aceptarse la posibilidad de estos ejercicios contrahegemónicos, debe auscultarse sobre las condiciones específicas de transformación, lo que tendría lugar a través de la aplicación de un cosmopolitismo subalterno en la solicitud de determinación de estas solicitudes de intervención.

Siguiendo a Bourdieu (2008), el conocimiento exige reconocer los mecanismos que gobiernan el mundo intelectual, político, real, sin que ello implique que sujetos individuales y colectivos abandonen sus responsabilidades. Ello se conecta con su interés en evidenciar la razón imperialista, que vehicula la dominación a través de la despolitización de los problemas sociales, como cuando asienta una tradición histórica que oculta los particularismos de la dominación y los dominados. (Bourdieu y Wacquant, 2001) En esta misma vía, Žižek (2011) ha actualizado la obligación de discernimiento que tiene el pensamiento crítico sobre el papel de formas sociales fementidamente apolíticas en la vinculación poder político y violencia. (*infra* cap. 3, secc. 1, 2)

Habermas (1999a) señala diversos elementos que pueden regular la ausencia de limitación que caracteriza la racionalidad de mercado, y que permitan arribar a una sociedad europea justa:

- (i) La idea de auto-legislación, donde la sociedad entera participa de la construcción de las leyes,
- (ii) dar lugar a las perspectivas de otros países y continentes bajo un propósito cosmopolita.

José Manuel Barreto (2014) con sustento en Boaventura de Sousa Santos, reclama que la teoría y la historia de los derechos humanos sea descentrada para que su *locus* de enunciación no resida en exclusivo en occidente, sino que se comparta por el Sur Global. Barreto (2014) propone

estrategias hermenéuticas para la descolonización de los derechos humanos como relacionar las epistemologías del Sur, reescribir la historia de los derechos humanos y proceder a un diálogo intercultural a través de una construcción multicultural que abandone la idea de derechos humanos como universales para que resurjan otras visiones acalladas de los derechos introducidas a través de una hermenéutica diatópica. Sin embargo, considerando el carácter de movimiento social que reside en los derechos humanos, resulta necesario discernir sobre la viabilidad de abandonar las categorías que han sido reivindicadas a través de las luchas sociales, como el reconocimiento de una universalidad de derechos pero en sentido contrahegemónico, *e. g.*, vinculándolos con los derechos de los sujetos colectivos, valorando y potencializando la resistencia que en ellos reside y, luego entonces, entendiéndolos desde una lógica de interdependencia e indivisibilidad. Otras dificultades para la implementar el nuevo diálogo propuesto por Boaventura de Sousa Santos, son señaladas por Barreto (2014):

However, the new dialogue faces difficulties, and the knowledges involved need to comply with certain requirements. Other cultures can have dissimilar notions of human dignity that are not usually translated into human rights. And ideas that are related, commensurable, or analogous to human dignity can be more or less encompassing and need to be taken as incomplete as a necessary condition for a plurality of worldviews to coexist (:412)

El profesor Barreto (2013a) también destaca otras herramientas para la descolonización de los derechos humanos como el conjunto de tratados internacionales contruídos tras la descolonización, como la Declaración sobre la Descolonización y la Declaración contra la Discriminación Racial.

En esta tesis se consideraron los mecanismos que han incidido en la configuración de la criminalidad de Estado y en su sostenimiento bajo el actual Nuevo Humanismo Militar. Precisamente, por la contradicción permanente que signa la modernidad, se mantienen en tensión los elementos de cada una de sus esferas (*infra* cap. 1) Pero además, dentro de la teoría normativa de la modernidad se destaca la relación Estado y sujetos (individuales y colectivos), así como la

tensión entre individuo y colectividad, buscando el sostenimiento de los derechos a la individualidad por la necesidad de un mínimo necesario de cohesión social. (Orjuela, 2012:47) Múltiples respuestas se encuentran a esta tensión. Orjuela Escobar (2012) sostiene que en el contexto de la modernidad este conflicto puede ser resuelto de dos formas: (i) recuperando la razón práctica para resolver las tensiones del orden social a través del pensamiento aristotélico kantiano, o para discutir la tensión individuo–comunidad. (ii) estudiando las técnicas del gobierno de la sociedad bajo el pensamiento crítico, postura que se aproxima a la emancipación de la razón instrumental y a reapropiar las objetivaciones de las relaciones sociales. Por otra parte, tendiendo una uniformidad entre modernidad y capitalismo, para Echeverría (y Rojas, 2012) la modernidad se agota, lo que puede conducir a una situación revolucionaria, a una sustitución del capitalismo, o a una catástrofe por la dictadura del capital. Esta postura sigue a Horkheimer (2002) quien sitúa la irracionalidad moderna en su naturaleza de producto de la voluntad capitalista y no de una voluntad autoconsciente y fusionada. En fin, la teoría normativa de la modernidad se debe a la razón instrumental, al mercado y a la emergencia de lo técnico científico, llevando a un espacio de deshumanización (Orjuela Escobar, 2012). Por tanto, no sorprende establecer que la razón instrumental instalada en la modernidad por el capitalismo, tiene una profunda responsabilidad en los crímenes de Estado, lo que exige una comprensión crítica de la modernidad. Esta demanda reconocer la razón instrumental como parte de esta teoría normativa (Orjuela, 2012) y que por tanto, puede ser limitada a través de su transformación en su visión filosófica, en la ciencia y en la técnica, en la cultura, y por lo tanto en el Derecho.

El pensamiento crítico postula un proceso de emancipación de la razón instrumental, una transformación que no puede seguir siendo aplazada. Las posibilidades van desde la construcción de una nueva modernidad que permita salir de los errores de la capitalista (Habermas, 1993) hasta la necesidad de salir de la modernidad (Santos, 1998). El devenir que signa la modernidad puede intentar enfrentarse con la dialéctica a través del “viejo topo” de la revolución (Marx, 1980b). Una revolución inmanente a la burguesía (es razón de su supervivencia), que inicia en la permanente transformación de los medios de producción y de ahí hasta las relaciones sociales, pasando por las relaciones de producción. Por ello se encuentra una conocida paradoja: la fuerza

motriz fundamental de la modernidad es la burguesía y el movimiento dialéctico de dicha modernidad “*se vuelve irónicamente contra ella*”. (Berman, 1989: 8; *vid.* Quiñones, 2013) Echeverría (y Rojas, 2012) pide abandonar la modernidad capitalista, para intentar “una modernidad diferente, cuya vida no esté conectada para nada con la reproducción del capital”. (minuto 2:52).

Es decir, que no es suficiente con la supresión del neoliberalismo, pues debe construirse una vida moderna sin el dogma capitalista que precisa de la guerra. (Echeverría y Rojas, 2012) Tras revisar la Primera y Segunda Guerras Mundiales, así como “los genocidios del siglo XX”, Echeverría (y Rojas, 2012) constata que la guerra constituye “la realidad, la base del proceso histórico. Sin la guerra, sin la destrucción de la vida humana, no puede existir el capital”. (minuto 12:35) Por ello la conversión política requerida, implica dejar de girar alrededor del capital, de los Estados nacionales, como “mera superestructura de los negocios”, para constituir una nueva visión: “viva la política como la reconquista de la capacidad del ser humano de dirigir su propio destino”, mediante la construcción de una “modernidad alternativa”. (Echeverría y Rojas, 2012, minuto 18:00)

El DPI se vincularía con estos propósitos a través de cuatro elementos centrales: (i) reconociendo la necesidad de interpretación y aplicación del derecho desde un universalismo concreto, que se instala frente a la racionalidad instrumental mediante la sociología de las emergencias, (ii) como expresión del universalismo concreto y de la instalación de la sociología de las emergencias, el DPI debe responder a una visión de cosmopolitismo subalterno, para evitar su continuación como instrumento de control de la hegemonía, (iii) en conclusión de lo anterior, el DPI se puede convertir en escenario de resistencia para las voces silenciadas y en particular en verdadera herramienta de prevención de los crímenes internacionales, lo que exige un lugar especial para la persecución de la criminalidad de Estado.

Sección 1. La inaplazable transformación de la razón instrumental: Enfrentando la razón instrumental planetaria

Como elemento común de las posturas que señalan al holocausto nazi como consecuencia directa de la modernidad (Žižek, 2011), hasta las que encuentran su vinculación sin una necesaria relación (Bauman, 2011), (*supra* cap. 1), se establece que constituye expresión de la razón instrumental. Se trata de una razón instrumental construida a partir del contraste de los productos de la civilización, con la fragilidad de la naturaleza humana, predispuesta a la violencia, llena de temor a tomar conciencia y a asumir responsabilidad. (Bauman, 2011) Una razón instrumental que construye lo rechazado por Benjamin (2005): “No hay jamás un documento de cultura que no sea a la vez un documento de barbarie”. (:68) Ello se encontró con la tecnología, “sus criterios racionales de elección, su tendencia a subordinar el pensamiento y la acción al pragmatismo de la economía y la efectividad”. (Bauman, 2011:34). Así, planificación y burocracia se condensaron en el idealismo en tanto sensación de cumplimiento de un deber por la gestión de la disciplina y la organización. En ese momento el deber que se entronizó fue la conformación de una Europa sin comunistas, ni judíos (*judenrein*), por ello la racionalidad instrumental era insuficiente para evitar o limitar el genocidio (Bauman, 2011).

Esta razón instrumental ha coadyuvado en la construcción de la criminalidad de Estado, dentro de la modernidad como fenómeno general. Desde una visión contractual, a partir de la pretensión de explicación del tránsito entre sociedad civil y Estado; la razón instrumental sería un rezago del Estado de naturaleza. Pero nada más lejos de la realidad, pues la racionalidad instrumental es una visión ritualizada que procura instaurar una lógica de vida moldeada por los intereses económicos y de control social, despojados de otros análisis como los éticos. De ahí que se exprese en el *homo aeconomicus* como base de construcción e interpretación de la realidad. (*supra* cap. 2) En efecto, (*supra* cap. 1), en una de las más reconocidas paradojas de la modernidad, la ética de la gracia impuso el dominio humano sobre la naturaleza, culminó en la sobrevaloración de la razón capitalista. Este dominio construye a su vez la idea de la línea del progreso y de la ciudad como espacio central de la humanidad (Echeverría, 2009), donde se

condensa el cálculo mercantil y “la aplicación técnica de la razón matematizadora” (:9), permitiendo el tránsito hacia la modernidad capitalista. Desde luego, ello revela una profunda paradoja, pues el desarrollo de la técnica se promocionó en la modernidad como la posibilidad de liberación humana, pero la crueldad y el sufrimiento se han agravado con dichas posibilidades. (Quiñones, 2013) Ello puede explicarse con un abandono de las cuestiones que sustentaron la llegada de la modernidad, y con la definitiva implementación mercantilista que explica y a la vez ha implicado el desarrollo de la modernidad. Justamente, desarrollando el concepto de modernidad líquida, Bauman (2004) señala que el nuevo orden moderno buscaba ser más sólido que el Antiguo Régimen, por lo que calificó como irrelevante a lo que se apartara de los cálculos racionales de los efectos:

A la vez, esa clase de “disolución de los sólidos” destrababa toda la compleja trama de las relaciones sociales, dejándola desnuda, desprotegida, desarmada y expuesta, incapaz de resistirse a las reglas del juego y a los criterios de racionalidad inspirados y moldeados por el comercio, y menos capaz aún de competir con ellos de manera efectiva.

Esa fatal desaparición dejó el campo libre a la invasión y al dominio de (como dijo Weber) la racionalidad instrumental, o (como lo articuló Marx) del rol determinante de la economía: las “bases” de la vida social infundieron a todos los otros ámbitos de la vida el *status* de “superestructura” –es decir un artefacto de esas “bases” cuya única función era contribuir a su funcionamiento aceitado y constante-. La disolución de los sólidos condujo a una progresiva emancipación de la economía de sus tradicionales ataduras políticas, éticas y culturales. Sedimentó un nuevo orden, definido primariamente en términos económicos. (...) Casi todos los poderes políticos o morales capaces de trastocar o reformar ese nuevo orden habían sido destruidos o incapacitados (...) para esa tarea. (...) (Bauman, 2004:10)

En suma, los principios básicos de sujeción emanan de la concentración del capital, el “cosmopolitismo de la mercancía, de la administración patriarcal y masculina de la libido”, así como del carácter discriminador del Estado (Gallardo, 2006:19). En este aspecto se encuentra la conjunción de Horkheimer y Adorno (1998), Habermas y Benjamin, esto es, de la Primera y Segunda Escuela de Frankfurt. Sintetizando a Horkheimer y Adorno, Habermas (1999) sostiene

que la reducción a una racionalidad cognitivo instrumental, permitió el ascenso del fascismo. Postura en la que Walter Benjamin (s.f.) confluiría al sostener, en alusión a la idea marxista de las revoluciones como locomotora de la historia: “Tal vez las revoluciones son el gesto de agarrar el freno de seguridad que hace el género humano que viaja en ese tren”. (:76) No en vano, sin conformarse con la opresión a la naturaleza, la racionalidad instrumental se dirigió contra un sentido innato en la humanidad: sus potencialidades rebeldes. Ello se hizo instrumentalizando los ideales del pueblo, esto es, utilizando a las víctimas de la razón instrumental para entronizar aún más la razón instrumental. (Horkheimer, 1973; Horkheimer y Adorno, 1998). La tecnología, los procesos burocráticos militares y la guerra total emprendida por “grandes masas humanas”, vehicularon los campos de concentración y “guardan una obvia correlación con la producción industrial, tecnificada y burocrática de la sociedad de masas que caracterizó aquel momento del capitalismo. (Calveiro, 2012:23. *Supra*: cap. 1, Secc. 2, 3), como lo metaforizara Benjamin (1987):

Este gran galanteo con el cosmos se realizó por primera vez a escala planetaria, es decir, en el espíritu de la técnica. Pero como el afán de lucro de la clase dominante pensaba satisfacer su deseo en ella, la técnica traicionó a la humanidad y convirtió el lecho nupcial en un mar de sangre. (:97)

Múltiples incidencias pueden transformar el escenario que permitió el arribo del genocidio nazi. Una de ellas consiste en el retiro de la razón instrumental que ha caracterizado la epistemología positivista que fundó la teoría de la modernidad (Bauman, 2011; Habermas, 1999; Orjuela, 2012; Martínez, 2013) y en particular, la teoría del Derecho de la modernidad a través del positivismo jurídico. Un positivismo jurídico que expresa la tendencia general a la cosificación (Habermas, 1999), donde “las fuerzas productivas técnico–científicas se funden con las relaciones de producción y pierden su capacidad de hacer estallar el sistema. El mundo racionalizado se contrae y reduce a una ‘falsa’ totalidad.” (:468) El propósito de derrumbar esta racionalidad también surge tras constatar como errónea la caracterización del Derecho como insular a la política y a la ética, bajo lo cual se quería cimentar que todos los actos del Estado son jurídicos (Martínez, 2013), y por tanto la imposibilidad de que el Estado cayese en la

criminalidad. Esto es, una razón instrumental que intentar retirar la responsabilidad al Estado por el simple hecho de ser productor del Derecho. Por ello Bauman (2011) sintetiza esa razón instrumental en la sociedad como objeto a administrar, con problemas para resolver, una naturaleza para dominar y conservar a la fuerza y una burocracia que hizo razonable, incluso un genocidio. Allí se observa su confluencia con Habermas (1986), quien observa que la legitimación se funda en el progreso científico-técnico, pero ello ya no se quiere presentar como ideología, sino que se denomina como “conciencia tecnocrática” que sigue siendo ideológica en tanto “convierte en fetiche a la ciencia”, justifica el interés de dominio de otra clase, reprimiendo la necesidad de emancipación como clase, y como especie. (:96 y 97)

Entonces, afirmar la existencia de la criminalidad de Estado como objeto de interés para la Sociología y el Derecho, implica reconocer que es posible derrumbar la razón instrumental (Martínez, 2013). Ello podría tener lugar a través del reconocimiento del universalismo concreto como comprensión filosófica, así como del cosmopolitismo subalterno como instancia de producción y aplicación del derecho.

Sección 2. Universalismo concreto, memoria y reconfiguraciones hegemónicas

My effort was undoubtedly, to suggest the arena of cohabitation of knowledge with power and the somewhat uncanny ability of power to conscript unselfconscious epistemic recruits. The hardest task today is how to stop the state thinking through us in the direction of globalization, away from globalism. The rehabilitation of the culture of globalism, the reclamation of the lost languages of social justice, and dependent upon it the construction of practices of solidarity -as a fellowship of suffering- is the very agenda of human rights today. In this direction, our prime task would recover from debris of enlightenment thought- elements in post-modernism which energize, rather than enervate, vision of human emancipation.

Is this visions which globalisation threatens. The space for plurality shrinks a point where the while world becomes an endless chain of shopping arcades or chains department stores, where all of us become potential Gremlins, lustfully mutated micro-organisms, in pursuit of instant, technologically mediated pleasures, stranger to the very idea of joy. The vision of globalisation

threatens to the away local spaces. "Think globally, act locally" is a maxim confiscated of its meaning in an era when the "local" becomes the ghetto of the 'global'. A new world imperialism is in the making of globalisation. If we are to combat it, the historically available repertoire of strategies is furnished by globalism, which repudiates the maxim: "The North Knows the Best". (Baxi, 1992:13)

El devenir característico de la modernidad genera contradicciones que se concentran en la pretensión de liberarse de los conflictos a través de la dominación. Berman (1989: 6) presenta alternativas ante ellas: Deshacerse de los progresos modernos, equilibrarlos con “*una regresión neoabsolutista en la política*”, o finalmente, optar por la comprensión del ser humano nuevo que tras salir del subsuelo, se enfrenta a la clase dominante y podrá resolver las contradicciones de la modernidad. Sin perjuicio de lo ya dicho (*supra* cap. 1, secc. 3), una de las más grandes tensiones que surge se refiere a la criminalidad de Estado que depende del concepto de Derecho, (*supra* cap. 1, secc 3, 1) y de poder de Estado que se asuma. (*supra* cap. 1) La hegemonía involucra coerción revestida de consenso (Calveiro, 2012), así como las instancias que organizan el poder social y penetran en las visiones de lo que se considera aceptable, o no, por las capas de la sociedad. Por tanto, las reconfiguraciones hegemónicas precisan transformar los centros de poder, y las sociedades que los sustentan (Calveiro, 2012), y una reorganización hegemónica no es necesariamente liberadora, (Calveiro, 2012) como lo señala la expresión del Nuevo Humanismo Militar. (*supra* cap. 2, secc. 2, 2.1) Uno de los elementos estructurales de las reorganizaciones hegemónicas de la modernidad capitalista es el sostenimiento de la razón instrumental y su expresión bajo el universalismo abstracto. Sobre ello advierte Boaventura de Sousa Santos (2007):

Hoy día vivimos en un escenario multicultural, en un lugar que constantemente apela a una hermenéutica de la sospecha frente a totalidades o universalismos que se presumen a sí mismos como tales. No obstante, el multiculturalismo ha florecido en los estudios culturales, en aquellas configuraciones transdisciplinarias en las que convergen las diferentes ciencias sociales, así como en los análisis literarios, en donde el conocimiento crítico —el feminismo, el antisexismo, el antirracismo, el conocimiento poscolonial— está siendo constantemente generado”. (:22, *vid.* Santos, 2004).

Hegel (2000) describe el poder del príncipe como manifestación que compendia la singular y lo universal de los tres momentos del Estado como totalidad: la universalidad referida a la constitución y las leyes, la relación de lo particular con lo universal y la última decisión en vinculación con la autodeterminación. Esta unidad sustancial sintetizada en la idea de soberanía, se comprende por Hegel (2000) como unidad sustancial orgánica de donde deviene la vinculación hegeliana entre universal y particular:

El idealismo, el cual constituye la soberanía, es la misma determinación, según la cual, en el organismo animal, las llamadas partes suyas no son partes, sino miembros, momentos orgánicos, y cuyo aislamiento y subsistir para sí son la enfermedad. Es el mismo principio que, en el concepto abstracto de la voluntad (...), se presentaba como la negatividad que se refiere a sí misma y, de ese modo, como universalidad que se determina hasta la singularidad, en la cual toda particularidad y determinidad son particularidad y determinidad superadas; es el fundamento absoluto determinándose así mismo. Para comprenderla, se tiene que tener internamente en general el concepto de lo que es la sustancia y es la verdadera subjetividad del concepto.

(...) Pero el despotismo caracteriza en general a la situación de la ausencia de ley, donde la voluntad particular como tal, sea la de un monarca o la de un pueblo (oclocracia), vale como ley, o más bien, vale en lugar de la ley (...) (:337)

Discutiendo esta postura, Barreiro (2005) confronta lo universal comprendido como norma y lo que es afectado en relación con ella. Así acuña el concepto de universalidad excluyente que se expresa *e.g.* en la ciudadanía de los hombres letrados, negada a los hombres analfabetos y a las mujeres. Entonces debe enfrentarse una universalidad instalada, desde un particular específico, que rechaza las diferencias (Acosta, 2011; Barreiro, 2005) y que invisibiliza, excluye, domina y niega (Acosta, 2011). Este universalismo se instala en el pensamiento boaventuriano en la monocultura de la escala dominante, y se entiende como “toda idea o entidad que es válida independientemente del contexto en el que ocurre” (Sousa Santos, 2006: 25)

La construcción genealógica de los derechos humanos que fue abordada (*supra* cap. 2), reveló dos grandes dimensiones de este producto de la modernidad. La visión hegemónica de los derechos humanos es expresión de lo que Clavero (2014) denomina las “empresas culturalmente supremacistas y, con ello, incapaces de una mínima universalidad, de alguna universalidad no imaginaria” (:219). Por ello es fundamental una deconstrucción sociohistórica y multicultural de los derechos humanos de la mano del pensamiento crítico, que no puede ser instalada y reconocida por el Derecho sin la determinación de un universalismo concreto como nuevo referente de la ley:

Tanto la teoría normativa como la crítica tienen un carácter interpretativo, pero mientras la teoría empírica nos sitúa en el plano de la explicación con propósitos de control social, las teorías normativa y crítica nos sitúan en el plano político y moral. Estos se refieren a la constitución del orden, a las condiciones de la legitimidad del orden social frente a las posibilidades de la emancipación y frente a la cuestión de las orientaciones axiológicas para la acción social y la transformación de la sociedad. En síntesis, para la explicación de los fenómenos sociales y para la praxis social y política, las teorías tienen una función constitutiva de sentido. (Orjuela, 2012:31)

Reconociendo la criminalidad de Estado como una función de la razón instrumental capitalista, (*supra* cap. 1) y la necesidad de cambiar este escenario, el camino según Bauman (2011) consistiría en la transformación de los escenarios que no se han reconocido para el holocausto: Desentrañando y transformando el papel de las instituciones, los criterios de corrección de las conductas, los usos contemporáneos, así como el “impacto progresivamente deshumanizador de la autoridad”. (:18) En efecto Bartolomé Ruiz (2011) si bien difiere en la magnitud de la violencia de las sociedades primitivas, comparte la comprensión de la memoria como límite a la barbarie de Nietzsche: “la memoria surge en la historia humana con el objetivo de neutralizar la mimesis de la violencia porque la violencia, que era fácilmente olvidada, se repetía brutalmente como un valor cotidiano”. (:41) En dicha medida Bartolomé Ruiz (2011) encuentra que la memoria se determina por la cultura y el poder, por lo que presenta una potencia anamnética para neutralizar la violencia. (:48)

En conclusión, debe renunciarse a un proceso de autocuración de la memoria que implique el olvido del holocausto, pues ello no solo resulta negligente con las víctimas, sino que además, demuestra una ceguera “peligrosa y potencialmente suicida”, que para algunos autores, en todo caso, serían propias de la modernidad (Sousa Santos, 2000 y 2007). El desconocimiento de la memoria además impediría reconocer que la civilización moderna capitalista se funda sobre la creación y la destrucción, refleja un sistema de producción de mercancías (muerte), a través de la utilización de la materia prima (seres humanos), con un estricto conocimiento de las cifras de producción. A partir de ello se habría arribado a los programas de ingeniería social que viabilizaron el holocausto:

El mundo hobbesiano del Holocausto no emergió de su escasamente hondo sepulcro revivido por un tumulto de emociones irracionales. Llegó (de una forma impresionante que con toda seguridad Hobbes habría repudiado) sobre un vehículo construido en una fábrica, empuñando armas que sólo la ciencia más avanzada podía proporcionar y siguiendo un itinerario trazado por una organización científicamente dirigida. La civilización moderna no fue condición suficiente del Holocausto, pero sí fue, con seguridad, condición necesaria. Sin ella, el Holocausto sería impensable. Fue el mundo racional de la civilización moderna el que hizo que el Holocausto pudiera concebirse. (Bauman, 2011:29 y 34)

Por eso deberían revisarse también los fenómenos, las tendencias culturales y los logros técnicos que viabilizaron el holocausto, en cuanto se produjo en un contexto de modernidad y racionalidad, culminante. (Agamben, 2010; Bauman, 2011) Esto no solo permitiría desentrañar y transformar el caldo de cultivo del totalitarismo, sino además, entender que los derechos humanos, como señalaría Gallardo (2009), no podrían ser realidad sino hasta que lograsen la transformación de la cultura que no permite su realización.

Esta reconstrucción, desde la filosofía y la sociología, se acompasa con la dimensión sociológica de sujeto colectivo, así como con la pretensión de escucha y revitalización de las voces silenciadas en la sociología boaventuriana de las ausencias y las emergencias, pues implica exceder la limitada comprensión occidental del mundo. (*infra* cap. 3) Bien subrayaba Walter

Benjamin (1971): “fines que son justos, universalmente válidos y universalmente reconocibles para una situación, no lo son para ninguna otra, pese a lo similar que pueda resultar”. (:191) Ello exige la construcción contrahegemónica de la verdad como mecanismo para acceder a la sociología de las emergencias, y por esta vía, posibilitar el destierro de la razón instrumental (*supra* cap. 3, secc. 1, 2). Para llegar a dicho lugar es necesario asumir un universalismo concreto, que como resalta Acosta (2011) y se respaldaría en Butler (2011), retoma la figura de pueblo en Hegel pero trasladado a América Latina, considerando sus fundamentos históricos, sociales y culturales. Una postura que entiende que la universalidad no es un “presupuesto estático”, ni un “*a priori* dado”, sino un proceso (Butler, Laclau y Žižek, 2011a), por lo que debe reformularse el concepto de universalidad hegemónica, como lo sugiere Butler (2011):

Si la hegemonía denota las posibilidades históricas de articulación que emergen dentro de un horizonte político dado, entonces resultará significativamente diferente que comprendamos ese campo como históricamente transformable y revisable, o como un campo cuya integridad está asegurada por ciertos límites y exclusiones estructuralmente identificables. Si los términos de la dominación y la oposición están constreñidos por tal campo de articulabilidad, la posibilidad misma de expandir los potenciales sitios de articulación de la justicia, la igualdad y la universalidad estará determinada en parte por el hecho de que comprendamos este campo como sujeto al cambio a través del tiempo. (...) A diferencia de una visión que concibe la operación del poder en el campo político exclusivamente en términos de bloques discretos que rivalizan entre sí por el control de las políticas, la hegemonía pone el énfasis en los modos en que opera el poder para formar nuestra comprensión cotidiana de las relaciones sociales y para orquestar las maneras en que consentimos (y reproducimos) esas relaciones tácitas y disimuladas del poder. El poder no es estable ni estático, sino que se rehace en las diversas coyunturas de la vida cotidiana; él constituye nuestro tenue sentido de sentido común y se arraiga de manera subrepticia como las epistemes prevalecientes de una cultura (:21 y 22).

En efecto, el universalismo concreto reconoce un sujeto atravesado por “relaciones, tensiones y conflictos de las prácticas constitutivas de esa totalidad, los que expresa y en los que interviene desde su propio nivel”, pues se trata de un sujeto empírico e histórico. (Acosta,

2011:78 y 79) Implica un sujeto individual y colectivo que emerge de mediaciones y relaciones en complejidad dialéctica/histórica, reconociendo lo social y lo individual, desencadenando un nuevo tipo de razón conectada a la pasión y la acción, lo que facilita la capacidad de discernimiento. Este es el ejercicio de la *inteligencia* como lo denomina Acosta (2011) con fundamento en Arturo Ardao, una respuesta a la razón instrumental que rompe con el fetichismo de la mercancía (Marx, 2008) o el sometimiento a una ley que no se comprende (Prieto, 2014; Zamora, 2012; Žižek, 2003) pero que reside en la vida social pues son presupuestos que determinan la estructura de la práctica económica (Žižek, 1998, 2003 y 2004):

La opción por la inteligencia que no renuncia a la razón, sino que la acota al reinstalarla en los niveles supralógicos de la “compleja relación viviente”, evita la aniquilación del sujeto en las leyes de funcionamiento de la razón y, frente a la ética de principios rigorizada que esta misma supone, propone una ética intelectual de la responsabilidad que expresa y funda la autonomía del sujeto. (Acosta, 2011:79)

Esta comprensión de la inteligencia, instalada en el pensamiento crítico, reconoce que al concentrar poder y autoridad, el Estado moderno sigue erigiéndose como la “*principal amenaza para el disfrute de los derechos humanos*” (Donnelly, 2011:172), y como el principal detentador de los mecanismos para el sostenimiento de la impunidad, lo que exige tratamientos diferenciales y profundos. Ello es reconocido por exponentes del abolicionismo penal por Alejandro Gómez Jaramillo (2008), quien establece una excepción en el procesamiento de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad. Orden de ideas en el cual, el DIDH ha encontrado que la impunidad es la principal causa de repetición de las graves violaciones de los derechos humanos (CIDH, 2005), y la vulneración de la garantía de no repetición de las graves violaciones de derechos humanos, (CDH, 2004) lo que se hace aún más grave en relación con los crímenes de Estado y en específico en relación con los crímenes de lesa humanidad. (Corte IDH, 2006a).

Para tales efectos, de la mano de Foucault (2012) pueden advertirse varias tareas a emprender: (i) develar la violencia política que se ejerce a partir de las instituciones que, en apariencia, se muestran como neutras e independientes; (ii) establecer los centros de apoyo

político a dichas instituciones, así como los lugares, actividades y formas a través de los cuales existen y reconstruyen; (iii) mantener la resistencia frente a dichas formas de poder político que no se limita al reconocimiento de una clase dominante: “Si no se logra reconocer estos puntos de apoyo del poder de clase, se corre el riesgo de permitirles continuar existiendo y ver cómo se reconstruye este poder de clase después de un proceso revolucionario aparente”. (Foucault, 2012:35) De las dos primeras actividades se ocupó esta tesis en los dos primeros capítulos, mientras que la segunda está siendo abordada en este momento. Desde luego, pueden advertirse como límites posturas como la de Löwy (2003) interpretando al Kafka anarquista de *El Proceso*, quien encuentra que “no se trata solamente de la opacidad burocrática, sino de la naturaleza inhumana y homicida de los aparatos institucionales jurídicos/estatales”. (:97) Posición que reitera las significativas posibilidades para la comisión de crímenes internacionales en un Estado que concentra, como ninguna otra estructura, poder y autoridad. Esta comprensión de inteligencia también reconoce la posibilidad de incidencias transformadoras sobre las lógicas estructurales existentes, que se perpetúan a través de sus instituciones. (Gallardo, 2006)

Es decir, exigir el cumplimiento de las promesas de la modernidad. Por ello debe reconocerse el doble discurso que subyace bajo el universalismo: De un lado, un universalismo hegemónico que se impone como patrón y modelo de conducta, que se trata de una particular expresión de nuevo colonialismo. De otro lado, se mantiene expectante un universalismo concreto, liberador, una acción humana que como resalta Helio Gallardo (2006) produzca “género humano o humanidad”, que no victimice, que no posicione los seres humanos como cosas. Se requiere desarticular los sistemas de poder y discriminación que sustentan el colonialismo:

Desde esta amplia concepción de poscolonialidad, que también incluye al colonialismo interno, y a su articulación con otros sistemas de poder y discriminación que tejen las desigualdades del mundo, emergen las tareas de la globalización contrahegemónica, las que en su turno, plantean nuevos desafíos a la teoría crítica que se viene construyendo, desde un posmodernismo de oposición a un poscolonialismo de oposición. En efecto, los desafíos de una globalización contrahegemónica obligan a ir más

allá de lo posmoderno y lo poscolonial en la comprensión transformadora del mundo. Por un lado, la inmensa variedad de movimientos y acciones que integran la globalización contrahegemónica no están contenidas en las formas de descentralización que tanto el posmodernismo, en relación a la modernidad occidental, como el poscolonialismo, en relación al colonialismo occidental han propuesto. Por el otro, la recolección de voluntades y la creación de subjetividades que caracterizan a las acciones de transformación colectiva requieren que el nuevo pensamiento crítico sea complementado por la formulación de nuevas alternativas –lo que el posmodernismo se rehúsa a hacer y la poscolonialidad hace parcialmente. (Santos, 2007: 62)

En definitiva, se precisa una humanidad que se oponga a la discriminación: “El concepto de ‘humanidad’ es una noción abierta que recoge y designa ‘experiencias de humanidad’, esto es prácticas (acciones, instituciones) de liberación. Las experiencias de liberación solo pueden ser leídas sociohistóricamente, no constituyen humanidad por sí mismas”. (:18) La construcción de esa nueva humanidad como se advierte, no es una tarea exclusiva del Derecho, y menos aún del DPI. No obstante, se plantean algunas de las posibilidades del DPI en su edificación: (i) Entender que la criminalidad de Estado es un reflejo de la racionalidad instrumental, lo que exige la transformación del *hábitus* para el DPI. (ii) Tomar en serio la criminalidad de Estado en el Nuevo Humanismo Militar, lo que reclama el procesamiento de la criminalidad de Estado, actividad que se constituye en realidad en un ejercicio contrahegemónico de la defensa de los derechos humanos. (iii) Finalmente, enfrentar la razón instrumental a través de la memoria, y en particular a través de la construcción de una verdad contrahegemónica para garantizar la no repetición.

1. Superación de la visión restrictivo/diplomática del principio de complementariedad:

Transformación del *habitus* para el DPI

Se ha definido la criminalidad de Estado como un escenario propio de la modernidad, alimentado del mito de Estado neutral y proyectado desde el Derecho, como decepción de la promesa de derechos a la sociedad civil, y como transgresión de la promesa del Derecho en tanto límite al poder. (*supra* cap. 1, secc 3) Al oponer otredad y pensamiento crítico a la razón

instrumental, también se enfrentan ante la criminalidad de Estado como experiencia de la modernidad que no se agota necesariamente en el totalitarismo. Con ello se quiere decir que ésta criminalidad es un fenómeno diferente del totalitarismo, pero que puede columbrar en él pues se trata de un escenario cooptado por la criminalidad de Estado, posterior a la profundización de una dictadura. (*supra* cap. 2, secc 3, 1) Como se advirtió Poulantzas (1978) condensa la relación de fuerzas que tiene lugar entre clases y fracciones de clases en el Estado, concibiéndolo como *relación*. Con fundamento en ello, el Estado no es solo una *cosa* supuestamente neutra o totalmente controlada, ni tiene un nivel de autonomía que pudiera representarlo como *sujeto*. (Poulantzas, 1978) Por ello el Estado y su Derecho presentan rendijas que habilitarían la transformación contrahegemónica, es decir que el Estado y sus expresiones como la criminalidad de Estado, constituyen un *habitus* que puede ser transformado. Esta emergencia de mutación también explica la necesidad del procesamiento prioritario de la criminalidad de Estado bajo la CPI.

Pierre Bourdieu (2007) define el *habitus* a través de múltiples contenidos. Entre ellos se destacan su concepción de “poder generador y unificador” (:12); expresándose como un espacio con funcionalidad y capacidad de transformación:

Más generalmente, el espacio de las posiciones sociales se retraduce en un espacio de tomas de posición a través del espacio de las disposiciones (o de los *habitus*); o, dicho de otro modo, al sistema de desviaciones diferenciales que define las diferentes posiciones en las dimensiones mayores del espacio social corresponde un sistema de desviaciones diferenciales en las propiedades de los agentes (o de las clases construidas de agentes), es decir en sus prácticas y en los bienes que poseen. A cada clase de posición corresponde una clase de *habitus* (o de aficiones.) producidos por los condicionamientos sociales asociados a la condición correspondiente y, a través de estos *habitus* y de sus capacidades generativas, un conjunto sistemático de bienes y de propiedades, unidos entre sí por una afinidad de estilo.

Una de las funciones de la noción de *habitus* estriba en dar cuenta de la unidad de estilo que une las prácticas y los bienes de un agente singular o de una clase de agentes (...). El *habitus* es ese principio generador y unificador que retraduce las características

intrínsecas y relacionales de una posición en un estilo de vida unitario, es decir un conjunto unitario de elección de personas, de bienes y de prácticas.

Como las posiciones de las que son producto, los *habitus* se diferencian; pero asimismo son diferenciadores. Distintos y distinguidos, también llevan a cabo distinciones: ponen en marcha principios de diferenciación diferentes o utilizan de forma diferente los principios de diferenciación comunes.

Los *habitus* son principios generadores de prácticas distintas y distintivas —lo que come el obrero y sobre todo su forma de comerlo, el deporte que practica y su manera de practicarlo, sus opiniones políticas y su manera de expresarlas difieren sistemáticamente de lo que consume o de las actividades correspondientes del empresario industrial—; pero también son esquemas clasificatorios, principios de clasificación, principios de visión y de división, aficiones, diferentes. Establecen diferencias entre lo que es bueno y lo que es malo, entre lo que está bien y lo que está mal, entre lo que es distinguido y lo que es vulgar, etc., pero no son las mismas diferencias para unos y otros. De este modo, e.g., el mismo comportamiento o el mismo bien puede parecerle distinguido a uno, pretencioso u ostentoso a otro, vulgar a un tercero.

Pero lo esencial consiste en que, cuando son percibidas a través de estas categorías sociales de percepción, de estos principios de visión y de división, las diferencias en las prácticas, en los bienes poseídos, en las opiniones expresadas, se convierten en diferencias simbólicas y constituyen un auténtico lenguaje. Las diferencias asociadas a las diferentes posiciones, es decir los bienes, las prácticas y sobre todo las maneras, funcionan, en cada sociedad, a la manera de las diferencias constitutivas de sistemas simbólicos, como el conjunto de los fenómenos de una lengua o el conjunto de los rasgos distintivos y de las desviaciones diferenciales que son constitutivos de un sistema mítico, es decir como *signos distintivos*. (:19 y 20)

Ese *habitus* además, se integra por el orden público hegemónico internacional, contexto en el cual se configura un DPI en diálogo con los Derechos nacionales, de la misma suerte que la construcción de la soberanía a partir de sus aspectos externos e internos. (*supra* cap. 1, secc 1, 1) En efecto se ha intentado concebir el momento presente del DPI a partir de múltiples nociones, desde el escenario de armonización postulado por tratadistas como Mireille Delmas-Marty

(2009), que se considera una lectura del proceso de reconocimiento de los deberes internacionales de los Estados en el Derecho Nacional (Gómez Camacho, 2005); o el concepto de globalismo humanitario que, fundado en Kelsen (y a partir de allí, en Kant), se critica por su pretensión de universalización abstracta, un escenario de renovada hegemonía jurídica, respondido desde la globalización en el Derecho de Zolo (2002) hasta el cosmopolitismo subalterno en Santos y César Rodríguez Garavito (2005). Incluso, se ha señalado por las propias Naciones Unidas que en el entorno *favorable* de la globalización, la CPI es una de las manifestaciones “más claras de la universalización de los valores y de una humanidad que pasa a ser sujeto de derechos y titular de acciones para la prevención y sanción de crímenes de tal entidad que trascienden individuos y fronteras” (Artigas, 2001:11)

En respuesta a los elementos basales de la armonización, no puede desconocerse la importancia de la segunda posguerra en la transformación del Derecho Internacional y sus efectos en los derechos nacionales. (Cassese, 2008; Delmas-Marty, 2009; López Medina y Sánchez Mejía, 2008) También debe admitirse que el internacionalismo y el pacifismo se presentaron como principios ideológicos para sostener la influencia de mecanismos de implementación del Derecho Internacional en los procesos de reforma constitucional. (Cassese, 2008; López Medina y Sánchez Mejía, 2008) Pero debe tenerse en cuenta que los propios defensores de esta teoría resaltan las dificultades de convergencia entre universalismo abstracto y globalización en la armonización, en particular frente a la resistencia entre una comunidad de valores (universalismo) y un mercado económico abierto. (Delmas-Marty, Pieth y Sieber, 2009) Así, la armonización en sentido amplio difiere de la internacionalización pues no revela una relación horizontal entre sistemas que continuarían siendo autónomos e independientes. Esto es, la armonización en sentido amplio revelaría la superación del estadio federal al que aspiraba Kant en las relaciones entre Estados.

Por otra parte, se tienen las críticas contrahegemónicas de Danilo Zolo (2002) sobre el globalismo jurídico/humanitario, que pueden sintetizarse en las siguientes ideas: (i) es un globalismo fundado sobre la idea kantiana, iusnaturalista e ilustrada de la unidad moral de la

especie humana. (ii) Se articula por Kelsen en las tesis de “unidad y objetividad del ordenamiento jurídico, la primacía del derecho internacional, el carácter “parcial” de los ordenamientos jurídicos nacionales, y las *but not least*, la necesidad de desalojar la idea misma de soberanía”. (iii) Expone una concepción racionalista y normativista del Derecho, que oculta una postura filosófica que soslaya la conexión entre derecho internacional, política internacional y fuerza militar: “Y subestima la compleja interacción entre, por una parte, las estructuras normativas y, por otra, los procesos culturales y económicos”. (:198) En dicho contexto llama la atención sobre la existencia de un “prejuicio etnocéntrico (europeo y occidental)” (:201) que constituye el sustrato de la cultura jurídica actual, inscrita en un proyecto de unificación mundial e indiferencia, frente “de una cultura jurídica que, al tiempo que se genera dentro de un proyecto de unificación del mundo, se muestra particularmente indiferente respecto a tradiciones culturales, políticas y jurídicas distintas de la occidental” (:201). Esto tiene lugar con mayor razón cuando se acusa al globalismo humanitario de ser un novedoso escenario hegemónico en tiempos de una particular concepción del uso de la fuerza militar, puede hacer que *e.g.* “las intervenciones humanitarias se conviertan en meras excusas para encubrir intereses políticos no confesables”. (Ruiz Miguel, 2004:69) Estos planteamientos se comparten, como lo hace tácitamente Clavero (2014), no obstante que es discutible la postura de Zolo al rechazar las posibilidades de prevención del procesamiento penal por crímenes internacionales. (*infra* cap. 3) Ello no equivale a desconocer su llamado a considerar que el Derecho Penal es insuficiente frente a las causas de los crímenes internacionales, como cuando señala que las dimensiones macroestructurales de la guerra coinciden con “las razones profundas de la agresividad humana, del conflicto y de la violencia armada”. (s.p.)

En realidad, el desarrollo del concepto de globalismo jurídico obedece más a criterios propios de Kelsen, que kantianos. En aquel, la posibilidad de coerción normativa es condición para discurrir el derecho penal como ordenamiento jurídico. Por ello resulta consecuente con la afirmación de la faceta hegemónica de la defensa de los derechos humanos. Sobre dicha cuestión, Moya (2009) alude al fenómeno de planetización:

En algunas áreas, las huellas de esa globalización demandan un esfuerzo mayor de conciencia, pero no por falta de evidencias, sino más bien porque se mira el resquebrajamiento de creencias tan caras al sentimentalismo jurídico, tenemos que decir, *de antaño*, como e.g. la idea de soberanía, el concepto de territorialidad de las leyes o la jurisdicción nacional, con temor y nostalgia semejantes a las que se experimentan cuando se piensa en la finitud de todo aquello de donde mana nuestra tranquilidad.

Y quizás una de las áreas cuyas expresiones de planetización exige mayormente nuestras conciencias, es precisamente la del Derecho Penal. Reiteramos, no porque no existan, sino por no ser siempre y en todas sus áreas, tan evidentes como en cambio sí lo son en materia económica. Ello se debe a múltiples razones, entre las cuales se advierte una cierta parcelación de los temas del Derecho Penal en perspectiva internacional. (:10)

El DPI no puede ser discernido dentro de un proceso de armonización entendida en un sentido amplio, en tanto traspasa órbitas propias del derecho internacional. El DPI y en particular el señalado a partir del ER de la CPI, obedecen a raciocinios específicos. Pero los conceptos de armonización del derecho penal, los de globalismo jurídico, así como el de DPI, implican trascender de la lógica de territorialidad que definía el derecho penal, y corroboran la incidencia de las disputas bélicas en la construcción del Derecho Internacional moderno. (Arroyo Zapatero, 2009; Bergalli, 2001). Como señalaría Zolo (2002), bajo la teoría de la guerra justa: “la ética internacional es el terreno que alimenta el crecimiento del derecho internacional: todo lo que se considera justo tiene bastantes probabilidades de convertirse en derecho internacional”. (:206) Cuestión que, aplicada a la revisión de algunos de los tribunales de DPI, (*supra* cap. 2, secc. 3, 2) señala como justo considerar la CPI como un sistema específico del DPI:

En el TPIY se afianzó la territorialidad y se consideró que los crímenes internacionales eran su materia. Finalmente, esta discusión que remite a la de complementariedad, queda zanjada con análisis como los evidenciados en la Resolución 1/03 de la CIDH, esto es: (i) que los crímenes internacionales afectan principalmente al Estado y la población en cuya jurisdicción ocurrieron, pero atañen a la comunidad

internacional; lo que sustenta el principio de territorialidad y, (ii) que ello depende de que el Estado tenga voluntad, recursos adecuados y suficientes para el procesamiento de estos crímenes en un escenario de respeto por el debido proceso. Estos argumentos sustentarían después la jurisdicción complementaria de la CPI, por oposición a la jurisdicción concurrente que caracterizó a los Tribunales *Ad-Hoc* (Gamboa, s.f.).

Habiéndose establecido que el *habitus* es factible de ser transformado, dicho procedimiento tendrá lugar para el DPI a través de la influencia en él del universalismo concreto, y la asunción de un cosmopolitismo subalterno que permita que el Derecho Internacional permita la resistencia. En una de las primeras acciones a adoptar, exige el replanteamiento de la complementariedad en relación con la criminalidad de Estado.

El principio de complementariedad de la CPI (ER, Preámbulo y Art. 1) como se ha advertido, constituye un paso atrás en la protección de los bienes jurídicos internacionales y en la dinámica de prevención de los crímenes de Estado en particular. (*cap.* 2) No obstante, constituye una de las columnas vertebrales del sistema de la CPI, y como tal fue reafirmado por consenso en la Novena Sesión Plenaria de la Conferencia de Revisión de Kampala:

1. *Recognizes* the primary responsibility of States to investigate and prosecute the most serious crimes of international concern;
2. *Emphasizes* the principle of complementarity as laid down in the Rome Statute and *stresses* the obligations of States Parties flowing from the Rome Statute; (ICC, Kampala, 2010)

Tanto el ER, como los EC y las RPP, despliegan ese marco activando la función preventiva de la CPI, y signando el procedimiento de admisibilidad para atender situaciones y casos. Entonces, la CPI tiene específicas pretensiones de política penal internacional, a partir de la visión de complementariedad, eje de sus actuaciones. (ER, Preámbulo; UN, PCICC, Lienchenstein, 2001) En el DPI del ER, la responsabilidad penal se genera mediante la selección de algunos hechos e individuos, a partir de tres ideas centrales: (i) comprensión residual: su competencia solo podrá tener lugar si los Estados no quisieron o no pudieron procesar y condenar

apropiadamente a los responsables; (ii) el ingreso al conocimiento de la CPI se hace en pretensión de prevención universal; y sobre la base del (iii) procesamiento de los más altos responsables. Estas ideas deben revisarse en relación con múltiples ejes de discusión sobre las posibilidades de las víctimas en el procedimiento de la CPI, entendido en lógica de sistema. Ello obliga al discernimiento de su esquema de complementariedad, en relación con las actuaciones de los Estados y de los individuos. Dicho análisis ya se ha avanzado a través de una lógica del derecho internacional, que ha tenido una particular y fascinante dimensión en su contemporaneidad: la personalidad jurídica internacional de los individuos. (*supra* cap. 2, secc. 2, 2.1)

La transformación del *habitus* del DPI hegemónico, con fundamento en las posibilidades de la CPI, exige romper con las limitaciones en el trámite de complementariedad que emergen de las monoculturas de la naturalización de las diferencias y el sujeto inferior, y de la escala dominante. Ello exige implementar en el DPI, una visión contrahegemónica de los derechos humanos que, como sugiere Boaventura de Sousa Santos, reconozca la existencia, vinculaciones e implicaciones de las formas de poder en las sociedades capitalistas. Es decir, se exige que el DPI deje de constituir un mecanismo de sostenimiento de la globalización neoliberal, buscando un “*nuevo contrato social global más solidario e incluyente que el hoy en crisis, contrato social de la modernidad occidental*” (Aguiló Bonet, 2009).

El logro de una CPI independiente tendrá lugar a través de una visión contrahegemónica de los derechos humanos con múltiples características. Una CPI que reconociendo la construcción subalterna de los derechos humanos, implique la voz de los ausentes, que como señalaría Barreto (2013) descolonice los derechos humanos reconociendo el colonialismo como fundamento central de la modernidad. Este logro también puede alcanzarse a través de una CPI independiente que enfrente la criminalidad de Estado como expresión de la razón instrumental, invirtiendo sus procesos de selección. Una de estas posibilidades es la priorización de la selección de la criminalidad de Estado para la definición de situaciones y casos en la CPI, a través de un cosmopolitismo subalterno e instalando, en general, una sociología de las ausencias como mecanismo inicial. Esta sociología constituye un procedimiento de transgresión, que evidencia

las inexistencias que pretenden mostrarse existentes y creíbles, disminuyendo “la riqueza del presente” (sustracción del presente). (Sousa Santos, 2006: 23). Permite evidenciar las monoculturas de la razón indolente, sus sujetos ausentes, y epistemicidios. Boaventura de Sousa Santos (2006) propone implementar cinco ecologías, a través de las cuales es posible que las experiencias ausentes se vuelvan presentes: (i) La monocultura del saber y el rigor científico tiene como sujeto ausente al ignorante, y se enfrenta con una ecología de los saberes, esto es, un uso contrahegemónico de la ciencia hegemónica. (ii) La monocultura del tiempo lineal y su sujeto residual se reta con la ecología de las temporalidades que reconoce otros tiempos y elimina el concepto de residualidad. (iii) La monocultura de la naturalización de las diferencias (Jelin, 1992; Santos, 2006) y el sujeto inferior, que se desafía con la ecología del reconocimiento que implica desechar las jerarquías y aceptar las diferencias. (iv) La monocultura de la escala dominante (universalismo y globalización) y el sujeto local/particular, se resisten con la ecología de la transescala que articula las escalas locales, nacionales y globales. (v) La monocultura del productivismo capitalista y el sujeto improductivo, que es afrontada con la ecología de las productividades mediante la cual se recuperan y valorizan sistemas de producción alternativa. Santos (2005, 2006, 2009a) explora la razón proléptica como manifestación de la razón indolente que no transforma el futuro pues solo lo considera como una mera y optimista prolongación del presente. (Sousa Santos, 2000, 2005) Así, la Sociología de las Ausencias confronta la razón metonímica, mientras la razón proléptica es enfrentada por la Sociología de las Emergencias. (Sousa Santos, 2006) Esta última exige sobrepasar la verdad hegemónica, e introducir saberes diferenciales para superar el que Santos (2007a) denomina pensamiento abismal moderno occidental.

Sobre los mecanismos para llevar a cabo las transformaciones, desde Gramsci (1971, 18) se invitaría a ejercer una visión contrahegemónica de los derechos humanos con “*perseverancia paciente y obstinada*”. En específico, defender una concepción sociohistórica de los derechos humanos. Dicha concepción implicaría para efectos del Derecho: (i) Reflexionar sobre la vinculación entre teoría y praxis, (ii) Comprender que la teoría es un concepto histórico, acudiendo a una comprensión amplia del conocimiento, (iii) Tomar partido por un análisis desde

la teoría crítica, ya en su corriente “moderna”, o como posmodernismo de oposición (Boaventura de Sousa Santos), en tanto se precisa crítica al pilar de la regulación como integrante del paradigma de la modernidad, revisando el Estado y “los derechos humanos” como espejismo bajo la modernidad. En relación con los dos primeros escenarios, debe exteriorizarse la vinculación entre teoría y praxis en la defensa de los derechos humanos. Masías Núñez (2012) señala al respecto, que la teoría es construcción simbólica pero que también constituye una construcción social. Esta edificación se presenta cuando menos trascendente ante la idea de la criminalidad de Estado. Luego entonces, surge como ambición el superar la distancia que la modernidad ha impuesto entre la teoría y práctica, a través de fenómenos restrictivos de comprensión del conocimiento, que verbigracia, encuentran imposible el procesamiento de estas estructuras complejas como lo advirtiera Roxin.

Es lógico advertir una fuerte correlación entre las monoculturas de la razón indolente con la gestación e impunidad de la criminalidad de Estado como fenómeno de la modernidad acentuado en la actual fase de Nuevo Humanismo Militar. Dicha conexión se observa entre la razón proléptica y la disposición a la negación de la Criminalidad de Estado, lo que se ha desmentido aquí (*supra* cap. 2), y se discute además con la propia necesidad que dio lugar al surgimiento de la CPI en un contexto de Nuevo Humanismo Militar. Desde luego debe admitirse que en dicho proceso no se alude, de manera específica, a la criminalidad de Estado, ello se corrobora con la existencia presente y futura de crímenes internacionales de diversa índole al momento de suscripción del ER. También se observa la vinculación entre las monoculturas de la razón indolente y la criminalidad de Estado, en las monoculturas de la naturalización de las diferencias y el sujeto inferior, de la escala dominante y del productivismo capitalista, con los procesos de selección que han derivado en la existencia de víctimas de crímenes de Estado, y en la prolongación de su impunidad a nivel nacional e internacional. Igualmente es posible evidenciar que los mecanismos de selección se prolongan en el mantenimiento de la impunidad respecto de las víctimas de las hegemonías internacionales y nacionales, lo que también columbra en la aplicación de la monocultura de la escala dominante.

Estas posibilidades exigen *e.g.* la inclusión como funcionarios en las diferentes estructuras de la CPI, de ciudadanos que provengan de la subalternidad, lo que permitiría aproximarse a dichas realidades, considerando que si bien en general la criminalidad de Estado es un fenómeno coincidente con la modernidad capitalista, tiene expresiones diferenciadas. Además, se ha evidenciado que el género, la raza y el hecho de pertenecer a una minoría política, pueden incidir en la independencia judicial, como evidencia un estudio relativo a los tribunales estadounidenses: *“Research suggests that political minority judges often vote very differently from their traditional colleagues. Partially for that reason, African-American jurists display greater independence in appointed courts”*. (Boyea, 2006:205) De ahí la imposibilidad de asumir las discusiones propias del DPI, y con mayor razón del establecido a partir del ER de la CPI, sin considerar un análisis en materia de Ciencia Política, de Relaciones Internacionales y de debates sobre la cultura, la identidad y la diferencia. (*supra* cap. 2)

En un segundo orden, superar un principio de complementariedad excluyente que aún con sustento en el ER de la CPI, evidenciaría la aplicación de un universalismo abstracto como filosofía, exige imponerse sobre la visión restrictivo/diplomática de este principio, que dejaría la suerte de la impunidad de los más graves crímenes en las posibilidades de interlocución entre los Estados respectivos y la Fiscalía de la CPI para evitar el inicio de las investigaciones. Es posible alegar que dicha situación se presenta al constatarse la imposibilidad de que un solo tribunal mundial procese todos los crímenes internacionales del convulsionado orbe, pero aceptarlo exige reconocer que la complementariedad, frente a los crímenes cometidos por los entes en que reposa la primordial función de procesamiento, debe ser más estricta, dada la implicación que tiene el demostrar, como lo exige el ER, que hace parte de *“crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”*. (ER, Art. 5.) Como el sostenimiento de la impunidad que se ha impuesto a las víctimas de la hegemonía, implica la selección de la impunidad como respuesta desde el Derecho (*supra* cap. 1), debe ser enfrentado con la ecología de la transescala a través del procesamiento preferencial de la criminalidad de Estado. Ello exige recordar y advertir con Tugendhat (1998) que la superación del pasado, tras el genocidio nazi, se concentró en el pueblo judío y no en otros como el gitano, que fueron víctimas seleccionadas por

esta criminalidad de Estado. No es un secreto que se mantiene la persecución y etiquetamiento contra el pueblo gitano en Europa y en el mundo: “hoy en día es mucho más fácil para cualquier alemán distanciarse emocionalmente de la persecución de los judíos que de la de los gitanos”. (:37) lo que advierte un primer resultado del ejercicio de discriminación que si bien no se inició bajo la Alemania nazi, sí la implicó y sostuvo.

Además, la monocultura del saber y rigor, expresada en el positivismo, ha pretendido negar las posibilidades de un papel diferenciador del procesamiento de crímenes de Estado en la CPI, afirmando que la criminalidad de Estado corresponde con un asunto del pasado y que de existir, no alcanza los niveles de trasgresión anterior; y sosteniendo que el ER limita las posibilidades de un reconocimiento particular, e incluso de una participación real a las víctimas de cualquier especie. (*infra* cap. 3, secc. 3, 1) Ello ha sido contestado no solo con la reiteración de la criminalidad de Estado como un fenómeno actual, que hace parte del orden público internacional moderno, y además se corrobora con la materialización de un lugar a las víctimas en la CPI, más activo, gracias a la jurisprudencia del tribunal penal internacional. (*supra* cap.2, secc. 3, 2.2) Ello exige tomar en serio los llamados del propio ER a reconocer que la responsabilidad penal individual no puede limitar el procesamiento de la responsabilidad del Estado (ER, Ar. 25.4), por lo que un régimen de complementariedad debe ser muy estricto para que su limitada lógica no apadrine la impunidad de los Crímenes de Estado. Ello podría ocurrir con propuestas como la complementariedad de discusión permanente, que posibilita revocar una declaración de admisibilidad hasta la instalación del juicio. Entonces, la existencia de este tipo de crímenes obliga a revisar la complementariedad de la CPI, en sede del principio *pro homine*; no solo en relación con las situaciones y casos que se presenten como de nula actividad (con falta de capacidad del Estado para actuar, y cuando este no ha iniciado los procesamientos respectivos o no ha impuesto las sanciones), sino también cuando se enfrente cierta actividad del Estado (artículos 17 y 20 E.R.). Mayor cuidado debe observarse entorno a la consideración del aún imprevisible interés de la justicia (ER; Art. 53.1.c), pues, en el terreno de los crímenes de Estado, éste debe colocarse del lado de las víctimas. De tal forma que puede considerarse la existencia de una tendencia favorable en términos de lucha contra la impunidad y del ejercicio de la labor de

prevención, al asumirse el procesamiento de este tipo de criminalidad, como señala Flores Aguirre (2004):

Ahora bien, el problema no está en el caso de aquellos Estados virtuosos para quienes eventualmente la Corte podría tener, si acaso, un valor preventivo, sino para aquellos "Estados canallas" (Rogue states) quienes no se consideran obligados a actuar de conformidad con las normas internacionales y, por ende, cometen a menudo execrables crímenes en muchas ocasiones bajo el amparo de supuestas "buenas intenciones" y quienes pueden, en casos en que haya existido la comisión de los graves crímenes establecidos en el artículo 5 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, pretender dejar a los responsables de los mismos en la impunidad. En estos casos, la Corte deberá ejercer su mandato en función de lo expuesto en el artículo 17 del Estatuto (:208).

En los trabajos paralelos a la Conferencia de Revisión de la CPI en Kampala, se tuvo la oportunidad de observar esta preocupación, sintetizada en la idea de una “*impunity gap*” para los crímenes de Estado, que debe ser considerada en la aplicación del principio de complementariedad:

The co-focal points, Denmark and South Africa, in their opening remarks, recalled that the Court was complementary to national jurisdictions and would operate only where a State was unable or unwilling to carry out investigations and prosecutions. They noted that the global challenge was for States to assist each other to fight impunity where it began, i.e. at the national level. Although having primary jurisdiction to investigate and prosecute the crimes within the jurisdiction of the Court, some States did not have the capacity to do so, which could lead to an impunity gap. They noted that the role that the Court could play in positive complementarity was limited by the nature of the institution and its resources. All efforts at bridging the impunity gap should be done with sensitivity to context and environment. (ICC, Kampala, 2010a, párr. 2)

Incluso debe advertirse que sin excluir la independencia entre el DIDH y el DPI, la admisibilidad de un caso en sede del sistema interamericano de protección, relativa a la denegación de justicia en el derecho nacional, podría indicar la posibilidad (y necesidad) de su

conocimiento por la CPI, de corroborarse que se trata de crímenes internacionales de su competencia. Recordando que una discusión de complementariedad (en específico de subsidiariedad), tiene lugar en el sistema interamericano; una alta tasa de casos en este sistema en un determinado periodo de tiempo y bajo la jurisdicción de la CPI, podría señalar el escenario de “*Falta de Disposición o de voluntad del Estado para actuar en un asunto determinado*”. Este análisis debe ser verificado a partir de los artículos 17.2 y 53.1.b del ER, dentro del examen de Complementariedad (ER, Art. 17). Finalmente la limitación del principio de complementariedad debería operar con mayor razón cuando se exige demostrar la generalización y la sistematicidad en la configuración de los crímenes de lesa humanidad (ER, Art. 7) y, por otro lado, la existencia de un plan o política, “*o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes*” (ER, Art. 8), respecto de los crímenes de guerra. Con ello, no solo se destaca la discutida (Olásolo y Galán Palerm, 2010) pero innegable conexión entre el DPI del ER con el DIDH y sus tribunales; también se reitera la central función preventiva que puede adquirir el tribunal penal con una debida (contenida) aplicación del principio de complementariedad en relación con la criminalidad de Estado. Considerando que el principio de complementariedad debe analizarse junto a la gravedad de la conducta en sede de admisibilidad (ER, Arts. 17 y 53.1.b), debe remarcarse que los crímenes internacionales vulneran bienes jurídicos internacionales, pero que en virtud de la complementariedad, constituirían asunto de primera atención estatal. Ahora, si se trata además de Crímenes de Estado, la exigencia principal de la CPI debería ser evitar que estos hechos no permanezcan en la impunidad y que no se vuelvan a repetir. Ello puede alcanzarse a través de una selección prioritaria de casos de criminalidad de Estado en la CPI.

Como se observa, la transformación del *habitus* de pretensión hegemónica del DPI, a través de una reconcepción del principio de complementariedad en los crímenes de Estado, permitiría hacer frente a dicha criminalidad como tecnología de poder. La implementación de una sociología de las ausencias en la CPI exige el reconocimiento de la actualidad de la criminalidad de Estado, su dañosidad y potencialidad de repetición en el contexto de los crímenes internacionales. Dicha situación además permitiría dar crédito a quienes aluden a la necesidad y viabilidad de una CPI independiente y que pueda catalizar la prevención de los crímenes internacionales. En suma, la

persecución de la criminalidad de Estado en la CPI tiene la potencialidad de constituir un mecanismo de prevención de esta criminalidad. Ello tendría lugar si el DPI responde que la misma no tendrá la posibilidad de seguir constituyendo una fórmula de reorganización o de sostenimiento de relaciones sociales, como diría Feierstein (2008), a través de prácticas sociales genocidas. Ello se hace más imperativo si se reconoce la actualidad de lo señalado en el informe Withaker sobre la prevención del delito de genocidio, *“In actual practice, mass murders are protected by their own Governments, save in exceptional cases, where these Governments have been overthrown”* (ONU- Withaker, 1985, párr. 76).

2. La Memoria como enfrentamiento de la razón instrumental y garantía de no repetición: Los muertos demandan a los vivos o la verdad contrahegemónica.

(...) La moraleja es que la experiencia directa de la unicidad de un cuerpo, en la que la voz parece encajar en la totalidad orgánica, implica una mistificación necesaria. Para alcanzar la verdad es preciso destruir esa unidad, aislar uno de sus aspectos y centrarse en él para, así, permitir que ese elemento tiña toda nuestra percepción.

¿Y no es esta reducción violenta de la cosa a su *objet a* un ejemplo de lo que Alain Badiou llama *sustracción*? Uno sustrae de la cosa su núcleo descentrado, dejando atrás su cuerpo muerto. (...) [¿] cómo es posible esta sustracción cuando su objeto es en sí mismo irrepresentable? La famosa última tesis del Tractatus de Wittgenstein –“sobre lo que no se puede hablar, es preciso mantener silencio”- implica una obvia paradoja: contiene una prohibición superflua, pues proscribiera algo de suyo imposible. Esta paradoja reproduce la actitud predominante hacia la representación estética del Holocausto: no se debería hacer porque no se puede hacer. (Žižek, 2008:27)

Al tiempo que Gramsci (1971) destaca la escuela, los tribunales y las actividades privadas como manifestaciones hegemónicas, autores como Žižek (2011) actualizan el deber de develar el papel de formas sociales en la relación entre poder político y violencia. Se llama así la atención sobre un fenómeno complementario a la revisión de los aparatos ideológicos y represores del Estado en Althusser (2005). Se trata de aparatos que subyacen al poder, pero expresados como supuestos aparatos apolíticos (Foucault, 2012), donde pueden confluir aparatos ideológicos como la familia y otras formas sociales, al igual que aparatos contruidos como represores como los ejércitos. Se reitera entonces la violencia en la modernidad (Echeverría, 2009) como complemento del poder, incluso cuando solo en apariencia es apolítica, como se observó con Bourdieu y Wacquant (2001) y resalta Žižek (2011), al señalar que el análisis crítico debe “discernir el proceso político oculto que sostiene todas estas relaciones apolíticas o pre-políticas”. (:123) De esta forma el eslovaco concreta la comprensión gramsciana que revela el conflicto en el plano ético, político y en suma, en la “elaboración superior de la propia concepción de la realidad”. (Gramsci, 1971:16)

Algunas manifestaciones hegemónicas buscan implementar y sostener una verdad, pero ésta puede y debe ser develada (Gramsci, 1971; Foucault, 1987 y 1996a, Santos, 2007a) por múltiples medios, como la adopción de la conciencia crítica, la autoconciencia y a través de la unidad entre teoría y práctica como devenir histórico, (Gramsci, 1971) o a través de la consideración de otro tipo de saberes y de la utilización de la sociología de las emergencias. (Santos, 2007a) Tras ello, debe reconocerse con Foucault (1996; 2012b) que en tanto el poder produce la verdad, es necesario asumir la producción de dicha verdad. Uno de los elementos comunes a la necesidad de esta reconfiguración hegemónica es la reconstrucción de la memoria, que contesta y coadyuva a la transformación de la razón instrumental. Ello lleva a considerar el papel político de una construcción crítica de la memoria (Díaz Cabal, 2012) y a debates que si bien trascienden los límites de esta tesis, deben ser mencionados, como determinar la necesidad de construir un ejercicio de memoria crítica que permita el desmonte o bien, la transformación de la propia modernidad.

La construcción contrahegemónica de la memoria hace crítica a la teoría normativa de la modernidad, a su control social a través de la asunción de cierto modelo de verdad, que consulta los intereses específicos de la dominación, y busca reconocerlos y sostenerlos. Por tanto esta construcción se sustenta en reconocer la existencia de la razón instrumental, encontrar como necesaria y además viable la resistencia a ella, y permitiría limitarla con cada vez mayor fuerza. De llevarse a cabo este proceso que puede presentarse con independencia de la exterminación de dicha racionalidad, podría alcanzarse la vigencia la garantía de no repetición. Así observa Žižek (1999):

En “Le prix du progres”, uno de los últimos fragmentos de *The Dialectic of Enlightenment*, Adorno y Horkheimer citan el argumento del fisiólogo francés del siglo XIX, Pierre Flourens, contra la anestesia con cloroformo para uso médico: asegura que no se puede probar que el anestésico no funcione sólo en nuestro sistema neurológico mnemónico. En resumen, mientras nos masacran vivos en la mesa de operaciones sufrimos un dolor terrible sin atenuación, pero, más tarde, al despertar, no lo recordamos.... Para Adorno y Horkheimer esto es, por supuesto, la metáfora perfecta del sino de la Razón basada en la represión de la naturaleza misma: el cuerpo, la parte de la naturaleza dentro del sujeto, siente el dolor sin atenuantes. Sin embargo, debido a la represión, el sujeto no lo recuerda. Es aquí que la naturaleza encuentra la venganza perfecta por nuestro dominio: sin saberlo somos nuestras principales víctimas, masacrándonos vivos.... ¿no es posible interpretar esto como la fantasía perfecta de interpasividad, de la Otra Escena en la que pagamos el precio por nuestra intervención activa en el mundo? No hay un agente libre activo sin este apoyo fantasmático, sin esta Escena Alternativa en la que el Otro lo manipula totalmente. Un sadomasoquista estaría muy dispuesto a asumir este sufrimiento como el camino a la existencia. (s.p.)

De esta forma se observa la conexión entre construcción contrahegemónica de la verdad, y la memoria como su sostenimiento e impulso de transformación. La memoria habilita los procesos de transición como lo ha demostrado la experiencia argentina (Fournieris, 2011; *supra* cap. 2, secc. 2, 2.1), evidencia y rompe con los procesos de selección del ciudadano como enemigo. Debido a ello tiene la potencialidad de generar, como lo advierte Jaén (2010), una crítica

moral de la conducta de la persona acusada, por lo que tiene un papel destacado en la prevención de la criminalidad de Estado. En este sentido la Corte Constitucional de Colombia resalta la importancia de la dimensión colectiva del derecho a la verdad: “si no hay esfuerzos colectivos por recordar, y no se pone fin a la deshumanización que sentó las bases de las atrocidades, esa sociedad corre el riesgo de repetirlas”. (CC, C-579/13, considerando 6.1.2.2) Entonces, develar la verdad hegemónica y construir condiciones de arribo de la sociología de las emergencias, presenta un escenario central para las posibilidades del Derecho en la prevención de la criminalidad de Estado, por lo que la memoria hace parte de lo que el DIDH concibe como dimensión colectiva de la verdad.

La transformación de estructuras de imposición hegemónicas permitiría reabrir espacios para la defensa de los derechos, (Rajagopal, 2005) lo que implica reconocer que algunos instrumentos hegemónicos pueden cambiar de cariz, sin la pretensión aséptica o dogmática del Derecho que demanda la razón instrumental. Desde ahí, por supuesto, se podrán encarar debidamente otras problemáticas relativas a la ciencia política o a la filosofía política, como la justicia como criterio de la legitimidad del poder (Martínez Ferro, 2013). Entonces, la construcción contrahegemónica de la verdad emerge de la necesidad de enfrentar la razón instrumental y busca la realización de la garantía de no repetición:

Por lo tanto, es importante analizar y comparar las tensiones y convergencias de estas dos instituciones políticas, una de carácter estatal y otra de tipo societal en torno a la construcción de memoria, porque al interior de la sociedad colombiana existen narrativas que por un lado buscan institucionalizar un relato y una memoria oficial, y aquellas narrativas desde las víctimas que buscan develar y construir una memoria colectiva íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos y circunstancias específicas en las que se han llevado a cabo las diferentes formas de violencia por parte de los diferentes actores armados. Ya que la memoria constituye el conocimiento de eventos pasados y, por tanto tiene una pretensión de verdad. La verdad histórica es un presupuesto básico para garantizar la no repetición de crímenes de lesa humanidad, pues solo conociendo el pasado puede una sociedad poner en marcha mecanismos que impidan la recurrencias de atrocidades. Puesto que la construcción de memorias colectivas y en consecuencia de

verdades, no solo beneficia a las víctimas individualmente consideradas, también, beneficia a la sociedad en su conjunto en cuanto le permite conocer y comprender hechos y circunstancias relacionadas con su propia historia y pasado común. (Díaz Cabal, 2012:14 y 15)

La sociología de las emergencias permitirá la expansión del presente, transformando la razón metonímica o indolente (Santos, 2006) y criticando sus monoculturas, evidenciando la existencia de lo que se considera no existente y no legítimo por los criterios de verdad dominante. Esto implica sobrepasar las concepciones occidentales de verdad hegemónica, para superar el pensamiento abismal moderno occidental (Santos, 2007a), implicando otro tipo de saberes o de formas de concebir la realidad (Santos, 2000; 2005; 2006; 2007; 2009a), que pueden llegar a ser incluso más comprehensivas. (Rodríguez Rincón, 2012) Esta transformación se ha hecho sensible también a través del concepto de silencios en la construcción del proyecto de derechos humanos en Estévez López (2010) a partir de Bhambra y Shilliam: “Los silencios tienen que ver con las voces, la representación y la responsabilidad, así como los problemas de inclusión, exclusión y participación que se asocian con ellos” (:301)

Entonces, la construcción contrahegemónica de la verdad es vehículo de llegada de la sociología de las emergencias que, a su vez, constituye instrumento de superación de la racionalidad instrumental y plano de futuro a alcanzar. Esta verdad contrahegemónica en el procesamiento de los crímenes de Estado, equivale a la memoria de la criminalidad de Estado como aguijón (*supra* cap. 1, secc. 2, 3) posee diversas características:

- a) El establecimiento de la sociedad y de las estructuras de toda índole que viabilizaron los crímenes de Estado. La superación de la razón instrumental a través de la memoria, implica reconocer la existencia de la razón de Estado que “subordina la autonomía y la libertad de los individuos al deber de obedecer a la autoridad estatal” (Martínez Ferro, H., 2013: 116). Es necesario entender que aún no ha tenido lugar la transformación del concepto de responsabilidad estatal propio del orden jurídico internacional, previo a la Primera Guerra Mundial, cuyo principal efecto era la intangibilidad de los jefes de Estado.

Es decir, la verdad contrahegemónica se alza contra la razón de Estado como resalta Andreu-Guzmán (2012):

Este derecho ha sido reclamado a lo largo de la historia por las víctimas, sus familiares y, en ciertos contextos, por la sociedad misma. En el célebre e insigne caso del capitán Alfred Dreyfus, hace más de un siglo en Francia y considerado una de las piedras de toque en la evolución de los derechos humanos en Europa, el derecho a la verdad sería el motor principal que permitiría el triunfo de la “razón humana sobre la razón de Estado” y la reparación de una injusticia. “Suplico al Senado permitir mi derecho a la verdad”, escribiría el capitán Dreyfus dirigiéndose al Legislativo francés, clamando la apertura de una investigación sobre los hechos por los cuales había sido injustamente condenado. Con igual propósito y dirigiéndose esta vez al Presidente de la República francesa, el capitán Dreyfus escribiría: “no estoy desposeído de todos mis derechos: conservo el derecho de todo hombre a defender su honor y a hacer proclamar la verdad”. La rehabilitación del capitán Alfred Dreyfus, en los albores del siglo XX, significaría el triunfo del derecho a la verdad tantas veces invocado por el oficial francés.

Verdad y justicia han sido los hilos conductores de acción de la comunidad internacional ante los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos en el siglo pasado. La verdad, como elemento necesario en el proceso social de construcción de memoria colectiva y para la prevención de nuevos crímenes, junto con la justicia, fue uno de los *leitmotifs* para la creación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. (:16)

b) La verdad contrahegemónica exige una comprensión de verdad transformante, no limitada a constituir constancia histórica. Involucra reconocer el pasado histórico de manera completa (Andreu Guzmán, 2012; Botero Marino y Restrepo Saldarriaga, 2005; Corte IDH, 2011a, 2010e y 2007; OEA, AG, 2007; ONU, CDDHH, 1997; Rincón, 2010) tanto la realidad presente, el fetichismo de la mercancía, como la necesidad de modificar sus efectos. Desde luego que no se está sosteniendo nada novedoso. Es lógico atribuir algún tipo de modificación en la conciencia humana cuando se transforman las condiciones de vida: “¿Acaso se necesita una gran perspicacia para comprender que con toda modificación en las condiciones de vida, en las relaciones sociales, en la existencia

social, cambian también las ideas, las nociones y las concepciones, en una palabra, la conciencia del hombre?”. (Marx y Engels, 1980: 63)

El tránsito desde el silencio a la transformación se corroboraría por Benjamin (1990): “Todo lo que la historia desde el principio tiene de intempestivo, de doloroso, de fallido, se plasma en un rostro; o, mejor dicho: en una calavera” (:159) Un sufrimiento humano que signa la historia y permanece escondido, que demanda ser determinado con especificidad. La criminalidad de Estado es una forma de sufrimiento que subyace al Estado como relación en la modernidad capitalista, por lo que la verdad contrahegemónica exige desenterrar esta calavera, determinar quienes son las víctimas de estos crímenes y los procesos de selección y aniquilamiento, en las cuales han sido insertadas. (*supra* cap. 1, secc 3, 2.2) Ello podría habilitar su superación.

c) El reconocimiento de los sujetos individuales y colectivos como realizadores de la idea de humanidad. Este proceso inicia por comprender que el mercado como forma general de coordinación social, y el *homo æconomicus* como grilla de inteligibilidad; relegan la humanidad a escenarios de sobrevivencia, agudizando el individualismo que a su vez fortifica el proceso de cosificación humana que implica el capitalismo.

La construcción de la verdad contrahegemónica exige la afirmación del ser humano para sí, conjugado con el ser humano con el Otro (Lévinas, 1993), revigoriza el concepto de sujeto colectivo, complementando la construcción de una respuesta desde el Derecho al discurso del mal individual que continúa proyectándose en la existencia de crímenes internacionales cometidos por los Estados. Como advierten Dussel y Guillot (1975): “La verdad no reside pues en el develamiento sino en la palabra del Otro que acaba con la circularidad de la autoreflexión, que no puede superar su misma duda”. (:119) Si Auschwitz sintetiza el fracaso de la razón instrumental y de la técnica modernas, la “deshumanización horizontal del Otro trágicamente rutinario en la historia de la humanidad” (Alba Rico y Viado, 2007) su transformación en múltiples reconocimientos del sentido humano, de la otredad y del sustento de lo individual para sí y para otros; es un camino cierto de transformación. Como resalta Enrique Dussel (2011): “Cuando los oprimidos y excluidos en esos sistemas sociopolíticos históricos tomaban conciencia *crítica* de su

situación, nacía el actor colectivo que se sentía responsable de la transformación histórica, que unificaba los grupos, movimientos, sectores, en torno a nuevos proyectos hegemónicos”. (:17) Es decir, se exige un tránsito inaplazable: Del *enemigo* al Otro, a quien demanda justicia:

El hambre y el desamparo del Otro, que en su objetividad brutal están más allá de la duda, implantan un universo ético que en su lejanía y proximidad obsesiva concreta la aspiración de la metafísica. Esta aspiración es deseo de lo infinitamente Otro, al mismo tiempo que vigilia permanente para que este deseo no se convierta en instrumento de alienación para el yo. (Dussel y Guillot, 1975: 120)

El Derecho ha tomado nota de la trascendencia de la verdad en la lucha contra la repetición y la extirpación de la impunidad de la criminalidad de Estado, (Quinche, 2009) al punto que con la justicia y la reparación integral, le comprende como derechos insoslayables de las víctimas, tanto en el DIDH, como derechos nacionales (*supra* cap. 2, secc. 2, 2.4) y en la CPI (*infra* cap. 3, secc. 3, 2) Reconocimiento jurídico del derecho a la verdad que exige atender dimensiones colectivas e individuales. (UN, CDDHH, 2005)

La verdad contrahegemónica para las víctimas de crímenes de Estado busca una revalorización de la pretensión de humanidad, cercana a la que acompañó la eclosión de los derechos humanos de la segunda posguerra, pero transformando la apariencia ética del Estado liberal por una realidad ética del Estado. Por lo pronto, exige una transformación en la pretensión del Derecho como herramienta de regulación. De ahí que se observe una correspondencia directa entre la construcción jurídica del derecho a la verdad y la limitación de la razón de Estado.

Luciana Mazuelos: (...) siempre hemos sabido... hemos crecido con la verdad, sabiendo la verdad. Había cosas recurrentes en mi casa que hasta un tiempo yo no entendí, por ejemplo, mi papá muchas de las detenciones le secuestraban libros, entonces su familia cuando él estaba preso le quemaba algunos libros por miedo a que volvieran, algunos los recuperaba y en mi casa que siempre ha habido bibliotecas muy llenas, todos los libros estaban forrados con papeles de diarios, de revistas de moda, de revistas para niños. Todos los libros estaban forrados así y para mí cuando era muy niña ver eso era como bueno no tuvieron para comprar el papel para forrarlos, uno lo hace con los libros de la escuela. Y no

era por eso, tapaban los libros porque a mi casa, además de los amigos y la familia, entraba otra gente, que eran vecinos que eran...venía gente que no sé podría venir a vender y yo creo que mi familia, mi papá y mi mamá siempre tuvieron durante mucho tiempo el miedo de que por ver algún libro... que de hecho había libros de Marx, del Che Guevara, de Fidel, de Paulo Freire; entonces todos esos libros estaban forrados con papeles que no tenían nada que ver con el contenido de ese libro y estuvieron así muchos años hasta que un día decidieron sacarle esas tapas de publicidad porque algunos tenían publicidad y era así la biblioteca muy colorida porque estaban todos los libros escondidos. (Mazuelos L., Mazuelos M.L. y Gamboa, 2012)

Además, la corroboración de la existencia de esta razón de Estado sostenida aún bajo el Nuevo Humanismo Militar, y en particular por los Estados hegemónicos, exige afirmar con mayor contundencia las posibilidades de memoria y de actuación de las víctimas de la criminalidad que deben tener dichos Estados. La recuperación de las voces silenciadas de las víctimas de las hegemonías limita la racionalidad instrumental y sus efectos, en particular, la pretensión de identificar una libertad inexistente frente al terror de Estado como instrumento de control que se mantiene. El DPI , tiene mucho que actuar en relación con ello. (*infra* cap. 3, secc. 3, 1)

Sección 3. Pensamientos y espacios de transformación: Cosmopolitismo subalterno como nueva visión del mundo

Otra postura que evidencia la adecuación entre Derecho Internacional, relaciones internacionales y derechos humanos, es el cosmopolitismo subalterno de Boaventura de Sousa Santos (2010a, 2005, 2000), que responde al cosmopolitismo kantiano (Santos, 2000) considerando las dificultades y retos que implica el proceso de globalización, como el retorno de lo colonial y del colonizador (Santos, 2010a), donde se mantienen silenciadas múltiples voces, que han sido relegadas, ocultadas, ignoradas. El cosmopolitismo subalterno es un contra-

movimiento una respuesta específica desde la resistencia, a la configuración del *homo æconomicus* como grilla de inteligibilidad de la modernidad capitalista (Santos, 2010a):

En su larga historia el cosmopolitismo ha significado universalismo, tolerancia, patriotismo, ciudadanía mundial, comunidad mundial de seres humanos, cultura global, etc. muy a menudo, cuando este concepto ha sido usado -tanto como una herramienta científica para describir la realidad como un instrumento en las luchas políticas- la inclusión incondicional de su formulación abstracta ha sido usada para perseguir intereses exclusivos de un grupo social particular. En un sentido, cosmopolitismo ha sido el privilegio de aquellos que pueden permitírselo. El modo en que yo revisito este concepto exige la identificación de los grupos cuyas aspiraciones son negadas o hechas invisibles por el uso hegemónico del concepto, pero que pueden ser útiles para un uso alternativo del mismo. Parafraseando a Stuart Hall, quien llegó a una cuestión similar en relación con el concepto de identidad (1996), pregunto: ¿quién necesita el cosmopolitismo? la respuesta es simple: cualquiera que sea una víctima de la intolerancia y la discriminación necesita tolerancia; cualquiera cuya dignidad humana básica es negada necesita una comunidad de seres humanos; cualquiera que es un no ciudadano necesita una ciudadanía mundial en alguna comunidad o nación dada. En suma, aquellos excluidos socialmente, víctimas de la concepción hegemónica del cosmopolitismo, necesitan un tipo diferente de cosmopolitismo. El cosmopolitismo subalterno es por lo tanto una variedad oposicional. Así como la globalización neoliberal no reconoce una forma alternativa de globalización, tampoco el cosmopolitismo sin adjetivos niega su propia particularidad. El cosmopolitismo oposicional subalterno es la forma cultural y política de la globalización contrahegemónica. Este es el nombre de los proyectos emancipatorios cuyas demandas y criterios de inclusión social van más allá de los horizontes del capitalismo global. (:29)

Desde la hegemonía, y en particular, como respuesta al mito de los Derechos Humanos, se han afirmado los derechos humanos como límite al poder. Esta investigación ya se ocupó de evidenciar la naturaleza y contornos de este mito, (supra Cap 1, secc. 2, 2) pero también ha señalado las posibilidades contrahegemónicas que expresan estos derechos humanos. De un lado

se observa la tendencia cosmopolita liberal de los derechos humanos, y de otra, el cosmopolitismo subalterno como su resistencia y escenario de transformación. Este replanteamiento exige reconocer que el crimen de Estado no puede ni quiere ser contenido por los respectivos Estados cuando dicha criminalidad se ejerce contra sus propios ciudadanos, ni por los Estados de la hegemonía cuando se trata de la criminalidad de Estado contra ciudadanos de otros Estados o pueblos:

(...) Within Western theories of sovereignty, it is assumed that authorities are accountable (to natural and divine law or to the people) and subject to the rule of law (members of government are held responsible for their actions under their own legal system), but if one looks at the history of sovereign authority, this assumption is not iron-clad; it may even be incorrect. Who can hold murderous sovereign authorities accountable when they themselves hold a monopoly on the means of violence? How may they be held accountable if they subvert the political process and the very institutions of public life? Can a government have a duly constituted authority if it does not respect basic human rights? Oftentimes, citizens have been unable to act against their own governments when that government is responsible for committing abuses of human rights, and it has fallen to the international community to respond to these crimes. The rise of various human rights regimes under the auspices of the United Nations and regional organizations points to some level of commitment on the part of the international community that these violent actions by governments can violate basic norms of treatment of human persons. (Bryant Lawson, 2009: 152)

Los acentos sobre lo cultural, y la necesidad de búsqueda de formas alternativas a la globalización señala que el cosmopolitismo subalterno debe sostenerse a largo plazo. A partir de allí, puede situarse como expresión de universalismo concreto (*supra* cap. 2, secc 2, 1.2), como se desprende de su crítica estructural al cosmopolitismo tradicional o universalismo abstracto. El cosmopolitismo subalterno en la realización de la expectativa de prevención de crímenes internacionales por la CPI, puede llevarse a cabo a través de la instalación de la sociología de las ausencias mediante la revitalización de las voces silenciadas de las víctimas de crímenes de

Estado y la instalación de los derechos humanos como verdadera humanización, lo que equivale a la edificación del cosmopolitismo subalterno como rechazo a la razón instrumental.

1. La sociología de las ausencias y las voces silenciadas de las víctimas de los crímenes de Estado en la Corte Penal Internacional.

Este libro contiene dos relatos. El primero es el que cuaja negro sobre blanco, analítico, pensante, aparentemente despersonalizado. Aparentemente. El relato segundo, invisible a los ojos, es el que sostiene una escritura que jamás decae, alimentada por una pasión indemne a pesar de la tortura y la visión de diversos rostros de la muerte, y seguramente movida por el deseo de acabar con "el silencio que navega sobre la amnesia" social. Con el trabajo para y desde este texto, Pilar Calveiro sale airoso del campo de concentración y, con ella, vivos o muertos, todos sus compañeros de dolor. Es decir, este libro es también una victoria. (Gelman, 2004).

(...) hoy en día, no cabe ya pensar la superación del pasado como el acto de delimitar algo ya acontecido, sino únicamente como una superación del presente que nos concierne a todos sin excepción. Ya no bastan las categorías de la culpa y la penitencia, categorías que resultan poco fructíferas por ser obsoletas. El problema reside, más bien, en que necesitamos categorías diferentes. (Tugendhat, 1998:38)

Es preciso entender y aplicar con rigor las consecuencias que emergen de que "ignorar el conocimiento de otros es también colonialismo" (Monedero, 2005:21, *vid.* Barreto, 2013). La existencia de diversas realidades obliga a considerar que el marco teórico que se ha desarrollado a partir del norte global (Santos, 2009:195), amplía el trayecto entre la teoría y la realidad, y pretende signar algunos fenómenos como no racionales. Los crímenes de Estado se intentan

inscribir dentro de ellos, por lo que debe empeñarse la utilización de las ecologías en la transformación del lugar de esta criminalidad para limitar su repetición. Debe darse respuesta a las grandes cuestiones que coadyuvan en la continuación de las víctimas de Estado.

El discurso del enemigo como no humano, que se encierra bajo los procesos de selección, debe contestarse con la ecología del saber, que recuerda que ninguna persona puede ser afirmada como residual ni inferior. Por ello en lo que corresponde a las posibilidades y límites de las víctimas de los crímenes de Estado, es ineludible entender que un DPI Democrático, debe tener como sentido esencial el interés que resaltaba Mir Puig (1994) para el Derecho Penal de un Estado Social de Derecho: la prevención de la criminalidad, que a su vez solo puede ser posible a través del respeto de los derechos de víctimas y procesados. Ello genera un mayor nivel de exigencia en relación con la criminalidad de Estado y con la posibilidad de su reproducción como crímenes del poder. (*supra* cap. 1) Esto reclama implicar el DIDH en el procesamiento de cualquier tipo de criminalidad tanto nacional, como de trascendencia para el Derecho Internacional.

Una visión hegemónica de los derechos humanos niega a la víctima el lugar de interviniente central en cualquier tipo de proceso penal: Del escenario del suplicio al proceso penal. Actualmente, la Corte Constitucional colombiana ha especificado que una profunda intervención de la víctima en el proceso de tendencia adversarial: “*Alteraría los rasgos estructurales del sistema penal y por esa vía menoscabaría otros derechos o principios como el de igualdad de armas*” (CC, C-260/11). Ello, como se observa, implica el sostenimiento de medidas rituales, sobre las necesidades materiales de administración de justicia que no pueden ser ajenas al proceso penal en el tribunal penal internacional permanente. Ante el panorama se imponen algunas alternativas. En primer lugar, debe reconocerse que el escenario puede ser transformado, como señala Fuentes Contreras (2013), a propósito del reconocimiento de los aparatos ideológicos del Estado de Althusser:

Circunstancias que permite deducir: primero, la posibilidad de construcciones cognoscitivas diferenciables conceptualmente de todo aquello *percibible*, según cada una

de las ideologías; y segundo, el dismantelamiento de las reproducciones mentales de los fenómenos ideológicos, como manifestaciones cognoscitivas, es posible dado desde la crítica dialéctica, al modo de Hegel, desde la introducción de la contradicción y la transición de la identidad.

Una visión sociohistórica y sociopolítica, reconoce las fuentes del proceso de victimización, el proceso de selección que columbra en la vulneración de la dignidad, con sus consecuentes efectos individuales y sociales (Mellizo Rojas, 2012). Por ello, una visión sociohistórica, luego entonces sociopolítica y como sostendría Barreto (2013), descolonizadora de los derechos humanos, resaltar que las víctimas de los crímenes de Estado tienen derechos insoslayables: los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la garantía de no repetición. Estos, como se observó (*supra* cap. 2, secc 2, 2.1) han sido incluso condensados a través de su positivización, mostrándose en el escenario jurídico colombiano como derechos fundamentales de las víctimas. Esta visión sociohistórica de los derechos humanos obliga al nuevo ángel de la historia a reconocer que la genealogía de los derechos humanos y, en particular, la genealogía de los sujetos individuales y colectivos en el Derecho Internacional no se limita a la inmediatez histórica del genocidio nazi. Es indiscutible que dicho momento histórico implicó el surgimiento de elemento de eficacia específica del Derecho (Bourdieu, 2000), ya conocido como eclosión normativa (*supra* cap. 2, secc. 2, 2.1) el proceso de positivación de una pretensión de derechos humanos en occidente. Pero el arraigo del Nuevo Humanismo Militar y de los horrores que ha desencadenado como las atroces acciones del “Estado Islámico”, señalan la insuficiencia de este proceso de positivación, y reclama que el proceso de selección que implica la criminalidad de Estado sea por fin erradicada.

Sin embargo, no pueden pasarse por altos la importancia de las rendijas del Derecho para la conformación y consolidación de una visión contrahegemónica de los derechos humanos. No puede ignorarse las dialécticas de resistencia contrahegemónica que habilitaron el reconocimiento de los sujetos individuales y colectivos en el Derecho Internacional y, por tanto, no puede soslayarse la trascendencia del reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de los

individuos en el Derecho Internacional, como escenario viabilizador de la nueva concepción de intervención de las víctimas en el proceso penal ante la CPI. A primera vista puede sostenerse una correlación cuando menos histórica entre el surgimiento y fortalecimiento de los tribunales de DPI y la posibilidad de ejercicio activo de los derechos por las víctimas. De esta forma se habría llegado a una CPI donde por primera vez en el DPI, se reconoce expresamente el derecho de las víctimas a participar en los juicios y obtener una reparación, aun cuando bajo una comprensión restringida de sus derechos y de su ejercicio.

Esta es una afirmación parcialmente real. Si bien la construcción de la responsabilidad penal internacional del individuo se materializó desde el Derecho de Núremberg, la posibilidad de intervención de las víctimas en dichos procesos quedó como materia pendiente. En el tribunal de Núremberg, así como en los tribunales penales internacionales ad-hoc para Yugoslavia y Ruanda, la víctima se observaba principalmente como medio de prueba, siendo cuando menos elocuente que el ETPIR (Regla 2) contemple que las únicas partes del proceso se conforman por el Fiscal y el acusado. En lo concerniente a las normas del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (el ETPIY y las RPPTPIY) y las relativas al Tribunal Penal Internacional para Ruanda, básicamente se alude a medidas relativas a los testimonios de las víctimas, (ETPIY Art. 18) y se establecieron algunas normas relativas a su protección (ETPIY, Arts. 15, 20 y 22. RPPTPIY, Reglas 34, 69, y 75. ETPIR, Arts. 14, 19, y 21. RTPPR Reglas 69 y 75). En lo concerniente a medidas de reparación, se observan algunas tocantes a la restitución de la propiedad, que no se instruye por iniciativa de las víctimas sino de las Salas de Primera Instancia, o de los Fiscales (RTPPY y RTPPR Regla 105). Finalmente, las Reglas 106 del RTPPY y RTPPR remiten la posible “compensación a las víctimas”, a los tribunales nacionales de los “States concerned”, y bajo la legislación nacional correspondiente, donde la sentencia del TPIY solo será vinculante en cuanto a la responsabilidad penal de la persona condenada. En suma, permanecía relegada al escenario tradicional de ejercicio de derechos de la mayoría de los procedimientos penales de occidente: como medio de prueba, y como objeto de protección.

Pero el DPI se ha transformado, y buena parte de esta mutación corresponde a la acción de las víctimas de crímenes de Estado actuando como sujetos colectivos, a partir de la propia construcción del ER. El movimiento de derechos humanos tomó las herramientas aprendidas y conquistadas en el DIDH, y abogó por la introducción de una cuestión impensable en el DPI: la intervención activa de las víctimas en los procesamientos. Esta es una expresión de las posibilidades contrahegemónicas en un escenario dispuesto al silencio. Es la evidencia de uno de los múltiples caminos a recorrer para enfrentar la razón instrumental como el modo de entender de la modernidad capitalista. Ello responde a las recomendaciones de transformación a partir de las voces antes acalladas. En efecto, Douzinas y Warrington (1990) en el contexto de los *Critical Legal Studies*, habían arribado a un reconocimiento fundamental en el pensamiento de Boaventura de Sousa Santos: la necesidad de responder a la modernidad reconociendo la impronta de las voces silenciadas en la transformación actual del Derecho:

No

area is experiencing this anxiety of morality stronger than law. The crisis of law has finally taken on a moral dimension, a demand for an ethics. The signs of this ethical concern are everywhere. There is widespread anxiety about access to justice and the quality of justice offered; about the attitudes of the law towards women and minorities. (:405)

Como resaltan Bonacker y Safferling (2013) y se evidenció en el capítulo anterior, el reconocimiento de las víctimas de atrocidades masivas tuvo un fuerte impulso a partir de mediados de la década de 1980, lo que no ha sido ajeno al DPI. Este reconocimiento también exige considerar a las víctimas de crímenes de Estado como sujetos colectivos: “*The victim of an international crime thus carries an obvious collective aspect*” (:2). Pero en los crímenes de Estado, esta dimensión colectiva, además constituye su aspecto más relevante. (*supra* cap. 2, secc. 2, 2.1) La dimensión o los efectos colectivos de la criminalidad de Estado, explica sus posibilidades de expresión como genocidios reorganizadores o genocidios fundacionales, esto es, una criminalidad de Estado como práctica social. El reconocimiento de los efectos colectivos de las graves violaciones de derechos humanos, ha llegado a la actualidad, a partir de los ejercicios

de resistencia en la memoria, y en la demanda de derechos ante órganos, organismos y tribunales que previamente se expresaron escenarios individualistas. Este reconocimiento también se abre paso en el escenario del DPI.

Esto señala además, la necesidad de estimar las vinculaciones, a través de la construcción contrahegemónica de las víctimas de la criminalidad de Estado, entre el sistema de DIDH y el DPI que emerge a partir del Estatuto de Roma de la CPI. Ello pone de presente entonces, una conexión y revivificación de la concepción del sujeto colectivo en el Derecho Internacional, y con mayor especificidad en el DPI. Esto implica, de nuevo con Boaventura de Sousa Santos, (2000), reconocer la necesidad de un pensamiento crítico, que incorpore las voces silenciadas y marginadas de las víctimas de la criminalidad estatal. Esto podría lograrse, precisamente, a través de la asociación a una sociología de las emergencias en la CPI:

Los silencios y las necesidades impronunciables únicamente se pueden comprender mediante la ayuda de una sociología de las ausencias que sea capaz de avanzar a través de una comparación entre los discursos hegemónicos y contrahegemónicos disponibles, al igual que a través de un análisis de las jerarquías que se dan entre ellos y de los espacios vacíos creados por dichas jerarquías. Por tanto, el silencio es una construcción que se afirma a sí misma como síntoma de una interrupción, de una potencialidad que no puede ser desarrollada (Santos, 2003: 47).

Después de asistir a una intervención de la víctima en tanto testigo, como sino en el DPI anterior al ER, (Baumgartner, 2008; van Boven, 2013; Chung, 2008; Del Carpio, 2013; Haslam, 2004; Kelly, 2013; McAsey, 2011; Schabas, 2007; UN, PCICC, 2000c; Wemmers, 2010) este instrumento corrobora los espacios en el DPI que empiezan a mostrar que las víctimas no se limitan a su comprensión como testigos, ampliando el lugar de su actuación procesal, como tuvo lugar a partir de febrero de 2010 en las Reglas Internas de las Salas Especiales de las Cortes de Camboya. (ECCC, Internal Rules, 2011, Rule 23 bis) Ello, ha tenido lugar por el destacado lugar de las organizaciones de las víctimas en la misma construcción del DPI del Estatuto de Roma, que se define por la doctrina como un foro de múltiples particularidades. (Chung, 2008; Haslam,

2004; McAsey, 2011) Esto implica la incidencia de las víctimas como sujetos colectivos en el DPI. Como advierte Schabas (2007) sobre la influencia del movimiento de derechos humanos, en el reconocimiento de los derechos de las víctimas en el ER: “The agenda was also promoted by certain specialised non-governmental organisations, like Redress, and by national delegations for whom a victim-based approach to criminal law could be derived from their own traditions, like France”. (:327) Ello al punto de advertir que el movimiento de derechos humanos tuvo un papel relevante en la propia construcción de la CPI. (Glasius, 2003)

Además, se ha sumado el llamado desde el DIDH a equilibrar las posibilidades de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos con los derechos de los procesados. Dicha idea del DIDH permite reconocer la ampliación del lugar de las víctimas en el DPI de aplicación permanente, a pesar de que algunos contradictores acusan que ello vulnera el debido proceso y genera potenciales demoras en la administración de justicia penal internacional (McAsey, 2011) En efecto, la intervención activa de las víctimas en el proceso de la CPI, señala que tienen derechos e intereses disímiles a otros sujetos procesales (Haslam, 2004). Dichas potencialidades tienen lugar en un escenario como la CPI que oscila entre las posibilidades de independencia que aumentaron con su constitución como organismo jurídico de la humanidad occidental; y las pretensiones hegemónicas que se instauran dentro de la misma. Ello no solo implica examinar la posibilidad de ser escuchada por la CPI, sino además, de las dimensiones hegemónicas que pueden expresar la aplicación de su derecho a través del desarrollo de los casos y situaciones. En efecto, se ha estimado que ninguna otra actividad de la CPI ha llamado tanto la atención, como la interpretación por sus juezas y jueces del derecho de las víctimas a participar en los procedimientos. (Chung, 2008) Ello puede deberse a múltiples cuestiones, como que pone en colisión elementos viables en los sistemas penales continentales, pero no en los anglosajones, o que se trata de un sujeto procesal conscientemente relegado por el procedimiento en un asunto que evidencia, de nuevo, que la víctima suele ser una excusa para incoar el proceso penal. (*supra* cap. 2) Sin embargo se advierte que la CPI tiene la potencialidad de adoptar un número cada vez mayor de mecanismos procesales para que las víctimas de crímenes de Estado discutan judicialmente sus derechos, esto es, para que en primera instancia hagan efectivo su propio

derecho a un debido proceso. Estas posibilidades podrían presentarse incluso con anterioridad a que las situaciones respectivas arriben a la Sala de Juicio de la CPI, y en una medida más amplia que la habilitación de un eventual control judicial de la decisión del Fiscal relativa a la ausencia de fundamento razonable para proceder al inicio de la investigación (ER, Art. 53; ER, RPP, Regla 92).

Por ello, el reconocimiento de facultades particulares para las voces silenciadas de la criminalidad de Estado en el DPI, no implica la transformación del ER, sino la proyección de su articulado. Adoptar mecanismos específicos para esta participación al afectarse sus intereses, y de forma que no sea incompatible con el debido proceso en general de todos los intervinientes (ER, Art. 68.3) tiene la potencialidad de equilibrar las posibilidades hegemónicas que se expresan en diversos escenarios del ER, como las directrices de interlocución de los Estados ante la Oficina de la Fiscalía de la CPI, con anterioridad a que se culmine el examen preliminar.

Desde las RPP se definen como víctimas a las personas naturales que sufrieron un daño por la comisión de algún crimen de competencia de la CPI, y a las personas jurídicas que hayan sufrido daños directos “*to any of their property which is dedicated to religion, education, art or science or charitable purposes, and to their historic monuments, hospitals and other places and objects for humanitarian purposes*” (ER, RPP, Rule 85 b; ICC, PTC-II, 2007a). Esta norma es un poco más amplia que la Regla 23 bis de las Salas Especiales de las Cortes de Camboya, donde la constitución de parte civil exige un determinado tipo de daño en cabeza de las personas naturales (*he or she*). (ECC, Internal Rules, 2011, Rule 23 bis. 1 y 3). En este concepto se observa uno de los elementos más llamativos acerca de la conjunción entre el DIDH y el DPI, precisamente vehiculados por el esfuerzo de las organizaciones de víctimas y el movimiento de derechos humanos en general. Justamente en los trabajos preparatorios del ER se estableció que la base normativa de la noción de víctima en las Reglas del ER, era un instrumento de DIDH, la Declaración sobre los *Principios Fundamentales de Justicia para víctimas de Delitos y de abuso de Poder* (Haslam, 2004; ONU, AG, 1985, Art. 8; UN, PCICC, 1999b; PCICC, 2000a; UN, PCICC, 2000b). Además, Olásolo y Galaín (2010), encuentran cuatro elementos comunes con el

DIDH, en la jurisprudencia de la CPI sobre la definición de víctima: (i) la comprensión de personas naturales como personas humanas (ICC, PTC-I, 2006, párr. 80; ICC, PTC-II, 2008, párr. 105; ICC-TC-I, 2008a, párr. 87), incluyendo en el caso de las víctimas fallecidas, a sus familiares. (ICC, PTC-I, 2006a, párr. 24), (ii) la interpretación literal de la expresión “organizaciones o instituciones” (ICC, PTC-I, 2006a; ICC-TC-I, 2008a), (iii) la conformación del daño previsto en la Regla como daño físico, psicológico y pérdidas económicas; (iv) la necesidad de un vínculo de causalidad entre el daño alegado y la existencia del delito de competencia de la CPI (ICC, PTC-I, 2006), así como en la construcción del concepto de Daño, con fundamento en sentencias de la Corte Interamericana, como las correspondientes a los casos “*El Amparo contra Venezuela, Aloeboetoe et al. contra Surinam, y Neira Alegría y otros contra Perú*” (Olásolo y Galaín, 2010: 411). No obstante debe anotarse un hecho trascendental: la concepción de víctima resultaría un poco más amplia en el ER que en el DIDH. Así, habiéndose observado que el DIDH se ha definido como un sistema individualista, que permite el ingreso víctimas colectivas, solo mediante su comprensión de “grupos de individuos” (*supra* cap. 2) en el ER se incluyen en términos generales a “organizaciones o instituciones”. Si bien, debe reconocerse que este último término no engloba necesariamente a las víctimas de crímenes de Estado, sí constituye un innegable avance en la concepción clásicamente individualista del Derecho Internacional.

Sobre las condiciones de la participación de las víctimas ante la CPI, se ha resaltado que la normatividad no es específica, lo que obligaría a aguardar las decisiones de la CPI al respecto (Wemmers, 2010). En los primeros momentos de actuación de la CPI, Emily Haslam (2004) cuestionaba la falta de claridad en los efectos de la participación de las víctimas, no obstante que la considera bienvenida, como un evento inevitable y necesario. En realidad, este tipo de intervención procesal se ha sostenido y aumentado a lo largo de la existencia de la CPI, y se determina en líneas generales a través de tres grupos de cuestiones normativas: (i) el articulado del ER y de las RPP (ER, Arts. 13, 15, y 68; ER, RPP, Reglas 16, 50, 89 a 92); (ii) la jurisprudencia de la CPI, considerando, desde luego, los efectos de las decisiones respectivas de

conformidad con lo que sostiene en cada decisión, (iii) y a través de la aplicación del principio *pro homine*.

Haslam (2004) resalta que los redactores del ER dejaron un amplio margen para que los jueces edificaran un esquema de participación a las víctimas. No otra cuestión se comprendería del Artículo 68 ER, que si bien pareciera una norma restringida a la etapa de juicio, tras una verificación detenida se corrobora que no es así por tres cuestiones centrales: (i) este canon se registra a continuación del establecimiento de los derechos del acusado, lo que señala una reflexión sobre la trascendencia de ambos grupos de derechos en el contexto del ER. (ii) Se permitiría a través de este artículo y de su inclusión en las normas relativas al Juicio en la CPI, nada menos que la posibilidad en los procesos de construcción de prueba en el juicio, esto es, uno de los asuntos que se han expuesto como más restrictivos para admitir la intervención de la víctima. (iii) Si es posible la participación activa, nada menos que en el contexto del juicio, es completamente viable su intervención de una forma más amplia, en los momentos procesales anteriores. Ello es reconocido en el propio Art. 68.1 que señala la necesidad de adoptar medidas de protección de la seguridad, el bienestar, la dignidad y la vida privada de las víctimas. Así, las posibilidades de intervención de las víctimas en los procedimientos ante la CPI, no son extrañas al articulado del ER: Las víctimas pueden presentar observaciones a las Salas de Cuestiones Preliminares (ER, Art. 15), o pronunciarse ante la Corte sobre las cuestiones de competencia o admisibilidad, con independencia de que hayan remitido la situación. (ER, Arts. 13 y 15) El Artículo 68 constituye el núcleo de dichas potencialidades (ICC, PTC-I, 2012; ICC, PTC-II, 2012c; ICC, PTC-II, 2010a; ICC, PTC-II, 2010b; McAsey, 2011) dentro del proceso, y junto con la Regla 89 de las RPP, señala las condiciones generales de participación, se ubican de manera más específica en las Reglas de Procedimiento y Prueba, que advierten: Que la Sala decidirá sobre las actuaciones y la forma de participación de las víctimas (ER, RPP, Regla 89.2). Otras Reglas señalan la necesidad de presentar una solicitud escrita al secretario de la CPI (ER, RPP, Regla 89.1), sin establecer un término específico de respuesta, a diferencia del término máximo de quince días preceptuado en las Reglas Internas de las Salas Especiales de las Cortes de Camboya. (ECC, Internal Rules, 2011, Rule 23 bis). Solo se deberá tener en cuenta que las

primeras solicitudes de reconocimiento del estatus de víctima e intervención en el proceso, en las situaciones de Darfur, República Democrática del Congo, Uganda y República Centroafricana; aguardaron más de un año para ser resueltas. (Chung, 2008)

Asimismo, las RPP del ER permiten colegir que la intervención de las víctimas se puede presentar durante la producción de la prueba en el juicio, como se desprende del deber de la Fiscalía de asesorar a las víctimas para que puedan participar en las distintas fases del procedimiento (ER, RPP, Regla 16.1.c). También emerge de la obligación de la Fiscalía de informar a las víctimas sobre su intención de solicitar autorización a la CPI para iniciar una investigación, que solo puede objetar de evidenciarse que ello pone en peligro la integridad de la investigación, la vida o el bienestar de las víctimas y los testigos (ER, RPP, Regla 50.1). Finalmente, se puede colegir a partir de las posibilidades de pronunciarse sobre la solicitud de autorización de la Fiscalía para abrir una investigación (ER, RPP, Regla 50.3) y la correspondiente obligación de la Sala de Cuestiones Preliminares de dar respuesta a su postura. (ER, RPP, Regla 50.5) y como finalmente se concluye (iv) de las condiciones de participación de los representantes legales de las víctimas en las actuaciones (ER, RPP, Regla No. 91.3.a). La información a las víctimas sobre la intención de la Fiscalía de solicitar la autorización para el inicio de la investigación, dependería de la Fiscalía hasta el proferimiento de una orden de detención o de comparecencia (ER, Art. 19.a). La Regla 59.1.a) señala que el Secretario de la CPI informará acerca de las cuestiones o impugnaciones de la competencia o de la admisibilidad a las víctimas o sus representantes, que se hayan contactado con la Corte en relación con dicha causa. Ello permite colegir la posibilidad de un ejercicio de reflexión directa ante la CPI, que solo tendría lugar después de que sea proferida una orden de detención o de comparecencia, como se desprende de la expresión *case* en la Regla aludida, y de su remisión al Artículo 19 del ER. También resulta de interés subrayar la regla general de notificación a las víctimas y sus representantes de las actuaciones de la CPI, salvo en lo relativo a la Parte II del ER que trata de la competencia, admisibilidad y derecho aplicable, (ER, Art. 5 ss.; ER, RPP, Regla 92.1) que se notificarán según las observaciones hechas en precedencia. (ER, Art. 19.a); ER, RPP, Reglas 59.1.a) y 89) La Regla 92 del ER, también especifica que las víctimas que se hayan puesto en

contacto con la CPI o que hayan participado en las actuaciones, deberán ser notificadas de la decisión del Fiscal de no abrir una investigación o no enjuiciar a fin de que puedan actuar ante la CPI. (ER, Art. 53)

Se ha anotado que la jurisprudencia de la CPI en relación con el ejercicio de los derechos de las víctimas dentro del proceso penal internacional, es por un lado difusa, y por otra equívoca. (McAsey, 2011) Pero su revisión relleva que ha seguido las discusiones centrales realizadas o recogidas tanto por el Comité como por la Comisión Preparatoria para la CPI, así las expuestas en las Asambleas de Plenipotenciarios para su creación. La participación de las víctimas en los procesos que les atañen en la CPI pueden encontrarse como desarrollada jurisprudencialmente desde dos grandes perspectivas: (i) a partir de las comunicabilidades generales que se han establecido entre la CPI y el DIDH, (ii) generando líneas de derechos de intervención procesal medianamente sostenidas y determinando la decisión específica en relación con otros, siguiendo las reglas generales del ER sobre la materia, lo que ha tenido lugar en más de cien decisiones relativas a los derechos de las víctimas.

En un primer orden, se advierten vasos comunicantes generales entre la jurisprudencia de la CPI, y los sistemas de DIDH. En razón a la lógica de efectividad de los bienes jurídicos internacionales, común al DIDH (Corte IDH, OC 16/99; Corte IDH, 2001; Corte IDH, 2002) como al DPI, es lógico encontrar que diversos tribunales internacionales apoyen sus decisiones entre sí y respecto de algunos órganos del DIDH. Por ejemplo, el TPIY se soportó en numerosas ocasiones en decisiones de los Tribunales de Nuremberg y Tokio (ICTY, *Stakic*, Judgement of 31 July 2003), el TPIR expresamente señala que en sus decisiones consideran disposiciones de los tratados regionales de derechos humanos (ICTR, *Kajelijeli*, Judgement of 23 May 2005). En un tercer orden, el desenvolvimiento del sistema normativo de la CPI trata los crímenes internacionales, una materia que puede ser tocada de alguna forma por los tribunales de DIDH a través de la figura de graves violaciones de los derechos humanos. Desde luego, la comprensión de graves violaciones de los derechos humanos y, en general, de violaciones de los derechos humanos, hacen que los sistemas de DIDH tengan un campo de acción mayor al de la

competencia material de la CPI, que se restringe a los crímenes internacionales, esto es, los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional (ER, Art. 5 ER). Pero además, la doctrina ha encontrado que el DIDH “*has influenced the drafting of international criminal procedure*.” (Elberling, 2012: 15) Schabas (2007) subraya que el relevante papel de las víctimas y sus derechos del DIDH, ha venido a influenciar el DPI del Estatuto de Roma, resaltando en particular la impresión de los Principios de Bassiouni y de Theo van Boven, así como la jurisprudencia y los tratados internacionales de derechos humanos. Además de ello, en el ER se observa el registro de múltiples derechos humanos que corresponden a bienes jurídicos protegidos en uno y otro espacio, (ICC, PTC I, 2007) así como la coincidencia entre múltiples garantías del DIDH en el ER, como el derecho de Defensa (ER, Arts. 67 y 55; ER, RPP, Regla 87 A), que ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la CPI (ICC, PTC-II, 2010; ICC, PTC I, 2007); el debido proceso (CADH, Art. 8; CEDH, Art. 6.1; DUDH, Art. 10; ER, Art. 67; PIDCP, Axrt. 15), que incluso llevó a la CPI a limitar los efectos del Artículo 54.3.e del ER (ICC, TC-I, 2008, párs. 87 - 89), en aplicación del Art. 67.2 ER, y a apartarse de la práctica del TPIY que permitía cierto margen de discrecionalidad de la Fiscalía para entregar prueba exculpatória a la Defensa (ICTY, Kordic & Cerkez, 2004; ICTY, Blaskic, 2004), señalando que este es un asunto que bajo el ER solo podía establecer la CPI. También se encuentra el principio de legalidad (ER, Arts. 5 a 9, 11, 22) conectado con el principio de favorabilidad (ER, Art. 24.2), si bien no se abandona un reconocimiento histórico: las numerosas fórmulas que pueden implicar la vulneración de los bienes jurídicos internacionales, como se establece en la discutida cláusula residual del artículo 7.k) del ER. La CPI también se ha apoyado en el DIDH para aclarar contenidos del ER, como *e.g.* en relación con las “*razones sustantivas para creer*” que el imputado cometió los crímenes que se le imputan (ER, Art. 61, num. 7) en el desarrollo de la diligencia de confirmación de cargos, aspecto sobre el cual sostuvo en la confirmación de cargos de Thomas Lubanga:

To define the concept of “substantial grounds to believe”, the Chamber relies on internationally recognized human rights jurisprudence. In this regard, in its judgement of 7 July 1987 in *Soering v. United Kingdom*, the European Court of Human Rights (ECHR) defined this standard as meaning that “substantial grounds have been shown for believing.”

In a joint partially dissenting opinion appended to the judgement in *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Judges [...] considered that “substantial grounds to believe” should be defined as “strong grounds for believing”. Moreover, in that case, the Grand Chamber of the ECHR assessed the material placed before it as a whole. (ICC, PTC I, 2007, pár. 38)

En lo relativo a las específicas comunicabilidades entre el DIDH y el DPI en relación con los derechos de las víctimas en los procesos penales, a pesar de la existencia de posiciones que consideran que esta es limitada como la de Olásolo y Galaín Palermo (2010), se destaca su aplicación frente al relativamente corto espacio temporal de las actuaciones de este tribunal penal internacional. En la sentencia de confirmación de cargos del caso Lubanga, la CPI (ICC, PTC I, 2007) acudió al DIDH para sustentar múltiples decisiones: (i) se remitió al TEDH al valorar los medios de prueba provenientes de fuentes anónimas (ER, Art. 69.4) y el valor de las pruebas de referencia en general, (ICC, PTC-II, 2007a), señalando que no se puede cuestionar su admisibilidad al momento de la confirmación de los cargos, pero sí su valor probatorio para proferir una condena. (ii) en relación con el conocimiento de una prueba ilícita (ER; Art. 69.7), señaló la necesidad de aplicar los principios de Derechos Humanos reconocidos siguiendo el Artículo 21 del ER, (iii) En un hecho central, determinó con fundamento en la decisión *Aloeboetoe et al. vs. Suriname* de la Corte IDH, que los contextos cultural y social inciden en la obtención de la prueba y su admisibilidad. La jurisprudencia de la CPI también ha señalado expresas vinculaciones con el DIDH en lo que corresponde al tratamiento de los derechos de las víctimas en las actuaciones penales internacionales, que interesan a algunas categorías comunes de protección en estos sistemas, o por su reconocimiento expreso o tácito en el sentido de que continúan las atrocidades y deben ser detenidas, (ER, Preámbulo), así como en la posibilidad de desarrollo de los derechos de las víctimas sin que ello afecte las condiciones propias de un debido proceso para las personas procesadas.

La jurisprudencia de las Salas de Cuestiones Preliminares de la CPI, no se limita a permitir la intervención en los procedimientos. (ICC, PTC-I, 2006) La CPI ha invocado de manera expresa decisiones del sistema interamericano de protección, en conjunción con algunas normas del ER

(ER, Arts. 68, 75) para resaltar la existencia de la verdad, la justicia y la reparación como derechos de las víctimas (Corte IDH, 1988; 2000; 2001e; 2005c; 2005evr; 2006b; 2006vr; 2008d; ICC, PTC-I, 2006; ICC, PTC-I, 2008; McAsey, 2011) La doctrina, y la propia CPI, ha encontrado que la jurisprudencia relativa a la participación de las víctimas en el proceso de la CPI se expresa a partir del artículo 68 del ER, a fin de conocer su verdad y se acceda a la justicia, así como en términos de reparación (McAsey, 2011) Esta intervención específica se sintetiza jurisprudencialmente en las siguientes líneas generales:

- a) Se corrobora que el ER desde dimensiones terminológica, contextual y teleológicas, permite su participación con anterioridad al juicio.

Sobre este punto, Schabas (2007), uno de los padres del ER, resalta que los puntos de vista de las víctimas y testigos pueden presentarse en cualquier etapa del proceso. En efecto, el Artículo 68 (3) del ER, no excluye la investigación como ámbito de participación, y esta es compatible con el régimen establecido por quienes redactaron el ER, y corresponde al énfasis creciente en el papel de las víctimas en el DIDH y el DIH (ICC, PTC-I, 2006; ICC, PTC-I, 2007a; ICC, PTC-I, 2008a; ICC, PTC-II, 2007; ICC, PTC-II, 2007a; ICC, PTC-II, 2008a; ICC, PTC-II, 2008b; ICC, PTC-II, 2008c; ICC, PTC-II, 2009b; ICC, PTC-II, 2010a; ICC, PTC-II, 2010b; ICC, PTC-I, 2012; ICC, PTC-II, 2012c; UN, PCICC, 1999). Por su parte, Emily Haslam (2004) subraya precisamente que en el Seminario Internacional sobre acceso de las Víctimas a la CPI, la Ministra de Justicia de Francia sostuvo que reconocer su lugar a las víctimas, hace parte de la tarea de retornar al ser humano al corazón del sistema de justicia penal internacional. Asimismo, la CPI ha sostenido en una decisión relativa a la participación de víctimas en la situación de la República del Congo: “which ensued from a debate that took place in the context of the growing emphasis placed on the role of victims by the international body of human rights law and by international humanitarian law”. (ICC, PTC-I, 2006, párr. 50)

- b) El requisito de la afectación de los intereses personales se cumple cuando una víctima aplica a participar en los procedimientos posteriores a la emisión de una orden de detención o una de comparecencia, donde ya se han identificado potenciales sospechosos, desde que se sujete a la verificación por la SCP del cumplimiento de la Regla 85.

Por tanto, el magistrado único de la SCP respectiva, deberá evaluar la identidad acreditada, que los hechos descritos constituyen un crimen de competencia de la CPI en vinculación con una situación o un caso, y finalmente, determinar si el solicitante alega un daño y que este surja como consecuencia del crimen de competencia de la CPI. (ICC, PTC-I, 2006; ICC, PTC-II, 2007a; ICC, PTC-II, 2012c). La jurisprudencia de la CPI reconoce en términos amplios la vinculación entre la situación de la víctima y la situación o caso, no obstante que se cuenta con disensos como el expresado como el Juez Blattmann (ICC-TC-I, 2008avr)

- c) Como método de verificación de las solicitudes de participación de las víctimas, estas serán evaluadas ante todo, a partir de su coherencia intrínseca, y además sobre la base de la información que hayan facilitado a la Sala, considerando incluso la prueba indirecta. (ICC, PTC-I, 2006; ICC, PTC-II, 2007a)
- d) Las actividades de participación de las víctimas en las actuaciones de la CPI, no se limitan a lo consignado al respecto en el ER. (ER, Arts. 15, 53, 56, 57 (3) (c), y 68 (1)) y en las RPP (Reglas 89 y 93). (ICC, PTC-II, 2007a; ICC, PTC-II, 2012c) En tal sentido señala dos criterios para determinar la posibilidad de intervención: si es apropiada la participación de las víctimas, y en un segundo orden, si los intereses de las víctimas se pueden ver afectados por los procedimientos judiciales. (ICC, PTC-II, 2007a; ICC, PTC-II, 2012c) Por ello, las víctimas pueden intervenir en el proceso de producción de la prueba. (ICC, PTC I, 2006b; ICC, AC, 2008; ICC, TC-II, 2010)
- e) Sobre los límites a la intervención se señala que el reconocimiento del estatuto procesal de víctima, no implica un derecho general a participar en la investigación (ICC, PTC-II, 2012c), que constituye además debe considerarse la existencia de decisiones parecen limitar los derechos de las víctimas al suministro de información al Fiscal de la CPI (ICC, AC, 2008a).

También se ha exigido que los interrogatorios por quienes representan a la víctima lleven un *estilo neutral*, (ICC, TC-I, 2009) y que se sometan al Reglamento de la Secretaría de la Corte, como que deberá solicitar a la Sala realizar el interrogatorio, la cual le podría exigir las preguntas por escrito que en dicho caso se comunicarán al Fiscal y a la Defensa; y, por otra parte, que la

Sala considerará el estado del caso, los derechos del acusado y el debido proceso. (ICC, 2006, Regulation 13)

Finalmente, las posibilidades de intervención de las víctimas en los procedimientos ante la CPI, puede leerse igualmente desde el principio *pro homine*, principio básico del Derecho Internacional, que obliga a acudir la interpretación que sea menos restrictiva a favor de los sujetos de protección. (Abrisketa, 2009; Corte I DH, 1985OC; Corte IDH, 1991; Heintze, 2004) Ello se colige de la obligación de Derecho Internacional de interpretar el Derecho de forma compatible con los derechos humanos, como lo advierte Eberling (2012) con fundamento en decisiones del TPIY y en el propio Artículo 21.3 ER, que dispone la aplicación del estatuto de forma que sea compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. También ha sido reconocido por la propia CPI, diciendo que el principio concurre en relación con los mecanismos de identificación de las víctimas. (ICC, PTC I, 2007)

Se evidencia de esta forma el lugar novedoso, tratándose de un tribunal penal internacional, que presentan las víctimas en los procedimientos ante la CPI. Construcción que emerge de influencias específicas del DIDH en la estructuración del ER, que llegaron a partir del ascendiente de las organizaciones de víctimas y del movimiento de derechos humanos en la construcción del ER. Este peso vehiculó las conquistas de las víctimas de crímenes de Estado como sujetos individuales y colectivos, desde el DIDH al DPI.

Siguiendo las posturas generales de la participación de la víctima, también se ha puesto de presente su posibilidad de actuación limitada durante las distintas etapas del proceso. Ahora, las restricciones alrededor de sus posibilidades de acción, o una “subjetividad jurídica internacional limitada, no niega, como señala Pérez León (2008) en relación con los sujetos individuales en el Derecho Internacional; que “sea sujeto de derecho internacional” (:606). Ello corrobora la posibilidad de intervención de las víctimas en momentos iniciales de las actuaciones, incluso cuando la misma no ha llegado a las Salas de Cuestiones Preliminares, como es apoyado por Schabas (2007), quien encuentra posible que los intereses y derechos de las víctimas no coincidan

con la Fiscalía de la Corte, destacando la central decisión de la SCP I en la solicitud de participación de víctimas dentro de la situación del Congo, a pesar de la retracción del Fiscal de la CPI. En dicho caso, la decisión de primera instancia (revocada con posterioridad), dio lugar a la participación de las víctimas señalando a partir de la versión francesa –delegación que sugirió la normativa– del Artículo 68.3 del ER, que este permite intervenir en el procedimiento (*procédure*). Entonces, la determinación de las potencialidades de participación de las víctimas de crímenes de Estado con anterioridad a la llegada del caso a las Salas de Cuestiones Preliminares, corresponde con el DIDH, lo que señala que las fuentes del desarrollo de la intervención de las víctimas en la CPI, resaltan su capacidad de actuar en toda etapa del proceso.

Esto exige reconocer a las víctimas en general con potencialidades jurídicas por lo menos similares a las de los Estados y los victimarios, que en el caso de las víctimas de crímenes de Estado ante la CPI, corresponden con victimarios poderosos. Entonces una expresión diferenciada de las víctimas de Crímenes de Estado en la CPI, permitiría con Baxi (2006) hacer frente a los discursos de soberanía nacional y mundial corrupta, limitaría el apoyo desde la hegemonía a unas segmentadas y diferenciadas visiones de paz y guerra.

Desde luego que el punto de partida es la participación de las víctimas establecida por los redactores del ER. La resistencia desde el Derecho habilitaría entonces el tránsito hacia la transformación que implica una construcción más amplia (Sociología de las Emergencias), y que constituye expresión de emancipación social. En este empeño tiene un papel central la edificación de los análisis de contexto y la limitación de las afirmaciones político hegemónicas del interés de la justicia, considerando que el ER incluye dentro de dicho examen, la consulta de los intereses de las víctimas (ER, Art. 53.1)c), 53.2.c) Como se observa, resulta impostergable implementar una sociología de las ausencias que rescate las voces silenciadas, las del pueblo judío del pasado y en general, de las víctimas de crímenes de Estado del pasado y del presente, a fin de asegurar la no repetición.

2. Procesamiento de crímenes de Estado como contrahegemonía: Complementariedad contrahegemónica o política criminal internacional .

Tomar en serio la criminalidad de Estado en el Nuevo Humanismo Militar como asunto de interés para el DPI, exige reconocer que el Derecho puede constituir un escenario de resistencia, demanda evidenciar la necesidad del procesamiento de estos crímenes, obliga a auscultar las posibilidades y límites de las víctimas de crímenes de Estado en el DPI del ER de la CPI, y señala la posibilidad de construcción de una política criminal internacional. Esta última se comprende como una política diseñada “por el conjunto de órganos públicos (...) pensada a mediano o largo plazo con unos objetivos y mecanismos predefinidos” (Iturralde, 20013), que incluye en su construcción, verdaderos escenarios de reconocimiento de las voces silenciadas.

La resistencia es correlativa a la dominación y, por tanto, resulta conflictiva como lo demuestran los estudios decoloniales (Barreto, 2013; Castro Gómez y Grosfoguel, 2007; Quijano, 2008, 2007, 2001, 2000a, 2000 y 1999) y otros autores como Rajagopal (2005) y Said (1996), quien en su genealogía del proceso de descolonización del Tercer Mundo, comprende la resistencia a la dominación occidental en un proceso tan intenso que le permite advertir: “Sucedió sin embargo que en casi todo el mundo no europeo la llegada del hombre blanco levantó, al menos, alguna resistencia”. (:12) Esta resistencia tiene diversas características en el pensamiento de Rajagopal (2005): (i) No siempre constituye una reacción a la hegemonía: “*en realidad es una multitud compleja de visiones alternativas sobre las relaciones sociales y, por lo tanto de la historia de la humanidad*”. (:35) (ii) con fundamento en Gramsci, entiende la hegemonía como un proceso activo que involucra la producción, la reproducción y la movilización del consentimiento popular; al alcance de cualquier grupo dominante que se apodere y lo use. (iii) por tanto, no existe una dicotomía absoluta entre hegemonía y resistencia, ni se precisa que las formas de resistencia deban formular un novedoso paradigma universal para ser válidas.

Los aportes de Rajagopal sobre las posibilidades de resistencia frente a la hegemonía del Derecho Internacional, permiten edificar la idea de una política criminal internacional

contrahegemónica. Debe considerarse el panorama descrito en los dos primeros capítulos de esta tesis, que ponen de presente los efectos de los debates dominación/resistencia en el escenario del Derecho que, como advierte Rajagopal (2005), mostraban un Derecho Internacional limitado a los Estados y sus intereses, donde, si acaso, se atendía a la acción de masas para la creación de Estados, o en relación con “*movimientos que afirmaran el derecho a la autodeterminación*”. (:36) Ello implicó como señala el pensador indio, que fenómenos como la resistencia anticolonial, legitimados por el Derecho Internacional, se trataran como actos criminales por los Derechos nacionales, una resistencia que en todo caso buscaba ser reprimida a través de “una modernidad destructiva”. (:37) A pesar de que se basa en el reconocimiento de una versión hegemónica de los derechos humanos, el pensamiento de Rajagopal mantiene la esperanza en el momento histórico actual:

Sin embargo, después de la descolonización y el surgimiento del poder económico de Asia, al igual que de la aparición de múltiples voces de desacuerdo dentro de las sociedades occidentales, existen las oportunidades políticas desde hace varias décadas para que se den estrategias legislativas y políticas creativas para el Tercer Mundo. (:45)

Dentro de esta dialéctica Rajagopal (2005) señala la importancia de la relación que debe ser simbiótica, entre las masas y los intelectuales en el desarrollo de una teoría de la resistencia, donde éstos últimos median ante la clase cosmopolita global. Relación que debe construirse, pues muy pocos internacionalistas están asociados con los movimientos sociales. Implica la construcción de una teoría de la resistencia que involucre los movimientos sociales, para que el Derecho Internacional permita la realización de sus políticas transformativas. Ello tendría lugar a través de otro ejercicio de escucha como el que demanda Boaventura de Sousa Santos, pero en este lugar, a partir de la “producción académica de los movimientos sociales y con el desarrollo de una sensibilidad como activistas preocupados”. (:45) Punto que Rajagopal (2005) cierra con una afirmación que resulta de trascendencia para la comprensión de las lógicas de contrahegemonía en el DPI frente a los crímenes de Estado:

Este nuevo derecho internacional tiene el potencial de contribuir a un nuevo entendimiento no sólo de sus doctrinas e ideas, sino también del mismo propósito ético de

la disciplina. (...) Durante demasiado tiempo, prácticamente durante toda su existencia, el derecho internacional ha permanecido excesivamente occidentalizado, elitista, centrado en lo masculino e imperial, y el encuentro con los movimientos sociales le ofrece una oportunidad para transformarse fundamentalmente.

Este nuevo Derecho Internacional puede ser impresionado por las voces de las resistencias, al punto de construir una política criminal internacional contrahegemónica. Se exige una política criminal contrahegemónica para que la respuesta penal no siga constituyendo un escenario de conformismo al Derecho como expresión del poder, para que no se prolonge el mito del Estado ético, para que no se continúe el Derecho como poder encarnado en el suplicio, poder trocado en castigo penal. A fin de que no se continúe en la violencia ritual del suplicio subrayada por Foucault (2012b) que fue transformada en una suerte de ejercicio legítimo del poder:

En esta misma violencia, aventurada y ritual, los reformadores del siglo XVIII denunciaron, por el contrario, lo que excede, por una parte y por la otra, el ejercicio legítimo del poder: la tiranía, según ellos, se enfrenta en la violencia a la rebelión; se atraen la una a la otra. Doble peligro. Es preciso que la justicia criminal, en lugar de vengarse, castigue al fin.

Esta necesidad de un castigo sin suplicio se formula en primer lugar como un grito del corazón o de la naturaleza indignada: en el peor de los asesinos, hay una cosa al menos que debe respetarse cuando se castiga: su "humanidad". Llegará un día, en el siglo XIX, en el que este "hombre", descubierto en el criminal, se convertirá en el blanco de la intervención penal, en el objeto que pretende corregir y transformar, en el campo de toda una serie de ciencias y de prácticas extrañas -"penitenciarias", "criminológicas"- . Pero en esta época de las Luces no es de ningún modo como tema de un saber positivo por lo que se le niega el hombre a la barbarie de los suplicios, sino como límite de derecho: frontera legítima del poder de castigar. No aquello sobre lo que tiene que obrar si quiere modificarlo, sino lo que debe dejar intacto para poder respetarlo. *Noli me tangere*. Marca el límite puesto a la venganza del soberano. El "hombre" que los reformadores han opuesto al despotismo de patíbulo, es también un hombre-medida; no de las cosas, sin embargo, sino del poder. (:86)

Una política criminal que implique una separación de la visión kantiana de castigo. Ello en tanto, Kant (2008:172) encuentra que el crimen consiste en la trasgresión de la ley pública que incapacita a quien la comete para ser ciudadano. Por tanto, la pena habría de imponerse solo porque se delinquiró, pues “*ha de castigarse con la muerte el homicidio ilegal de otro*”. El solo delinquir, en una discusión de causalidad que es rechazada por Gramsci, evidencia que la sanción se presenta como trasunto de poder. Esto es, el suplicio antes, el castigo ahora, de nuevo, “reactiva el poder”. El poder instala la idea de un criminal en el suplicio/castigo que no es ciudadano. Sobre él ejerce su *derecho* y por tanto, refrenda su subordinación.

Entonces la construcción de esta política criminal internacional contrahegemónica, exige aplicar medidas de universalismo concreto en el seno de la CPI. Los movimientos sociales, las voces silenciadas en general, tendrían entonces la posibilidad de empezar a construirla, entendiéndola como un diseño que posibilita la prevención de los crímenes internacionales en general, y los crímenes de Estado en particular. Por otra parte, la inclusión de las víctimas de crímenes de Estado como una voz diferenciada y privilegiada en los trámites ante la CPI, permitirá preparar al DPI para hacer frente a las crisis de las hegemonías mundiales, mantener los ejercicios de autoreflexión crítica desde el Derecho, sin la cual se seguirá entendiéndose que para el Derecho Internacional, existen algunos tipos de violencia deshumanizante que se encuentran autorizados.

El primer paso exige reconocer las tensiones que se generan en la propia idea de un tribunal que aplica conceptos que podrían corresponder con la contrahegemonía. En efecto, Foucault (2000e) rechaza la posibilidad de ejercicios contrahegemónicos en el Derecho, e impugna la posibilidad de *contrajusticia* entendida como la posibilidad del ejercicio contra quien en condiciones ordinarias escaparía a la justicia: “pienso que no puede existir, en sentido estricto, contrajusticia. Porque la justicia, tal como funciona en cuanto aparato de Estado, no puede tener por función más que dividir a las masas”. (:56) No obstante, es posible encontrar en su postura sobre los tribunales y el Derecho, elementos para discernir un potencial ejercicio

contrahegemónico de éstos, precisamente desde la resistencia. El autor francés subrayaba que los tribunales tienen como función histórica dominar la justicia popular hasta reinscribirla en las instituciones del aparato del Estado como posibilidad “de una opresión de clase”, (:21) puntualizando:

El establecimiento de una instancia neutra entre el pueblo y sus enemigos, susceptible de establecer la división entre lo verdadero y lo falso, lo culpable y lo inocente, lo justo y lo injusto, ¿no es ya una manera de oponerse a la justicia popular; un modo de desarmarla en su lucha real, en provecho de un arbitraje ideal? Por esto es por lo que me pregunto si el tribunal, en lugar de ser una forma de justicia popular no es su primera deformación. (:21)

En efecto, advierte que el tribunal es un aparato de Estado que se caracteriza por tres elementos esenciales: (i) constituye un elemento intermedio, de mediación frente a quienes litigan, a quienes imponen una regla universal de justicia. (ii) busca adecuarse a una regla universal de justicia de valor absoluto, que utiliza la moral universal (iii) sus decisiones se expresan con un poder ejecutivo. Ese aparato penal para el pensador francés ha tenido la trascendental función: “introducir un cierto número de contradicciones en el seno de las masas y (...) oponer, unos contra otros, a los plebeyos proletarizados y los plebeyos no proletarizados”. (:34) Desde el pensamiento boaventuriano se destaca que los sistemas jurídicos estatales garantizan la reproducción formal que resulta la característica central del Derecho moderno. (Santos, 2007) Así, “Lo que caracteriza, en su tipo ideal, la racionalidad formal es que se trata de una forma de arbitrariedad simultáneamente total y totalmente controlable”. (:86) Ante ello Foucault (200e) respondería que una verdadera revolución implica “la eliminación radical del aparato de justicia y de todo lo que pueda recordar al aparato penal”. (:36) Entonces debe resolverse como puede mutarse un escenario como la CPI con tal tendencia a expresarse como instrumento hegemónico, que ello tenga lugar en el sentido de que permita reinstalar el aguijón al recuerdo del holocausto, y hacer reconocer la dañosidad y permanencia de la criminalidad de Estado (tanto interna como internacional) en el contexto del Nuevo Humanismo Militar. (*supra* cap. 1, secc. 2, 3)

Como se ha advertido aquí (*supra* cap. 2) la justicia penal internacional frecuentemente constituye un aparato hegemónico, como el Derecho Penal es un instrumento táctico de clase, “[i]mplica una ideología”. (Foucault, 2000e:27) Ello subyace a la construcción y funcionamiento del sistema penal bajo Foucault, un sistema ocupado en ubicar y mantener a cada cual en el lugar determinado mediante la grilla del *homo æconomicus*. Pero el procesamiento de crímenes de Estado en la CPI, se observa diferencial del procesamiento *genérico* que hace el Derecho Penal que consiste en el proceso de selección de quienes no detentan el poder, o no se encuentran incluidos en el Estado como *relación*. (*supra* cap. 1, secc 3, 1)

Por ello, se presentan retos adicionales cuando se trata del procesamiento de agentes de Estado de alto rango, pues como lo resalta Akande (2004), en virtud de su jurisdicción suplementaria, la CPI no podría procesar los casos donde un Estado realmente está dispuesto a procesar a una persona, o realmente lo ha hecho; y además, la CPI no es titular de poderes independientes de detención y entrega de sospechosos, pues para ello requeriría la cooperación de los Estados respectivos, con mayor razón si están sirviendo en un territorio de otro Estado y está sujeto a las inmunidades de jurisdicción que emergen del Derecho Internacional. Los profesores Crawford (2004) y Abi Saab (1999), coinciden en la mayor gravedad de los crímenes cometidos por los Estados, lo que exige que sus efectos sean debidamente definidos.

Precisamente se ha puesto de presente que el Artículo 21 del ER, presenta dificultades para ser aplicado en la dimensión real de su contenido (Bohlander, 2012) Los matices se encuentran en la suficiencia de la normatividad internacional que alude a sus efectos. En términos generales, Crawford (2004) encuentra una falta de correspondencia entre el reconocimiento de la gravedad de los crímenes internacionales (como categoría del Derecho Internacional, y no necesariamente del DPI) cometidos por los Estados que se observa en el artículo 19 del PA, y las consecuencias de los mismos que se establecen en los artículos 51 a 53 del PA. Abi-Saab (1999) considera que a pesar de sus defectos, que se explican por el contexto y procedimiento de elaboración de los artículos, ello tampoco implica que sean inútiles. En efecto la Resolución No. 1/03 de la CIDH parte de la idea de que los más graves crímenes atañen a toda la comunidad

internacional en cuanto su gravedad y bienes jurídicos atacados, pero que afectan principalmente al Estado en cuya jurisdicción ocurrieron. Pero los crímenes de Estado no afectarían principalmente al Estado sino a los ciudadanos y la comunidad internacional, y tenderían a la impunidad, por lo que la lógica de complementariedad debe ceder en estos casos. Esta conclusión se corrobora cuando se tiene en cuenta que el ER reconoce excepciones al principio de cosa juzgada a partir de la imposibilidad de que los Estados procesen estos crímenes o de su pretensión de dejarlos en la impunidad. (ER, Art. 20)

La constatación de esta hipótesis se encuentra en algunas de las posiciones de la Oficina del Fiscal de la CPI, que se dirigen a señalar: (i) que normalmente el medio más eficaz y eficiente de enjuiciamiento son los procedimientos penales nacionales, lo que será alentado por la OTP, que solo ingresará al conocimiento de los casos de “*failure to act by the State or States concerned*” (ICC, OTP, 2003: 2) (ii) que una de las labores de la OTP en el examen de la complementariedad es verificar la autenticidad de las investigaciones o procesos nacionales existentes, centrándose en quienes “*appear to bear the greatest responsibility for the most serious crimes*”. (ICC, OTP, 2010, párr. 8) (iii) estableciendo como política, que ante la existencia de una base razonable para proceder, se invite al Estado respectivo a fin de promover la cooperación. (ICC, OTP, 2010, párr. 13) Así, dentro de la decisión sobre admisibilidad en el caso de Kony, en el marco de la situación de Uganda, la CPI señaló que el ER permite adoptar múltiples determinaciones sobre admisibilidad, mientras que el acusado solo puede hacer en una oportunidad hasta el comienzo del juicio, pero ello se hace por regla general. (ICC, PTC-II, 2009)

En ese mismo orden de ideas, la Sala de Cuestiones Preliminares II ha señalado que el derecho del sospechoso a impugnar la competencia constituye un recurso extraordinario, autónomo e independiente. (ICC, PTC-II, 2012a, párr. 33; 2012, párr. 40) No obstante, ello no implica que el Fiscal de la CPI pueda reservarse la posibilidad de dicho estudio múltiple, sino que ello debe ser sometido a la competencia de las Salas de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el Artículo 19 (2) del ER, como se señaló en el caso Kony. (ICC, PTC-II, 2009. Olásolo, 2009) Esto a partir de Ambos (2009), exige que la complementariedad dentro de la admisibilidad

sea “examinada en una etapa muy temprana durante las fases preprocesales, o más exactamente, durante las investigaciones preliminares, o la etapa preinvestigativa del procedimiento”. (:177) Debe tenerse cuidado en no contradecir los límites expuestos por la OTP de la CPI, cuando señala que la invitación al Estado para promover la cooperación no afectará el examen preliminar, y además podría generar una cesión ante la política hegemónica internacional pues los Estados más robustos hegemónica o diplomáticamente, podrían evitar los procesamientos en la CPI con lo que se desearía la función preventiva del tribunal penal internacional permanente, como resalta Clark (2005): *“If the complementarity regime is not satisfied, then the ICC will not be able to take jurisdiction over the particular crimes. It is only in cases where complementarity is satisfied that the prosecutorial deferral is available”*. (:408).

Al momento de culminación de esta tesis se adoptó el último informe de la Oficina del Fiscal de la CPI sobre exámenes preliminares. (ICC, OTP, 2014) En el mismo se mantiene en suspenso la posibilidad de un archivo de los exámenes de Colombia y Honduras, como de su tránsito hacia potenciales investigaciones. La Oficina del Fiscal de la CPI, expresa que el ER no fija plazos para culminar los exámenes preliminares y que tiene varias opciones como abstenerse de iniciar una investigación (ER, Art. 53, párr. 1), seguir recabando información o iniciar la investigación. También reiteró la aplicación de cuatro fases para determinar la justificación o no de una investigación: (i) La evaluación inicial de la información recibida de conformidad con el Art. 15 ER para identificar la existencia de crímenes de competencia de la CPI. (ii) El comienzo formal del examen preliminar, para determinar el cumplimiento de los factores de competencia (ER, Art. 12), y el fundamento razonable de competencia material de la Corte. Es el caso de los exámenes preliminares de Honduras, Irak, Ucrania. (iii) La determinación de la admisibilidad en lo que se refiere a la complementariedad y la gravedad, fase en la que se encuentran las situaciones de Afganistán, Colombia, Georgia, Guinea, Nigeria. (iv) El examen del interés de la justicia, esto es, se completó el examen preliminar en la República Centroafricana, donde se abrió una nueva investigación en septiembre de 2014; y en la República de Corea donde encontró que no existe base razonable para considerar la existencia de crímenes de competencia de la CPI, dejando la posibilidad de reabrirlo. (ICC, OTP, 2014) En lo referente al asunto de las

embarcaciones de las Comoras, Grecia y Camboya, refirió que el Estado denunciante (Las Comoras) ha acudido a las SCP para solicitar la revisión de la decisión de la OTP de no proceder (ER, Art. 53.3.a) y concluyó en relación con Colombia:

During the reporting period, the Colombian authorities took steps to prioritize investigations and prosecutions of those most responsible for conduct relevant to the preliminary examination. The Colombian authorities appear to have made some progress in their investigations for *false positives* cases relevant to the preliminary examination. However, the Office is concerned with the limited progress relating to sexual crimes, although the creation of a working group in charge of investigating cases of gender-based violence within the DINAC could constitute a positive step.

During the coming year, the Office will continue engaging with the Colombian authorities to assess whether genuine national proceedings are carried out against those most responsible for the most serious crimes in order to reach determinations on admissibility. The Office will also continue to monitor and analyse the implementation of the Legal Framework for Peace and legislative and other developments regarding the investigation and prosecution of false positive cases as part of its assessment of the conduct of national proceedings relating to crimes under ICC jurisdiction. (ICC, OTP, 2014, párr. 130 y 131)

Analistas como Chehtman (2011) han observado que la existencia de la CPI ha tenido un impacto positivo en general sobre el ordenamiento jurídico colombiano: (i) En su uso por los actores nacionales, quienes a través de ella han ejercido presión en relación con el marco de Justicia y Paz, generando como principal preocupación en las autoridades, el que se lance una investigación formal contra Colombia. (ii) se han impulsado investigaciones existentes. (iii) ha contribuido a la aplicación de nuevas normas en consonancia con el DPI, rechazando conceptos más tradicionales del derecho penal nacional. Ello ha requerido el desarrollo de análisis y herramientas para investigar la criminalidad compleja. (iv) ha puesto más presión sobre los actores del conflicto. Esta postura mantiene al infinito la posibilidad de una investigación sobre Colombia, si además se tiene en cuenta, como resalta Rosmerlin Estupiñán Silva (2013) que no se espera una remisión del Consejo de Seguridad en esta situación pues no es concebida como una

amenaza internacional, ni se observa viable que el propio Estado de Colombia (ER, Art. 14) remita la situación a la CPI.

Por ello, en un segundo orden, la construcción de una política criminal internacional contrahegemónica, requiere plantear y responder interrogantes como la determinación de mecanismos adecuados para que los procesos de selección de la complementariedad en la CPI, no constituyan escenarios de impunidad de la criminalidad de Estado. Ello exige identificar las herramientas existentes para contener materialmente a los Estados en la ejecución de crímenes internacionales. El procesamiento de crímenes de Estado en la CPI, constituye un principio de pretensión contrahegemónica en el Derecho Internacional. Aludir a este papel en cabeza, entre otros, de la CPI, implica escuchar a Bauman (2011) cuando llamaba al reconocimiento y transformación de los escenarios no reconocidos en relación con el genocidio nazi: (i) el deber de desentrañar y transformar las instituciones que le dieron lugar, (ii) determinar los criterios de corrección de las conductas, usos e impacto deshumanizador del poder de Estado. Entonces, se precisa un saber penal internacional que conozca a profundidad las razones, naturaleza, y los mecanismos de comisión de los crímenes, a fin de construir una dinámica de prevención.

Este efecto, sumado a otras posibilidades instaladas en el DPI del ER, como la construcción de la memoria de la verdad contrahegemónica, (*infra* Cap. 3, secc. 1, 2) el procesamiento de crímenes de Estados identificados con la hegemonía internacional, sería un proceso inverso a la selección que abriga el Derecho Penal en términos generales, permitiría dar un lugar a las víctimas del poder de Estado. Esto en sí mismo es una expresión contrahegemónica, rompiendo el proceso de selección de la modernidad, y permitiendo el acceso a la administración de justicia de un importante sector de las voces silenciadas, nada menos que las víctimas de quienes determinan, condicionan y sostienen el Derecho, en la comprensión interna y externa del Estado. Ello aplicaría la necesidad de Walter Benjamin (1971) de imponer límites al poder de Estado en tanto que crea el Derecho que a su vez es manifestación de violencia. Estos límites al poder que los Estados expresan frente a sus enemigos, constituirían una

fuerte expresión de democracia, cuando se considera la oposición dominante en la modernidad resaltada por Bauman (1996) a la base de la definición enemigo/amigo:

La repugnante y lesiva “exclusión” de los enemigos es, como decía Derrida, un suplemento- y además, desplazamiento de la agradable y reconfortante “inclusión” de los amigos. Únicamente por la cristalización y solidificación de lo que ellos no son (o lo que no pretenden ser, o, lo que no dirían que son), en la contraimagen de los enemigos, los amigos pueden afirmar que son lo que quieren ser y quieren ser considerados como ser. (...)(:94)

Esta visión implica una mutación de la moral universal reconocida por Foucault (2000e) como uno de los papeles centrales del sistema penal. Esta consiste en hacer aparecer a quienes no se insertaron en el proceso de proletarización, la “plebe no proletarizada” (:35) como: “marginal, peligrosa, inmoral, amenazadora para la sociedad entera, la hez del pueblo, el desecho”. (:35) Esta moral universal instalada corresponde con la verdad hegemónica, y subyace al proceso de selección. Entonces la priorización en el procesamiento de la criminalidad de Estado en la CPI, como elemento de política criminal internacional contrahegemónica, permitiría viabilizar el acceso a la justicia de quienes no son poderosos, y rompería con la tendencia a la impunidad del poder estatal, tanto a nivel nacional como internacional. Vía en la cual debe recordarse a Helio Gallardo (2009) cuando señala que los sectores e individuos populares en general, tienen mayores limitaciones para el acceso a “los circuitos judiciales”, pues tienen un menor acceso a la información sobre sus derechos, menor capacidad de ingreso a reclamarlos ante los tribunales y, finalmente, si logran ingresar, su capacidad “suele ser inferior a la de los sectores poderosos y sus personificaciones”. (:58 y 59) De esta forma, como se precisa en los Derechos nacionales, es necesario la construcción de una política criminal internacional que deje de constituir una “variable de la política de seguridad” (Iturralde, 2003: 269), en este caso, determinada a partir del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, es decir, desmontando la razón instrumental planetaria. (*supra* cap. 2, secc 3)

La transformación del DPI en instrumento contrahegemónico exige, en las situaciones y casos concretos ante la CPI, medidas de análisis de contexto (*supra* cap. 1, secc 3, 2.2) pues permite ayudar a la construcción de la memoria histórica contrahegemónica, como se profundizará (*supra* cap. 3, secc. 1, 2) Asimismo requiere determinar el Derecho a aplicar (ER, Art. 51), incorporando la valiosa experiencia del DIDH y sus tribunales de responsabilidad estatal. También demanda el reconocimiento de todos los sujetos procesales como partes dentro del tribunal, entendidas además como iguales, si bien el ER y las RPP reconocen a las víctimas como participantes y no como partes, concepto que se destina a la Defensa y la Fiscalía.

Por ello debe abandonarse una postura que señale el imperio de lo procesal, que en realidad se limita a la tensión entre sistemas de Derecho como continental y anglosajón, o lo que Valentini (2011) señala como la tensión entre victimocentrismo y reocentrismo. Debe reconocerse la existencia de una postura conflictiva entre las víctimas y los procesados (Valentini, 2011), pero también es necesario concebir un DPI que no puede ser limitado a escoger la protección principal de una de estas partes de conflicto, sino que debe comprender la necesidad de protección de estos dos extremos que se consideran vulnerables frente al poder del Estado y de la CPI.

Un nuevo matiz exige el reconocimiento de la criminalidad de Estado. No es posible sostener sin más, que la víctima de crimen de Estado constituye un sujeto con mayor fortaleza que el del agente de Estado procesado, lo que constituye uno de los elementos basales para la concepción de un derecho penal basado en la protección de la persona procesada. Es necesario reconocer la existencia de una regla general relativa a un mayor nivel de vulnerabilidad de la víctima de Estado, frente al procesado, con algunas precisiones que deben ser consideradas en los procesos ante la CPI: (i) Si el procesamiento se presenta en un contexto de justicia transicional, entendida como la respuesta del Derecho frente un estado donde “el peligro ha cesado”, pues se trata de la gestión del pasado a través del Derecho Penal (Valentini, 2011: 210) (ii) Si el proceso se presenta en un contexto de poder de Estado que se mantiene, momento en el cual se incrementa la vulnerabilidad de las víctimas, y la necesidad de procesamiento por la CPI, a fin de

que se rompa con la repetición de los crímenes. Si bien Valentini (2011) hace aproximación a las vinculaciones entre derechos de las víctimas y el Derecho Penal, en el primero de los escenarios, es posible encontrar aportes interesantes en su postura en relación con los procesos en el DPI. El profesor de la Universidad de Perugia reitera, como lo ha determinado previamente otro sector de la doctrina (Melo de Campos, 2009; Sikkink & Walling, 2007) el papel central pero no limitado a él, del derecho penal en la justicia transicional:

En otras palabras, la identificación de los responsables a través de un rito formal, público y participativo, así como las medidas rehabilitativo-compensatorias que se le pueden agregar a éste, no agotan las tareas de una ‘paradigmática’ justicia transicional, la cual, si elige negar a las víctimas el descanso (relief) que produce el castigo de sus verdugos, corre el riesgo de no lograr buena parte de sus macro-objetivos y, en particular, pone en peligro el objetivo de una pacificación duradera.

(...) estoy convencido de que, cuando a ello no se opongan importantes razones políticas, la “superación del pasado” debería dejarse al ‘modelo punitivo’, pues sólo la justicia penal está en capacidad de saciar de manera integral los derechos de las víctimas, permitiendo al mismo tiempo la identificación formalizada y participativa de los responsables, su condena y la estigmatización de sus crímenes, y la reparación moral y material por las violencias sufridas. Finalmente, es sólo respondiendo a todas las pretensiones presentadas por los protagonistas de la justicia de transición, que se garantiza la superación definitiva del pasado. (Valentini, 2011: 178)

No obstante ello, Valentini (2011) también reconoce las posibilidades limitadas del Derecho penal en la reconstrucción de la verdad histórica y la protección de la memoria colectiva. Este reconocimiento, exige considerar otras medidas adicionales al Derecho Penal, como las Comisiones de la Verdad, (Dukic, 2007; Melo de Campos, 2009: 88; Sikkink & Walling, 2007), las reparaciones y las reformas (Dukic, 2007), mecanismos extrajudiciales de reconstrucción social. (Hazan, 2006)

Finalmente, una visión contrahegemónica en el procesamiento de la criminalidad de Estado en la CPI, reclama establecer las finalidades de los procesamientos, en particular procurar

el aseguramiento de la verdad y de la no repetición. Esto es, del procesamiento de crímenes de Estado como contrahegemonía o la aplicación de la consideración de que “los Derechos Humanos, a la par de la democracia, constituyen probablemente el lenguaje más legítimo contra la injusticia” (Santos, 2004)

3. Los derechos humanos como humanización: El cosmopolitismo subalterno como rechazo a la razón instrumental.

Como se advirtió desde la introducción y con sustento en Santos (2000), el análisis relativo a los crímenes de Estado en el DPI implica discutir acerca del pilar de la regulación y el principio de Estado. Precisamente en Gramsci (1971) el Derecho tiende a imponer el conformismo a los ciudadanos por lo que la conciencia política es el primer paso en el desarrollo de una comprensión crítica. Conciencia crítica que incumbe al análisis del Derecho. Así, Gramsci (1999a) comparte la postura de Hans Frank en *El Derecho y la injusticia*, quien combatió “la noción (...) de norma jurídica” como “una justicia abstracta que generaliza y codifica, define el delito y pronuncia la sanción”. (:15) De esta forma encuentra que la rebeldía de Frank describe un estado de ánimo, el ataque contra el principio de autoridad como “dogma religioso, poder monárquico, enseñanza oficial, estado militar, vínculo conyugal, prestigio paterno, y sobre todo la justicia que protege estas instituciones caducas, que no es más que coerción, opresión, deformación arbitraria de la vida pública y de la naturaleza humana”. (:15 y 16) Por tanto llama a liberar al ser humano de la “Ley, la costumbre, las ideas recibidas. (...) para salvarlo”. (:16)

El mundo actual del Nuevo Humanismo Militar exhibe la resistencia frente al ejercicio hegemónico de la guerra y de manera más amplia, hacia la racionalidad instrumental que la ha impuesto y que designa el ejercicio selectivo del Derecho y del Derecho Internacional. Resiste y exige el procesamiento a nivel nacional e internacional. Ello tiene lugar desde Egipto contra la dictadura de Mubarak, las mujeres kurdas frente al proyecto de imperialismo del Estado Islámico, y con Palestina buscando el procesamiento de los altos mandos de Israel por el genocidio contra el pueblo palestino. La resistencia actual como fenómeno diferencial se ejerce

teniendo en cuenta la pretensión de globalización construida por la hegemonía. Se trata de una expresión diferencial iniciada en la década de 1990 como resalta Batta Fonseca (2008) con fundamento en Ulrich Bech:

El fenómeno es novedoso no sólo por su diversidad ideológica y política –una de sus características más destacadas–, sino porque tanto las demandas como los recursos y métodos de acción que utilizan están signados por la globalidad, la cual, de acuerdo con Ulrich Beck (1998), significa que no existe ningún país ni grupo social que viva al margen de los demás; pues desde hace muchos años vivimos en una sociedad mundial, en donde los territorios cerrados y las fronteras invencibles ya no existen. La globalidad se refiere a la autopercepción que tienen los actores sociales de que son parte de una sociedad mundial plural y diversa, que condensa la totalidad de las relaciones sociales que "no están integradas en la política del Estado nacional ni están determinadas a través de ésta" (Beck, 1998: 28). (:159)

Este reconocimiento señala la existencia de una “globalización desde abajo” (Santos, 2000 y 2010:67), que pugna con la globalización como fenómeno de control planetario. Resistencia mundial que se expresa bajo múltiples nombres como antiglobalización o altermundismo (Batta Fonseca, 2008), como la indignación que Dussel (2011) encuentra necesaria e insuficiente, pues requiere de la participación democrática. Se trata de una resistencia como expresión de conciencia crítica que ha despertado ante “el pobre palestino, iraquí, afgano, haitiano o de Bangladesh, hambriento, torturado por la violencia de la represión ejercida por los ejércitos de las potencias. (Dussel, 2011) Pero además, determina que ese Otro, el “absoluto, indigente y abstracto (...) es la verdad, el origen”. (Dussel y Guillot, 1975) Se trata de un conjunto de expresiones de resistencia que se lanzan contra las imágenes antiguas y actuales del imperialismo moderno resaltadas por José Manuel Barreto (2013 y 2013a) en la conjunción entre la denuncia que Bartolomé de las Casas hizo sobre la destrucción de las Indias, y la inhumanidad de Abu-Ghraib. Se trata de la idea de la modernidad retratada en realidad en tres momentos de la transformación del Ángel de la Historia: Aquel que contemplaba con horror en Walter Benjamin (2005) y exigía sostener la memoria; el que con Boaventura de Sousa Santos (2003) además busca la transformación de ese pasado, mirando de formas diferentes; el ángel de la historia

sentado en el nuevo humanismo militar, observando a un tiempo el genocidio fundacional de la América de la modernidad, y el genocidio reconfigurador de la criminalidad de Estado inserta en el Nuevo Humanismo Militar.

La nueva mirada que se demanda para pasar de la contemplación a la transformación, es una transformación global, pero configurada como globalización desde abajo, donde se abriga la necesidad de una comprensión sociohistórica de los derechos humanos (Gallardo, 2009) que busque superarlos como biopolítica e instale una intelección cosmopolita subalterna en el Derecho Internacional. El nuevo ángel de la historia precisa de un discernimiento que debata el principio de autoridad y busque una justicia que se contraponga a la opresión, instalando la verdad histórica contrahegemónica.

Esta globalización desde abajo exige la visión contrahegemónica de los derechos humanos como lenguaje, que se realice en tanto cosmopolitismo subalterno e insurgente. Ello desde luego no permite desconocer con Antonio Gramsci, Boaventura de Sousa Santos y Helio Gallardo, que es imposible un “*desarrollo armonioso y recíproco entre el pilar de la regulación y el de la emancipación*” (Santos, 2000: 53). Por eso se trata de escenarios de resistencia que ingresan por las rendijas del Derecho. Esto es, a través de las instalaciones expresadas como escenarios de bloque por la hegemonía, que no obstante mantiene resquicios.

El cosmopolitismo subalterno responde al eurocéntrico considerando los retos del proceso de globalización y su consecuente silenciamiento de las voces mayoritarias para la vigencia de los derechos humanos (Santos, 2000, 2005 y 2010a) y, por tanto, enfrenta al *homo aeconomicus* como sustento y límite del Derecho y de la modernidad en la que se inscribe. (*supra* cap. 2, secc. 2, 2.1) Por tanto, el cosmopolitismo subalterno boaventuriano exige: (i) identificar los grupos que han sufrido el uso hegemónico de cosmopolitismo, quienes han sido excluidos, considerado no ciudadano; y (ii) establecer un uso alternativo del cosmopolitismo a partir de las aspiraciones y voces silenciadas de estos grupos, (proyectos emancipatorios) que comprendan formas culturales y políticas. (Santos, 2010a) Esta postura coincide con la pretensión de una justicia

contrahegemónica resultante de una visión contrahegemónica de los derechos humanos. Este cosmopolitismo subalterno coincide con la construcción globalizadora democrática a la que llama Remiro Brotóns (2010):

Si el Estado está en situación de inferioridad frente a las fuerzas globalizadoras en la medida en que su soberanía tiene una base fundamentalmente territorial mientras que aquéllas se mueven sin cortapisas a escala planetaria, los Estados, democráticos y ciudadanos, deben cooperar en organismos internacionales representativos y eficientes para atajar los abusos de la globalización y someterla a control, pues globalización ha sido también exclusión, segregación, dominación, desigualdad, dependencia, ha fomentado incluso la lucha dentro de las clases proletarias a nivel transnacional. Hablar de la globalización democrática es un sin-sentido y no ha de confundirse el ciudadano global(izador) con el ciudadano del mundo. (:27 y 28)

Entonces mientras la impunidad implica mantener el control político y judicial sobre las acciones del Estado (Corte IDH, 2006b), el cosmopolitismo subalterno llama a su escudriñamiento, y al restablecimiento de los derechos de las víctimas. Exigiría la aplicación de una democracia contrahegemónica o emancipatoria (Santos, 2006), esto es, dar usos contrahegemónicos a los derechos humanos y a la misma democracia, uno de ellos es el procesamiento de una criminalidad con la posibilidad de operar de manera tan extendida como grave, desde ámbitos nacionales e internacionales. En dicho contexto el deber de prevención es cardinal, pues como lo resalta Mir Puig (1994), la prevención de los delitos es la primera función del Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho, y lo diferencia de un derecho penal social autoritario.

Ello implica responder la visión universalista totalizante (abstracta) de los Derechos Humanos, con una demodiversidad, cuyos parámetros basilaes son descritos por Aguiló (2009b) en los siguientes términos:

Para mí, los parámetros que definen la nueva teoría democrática articulada por Boaventura de Sousa Santos son principalmente dos: 1) un firme compromiso normativo con lo que puede llamarse un ideal político democrático, emancipador e igualitario, que el propio Santos (1993) llama democracia radical socialista; y 2) la búsqueda o invención de

alternativas y categorías epistemológicas [...], sociales y políticas [...] que encarnen este ideal democrático–radical, comprometiéndose con las víctimas y preocupándose por devolverles la esperanza de su emancipación y la utopía realista de un mundo mejor.

Esta visión permitiría fracturar las lógicas de dominación vía globalismo humanitario que ha denunciado, entre otros, Danilo Zolo (2002). El italiano, ha expresado incansablemente su preocupación por la aplicación de “*la idea kantiana de la unidad moral del género humano*” (:199), en tanto que implicaría la aplicación prejuicios etnocéntricos, manifestándose como indiferente en relación con “*tradiciones culturales, políticas y jurídicas distintas de la occidental*” (:200 y 2001). Boaventura de Sousa Santos (2010) postula que la concepción universalista de los derechos humanos hace que estos tiendan a funcionar como una globalización desde arriba. Ello en tanto el concepto se basa en un conjunto de presupuestos claramente occidentales, que inician en la concepción de una naturaleza humana universal cognoscible por medios racionales, y superior a la del resto de la realidad, de donde se concluye que “*el individuo tiene una dignidad absoluta e irreductible que debe ser defendida frente a la sociedad y al Estado; la autonomía del individuo requiere de una sociedad organizada de una manera no jerárquica, como una suma de individuos libres*”. (:69)

A partir de allí se postula un segundo aporte de Santos a la comprensión de un DPI que emancipe a las víctimas de crímenes de Estado: La concepción multicultural de los derechos humanos. Esta visión se asocia con la idea sociohistórica de los derechos, y reconoce que: (i) los derechos humanos no constituyen un concepto universal, ni son universales en su aplicación; (ii) que todas las culturas son relativas, lo que implica “*diversidad cultural e incompletud*”, (iii) que es posible “*conseguir una mezcla o interpenetración de preocupaciones y conceptos. Cuanto más iguales sean las relaciones de poder entre culturas, más probable será que tal *mestizaje* suceda*”, (iv) reconoce que no existe un concepto culturalmente invariante de la naturaleza humana. Frente a ello, de nuevo el camino es transformación emancipatoria:

(...) En todo el mundo, millones de personas y miles de organizaciones no gubernamentales han estado luchando por los derechos humanos, a menudo corriendo

grandes riesgos, en defensa de las clases sociales y grupos oprimidos que en muchos casos han sido víctimas de los Estados capitalistas autoritarios. Las agendas políticas de tales luchas son con frecuencia explícita o implícitamente anticapitalistas. Por ejemplo, se han desarrollado discursos y prácticas contrahegemónicos de derechos humanos, se han propuesto concepciones no occidentales de derechos humanos, se han organizado diálogos interculturales sobre los derechos humanos. La tarea central de la política emancipatoria actual, en este terreno, consiste en que la conceptualización y práctica de los derechos humanos se transformen de un localismo globalizado en un proyecto cosmopolita insurgente. (2010: 70)

Entonces es posible resaltar el mestizaje frente a relaciones y fenómenos de poder ciertamente hegemónicos. Se resalta, de nuevo, lo valiosa que resultaría una interpretación contrahegemónica de los derechos humanos en un sistema que debate discusiones de poder de tal grado que viabiliza la comisión de crímenes internacionales. Para tal efecto, Santos (2010) establece premisas que habilitan la construcción de una concepción multicultural de los derechos humanos, y resultan de necesaria comprensión en los debates relativos a la acción de un tribunal penal internacional:

- a) Entender que el debate sobre universalismo y relativismo cultural es inherentemente intrascendente. Al contrario, deben proponerse *diálogos transculturales* contra el universalismo totalitario, y desarrollar criterios procedimentales transculturales que distingan la emancipación de la regulación, contra el relativismo cultural.
- b) Comprender que no todas las culturas conciben la dignidad humana como equivalente a derechos humanos por ello, debe buscarse “preocupaciones isomórficas entre diferentes culturas”. Reconocer que todas las culturas son incompletas y problemáticas en sus concepciones de la dignidad humana, y ninguna cultura importante es monolítica. Por ello, es crucial elevar el nivel de conciencia de la incompletud cultural al máximo posible, para construir una concepción multicultural emancipadora de los derechos humanos.
- c) Entender que todas las culturas tienden a distribuir las personas y grupos sociales entre dos principios competitivos de pertenencia jerárquica: (i) A través de jerarquías entre unidades homogéneas, (ii) a través de la separación entre diferencias e identidades únicas.

Obsérvese que la construcción de la concepción *mestiza* de derechos humanos que resulta de la aplicación de estas premisas, implica múltiples significados inteligibles y diversas referencias normativas, como lo resalta Santos (2010). Pero ello se hace, desde luego, como un punto de partida:

En el campo de los derechos humanos y de la dignidad, la movilización de apoyo social a las reivindicaciones emancipatorias que éstas potencialmente contienen solo se pueden lograr si tales reivindicaciones se han apropiado en el contexto cultural local. La apropiación, en este sentido, no se puede obtener por medio de la canibalización cultural. Requiere un diálogo intercultural y una *hermenéutica diatrópica*.(Santos, 2004: 108)

En un segundo orden, el cosmopolitismo subalterno busca superar las limitaciones que impone una visión procesalista de la actuación de las víctimas en los procesos penales nacionales y en el DPI . Una vez identificado que el valor de las víctimas, y en particular de las víctimas de Crímenes de Estado en la prevención de la Criminalidad de Estado a través de la CPI, no se restringe a una cuestión procesal; entonces se entra a determinar puentes desde la misma lógica del Derecho. En este sentido el ex juez alemán Michael Bohlander (2012) señala la necesidad de entender la influencia de la lengua y la cultura en el pensamiento y praxis científica, como mecanismo para tender puentes de comunicación entre diferentes sistemas jurídicos. Advierte que la comunicación de sistemas de Derecho, que se expresa en la constitución de la Unión Europea, evidencia que es insoslayable la comunicación entre sistemas de Derecho, no obstante que ello ciertamente plantea dificultades, como las relativas a una comprensión de las garantías procesales a acusados relativa al procesamiento de mujeres acusadas de brujería y la utilización del Derecho durante el dominio nazi; el impulso procesal diferencial en los modelos anglosajón y continental, entre otros. Ello, según Bohlander, exige un abordaje diferencial de lo procesal, incluso en el sistema de la CPI, para lo cual propone medidas que pueden destacarse las que apuntan a: (i) deconstruir las dicotomías entre modelos y formas de aplicación de justicia penal, (ii) encontrar escenarios de comunicación, como a través de métodos académicos y judiciales, entendiendo que el presupuesto del derecho es el conocimiento y comprensión del mismo como se aplica por los

prácticos, así como teniendo en consideración su contexto político y sociojurídico. En sentido similar, Woodiwiss (2002) considera que el camino a seguir no es cambiar las instituciones legales, sino en lugar de ello, que el discurso jurídico sea más eficaz y menos intrusivo en lo cultural y destructivo a partir de la traducción de estatutos jurídicos socialmente impertinentes:

My suggestion, then, is that in these ways, amongst many others no doubt, international human rights discourse might yet be made to be more truly multilingual, and so overcome its constructed silence with respect to social difference and finally become an achieved instance of cosmopolis. (:152)

Así, la doctrina ha encontrado que el procedimiento ante la CPI es mixto y, por lo que contiene elementos estructurales de los sistemas continental y de *common law*, debido entre otras razones, a la central labor de la delegación francesa en la construcción del ER. (Ambos, 2010). Por otra parte, en lo que corresponde a las vinculaciones de Derecho Internacional, profundizar en los vasos comunicantes existentes entre el DIDH y el DPI en un contexto de cosmopolitismo subalterno, es importante en múltiples sentidos, como impedir que el DPI constituya escenario de abrogación de la responsabilidad internacional de los Estados en materia de derechos humanos;. Estos sentidos aluden a una importante revisión en sede de lucha contra la impunidad. Teniendo en cuenta además, que las dinámicas del DPI no se agotan en los crímenes de Estado, es preciso observar estas dimensiones en lo referido a estos crímenes, que constituye la casuística que mayor discusión presenta en cuanto a los diversos modos de interrelación advertidos. De esta forma, frente a la pretensión hegemónica del DPI como un escenario para limitar la responsabilidad estatal, una visión contrahegemónica de los derechos humanos implicaría el reconocimiento de los vasos comunicantes entre este sistema de Derecho Internacional, y el DIDH, a pesar de las posiciones académicas (Aponte Cardona, 2010) que encuentran problemática la vinculación que pueda hacerse entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el DPI. El DIDH nutre el DPI como desarrollo histórico que se inicia en la comprensión de los límites a los Estados, en el reconocimiento de la existencia de Crímenes de Estado (Corte IDH, 2006aavr) como en la como en la necesidad de procesamiento de las estructuras gubernamentales y de los individuos que, a través de ellas, son responsables. Así, se transita entre dos terrenos solo en apariencia disímiles: El DIDH a través de sus tribunales,

determina la responsabilidad internacional por los ilícitos internacionales atribuidos al Estado. (Corte IDH, 2006bvr) Entonces, de conformidad con el DIDH, se procesan las faltas a las obligaciones estatales de identificar, procesar y castigar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos, como se ha establecido en la jurisprudencia interamericana en atención al artículo 1.1 de la CADH (Corte IDH, 1988; 1989, *et. al.*). Mientras, el DPI procesa la responsabilidad penal individual teniendo como fuente el derecho internacional (García-Corrochano Moyano, 2005).

Esta interpretación también se viabiliza bajo el análisis en conexión entre justicia y derechos humanos en el pensamiento de Ernest Tugendhat (1992), quien expresa que estos constituyen conceptos de la modernidad, y corrobora que la justicia es un concepto más amplio que el de Derecho:

La justicia es por lo tanto en su último fundamento necesariamente igualitaria. La razón es fácil de ver: una distribución en la que no se pueden dar razones de por qué debe ser desigualitaria tiene que ser igualitaria, porque este igualitarismo fundamental es una simple consecuencia de que se está aplicando una regla. Lo contrario de una distribución en la que se aplica una regla sería una distribución arbitraria. El concepto de lo arbitrario es desde esta base abstracta el concepto opuesto al de la justicia. (1992: 30)

A partir de allí se corrobora además la necesidad de reconocer facultades jurisdiccionales diferenciales y acentuadas a las víctimas de crímenes de Estado en los procedimientos ante la CPI (*supra* cap. 3, secc 3, 1) Una de las críticas a la ampliación de las posibilidades jurídicas de las víctimas en las actuaciones ante la CPI era la que se entendía como discutible contribución que ello prestaría a cuestiones como el interés de la justicia y el debido proceso (Baumgartner, 2008). Para responder a ello no solo debe recordarse que el ER reconoce que dentro del interés de la justicia deben considerarse los intereses de las víctimas (ER, Arts. 53.1.c) y 53.2.c) En efecto, cuando se comprende que la criminalidad de Estado es reflejo de la racionalidad instrumental, se evidencia la necesidad de contrastarle con la construcción de la verdad contrahegemónica en busca de la garantía de no repetición, lo que solo puede lograrse a través del universalismo concreto y un

cosmopolitismo subalterno que permitan instalar la sociología de las ausencias en un contexto de los derechos humanos como humanización. Ello de nuevo corrobora con Tugendhat que la justicia es un concepto más amplio que el Derecho, y que exige transformar la razón instrumental. Dicha transformación, se reitera, no implica agotar las posibilidades en el Derecho, y menos aún en el escenario del Derecho Internacional. Lo que se observa es la posibilidad de que este Derecho Internacional pueda permitir algunos ejercicios que finalmente lleven a la transformación de esa razón instrumental. Y dentro de estos ejercicios se pone en evidencia las potencialidades de prevención de la criminalidad internacional, a través del procesamiento de la criminalidad de Estado que, a su vez, exige considerar las voces silenciadas. Esta conclusión viene al frente junto a la lectura que hace Enrique Dussel (2011) de lo que trasciende en el procesos de los indignados:

Ese pueblo que se rebela en El Cairo nos recuerda también al Egipto milenario, del Osiris que juzgaba como justa a la persona que daba “pan al hambriento” en el capítulo 125 del *Libro de los muertos*, que pagaba el *rescate* por los esclavos para liberarlos, hechos que sugieren al citado Walter Benjamin aquello de que los momentos de *redención* (de *rescate* que *libera* a las víctimas de la injusticia) son el *criterio* de interpretación auténtica de la historia humana que vale la pena de ser narrada; que no es la historia de los vencedores, sino la de las víctimas. Dicho *criterio* de justificación no es la *ley* (y menos la *ley del mercado*, que permite acrecentar el capital y que asesina por hambre a millones de seres humanos, como hoy en Somalia o Sudán del Sur), no es el *orden*, el sistema vigente, sino “el consenso *crítico* de los oprimidos” (que es el criterio de Pablo de Tarso en su *Carta a los romanos*, tan estudiado hoy en la filosofía política por Alain Badiou, Slavoj Žižek, Jacob Taubes, Giorgio Agamben, Franz Hinkelammert y por tantos otros) como punto de partida, como originario *estado de rebelión* (más allá del *estado de derecho* y aún del *estado de excepción*) (:16)

Expresar estos silencios, señalar estas expresiones como existentes, estos deseos como dignos; no constituye cosa diferente a la verbalización de la exigencia de destierro de la razón instrumental. Por ello, la actuación procesal de las víctimas en los procesos penales que les afectan, incluso en los internacionales; constituye una herramienta de cosmopolitismo subalterno que puede identificarse en el pasado con las transformaciones en el Derecho a partir del discurso

de la humanización. Por ejemplo, en el escenario del DIH se puede identificar con la Cláusula de Martens, desde luego en sus efectos pues su construcción no obedeció a la escucha de las voces silenciadas. La cláusula Martens apareció por primera vez en el Preámbulo del Convenio II de la Haya de 1899, (CIJ, 1996) relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, que estableció:

Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública. (párr. 78)

En la versión moderna, contenida en el protocolo adicional I de 1977, se registra: “En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”. (Protocolo I, 1949) Más allá de los intereses específicos de su artífice en las discusiones de la Conferencia de la Paz de la Haya, la Cláusula de Martens constituye la primera inscripción normativo-positiva de las leyes de la humanidad.

A juicio de Cassese (2001) la cláusula que califica como una estratagema diplomática, tenía dos objetivos: Limitar los derechos de las potencias ocupantes, y permitir que las disposiciones relativas a los combatientes legales se remitiera al derecho internacional general. Precisamente, su alusión generó un reducido mínimo sobre el estatuto de las personas civiles que portaban armas contra las fuerzas ocupantes. Así Cassese (2001) resalta que dos posturas que gravitaron entre su consideración como francotiradores y el reconocimiento como combatientes legítimos, no lograron consenso, por lo que se acogió la declaración sugerida por el delegado de Rusia, profesor Fyodor Fyodorovich Von Martens. Antes de esta estipulación, las cuestiones relativas a las leyes de la humanidad, como la conciencia pública, se circunscribían a consideraciones morales, lo que ha generado múltiples interpretaciones jurídicas a partir de la

cláusula. Cassese (2001) sintetiza las interpretaciones sobre la expresión jurídica de la cláusula, en los siguientes puntos: (i) como cláusula de interpretación de principios y normas internacionales para la mejora de las demandas de humanidad y conciencia pública. (ii) como elemento constructor de dos nuevas fuentes del Derecho Internacional: las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública; y (iii) como cláusula que expresa nociones que han inspirado y motivado el desarrollo del DIH.

Si bien el proceso del surgimiento de la Cláusula de Martens, sumada a la categoría de *ius cogens*, daría razón a Ihering sobre la introducción que hace el Estado de su propia moralidad a través del Derecho; no permite desconocer el rol central en la construcción de la protección internacional de las personas en el Derecho Internacional, una protección que jurídicamente ha redundado más allá de los intereses hegemónicos. Precisamente en ello consistiría la posible ambigüedad de elementos hegemónicos como esta cláusula y en general, las normas que integran el *ius cogens*: Construidas como herramientas de la hegemonía, en la actualidad del Nuevo Humanismo Militar presentan posibilidades contrahegemónicas. (*supra* cap. 2, secc. 2, 2.2) Además, las discusiones en torno a los contenidos de la cláusula evidencian la polémica sobre el reconocimiento del Estado como perpetrador en relación con los ciudadanos. Y de allí, tanto su vocación de respuesta frente a las fuerzas de ocupación como su consideración en cuanto propuesta de límite a los Estados. Por ello, resulta de interés observarla junto a las estructuras típicas de los Convenios de Ginebra, como una de las primeras normas de derecho internacional que reconoce la posibilidad de comisión de Crímenes de Estado.

El discurso de humanización culminó su viraje, al punto que ha sido aludido expresamente en decisiones de la Corte Internacional de Justicia. Así se sostuvo en la Opinión consultiva de la CIJ sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, reconociendo limitaciones que emergen de los principios elementales de humanidad:

It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and "elementary considerations of humanity" as the Court put it in its Judgment of 9 April 1949 in the Corfu

Channel case (...), that the Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law. (CIJ, 1996, párr. 79)

La dinámica del DIH, desde luego remite a las de los conflictos armados. En particular, hacen dirigir la atención en este momento del análisis, hacia la primera y segunda guerra mundial como escenarios catalizadores de la comprensión actual de los crímenes de Estado.

Cuando se ha evidenciado la construcción diferencial del sujeto en los escenarios no eurocéntricos, y considerando la pretensión de su actuación en campos como el DPI, y en particular, en el que emerge contemporáneamente con el ER, los derechos humanos como humanización permiten encontrar los puntos de conexión y los diferenciales de los múltiples campos geográficos, políticos y culturales donde puede operar la CPI, y en particular frente a las víctimas de los crímenes de Estado, como categoría diferencial. Un adecuado punto de partida puede ser determinar quienes obtienen los réditos de la guerra, quienes son sus víctimas, cómo se introduce por la hegemonía actual la postura de una víctima prescindible en tanto fungible, que se encuentra distante, en el escenario de conflictos que se promueven lejos del territorio “continental” de quienes las promueven. Santos (2000 y 2005) desde su paradigma post-crítico de un sentido común emancipador o posmodernismo de oposición, reclama la necesidad de una Sociología de las Emergencias, que valore diversas experiencias humanas. Esta constituye la base sociológica de formulación en la CPI de un tratamiento diferencial a las víctimas de crímenes de Estado, que permita limitar la reproducción de la racionalidad instrumental, y como efecto de esta, de la repetición de los crímenes de Estado.

De ahí que el cosmopolitismo subalterno exige reconocer y actualizar las voces de humanización que subyacen en el DIDH y el DIH, en particular aquellas relativas al deber de prevención del totalitarismo. Debe recordarse que Calveiro (2012) encuentra dos posturas relativas a la construcción del totalitarismo, la fundada en Arendt lo encuentra como expresión de

la razón instrumental, mientras que Horkheimer y Adorno es producto de la crisis de la civilización moderna. (*supra* cap. 1, secc 1) El totalitarismo es expresión de la modernidad, su producto (Bauman, 2011), en tanto la modernidad capitalista se sustenta en la razón instrumental. Así el cosmopolitismo subalterno rechaza la razón instrumental, por lo tanto el totalitarismo y el crimen de Estado como función del Estado moderno. Exige romper con el principio de neutralidad valorativa que como sintetiza Orjuela (2012), es expresión de la teoría normativa de la modernidad. Esta necesidad crítica se puede evidenciar parcialmente en el pasado, cuando la entonces teoría crítica llamó al debate sobre la actuación del nazismo, como señala Orjuela en coincidencia con Bauman (2011):

La crueldad humana burocráticamente organizada hizo desconfiar a dichos autores [la primera generación de la escuela de Frankfurt] de la capacidad de la razón ilustrada para construir una sociedad racional y justa que, en condiciones de igualdad, permitiera el desarrollo de las potencialidades humanas (...) El despliegue histórico de la razón ilustrada, a la vez que emancipa al ser humano de la necesidad y de las fuerzas de la naturaleza, lo degrada o destruye en su existencia y lo instrumentaliza en la vida social. El régimen nacionalsocialista constituye, con sus mitologías, un caso paradigmático para analizar las patologías de la razón moderna. Pero el nazismo no es una excepción histórica; este es la expresión de un momento histórico de irracionalidad política del poder social que se repite de tanto en tanto, especialmente en los momentos de crisis, una de cuyas expresiones son los diversos autoritarismos y totalitarismos que han sufrido las sociedades modernas (Orjuela, 2012: 56).

De esta forma, el pensamiento crítico llama a debatir la entronización actual de la razón instrumental en el orden público internacional, señala como inaplazable el reconocimiento de las víctimas de crímenes de Estado como sujetos individuales y colectivos que han pretendido ser silenciados a través de las múltiples herramientas que aquí se han observado (*supra* cap. 1 y 2), lo que debe tener lugar en un escenario tan protagónico como el que se expresa en la actualidad con la CPI. Debe recordarse que los vasos comunicantes entre el DIDH y el DPI, (*supra* cap.2, secc. 3, 2.2) constituyen uno de los elementos más significativos de proyección de los derechos humanos como humanización. No solo se trata de reconocerlos como ramas del Derecho

Internacional, que, por tanto, comparten algunas de su fuentes, o de inscribirlos únicamente en relación con la criminalidad de Estado, objeto de persecución coincidente parcialmente en relación con el DPI y de una manera más amplia en el DIDH. Implica reconocer la labor de construcción de las víctimas como sujetos individuales y colectivos en el DIDH (*supra* cap. 2) y su continuación en el DPI. El ER de la CPI permite escenarios para la proyección de los derechos humanos como humanización en tanto expresión del cosmopolitismo subalterno. Es posible explicar esta imagen de la CPI como escenario de cosmopolitismo subalterno, a partir de la postura de animadversión que ha planteado frente a ella el gobierno estadounidense. (*supra* cap. 2, secc. 3) El escenario de construcción del Estatuto de Roma, ya lo pone en evidencia:

El final de la Conferencia Diplomática de Roma sobre el estatuto definitivo del TPI ha producido una serie de comentarios que van desde el asombro de aquellos que no se podían creer que Estados Unidos se hubiera quedado aislado. (...)

La postura pública de Jesse Helms, verdadero artífice de la política de USA sobre el TPI y "Chairman" de la comisión de exteriores del Senado norteamericano, no deja lingüísticamente ninguna duda. Utiliza una expresión que sólo se puede traducir como "hay que descuartizar el TPI". Para el viejo jefe de operaciones clandestinas de la CIA y antiguo agente, el TPI viene a presentar un "enorme peligro para la política exterior norteamericana" y no basta con haber votado en contra, sino que hay que desmantelarlo.

Esta postura tiene algo de razón, si bien el TPI no podrá juzgar los delitos que se han cometido antes de su fundación, con lo que deja una margen de "años de impunidad" esta claro que su jurisdicción internacional queda reconocida y el Consejo de Seguridad ve limitada sus funciones por primera vez desde la fundación de la ONU. (...)

El verdadero triunfo ha sido el de los activistas y organismos de derechos humanos norteamericanos, europeos, latinoamericanos, africanos y asiáticos que han conseguido, por primera vez en una conferencia de este tipo, montar una coordinación (un lobby, dirían los norteamericanos) que ha obligado a muchos gobiernos a cambiar su voto ante la presión y difusión de sus propias posturas. Más de 800 organismos de todo el mundo rompieron con el discurso de que este tribunal sólo importaba al Norte y que los activistas de derechos humanos del norte no cuentan con el apoyo de sus hermanos del sur.

Muchas cancillerías vieron con asombro que esta coordinación existía, que por primera vez las redes de información vía Internet fueron capaces de coordinar a miles de

activistas y organismos a lo largo y ancho del globo y de dar una información precisa, oportuna y eficaz que rompió el silencio informativo de las grandes agencias de prensa y de los medios de masas que ocultaron esta conferencia basados en la falta de interés. A través de cuatro canales (todos en inglés por desgracia) se informó día a día de todo lo que pasaba en Roma y de la postura de cada país. (...)

La lucha por la aplicación universal de los derechos humanos ha logrado convertirse en un discurso autónomo de un gran poder de convencimiento por su racionalidad política y ética. Es muy difícil no entender que algo ha cambiado cuando se lee el enorme enojo de Jesse Helms, uno de los obreros de la guerra fría, de la dialéctica de amigo-enemigo y de los grupos encubiertos de represión. Para él no cabe duda: Estados Unidos tiene por primera vez una limitación a su política exterior de gran gendarme del mundo. (Dionis, 1998)

Esta situación explica la posición del gobierno de Estados Unidos en relación con la CPI, pretendiéndola reintroducir en escenario hegemónico. El entonces Subsecretario de Estado para Asuntos Políticos, Marc Grossman (2002), determinó cuatro puntos como dictado formal hegemónico para la CPI: (i) justicia y promoción del Estado de Derecho; (ii) castigo a quienes cometen los crímenes más graves “*a los ojos de la comunidad internacional*”; (iii) Estados como responsables iniciales de garantizar la justicia en el sistema internacional; (iv) enfrentamiento de los crímenes graves construyendo sistemas judiciales a nivel nacional, reforzando la voluntad política y promoviendo la libertad humana. En un desarrollo de importancia para comprender la trascendencia de la comprensión contrahegemónica que puede contener la CPI, expresa las razones por las cuales dicho organismo no contribuiría a los principios importantes para el gobierno estadounidense. Entre ellas, señala la limitación del papel del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la consideración de una Fiscalía con un poder que considera ilimitado; las amenazas que supuestamente implicaba para la soberanía estadounidense:

El Presidente Bush ha llegado a la conclusión de que los Estados Unidos no pueden seguir siendo parte de este proceso. Para dejar claras nuestras objeciones, tanto en términos filosóficos como de principios, y para no generar expectativas no deseadas acerca de la participación de los Estados Unidos en la Corte, el Presidente considera que no tiene más

elección que informar a las Naciones Unidas, en cuanto depositarias del Tratado, de nuestra intención de no ser parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (...)

No hemos llegado a la decisión de tomar esta rara, si bien no sin precedentes, iniciativa aleatoriamente. Pero tras años de trabajo para intentar corregir este defectuoso estatuto, y tras haber sido rechazadas nuestras constructivas propuestas, es nuestra única alternativa.

Conclusiones Preliminares

En este capítulo se observó que el pensamiento crítico señala la posibilidad de romper con la razón instrumental, para lo cual se deben considerar las técnicas de gobierno inscritas en determinada sociedad, y buscar la reapropiación de las relaciones sociales en escenarios diversos al de la grilla del *homo aeconomicus*, que precisa la guerra para su sostenimiento. Ello implica reconocer la existencia de razones instrumentales que se expresan en escenarios nacionales, y además, de la existencia de una razón instrumental planetaria instalada en el Nuevo Humanismo Militar, que también busca la impunidad de crímenes de Estado de índole internacional.

De esta forma se observaron múltiples posibilidades de transformación en el Derecho Penal Internacional. En primer lugar a través de un universalismo concreto que mediante la sociología de las ausencias, se instala frente a la racionalidad instrumental que tiende al sostenimiento de la impunidad de los crímenes de Estado. Esa racionalidad instrumental se expresa en el Derecho a través de la caracterización de la razón de Estado como acto jurídico, de la concepción del Derecho como un elemento ajeno a la política y a la ética, y por tanto limitado a una suerte de interpretación dogmática como expresión de un supuesto imperio de la razón. El papel del universalismo concreto en este espacio es desentrañar y transformar las instituciones que constituyen las bases de expresión y contención hegemónica.

Dicho universalismo concreto puede expresar una sociología de las emergencias en el DPI, a través de un cosmopolitismo subalterno, convirtiéndose mediante la verdad contrahegemónica en un escenario de resistencia para las voces silenciadas o de evocación de las

potencialidades rebeldes de la humanidad. Asimismo este DPI se transformaría en un instrumento para evitar el nuevo acaecimiento de crímenes de Estado, expresados como crímenes internacionales. Ello se lograría al comprender a través de la inteligencia, o la razón sometida a una ética intelectual de la responsabilidad; que el Estado sigue siendo la principal amenaza contra los derechos humanos, lo que exige un tratamiento diferencial para que sus víctimas puedan realizar sus derechos. En efecto, la transformación del *habitus* que subyace a la comprensión actual del DPI, exige adoptar un trámite de complementariedad que impida que la misma simplemente refleje los esfuerzos diplomáticos de los Estados, y también implica medidas que aseguren la independencia de la CPI en el proceso de selección de situaciones y casos, de modo que se descolonicen los derechos humanos a través de la voces ausentes.

Esta afirmación implica que algunos instrumentos hegemónicos pueden tener un sentido de resistencia y de transformación, en lo que tiene un papel central la construcción contrahegemónica de la verdad, y en general el enfrentamiento de la razón instrumental.

Capítulo 4

Conclusiones Finales: El DPI como resistencia y en lógica de prevención mediante el universalismo concreto y el cosmopolitismo subalterno

Como había sido previsto desde la Introducción, esta tesis ha evidenciado otra faceta del sentido sociopolítico del Derecho. Se trata de un aspecto construido por una figura *tradicional* de la modernidad, como es la criminalidad de Estado, en combinación con los retos que emergen de la CPI, cuyo surgimiento ha tenido lugar en el contexto del Nuevo Humanismo Militar como escenario de actualización internacional de dicha criminalidad. En el núcleo de los encuentros de esta investigación, se observaron las posibilidades que tiene la CPI para abandonar su potencialidad de herramienta de biopolítica, y trocarse en defensa de la labor de prevención que podrá perfilar el procesamiento de la criminalidad de los poderosos, y en particular de los crímenes de Estado.

Quiere esto significar que de manera indudable la hipótesis relativa a las potenciales diferenciales de las víctimas de crímenes de Estado en la CPI ha sido corroborada. Dichas posibilidades pueden y deben ser ejercidas en los procesos de selección y casos en la CPI, lo que ha sido corroborado a partir de la revisión del ER, y las RPP, lo que se suma al desarrollo general de las posibilidades de las víctimas en los procedimientos ante el tribunal penal internacional permanente, por su jurisprudencia. Pero además se ha evidenciado que en relación con las vinculaciones entre Derecho y Política, la criminalidad de Estado precisa un procesamiento prioritario si la CPI busca asegurar su promesa de prevención de crímenes internacionales, y de hacerlo además en relación con una criminalidad que se ha robustecido durante toda la modernidad, y ha tenido un lamentable papel central durante el Nuevo Humanismo Militar. Al

punto que puede sostenerse que el Nuevo Humanismo Militar es la evidencia de la actualidad de la criminalidad de Estado, y de su particular inclemencia. De esta forma, un tratamiento diferencial, y preferente, para la intervención de las víctimas de crímenes de Estado, no solo es posible, sino que además, resulta impostergable.

En relación con la criminalidad de Estado, como corresponde a la expresión de las vinculaciones entre Derecho y Política, se observó que tiene lugar en una dicotomía, si bien en el contexto de la modernidad que aún se sostiene. Por una parte se observó la categoría desde un ámbito sociológico, en donde se expresa bajo la figura del crimen de Estado que corresponde con el mito del Estado ético y, por otra, se evidenció en relación con el sistema de protección internacional, como un fenómeno jurídico de Derecho Internacional.

En efecto, como instrumento de Biopolítica la práctica de la criminalidad de Estado perpetúa la guerra a nivel nacional e internacional, una realidad que como subraya Feierstein (2008), resulta previa a la propia modernidad, y que como prueba Castro Gómez (2007) en el contexto de la modernidad, la guerra profundiza las relaciones entre racismo y colonialismo. Esta guerra se continúa en la política (Foucault y Deleuze, 2000b), y en el Derecho (Foucault, 1996) lo que corrobora la existencia de la criminalidad de Estado como práctica social.

Se trata de una criminalidad de Estado concientemente edificada, que ha pretendido ser eludida a partir del mito de la maldad insular. Es una criminalidad que obra como *función* de la modernidad capitalista, y que ha permitido la instauración de los intereses del Estado como *relación* desde una dimensión general, y del *homo aeconomicus* en el sentido de la modernidad capitalista. A partir de ello, se ha discernido que como tecnología de poder, la realización de la

criminalidad de Estado corresponde al ejercicio de la discriminación que exige la opción por el *homo aeconomicus* como patrón de comprensión dentro de esta modernidad. Estas conclusiones, a su vez, han empezado a apuntalar la existencia de rendijas dentro del Derecho, en particular, la denuncia de la sistematicidad de este fenómeno criminal, y las posibilidades de resistencia dentro del Derecho Internacional que se expresaron en la consolidación de un concepto de crimen de Estado en el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos.

El mito del Estado neutral propio de la modernidad capitalista, ha permitido la consolidación del crimen de Estado como concepto jurídico. En la trascendencia de este concepto, en el contexto de un sistema internacional de protección de derechos, el reconocimiento de las facultades de procesamiento por la CPI reitera la idea de soberanía. Subraya el carácter adaptativo de ésta, incluso en momentos tan contundentes como el proceso de globalización o dinámica de Imperio, que no le han impedido permanecer como concepto central.

Entonces, la limitación de la soberanía es una realidad inmanente a la concepción moderna de Estado, en cuanto ejercicio racional del poder y se conecta, como lo resalta Bobbio (et al, 2005), con la paz y la guerra como realidad esencial de la política. De ahí que bien puede ser limitada por el discurso de los derechos humanos, tanto en su dimensión hegemónica como contrahegemónica. Es más, la restricción a través de los derechos humanos, constituye uno de los constructos centrales de la idea de la soberanía en la modernidad. (Moya Vargas, 2011) Una soberanía que se reitera a partir de la aquiescencia estatal a inscribirse dentro de la teleología de protección internacional de los Derechos; a reconocer sus órganos, organismos y tribunales; a encontrar que el Derecho Internacional tanto convencional como consuetudinario construye

nociones que antes se pretendieron tan reservadas al dominio doméstico, como el principio de legalidad.

Considerando el reconocimiento de los derechos humanos por la hegemonía, se ha transitado por sus dos potencialidades. Por una parte, una visión hegemónica de los derechos humanos que constituye otro instrumento de la Biopolítica y que les considera realizables mientras sostengan libertades negativas, parceladas de forma que no toquen los linderos de los contornos del poder hegemónico. Ello se sustentó a partir de las bases de esta comprensión hegemónica, entre ellos, una particular idea de dignidad y libertad, que en realidad responde al cambio de celdas a la que ha quedado reducida la libertad en la modernidad, como lo corroboraron autores como Fromm y Žižek, y la expresión normativa de estas nuevas celdas en el individualismo, ahora incrustado en el Derecho y en las relaciones sociales de todo orden, como lo demanda la entronización de la razón instrumental de la modernidad capitalista. Ello se expresa de manera particular en la actualidad, bajo la figura del Nuevo Humanismo Militar, que utiliza la visión hegemónica de los derechos humanos, en particular, bajo interpretaciones que respaldan al poder o rechazando los escenarios internacionales de su restricción.

Como la resistencia persiste, se ha evidenciado que es posible un análisis desde hegemonía y contrahegemonía donde la defensa de los derechos humanos se desarrolle con alguna posibilidad de atributo de limitación del poder. Así se corroboraron las vinculaciones dialécticas, hegemónicas y contrahegemónicas entre los países dominantes y los países dominados-dependientes, que habían sido discernidas por Poulantzas (1978). Estos primeros representados contemporáneamente por los estados ilustrados de Chomsky (1998; 2008; 2005). El segundo capítulo ha evidenciado los pesos y contrapesos que permitieron el establecimiento de

un DIDH como escenario de resistencia para las víctimas de crímenes de Estado. En la actualidad, similares afirmaciones conectadas con erróneas ideas sobre la inexistencia de la criminalidad de Estado, constituyen el terreno para el sostenimiento de la impunidad de este efecto de la razón instrumental.

Ello exige un papel activo del movimiento de derechos humanos, a través de ejercicios contrahegemónicos que buscan no solo el juzgamiento de esta criminalidad, sino también contra su sostenimiento. Gastón Chillier, al indagársele sobre el sentido contrahegemónico de la defensa de los derechos humanos en la Argentina, advierte:

Yo creo que claramente las organizaciones de Derechos Humanos, por lo menos hablo en la Argentina y en Colombia, han sido contrahegemónicas en momentos digamos en que la institucionalidad planteaba que por distintas razones y argumentos estos crímenes no debían ser juzgados, (...) o que armaba un diseño por el cual entre el diseño que planteaba y la falta de voluntad de los operadores, el resultado era la impunidad de estos crímenes. (Chillier y Gamboa, 2012)

Así sostiene que el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) consideró un éxito que la lucha contra la impunidad se constituyera en una política de Estado a partir del gobierno del ex presidente Kirchner, lo que se exteriorizó con la presentación por dicho gobierno de la Ley de nulidad contra las Amnistías. No obstante reconoce que ello podría ser interpretado con una suerte de contrahegemonía hegemónica: “nosotros decimos de que hay cierto temor. ¿Qué pasa cuando nuestra agenda que es contrahegemónica minoritaria y demás pasa a ser la agenda del Estado, uno se siente más incomodo porque siente que es más fácil ser contrahegemónico”. A partir de allí se procedió a “monitorear la forma en que estos crímenes iban a ser juzgados”, de

donde resultó una nueva expresión contrahegemónica, exigiendo la elaboración de estrategias de persecución penal, coordinación entre Fiscales, reconocimiento de los hechos como crímenes de lesa humanidad, la determinación de políticas específicas de protección de testigos y la traducción de las decisiones ejecutivas y judiciales en términos de políticas públicas. (Chillier y Gamboa, 2012)

También se ha corroborado que el escenario de la CPI si bien de surgimiento estatal y, en la actualidad, de imposición sobre el Tercer Mundo o el conjunto de países dominados; puede constituir un espacio de limitación al poder tantas veces discutido del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Estas posibilidades contrahegemónicas, podrían tener un difícil desarrollo inicial, pero al tiempo, la propia construcción del ER señala las posibilidades de su ejecución. Ello depende de la acción de las víctimas, de los movimientos sociales y de la interrelación de los intelectuales con los movimientos sociales.

Como en su momento ocurrió en relación con los Derechos Nacionales, los Estados se resisten al procesamiento de su criminalidad, en esta ocasión por el DPI. Por tanto, no puede pasarse por alto que la idea del dirigente se ha vinculado en la modernidad histórica, con la constitución de Estado. A partir de Kant (2008), el Estado se ha edificado como un soberano al interior, y como par en el exterior. De ahí que las relaciones de Derecho Internacional inicial, fueron construidas entre quienes fueron considerados formalmente como pares: los Estados, que reforzaban su soberanía a partir de la asunción de compromisos internacionales (PCIJ, 1923) y en

ejercicio de los principios de independencia e igualdad jurídica (Brotons, 2010; ONU, 1945, Art. 2.1; OEA, Art. 3.b, 3.c).

Ello, como se anotó, ha sido transformado por la acción de los sujetos colectivos, que mediante el ejercicio de sus demandas han dejado una impronta en el Derecho. En efecto, a partir del reconocimiento de las acciones del movimiento de derechos humanos en la construcción del Estatuto de Roma, y de las posibilidades determinadas a partir del ER, los EC y las RPP, sumados a la jurisprudencia actual de la CPI, se ha observado la viabilidad de la hipótesis de trabajo relativa a la posibilidad y la necesidad de que las víctimas de crímenes de Estado tengan un tratamiento diferencial al momento de discernirse la apertura de una investigación. Bajo este vértice es que se considera con Rajagopal (2005), que el DPI puede convertirse en espacio de ejercicio de reivindicaciones. Desde luego, el autor indio parte de reconocer la existencia de una lectura radicalmente liberal o individualista del Derecho Internacional, y de otra más integral, que incluye el colectivismo, cuyos frutos ya pueden percibirse:

For the First World liberal international lawyers, a focus on the individual in international law heralded the much-awaited move away from state-centered positivism to an individual-centered liberal humanism. For the Third World lawyers, human rights represented the perfect weapon in their struggle to decolonize and modernize their own countries. (Rajagopal, 1999: 20)

Al aceptarse que las posibilidades de tribunales internacionales como la CPI, han emergido del ejercicio de la soberanía de los Estados, se reconoce que esta debe ser especialmente rigurosa en el tratamiento de los crímenes de Estado, precisamente por el sentido de mayor gravedad que dichas formas contienen, pero, adicionalmente, porque de no hacerlo,

constituiría un verdadero espacio de prolongación de las vulneraciones. En efecto, la defensa de los derechos humanos en clave de búsqueda de procesamiento de los más altos responsables de crímenes internacionales constituye escenario de contrahegemonía. Lo cual resulta un fenómeno cuando menos curioso, pues el Derecho Internacional, si bien constituye escenario de hegemonía sobre un contexto típico de exposición y desarrollo de lógicas de dominación, igualmente puede convertirse en variante contrahegemónica –como se observó– a través de la acción de los movimientos sociales y, muy particularmente, de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos.

Permitir un lugar de intervención central a las víctimas en el sistema de la CPI constituye un justificado ejercicio contrahegemónico. Con mayor razón cuando se trata de víctimas de crímenes de Estado, de graves violaciones de derechos humanos que, como se ha evidenciado históricamente, tienden a la impunidad en los procesos internos. Frente a dicho fenómeno, y en lo atinente al sistema de la CPI, un sector de la doctrina que en estos aspectos evidencia afinidad con una lectura hegemónica de los derechos humanos, sugiere instaurar una revisión permanente de la complementariedad con anterioridad al juicio, pero ello rompe con la pretensión de la CPI como instrumento preventivo de crímenes internacionales bajo la cual fue concebido el tribunal internacional. Esto es más cierto aún cuando se constata, como se ha hecho aquí, que la idea de una jurisdicción complementaria por oposición a la concurrente, ha implicado un retroceso en la lucha contra la impunidad.

Como se señaló con antelación (supra Introducción), en esta tesis se comprende la teoría como un acto político que puede reconocer determinadas realidades y como advertiría Foucault (2000c) opera como una caja de herramientas. Así, evidencia la relación compleja que existe

entre la teoría y la práctica. Por ello resulta lógico advertir la posibilidad de implicar constructos teóricos en la determinación de potencialidades reales, en particular, en el proceso jurídico que implica la selección de casos y situaciones ante la Corte Penal Internacional. El acceso a una sociología de las ausencias y de las emergencias a través del trámite de situaciones y casos en la CPI, resulta impostergable, constituye una de las implicaciones del conocimiento como emancipación para la sociología.

Por ello, resultaba necesario reconocer los contenidos hegemónicos instalados en el escenario del DPI, y en particular, del que emerge del ER de la CPI. Se ha evidenciado algunas fórmulas que permiten sostener que implicar las voces silenciadas de las víctimas en los procedimientos de este tribunal internacional, permitirá limitar las comprensiones de la hegemonía y podrán transmutarlo en un escenario de universalismo concreto. Así, sostiene Zaffaroni (2012):

Si el poder punitivo internacionalizado se descontrolase, se convertiría en un instrumento hegemónico de una suerte de estado policial planetario, que pareciera ser lo que los críticos de izquierda quieren evitar y los de derecha provocar. Ante este riesgo, cabe preguntarse si el poder punitivo internacionalizado, dentro de límites menos irracionales, sería legitimado por alguna contribución positiva –incluso en limitada medida– a la evolución paulatina hacia una mejor convivencia internacional. (:32 y 33)

Se ha concluido asimismo que la implementación de una sociología de las emergencias, exige de manera inicial, la determinación de la hegemonía existente y empezar a generar las posibilidades para su transformación. Lógico es concluir la existencia de un discurso dicotómico –esquizofrénico– en relación con procesos de globalización en pugna con el universalismo

abstracto del mito liberal de los derechos humanos. Al tiempo que se relativiza la ya limitada soberanía moderna, en cuanto a los factores económicos buscando un “desarrollo” hegemónico global, se discute la condición de universalismo concreto de los derechos humanos, pues se entiende que la visión que se presenta en protección de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, que procura el procesamiento de los más altos responsables - incluyendo los más graves responsables de los crímenes de Estado-, es necesariamente contrahegemónica. Con mayor razón cuando se comprende que las víctimas y sus organizaciones interrelacionan en difíciles condiciones, inicialmente, con la oficina del Fiscal de la CPI, que ha dispuesto como guía una visión de Complementariedad Positiva con cercana y permanente discusión (¿o acuerdo?) con los Estados. De ahí que en un escenario inicialmente dispuesto por estos, como es el Derecho Internacional y su subespecie de DPI, debe cobrar fuerte figuración el reconocimiento de los derechos humanos en su visión contrahegemónica.

En realidad, la lógica de complementariedad es tan antigua en el DIDH como la misma Declaración Universal. No obstante, debe resaltarse que las cuestiones de derechos humanos no hacen parte del denominado dominio reservado de los Estados (Bazán Chacón, 2008), por lo cual la soberanía entra a discutirse con mayor fuerza y aún con mayor razón en un escenario de crisis del modelo tradicional de Estado nación como el actual. Una vez se ha implantado –y reiterado hasta la saciedad– una lectura de complementariedad en el ER de la CPI, es evidente que -en su discusión de límite al poder en entorno contrahegemónico- dicha asimilación sea particularmente estricta en los crímenes de Estado. De ahí que las discusiones propias del DPI y, con mayor razón, del establecido a partir del Estatuto de Roma de la CPI, tampoco pueden observarse sin un análisis en materia de ciencia política, con mayor razón cuando se acusa al llamado globalismo

humanitario de ser un novedoso escenario hegemónico, en tiempos de una particular concepción del uso de la fuerza militar:

Sea cual fuese el paradigma científico en que cada quien se apoye, lo cierto es que sería despreciable un saber criminológico que ignore el crimen que más vidas humanas sacrifica, porque esa omisión importa indiferencia y aceptación. El científico no puede alejarse de la ética más elemental de los derechos Humanos. (Zaffaroni, 2007: 513)

No debe olvidarse en este sentido, que ha pasado tiempo desde la expedición del CEDH (1950), resaltado por Bobbio (1991) como un momento importante en cuanto se daba a luz “una jurisdicción nueva y más elevada, de una verdadera tutela judicial de alcance internacional, que sustituye a la tutela nacional cuando ésta es insuficiente o ni siquiera existe”. (:78) Pero probada está, largos años después, la insuficiencia de una concepción dogmática del Derecho, para desarraigar la criminalidad de Estado como función en la modernidad. Entonces, un desarrollo del Derecho Internacional en lógica de Derechos Humanos para abandonar su mito y alcanzar su realización, debe implicar la valoración de los movimientos en contrahegemonía, con mayor razón frente a crímenes cometidos por los Estados que procurarán la impunidad en escenarios como los que reclama la intervención de la CPI, es decir, de gravedad, de sistematicidad y de relación con altos responsables, entre ellos, gubernamentales. Así, el ámbito del DPI puede convertirse en un escenario de desarrollo contrahegemónico y, en consecuencia, en campo de definición, efectividad y completud de los derechos humanos.

Dentro de estas acciones, permitir un lugar de intervención central a las víctimas en sistemas como el de la CPI, constituye un ejercicio contrahegemónico que coincide con la idea boaventuriana de establecimiento de una Teoría Política Contrahegemónica que rescate voces

silenciadas: “[...] *dar voz a los que no la tienen y aclarar teóricamente muchas de las causas del sufrimiento humano en este mundo globalizado e injusto en el que vivimos*” (Chavarría y García, 2004: 100). La expresión de estas resistencias han tenido lugar en el pasado en el DIDH, como en diversos escenarios de Derecho Nacional, *v. gr.*, con la reivindicación jurídica de derechos en espacios de dictadura, como con el ejercicio de los profesionales del derecho antifranquistas que subrayan Gómez Alén y Vega García (2010):

En las condiciones impuestas por una dictadura como la franquista, la presencia de profesionales del Derecho que anteponen la justicia a la ley y frecen cobertura a quienes arriesgan su libertad –cuando no su propia vida- al servicio de ideas proscritas, ejerciendo de *facto* derechos que les están vedados, tiene un valor incalculable. Su esfuerzo por buscar resquicios que minimicen el coste pagado por los militantes contribuye en lo inmediato a ensanchar los estrechos márgenes de las libertades y sienta bases en el largo plazo para el desarrollo de una cultura democrática. (:16)

Lógico es concluir que en el escenario actual del Nuevo Humanismo Militar se precisa insistir en la redimensión contrahegemónica de los derechos humanos, además de la exigencia de su efectividad, pues la práctica de su desconocimiento que tiene lugar incluso en un sistema respetado como el interamericano (Basch, Filippini, Laya, Nino, Rossi, y Schreiber, 2010) desde la hegemonía ha rayado en la tendencia hacia su desnaturalización.

Por eso en el momento actual, y tras la postura de Estados Unidos frente a la CPI, se concibe que el DPI puede adquirir una dimensión de contrahegemonía. Obsérvese, y es un punto sobre el que resulta preciso llamar la atención, que no se está convocando a la idea de finiquitar la soberanía como paso a un sistema jurídico universalista o un “ordenamiento jurídico mundial

centralizado” que trascienda a los derechos humanos, como llegó a anunciar Bobbio (1991) con fundamento en Kelsen y, que constituye, sede de hegemonía.

Como se observó, el cosmopolitismo subalterno rechaza la razón instrumental y constituye un camino real para impedir la instalación del DPI como instrumento de la hegemonía y procurador de la impunidad de la criminalidad de Estado. Boaventura de Sousa Santos (2004) ya ha advertido que no es posible lograr el cosmopolitismo subalterno sin la sociología de las emergencias. Por tanto, se precisa construir esta sociología en el contexto de la CPI, a través de la construcción de la verdad contrahegemónica, el abandono de los silencios de las víctimas de crímenes de Estado en la CPI, y vehiculando su participación en uno de los momentos más vulnerables de intervención hegemónica: los momentos previos a la autorización de investigación *motu proprio*. Considerando que las víctimas de la criminalidad de Estado han intentado hacer ejercicio con intensidad de las posibilidades de inicio de investigación para evitar la continuación del sino del Consejo de Seguridad, debe permitirse su intervención en este escenario central en las pretensiones de prevención en el marco de la CPI.

De ahí que esta visión contrahegemónica que busca generar espacios de prevención real de los crímenes puede convertirse en algo más que una aspiración, más aún frente a la concreción de la responsabilidad internacional de Estado e individuos. Por lo menos el desarrollo del DPI ha dado fundamentales pasos en dicho sentido. Así, sobre este desarrollo en integralidad se había establecido con anterioridad a la entrada en vigencia del ER de la CPI:

Not only from the perspective of rendering justice in cases of serious criminal behavior by agents of non-State actors, but also for the sake of supplementing State responsibility with criminal responsibility of State officials, is it noteworthy that the UN has

now made significant steps in the direction of establishing international criminal jurisdiction in order to bring to trial persons responsible for the commission of crimes under international law, notably genocide and other gross violations of human rights. The Nuremberg Judgment affirmed that crimes are committed by men, and not by abstract entities. The recent establishment by the Security Council of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and of the International Tribunal for Rwanda may be considered as a breakthrough with regard to the enforcement of international humanitarian law. The eventual setting up of a permanent international criminal court could constitute a further step in the same direction, but for the time being these developments are more illustrative of a broadly felt wish to affirm principles of international criminal responsibility than a will to translate these concerns into effective tools. (Boven, 1995: 474)

La necesidad de transformación, y de redefinición del rumbo en el proceso de selección de situaciones y casos en la CPI, no puede ser aplazado por más tiempo. La criminalidad de Estado se extiende en diversos órdenes nacionales y a nivel internacional. Se ha puesto en evidencia así que esta criminalidad no solo mina la aspiración en la construcción futura de un Estado ético, sino que además permite la configuración de múltiples criminalidades como lo ha puesto de presente la nueva pretensión de imperialismo que constituye el denominado Estado Islámico, desarrollado a la sombra de un creciente sentimiento de indignación, y equivocada reacción frente a imperialismos como el que se ha evidenciado en el Nuevo Humanismo Militar en acción en países como Iraq, Afganistán, Libia, entre muchos otros.

Uno de los casos más dolorosos de la criminalidad de Estado en Colombia, se trata de la Masacre que tuvo lugar el 21 de febrero de 2005 en la Comunidad de Paz de San José de

Apartadó. En este caso se ha atribuido al Ejército Nacional en conjunción con grupos paramilitares, la tortura y asesinato de dos familias, incluyendo tres niños. Una de las situaciones más desgarradoras que puede haber escuchado una abogada defensora de los derechos humanos, es la reacción de una de las víctimas, una niña antes de morir. Su padre, al percatarse que serían asesinados, le manifestó que emprenderían un viaje muy largo, por lo que Natalia insistió en tomar y preparar una maleta para tal efecto. El duelo de este horror se extiende a toda la Comunidad de San José de Apartadó, quien conmemora este dolor cada 21 de febrero.

La impresión del olvido y la resistencia frente a la muerte de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, obligó a iniciar la redacción de esta tesis doctoral con el recuerdo transmitido por las líneas del fotógrafo Jesús Abad Colorado, que se encuentran al inicio de este texto. La impresión del olvido y la resistencia ha llegado a la improbable pero verificada situación, de que las líneas finales de esta tesis tienen lugar en la semana en que se llevan a cabo los actos de conmemoración de la Masacre, donde la Comunidad de Paz de San José de Apartadó comparte el imborrable dolor, y se ha reunido con sus defensores y defensoras, sus acompañantes; entre ellos, Martha Castillo, Jorge Molano y Germán Romero, cuya lucha ética y humanista ha acompañado durante largos años la pretensión de procesamiento penal por estos hechos. El recuerdo de este y de todos los crímenes de Estado, constituye la memoria como aguijón y obliga a replantear el papel del DPI.

Este recuerdo atrapa entre la red de memoria que encarna todas las historias en Walter Benjamin (2008), le ayudan a superar el puesto de vigilancia en Portbou, y le convierten en otro Angelus Novus, uno que a contrapelo de la historia transforma, mirando a un tiempo, el pasado, el presente y el futuro. Un redivivo Angelus Novus que tomando las voces silenciadas, *es* todas

las voces; que sigue siendo la voz de Luis Eduardo Guerra Tuberquia, su compañera Beyanira Areiza y su hijito Deyner Andrés Guerra Tuberquia (11 años), de la señora Sandra Muñoz, su esposo Alfonso Bolívar Tuberquia, su hija Natalia (5 años), el pequeño Santiago (2 años), así como el señor Alejandro Pérez. Un Angelus Novus que no se extingue y puede transformar la suerte de las víctimas de los crímenes de Estado.

Listado de Fuentes

- Abad Colorado, J. (2004). Cuatro días en busca de los cadáveres de la masacre en comunidad de paz de San José de Apartadó. *Noche y Niebla*. Recuperado el 8 de abril de 2013, en www.nocheyniebla.org/files/u1/30/pdf/02Cuatrodias.pdf.
- Abarca Hernández, O.F (2008). La Paradoja Kantiana de la Resistencia al Poder. *Revista de Ciencias Jurídica*, (115), 35-56.
- Abellán Honrubia, V. (1993) *Impunidad de violación de los derechos humanos fundamentales en América Latina: Aspectos jurídicos internacionales*, en Jornadas iberoamericanas de la Asociación española de profesores de derecho internacional y relaciones internacionales- La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en América, del pasado al futuro, Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Abi-Saab, G. (1999) The Uses of Article 19. *European Journal of International Law*, 10, (2), 339-351. Recuperado el 8 de diciembre de 2013, en <http://ejil.oxfordjournals.org/content/10/2/339.full.pdf+html>.
- [Abogados Sin Fronteras Canadá] (2012). *El principio de Complementariedad en el Estatuto de Roma y la Situación Colombiana: Más allá de lo Positivo*. Bogotá: ASF.
- Abramovich, V. (2009). De las Violaciones Masivas a los Patrones Estructurales: Nuevos Enfoques y Clásicas Tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Sur*, (11), 8-41.
- Abregú, M. (2008). Derechos humanos para todos: de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva - una mirada desde la Región Andina y el Cono Sur. *Revista Sur*, (8), 6- 41.
- Abril, R. (2005). De Guantánamo, a Bagdad. Estatuto Jurídico y trato a los “detenidos en la lucha contra el terrorismo”. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (9). Recuperado el 27 de octubre de 2012, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num9/articulos/guantanamo-bagdad-estatuto-juridico-trato-detenidos-lucha-contra-terrorismo>
- Abrisketa, J. (2009). La Población Internamente Desplazada en Colombia: Claves para Interpretar la Regulación Internacional; en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (18), Recuperado el 21 de julio de 2010, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3149838>.
- Abu Tarbush, J. (2012). Palestina: Retomando la iniciativa. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (24). Recuperado el 18 de diciembre de 2012, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num24/notas/palestina-retomando-iniciativa>.
- Ackerman, M. (2005). El constitucionalismo social en Latinoamérica. *Revista Latinoamericana de Derecho Social* (1). Recuperado el 10 de octubre de 2012, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/1/art/art2.pdf>.
- Acosta, Y. (2011) “La Constitución del sujeto en la filosofía latinoamericana”. En: E. Grüner, (coord.) *Nuestra América y el Pensar Crítico Fragmentos de Pensamiento Crítico de Latinoamérica y el Caribe*. Buenos Aires: Clacso.
- Adorno, T. (1984) *Dialéctica negativa*. José María Ripalda (Trad). (1a ed., 1a. reimp.) Madrid: Taurus.
- _____, (1998). “La educación después de Auschwitz”. *Educación para la emancipación*, En G. Kadelbach (Ed.) y J. Muñoz (Trad.). (79-92.). Madrid, España: Ediciones Morata, S.L.
- _____, Brunswick, E.F., Levinson D.J, & Sanford R.N. (1950) *Studies in Prejudice*. New York: Harper & Brothers.
- Agamben, G. (2004). *Estado de excepción. Homo sacer. II, 1*. (1 Ed.) En A.G. Cuspinera (Trad.). Valencia: Pre-textos.
- _____, (2010). *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida. I*. En A.G. Cuspinera (Trad.) Valencia: Pre-textos.
- _____, (2000). *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo sacer. III*. (1 Ed.) En A.G. Cuspinera (Trad.). Valencia: Pre-textos.
- Agnello, F. (2010). La detención preventiva y la libertad personal en la práctica del Tribunal Especial para el Líbano. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (20). Recuperado el 27 de octubre de 2012, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num20/notas/detencion-preventiva-libertad-personal-practica-tribunal-especial-para-libano>.
- Aguilar Novoa, O. (2006). Estado, mercado y sociedad civil. Una mirada desde la sociología. En *Revista Némesis* (5), 131-150.
- Aguiló Bonet, A. (2009). El concepto de “poder” en la teoría política contrahegemónica de Boaventura de Sousa Santos: Una aproximación analítico-crítica *Revista Nómadas* (24), Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Recuperado el 23 diciembre de 2010, en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/181/18112178004.pdf>
- _____, (2009). *La democracia contra-hegemónica en la teoría política de Boaventura de Sousa Santos: notas sobre un proyecto emancipador para el siglo XX*. En pasado, presente y futuro de la democracia (377-383). Recuperado el 17 de mayo de 2010 en: <http://congresos.um.es/sefp/sefp2009/paper/viewFile/3511/37611>
- Aguirre, I. (1996) La teoría normativa de las relaciones internacionales, hoy. *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz* (1). Madrid. Tecnos.
- Akande, D. (2004) International Law Immunities and the International Criminal Court. *The American Journal of International Law*, Vol. 98, (3), 407-433.

Alba Rico, S. (n.d.). Al contrario que el modelo Auschwitz, el modelo hiroshima no produce ningún escándalo. (R. Beatriz, Interviewer)

____ & Guanche, J. C. (2012, diciembre 30) (J.C. Guanche Entrevistador), Recuperado el 25 de julio de 2014, en http://www.youtube.com/watch?v=U_ekOX41H-Y.

Albala, A., & Parra Ramírez, E. (2011). ¿Nuevos actores, nuevas prácticas? Los casos de reordenamiento de los bipartidismos en Argentina, Colombia y Uruguay desde la década de los años ochenta. *Revista Estudios políticos* (24). Recuperado el 10 de octubre de 2012, en www.journals.unam.mx/index.php/rep/article/download/27404/25431.

Alcaide Fernández, J. (2005). "Orden público y Derecho internacional: Desarrollo normativo y déficit institucional". En: A. Rodríguez Carrión & E. Pérez Vera (Coord.) *Soberanía del Estado y derecho internacional: Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Tomo 1 (91- 116). Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga.

Alda Mejías, S. (2013). "La guerra contrarevolucionaria: un factor de predisposición al hecho". En: A. Gil Gil (Dir.) E. Maculan (Coord.) *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de Atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*. (25-54) Dykinson S.L.

Alexander, J.C. (2000). *Sociología cultural. Formas de clasificación en las sociedades complejas*. Barcelona: Anthoropos Editorial. México: Flacso.

Alija Fernández, R.A. (2011). *La persecución como crimen contra la humanidad*. Barcelona: Publicacions i edicions de la Universitat de Barcelona.

Althusser, L. (2005). "Ideología y aparatos ideológicos del Estado". En: *La filosofía como arma de la revolución* (25ª ed.). (102-151) México: Siglo XXI.

____ (2005). "La Filosofía como arma de la revolución" (Respuestas a ocho preguntas). En: *La filosofía como arma de la revolución* (25ª ed.). (11-22). México: Siglo XXI.

____ (1967). *La revolución teórica de Marx*. En M. Harnecker (Trad). México: Siglo XXI Editores.

____ (1974). *Para una crítica de la práctica teórica. Respuesta a John Lewis*. En S. Funes (Trad.). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

____ & Balibar, E. (2004). *Para leer el capital*. México: Siglo XXI Editores.

Alvarado Bustos, B. M. (2012) *De altruistas a terroristas "Análisis al Tratamiento Penitenciario a los presos políticos. Caso Bogotá"*. (Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Ciencias Económicas Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales). Recuperado el 21 de noviembre de 2012, en <http://www.bdigital.unal.edu.co/8019/1/696999.2012.pdf>

Álvarez Cobelas, J.R. (2007). La etiqueta como estigmatización: de Failed State, a Rogue State. *Revista electrónica de estudios internacionales* (14). Recuperado el 27 de octubre de 2012, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num14/notas/etiqueta-como-estigmatizacion-failed-state-rogue-state>

Álvarez Enríquez, L. (2007). Romper el cerco de lo mínimo: el debate actual sobre la democracia. *Revista Estudios Sociológicos*, 25, (2), 491-515

Ambos, K. (2013). *¿Castigo sin soberano? Ius puniendi y función del derecho penal internacional. Dos estudios para una teoría coherente del derecho penal internacional*. En E. Malarino y C. Aguilera Marinovic (Trad). Bogotá: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Universidad Externado de Colombia.

____ (2012). Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional. *Revista General de Derecho Penal* (17).

____ (1997). De la estructura jurídica de la represión y de la superación del pasado en Argentina por el derecho penal. En: *Revista Información y Debate* (30), 90-96. Madrid: Jueces para la Democracia.

____ (2004). Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. *Revista Diálogo Político* Vol. 21, (3), 85-115.

____ (1998). *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

____ (2010). El Derecho Penal Internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional. *Revista Política criminal* Vol. 5, (9) 237-256.

____ (2004) *El Nuevo Derecho Penal Internacional*. (1ª Ed.) ARA Editores.

____ (2007). Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre Justicia y Realpolitik. *Revista Política criminal*, (4), 1-16.

____ (2004). *Estudios de Derecho Penal Internacional*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

____ (1999). Impunidad, derechos humanos y derecho penal internacional. *Revista Nueva Sociedad* (161), 86- 102.

____ (2005). *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. En E. Malarino (Trad). Duncker & Humblot, Programa Estado de Derecho para Sudamérica Konrad Adenauer Stiftung; Temis.

- _____. (2007). Los fundamentos del ius puniendi nacional; en particular, su aplicación extraterritorial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. (119), 293.
- _____. (2009). *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Embajada de la República Federal de Alemania en Bogotá, Georg-August-Universität Göttingen, Editorial Temis.
- _____. (2003). Responsabilidad Penal Individual en el Derecho Penal Supranacional. Un análisis jurisprudencial - De Nuremberg a La Haya. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica* (21), 7-26.
- _____. & Grammer, C. (2005) *Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann*. En E. Sarraýrouse (Trad). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- _____. & Malarino, E. (Ed.) (2003). *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Konrad Adenauer Stiftung; Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional.
- _____. Malarino, E., Woischnick, J., & Aldoney Ramírez, R. (2005) "La construcción de una parte general del derecho penal internacional", En *Temas actuales del Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. (14-27). Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.
- Ameghino, N. (2011). ¿Interculturalidad hegemónica o emancipatoria? Una aproximación a la gestión intercultural en Neuquén, Argentina. *Revista Cultura y Representaciones Sociales*, Vol. 6 (11). Recuperado el 10 de octubre de 2012, en <http://www.culturayrs.org.mx/revista/num11/Ameghino.pdf>.
- Amin, S. (2002). *El capitalismo en la era de la globalización*. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós.
- _____. (2010). *Escritos para la transición*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, Oxfam.
- Anaya Muñoz, A. (2009). La construcción internacional de los derechos humanos: el papel de las Relaciones Internacionales. *Revista de Relaciones de Internacionales de la UNAM* (104). Recuperado el 10 de octubre de 2012, en www.revistas.unam.mx/index.php/rri/article/download/18132/17252.
- Andersen, M.L. (2006). Race, Gender, and Class Stereotypes: New Perspectives on Ideology and Inequality. Magazine *Norteamérica*, Vol. 1(1). Recuperado el 10 de octubre de 2012, en <http://www.revistascisan.unam.mx/Norteamerica/pdfs/n01/n0105.pdf>.
- Andreassi, A. (2005). *Dictadura militar en Argentina (1976-1983). Naturaleza y antecedentes del Estado genocida*. Recuperado el 2 de octubre de 2012, en <http://www.espai-marx.net/ca>.
- Andreu Guzmán, F. (2012). *Derecho a la verdad y Derecho internacional*, Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.
- Anello, C. (2013). Desafíos de la Corte Penal Internacional en torno a la cooperación con los Estados", *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP*, vol. 1, 43-60.
- Anitua, G.I. (2004). "Contradicciones y dificultades de las teorías del castigo en el pensamiento de la ilustración". En: I. Rivera Beiras (Coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*. (113-130). Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, Anthropos.
- Añaños Meza, M.C. (2010). La consolidación de la paz en el Derecho Internacional. Peace building in international law. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (20). Recuperado el 27 de octubre de 2012, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num20/articulos/consolidacion-paz-derecho-internacional>.
- Aponte Cardona, D.A. (2010). "Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: Una relación Problemática". En: Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. (125-170). Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen- Konrad Adenauer Stiftung.
- Arango Rivadeneira, R. (2008). *Derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Universidad de los Andes, Grupo Editorial Norma.
- Arce Arce, G.A. (2010). Fuerzas armadas, comisión de la verdad y justicia transicional en Perú. *Revista Sur* (13), 27- 49.
- Arendt, H. (2003). *Eichmann en Jerusalén* (4ª Ed.) Barcelona: Editorial Lumen S.A.
- _____. (2009). *La condición humana*. (1ª ed. 5ª reimp.) Buenos Aires: Paidós.
- _____. (1984). *La vida del Espíritu. El pensar, la voluntad y el juicio en la filosofía y en la política*. En R. Montoro Romero & F. Vallespin Oña (Trad.) Madrid: Centro de Estudios constitucionales.
- _____. (1998). *Los Orígenes del Totalitarismo*. Madrid: Taurus.
- Aricó J.M. (2010) *Marx y América Latina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

- Ariza Higuera, L.B., Cammaert Hurtado, F., Iturralde Sánchez, M.A. (1997) *Estados de excepción y razón de Estado en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Ariza Santamaría, R. (2010). *El derecho profano. Justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- _____. (2011). "El derecho profano y otras maneras de realizar lo justo". En L.F. Ávila (Edit.) *Emancipación y transformación constitucional*. (129-173). Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición; Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional; Red por el Constitucionalismo Democrático Sede Ecuador.
- Arnaut, A. (2010). Movimientos sociales e identidad: el caso de los movimientos en Xoxocotla, Morelos. *Revista Cultura y Representaciones Sociales*, Vol. 4 (8). Recuperado el 10 de octubre de 2012, en www.revistas.unam.mx/index.php/crs/article/download/16479/15684.
- Arnos, M., Ansaloni, S., Gandarias, I., & Arnos, A. (2012). Mujeres jujeñas y sobrevivientes: narrativas del pasado represivo (1976-1983) argentino, consecuencias psicosociales y creencias acerca de la reparación. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* (214). Recuperado el 3 de Agosto de 2014, en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rmsps/article/viewFile/32521/29873>.
- Arribas, J.J.M. (2005). ¿Hacia un derecho internacional global en los albores del siglo XXI? *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo II, 637- 671.
- Arriola, J., Bonilla Saus, J., & Campo, M. (2010) *Hugo Grocio: en los Orígenes del Pensamiento Internacional Moderno*. Documento de Investigación No. 59. Montevideo: Facultad de Administración y Ciencias Sociales. Universidad ORT Uruguay. Recuperado el 24 de febrero de 2011, en <http://www.ort.edu.uy/facs/pdf/documentodeinvestigacion59.pdf>.
- Arroyo Pichardo, G. (2011). Interculturalismo y valores humanos: hacia nuevas formas de paz. *Revista de Relaciones de Internacionales de la UNAM* (95). Recuperado el 10 de octubre de 2012, en <http://revistas.unam.mx/index.php/rri/article/viewFile/18374/17453>.
- _____. (2008). Las relaciones internacionales del siglo XXI. Un nuevo paradigma metodológico para su estudio. *Revista de Relaciones de Internacionales de la UNAM*, (100). Recuperado el 10 de octubre de 2012, en <http://www.journals.unam.mx/index.php/rri/article/viewFile/16294/15500>
- _____. (2011). Sistema global, ciencias sociales y postdisciplinariedad. *Revista de Relaciones de Internacionales de la UNAM* (99). Recuperado el 10 de octubre de 2012, en <http://www.journals.unam.mx/index.php/rri/article/viewFile/18297/17388>.
- Arroyo Zapatero, L. (2009) Presentación a la edición española. En: M. Delmas-Marty, M.. Pieth, y U. Sieber, *Los Caminos de la Armonización Penal*, M. Morales (Coord.), Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Arthur, P. (2009). How "Transitions" Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice. *Magazine Human Rights Quarterly*, (31). Recuperado el 24 de septiembre de 2012, en http://paigeearthur.com/sites/default/files/Arthur_How%20Transitions%20Reshaped%20Human%20Rights_2009.pdf.
- Artigas, C. (2001). El aporte de las Naciones Unidas a la globalización de la ética. Revisión de algunas oportunidades. *Revista Serie Políticas sociales* (54). Santiago de Chile: Naciones Unidas, Cepal, Eclac.
- Augé, M. (s.f). "No estamos en un mundo postmoderno, porque no hemos superado la modernidad". (C. Keve, Entrevistador). Recuperado el 6 de diciembre de 2013, en <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=112841>.
- Ayuso, M. (2006). El Derecho Político Realista de Pietro Giuseppe Grasso. *Anales de la Fundación Francisco Ellás de Tejada* (12), 147-155, Recuperado el 17 de noviembre de 2010, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2865447>
- Bajoit, G. (2008). La renovación de la sociología contemporánea. *Revista Cultura y Representaciones Sociales*, Vol. 3 (5). Recuperado el 10 de octubre de 2012, en <http://www.culturayrs.org.mx/revista/num5/Bajoit.html>.
- Baldussi, C. (2006). Derecho de defensa en juicio contra cosa juzgada: tensión entre dos pilares constitucionales, *Revista Invenio*, vol. 9, (016), 9-24. Argentina: Universidad del Centro Educativo Latinoamericano. Rosario. Recuperado el 22 de noviembre de 2009, en <http://redalyc.uamemex.mx>
- Ballesteros Pérez, C. (s.f.). Tesis para la reconstrucción de la teoría postinternacional. *Revista de Relaciones de Internacionales de la UNAM*, (99). Recuperado el 10 de octubre de 2012, en <http://www.journals.unam.mx/index.php/rri/article/view/18303/17389>.
- Bariffi, F.J. (2009). Jurisdicción Universal sobre crímenes de guerra: evolución histórica y su codificación en el Derecho de Ginebra. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (17). Recuperado el 27 de octubre de 2012, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num17/articulos/jurisdiccion-universal-sobre-crime-nes-guerra-evolucion-historica-su-codificacion-derecho-ginebra>.
- Barreiro, L. (2005) *Discriminacion-es*. (33-49). En: Line Bareiro (comp.) Debate teórico paraguayo. Legislación antidiscriminatoria. Asunción: Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), Comisión de Equidad, Género y Desarrollo Social de la Cámara de Senadores, Comisión de Equidad Social y Género de la Cámara de Diputados, Comisión de Derechos Humanos y Asuntos Indígenas de la Cámara de Diputados y Centro de Documentación y Estudios (CDE).
- _____. & Mboriahu, M. (2005) "De la discriminación por ser pobre". (187-198). En: Line Bareiro (comp.) *Discriminacion-es. Debate teórico paraguayo. Legislación antidiscriminatoria*. Asunción: Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), Comisión de Equidad, Género y Desarrollo

Social de la Cámara de Senadores, Comisión de Equidad Social y Género de la Cámara de Diputados, Comisión de Derechos Humanos y Asuntos Indígenas de la Cámara de Diputados y Centro de Documentación y Estudios (CDE).

Barreto, J.M. (2013a) A conquista da América como centro da história. *IHU On-Line*. 431 (36-41) Recuperado el 20 de diciembre de 2014, de: http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5257&secao=431

_____. (2013) Decolonial Strategies and Dialogue in the Human Rights Field. En: José Manuel Barreto (edt.) *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*. (1-42) New Castle: Cambridge Scholars Publishing

_____. (2014) Epistemologies of the South and Human Rights: Santos and the Quest for Global and Cognitive Justice. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 21, 2 (395-422) Recuperado el 20 de diciembre de 2014, de: https://www.academia.edu/9695701/Epistemologies_of_the_South_and_Human_Rights_Santos_and_the_Quest_for_Global_and_Cognitive_Justice

Barrow, C. (1993), *Critical Theories of the State. Marxist, Neo-Marxist, Post-Marxist*, Madison: The University of Wisconsin Press.

Bartolomé Ruiz, C.M.M. (2012). “El homo sacer y la ciudad antigua. Abandono y gobierno de la vida humana, un diálogo con Giorgio Agamben”. En: M.M. Castor Bartolomé Ruiz y R.A. Duarte Cuadros (coords.), *La urbe global y el gobierno de la vida humana: Justicia, alteridad y memoria en los espacios de poder*. (25-48) (1ª. Ed.) Bogotá: Universidad Libre. Facultad de Filosofía.

_____. (2011) “Naturalización de la violencia y memoria de las víctimas. Aproximaciones y controversias entre W. Benjamin y Nietzsche. En: Bartolomé Ruiz, C.M.M., & Quinche Ramírez, M. (Comp.) *Justicia, Estados de Excepción y memoria. Por una justicia anamnética de las víctimas*. (31-52) Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario.

Basave Fernández del Valle, A. (2001). *Filosofía del Derecho Internacional*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México

Basch, F., Filippini, L., Laya, A., Nino, M., Rossi, F., & Schreiber, B. (2010). La efectividad del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos: un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones. En: *Revista Sur* (12), 9-36.

Bassiouni, M.C. (1992). *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

_____. (1982). El Derecho penal internacional: Historia, objetivo y contenido. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 35, (1), 5-42.

_____. (1997) *International Criminal Law Conventions and their penal provisions*. New York: Transnational Publishers, Inc.

_____. (1987) *International Criminal Law: Enforcement*, Vol. III. New York: Transnational Pub Inc.

_____. (1996). *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*. Vol. 59, 63-74. Law & Contemporary Problems.

_____. (2008). *International Criminal Law: Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms*, Vol. II. (3th ed.) New York: Transnational Pub Inc.

_____. (2008). *International Criminal Law: Sources, Subjects and Contents*, Vol. I. (3th ed.) New York: Transnational Pub Inc.

Bauman, Z. (2005). *Identidad. Conversaciones con Benedetto Vecchi*. En D. Sarasola (Trad). Buenos Aires: Losada.

_____. (2004). *Modernidad líquida*. (1ª Ed.) Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

_____. (2011). *Modernidad y Holocausto*. (6ª ed.) Madrid: Ediciones Sequitur.

_____. Giddens, A., Luhman, N. & Beck, U. (1996). “Modernidad y ambivalencia”. *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*. (73) En J. Beriarin (comp.) y C. Sanchez (Trad). Barcelona: Anthropos.

Batta Fonseca, V. (2008). Altermundismo: ¿sociedad civil global o nuevo movimiento antisistémico? *Revista Norteamérica*, (2). Recuperado el 10 de octubre de 2012, en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-35502008000200008&script=sci_arttext.

_____. (s.f.). Las ciencias sociales y el conocimiento transdisciplinario: claves ontológicas para investigar la realidad social mundial. *Revista de Relaciones de Internacionales de la UNAM* (99). Recuperado el 10 de octubre de 2012, en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rri/article/viewFile/18305/17390>.

Baumgartner, E. (2008). Aspects of victim participation in the proceedings of the International Criminal Court. *International Review of the Red Cross*. Vol. 90, (870), 409- 440.

Bautista Jiménez, J.M. (2008). La vinculación entre la protección de algunos derechos fundamentales y la “seguridad y paz” internacionales: el antecedente de la sociedad de Naciones. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (16). Recuperado el 27 de octubre de 2012, en <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2942636.pdf>.

Bavaresco, A. (2003). La crisis del estado-nación y la teoría de la soberanía en Hegel. *Recerca. Revista de pensament i anàlisi*, (3), 55-80. Recuperado el 15 de noviembre de 2010, en <http://www.raco.cat/index.php/RecercaPensamentAnalisi/article/view/106716/153085>.

- Baxi, U. (1987). "From Human Rights to the Right to be Human: Some Heresies". *The Right to be human*. In U. Baxi, G. Sen & J. Fernandes (eds.), (185-190). New Delhi: Lancer International in association with Indian International Center.
- _____. (1992). Globalization: A world without alternatives?. *ICES Annual Lecture*. Sri Lanka: International Centre for Ethnic Studies.
- _____. (2008). *The future of Human Rights*. New Delhi: Oxford University Press.
- _____. (2005). The "War on Terror" and the "War of Terror": Nomadic Multitudes, Aggressive Incumbents, and the "New " International Law: Prefactory Remarks on Two " Wars". *Osgoode Hall Law Journal* 43.1/2, 7-43. Recuperado el 1 de octubre de 2013, de <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol43/iss1/2>
- _____. (2009) *Upendra Baxi*. En: W. Twining. (Ed.) *Human Rights, Southern Voices*. New York: Cambridge University Press.
- _____. (2006). What may the 'Third World' expect from International Law? *Third World quarterly*, Vol, 27, (5), 713-725.
- Bayón, J.C. (2008). "¿Democracia más allá del Estado?" En G. Peces-Barba, *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba* Vol. IV (71-92). Madrid: Dykinson.
- Bayón, M.C. (2012). El "lugar" de los pobres: espacio, representaciones sociales y estigmas en la ciudad de México. *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 3, (74). Recuperado el 10 de octubre de 2012, de <http://www.journals.unam.mx/index.php/rms/article/view/29538/27475>.
- Bazán Chacón, I. (2008). La complementariedad del Estatuto de Roma y soberanía del Estado. *Revista del Observatorio Regional sobre Corte Penal Internacional y Derecho Penal Internacional*, (2). Recuperado el 31 de agosto de 2009, en http://www.observatoriopdi.org/_data/spda/contenido/20080506124745_.pdf
- Becerra Ramírez, M. (2012) "Introducción". En M. Becerra Ramírez y N. González (coord.) *Estado de derecho internacional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Belloso Martín, N., & de Julios-Campuzano, A. (coord.) (2008) *¿Hacia un paradigma cosmopolita del Derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati; Dykinson.
- Benjamin, W. (1987). *Dirección Única*. Madrid: Alfaguara.
- _____. (2008) *El narrador*. Pablo Oyarzún Robles (Trad.) Santiago de Chile: Ediciones Materiales Pesados.
- _____. (1990). *El origen del drama barroco alemán*. José Muñoz Millanes (trad.). Taurus, España.
- _____. (s.f.) *La dialéctica en suspenso. Fragmentos sobre Historia*. Pablo Oyarzún Robles (Trad.) Santiago de Chile: Arcis, LOM.
- _____. (1971). "Para la crítica de la violencia". *Angelus Novus* (197-199). En: H.A. Murena (Trad). Barcelona: Edasa, Editorial Sur.
- _____. (2005). *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. En B. Echeverría (Trad). México: Clío.
- Bergalli, R. (2006) Presentación. En: Bergalli, R & Rivera Beiras, I. (Coords.) *Torturas y Abuso de Poder*. (5-19) Barcelona: Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans. Universitat de Barcelona. Editorial Anthropos.
- _____. (2001). "Principio de Justicia Universal y modernidad jurídico-penal". En: *El principio de justicia universal*. (187-198). Madrid: Editorial Constitución y Leyes.
- Bergsmo, M. (2000). Occasional Remarks on Certain State Concerns about the Jurisdictional Reach of the International Criminal Court, and Their Possible Implications for the Relationship between the Court and the Security Council. *Nordic Journal of International Law*, Vol. 69, Issue 1, 87-113.
- Berman, M. (2004). "Brindis por la modernidad". En N. Casullo *El debate modernidad-posmodernidad*. (2ª ed.) (87-105). Buenos Aires: Retórica.
- _____. (1989). *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad*. Buenos Aires: Siglo XXI de España Editores.
- Bernal Sarmiento, C.E. & Foucault, M. (2004). "Desenmascarando las tecnologías del castigo". En I. Rivera Beiras (Coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*. (209-230). Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, Anthropos.
- Bernales Ballesteros, E. (2006) "La globalización y la incidencia de los Derechos Humanos". En: E. Salmón (coord.) *Miradas que construyen perspectivas multidisciplinarias sobre los derechos humanos*. (189-229). Lima: Pontificia Universidad Católica Del Perú.
- Bernardes, M.N. (2011). Inter-American Human Rights System as a Transnational Public Sphere: Legal and Political Aspects of the Implementation of International Decisions. *Revista Sur* (15), 131-152.
- Beuchot, M. (1997). *Tratado de hermenéutica analógica*. México: Universidad Autónoma de México.
- Blanc, A. (1990) *La Violación de los Derechos Humanos Fundamentales como Crimen Internacional*. Barcelona: Editorial Bosh.

- Blondel, J.L. (2004) La globalisation: approche du phénomène et ses incidences sur l'action humanitaire. *International Review of the Red Cross*. (493-503)
- Bobes, V.C. (2010). Cuba: justicia social, gobernanza e imaginario ciudadano. Presente y futuro de una compleja relación. *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 72 (4). Recuperado el 10 de octubre de 2012, en <http://www.journals.unam.mx/index.php/rms/article/view/21493/20263>.
- _____ (2007) *La nación inconclusa. (Re) constituciones de la ciudadanía y la identidad nacional en Cuba*. México: Flacso.
- _____ (2002). Movimientos sociales y sociedad civil: Una mirada desde América Latina. *Revista Estudios sociológicos* XX, (59), 371- 386.
- Bobbio, N. (1999). “Derecho y Guerra.”, *El problema de la guerra y las vías de la paz*. (95-116). (Reimp. febrero de 1999) Barcelona: Ediciones Altaya S.A.
- _____ (1999) *El problema de la guerra y las vías de la paz*. (21-94). (Reimp. febrero de 1999) Barcelona: Ediciones Altaya S.A.
- _____ (1997) *El problema del positivismo jurídico*. (5ª Ed.) México: Distribuciones Fontamara S.A.
- _____ (1991). *El Tiempo de los Derechos*. R.D. Roig (Trad.) Madrid: Sistema.
- _____ (1991) “Presente y porvenir de los Derechos Humanos” R.D. Roig (Trad.) *El Tiempo de los Derechos*. (63-84). Madrid: Sistema.
- _____, Matteucci, N., & Pasquino, G. (2005) *Diccionario de Política*, Vol. 1. (14ª ed.). México DF: Siglo XXI Editores.
- Bodin, J. (1997) *Los seis libros de la república*. En P.P Gala (Trad.) Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- Bohlander, M. (2003) Last exit Bosnia- transferring war crimes prosecution from the International Tribunal to domestic courts. *Criminal Law Forum*. 14 (1). 59-99. Recuperado el 8 de agosto de 2013, de: <http://dro.dur.ac.uk/3274/1/3274.pdf?DDC117+DDC71+DDD19+ddo4ah1+dla0mb+dla0rmp>
- _____ (2012) Volver a Radbruch. La necesidad de retomar de raíz el diálogo entre common law y Derecho continental, en atención al ejemplo de la justicia penal internacional. *Revista para en análisis del Derecho (InDret)*, Recuperado el 21 de abril de 2013, en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/260822/348018>.
- Bokser Liwerant, J. (2008). Fronteras y convergencias disciplinarias. *Revista Mexicana de Sociología*, (71). Recuperado el 10 de octubre de 2012, de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rms/article/view/17783/16962>.
- Bonacker, T. & Safferling, C. (2013) Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse. The Hage.
- Bourdieu, P. (2002). “Combatir a la tecnocracia en su propio terreno”. En: Bourdieu, P. *Seis artículos de Pierre Bourdieu publicados en Le Monde Diplomatique (Cuatro inéditos en Chile)*. (1ª Ed.) Santiago: Editorial Aún Creemos en los sueños, Instituto Cultural Franco- Chileno.
- _____ (1989). El espacio social y la génesis de las clases, *Revista Estudios sobre las Culturas Contemporáneas*. Vol. 3, (7). México: Universidad de Colima.
- _____ (1993) Espíritus de Estado, Génesis y Estructura del Campo Burocrático, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, (96-97), pp. 49-62
- _____ (2008) *Homo Academicus*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- _____ (2012) *Las dos caras del Estado* (no publicado por el autor), Le Monde Diplomatique, No. 151.
- _____ (1997) *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*. Thomas Kauf (Trad.) Barcelona: Anagrama.
- _____ (2002) *Seis artículos de Pierre Bourdieu publicados en Le Monde Diplomatique (Cuatro inéditos en Chile)*. (1ª Ed.) Santiago: Editorial Aún Creemos en los sueños, Instituto Cultural Franco- Chileno.
- _____ (2005). *Una invitación a la sociología reflexiva*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- _____ (2000). Una utopía razonada: contra el fatalismo económico. *Revista New Left Review*, 156-162.
- _____ & Teubner, G (2000). *La Fuerza del Derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores.
- _____ & Wacquant, L. (2001). *Las argucias de la razón imperialista* En M.J Furió Sancho (Trad.). Barcelona: Paidós.
- Borón, A. (comp.) (2000). *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*. Buenos Aires: Clacso.
- Botero Bernal, J.F. (2011). ¿El estatuto de la corte penal internacional una versión contemporánea del “malleus maleficarum”? *Revista Justicia Juris*, Vol. 7, (1), 11- 22.
- Botero Marino, C. y Restrepo Saldarriaga, E. (2005). “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”. En Anita Rettberg (Ed.) *Entre el perdón y el piedad: Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional* (19-65). Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Boven, T. (1995) Human Rights and Rights of Peoples. En *European Journal of International Law*, Vol. 6, (3), 461-476.

- _____. (2013) Victim- Oriented Perspectives: Rights and Realities. En: Thorsten Bonacker & Christoph Safferling. *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*. The Hage: Springer, pp. 17- 27
- Boyea, B.D. (2006). *State methods of judicial selection: An evaluation of career ambition*. (Tesis inédita de doctorado, Rice University). Recuperado el 8 de abril de 2014, de <http://scholarship.rice.edu/bitstream/handle/1911/18875/3216677.PDF?sequence=1>
- Brotons, A.R. (2010). Crisis Global y Respuesta Mundial. En J.M Rodríguez y F. Velasco Caballero (Coord.). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (14), 23-40. (Ejemplar dedicado a: Estado y mercado en situación de crisis).
- _____. (2004). Los límites de Europa como proyecto político. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (8). Recuperado el 27 de octubre de 2012, en http://www.reei.org/index.php/revista/num8/archivos/agora_BROTONS.pdf.
- _____. (2000). Un nuevo orden contra el Derecho Internacional: El caso de Kosovo. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (1). Recuperado el 27 de octubre de 2012, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num1/articulos/nuevo-orden-contra-derecho-internacional-caso-kosovo>
- _____, Riquelme, R., Orihuela, E., Díez- Hochleitner, J. & Pérez-Prat, L. (2010). *Derecho Internacional. Curso General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Bruneteau, B. (2006) *El siglo de los genocidios*. Madrid: Alianza Editorial.
- Bryant Lawson, C. (2009). *Leviathan's rage: State sovereignty and crimes against humanity in the late twentieth century*. (Tesis inédita de doctorado, University of Massachusetts). Recuperado el 8 de abril de 2014, de http://scholarworks.umass.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=open_access_dissertations
- Bukovská, B. (2008). Perpetrando el bien: las consecuencias no deseadas en la defensa de los derechos humanos. *Revista Sur*, (9), 7-22.
- Burgorgue- Larsen, L., & de Torres, A.Ú. (2010). La “guerra” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, (3), 117-153.
- Burneo Labrin, J. (2013). El aporte del derecho internacional de los derechos humanos a la constitucionalización del derecho post 1945. *En Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, (71), 169-199.
- _____. (2011). *Globalización de los Derechos Humanos y de la Justicia Penal Internacional*. (1ª. Ed.) Cuaderno de Trabajo N° 21. Lima: Departamento Académico de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Butler, J., Laclau, E. & Žižek, S. (2011). “Introducción”. En: Butler, J., Laclau, E. y Žižek, S. *Contingencia, hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*. Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- _____. (2011). “Replantear el universal: la hegemonía y los límites del formalismo”. *Contingencia, hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*. Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Cabral Ururahy de Souza, I. (2003) *La construcción de la ciudadanía: Derechos Humanos y Humanización del Derecho*. (Tesis inédita de Doctorado. Universidad de Burgos. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Público). Recuperado el 25 de septiembre de 2003 en <http://dspace.ubu.es:8080/tesis/bitstream/10259/46/1/Cabral.pdf>
- Cacho Sánchez, Y. (2007). Responsabilidad internacional de las Naciones Unidas por la actividad ilícita de sus fuerzas de mantenimiento de la paz. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (13). Recuperado el 27 de octubre de 2012, en <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2327503.pdf>.
- Calveiro Garrido, P. (2003). (2006). Los usos políticos de la memoria. En G. Caetano (Comp.), *Sujetos sociales y nuevas formas de protesta en la historia reciente de América Latina*, (359-382). Buenos Aires: CLACSO (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales).
- _____. Memorias virósicas: Poder Concentracionario y desaparición de personas en Argentina. *Revista Acta poética*, Vol. 24, (2), 111-134. Recuperado el 10 de octubre de 2010, en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rap/article/view/28360/26192>
- _____. (2004). *Poder y desaparición: los campos de concentración en Argentina*. (1ª Ed. 2ª. Reimp). (1-105). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Colihue S.R.L.
- _____. (2012). *Violencias de Estado. La Guerra Antiterrorista y la Guerra contra el Crimen como Medios de Control Global*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Calle Collado, Á. (2000) *Ciudadanía y Solidaridad. Las ONG de Solidaridad Internacional como Movimiento Social*, Colección Cooperación y Desarrollo No. 14. Madrid: IEPALA Editorial.
- Canavese, M. (2012) El efecto Foucault, entre el hombre nuevo y la crisis del marxismo. *Prismas: Revista de historia Intelectual*. (16), 79-83.
- Cançado Trindade, A.A. (2008). *La ampliación del contenido material del Ius cogens*, XXXIV Curso de Derecho Internacional, Comité Jurídico Interamericano, Organización de los Estados Americanos, (1-16). Recuperado el día 15 de agosto de 2011, en <http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.DM.MR.1-16.pdf>
- _____. (2005). The emancipation of the Individual from his Own State: The historical recovery of the human person as subject of the Law of Nations. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*, (159- 180). San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Carmona Marín, O.L. (2012) Los falsos positivos como crímenes de Estado: un análisis desde la biopolítica y el bioderecho, en: M.M Castor, Bartolomé Ruiz, R.A. Duarte Cuadros, *La urbe global y el gobierno de la vida humana: Justicia, alteridad y memoria en los espacios de poder*. (1ª. Ed.) Bogotá: Universidad Libre. Facultad de filosofía.
- Carmona Sánchez, H.O. (2013) Consecuencias ontológicas en la asimilación del enemigo: De los Nacionalismos a la Hegemonía Política Contemporánea. En: *Revista Lathouses. Violencia y Alteridad*. (1), 23-30.
- Carpizo, J. (2012). El estado de los derechos de la justicia social. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (14). Recuperado el 10 de octubre de 2012, en <http://www.bibliojuridica.org/revista/pdf/derechosocial/14/art/art1.pdf>.
- Carrillo Salcedo, J.A. (coord.) (2010). *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Carvajal Martínez, J.E. (2010). Derecho y cambio político en América Latina 1960-1980. *Revista Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*. (32), 259-272.
- _____. (2008). “La seguridad dentro del estado de garantías”. *La seguridad democrática y el caso de las privaciones de la libertad en Colombia durante el período 2002-2006*. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) Textos de Aquí y Ahora.
- Casado Raigón, R. & Vásquez Gómez, E.M. (2005) *La impronta del ius cogens en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. En *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Tomo 1. Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga. España.
- Cassese, A. (2004). “¿Hay un conflicto insuperable entre soberanía de los Estados y justicia penal internacional?”. En A. Cassese, y M. Delmas-Marty. (ed.); *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. H. Pons (trad). Bogotá: Editorial Norma.
- _____. (2008). *International Criminal Law*. (2nd Ed.) New York: Oxford University Press.
- _____. (2001). *The Martens Clause: Half of Loaf or Simply Pie in the Sky?*, EJIL, vol. 11, (1), 187-216.
- Castro Gómez, S. (1998). “Geografías poscoloniales y translocalizaciones narrativas de “lo latinoamericano”. La crítica al colonialismo en tiempos de la globalización”. En: R. Follari y L. Rigoberto (comp.): *Enfoques sobre Posmodernidad en América Latina (155-182)*. Caracas: Editorial Sentido.
- _____. (2007). Michel Foucault y la colonialidad del poder. En *Revista Tabula Rasa*, (6), 153-172, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.
- _____. & Grosfoguel, R. (comps.) (2007). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del hombre editores, Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- _____. & Restrepo, E. (2008) “Colombianidad, población y diferencia”. En S. Castro Gómez y E. Restrepo. (Eds.) *Genealogías de la colombianidad. Formaciones discursivas y tecnologías de gobierno en los siglos XIX y XX*. (10-41). (1ª Ed.) Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Cataño G., Restrepo G., Bonilla, E., Parra Sandoval, R., & Vizcaino, M. (1987) *Ciencia y compromiso. En torno a la obra de Orlando Fals Borda*. Bogotá: Asociación Colombiana de Sociología.
- Cavallaro, J.L. & Brewer, S.E. (2008). La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social. *Revista Sur*, (8), 84-99.
- Chambliss, W.J. (1989) State-Organized Crime. The American Society of Criminology, *Criminology volume Vol. 27*, (2), 183- 208.
- Chavarría, M. & García, F. (2004) Otra globalización es posible. Diálogo con Boaventura de Sousa Santos. *Iconos, Revista de Ciencias Sociales*, No. 19, 100-111. Recuperado el 20 de diciembre de 2011, en <http://www.flacso.org.ec/docs/entrevista19.pdf>.
- Chehtman, A. (2011). *The Impact Of The ICC In Colombia: Positive Complementarity On Trial*. Recuperado el 9 de noviembre de 2012, en <http://www.domac.is/media/domac-skjol/Domac-17-AC.pdf>.
- Chinchón Álvarez, J. (2007). *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*. Madrid: Ediciones Parthenon.
- Chomsky, N. (1994). *Conversaciones Libertarias con Noam Chomsky*. Madrid: Madre Tierra.
- _____. (2005). *El Nuevo Humanismo Militar. Lecciones de Kosovo*. (2ª edición). Coyoacán: Siglo XXI Editores.
- _____. (2008). “Hegemonía o supervivencia”. *El dominio mundial de EE. UU*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- _____. (2003). *Poder y terror*. Reflexiones posteriores al 11/09/2001. (2ª. Ed.) (Trad. Carmen Aguilar). Barcelona: RBA Editores
- _____. (1998). Rogue States. *Z Magazine*, 19-31. Recuperado el 20 de diciembre de 2010, en <http://www.chomsky.info/articles/199804--.htm>.
- Chung, C. H. (2008) Victims' Participation at the Internatinal Criminal Court: Are Concessions of the Court Clouding the Promise?. *Northwestern Journal of International Human Rights*. Vol 6, Issue 3. Recuperado el 7 de febrero de 2014, de: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1081&context=njihr>

- Churrua, C. (2005). Criticizing the EU security strategy: the EU as a Regional Cooperative Security Provider. *Revista electrónica de estudios internacionales* (10). Recuperado el 27 de octubre de 2012, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num10/articulos/criticizing-the-eu-security-strategy-the-eu-as-regional-cooperative-security-provider>.
- Clark, T.H. (2005). *The Prosecutor of the International Criminal Court, Amnesties, and the "Interests of Justice": Striking a Delicate Balance*, (389-414). Washington: University Global Studies Law Review. Recuperado el 21 de mayo de 2012 en: <http://digitalcommons.law.wustl.edu/globalstudies/vol4/iss2/7>
- Clavero, B. (2014) *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Trotta.
- Comblin, J. (2005) Los santos padres de América Latina. *Revista Latinoamericana de Teología*. vol. 22, (65), 163-172. Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (UCA).
- Coronil (2000) "Naturaleza del poscolonialismo: del eurocentrismo al globocentrismo". En E. Lander (Comp.) *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y Ciencias Sociales. Perspectivas latinoamericanas*. (87-11). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. (Clacso).
- Conso, G. (2007) Bobbio y la temática de los derechos humanos; en: *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (17), 45-55.
- Correa Montoya, L. (2008) Litigio de alto impacto: Estrategias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho. *Revista Opinión Jurídica*, Vol 7, (14), 147-162.
- Correas, O. (2006) Los derechos humanos. Entre la historia y el mito. *Revista Crítica Jurídica* (25), 269-292.
- _____ (2011) La teoría general del Derecho frente a la Antropología política. *Revista Pueblos y Fronteras digital*, Vol. 6, (11), 89-115. (Ejemplar dedicado a: Justicia, gobiernos indígenas, sistemas normativos y poder). México: Universidad Autónoma de México. Recuperado el día 11 de marzo de 2012, en <http://www.redalyc.org/pdf/906/90618647004.pdf>
- _____ (2009) Teoría Sociológica del Derecho y Sociología Jurídica. *I Parte*, en *Revista Crítica Jurídica*. Recuperado el día 11 de marzo de 2012, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/7/teo/teo7.pdf>
- Cortina Orts, A. (1988). El Contrato Social como Ideal del Estado de Derecho. El Dudoso Contractualismo de I. Kant; *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (59), 59-64.
- _____ (2008). Estudio preliminar, en: Kant I. *La Metafísica de las Costumbres*, (4ª Ed.) Madrid: Edit. Tecnos.
- _____ (1995). *Ética sin moral*. (3ª Ed.) Madrid: Edit. Tecnos.
- Crawford, J. (2000). El Ius Standi de los Estados: Una crítica al artículo 40 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados de la CDI. *Revista electrónica de estudios internacionales* (1). Recuperado el 27 de octubre de 2012, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num1/articulos/ius-standi-estados-una-critica-al-articulo-40-proyecto-articulos-sobre-responsabilidad-estados-cdi>.
- _____ (2004). *Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, texto y comentarios*. Madrid: Editorial Dykinson S.L.
- Cryer, R. (2006). International Criminal Law vs. State Sovereignty: Another Round? *The European Journal of International Law* Vol. 16, (5), 979-1000
- D'auria, A. (2006). Conferencia sobre las pasiones en el pensamiento político. *Revista crítica jurídica* (25). Recuperado el 3 de agosto de 2014, en <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/criticajuridica/articulo/viewFile/15/8>.
- Dalla Vía, A.R. (2006). *Teoría Política y Constitucional*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Damgaard, C. (2008). *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*. . Selected Pertinent Issues. Copenhagen: University of Copenhagen. The Law Faculty, Springer.
- Danner, M. (2009, 30 of April). The Red Cross torture report: what it means. New York *Review of Books* (56). Recuperado el 22 de septiembre de 2011, en <http://www.nybooks.com/articles/archives/2009/apr/30/the-red-cross-torture-report-what-it-means/>
- Daroqui, A., Calzado, M., Maggio, N. & Motto, C. (2007). Sistema penal y derechos humanos: la eliminación de los "delincuentes". Una mirada sobre las prácticas y los discursos de la policía, la justicia y los medios de comunicación. *Espacio Abierto Cuaderno Venezolano de Sociología*. Vol. 16, (5), 457-486. Recuperado el 30 de abril de 2009, en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=12231604>
- De la Garza Talavera, R. (2011). Las teorías de los movimientos sociales y el enfoque multidimensional. *Revista Estudios políticos*, (22). Recuperado el 10 de octubre de 2012, de <http://www.journals.unam.mx/index.php/rep/article/view/24207/22740>.
- De León, G. Krsticevic, V. & y Obando, L. (2010) *Debida diligencia en la investigación de graves violaciones de derechos Humanos*. Buenos Aires: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional.
- Del Carpio, J. (2013) Las víctimas como testigos en el Derecho Penal Internacional. Especial Referencia a los Tribunales ad hoc". *Política criminal*, Vol. 8, No. 15, 128-169

- Delmas-Marty, M., Pieth, M. & Sieber, U. (2009) *Los Caminos de la Armonización Penal*, Martha M. Morales (Coord.), Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Derrida, J. (1986) *De la Gramatología* En O. del Barco y C. Conrado (trad). México D.F.: Siglo Veintiuno editores S.A. de C.V.
- Díaz Cabal, A. (2012) *El campo conflictual de la construcción de la memoria colectiva y memoria histórica. Tensiones, retos y perspectivas del movimiento nacional de víctimas de crímenes de Estado –MOVICE- y el Grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación-CNRR*. (Tesis inédita de maestría, Pontificia Universidad Javeriana) Recuperado el 13 de enero de 2013, de: <http://repository.javeriana.edu.co/bitstream/10554/2284/1/DiazCabalAnabel2012.pdf>
- Díaz Gómez, Á. (2012). “Hacer morir y dejar vivir... Hacer vivir y dejar morir: el caso de, los falsos positivos”, en: M.M. Castor, Bartolomé Ruiz y R.A. Duarte Cuadros, *La urbe global y el gobierno de la vida humana: Justicia, alteridad y memoria en los espacios de poder*. (1ª. Ed). Bogotá: Universidad Libre. Facultad de filosofía.
- Dionis, G. (1998). *El TPI un avance de los derechos humanos frente al poder hegemónico de las grandes potencias*; Madrid. *Revista Mundo Obrero*, (85). Recuperado el 3 de septiembre de 2008, en <http://www.derechos.org/nizkor/dionis/tpi.html>
- Dondé Matute, F.J. (2012). “Derecho Penal Internacional y Estado de Derecho Internacional. Estado de Derecho Internacional”. En M. Becerra Ramírez y N. González Martín. (coord.) *Estado de derecho internacional*. (337-357). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Donnelly, J. (2011). “La Construcción Social de los Derechos Humanos”, En: *Relaciones Internacionales*, (17). Recuperado el 5 de noviembre de 2012, en http://www.relacionesinternacionales.info/ojs/index.php?journal=Relaciones_Internacionales&page=article&op=view&path%5B%5D=294.
- Douzinis, C. (1996). “Justice and Human Rights in Posmodernity”. En: Connor Gearty y Adam Tompkins (eds.). *Understanding Human Rights*. London: Mansell.
- _____ & Warrington, R. (1994). The Face of Justice: a Jurisprudence of Alterity, *Social & Legal Studies* 3: (405-425) Recuperado el 17 de junio de 2013, en <http://sls.sagepub.com/content/3/3/405>.
- Dukic, D. (2007) Transitional justice and the International Criminal Court – in “the interests of justice”? En *International Review of the Red Cross* Vol. 89, No. 867.
- Dussel, E. (2011) *Carta a los indignados*. México D.F.: La Jornada Ediciones.
- _____ (1998). *Ética de la liberación en la edad de la globalización y la exclusión*. Madrid: Editorial Trotta.
- _____ (2000). “Europa, modernidad y eurocentrismo”, En E. Lander (Comp.) *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y Ciencias Sociales. Perspectivas latinoamericanas*. (41-53). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. (Clacso).
- _____ (1998) La ética de la liberación: ante el desafío de Apel, Taylor y Vattimo con respuesta crítica inédita de K.-O. Apel. México: Universidad Autónoma del Estado de México.
- _____ (2007) *Materiales para una política de la liberación*. (1ª. Ed.) Madrid: Universidad Autónoma de Nuevo León, Plaza y Valdés.
- _____ & Guillot, D.E. (1975). *Liberación latinoamericana y Emmanuel Lévinas*. (1ª ed.) Buenos Aires: Editorial Bonum.
- Eberling, B. (2012) *The Defendant in International Criminal Proceedings. Between Law and Historiography*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Echeverría, B. (2009). ¿Qué es la modernidad? *Cuadernos del Seminario Modernidad: versiones y dimensiones*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- _____ & Sigüenza, J. (2011). “Modernidad, *ethos* barroco, revolución y autonomía. Una entrevista con el filósofo Bolívar Echeverría” En: *Crítica y emancipación. Revista latinoamericana de ciencias sociales* (5), 79-88. Buenos Aires.
- Engels, F. (1989) “Contribución a la crítica de la economía política”. En M. Kuznetsov (Trad.) Moscú: Progreso.
- Escudero Espinosa, J.F. (2003). *Los poderes del Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma, Anuario de Derecho Internacional*, Departamento de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra.
- Estévez López, A. (2008). A Latin American Socio-political Conceptualization of Human Rights. *Journal of Human Rights*, Vol 7, (3), 245– 261. México: Centro de Investigaciones Sobre América del Norte.
- _____ (2010). Construcción de sujetos (des)empoderados a través del/de los discurso(s) de derechos humanos. *Revista Norteamérica*, Vol. 5,(1). Recuperado el 10 de octubre de 2012, en www.journals.unam.mx/index.php/nam/article/download/24155/22688.
- _____ (2008) El excepcionalismo estadounidense y los derechos humanos: los retos de Obama tras el desastre de George W. Bush. *Revista Norteamérica*, Vol. 3, (2). Recuperado el 10 de octubre de 2012, en <http://www.revistascisan.unam.mx/Norteamerica/pdfs/n06/n0604.pdf>.

- _____ (2008). *Migración, globalización y derechos humanos. Construyendo la ciudadanía universal*. México: Universidad Autónoma de México. Centro de Investigaciones sobre América del Norte.
- _____ (2012). Por uma conceitualização Sociopolítica dos Direitos Humanos a partir da Experiência Latino-Americana” *Lua Nova* (86), 221-248. São Paulo.
- _____ (2007). Transición a la democracia y derechos humanos en México: La pérdida de integralidad en el discurso. *Revista Andamios*, Vol. 3, (6), 7-32.
- Estupiñán Silva, R. (2013). *Derecho Internacional y Crímenes de Guerra en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Fariñas Dulce, M. J. (2000). De la Globalización Económica a la Globalización del Derecho: Los nuevos escenarios jurídicos. En: *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. (8), 179-194. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid Recuperado el 15 de octubre de 2010, en <http://hdl.handle.net/10016/1380>.
- Feierstein, D. (2013). Algunos interrogantes sobre las modalidades de juzgamiento de los crímenes estatales masivos. *Revista Crítica Penal y Poder* (5), 46-62.
- _____ (2008). *El Genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- _____ (2009). *Terrorismo de estado y genocidio en América Latina* (101-140). Buenos Aires: Prometeo Libros; Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Valladolid: Editorial Trotta.
- _____ (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. En A. Ibáñez y A. Greppi (Trad.) (4ª Ed.) Madrid: Editorial Trotta.
- Ferreira, M. (2009). “Genocidio reorganizador en Colombia (a propósito de una Sentencia del Tribunal Permanente de los Pueblos)”. En D. Feierstein, *Terrorismo de estado y genocidio en América Latina* (101-140). Buenos Aires: Prometeo Libros; Programa Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Fioravanti, M. (2011). *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. En M. Martínez Neira (Trad.) (2ª reimpresión). Madrid. Editorial Trotta.
- _____ (1996). *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, En M. Martínez (Trad). Madrid: Trotta.
- Flores Aguirre, X. (2004). La Complementariedad de la Corte Penal Internacional: algunas perspectivas Jurídicas desde el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; *Revista Jurídica* (17), 195-218. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Flórez Flórez, J. (2007). “Lectura no eurocéntrica de los movimientos sociales latinoamericanos. Las claves analíticas del proyecto modernidad/colonialidad”, En S. Castro Gómez y R. Grosfoguel. (comps.) *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. (243-266). Bogotá: Siglo del hombre editores, Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Foucault, M. (2000). *Defender la sociedad. Curso en el College de France (1975-1976)*. (1ª ed. En Castellano). En H. Pons (Trad.) Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- _____ (2012). “El Poder, Una Bestia Magnífica”. (Entrevista con Manuel Osorio, Madrid, 1977) En: *El Poder, Una Bestia Magnífica. Sobre el Poder, la Prisión y la Vida*. (29-46). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- _____ (1996a) *Genealogía del racismo*. En T.A. Tzveibel (Trad.). La Plata: Editorial Altamira.
- _____ (1998) *Historia de la Sexualidad I. La Voluntad de saber*. (25ª Ed. en Castellano). México: Siglo XXI Editores.
- _____ (1979) *La arqueología del saber*. México: (6ª Ed.) Siglo XXI Editores.
- _____ (1987) “La casa de la locura”. En F. Basaglia y F. Basaglia Ongaro. (Eds.) *Los crímenes de la paz. Investigación sobre los intelectuales y los técnicos como servidores de la opresión*. (135-150). (3 Ed.) México: Siglo XXI Editores.
- _____ (1994) *La Hermenéutica del sujeto*, En F. Álvarez Uría (Trad.). Madrid: Ediciones De La Piqueta.
- _____ (1968). *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*. En E.C. Frost (Trad). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- _____ (1996). *La verdad y las formas jurídicas*. En E. Lynch, (Trad.) Barcelona: Gedisa.
- _____ (1992). *Microfísica del poder*. En J. Varela y F. Álvarez- Uría (Trad.). Madrid: La Piqueta.
- _____ (2007). *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el College de France (1978-1979)*. (1ª ed. en Castellano). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- _____ (2000c). Poderes y estrategias. En: *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. En M. Morey (Trad.), (73-86). (1ª. Ed., 7ª Reimp.). Madrid. Alianza Editorial.

- _____ (2006). *Seguridad, Territorio, Población. Curso en el College de France (1977-1978)*. En H. Pons (Trad.). (1ª ed.) Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- _____ (2000e) Sobre la justicia popular. Debate con los Maos. En: *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Miguel Morey (Trad.). (1ª. Edición, 7ª Reimpresión). (20- 58) Madrid. Alianza Editorial.
- _____ (1990). *Tecnologías del yo y otros textos afines*. En M. Allende Salazar. (Trad.). (1ª Ed.) Barcelona: Paidós Ibérica: I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- _____ (2000a). *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. En M. Morey (Trad.). (1ª. Edición, 7ª Reimp). Madrid. Alianza Editorial.
- _____ (2000d). “Verdad y Poder”. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. (128-145). En M. Morey (Trad.). (1ª. Ed., 7ª Reimp.). Madrid. Alianza Editorial.
- _____ (2012b). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*. (2ª Ed., 3ª Reimp). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- _____ & Deleuze (2000b). “Un diálogo sobre el poder”. En M. Morey (Trad.). *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. (7-19). (1ª. Ed., 7ª Reimp.). Madrid. Alianza Editorial.
- Fournieris, Ch. (2011) “La narración como influencia formativa sobre la norma: el aspecto experimental de la interpretación crítica del pasado argentino”. En A. Gabriele (Coord.) *Juicios por Crímenes de Lesa Humanidad en Argentina*. (83-100). (1ª. Ed.) Buenos Aires: Atuel.
- Fraschina, A.V. (2008). Una nueva Jurisdicción Penal de carácter Internacional: el Tribunal Especial para el Líbano. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (16). Recuperado el 27 de octubre de 2012, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num16/articulos/una-nueva-jurisdiccion-penal-caracter-internacional-tribunal-especial-para-libano>
- _____ (2008). *Análisis comparativo de la competencia de los distintos Tribunales Penales Internacionales e Internacionalizados*. Palma de Mallorca: Fundación Càtedra Iberoamericana, colección No. 21. Recuperado el 7 de diciembre de 2012, en http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/memoriesUIB/archives/Veronica.dir/Veronica_Fraschina_Andrea.pdf
- Freire, P. (2005). *Pedagogía del oprimido* En J. Mellado. (Trad.). (2ª ed.) México: Siglo XXI.
- Fromm, E. (1962). *El miedo a la libertad*. En G. Germani (Trad.). Buenos Aires: Editorial Paidós.
- Fuentes Contreras, E H. (2013). *El ocaso del Estado moderno*. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Gala, P.P. (Trad.). (1997). “Estudio preliminar”. Bodin, J. *Los seis libros de la república*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- Gallant, K. (2003). The International Criminal Court in the System of States and International Organizations. En F. Lattanzi y W. Schabas (eds.) *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court. Vol. II*. (3-39). Ripa di Fagnano Alto: Editrices il Sirente Piccola Società Cooperativa a r.l.
- Galain Palermo, P. (2006). Uruguay. En K. Ambos, E. Malarino y J. Woischnik (Edits.) *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. (401-447). Montevideo: Georg-August-Universität Göttingen. Programa Estado de Derecho para Sudamérica Konrad Adenauer Stiftung.
- Galindo Hernández, C. (2007). “La Teoría del Estado en la era de la globalización: algunas aproximaciones y problemas pendientes”. En publicación G. Hoyos Vásquez, *Filosofía y Teorías políticas entre la crítica y la utopía*. Buenos Aires: Clacso, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
- Gallardo, H. (2011). Crisis de civilización: Gadafi, Obama, rebeliones árabes y América Latina. *Pasos*, (151). Recuperado el 2 de septiembre de 2012, en http://www.heliogallardo-americalatina.info/index.php?option=com_content&view=article&id=219&catid=9&Itemid=104&tmpl=component&format=pdf
- _____ (2009). *Derechos Humanos como Movimiento Social*, (2ª Reimp.) Bogotá: Departamento Ecueménico de Investigación- Ediciones Desde Abajo
- _____ (1988). El pueblo como actor político y como sujeto histórico. *Pasos, Revista de turismo y patrimonio cultural*. (16), 15-18. San José. Editorial DEI Departamento Ecueménico de Investigaciones. Recuperado el día 16 de octubre de 2012, en http://www.academia.edu/4964115/El_pueblo_como_actor_pol%C3%ADtico_y_como_sujeto_hist%C3%B3rico
- _____ (1990). Francis Fukuyama: el final de la historia y el Tercer Mundo. *Pasos, Revista de turismo y patrimonio cultural*, (28). San José, Costa Rica: Departamento Ecueménico de Investigaciones.
- _____ (1990). Francis Fukuyama y el triunfo del capitalismo burgués. ¿El final de la historia o el deseo de finalizar el ser humano? *Pasos*, (27). Recuperado el 2 de septiembre de 2012, en <http://deicr.org/pasos-no-27-segunda-epoca-ano-1990>
- _____ (2008). *La lucha por instituciones democráticas en América Latina*. Documento presentado en Observaciones a Le Monde Diplomatique. Recuperado el 16 de Octubre de 2012, en http://heliogallardo-americalatina.info/index.php?option=com_content&view=article&id=89:la-lucha-por-instituciones-democraticas-en-america-latina&catid=11&Itemid=106&tmpl=component&format=pdf
- _____ (1989). La Revolución Francesa y el pensamiento político. *Pasos*, (26), 8-19.

- _____ (2011). Los nuevos movimientos sociales en América Latina. *Revista Norteamérica*, (130). Recuperado el 16 de octubre de 2012, en http://www.heliogallardo-americalatina.info/index.php?option=com_content&view=article&id=221:los-nuevos-movimientos-sociales-en-america-latina&catid=9&Itemid=104
- _____ (1994). Pensamiento crítico latinoamericano, *Pasos*, 1-15. Recuperado el 16 de octubre de 2012, en http://www.heliogallardo-americalatina.info/index.php?option=com_content&view=article&id=56:sobre-la-revolucion-1&catid=9&Itemid=104&tmpl=component&format=pdf.
- _____ (2005) *Producción de vulnerabilidades y derechos humanos*. Recuperado el 11 de diciembre de 2013, en <http://alainet.org/active/8806&lang=es>.
- _____ (2006). Revolución y cultura política en América Latina. En *Pasos*, Segunda época. (125), 16-23. San José: Departamento Ecueménico de Investigaciones.
- _____ (1989). Tres formas de lectura de los fenómenos políticos latinoamericanos. *Pasos*, (24). Recuperado el 2 de septiembre de 2012, en <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12405.pdf>
- Gamboa Rubiano, Sandra Rocío (s.f.). *Colombia: Dos de las excepciones al Principio de Cosa Juzgada en la Corte Penal Internacional*, Tesis de Grado para optar al título de Magister en Defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario ante organismos, tribunales y cortes internacionales. Bogotá D.C.: Universidad Santo Tomás.
- García Canclini, N. (2001). *Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad*. Buenos Aires: Editorial Paidós.
- García-Corrochano Moyano, L. (2005). *Jurisdicción Internacional y Responsabilidad Individual: Nuevas Tendencias del Derecho Penal Internacional*. Madrid: Congreso Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Recuperado el 22 de noviembre de 2010, en: www.corteidh.or.cr/tablas/25371.pdf.
- García Linera, A. (2009). *Forma valor y forma comunidad. Aproximación teórica- abstracta a los fundamentos civilizatorios que preceden al Ayllú Universal*. La Paz: CLACSO - Muela del Diablo Editores, Comunas.
- García Muñoz, S. (2004). La obligación de debida diligencia estatal: Una herramienta para la acción por los derechos humanos de las mujeres. *Revista Razón Pública*, (1), 27-39. *Derechos Humanos y Perspectivas de Género*. Buenos Aires: Edit. Amnistía Internacional Argentina.
- García Villegas, M. & Rodríguez, C. (2003). "Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos". En *Derecho y sociedad en América Latina. Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: Ilsa- Universidad Nacional de Colombia.
- _____ & Rodríguez, C. (eds.) (2003). *Derecho y sociedad en América Latina. Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: Ilsa- Universidad Nacional de Colombia.
- Garretón, M.A. (1996) Los derechos humanos en los procesos de democratización. En: Elizabeth Jelin y Eric Hershberg (coord.) *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*. (1ª ed.) (53-68). Caracas: Nueva Sociedad.
- Garzón Valdés, E. (2001). *Filosofía, política, derecho*. Valencia: Universidad de Valencia.
- Gaviria Ramírez, R. (2007). El mayor grado de atacabilidad de bienes jurídicos en contraposición del derecho penal del enemigo. *Revista Jurídicas*, Vol. 4, (1), 121-137.
- Gelman, J. (2004). Preludio. En: *Poder y desaparición: los campos de concentración en Argentina*. (1ª Ed. 2ª. reimp.). Buenos Aires: Ediciones Colihue S.R.L.
- Giraldo Moreno, J. (2010). *Derechos Humanos y Cristianismo*. Trasfondos de un conflicto. Bogotá: Editorial El Búho.
- Girard, R. (2010). *Clausewitz en los extremos. Política, guerra y apocalipsis. Conversaciones con Benoit Chantre*. En L. Padilla López (Trad.). Madrid; Buenos Aires: Katz Editores.
- _____ (1986). *El chivo expiatorio*. Barcelona: Anagrama.
- Glasius, M. (2003) How Activists Shaped the Court, The International Criminal Court: And End to Impunity?. *The magazine, Crimes of War Project*. Recuperado el 27 de junio de 2011, de: http://www.crimesofwar.org/icc_magazine/icc-glasius.html
- _____ (2009) What is Global Justice and Who Decides? Civil Society and Victim Responses to the International Criminal Court's First Investigations. *Human Rights Quarterly* 31 (2009) 496-520. Recuperado el 7 de febrero de 2013, de: https://www.academia.edu/4171767/What_is_Global_Justice_and_Who_Decides_Civil_Society_and_Victim_Responses_to_the_International_Criminal_Courts_First_Investigations
- Goldstone, H. R. (2011). "Is international law in crisis? The Crisis in the Implementation of International Law". *Case Western. Res. J. Int'l L.*, Vol. 44, (13-39). Recuperado el 6 de junio de 2013, en http://law.case.edu/journals/JIL/Documents/%282%29%20Goldstone_Darby.pdf
- Gómez Alén, J. & Vega García, J. (2010). *Materiales para el Estudio de la Abogacía Antifranquista* Vol. 1, Fundación Abogados de Atocha; Ediciones GPS.

- Gómez Camacho, J. J. (2005). *Presentación de las memorias del Seminario La Armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en México*, (11-17). México: Secretaria de Relaciones Exteriores, Delegación de la Comisión Europea en México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Unión Europea.
- Gómez Jaramillo, A. (2008) *Un mundo sin cárceles es posible*. México: Ediciones Coyoacán. Flasud.
- Gómez Ramos, A. (2010). *Presentación*. En: *Fenomenología del espíritu*. En A. Gómez Ramos (Trad.). (7-44). Madrid: Universidad Autónoma de Madrid-Abada Editores.
- Gómez Robledo, A. (2003). *El ius cogens internacional. Estudio Histórico Crítico*. (2ª ed.) México: Universidad Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas.
- González, F. A. (2004). propósito de “Las Palabras de la Guerra”: los Comienzos Conflictivos de la Construcción del Estado Nación y las Guerras Civiles de la Primera Mitad del siglo XIX. *Revista Estudios Políticos* (25), 37- 70.
- González Madrid, M. (1996) El problema del Estado en el marxismo estructuralista y neogramsciano. *Polis*. Vol 2, 96 (197-226)
- González Morales, F. (2009). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos. *Anuario de Derechos Humanos*, (5), 35 – 57.
- González Rey, F. (2012). “La subjetividad y su significación para el estudio de los procesos políticos: sujeto, sociedad y política”. En: C. Piedrahíta Echandia, A. Díaz Gómez y P. Vommaro (comp.) *Subjetividades políticas: desafíos y debates latinoamericanos*. (11-29). Bogotá: Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Alcaldía Mayor de Bogotá, Clacso.
- Gramsci, A. (2005). *Antología*. En M. Sacristán (Trad.). (15ª ed.) México D.F.: Siglo XXI.
- _____ (1999). *Cuadernos de la Cárcel*, Tomo 2 (Cuadernos 3, 4 y 5), (2ª Ed.) México D.F.: Instituto Gramsci, Ediciones Era S.A.
- _____ (1999). *Intelectuales alemanes*. En: *Cuadernos de la Cárcel*, Tomo 2 (Cuadernos 3, 4 y 5), (2ª Ed.) México D.F.: Instituto Gramsci, Ediciones Era S.A.
- _____ (1971). *El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce*, En I. Flambaun (Trad.). Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- _____ (1918). *La Organización Económica y el Socialismo*, Recuperado el 5 de noviembre de 2012, en <http://www.gramsci.org.ar/2/3.htm>.
- _____ (1984). *Las costumbres y las leyes*, *Cuadernos de la Cárcel*, Tomo 3 (Cuadernos 6, 7 y 8), Instituto Gramsci, Ediciones Era S.A., México D.F.
- _____ (1980). *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado moderno* En J. Aricó (trad.). Buenos Aires- Madrid: Ediciones Nueva Visión.
- _____ (2005). *Tres principios, tres órdenes*; en *Antología*, En M. Sacristán (Trad.). (15 Ed.). México D.F.: Siglo XXI.
- Grijalva Eternod, J.R. (2013) Derechos humanos y justicia internacional, ¿transiciones fallidas? *El Cotidiano*, 180 (67 – 74).
- Grossman, M. (2002). *Política exterior norteamericana y Corte Penal Internacional*; Discurso ante el Centro para Estudios Estratégicos e Internacionales; Washington D.C., May 6, 2002. Recuperado el 17 de enero de 2011, en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/tpi/cpiusa5.html>.
- Grüner, E. (2000). “El Estado: pasión de multitudes. Spinoza versus Hobbes, entre Hamlet y Edipo”. En: Atilio Borón (comp.) *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*. (143-165). Buenos Aires: Clacso.
- _____ (coord.) (2011). *Nuestra América y el Pensar Crítico Fragmentos de Pensamiento Crítico de Latinoamérica y el Caribe*. Buenos Aires: Clacso.
- Guerrero Tapia, A. (2006). Representaciones sociales y movimientos sociales: Ruptura y constitución de sujetos. *Revista Cultura y Representaciones Sociales*, Vol. 1, (1). Recuperado el 10 de octubre de 2012, en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/crs/article/view/16217/15386>.
- Guerrero Verano, M.G. (2012). “La protección de los derechos humanos en el Estado de Derecho Internacional”. En M. Becerra Ramírez, y N. González Martín (coord.). *Estado de derecho internacional*. (249-281). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gutiérrez, G., (2003). “Globalización y Derechos Humanos. Una Mirada desde el Contexto Latinoamericano”. En J.W. Balbín y O.I. Arango (comp.) *Globalización de los Derechos... Repensando la Condición Humana*. (1ª. Ed.) (15-39). Medellín: Instituto Popular de Capacitación- CIVIS.
- Habermas, J. (1986). *Ciencia y técnica como “ideología”*. En M. Jiménez Redondo (Trad.). Madrid: Tecnos.
- _____ (1993). *El discurso filosófico de la modernidad*. (Doce lecciones). (1ª ed. 1ª reimp.). En M. Jiménez Redondo (Trad.). Madrid: Taurus Humanidades.
- _____ (1989). La Soberanía Popular como Procedimiento. En B. Echeverría (trad.). *Cuadernos Políticos* (57). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Era. Recuperado el 5 de octubre de 2010, en <http://www.cuadernospoliticos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>

- _____. (1999a). Nos limites do Estado. Folha de São Paulo, 18(07), 1999. Documento extractado El 20 de enero de 2011, de <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs18079905.htm>
- _____. (1990). *Pensamiento postmetafísico*. M. Jiménez Redondo (Trad.). México: Taurus Humanidades.
- _____. (1999). *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus.
- _____. (1987). *Teoría de la acción comunicativa, II. Crítica de la razón funcionalista*. M. Jiménez Redondo (Trad.) Madrid: Taurus.
- Hardt, M. & Negri, A. (2011) *Imperio*. (Primera Reimpresión en Colombia), Bogotá: Editorial Planeta.
- Harvey, D. (2000). *Espacios de Esperanza* Madrid: AKAL, Cuestiones de Antagonismo.
- _____. (2005). *A Brief History of Neoliberalism*. New York: Oxford University Press.
- Haslam, E. (2004) Victim Participation at the International Criminal Court: A Triumph of Hope Over Experience? In: Dominic Mc Goldrick. *The Permanent International Criminal Court*. (315-336) Portland: Hart Publishing.
- Hazán, P. (2006). Measuring the impact of punishment and forgiveness: a framework for evaluating transitional justice. *International Review of the Red Cross*, (861). Recuperado el 5 de mayo de 2011, en <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/review/review-861-p19.htm>
- Hegel, W.F. (2010). *Fenomenología del espíritu*. En A. Gómez Ramos (Trad.). Madrid: Universidad Autónoma de Madrid- Abada Editores.
- _____. (1955). *Lecciones sobre la historia de la Filosofía*. Tomo III. (1ª. Ed.). En W. Roces (Trad.). México: Ed. Fondo de Cultura Económica.
- _____. (2000). *Rasgos fundamentales de la filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del Estado*. En E. Vázquez (Trad.). Madrid: Biblioteca Nueva.
- Heintze, H. J. (2004). La Relación entre la Protección Conferida por el Derecho de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario; *Revista Internacional de la Cruz Roja* (856), 789- 814. Recuperado el día 21 de febrero de 2012, en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/6ajplg.htm>
- Herencia Carrasco, S. (2006). Ecuador. En K. Ambos, E. Malarino y J. Woischnik (Edits.) *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. (237-294). Montevideo: Georg-August-Universitat Gottingen. Programa Estado de Derecho para Sudamérica Konrad Adenauer Stiftung.
- Hobbes, T. (2005). *Leviatán. O la material, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. (2a. Ed.) México: Fondo de Cultura Económica.
- Hobsbawm, E. (1998). *Historia del Siglo XX*. Buenos Aires: Crítica (Grijalbo Mondadori S.A.)
- _____. (1992). *Los ecos de la marselesa*. En B. Forch (Trad.). Barcelona: Editorial Crítica.
- Hoerster, N. (1992). *Defensa del positivismo jurídico*. Gedisa, Barcelona.
- Horkheimer, M. (1973) *Crítica de la Razón Instrumental*. (2ª Ed.) Buenos Aires: Sur.
- _____. (2002) *Critical Theory. Selected Essays*. (Trans. Matthew J. O'Connell and others. New York: Continuum.
- _____. & Adorno, T. (1998). *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos Filosóficos*. (3ª. Ed.) En J.J. Sánchez (Trad.). Valladolid: Editorial Trotta
- Hormazábal Malaree, H. (1992). *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la Norma Penal)*., Santiago de Chile: Editorial Jurídica Cono Sur.
- Howard, J. (2001). *Invoking state responsibility for aiding the commission of international crimes - Australia, the United States and the question of East Timor*, Melbourne Journal of International Law, Vol. 2.
- Humprey, M. (2013) The Individualising and Universalising Discourse of Law: Victims in Truth Commissions and Trials. (67-89) En: Thorsten Bonacker & Christoph Safflerling. *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*. The Hage: Springer.
- Ihering, R. v. (2006). *El Fin en el Derecho*. Bogotá: Axel Editores.
- Inazumi, M. (2005). *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*. Vol. 19, Antwerpen: Intersentia.
- Iturralde, M. (2011). "Prisiones y Castigo en Colombia: La construcción de un orden social excluyente". En Libardo José Ariza, Manuel Iturralde. *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y en América Latina* (-110-194). Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Jakobs y Rojas, A. (2008) *Consideraciones sobre el Derecho Penal Moderno, entrevista al Profesor Dr. H.C. Mult. Günther Jakobs*, (trad. Miguel Polaino-Orts) Recuperado el 8 de enero de 2010, en www.derechopenalenlared.com

- Jaumeandreu, E. (1856). *Curso elemental de Derecho Público. Precedido de algunas nociones generales del Derecho Natural y de Gentes*. Barcelona: Imprenta de Tomás Gaspar.
- Jelin, E. (1996). La construcción de la ciudadanía: entre la solidaridad y la responsabilidad. En: Elizabeth Jelin y Eric Hershberg (coord.) *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*. (113- 130) (1ª ed.) Caracas: Nueva Sociedad.
- _____ y Hershberg, E. (1996) Derechos Humanos y construcción de la democracia. En: Elizabeth Jelin y Eric Hershberg (coord.) *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*. (13-22) (1ª ed.) Caracas: Nueva Sociedad.
- Jellinek, G. (2004). *Teoría General del Estado*. (2a Reimp. en Castellano) México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Jiménez de Aréchaga, E. (1996). *Derecho Internacional Público*, Tomo I, (2 Ed.) Montevideo.
- Joyce, A. (2010). The Role of States in the Closure of the International and Hybrid Criminal Tribunals. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 104 (March 24-27, 2010), (43-45). Recuperado el 6 de diciembre de 2012, de: <http://www.jstor.org/stable/10.5305/procanmeetasil.104.0043>
- Kant, I. (2011). *Crítica de la razón pura*. En M. Caimi (Trad.). (1ª. Ed., 1ª Reimp.) México: Fondo de Cultura Económica; Universidad Autónoma Metropolitana; Universidad Nacional Autónoma de México.
- _____ (2008). *La Metafísica de las Costumbres*, Estudio Preliminar de Adela Cortina, En A. Cortin y J. Connil Sancho (Trad.). (4ª Ed.) Madrid: Edit. Tecnos.
- _____ (1998). *Sobre la Paz Perpetua*, En J. Abellán (Trad.). y A. Truyló y Serra (Presentación). (6 Ed.). Editorial Tecnos S.A., Madrid.
- Katshung, J.Y. (2005). *The relationship between the International Criminal Court and Truth Commissions: Some thoughts on how to build a bridge across retributive and restorative justices*. Lubumbashi: Centre for Human Rights and Democracy Studies, Vol. 7, (10).
- Kauzlarich, D., Matthews, R. & Miller, W (2001). Toward a Victimology of State Crime, *Critical Criminology* 10, 173–194.
- _____ Mullins, C.W. & Matthews, R.A. (2003). *A Complicity Continuum of State Crime*, Contemporary Justice Review, Vol. 6, (3), 241–254.
- Kelly, M. (2013) “The Status of Victims Under the Rome Statute of the International Criminal Court”. En: Thorsten Bonacker & Christoph Safférling. *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*. (47- 66) The Hage: Springer.
- Kelsen, H. (2009). *La Paz por medio del Derecho*. (2 Ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- _____ (1958). *Teoría comunista del Derecho y del Estado*. Buenos Aires: Emecé Editores S.A.
- _____ (2011). *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los Problemas de la Ciencia Jurídica*, En G Robles y F. Sánchez (Trad.). Madrid: Editorial Trotta.
- Kennedy, D. (2006). La crítica de los Derechos en los Critical Legal Studies. En J. González Bertomeu (Trad.). *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. (47), 47-90.
- Keucheyan, R. (2013). *Hemisferio izquierda. Un mapa de los nuevos pensamientos críticos*. Madrid: Siglo XXI.
- Klein, N. (2007). *La doctrina del Shock. El auge del capitalismo del desastre*. Barcelona: Paidós.
- Koskeniemi, M. (s.f.) Formalismo, fragmentación y libertad. Temas kantianos en el Derecho Internacional actual. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (15). Recuperado el 27 de octubre de 2012, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num15/articulos/formalismo-fragmentacion-libertad-temas-kantianos-derecho-internacional-actual>.
- _____ (2006). *From Apology To Utopia The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press.
- _____ (2004). *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law (1870–1960)*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Krasner, S. (2001). *Soberanía, Hipocresía Organizada*. Barcelona; Buenos Aires; México: Paidós Ediciones.
- La Rosa, A.M. (2008). Eficacia de las sanciones como medio para lograr un mayor respeto del Derecho Humanitario, en *International Review of the Red Cross* (870). Recuperado el 25 de julio de 2010, en [http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/review-870-p221/\\$File/irrc_0870_larosa.pdf](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/review-870-p221/$File/irrc_0870_larosa.pdf).
- Landazábal Reyes, F. (1982). *Conflicto social*, Medellín: Editorial Bedout.
- Lander, E. (2000). “Ciencias Sociales: saberes coloniales y eurocéntricos”. En E. Lander (Comp.) *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y Ciencias Sociales. Perspectivas latinoamericanas* (41-53). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. (Clacso).
- Lasslett, K. (2012) State Crime by Proxy. *Australia and the Bougainville Conflict*, British Journal of Criminology, (52), 705-723. Recuperado el 29 de mayo de 2012, en <http://bjc.oxfordjournals.org/content/52/4/705.full.pdf+html>

- Leatherman, J (2008). Challenges to Authority in Global Politics. En: Janie Leatherman. *Discipline and Punishment in Global Politics. Illusions of Control*. (1th ed.) New York: Palgrave MacMillan.
- León, G., Krsticevic, V. & Obando, L. (2010). *Debida diligencia en la investigación de graves violaciones de derechos Humanos*. Buenos Aires: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional.
- Lévinas, E. (1993). *El tiempo y el otro*. Barcelona: Paidós; Universidad Autónoma de Barcelona.
- Lira Pérez, O. (1993). *Derechos Humanos: mito y realidad*. Santiago de Chile: Ed. Nuevo Extremo.
- López, S. Molina, C., y Alvarenga, L. (2009) “La realidad no es una realidad reconciliada”. El legado crítico de la Escuela de Frankfurt y la actualidad. Entrevista con Silvia López. *Realidad*. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades. No. 121
- López Barrientos M. E. (s.f.) *Los escritos políticos de Immanuel Kant*. Recuperado el 25 de febrero de 2012, en <http://www.uca.edu.sv/facultad/chn/c1170/mlopez2.html>
- López Martín, A.G. (2005). Clásico pero actual: el territorio estatal. *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*. (17), 173-206.
- López Medina, D.E. (2000). “Presentación”. En: P. Bourdieu, y G. Teubner, *La Fuerza del Derecho*. (9-11). Bogotá: Universidad de los Andes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores.
- _____ & Sánchez Mejía, A. (2008). La armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Penal colombiano. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (12), 317-352.
- Löwy, M. (2003). De Mendel Beiliss, el judío paria, a Joseph K., la víctima universal. Una interpretación de El proceso de Kafka, En E. Cohen y M. Balcázar (Trad.). *Revista Acta Poética Vol. 24, (2)*. Recuperado el 10 de octubre de 2012, en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rap/article/view/28359>.
- _____ (2007) El punto de vista de los vencidos en la historia de América Latina. Recuperado el 10 de octubre de 2012, en: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=50805>
- Maculan, E. (2012). La respuesta a las graves violaciones de derechos humanos entre derecho penal e Internacional. Observaciones sobre el caso Fujimori. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-32. . Recuperado el 5 de octubre de 2012, en <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-05.pdf>.
- MacDowell Santos, C. (2007). El activismo legal transnacional y el Estado: reflexiones sobre los casos contra Brasil en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Sur*, (7), 29- 60.
- Malarino, E. (2010). “Activismo judicial, punitivización y nacionalización: Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* (379-425). Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen, Konrad Adenauer Stiftung.
- Mann, M. (1997). *Las fuentes del poder social*. Vol. I. Madrid: Alianza.
- Marín Espinoza, N. (2006). Jon de los desaparecidos. En: *Revista Cejil*. (2), 116-123. *Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*.
- Martín, C., Rodríguez-Pinzón, D. & Guevara, J.A. (comp.). (2004) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (1ª Ed. 1ª Reimp.) México: Universidad Iberoamericana AC; Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University; Distribuciones Fontamara.
- Martínez Ferro, H. (2013). *Legitimidad, razón y derecho. Dos modelos de justificación del poder político*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Martínez Martínez, J.G.M. (1992). El concepto de justicia en el pensamiento de Norberto Bobbio y otras cuestiones de su filosofía jurídica. *Anuario de la Facultad de Derecho*, (10), 197-242.
- Martínez Marzoa, F. (1999). “Estado y legitimidad”. En: M. Cruz (Comp). *Los filósofos y la política*. (85-115). México: Fondo de Cultura Económica.
- Marx, K. (1989). *Contribución a la crítica de la economía política*. (M. Kuznetsov, Trans.) Moscú, URSS: Progreso.
- _____ (1980). “Discurso pronunciado en la fiesta del aniversario del People’s Paper”. Tomo I. (267-268). En: *Obras Escogidas*. Moscú: Progreso.
- _____ (2008). *El Capital. Crítica de la Economía Política. Libro Primero. El proceso de producción de capital*. En P. Scaron (Trad.). (1ª ed.) México: Siglo XXI Editores.
- _____ (1987). *Miseria de la Filosofía. Respuesta a la filosofía de la miseria de Proudhon* (10ª Ed.) México: Siglo XXI Editores.
- _____ (2004). *Sobre la Cuestión Judía*, (1ª Ed.) Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Marx, K. & Engels, F. (1980). “Feuerbach. Oposición entre las concepciones materialista e idealista”. Tomo I. (4-39). En: *Obras Escogidas*. Moscú: Progreso.

- _____. (1974). *La ideología alemana*. En W. Roces (trad.). (Ed. Conjunta) Montevideo: Pueblos Unidos y Barcelona: Grijalbo S.A.
- _____. (1980). "Manifiesto del Partido Comunista". En: *Obras Escogidas*. Moscú: Progreso.
- Masías Núñez, R. (2012). "Revelaciones sobre las posibilidades del juego esclarecedor de la teoría en ciencias sociales". En S. de Zubiría, *En busca del lugar de la Teoría. Conversaciones interdisciplinarias en las ciencias sociales* (1-25). Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales-CESO.
- Mate, M. R. (2003). *Por los campos de exterminio*. (1ª ed.) Barcelona: Anthropos.
- McAsey, B (2011) Victim participation at the international criminal court and its impact on procedural fairness. *Australian International Law Journal*, 18, 105. Recuperado el 28 de enero de 2013, en: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUIntLawJl/2011/5.pdf>
- Méllich, J.C. (1998). *Totalitarismo y fecundidad. La filosofía frente a Auschwitz*. Barcelona: Anthropos Editorial.
- Mellizo Rojas (2012). Una Experiencia de Extensión e Investigación Social con Familias Víctimas de Crímenes de Estado. *Revista de Trabajo Social Plaza Pública* (8), Recuperado el 5 de octubre de 2012, en <https://revistaplazapublica.files.wordpress.com/2014/06/7-17.pdf>
- Meyer, M. (2007). *Mecanismos de Justicia Penal Internacional Ad- Hoc. La realidad y la posibilidad de un idealismo pragmático*. Buenos Aires: Centro Argentino de Estudios Internacionales.
- Mignone, E. (s.f.) *Los Decretos de Indulto en la República Argentina*, Recuperado el 23 de julio de 2010, en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/indultos.html>.
- Mintzberg, H. (1999). "Gestionar el gobierno, gobernar la gestión". En I. Losada y C. Madorrán (ed.). *¿De burócratas a gerentes? Las ciencias de la gestión aplicadas a la administración del Estado*. (197-211). Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Mir Puig (1994) *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. (1ª ed.) Barcelona: Editorial Ariel.
- Montes Berges, B. (2008). *Discriminación, prejuicio, estereotipos: conceptos fundamentales, historia de su estudio y el sexismo como nueva forma de prejuicio*. Iniciación a la Investigación 3. Revista electrónica Universidad de Jaén. Vol. 3,(1).
- Montoya Brand, M. (2005). Derecho y política en el pensamiento de Bobbio: una aproximación. *Revista Estudios Políticos* (26). Medellín.
- Monedero, J.C. (2005). "Pensamiento crítico para tiempos de crisis: Boaventura de Sousa Santos y el Sur al otro lado del abismo". En B. d. Santos, *El Milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política* (15-32). Madrid: Trotta-Ilsa.
- Morales de Setién Ravina, C. (2000). "La racionalidad jurídica en crisis". En: P. Bourdieu y G. Teubner, *La Fuerza del Derecho*. (9-11). Bogotá: Universidad de los Andes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores.
- Moreno, H.C. (2006). Bourdieu, Foucault y el poder. *Iberóforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, Vol. 1, (2), 1-14.
- [Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado], (2012, 24 de julio) *Historia*, Recuperado el 3 de noviembre de 2012, en <http://www.movimientodevictimas.org/quienes-somos/historia.html>,
- Moya Vargas, M.F. (2003). Confines internacionales de la Jurisdicción Penal. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (7). Recuperado el 27 de octubre de 2012, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num7/notas/confines-internacionales-jurisdiccion-penal>.
- _____. (2009). Fundamentos teórico prácticos para un análisis crítico de las relaciones judiciales internacionales en materia penal con autoridades extranjeras. *Iusta*, (30), 45 – 66.
- _____. (2012). Kant. El Primer Sistematizador para el Derecho Penal. En: Derecho Penal Contemporáneo *Revista Internacional*, (39), 81-102.
- _____. (2007) *Los fallos penales por inasistencia alimentaria: un desfase entre la ley y la práctica judicial*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- _____. (2013) Óptica, Episteme y Orígenes del Principio de Congruencia en el Procesamiento Penal. *Sociologia del Diritto*. 2 (37-64)
- _____. (2011) *Relaciones Penales Judiciales Internacionales*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Müller, I. (2009). *Los juristas del horror. La "justicia" de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás*. En C.A. Figueredo (Trad.). Bogotá: Librería Jurídica Álvaro Nora.
- Múnica Ruiz, L. (1993) De los movimientos sociales al movimiento popular. *Historia Crítica*. 7 (55-80)
- Muñoz Conde, F. (2013). "La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado". En: A. Gil Gil (Dir.) y E. Maculan (Coord.) *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de Atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*. (259-296). Dykinson S.L..

- Muñoz Rojas, D. & Frésard, J.J. (2004). Comité Internacional de la Cruz Roja- CICR (2004). *El Origen del Comportamiento en la Guerra. Comprender y Prevenir las Violaciones del DIH*, Ginebra. Recuperado el 25 de julio de 2010, en [http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/p0853/\\$File/ICRC_003_0853.PDF](http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/p0853/$File/ICRC_003_0853.PDF).
- Nikken, P. (1989). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Vol. 34, (72), 15-52.
- _____. (1994). “El concepto de derechos humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos”. (ed.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, San José, I, 15-37.
- _____. (1998). *El manejo del pasado y la cuestión de la impunidad en la solución de los conflictos armados de El Salvador y Guatemala*. Liber Amicorum- Héctor Fix-Zamudio, Volumen I. San José: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Nogueira Alcalá, H. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Revista Ius et Praxis*, Vol. 11,(2), 15 – 64.
- Novaro, M. (2011). “Las políticas de derechos humanos, de Alfonsín a Menem”. En G. Andreozzini (Coord.) *Juicios por Crímenes de Lesa Humanidad en Argentina*. (1ª. Ed.)(43-64). Buenos Aires: Atuel.
- O’ Boyle, E. (2007). Requiem for Homo Economicus. *Journal of Markets & Morality*. Vol. 10, (2), 321–337.
- Ochoa Ruiz, N., & Salamanca Aguado, E. (2006). El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: un análisis preliminar. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (12). Recuperado el 27 de octubre de 2012, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num12/notas/consejo-derechos-humanos-naciones-unidas-analisis-preliminar>.
- Olásolo Alonso, H. (2009). “Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional”. En J. Almqvist y C. Espósito Massicci (Coord.) *Justicia transicional en Iberoamérica*. (255-289).
- _____. (2009). El desarrollo de la coautoría mediata en el Derecho Penal Internacional. *Iter Criminis Revista de Ciencias Penales*, (7), 121-159.
- _____. (2012). El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia? *Revista electrónica de estudios internacionales*, (24). Recuperado el 18 de diciembre de 2012, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num24/articulos/principio-complementariedad-estrategias-actuacion-corte-penal-internacional-fase-examen-preliminar-corte-penal-internacional-mantiene-su-examen-preliminar-pero-abre-una-investigacion-sobre-situacion-colombia>.
- _____. (2013). *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- _____. & Galaín Palermo, P. (2010). “La Influencia en la Corte Penal Internacional de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de acceso, Participación y Reparación de Víctimas”. en: *Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional*. Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. (379-425). Georg-August-Universität-Göttingen-Konrad Adenauer Stiftung; Montevideo.
- Onfray, M. (2009). *El sueño de Eichmann. Precedido de Un kantiano entre los nazis*. En A. Bixio (Trad.). Barcelona: Editorial Gedisa.
- Orjuela Escobar, L.J. (2012). “La naturaleza de la teoría social y política. Interpretación e imaginación social”. En S. Zubiría y M. Ochoa, *En busca del lugar de la Teoría. Conversaciones interdisciplinarias en las ciencias sociales* (27-62). Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales- CESO.
- Otero, J.M. (2000). ¿Más Derecho Penal?; El desarrollo actual del Derecho Penal Internacional. *Revista de Ciencias Jurídicas* Tomo I, 485, En F. Diplácido (Ed.), Buenos Aires.
- Padgen, A. & Lawrance, J. (Eds.) (2001) *Vitoria. Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Palacios Valencia, Y. (2010). Existencia del Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Penal Internacional. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. Vol. 21 (2),19-34.
- Palermo, Z. (2011). “El desafío de escribir/inventar “nuestra América” desde el pensamiento crítico”, (123- 164). En: A. de Oto (Comp.) *Tiempos de homenajes/ Tiempos descoloniales: Frantz Fanon*. América Latina. Buenos Aires: Ediciones del signo.
- Papacchini, A. (1997). Los derechos humanos a través de la historia. *Revista Colombiana de Psicología*, (7), 138-200. Universidad Nacional de Colombia.
- Parra Vera, O. (2011). “Lucha contra la impunidad, independencia judicial y derechos de los pueblos indígenas. Algunos avances y debates en torno a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2009)”. En F. Rey (Dir.) *Los Derechos en Latinoamérica: Tendencias judiciales recientes*. (363-416). Madrid: Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas. Editorial Complutense.
- Parraguez, M.J. (2010). “Prólogo”. R. Ariza Santamaría, *El derecho profano. Justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pashukanis, E.B. (1976). *Teoría General del Derecho y el Marxismo*. En C. Castro (Trad.). (1ª Ed.). México: Editorial Grijalbo S.A.

- Peces-Barba, G. (1995). *Curso de Derechos Fundamentales*. Madrid: BOE-Universidad Carlos III
- _____. (1986). Sobre el puesto de la Historia en el concepto de los derechos fundamentales. *Anuario de Derechos Humanos* (4), 219-227). Homenaje a Joaquín Ruiz Jiménez. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Instituto de Derechos Humanos.
- Peña Neira, S. (2012). “Hacia la fundamentación del Estado de Derecho Internacional”. En M. Becerra Ramírez y N. González Martín (coord.) *Estado de derecho internacional*. (129-194). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Perdomo, R. (2012). “Presentación”. En: E.H. Fuentes Contreras, *El ocaso del Estado moderno*. (11-13). Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.
- Perdomo, M.P. (2012). La militarización de la justicia: Una respuesta estatal a la protesta social (1949-1974). *Revista Análisis Político* (76), 83-102. Bogotá.
- Peretti, C. (1998). “Deconstrucción”. *Diccionario de Hermenéutica* En A. Ortiz-Osés y P. Lanceros. (Dir.) Buenos Aires: Biblioteca pública de filosofía. Transcripción y conversión al formato HTML de la ed. Bilbao: Universidad de Deusto. Recuperado el 22 de diciembre de 2013 en http://www.jacquesderrida.com.ar/comentarios/peretti_2.htm
- Pereira, C. (1979). Gramsci: Estado y sociedad civil. *Revista Cuadernos Políticos*, (21), 66-74. México D.F.: Editorial Era.
- Pereyra Olachea, A. (2006). La ética cristiana: ¿ética normativa o ética del Espíritu? Una reflexión acerca de la ley y la gracia. *Teología y cultura*, año 3, vol. 5.
- Pérez Giralda, A. (2002). El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los estados, al final del camino. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (9). Recuperado el 27 de octubre de 2012, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num4/agora/proyecto-comision-derecho-internacional-sobre-responsabilidad-estados-al-final-camino>.
- Pérez -León, J. (2008). El individuo como sujeto de Derecho Internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. (8), 599-642.
- Pigrau Solé, A. (2000). “Hacia un sistema de justicia internacional penal: cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. En: *Creación de una jurisdicción penal internacional*. Madrid: Colección Escuela Diplomática no 4.
- _____. (2009). *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos.
- Poulantzas, N. (2001). *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, Siglo XXI Editores, (29ª ed.), México D.F.
- _____. (1978). “Problemas actuales de la investigación marxista sobre el Estado”. (Entrevista a Nicos Poulantzas). (7-44). En: N. Poulantzas y J.P. Coin. *Para un análisis marxista del Estado*. Valencia: Pre-textos.
- _____. & Coin J.P. (1978) *Para un análisis marxista del Estado*. Valencia: Pre-textos.
- Prado, C. (2004). “Dos concepciones del castigo en torno a Marx”, En I. Rivera Beiras (Coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*. (113-130). Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, Anthropos.
- Puga, M. (2012). *Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*. (1 Ed.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO.
- Quijano, A. (2000). “Colonialidad del Poder, eurocentrismo y América Latina”. En: E. Lander (Comp.) *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y Ciencias Sociales. Perspectivas latinoamericanas*. (201-246). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
- _____. (2007). “Colonialidad del poder y clasificación social”, En S. Castro Gómez y R. Grosfoguel (comps.) *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. (93-126). Bogotá: Siglo del hombre editores, Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- _____. (2000). Colonialidad del Poder y Clasificación Social. *Journal of world-systems research*, Vol. 2, 342-386. Special Issue: Festschrift for Immanuel Wallerstein – Part I. Recuperado el 2 de febrero de 2014, en <http://jwsr.ucr.edu>
- _____. (1997). ¿El fin de cuál historia? En *Revista Análisis Político* (32), 27-32. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales –Iepri.
- _____. (2001). El regreso del futuro y las cuestiones del conocimiento. *Revista Crítica de Ciencias Sociales*, (61), 63- 77.
- _____. (1999). “¿Qué tal raza!”, en *Familia y Cambio social*, Lima: Cecosam.
- _____. (2008). Solidaridad y capitalismo colonial/moderno. En: Otra economía. *Revista Latinoamericana de economía social y solidaria*. Vol. 2, (2), 12-16.
- Quinche Ramírez, M.F (2009) *Los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Ley de Justicia y Paz*. Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

- _____ y Quinche Ramírez, V.A. (2011) "La excepcionalidad y las prácticas dictatoriales en las constituciones de los países andinos. En: Bartolomé Ruiz, C.M.M., & Quinche Ramírez, M. (Comp.) *Justicia, Estados de Excepción y memoria. Por una justicia anamnética de las víctimas*. (77-109) Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario
- Quiñones Páez, J. (ed). (2013). *Repensar a Marx Hoy*. Bogotá: Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales "Gerardo Molina"- UNIJUS. Universidad Nacional de Colombia.
- Radbruch, G. (1980). "Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal", en *El hombre en el derecho*. En A. del campo (trad.). (127-141). Buenos Aires: De Palma.
- _____ (1959). *Filosofía del Derecho*. En J. Medina Echevarría (Trad.). (4ª Ed.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Rajagopal, B. (2003). Academic freedom as a human right: An internationalist perspective. *Academe, Journal of the American Association of University Professors*, (25-28).
- _____ (1999). Corruption, legitimacy and human rights: The dialectic of the relationship, *Connecticut Journal of International Law*, (14), 495.
- _____ (2000). Human Rights and development: Legal and policy issues with special reference to dams. Report submitted to the World Commission on Dams, *Thematic Review Vol. 4*.
- _____ (2005). "Incorporando la resistencia del Tercer Mundo al Derecho Internacional"; en *El Derecho Internacional desde Abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*. (1ª Ed.). Bogotá: ILSA, Colección En Clave de Sur.
- _____ (1999). "International law and the development encounter: violence and resistance at the margins", (93 Ed.) *American Society of International Law Proceedings* (16).
- Ramelli Arteaga, A. (2009). El Derecho Internacional Humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 9,35-68.
- _____ (2011). *Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia*. Bogotá: GIZ-Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania Bogotá.
- Read, J. (2009). A genalogy of Homo-Economicus: Neoliberalism and the Production of Subjectivity. *Foucault Studies*, (6), 25-36. University of Southern Maine.
- Restrepo, G. (1987). "Historia doble de una profecía: memoria sociológica". En G. Cataño, G. Restrepo, E. Bonilla, R. Parra Sandoval, y M. Vizcaino. *Ciencia y compromiso. En torno a la obra de Orlando Fals Borda*. Bogotá: Asociación Colombiana de Sociología.
- Restrepo Montoya, H. (2007). Derecho Penal Internacional: Entre Garantismo y eficientismo. *Revista Criterio Jurídico*, Vol. 7, Santiago de Cali.
- Rincón, T. (2010) *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*. (1ª. Ed.) Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Risso Ferrand, M. (2008). Los derechos humanos como concepto mítico. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. (144-145). Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.
- Rivera Beiras, I. (2004). "Forma-Estado, mercado de trabajo y sistema penal" ("Nuevas" racionalidades punitivas y posibles escenarios penales). En I. Rivera Beiras (Coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*. (287-326). Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, Anthropos.
- _____ (2005). "Elementos para una aproximación epistemológica". *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, (15-44). Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, Anthropos.
- _____ (Coord.) (2004). *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, Anthropos.
- Roberts, J.M. (2010). *Historia del Mundo. De la Prehistoria a nuestros días*, Barcelona: Random House Mondadori.
- Robinson, D. (2003). Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court, *European Journal of International Law* Vol. 14, (3), 481-505.
- Rodríguez Rincón, Y. (2012) Teoría crítica y estrategia contrahegemónica. Hacia una lucha social por la memoria en Colombia. *Ciudad Paz-ando*. Vol. 5, No. 2, 9-20.
- Rodríguez Zepeda, J. (1996). *Estado de Derecho y Democracia*. México: Instituto Federal Electoral. Cuadernos de divulgación de la cultura democrática, No. 12.
- Rosanvallón, P. (2007). *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Manantial.
- Rosillo Martínez, A. et. al, (2008). *Teoría Crítica dos Direitos Humanos no Século XXI*. Portoalegre: EDIPUCRS.

- Rossi, M.A. (2000). "Aproximaciones al pensamiento político de Immanuel Kant". En A. Borón (comp.) *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*. (189-212). Buenos Aires: Clacso.
- Rothe, D. (2009). *State Criminality. The Crime of All Crimes*. Plymouth: Lexington Books.
- Rousseau, J.J. (1989). *El Contrato Social o Principios del Derecho Político*. Medellín: Edilux Ediciones- Susaeta Ediciones.
- Roxin, C. (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. En J. Gómez Navajas Trad.). *REJ, Revista de Estudios de la Justicia*. Vol. 7, (21), 1-22.
- _____ (2012). El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. *InDreto, Revista para el Análisis del Derecho*. (4), 1-24.
- Rozema, R. (2011). Forced Disappearance in an Era of Globalization: Biopolitics, Shadow Networks, and Imagined Worlds, Vol. 113, (4), 582–593, by the American Anthropological Association..
- Ruiz Miguel, A. (2004). Guerra, Justicia y Derecho Internacional. En: *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*. (20), 59-72.
- Said, E. (1996). *Cultura e imperialismo*. En N. Catelli (Trad.). Barcelona: Editorial Anagrama.
- _____ (1997). *Paz sin territorios*. En J. Barreda y F. Rodríguez Sierra (Trad.). Tafalla: Editorial Txalparta.
- Sáenz de Santamaría, P.A. (2005). Derecho, moral y eficacia en la práctica de sanciones del Consejo de Seguridad. En: A. Rodríguez Carrión, y E. Pérez Vera (Coord.) *Soberanía del Estado y derecho internacional: Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Tomo 1 (155- 176). Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga.
- Salamanca Serrano, A. (2008). "¿Revolución de los derechos humanos de los pueblos o carta socialdemócrata a Santa Claus? Rosillo Martínez", A. et. al, *Teoría Crítica dos Direitos Humanos no Século XXI*. Portoalegre: EDIPUCRS.
- Sanahuja, J.A. (2003). *Guerras Hegemónicas y Ayuda al Desarrollo. Le Monde Diplomatique. Edición Española*, Recuperado el 15 de octubre de 2009, en <http://www.choike.org/nuevo/informes/1427.html>
- Sánchez, B.E. (2001). "Aproximación desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas". En B. de Sousa Santos y M. García Villegas *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio jurídico*. Tomo II (159-199). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- _____ (2001). "El reto del multiculturalismo jurídico". En B. de Sousa Santos y M. García Villegas *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio jurídico*. Tomo II (5-142). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Sánchez Gil, R. (2007). *El principio de proporcionalidad*. (1ª Ed). México: Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Sánchez Legido, A. (2003). *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Sandoval Huertas, E. (1979) La violencia de contenido criminológico penal. Tesis de maestría. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- _____ (1998). *Penología Partes General y Especial*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- _____ (1985). *Sistema penal y criminología crítica. (El sistema penal colombiano desde la perspectiva de la Criminología Crítica)*. Bogotá: Editorial Temis Librería.
- Sandoval Rojas, N. (2013). La movilización social en tiempos de la Constitución: feministas, indígenas y víctimas de crímenes de Estado ante la Corte Constitucional colombiana. *Revista Colombia Internacional*. (79), 191-217. Recuperado el 24 de septiembre de 2014 en <http://dx.doi.org/10.7440/colombiainf79.2013.07>
- Sang, M.K.A. (2013). Duarte y Espaillat: Del liberalismo romántico al positivismo liberal. En *Revista Clío*, año 82, (185). Academia Dominicana de la Historia.
- Santos, B. De S. (2007a). Beyond abyssal thinking: From global lines to ecologies of knowledges. I. F. Braudel Center (Review). (45-89).
- _____ (2005). Beyond neoliberal governance: The world social forum as subaltern Cosmopolitan politics and legality. En B. de Sousa Santos and C. Rodríguez Garavito. (eds.) *Law and Globalization from Below*. (29-63). New York: Cambridge Studies in Law and Society.
- _____ (2007). *Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria*. Clacso, Cides- UMSA, Plural Editores.
- _____ (2000). "Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia". Vol. I. *Para un Nuevo Sentido Común: La Ciencia, El Derecho y la Política en la Transición paradigmática. No. 18*. Bilbao: Palimpsesto; Derechos Humanos y Desarrollo. Desclée De Brouwer.
- _____ (1988) *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes.
- _____ (2010). *Descolonizar el Saber, Reinventar el poder*. Montevideo: Ediciones Trilce.

- _____ (2007b). El discurso y el poder (ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica). *Revista crítica jurídica*, (26). Recuperado el 3 de agosto de 2014, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/26/art/art6.pdf>.
- _____ (2005). *El Milenio Huérfano. Ensayos para una Nueva Cultura Política*. Madrid: Trotta-ILSA.
- _____ (2001). “El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena”. En: B. de Sousa Santos y M. García Villegas *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio jurídico*. Tomo II. (201-211). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- _____ (2004). “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”. En F. Gómez y J.M Pureza (Dir.) *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. (95-122) (1ª reimp.) Bilbao: Universidad de Deusto.
- _____ (2003). *La caída del Angelus Novus: Ensayo para una teoría social*. Bogotá: Colección en Clave de Sur.
- _____ (2010a). *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*. (1ª ed.) Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Clacso, Universidad de Buenos Aires, Prometeo Libros.
- _____ (2009). *Pensar el Estado y la Sociedad: Desafíos Actuales*. (1ª Ed.) Buenos Aires: Waldhuter Editores.
- _____ (2006). *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social* (Encuentros en Buenos Aires). Buenos Aires: Clacso.
- _____ (2009). *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: Ilsa.
- _____ (2009a). *Una epistemología del Sur*. México: Clacso, Siglo XXI Editores.
- _____ (2006a). “Una nueva cultura política emancipatoria”, en: *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social* (encuentros en Buenos Aires). Recuperado el 7 de abril de 2009, en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/edicion/santos/Capitulo%20II.pdf>
- _____ & García Villegas (2001b). “Colombia: El revés del contrato social de la modernidad”. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio jurídico*. Tomo I. (11-83). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- _____ & García Villegas (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio jurídico*. Tomo I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- _____ & García Villegas (2001c). “Introducción General”. En B. de Sousa Santos y M. García Villegas. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio jurídico*. Tomo I. (1-5) Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- _____ & Rodríguez Garavito, C. (eds.) (2007). *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*. México: UAM- Cuajimalpa, Anthropos.
- _____ & Rodríguez Garavito, C. (eds.) (2005). Law, politics, and subaltern in counter-hegemonic globalization. *Law and Globalization from Below*. (1-26). New York: Cambridge Studies in Law and Society.
- Schabas, W. (2007). *An Introduction to the International Criminal Court*. (3 ed.) New York: Cambridge University Press.
- _____ (2008) State Policy as an Element of International Crimes. En: *The Journal of Criminal Law and Criminology* (1973-), Vol. 98, No. 3, 953-982 Symposium: Redefining International Criminal Law: New Interpretations and New Solutions (Spring, 2008)
- Schmitt, C. (2009). Cuatro Capítulos sobre la Doctrina de la soberanía. *Teología política*. En F.J. Conde (Trad.). Editorial Trotta.
- _____ (1968). *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. En J. Díaz García (Trad.). Madrid: Ediciones de la Revista de Occidente.
- _____ (1996). *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. En M. herrero López (Trad.). (8ª Ed.) Madrid: Editorial Tecnos.
- Segato, R.L. (2004). Territorio, soberanía y crímenes de segundo Estado: la escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez. *Serie Antropología*, (362). Brasilia: Universidade de Brasilia.
- Seiderman, I.D. (2001). *Hierarchy in International Law. The Human Rights Dimension*. School of Human Rights Research Series. Vol. 9. Antwerpen-Groningn- Oxford: Intersentia- Hart.
- Seoane, J.C. (2012). La noción de sujeto en Foucault. *Revista Question*, 1. Vol. 1, (33), 98-103.
- Sepúlveda, C. (2009). *Derecho Internacional* (26ª Ed.) México: Editorial Porrúa.
- Sepúlveda Pino, H. (1989). *La teoría marxista del Derecho y la Teoría Normativista de Hans Kelsen*. (1ª Ed) Bogotá: ECOE.
- Serna de La Garza, J.M. (2003). “La Globalización y las Llamadas “Teorías de la Convergencia” Después del 11 de Septiembre”. En T. Díaz Müller (Coord.) *Globalización y Derechos Humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Serrano, E. (2009). "Discusión". En: B. Echeverría *¿Qué es la modernidad? Cuadernos del Seminario Modernidad: versiones y dimensiones*. (31-33). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sikkink, K. (2003). "La dimensión transnacional de los movimientos Sociales". En: E. Jelin (comp.) *Más allá de la nación: las escalas múltiples de los movimientos sociales*. (301-335). Buenos Aires: Libros del Zorzal.
- _____ & Walling, C. (2007). *The Impact of Human Rights Trials in Latin America*. En: *Journal of Peace Research at Harvard Libraries*, Vol. 44, (4). Department of Political Science, University of Minnesota. Recuperado el 15 de mayo de 2010, en <http://jpr.sagepub.com>.
- Silva Filho da, J.C.M. (2012). "El terrorismo de Estado y la Dictadura Cívico-Militar en Brasil: el derecho de resistencia no es terrorismo", En M.M. Castor, Bartolomé Ruiz y R.A. Duarte Cuadros, *La urbe global y el gobierno de la vida humana: Justicia, alteridad y memoria en los espacios de poder*. (1 Ed.) Bogotá: Universidad Libre. Facultad de filosofía.
- Singh, H. (2006). *Asia- Pacífico en el Nuevo Orden Mundial (Norteamericano)*; en: *Política y Movimientos Sociales en un Mundo Hegemónico. Lecciones desde África, Asia y América Latina*; (119-136). Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; Buenos Aires; Recuperado el 17 de octubre de 2010, en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/sursur/politica/PICCuatro1.pdf>.
- Slepoy, C. (2011). "Impunidad y justicia universal en relación con crímenes lesivos para la humanidad. Los juicios en España". En A. Gabriele (Coord.) *Juicios por Crímenes de Lesa Humanidad en Argentina*. (1ª. Ed., 101-118). Buenos Aires: Atuel.
- Soares, L.E. & Guindani, M. (2007). La tragedia brasileña: la violencia estatal y social y las políticas de seguridad necesarias. *Revista Nueva sociedad*, 56-72.
- Smith, A. (1794). *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. En J.A. Ortiz (Trad.). Valladolid: En la oficina de la viuda é hijos de Santander. Recuperado e 12 de julio de 2014, en <http://stolpkin.net/IMG>.
- Staudt, K. & Vera, B. (2006). Mujeres, políticas públicas y política: los caminos globales de Ciudad Juárez, Chihuahua- El Paso, Texas. *Revista Región y sociedad*. Vol. 18, (37).
- Teubner, G. (2000) Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno. En: P. Bourdieu & G. Teubner. *La Fuerza del Derecho*. (81-152) Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Thwaites Rey, M. (2010). El estado en debate: de transiciones y contradicciones. En *Crítica y Emancipación. Revista latinoamericana de ciencias sociales*, (4), 9- 23. Buenos Aires: Clacso.
- Ticehurst, R., (1997, 31 de marzo), La Cláusula de Martens y el Derecho de los Conflictos, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 22, (140), 131-141, Recuperado el 4 de mayo de 2013, en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/Stdlcy.htm>
- Tilly, C. (2006). Guerra y Construcción del Estado como Crimen Organizado. en *Revista Académica de Relaciones Internacionales* (5), UAM-AEDRI.
- Torres Cazorla, M.I. (2012). "Consejo de Seguridad, Libia y la Corte Penal Internacional: un análisis a la luz de la práctica reciente". En: *La Corte Penal Internacional: Una perspectiva latinoamericana*. En N. Boeglin, J. Hoffmann y J.C. Sainz-Borgo (Eds.) (332-354). San José de Costa Rica: Universidad para la Paz (Publicación digitalizada). Open Knowledge Network Collection.
- Torres Vindas, J. (2007). *Notas para leer al Sujeto en Foucault desde América Latina*. En: América Latina en movimiento (ALAI). Recuperado el 9 de octubre de 2013, en <http://alainet.org/active/20042>.
- Touraine, A. (2000). *Crítica de la modernidad*. En A.L. Bixio (Trad.) (2ª ed., 3ª reimp). México: Fondo de Cultura Económica.
- _____ (2000). *¿Podremos vivir juntos? Iguales y diferentes*. (2ª ed. 5ª reimpresión) México: Fondo de Cultura Económica.
- _____ (1994). *¿Qué es la democracia?* En M. Armiño (Trad.). Madrid: Temas de Hoy.
- _____ (1990). ¿Se puede seguir siendo socialista? *Revista Nueva Sociedad* (108), 186-188
- Tugendhat, E. (1998). Gitanos y judíos. En: Ernest Tugendhat. *Conferencias y compromisos 1978-1991*. (Trad. Elisa Lucena). Madrid: Tecnos.
- _____ (1992) *Justicia y Derechos Humanos*. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- Twining, W. (2009) Introduction [to Upendra Baxi] En: W. Twining. (Ed.) *Human Rights, Southern Voices*. (157-162). New York: Cambridge University Press.
- Valencia Restrepo (2008) *Derecho Internacional Público* (3ª Ed.) Medellín: Librería Jurídica Comlibros- Legis S.A.
- Valentini, V. (2011) Justicia penal transicional y justicia penal europea. El protagonismo de las víctimas y la renuncia al Derecho penal liberal. *Revista Nuevo Foro Penal* Vol. 7, No. 77 (161-211). Recuperado el 27 de noviembre de 2012, de: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/1687/1678&sa=X&scisig=AAGBfmIasERjaGJxozSNwygfv7wVL3jWBg&oi=scholaralt>
- Vásquez García, F. (1999). Historicidad de la razón y teoría social: entre Foucault y Bourdieu. *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 61, (2).

- Vega Cantor, R. (2012). "Elogio del pensamiento crítico". Doce tesis. *O Olho da História*, (19), Salvador, Recuperado el 26 de Julio de 2014, en <http://oohodahistoria.org/n19/artigos/renan.pdf>.
- Vidal La Rosa, M. (2009). *Principios del Tribunal de Núremberg*. Recuperado el 18 de agosto de 2009, en www.teleley.com/articulos/art_170708-7md.pdf
- Villalibre Fernández, V. (2009). The influence of powerful states of the security council during democratization processes the case of Côte D'ivoire. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (17). Recuperado el 27 de octubre de 2012, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num17/notas/the-influence-of-powerful-states-of-the-security-council-during-democratization-processes-the-case-of-cte-divoire>.
- Villán Durán, C. (2006). *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (2ª Ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- Villoro, L. (1992). *El Pensamiento moderno. Filosofía del Renacimiento*. (1ª. Ed.) México: Fondo de Cultura Económica.
- Villoro Toranzo, M. (2006). La filosofía del derecho de G. W. F. Hegel. (1ª ed.) *Revista Serie Estudios Jurídicos* (29). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Wallerstein, I. (coord.) (2006). *Abrir las ciencias sociales. Informe de la Comisión Gulbenkian para la reestructuración de las ciencias sociales*. (9ª Ed. en Castellano) México: Siglo XXI Editores.
- _____ (2011). Crisis estructural en el sistema-mundo. Dónde estamos y a dónde nos dirigimos, en: El despliegue de la segunda Gran Depresión, *Magazine Monthly Review*. (12).
- _____ (2000). El eurocentrismo y sus avatares: los dilemas de las ciencias sociales. (Ed. En Castellano). *Magazine New Left Review*, 97-113.
- _____ (1976). *The Modern World-System: Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century*. New York: Academic Press
- _____ & Balibar, E. (1991). *Raza, Nación y clase*. Madrid: Iepala Textos.
- Weber, M. (2002) *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. (Trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora). (2ª ed.) Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Wemmers, J.A. (2010) Victims' Rights and the International Criminal Court: Perceptions within the Court Regarding the Victim's Right to Participate. *Leiden Journal of International Law*. September 1, 2010.
- Wendel, B. (2009). The Torture Memos and the Demands of Legality. *Cornell Legal Studies Research Paper* (09), 019 (June 22, 2009). Recuperado el 22 de septiembre de 2011, en www.SSRN-id1422603.pdf
- Werle, G. (2011). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. (2ª Ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Woodiwiss, A. (2002). *Human Rights and the Challenge of Cosmopolitanism. Theory, Culture & Society* Vol. 19, (1-2), 139-155. London, Thousand Oaks and New Delhi.
- Wolkmer, A.C. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. (1ª Ed.) Bogotá D.C.: ILSA - Colección En Clave de Sur.
- Wyler, E. (2002) from 'State Crime' to responsibility for 'Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law. *European Journal of International Law*, Vol. 13 (5), 1147-1160.
- Yañez Barnuevo, J.A. & Escobar Hernández, C. (2003). "The International Criminal Court and the United Nations: A complex and vital relationship". En F. Lattanzi & W. Schabas (eds.) *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court. Vol. II*. (41-68). Ripa di Fagnano Alto: Editrices il Sirente Piccola Società Cooperativa a r.l.
- Zaffaroni, E.R. (2012). *Crímenes de Masa* (2a Ed. Ampliada) Buenos Aires: Ediciones Madres Plaza de Mayo.
- _____ (2007). "El Crimen de Estado como Objeto de la Criminología". En *Contribuciones Críticas al Sistema Penal de la Post Modernidad, In Memoriam a Eduardo Novoa Monreal*. Santiago de Chile: Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- _____ (2011). *El enemigo en el derecho penal*. (2ª Edición) México D.F.: Ediciones Coyoacán.
- _____ (1993). *Hacia un realismo jurídico penal marginal* (1ª ed.). Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericana.
- _____ (1998). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Volumen I, Buenos Aires: Editorial EDIAR.
- _____ (2007). *Un replanteo epistemológico en criminología (a propósito del libro de Wayne Morrison)* Buenos Aires: Nueva doctrina penal, Editores del Puerto.
- _____; Alagia, A. y Slokar, A. (2012) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (7ª reimpresión) Buenos Aires: Ediar.
- Zafra Galvis, O. (1987). Conceptos sobre inteligencia en la guerra subversiva, *Revista Fuerzas Armadas*, Vol. 42, (122).

- Zamora, J. A. (2012). "Crítica y memoria: la justicia" en TH. W. Adorno, en: M.M. Castor, Bartolomé Ruiz y R.A. Duarte Cuadros, *La urbe global y el gobierno de la vida humana: Justicia, alteridad y memoria en los espacios de poder*. Universidad Libre. Facultad de filosofía. 1ª. Ed. Bogotá.
- Zapico Barbeito, M. (2012). *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011 En A.M. Neira Pena (coord.) A.J. Pérez-Cruz Martín y X.F. Baamonde (dir. congr.), 721-734.
- Žižek, S. (2004). *A propósito de Lenin: Política y subjetividad en el capitalismo tardío*. Buenos Aires: Aruel- Patusia.
- _____. (Comp.) (2008). "Arte e ideología en Hollywood. Una defensa del platonismo". En C. Rendueles (Trad.). *Arte, ideología y capitalismo*. (10-49). Madrid: Consorcio del Círculo de Bellas Arte Comunidad de Madrid, Ministerio de Cultura, Gobierno de España, Caja Duero, Madrid, Iberia.
- _____. (Comp.) (2003). El espectro de la ideología. *Ideología. Un mapa de la cuestión*. (1ª Ed.) En C. Beltrame (Trad.). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- _____. (1998). *El sujeto interpasivo*. Recuperado el 13 de marzo de 2010, en <http://zizek-en-castellano.blogspot.com/2010/05/el-sujeto-interpasivo.html>
- _____. (2011). En contra de los Derechos Humanos, *Revista Suma de Negocios*, Vol. 2, (2), 115-127. Bogotá.
- _____. (2006). *Órganos sin Cuerpo. Sobre Deleuze y consecuencias*. (1ª ed.) Valencia: Pre-Textos.
- _____. (2002) "The Matrix: Or, The Two Sides of Perversion". William Irwin (Ed.) *The Matrix and Philosophy. Welcome to the desert of the real*. (240-266). Chicago: Open Court.
- Zolo, D. (2005). Luces y sombras del Tribunal Penal Internacional. *Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, I, 1. Recuperado el 8 de enero de 2012, en <http://www.juragentium.org/topics/wlgo/es/icc.htm>
- _____. (2002). Una crítica realista del Globalismo Jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas. En P. Mercado Pacheco (Trad.). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (36), 197-218.
- Zubiría, S., Hurtado, J., Masías, R., Mejía, A., Ochoa, M. & Orjuela, L. (2012). *En Busca del Lugar de la Teoría. Conversaciones Interdisciplinarias en las Ciencias Sociales*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales- CESO, Departamento de Ciencia Política, Ediciones Uniandes.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

- Organización de Estados Americanos, IX Conferencia Internacional Americana. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá, Colombia.
- _____. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (1969, noviembre 7 al 22) *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica.
- _____. Asamblea General. (2001) *Carta Democrática Interamericana*. Lima, Perú.
- _____. Asamblea General. (1948) *Carta de la Organización de Estados Americanos*. Lima, Perú. (OEA, AG, 1948a)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1991). Caso 10.169. Perú. Informe No. 10/91. 22 de febrero de 1991. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1990-1991. (CIDH, 1991)
- _____. (1992). Caso No. 10.147. Caso *Alicia Consuelo Herrera et al., vs. Argentina*. Informe No. 28/92, 2 de octubre de 1992. (CIDH, 1992).
- _____. (1992a). Caso *De los Santos Mendoza vs. Uruguay*, Caso 10.029, Informe No. 29/92. (CIDH, 1992a).
- _____. (1995) Caso No. 11.221. *Medina Charry vs. Colombia*. Informe No. 15/95. (CIDH, 1995)
- _____. (1997) Caso No. 10.258, *Manuel García Franco vs. Ecuador*, Informe No. 1/97 (CIDH, 1997a)
- _____. (1997) Caso *Tabacalera Boquerón S.A.* (Paraguay) Informe No. 47/97. 16 de octubre de 1997. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1997.
- _____. (1999). Caso 10.488. *Ignacio Ellacuría S., et. al., vs. El Salvador*, Informe No. 136/99, de 22 de diciembre de 1999. (CIDH, 1999).
- _____. (1999a) Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, México*, Demanda presentada por la CIDH el 11 de julio de 2005. (CIDH, 1999a]
- _____. (1999b) Case 12.059, Carmen Aguiar de Lapacó, Argentina, Report N° 70/99. (CIDH, 1999b)
- _____. Caso 11.481, *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Gáldamez*, Informe No. 37/00, de 13 de abril de 2000 (CIDH, 2000)
- _____. (2001) Caso 11.625. *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala). Informe de Fondo, No. 4/01. 19 de enero de 2001.

- ____ (2003) *Resolución No. 1/03. Sobre juzgamiento de crímenes internacionales*; Recuperado el 15 de enero de 2010, en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82400809&iCveNum=6286>.
- ____ (2003b) *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad de Juárez en México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc 44, 7 de marzo de 2003 (CIDH, 2003)
- ____ (2004) *Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.120 Doc. 60 13 diciembre 2004. (CIDH, 2004)
- ____ (2005) Caso 12.057, *Luis Alfredo Almonacid Arellano, Chile*, Demanda presentada por la CIDH el 11 de julio de 2005. [CIDH, 2005]
- ____ (2011). Caso 12.590, *José Miguel Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar")*, Guatemala. Demanda presentada por la CIDH el 18 de febrero de 2011. (CIDH, 2011).
- ____ (2013) *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. Recuperado el 17 de abril de 2014, en <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/CIDH.%20Estudio%20sobre%20OS,%20IG%20y%20EG.%20T%C3%A9rminos%20y%20est%C3%A1ndares.doc>.

OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opiniones Consultivas

- Condición jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18 (Corte IDH, 2003OC)
- Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, Serie A No. 17 (Corte IDH, 2002)
- El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75)*; Opinión consultiva No. OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 2. (Corte IDH, 1982, OC2).
- El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A, No. 8 (Corte IDH, 1987aOC)
- El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999; Serie A No. 16 (Corte IDH, 1999OC)
- Excepciones al agotamiento de los recursos internos*, Opinión Consultiva OC-11/90, del 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11.
- Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9. (Corte IDH, 1987OC)
- La colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 CADH)*; Opinión Consultiva OC-05/85, del 13 de noviembre de 1985; Serie A No. 5 (Corte IDH, 1985OC)
- La expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión consultiva No. OC-6/86, del 9 de mayo de 1986. (Corte IDH, 1986OC)

Sentencias y resoluciones de cumplimiento de sentencias (por anualidad y orden alfabético)

- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2014). *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2014). *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277. (2014a).
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2013). *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. (2013c).
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2013). *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo, y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267), (2013b).
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2013) *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Resolución de supervisión de cumplimiento de Sentencia de 20 de marzo de 2013 (Corte IDH, 2013c)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2013). *Caso J. vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275. (Corte IDH, 2013)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2013). *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274 (Corte IDH, 2013a)

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012). *Caso García y Familiares vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258 (Corte IDH, 2012)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012) *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012 Serie C No. 253 (Corte IDH, 2012a)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012) *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de junio de 2012. (Corte IDH, 2012sc)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012) *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250 (Corte IDH, 2012b)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012) *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252 (Corte IDH, 2012c)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012). *Caso Masacre De Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 263 (Corte IDH, 2012e)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012) *Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248 (Corte IDH, 2012d)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) *Caso Castillo Petrucci y Otros vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de 1 de julio de 2011. (Corte IDH, 2011sc)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) *Caso Contreras y Otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232. (Corte IDH, 2011)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221 (Corte IDH, 2011a)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de 1 de julio de 2011. (Corte IDH, 2011sc2)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010) *Caso Cabrera García y Montiel Flórez vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones; Sentencia de 26 de noviembre de 2010; Serie C, No. 220. (Corte IDH, 2010a)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010) *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*; Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 30 de agosto de 2010; Serie C, No. 215. (Corte IDH, 2010c)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010) *Caso Gomes Lund ("Guerrilla Do Araguaia") vs. Paraguay*. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C No. 219. (Corte IDH, 2010d)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010) *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*; Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones; Sentencia de 26 de mayo de 2010; Serie C, No. 213. (Corte IDH, 2010)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010) *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*; Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 31 de agosto de 2010; Serie C, No. 213. (Corte IDH, 2010)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202 (Corte IDH, 2009a)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Caso González y otras ('Campo Algodonero') vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205. (Corte IDH, 2009)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 24 de noviembre de 2009. (Corte IDH, 2009d)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 3 de abril de 2009, Serie C, No. 196 (Corte IDH, 2009f)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Caso Niños de la Calle*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 27 de enero de 2009. (Corte IDH, 2009b)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211 (Corte IDH, 2009c)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209 (Corte IDH, 2009e)

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008) *Caso Apiz Barrera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. (Corte IDH, 2008e)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008) *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C. No. 187 (Corte IDH, 2008b)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008) *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos México*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C No. 184. (Corte IDH, 2008f)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008) *Caso Heliodoro Portugal v. Panamá*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186. (Corte IDH, 2008c)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008) *Caso Tiu Tojín, vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 25 de noviembre de 2008, Serie C. No. 190 (Corte IDH, 2008a)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008) *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192 (Corte IDH, 2008d)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008) *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 30 de octubre de 2008. (Corte IDH, 2008)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007) *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163 (Corte IDH, 2007)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006) *Caso Almonacid, Arellano y Otros vs. Chile, et al.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 26 de septiembre de 2006; Serie C No. 154. (Corte IDH, 2006)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006) *Caso de Baldeón García vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C, No. 147 (Corte IDH, 2006d)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006) *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, No. 151. (Corte IDH, 2006h)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006) *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C, 146. (Corte IDH, 2006g)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006) *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*; Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 22 de septiembre de 2006; Serie C No. 153. (Corte IDH, 2006a)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006) *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 162. (Corte IDH, 2006b)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006) *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C No. 140 (Corte IDH, 2006j)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006) *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Decisión de 1 de julio de 2006; Serie C No. 148. (Corte IDH, 2006c)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006) *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160. (Corte IDH, 2006e)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006) *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152 (Corte IDH, 2006f)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006) *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. (Corte IDH, 2006i)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005) *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa. Fondo, Reparaciones y Costas*; Sentencia de 17 de junio de 2005; Serie C, No. 125 (Corte IDH, 2005)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005) *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 25 de noviembre de 2005, Serie C No. 137 (Corte IDH, 2005e)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005) *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 12 de septiembre de 2005, Serie C No. 132 (Corte IDH, 2005d)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005) *Caso Hermanas Serrano Cruz. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120 (Corte IDH, 2005a)

- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2004) *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 22 de noviembre de 2004, Serie C No. 117. (Corte IDH, 2004c)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2005) *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C No.134 (Corte IDH, 2005c)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2004) *Caso Tibi vs. Ecuador*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Serie C, No. 114 (Corte IDH, 2004f)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2005) *Caso Yatama vs. Nicaragua; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*; Sentencia de 23 de junio de 2005; Serie C, No. 127 (Corte IDH, 2005b)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2004) *Caso 19 comerciantes vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 5 de julio de 2004. Serie C No. 109. (Corte IDH, 2004h)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2004) *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 17 de Noviembre de 2004 (Corte IDH, 2004a)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2004) *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C, No. 110. (Corte IDH, 2004d)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2004) *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112 (Corte IDH, 2004)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2004) *Caso Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004 Serie C No. 105 (Corte IDH, 2004b)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2004) *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, Sentencia del 3 de julio de 2004. Serie C No. 108 (Corte IDH, 2004e)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2004) *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111 (Corte IDH, 2004g)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2003) *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003 Serie C No. 1000 (Corte IDH, 2003)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2001) *Caso Barrios Altos vs. Perú. Interpretación de Sentencia*. Resolución de fecha 3 de septiembre de 2001. (Corte IDH, 2001g)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2001) *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) vs. Perú*, Fondo, Sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75 (Corte IDH, 2001e)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2001) *Caso Cesti Hurtado vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de mayo de 2001. Serie C No. 78. (Corte IDH, 2001)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2001) *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C, No. 74. (Corte IDH, 2001a)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2001) *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77. (Corte IDH, 2001b)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2001) *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76. (Corte IDH, 2001c)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2001) *Caso del Tribunal Constitucional, (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de enero del 2001, Serie C No. 71. (Corte IDH, 2001d)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2001) *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos et. al.) vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73. (Corte IDH, 2001f)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (2000) *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70 (Corte IDH, 2000)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (1999) *Caso Castillo Petruzzi, et. al. vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, No. 52 (Corte IDH, 1999)
- CORTE INTERAMERICANA DE DE DERECHOS HUMANOS (1999) *Caso Villagrán Morales et al. (Caso de los “Niños de la Calle”); Fondo*; Sentencia de 19 de noviembre de 1999; Serie C No. 63. (Corte IDH, 1999a)

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1998) *Caso Blake vs. Guatemala*, Fondo, Sentencia del 24 de enero de 1998. (Fondo). Serie C No. 36. (Corte IDH, 1998b)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1998) *Caso Castillo Pertruzzi, et. al. vs. Perú*, Excepciones preliminares. Sentencia del 4 de septiembre de 1998, Serie C, No. 41 (Corte IDH, 1998a)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1998) *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37 (Corte IDH, 1998)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1997) *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34 (Corte IDH, 1997a)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1997) *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42 (Corte IDH, 1997b)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1997) *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33 (Corte IDH, 1997)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1997) *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C, No. 35. (Corte IDH, 1997b)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1995) *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22 (Corte IDH, 1995)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1989) *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*; Sentencia del 20 de enero de 1989; Fondo; Serie C No. 5 (Corte IDH, 1989)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1988) *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 1 (Corte IDH, 1988)

Votos razonados

- (2012) Voto Razonado del juez Diego García Sayán a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252 (Corte IDH, 2012cvr)
- (2009) Voto Razonado del juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202 (Corte IDH, 2009avr)
- (2006) Voto Razonado del juez A. A. Cançado Trindade a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 162. (Corte IDH, 2006bvr)
- (2006) Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160. (Corte IDH, 2006evr)
- (2006) Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154 (Corte IDH, 2006vr)
- (2006) Voto razonado de A.A. Cançado Trindade a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Goiburú et al. vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153. (Corte IDH, 2006aavr)
- (2006) Voto razonado de A.A. Cançado Trindade a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Decisión de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148. (Corte IDH, 2006cvr)
- (2006) Voto razonado de Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Goiburú et al. vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153. (Corte IDH, 2006avr)
- (2006) Voto Razonado del juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 162. (Corte IDH, 2006bvr2)
- (2005) Voto razonado de A.A. Cançado Trindade a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C No.134 (Corte IDH, 2005cvr)
- (2005) Voto razonado de A.A. Cançado Trindade a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Moiwana versus Suriname*. Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124 (Corte IDH, 2005evr)
- (2005) Voto Razonado del juez Diego García Sayán a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama vs. Nicaragua; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*; Sentencia de 23 de junio de 2005; Serie C, No. 127 (Corte IDH, 2005bvr)
- (2004) Voto razonado a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112 (Corte IDH, 2004vr)

(2004) Voto razonado a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Sentencia de 29 de abril de 2004, Serie C No. 105 (Corte IDH, 2004fvr)

(2003) Voto razonado de AA. Cançado Trindade a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101 (Corte IDH, 2003vr)

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS / EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2012) *Case of El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*. Judgment 13 December 2012. Application No. 39630/09. Recuperado el 4 de diciembre de 2013, en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115621>

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2005) *Caso Mamatkulov et Aksarov c. Turquie*, Sentencia del 4 de febrero de 2005. Casos No. 46827/99 et 46951/99

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1996) *Caso Chahal vs. Royaume Uni*, Sentencia del 15 de noviembre de 1996, caso No. 22141/93.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1989) *Caso Soering vs. Royaume-Uni*, Sentencia del 7 de julio de 1989, Caso No. 14038/88.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1986) *Case Lingens v. Austria*, Judgment of 8 July 1986. Application No. 9815/82.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1978) *Caso Tyrer vs. Reino Unido*, Sentencia del 25 de abril de 1978, Serie A No. 26, Caso 5856/72.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1950). *European Convention on Human Rights*. As amended by Protocols Nos. 11 and 14. Supplemented by Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12 and 13. Recuperado el 30 de octubre de 2013, en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (ECHR)

SISTEMA AFRICANO DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS

Organization of African Unity. (1981) *African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights*. Recuperado el 30 de octubre de 2013, en <http://www.achpr.org/instruments/achpr/> (ACHRPR, 1981)

SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS -ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (UNITED NATIONS)

United Nations. Conference on International Organization. (1945) *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*. New York: United Nations, Department of Public Information. (UN, 1945)

_____ (2007) International Convention for the protection of all persons from enforced disappearance. (UN, 2007)

_____ World Conference on Human Rights (1993) *Vienna Declaration and Programme of Action* A/CONF.157/23. Recuperado 1 de noviembre de 2012, de: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx> (UN, 1993)

Asamblea General /General Assembly

ASAMBLEA GENERAL (1998) Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms. Resolution 53/144. Document A/RES/53/144 (UN, 1998)

ASAMBLEA GENERAL (2007) Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Documento A/62/62. (Informe de Compilación)

ASAMBLEA GENERAL (2005) *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights and Serious Violations of International Humanitarian Law*. Resolution 60/147 (UN, AG, 2005)

ASAMBLEA GENERAL (2002) *Resolución 57/228 (2002). Khmer Rouge trials*. Document A/RES/57/228 B. Recuperado el 7 de diciembre de 2012, en <http://www.refworld.org/docid/403b4e5b2.html>. (UN, GA, 2002)

ASAMBLEA GENERAL (2001) *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. Resolution 56/83. Document A/RES/56/83 y A/56/49(Vol. I)/Corr.4. (Proyecto de Artículos)

ASAMBLEA GENERAL (1999) *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Resolución A/54/4, de 6 de octubre de 1999, pp. 461-468. En: Sarah Joseph, Katie Mitchell, Linda Gyorki, Carin Benninger-Budel - Organización Mundial contra la Tortura. (2006) *Cómo hacer valer los derechos de las víctimas de la tortura*. (1ª ed.) Ginebra: Organización Mundial contra la Tortura. (Protocolo CEDAW)

- ASAMBLEA GENERAL (1993, 12 de junio) Conferencia Mundial de Derechos Humanos. *Declaración y Programa de Acción de Viena*. A/CONF.157/23, Recuperado el 1 de noviembre de 2012, en [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp) (UN, AG, 1993)
- ASAMBLEA GENERAL (1985, November 25) *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*. Resolution 40/34. A/RES/40/34 (UN, AG, 1985)
- ASAMBLEA GENERAL (1984) *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Resolución 39/46, aprobada el 10 de diciembre de 1984, pp. 361-371. En: Sarah Joseph, Katie Mitchell, Linda Gyorki, Carin Benninger-Budel - Organización Mundial contra la Tortura. (2006) *Cómo hacer valer los derechos de las víctimas de la tortura*. (1ª ed.) Ginebra: Organización Mundial contra la Tortura. (CAT)
- ASAMBLEA GENERAL (1979) *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, pp. 447- 460. En: Sarah Joseph, Katie Mitchell, Linda Gyorki, Carin Benninger-Budel - Organización Mundial contra la Tortura. (2006) *Cómo hacer valer los derechos de las víctimas de la tortura*. (1ª ed.) Ginebra: Organización Mundial contra la Tortura, (Convención CEDAW)
- ASAMBLEA GENERAL (1970) Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations. Resolution 2625 (XXV), Document A/RES/25/2625. Recuperado el 11 de diciembre de 2013, en <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm> (UN, AG, Res. 2625)
- ASAMBLEA GENERAL (1969) *Vienna Convention on the Law of Treaties*. Done at Vienna on 23 May 1969. U.N. Doc c A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Recuperado el 15 de octubre de 2012 en http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (UN, AG, 1969)
- ASAMBLEA GENERAL (1968) *Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity*. A/RES/2391 (XXIII). Recuperado el 6 de mayo de 2009, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/243/51/IMG/NR024351.pdf?OpenElement> (UN, GA, 1968)
- ASAMBLEA GENERAL (1966) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200 A (XXI), aprobada el 16 de diciembre de 1966, pp. 341- 356. En: Sarah Joseph, Katie Mitchell, Linda Gyorki, Carin Benninger-Budel - Organización Mundial contra la Tortura. (2006) *Cómo hacer valer los derechos de las víctimas de la tortura*. (1ª ed.) Ginebra: Organización Mundial contra la Tortura. (PIDCP)
- ASAMBLEA GENERAL (1966) *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200 A (XXI), aprobada el 16 de diciembre de 1966, pp. 357- 359. En: Sarah Joseph, Katie Mitchell, Linda Gyorki, Carin Benninger-Budel - Organización Mundial contra la Tortura. (2006) *Cómo hacer valer los derechos de las víctimas de la tortura*. (1ª ed.) Ginebra: Organización Mundial contra la Tortura. (Protocolo I PIDCP)
- ASAMBLEA GENERAL (1965) *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, aprobada el 21 de diciembre de 1965. (CEDR) En: Daisuke Shirane (2011) La Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación racial (ICERD) y su Comité (CERD): Una guía para actores de la sociedad civil. (Trad. Maylee A. Granados). Ginebra: Movimiento Internacional Contra Todas las Formas de Discriminación y Racismo. Recuperado el 11 de diciembre de 2013, en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CERD/ICERDManual_sp.pdf
- ASAMBLEA GENERAL (1948) *Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Resolution 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. A/RES/3/260. Recuperado el 6 de mayo de 2009, en <http://www.un-documents.net/a3r260.htm> (UN, 1948)
- ASAMBLEA GENERAL (1946) *The Crime of Genocide*. Resolution 96 (I). Recuperado el 6 de mayo de 2009, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/47/IMG/NR003347.pdf?OpenElement> (UN, 1946)

Comisión de Derechos Humanos / Commission on Human Rights (Hoy Consejo de Derechos Humanos)

- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. (2005, 21 de abril) *Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad*. Resolución 2005/81.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. (2004, 27 de febrero) Estudio Independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la Impunidad; E/CN.4/2004/88, Recuperado el 18 de febrero de 2010, en <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/318fdd3c2db97a3bc1256e6e005b86f7?OpenDocument> (CDDHH, Orentlicher, 2004)
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. (1999, 8 de junio) *Definición de las Violaciones Manifiestas y Masivas de los Derechos Humanos como Crímenes Internacionales*. Examen de los nuevos acontecimientos ocurridos en las esferas de que se ha ocupado la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Documento de trabajo presentado por el Sr. Stanislav Chemichenko E/CN.4/Sub.2/1993/10, Recuperado el 2 de octubre de 2009 en <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/d5338a8d742e621f802567620058876e?OpenDocument>. (CDDHH, Chemichenko)
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. (1997, octubre 2) La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos). Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión. Documento E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1 (ONU, CDDHH, 1997)

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. (1995) *Question of enforced disappearances*. E/CN.4/RES/1995/38. (UN, CDDHH, 1995)

(1994, March 4) *Question of enforced disappearances*. E/CN.4/RES/1994/39. (UN, CDDHH, 1994)

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. (1985, jul 2) *Revised and updated report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide, prepared by Mr. B. Whitaker*. Documento E/CN.4/Sub.2/1985/6. (ONU- Withaker, 1985)

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. (1983, February 22) *Question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment, in particular, question of enforced or involuntary disappearances.*, E/CN.4/RES/1983/20 (UN, CDDHH, 1983)

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. (1972, May 23) Study of the question of the prevention and punishment of the crime of genocide. Preliminary report by Mr. Nicodeme Ruhashayankiko, Special Rapporteur. Distr. Limited. E/CN.4/Sub.2/L.565. Recuperado el 4 de noviembre de 2013, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N72/110/60/PDF/N7211060.pdf?OpenElement>, (ONU- Ruhashayankiko)

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. (2009). *Situación de los derechos humanos en Palestina y otros territorios Árabes ocupados*. Informe de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el conflicto en Gaza. A/HRC/12/48. Recuperado el 22 de agosto de 2014, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/158/69/PDF/G0915869.pdf?OpenElement> (ONU, CJDH, 2009)

Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Comité de Derechos Humanos/ Human Rights Committee)

(2004) *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, Observación General No. 31, Documento HRI/GEN/1/Rev.7 at 225, (2004). (CDH, 2004)

(2002) *Case Miguel Ángel Rodríguez Orejuela vs. Colombia*, Communication No. 848/1999, Doc. CCPR/C/75/D/848/1999 (2002). (CDH, 2002)

(2000, enero 18) Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad. *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Informe final del Relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni. Documento E/CN.4/2000/62

(2000) *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú*. Documento CCPR/CO/70/PER. (ONU, CDH, OF, 2000)

(1999) *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile*, Documento CCPR/C/79/Add.104. (ONU, CDH, OF, 1999)

(1997) *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Francia*. Documento CCPR/C/79/Add.80. (ONU, CDH, OF, 1997)

(1996) *Observaciones Preliminares: Perú*. Documento CCPR/C/79/Add.67. (ONU, CDH, ObP, 1996)

(1995) *Case Nydia Erika Bautista de Arellana vs. Colombia*, Communication No. 563/1993. U.N. Doc. CCPR/C/55/D/563/1993 (1995)

(1995) *Case Villafañe Chaparro, Torres Crespo, Torres Solís y Chaparro Izquierdo vs. Colombia (Arhuacos vs. Colombia), caso No. 612/1995* (CDH, 1997)

(1995) *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina*, 5 de abril de 1995, Documento CCPR/C/79/Add.46,A/50/40. (ONU, CDH, OF, 1995)

(1995) *Report of the Human Rights Committee*. Fiftieth Session. Document A/50/40. (CDH, 1995a)

(1994) *Case Rodríguez v. Uruguay*, Communication No. 322/1988, (9 August 1994) Doc. CCPR/C/51/D/322/1988 (1994). (CDH, 1994)

(1994) *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: El Salvador*. Documento CCPR/C/79/Add.34 (CDH, OF, 1994)

(1993) *Consideration of reports submitted by states parties under Article 40 of the Covenant*. Document CCPR/C/79/Add.19 (CDH, 1993)

(1992) *Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Artículo 7. Observación General No. 20, 44º período de sesiones, Documento HRI/GEN/1/Rev.7 at 173, 1992. (ONU, CDH, OG 1992)

(1989) *Case Floresmil Bolaños vs. Ecuador*, Communication No. 238/1987 (26 July 1989), CCPR/C/36/D/238/1987 (1989). (CDH, 1989)

(1984) *Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la Ley*, Artículo 14 PIDCP, Observación General No. 13, 21 período de sesiones, Documento de Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.7 at 154, 1984. (CDH, 1984)

Consejo de Seguridad/ Security Council

(2014) *Dispatches from the Field: Security Council Meetings in The Hague*. Security Council Report. *What's in the news. Insights on the work of the UN Security Council*. Recuperado el 6 de octubre de 2014, en <http://www.whatsinblue.org/2014/08/dispatches-from-the-field-security-council-visits-the-hague.php> (UN, SC, 2014)

(2012) *Bahrain, Colombia, Egypt, France, Germany, Jordan, Kuwait, Libya, Morocco, Oman, Portugal, Qatar, Saudi Arabia, Togo, Tunisia, Turkey, United Arab Emirates, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America: draft resolution* (Forbidden). Document

S/2012/77. Recuperado el 6 de diciembre de 2013, en <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Syria%20S2012%2077.pdf> (UN, SC, 2012)

(2011) *Resolution 1970 (2011)*. Document S/RES/1970 (2011). Recuperado el 4 de diciembre de 2013, en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/081A9013-B03D-4859-9D61-5D0B0F2F5EFA/0/1970Eng.pdf> (UN, CS, 2011)

(2010) *Resolution 1966 (2010). Annex 1: Statute of the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals. Annex 2: Transitional Arrangements*. Document S/RES/1966 (2010). Recuperado el 8 de junio de 2012, en http://www.unmict.org/sites/default/files/documents/101222_sc_res1966_statute_en.pdf (UN, SC, 2010)

(2007) *Resolution 1757 (2007)*. Document S/RES/1757 (2007). Annex: Agreement between the United Nations and the Lebanese Republic on the establishment of a Special Tribunal for Lebanon. Attachment: Statute of the Special Tribunal for Lebanon. Recuperado el 4 de diciembre de 2013, en <http://www.stl-tsl.org/en/documents/un-documents/un-security-council-resolutions/security-council-resolution-1757> (UN, SC, 2007)

(2006) *Uniting our strengths: Enhancing United Nations support for the rule of law*. Report of the Secretary-General. A/61/636-S/2006/980 (UN, SG, 2006)

(2005) *Resolution 1593 (2005)*. Document S/RES/1593 (2005). Recuperado el 4 de diciembre de 2013, en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/85FEBD1A-29F8-4EC4-9566-48EDF55CC587/283244/N0529273.pdf> (UN, CS, 2005)

(2004) *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report of the Secretary-General*. Document S/2004/616. Recuperado el 30 de octubre de 2009, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement> (UN, SG, 2004)

(2000) *Resolution 1315 (2000)*, de 14 de agosto de 2000. Recuperado el 30 de octubre de 2009, en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4844fb432>

(1999) *Resolution 1264 (1999)*. Document S/RES/1264 (1999). Recuperado el 7 de diciembre de 2013, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/264/81/PDF/N9926481.pdf?OpenElement>

(1999a) *Resolution 1272 (1999)*. Document S/RES/1272 (1999). Recuperado el 7 de diciembre de 2013, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/312/77/PDF/N9931277.pdf?OpenElement>

(1970) *Resolution 2766 (1970) The situation in Namibia*. Questions considered by the Security Council under its responsibility for the maintenance of international peace and security. Recuperado el 30 de octubre de 2009, en [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/276\(1970\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/276(1970)) (UN, SC, 1970)

Consejo Económico y social / Economic and Social Council

(2010) Permanent Forum on Indigenous Issues. *Summary and recommendations of the report of the mission of the Permanent Forum on Indigenous Issues to the Plurinational State of Bolivia*. Document E/C.19/2010/6, 21 January 2010. (UN, E/C.19/2010/6, 2010)

(1970) Resolution 1503 (XLVIII), 48 U.N. ESCOR (No. 1A) at 8, U.N. Doc. E/4832/Add.1 (1970). [UN, 1970]

(1967) Resolution 1235 (XLII), 42 U.N. ESCOR Supp. (No. 1) at 17, U.N. Doc. E/4393 (1967). [UN, 1967]

United Nations. (1945) *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*. Geneva: United Nations. (UN, 1945)

Comisión de Derecho Internacional / International Law Commission

(1996) *Draft code of crimes against the peace and security of mankind*. Recuperado el 6 de mayo de 2009, en http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_4_1996.pdf (ILC, Draft Code, 1996)

(1994) Observations of Governments on the report of the Working Group on a draft statute for an international criminal court. Extract from the Yearbook of the International Law Commission: 1994, vol. II(1). Document A/CN.4/458 and Add.1-8 Recuperado el 12 de marzo de 2012, en http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_458.pdf (UN, CDI, 1994)

(1990) Draft code of crimes against the peace and security of mankind (Part II)- including the draft statute for an international criminal court. A/CN.4/429 and Add.1-4. Recuperado el 6 de mayo de 2009, en http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_429.pdf (ILC, Draft Code, 1990)

(1950) Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, 1950. Recuperado el 7 de octubre de 2012, en http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf (UN, CDI, 1950)

(1949) The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal. History and Analysis: Memorandum submitted by the Secretary-General. Document A/CN.4/5. Recuperado el 7 de octubre de 2012, en http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_5.pdf (UN, CDI, 1949)

Documentos de la Comisión preparatoria para la Corte Penal Internacional / Preparatory Commission for the International Criminal Court

(2001) *A relationship agreement between the Court and the United Nations*. Recuperado el 11 de marzo de 2012, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/204/45/PDF/N0220445.pdf?OpenElement> (UN, PCICC, 2001)

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA / INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE Y CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL (En la actualidad: Corte Internacional de Justicia/ International Court of Justice)

- (1951). *Advisory Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 28 May 1951, LEG 16/05 (6), Recuperado el 4 de mayo de 2013, en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2&case=12&p3=0>. (CIJ, 1951)
- (1979) *Affaire de la Barcelona Traction Light and Power Company, Limited. Belgique c. Espagne*. Deuxième Phase. Judgment of 5 February 1970. Judgment, ICJ Reports 1970, Recuperado el 4 de mayo de 2013, en <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>
- (1996) *Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, 8 de julio de 1996, A/51/218, Recuperado el 4 de mayo de 2013 en http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_1996-07-08.pdf, [CIJ, 1996]
- (1923) *The SS 'Wimbledon', United Kingdom and ors v Germany*, Judgment, PCIJ Series A no 1, ICGJ 235, 17th August 1923, Recuperado el 4 de mayo de 2013, en <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/icgj/235pcij23.case.1/law-icgj-235pcij23?rskey=T7Otdx&result=7&prd=OPIL> (PCIJ 1923)

DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Corte Penal Internacional (International Criminal Court)

United Nations. Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the establishment of an International Criminal Court. Rome Statute *of the International Criminal Court*. A/CONF.183/9*. Recuperado el 15 de agosto de 2010, de: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/281/44/IMG/N9828144.pdf?OpenElement> (ICC, Rome Statute)

International Criminal Court. Elements of Crimes. No. ICC-ASP/1/3(part II-B). Recuperado el 15 de agosto de 2010, de: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>

_____. (2006) *Regulations of the Registry*. No. ICC-BD/03-01-06. Recuperado el 15 de agosto de 2010, de: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A57F6A7F-4C20-4C11-A61F-759338A3B5D4/140149/ICCBD_030106_English1.pdf (ICC, 2006)

_____. (2002) Rules of Procedure and Evidence. No. ICC-ASP/1/3 and Corr.1
Recuperado el 15 de agosto de 2010, de: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/legal%20texts%20and%20tools/official%20journal/Documents/RulesProcedureEvidenceEng.pdf

Trabajos preparatorios (Comisión, Comité y Grupos de Trabajo), Conferencias y Asambleas de Estados Partes

Coalition for an ICC, Victims' Rights Working Group. (2000) *Definition of a Victim*. Recuperado el 13 de mayo de 2013, de: http://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/doc30759.pdf (PCICC, 2000a)

United Nations. Preparatory Commission for the International Criminal Court (2001) *A relationship agreement between the Court and the United Nations*. Recuperado el 11 de marzo de 2012, de: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/204/45/PDF/N0220445.pdf?OpenElement> (UN, PCICC, 2001)

_____. (1999) *Proceedings of the Preparatory Commission at its second session (26 July–13 August 1999)*. 18 August 1999. No. PCNICC/1999/L.4/Rev.1. Recuperado el 7 de septiembre de 2013, de: <http://daccess-ods.un.org/TMP/591071.359813213.html> (UN, PCICC, 1999)

_____. (2001) *Conclusions of the second Consultation Meeting on the implications for States members of the Council of Europe of the ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Strasbourg, France, 13 and 14 September 2001, and Declaration on the International Criminal Court, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 10 October 2001: Information document submitted by Liechtenstein. PCNICC/2002/INF/1, 12 de Febrero del 2002. Recuperado el 13 de septiembre de 2013 de: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/250/02/PDF/N0225002.pdf?OpenElement> (UN, PCICC, Liechtenstein, 2001)

_____. (1999b) *Report on the international seminar on victims' access to the International Criminal Court*. PCNICC/1999/WGRPE/INF.2. Recuperado el 13 de mayo de 2013, de: <http://legal.un.org/icc/prepcomm/prepjul.htm> (UN, PCICC, 1999b)

_____. (2000) *Rule on the definition of victims*. Recuperado el 13 de mayo de 2013, de: http://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/doc30919.pdf (UN, PCICC, 2000b)

_____. (2000) *Summary of statements made in plenary in connection with the adoption of the report of the Working Group on the Rules of Procedure and Evidence and the report of the Working Group on Elements of Crime*, 13 de julio de 2000. PCNICC/2000/INF/4, Recuperado el 7 de septiembre de 2013 de: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N00/531/43/PDF/N0053143.pdf?OpenElement> (UN, PCICC, 2000)

_____. (2002) Statement of the European Union on the position of the United States of America towards the International Criminal Court. PCNICC/2002/INF/7, 20 de mayo de 2002, Recuperado el 7 de septiembre de 2013 de: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/392/92/PDF/N0239292.pdf?OpenElement> (UN, PCICC, European Union, 2002)

United Nations. Salas del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (2000c) Observaciones relativas a las reglas provisionales de procedimiento y prueba de la Corte presentadas a la Comisión Preparatoria, en su periodo de sesiones celebrado del 13 al 31 de marzo de 2000, por las Salas del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. (UN, PCICC, 2000c)

Review Conference of the Rome Statute (Kampala), (2010) *Stocktaking of international criminal justice. Taking stock of the principle of complementarity: bridging the impunity gap. Informal summary by the focal points*. RC/ST/CM/1. Recuperado el 5 de enero de 2011, de: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-ST-CM-1-ENG.pdf (ICC, Kampala, 2010a)

_____ (2010) Part II. Resolutions and Declarations adopted by the Review Conference. *Complementary*. Resolution RC/Res.1, 8 June 2010. Recuperado el 5 de enero de 2011, de: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.1-ENG.pdf (ICC, Kampala, 2010)

_____ (2010) Part II. Resolutions and Declarations adopted by the Review Conference. *The crime of aggression* RC/Res.6. Recuperado el 8 de enero de 2011, de: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf (ICC, Kampala, 2010b)

Salas de Cuestiones Preliminares (Pre-Trial Chamber)

Pre-Trial Chamber I, (2007a) *Situation in Darfur, Sudan*. Corrigendum to Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of Applicants a/0011/06 to a/0015/06, a/0021/07, a/0023/07 to a/0033/07 and a/0035/07 to a/0038/07. 14 December 2007. Recuperado el 21 de abril de 2011, de: <http://www.iclklamberg.com/Caselaw/Sudan/PTCI/ICC-02-05-111-Corr-ENG.pdf> (ICC, PTC-I, 2007a)

_____ (2011) *Situation in Darfur, Sudan in the case of the prosecutor V. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*. Corrigendum of the decision on the confirmation of charges; No. ICC-02/05-03/09, 7 March 2011, Recuperado el 14 de diciembre de 2013, de: www.legal-tools.org/uploads/tx_itpdoc/doc1036947.pdf

_____ (2010) *Situation in Darfur, Sudán*. In the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's recent visit to the Republic of Chad. 27 August 2010, No. ICC-02/05-01/09, Recuperado el 4 de diciembre de 2013, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc931075.pdf> (ICC, PTC-I, 2010d)

_____ (2011) *Situation in Darfur, Sudán*. In the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's recent visit to Djibouti. 12 May 2011, No. ICC-02/05-01/09, Recuperado el 4 de diciembre de 2013, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1057120.pdf> (ICC, PTC-I, 2011e)

_____ (2010) *Situation in Darfur, Sudán*. In the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's recent visit to the Republic of Chad. 27 August 2010, No. ICC-02/05-01/09, Recuperado el 4 de diciembre de 2013, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc931075.pdf> (ICC, PTC-I, 2010e)

_____ (2011) *Situation in Darfur, Sudán*. In the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Décision modifiant le délai pour le dépôt d'observations relatives au récent séjour d'Omar Al Bashir en la République du Tchad. 21 septembre 2011, No. ICC-02/05-01/09 Recuperado el 4 de diciembre de 2013, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1235320.pdf> (ICC, PTC-I, 2011e)

_____ (2011) *Situation in Darfur, Sudán*. In the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Decision requesting observations about Omar Al-Bashir's recent visit to Malawi. 19 October 2011, No. ICC-02/05-01/09, Recuperado el 4 de diciembre de 2013, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1248398.pdf> (ICC, PTC-I, 2011b)

_____ (2011) *Situation in Darfur, Sudán*. In the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Decision requesting observations about Omar Al-Bashir's recent visit to Republic of Chad. 18 August 2011, No. ICC-02/05-01/09. Recuperado el 4 de diciembre de 2013, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1206768.pdf> (ICC, PTC-I, 2011d)

_____ (2010) *Situation in Darfur, Sudán*. In the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Decision requesting observations from the Republic of Kenya. 25 October 2010, No. ICC-02/05-01/09. Recuperado el 4 de diciembre de 2013, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc957774.pdf> (ICC, PTC-I, 2010e)

_____ (2011) *Situation in Darfur, Sudán*. In the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir. 13 décembre 2011, No. ICC-02/05-01/09. Recuperado el 4 de diciembre de 2013, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1287888.pdf> (ICC, PTC-I, 2011a)

_____ (2009) *Situation in Darfur, Sudán*. In the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"). Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009, No. ICC-02/05-01/09. Recuperado el 4 de diciembre de 2013, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf> (ICC, PTC-I, 2009)

_____ (2010) *Situation in Darfur, Sudán*. In the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir"). Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12 July 2010, No. ICC-02/05-01/09. Recuperado el 4 de diciembre de 2013, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc907140.pdf> (ICC, PTC-I, 2010)

_____ (2012) *Situation in Libya*. Decision on Victim's Participation in Proceedings Related to the Situation in Libya. 24 January 2012. No. ICC-01/11-18. Recuperado el 5 de diciembre de 2013, de: <http://www.iclklamberg.com/Caselaw/Libya/PTCI/18.pdf> (ICC, PTC-I, 2012)

_____ (2006) *Situation in the Democratic Republic of the Congo*; Decision on the applications for participations in the Democratic Republic of the Congo by a/0004/06 to a/0009/06, a/0016/06 to a/0063/06, a/0071/06 to a/0080/06 and a/0105/06 to a/0110/06, a/0188/06, a/0128/06 to a/162/06, a/0199/06, a/0203/06, a/0209/06, a/0214/06, a/0220/06 to a/0222/06, a/0224/06, a/0227/06 to a/0230/06, a/0234/06 to a/0236/06, a/0240/06, a/0225/06, a/0226/06, a/0231/06 to a/0233/06, a/0237/06 to a/0239/06 and a/0241/06 to a/0250/06. 31 January 2008. No. ICC-01/04-423-Corr-ENG, Recuperado el 21 de abril de 2012, de: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/JUDSUMM/JSV_ICC_0104_423_Corr.pdf (ICC, PTC-I, 2006a)

- ____ (2006) *Situation in the Democratic Republic of the Congo*; Decision on the applications for participations in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6; No. ICC-01/04, 17 January 2006. Recuperado el 27 de enero de 2011, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc183441.PDF>. (ICC, PTC-I, 2006)
- ____ (2008) *Situation in the Democratic Republic of the Congo*; Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case; No. ICC-01/04-01-07, 13 May 2008. Recuperado el 27 de enero de 2011, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc486390.pdf>. (ICC, PTC-I, 2008)
- ____ (2008a) *Situation in the Democratic Republic of the Congo*. Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007. 19 December 2008. Recuperado el 27 de enero de 2011, de: <http://www.iclklamberg.com/Caselaw/DRC/Appealschamber/556.pdf> (ICC, PTC-I, 2008a)
- ____ (2012) *Situation in the Democratic Republic of the Congo*; Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations. ICC-01/04-01/06-2904. Recuperado el 1 de marzo de 2013, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1447971.pdf> (ICC, PTC I, 2012a)
- ____ (2006b) *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Arrangements for Participation of Victims a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 at the Confirmation Hearing*. ICC-01/04-01/06 -462 2.22 September 2006, Recuperado el 15 de diciembre de 2009, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc192855.pdf> (ICC, PTC I, 2006b)
- ____ (2007) *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the confirmation of the charges. No. ICC-01/04-01/06-803-T; 29 January 2007, Recuperado de: http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-803-TEN_English.pdf, el 15 de diciembre de 2009. (ICC, PTC I, 2007)
- ____ (2011) *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*. Prosecution's response to Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court No. ICC-01/04-01/10-290, Recuperado el 4 de diciembre de 2013, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1132615.pdf> (ICC, PTC-I, 2011)
- ____ (2014) *Situation in the Republic of Cote D'ivoire in the case of the prosecutor V. Laurent Gbagbo*, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo; No. ICC-02/11-01/11, 12 June 2014, Recuperado el 7 de diciembre de 2014, de: www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1783399.pdf
- Pre-Trial Chamber II. (2010a) *Situación in the Republic of Kenya*. Decision on Victims' Participation in Proceedings Related to the Situation in the Republic of Kenya. 3 November 2010. No. ICC-01/09-24. Recuperado el 27 de febrero de 2011, de: <http://www.iclklamberg.com/Caselaw/Kenya/PTCII/ICC-01-09-24.pdf> (PTC-II, 2010a)
- ____ (2010) *Situación in the Republic of Kenya*. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya; ICC-01/09; 31 March 2010, Recuperado de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc854562.pdf>, el 27 de febrero de 2011. (ICC, PTC-II, 2010)
- ____ (2012) *Situation in the Republic of Kenya in the case of The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute; No. ICC-01/09-02/11, 23 January 2012, Recuperado el 7 de diciembre de 2014, de: www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1314543.pdf (ICC, PTC-II, 2012)
- ____ (2012) *Situation in the republic of Kenya in the case of the prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, Decision on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute; No. ICC-01/09-01/11, 23 January 2012, Recuperado el 2 de diciembre de 2013, de: www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1314535.pdf (ICC, PTC-II, 2012a)
- ____ (2010b) *Situation in the Central African Republic*. Decision on Victims' Participation in Proceedings Related to the Situation in the Central African Republic. 11 November 2010. Recuperado el 27 de enero de 2011, de: <http://www.iclklamberg.com/Caselaw/CAR/PTCII/31.pdf> (ICC, PTC-II, 2010b)
- ____ (2009) *Situation in the Central African Republic in the case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decisión pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo. No. ICC-01/05-01/08, 15 June 2009, Recuperado el 27 de enero de 2011, de: www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf
- ____ (2014) *Situation in the Central African Republic in the case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aime Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu and Narcisse Arido*. Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute; No. ICC-01/05-01/13, 11 November 2014, Recuperado el 7 de diciembre de 2014, de: www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1857534.pdf
- Pre-Trial Chamber II. (2007) *Situation in Uganda*. Decision on legal representation of Victims a/0101/06 and a/119/06. 28 August 2007. ICC-01/04-105. Recuperado el 20 de febrero de 2011, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc335373.pdf> (ICC, PTC-II, 2007)
- ____ (2007) *Situation in Uganda*. Decision on victims' applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06. 10 August 2007. ICC-02/04-101. Recuperado el 8 de junio de 2011, de: http://www.iclklamberg.com/caselaw/uganda/ptcii/icc-02-04-101_english.pdf (ICC, PTC-II, 2007a)
- ____ (2008a). *Situation in Uganda*. Decision on victims' applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06, a/0082/06, a/0084/06 to a/0089/06, a/0091/06 to a/0097/06, a/0099/06, a/0100/06, a/0102/06 to a/0104/06, a/0111/06, a/0113/06 to a/0117/06, a/0120/06, a/0121/06 and

a/0123/06 to a/0127/06. 14 March 2008. ICC-02/04-125. Recuperado el 8 de junio de 2011, de: <http://www.iclklamberg.com/Caselaw/Uganda/PTCII/ICC-02-04-125-ENG.pdf> (ICC, PTC-II, 2008a)

____ (2008b). *Situation in Uganda*. Decision on victims' applications for participation a/0066/06, a/0067/06, a/0069/06, a/0070/06, a/0083/06, a/0088/06, a/0091/06, a/0092/06, a/0102/06, a/0114/06, a/0115/06, a/0125/06 and a/0126/06. 17 de noviembre de 2008. ICC-02/04-170. Recuperado el 8 de junio de 2011, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc588890.pdf> (ICC, PTC-II, 2008b)

____ (2008c). *Situation in Uganda*. Decision on victims' applications for participation a/0014/07 to a/0020/07 and a/0076/07 to a/0125/07. 21 November 2008. Recuperado el 8 de junio de 2011, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc595826.pdf> (ICC, PTC-II, 2008c)

____ (2009b). *Situation in Uganda*. Decision on victims' applications for participation a/0192/07 to a/0194/07, a/0196/07, a/0200/07, a/0204/07, a/0206/07, a/0209/07, a/0212/07, a/0216/07, a/0217/07, a/0219/07 to a/0221/07, a/02228/07 to a/0230/07, a/0234/07, a/0235/07, a/0237/07, a/0324/07 and a/0326/07 under rule 89. 10 March 2009. ICC-02/04-180. Recuperado el 8 de junio de 2011, de: <http://www.iclklamberg.com/Caselaw/Uganda/PTCII/180.pdf> (ICC, PTC-II, 2009b)

____ (2012c) *Situation in Uganda*. Decision on Victims' Participation in Proceedings Related to the Situation in Uganda. ICC-02/04-191. 9 March 2012. Recuperado el 15 de diciembre de 2013, de: http://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/doc1368784.pdf (ICC, PTC-II, 2012c)

____ (2008). *Situation in Uganda*. Decision on the participation of victims in the appeal. 27 October 2008. ICC-02/04 OA Recuperado el 20 de febrero de 2011, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc580160.pdf> (ICC, PTC-II, 2008)

____ (2009) *Situation in Uganda in the case of The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen*. Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute. 10 March 2009. ICC-02/04-01/05 Recuperado el 20 de febrero de 2011, de: <http://www.iclklamberg.com/Caselaw/Uganda/Konyetal/PTCII/377.pdf> (ICC, PTC-II, 2009)

____ (2011), *Situation in the republic of Cote D'Ivoire*, Decision pursuant to article 15 of Rome Statute on the authorization of an investigation into the situation in the Republic of Cote D'Ivoire; No. ICC-02/11, 3 October 2011, Recuperado el 4 de diciembre de 2013. De: www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1240553.pdf (ICC, PTC-III, 2011)

Sala de Apelación (Appeals Chamber)

(2008) *Situation in the Democratic Republic of the Congo* in the case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga. Judgment on the Appeals of the Prosecutor and the Defence Against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation. 11 July 2008. Recuperado el 5 de mayo de 2012, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc529076.PDF>. (ICC, AC, 2008)

(2008a) *Situation in the Democratic Republic of the Congo*. Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007. 19 December 2008. No. ICC-01/04-556. Recuperado el 5 de mayo de 2012, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc612293.pdf> (ICC, AC, 2008a)

Salas de Juicio (Trial Chambers/ Chambres de Première Instance)

La Chambre de Première Instance II, *Situation en République Démocratique du Congo Affaire. Le Procureur v. Germain Katanga*. Décision relative à la peine (article 76 du Statut). 23 mai 2014. No. ICC-01/04-01/07, Recuperado el 7 de diciembre de 2014 de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1771079.pdf>

____ *Situation en République Démocratique du Congo Affaire. (2014) Le Procureur v. Germain Katanga*. Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut. 7 Mars 2014. No. ICC-01/04-01/07, Recuperado el 7 de diciembre de 2014 de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1744366.pdf>

____ *Situation en République Démocratique du Congo Affaire. Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo*. Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut. 18 décembre 2012. No. ICC-01/04-02/12, Recuperado el 8 de febrero de 2013 de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1529535.pdf>

____ *Case The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*. 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 on 10 June 2008; No. ICC-01/04-01/06; 13 June 2008. (ICC, TC-I, 2008)

____ *Situation in The Democratic Republic of The Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Decision on the Manner of Questioning Witnesses by the Legal Representatives of Victims. Recuperado el 5 de septiembre de 2012, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc743718.pdf> (ICC, TC-I, 2009)

____ *Case The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*. Decision on Victim's Applications. ICC-01/04-01/06-1119. Recuperado el 5 de mayo de 2012, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc409168.PDF> (ICC-TC-I, 2008a)

____ *Case The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*. Decision on Victim's Applications. Separate and Dissenting Opinion of Judge René Blattmann. ICC-01/04-01/06-1119. Recuperado el 5 de mayo de 2012, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc409168.PDF> (ICC-TC-I, 2008avr)

Trial Chamber II, (2010) *Situation in The Democratic Republic of The Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*. Urgent

Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial. No. ICC. ICC-01/04-01/07-1788-tENG 03-03-20 20 January 2010. Recuperado el 5 de septiembre de 2012, de: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc831030.pdf> (ICC, TC-II, 2010)

Office of The Prosecutor (OTP)

First Public Hearing of The Office of The Prosecutor (session 1, 17 June 2003) Antonio Cassese. Recuperado el 8 de junio de 2010, de: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D66F2A8B-BD33-4FFD-A01A-A268398CC481/143738/030714_otp_ph1s1_Antonio_Cassese.pdf

_____ (session 1, 17 June 2003) David Donat-Cattin. Recuperado el 8 de junio de 2010, de: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/7A9CFE84-3FEF-49BF-975C-8761A996701C/143801/030714_otp_ph1s5_David_DonatCattin.pdf (ICC, OTP, Donat-Cattin, 2003)

_____ (session 1, 17 June 2003) Umberto Leanza. Recuperado el 8 de junio de 2010, de: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/2D283BDD-C469-45E0-98EC-586BFF4DEAFE/143755/030714_otp_ph1s1_Umberto_Leanza.pdf (ICC, OTP, Leanza, 2003)

_____ (session 1, 17 June 2003) Peter Murphy. Recuperado el 8 de junio de 2010, de: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3690D4C9-5EAB-46D4-99DA-ED06509CA20E/143737/030617_otp_ph1s1_Peter_Murphy.pdf (ICC, OTP, Murphy, 2003)

_____ (session 1, 17 June 2003) Mohamed Othman. Recuperado el 8 de junio de 2010, de: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/56B865B3-E612-4A2A-A306-3CA0BC4E6399/143751/030714_otp_ph1s1_Mohamed_Othman.pdf (ICC, OTP, Othman, 2003)

_____ (session 1, 17 June 2003) David Scheffer. Recuperado el 8 de junio de 2010, de: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/0F65FCF7-0A58-490F-8ED6-19080811242B/143742/030714_otp_ph1s1_David_Scheffer.pdf (ICC, OTP, Scheffer, 2003)

_____ (session 1, 17 June 2003) Billon Ung Boun-Hor. Recuperado el 8 de junio de 2010, de: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/74C26DBA-06CB-4F68-AEC4-1FB3AD4AC93E/143739/030714_otp_ph1s1_Billon_Ung_BounHor.pdf (ICC, OTP, Billon Ung Boun-Hor, 2003)

_____ (2003) *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*. Recuperado el 12 de diciembre de 2010, de: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/4780FCDE-7428-455A-BE01-E3BEE06920B4/248462/372619.PDF> (ICC, OTP, 2003)

_____ (2010, October 4) *Policy Paper on Preliminary Examinations*. Draft. Recuperado el 30 de octubre de 2010, de: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E278F5A2-A4F9-43D7-83D2-6A2C9CF5D7D7/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf (ICC, OTP, 2010)

_____ (2004) *Prosecutor of the International Criminal Court opens an investigation into Northern Uganda*. ICC-OTP-20040729-65 (ICC, OTP, 2004b)

_____ (2004) *Prosecutor receives referral of the situation in the Democratic Republic of Congo*. ICC-OTP-20040419-50. Recuperado el 4 de diciembre de 2013, de: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2004/Pages/prosecutor%20receives%20referral%20of%20the%20situation%20in%20the%20democratic%20republic%20of%20congo.aspx. (ICC, OTP, 2004)

_____ (2005) *Prosecutor receives referral concerning Central African Republic*. ICC-OTP-20050107-86. Recuperado el 4 de diciembre de 2013, de: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200105/press%20releases/Pages/otp%20prosecutor%20receives%20referral%20concerning%20central%20african%20republic.aspx (ICC, OTP, 2005)

_____ (2004) *President of Uganda refers situation concerning the Lord's Resistance Army (LRA) to the ICC*. CC-20040129-44. Recuperado el 4 de diciembre de 2013, de: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2004/Pages/president%20of%20uganda%20refers%20situation%20concerning%20the%20lord_s%20resistance%20army%20_lra_%20to%20the%20icc.aspx (ICC, OTP, 2004a)

_____ (2012, November) *Report on Preliminary Examination Activities 2012*. Recuperado el 22 de octubre de 2013, de: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C433C462-7C4E-4358-8A72-8D99FD00E8CD/285209/OTP2012ReportonPreliminaryExaminations22Nov2012.pdf> (OTP, 2012)

_____ (2014, December) *Report on Preliminary Examination Activities 2014*. Recuperado el 7 de diciembre de 2014, de: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office&20of%20the%20prosecutor/comm%20and%20ref/Pages/Pre-Exam2014.aspx (ICC, OTP, 2014)

_____ (2012, April 3) *Situation in Palestine*. Recuperado el 22 de octubre de 2013, de: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9B651B80-EC43-4945-BF5A-FAFF5F334B92/284387/SituationinPalestine030412ENG.pdf> [OTP, 2012a].

_____ (2015) *The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination of the situation in Palestine*. ICC-OTP-20150116-PR1083. Recuperado el 17 de enero de 2015, de: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1083.aspx (ICC, OTP, 2015)

Consejo de Seguridad, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991

(2013, May) *Rules of Procedure and Evidence*. Document IT/32/Rev. 49.

(2009, September) *Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia since 1991*. Recuperado el 19 de diciembre de 2010, en http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf. (ETPIY)

(2004) *The Prosecutor vs. Tihomir Blaskic*, Judgement of 29 July 2004. Appeals Chamber Case No. IT-95-14-A Recuperado el 12 de enero de 2010, en <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf>.

(2004) *The Prosecutor vs. Dario Kordic & Mario Cerkez*, Judgement of 17 December 2004. Appeals Chamber. Case No. IT-95-14/2-A, Recuperado el 12 de enero de 2010, en http://www.icty.org/case/kordic_cerkez/4.

(2003) *The Prosecutor vs. Milomir Stakic*, Judgement of 31 July 2003, Trial Chamber II Case No. IT-97-24-T Recuperado el 17 de febrero de 2010, en <http://www.icty.org/case/stakic/4>

(2001) *The Prosecutor vs. Zejnil Dedalić, Zdravko Mucic, Hazim Delic & Esad Ladžević*, Judgement of 20 February 2001. Appeals Chamber. Case No. IT-96-21A, Recuperado el 12 de enero de 2010, en <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>

Consejo de Seguridad, International Tribunal for Rwanda, TPIR (ICTR)

(2013, May) *Rules of Procedure and Evidence*. Recuperado el 19 de diciembre de 2010 en http://www.unict.org/Portals/0/English/Legal/Evidence/English/130410amended%206_26.pdf, (RPPTTR)

(2010, January) *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda*. Recuperado el 19 de diciembre de 2010, en <http://www.unict.org/Portals/0/English/Legal/Statute/2010.pdf>. (ETPIR)

(2005) *Kajelijeli vs. The Prosecutor*; Case No. ICTR 98-44A-A, Appeals Chamber; Judgement of May 23 2005, pár. 209, Recuperado el 12 de febrero de 2010, en <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/ICTR/KAJELIJELI ICTR-98-44A/KAJELIJELI ICTR-98-44A-A.html>, el 12 de febrero de 2010.

Security Council. Resolution 955 (1994 Adopted by the Security Council at its 3453rd meeting, on 8 November 1994. S/RES/955 (1994). Recuperado el 19 de diciembre de 2010, en <http://www.unict.org/Portals/0/English%5CLegal%5CResolutions%5CEnglish%5C955e.pdf>. (ICTR, 1994)

Consejo de Seguridad, Mecanismo Residual de Tribunales Penales Internacionales (Mechanism for International Criminal Tribunals)

(s.f.) *Cases*. Recuperado el 8 de junio de 2012, en <http://www.unmict.org/en/cases>

(2014) June 2014 Monthly Forecast. Security Council and wider UN structure. International Criminal Tribunals. Security Council Report. Recuperado el 4 de noviembre de 2014, en <http://www.unmict.org/en/cases> (MICT, 2014)

Tribunal Especial para Sierra Leona/Special Court for Sierra Leone

Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone (2002, 16 January) Recuperado el 12 de febrero de 2010, en <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=CLk1rMQtCHg%3d&tabid=176>, (SL-CS, 2002)

Security Council. Resolution 1315 (2000) Adopted by the Security Council at its 4186th meeting, on 14 August 2000, Recuperado el 12 de febrero de 2010, en <http://www.refworld.org/docid/3b00f27814.html>, (SC-SL, 2000)

_____. (2000) *Statute of the Special Court for Sierra Leone*, Recuperado el 12 de febrero de 2010, en <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=uClnd1MJeEw%3d&tabid=176>, (UN, SCSL, 2000)

Tribunal Militar Internacional de Núremberg (Nuremberg International Military Tribunal)

(1947) *Trial of the Major War Criminals before The International Military Tribunal*. Nuremberg: International Military Tribunal. Recuperado el 21 de octubre de 2009, en http://www.loc.gov/r/rfd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf (IMT, 1947)

(1945) *Charter of the International Military Tribunal*. Recuperado el 7 de octubre de 2012, en <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp> (CIMT, 1945)

DOCUMENTOS NACIONALES Y DECISIONES DE DERECHO COMPARADO

Argentina, Juez Daniel Rafecas; Sentencia de 25 de julio de 2006; Inconstitucionalidad del indulto a José Nino Gavazzo, Jorge Alberto Silveira, Juan Manuel Cordero y Hugo Campos Hermida. Recuperado el 8 de agosto de 2009, en: <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/vaello.html> (Argentina, Rafecas, 2006)

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 2005, Recurso de Hecho en la causa Julio Héctor Simón y otros S/ Privación ilegítima de la Libertad, Recuperado el 8 de agosto de 2009, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dialjur/cont/1/cnt/cnt15.pdf> (Argentina, Simón, 2005)

- ____ Congreso Nacional (1987) Ley 23521 llamada "ley de obediencia debida". Recuperado el 21 de junio de 2011, en <http://archivohistorico.educ.ar/content/ley-23521-llamada-ley-de-obediencia-debida> (Argentina, 1987)
- ____ Congreso Nacional (1987) Ley 23521 llamada "ley de punto final" Recuperado el 21 de junio de 2011, en http://archivohistorico.educ.ar/sites/default/files/IX_01.pdf (Argentina, 1986)
- ____ (1984) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. Boletín de Jurisprudencia. Sentencia causa 13/84. (Argentina, 1984)
- Chile, Corte de Apelaciones de Santiago de Chile (2006, noviembre 16), Rol No. 4.464-2001, Ruz Castillo, Pedro Edgardo contra Fisco de Chile, Apelación. Publicado en Gaceta Jurídica Año 2006/ Noviembre/ 317 pp. 88-93.
- Colombia – Estados Unidos de América. (2009) Acuerdo Complementario para la cooperación y la asistencia técnica en defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América. Recuperado el 10 de diciembre de 2013, en http://www.fes-seguridadregional.org/images/stories/docs/5050-001_g.pdf
- Kingdom of Cambodia, (2011) Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. *Internal Rules* (Rev.8). Recuperado el 20 de agosto de 2012, de: <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/ECCC%20Internal%20Rules%20%28Rev.8%29%20English.pdf>
- Perú, Corte Suprema de la República, Sala Penal Especial, Sentencia del 7 de abril de 2009, Expediente N° AV 19-2001 (acumulado), Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE, Sentencia Condenatoria contra Alberto Fujimori. Recuperado el 15 de junio de 2013 en <http://www.deigualaligual.net/es/derechos-humanos/52-derecho/3443-texto-sentencia-fujimori-culpable> (Perú, 2009a)
- ____ Fiscalía Suprema en lo Penal. Opinión Fiscal sobre recurso de Nulidad. 31 de agosto de 2009. Expediente N° AV 19-2001 (acumulado), Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE contra Alberto Fujimori. Recuperado el 15 de junio de 2013, en http://www.mpf.gob.pe/descargas/informes/01092009112731_VER_DICTAMEN_COMPLETO.pdf, (Perú, 2009)
- Reino de España, Tribunal Supremo Español. Sala de lo Penal. Sentencia de 25 de febrero de 2003. Radicado STS12/0/2003. No. Recurso 803/2001. Recurso de Casación. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Lurca Recuperado el 30 de octubre de 2009 en <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>; el 30 de octubre de 2009. (TSE, 2003)
- ____ Sentencia de 20 de junio de 2006. Radicado STS 4016/2006. No. Recurso 1395/2005. Recurso de Casación. Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater. Recuperado el 30 de octubre de 2009 en <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>. (TSE, 2006)
- République de Côte d'Ivoire. (2003, 18 Avril) *Déclaration de reconnaissance de la Compétence de la Cour Pénale Internationale*. Recuperado el 4 de diciembre de 2013, en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/CBE1F16B-5712-4452-87E7-4FDDE5DD70D9/279779/ICDE.pdf>
- ____ (2010) *Confirmation de la Déclaration de reconnaissance de la Compétence de la Cour Pénale Internationale*. Recuperado el 4 de diciembre de 2013, en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/498E8FEB-7A72-4005-A209-C14BA374804F/0/ReconCPI.pdf>
- République du Mali. (2012) Renvoi de la situation au Mali. Recuperado el 4 de diciembre de 2013, en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A245A47F-BFD1-45B6-891C-3BCB5B173F57/0/ReferralLetterMali130712.pdf>

TRIBUNALES NACIONALES DE COLOMBIA

- Colombia Corte Constitucional. Auto 164/12 M. P. María Victoria Calle Correa 6 de julio de 2012
- ____ Auto 288/10, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- ____ (2004, febrero 26) Comunicado de prensa sobre sesión de análisis del Proyecto de Acto Legislativo por medio del cual se Reforma la Constitución Política en Materia de Administración de Justicia. (CC, 2004)
- ____ Sentencia No. C-287/14. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- ____ Sentencia No. SU-254/13. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- ____ Sentencia No. C-260/11, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- ____ Sentencia No. C-059/10. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto
- ____ Sentencia No. C-029/09. M. P. Rodrigo Escobar Gil
- ____ Sentencia C-291/07. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- ____ Sentencia C-454/06. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- ____ Sentencia C-047/06, M. P. Rodrigo Escobar
- ____ Sentencia C-1177/05, M. P. Jaime Córdoba Triviño
- ____ Sentencia C-979/05, Jaime Córdoba Triviño
- ____ Sentencia C-822/05; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
- ____ Sentencia C-591/05, Ma. P. Clara Inés Vargas Hernández
- ____ Sentencia C-998/04, M. P. Álvaro Tafur Galvis
- ____ Sentencia C-014/04, M. P. Jaime Córdoba Triviño
- ____ Sentencia C-899/03, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra
- ____ Sentencia C-451/03, M. P. Eduardo Montealegre Lynett
- ____ Sentencia C-004/03; M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- ____ Sentencia C-775/03, M. P. Jaime Araújo Rentería
- ____ Sentencia C-916/02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- ____ Sentencia C-875/02, M. P. Rodrigo Escobar Gil

- ____ Sentencia C-805/02, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett
- ____ Sentencia C- 578/02, M. P. Manuel José Cepeda
- ____ Sentencia C-228/02, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett
- ____ Sentencia C-178/02, M. P. Manuel José Cepeda
- ____ Sentencia T-556/02, M. P. Jaime Córdoba Triviño
- ____ Sentencia C-226/02, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- ____ Sentencia C-1149/01, M. P. Jaime Araújo Rentería
- ____ Sentencia C-836/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil
- ____ Sentencia C-774/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- ____ Sentencia C-740/01, M. P. Álvaro Tafur Galvis
- ____ Sentencia C-581/01, M.P. Jaime Araujo Rentería
- ____ Sentencia C-554/01; Ma. P. Clara Inés Vargas.
- ____ Sentencia C-177/01; M. P. Fabio Morón Díaz.
- ____ Sentencia T-526/01, M.P. Alfredo Beltrán
- ____ Sentencia T-1267/01, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes
- ____ Sentencia SU-1184/01, M. P. Eduardo Montealegre Lynett
- ____ Sentencia T-1202/00. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- ____ Sentencia T-694/00, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- ____ Sentencia T-256/00, M.P. José Gregorio Hernández.
- ____ Sentencia C-163/00, M. P. Fabio Morón Díaz
- ____ Sentencia C-285/97, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- ____ Sentencia C-293/95, M. P. Carlos Gaviria Díaz
- ____ Sentencia C-225/95; M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- ____ Sentencia No. T-259/94. M.P. José Gregorio Hernández.
- ____ Sentencia C-127/93; M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- ____ Sentencia C-104/93, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- ____ Sentencia C-027/93; M. P. Simón Rodríguez R.
- ____ Sentencia C-574/92; M. P. Ciro Angarita Barón.
- ____ Sentencia T-512/92; M. P. Jose Gregorio Hernandez Galindo
- ____ Sentencia T-403/92; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.
- ____ Sentencia de 6 de junio de 2012, M. P. Luis Guillermo Salazar Otero. Procesado: Jorge Iván Laverde Zapata. Radicado: 1100122040002006802810. (CSJ- SCP, 6 junio de 2012)
- ____ Segunda instancia de Justicia y Paz. Sentencia de 21 de septiembre de 2014. MP. Sigifredo Espinoza Pérez. Proceso No. 32022. (CSJ, JyP, 2014)
- ____ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Segunda instancia de Justicia y Paz. Sentencia de 30 de octubre de 2013. M.P. Eduardo Castellanos Roso. Proceso No. 11-001-60-00 253-2006 810099 Rad. interno 1432. (TSB, SJYP, 2013)
- Colombia, Juzgado Once Penal del Circuito Especializado de Bogotá- Proyecto OIT. Sentencia del 25 de enero de 2013. Procesado Jaime Blanco Maya. Radicado: 110013107011-2011-00026-00. Víctimas: Valmore Locarno Rodríguez y Víctor Hugo Orcasita Amaya (J11OIT, 25 de enero de 2013).
- ____ Sentencia del 31 de enero de 2012. Procesados: Ramiro Rengifo y Roberto Vargas Gutiérrez. Radicado: 110013107011-2011-00024. Víctima: Jesús Orlando Crespo Cardenas. (J11OIT, 31 de enero de 2012)
- Colombia, Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá. Sentencia del 15 de diciembre de 2011. Procesados: Iván Ramírez Quintero, Fernando Blanco Gómez y Gustavo Arévalo Moreno. Víctimas: Bernardo Beltrán Hernández, Héctor Jaime Beltrán Fuentes, David Suspes Celis, Gloria Estela Lizarazo, Luz Mary Portela León, Norma Constanza Esguerra Forero, Gloria Anzola de Lanao, Lucy Amparo Oviedo Bonilla, e Irma Franco Pineda. (Retoma Palacio de Justicia). (J 51PC, 15 de diciembre de 2011)

ORGANIZACIONES Y PLATAFORMAS NO GUBERNAMENTALES

- American Civil Liberties Union. (2012) The torture Report. (on line) Recuperado el 10 de septiembre de 2014 de: <https://www.aclu.org/national-security/aclu-studio-torture-report>
- Amnistía Internacional. (2009, julio) *Israel/Gaza. Operación “Plomo Fundido”: 22 días de muerte y destrucción*. Recuperado el 26 de agosto de 2014, en <http://amnistiainternacional.org/publicaciones/80-israel-gaza-operacion-plomo-fundido-22-dias-de-muerte-y-destruccion.html>, (AI, 2009a)
- ____ (2009, abril 23) *Nuevas Revelaciones sobre Torturas de Estados Unidos Evidencian la Necesidad de una Comisión de Investigación Independiente*. Recuperado el 22 de diciembre de 2010, en <http://www.amnesty.org/es/news-and-pdates/news/nuevas-revelaciones-torturas-estados-unidos-necesidad-comision-investigacion-independiente-20090423>, [AI, 2009]
- Argentina, Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (1984, septiembre), *Informe Nunca Más*, Recuperado el 1 de noviembre de 2012, en <http://www.desaparecidos.org/arg/conadep/nuncamas/indice.html>
- Andreu Guzmán, F., Comisión Colombiana de Juristas-Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (2011) *Denegación de Justicia y proceso penal: Los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos y el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004)*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas-Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (Andreu, CCJ y CCAJAR, 2011).
- Centro de Estudios Legales y Sociales, Mignone, E.F. & Bravo, A. (1982) *Autoamnistía: legalizar la impunidad*, Colección Informes Jurídicos. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales
- Comisión Colombiana de Juristas, (Gallón, G. y Reed, M, Edts.) (2007) *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de documentos de la organización de las Naciones Unidas*. Bogotá: CCJ

Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. (13 marzo, 2009) Miles de personas marcharon exigiendo justicia. Recuperado el 23 de marzo de 2010, en <http://derechoshumanos.pe/2009/03/miles-de-personas-marcharon-exigiendo-justicia/> (CNDDH, 2009)

Clínica de Derechos Humanos “Allard K. Lowenstein”. Yale Law School. (2008) *Opinión Experta en Derecho sobre el Derecho de Extradición y las Modalidades de Responsabilidad Penal*. (Yale Law School, 2008)

Federación Internacional de Derechos Humanos –FIDH (2010) *Los Derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional. Manual para víctimas, sus representantes legales y ONG*. París: FIDH.

International Committee of the Red Cross. (2007) *ICRC Report on the treatment of fourteen “High Value Detainees” in CIA Custody*. Regional Delegation for United States and Canada. Recuperado el 29 de mayo de 2011, en <http://assets.nybooks.com/media/doc/2010/04/22/icrc-report.pdf>

The Bernard and Audre Rapoport Center for Human Rights and Justice. The University of Texas at Austin School of Law. (2008) *Amicus Curiae*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 30 de marzo de 2009, en http://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/7078/amicus_01_eng.pdf.txt?sequence=3,. (University of Texas at Austin School of Law, 2008)

United States Congress. Senate Select Committee on Intelligence. (2012) Committee Study of the Central Intelligence Agency’s Detention and Interrogation. Findings and Conclusions. Recuperado el 13 de diciembre de 2014, en http://www.feinstein.senate.gov/public/index.cfm/files/serve?File_id=a992171e-fd27-47bb-8917-5ebe98c72764&SK=04753BC866283C0F5913D7E1A24FA851 (US, Report SSCI, 2012)

NOTAS DE PRENSA, COLUMNAS PERIODÍSTICAS Y COMUNICADOS

Alerta ONU que Palestinos de Gaza están “al borde del precipicio”. (La Jornada, 31 julio 2014) Recuperado el 2 de agosto de 2014, en <http://actualidad.rt.com/actualidad/view/133768-onu-victimas-ataques-israel-gaza-civiles>.

Cronología de los ataques de Israel contra la Franja de Gaza (Julio 22, 2014) Abc Internacional. Recuperado el 26 de agosto de 2014, en <http://www.abc.es/internacional/20140710/abci-cronologia-israel-gaza-201407100908.html>, Publicación: 22/08/2014 (Abc, 2014)

Destrucción en Gaza (Agosto 5, 2014) TeleSur noticias. Recuperado el 26 de agosto de 2014, en <http://www.telesurtv.net/telesuragenda/Destruccion-en-Gaza-20140805-0017.html>. Fecha de publicación: 5 de agosto de 2014 (TeleSur, 2014d)

Feinstein, D. (2014) *Intelligence Committee Votes to Declassify Portions of CIA Study*. Recuperado el 13 de diciembre de 2014, en <http://www.feinstein.senate.gov/public/index.cfm/press-releases?ID=de39366b-d66d-4f3e-8948-b6f8ec4bab24>

Israel deja 373 mil niños traumatizados y más de mil discapacitados en Gaza (Agosto 22, 2014) Palestinalibre.org Chile. Recuperado el 26 de agosto de 2014, en <http://www.palestinalibre.org/articulo.php?a=52099>. Fecha de publicación 22 de agosto del 2014 (Palestinalibre, 2014)

Israel mantiene ataques a Gaza mientras Egipto busca tregua. (Agosto 25, 2014) TeleSur noticias. de: Recuperado el 26 de agosto de 2014, en <http://www.telesurtv.net/news/No-cesan-ataques-sionistas-contra-Gaza-20140825-0029.html>. (TeleSur, 2014)

Israel mató a 91 palestinos en la última semana. (Agosto 24, 2014) TeleSur noticias. Recuperado el 26 de agosto de 2014, en <http://www.telesurtv.net/news/91-muertos-en-Gaza-desde-el-lunes-20140824-0017.html>. (TeleSur, 2014b)

La ONU cifra en 280.000 los refugiados en la Franja de Gaza (Agosto 22, 2014) Palestinalibre.org Chile Recuperado el 26 de agosto de 2014, en <http://www.palestinalibre.org/articulo.php?a=52088>, Fecha de publicación 22 de agosto del 2014 (Palestinalibre, 2014a)

Los números rojos del conflicto de Hamas e Israel en Gaza. (Julio 26, 2014). Recuperado el 22 de agosto de 2014, en http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/07/140726_gaza_conflicto_israel_numeros_yv.shtml. (Bbc, 2014)

Nuevo ataque israelí deja 10 muertos en Palestina. (Agosto 25, 2014) TeleSur noticias. Recuperado el 26 de agosto de 2014, en <http://www.telesurtv.net/news/Nuevo-ataque-israeli-deja-10-muertos-en-Palestina-20140825-0059.html>. (TeleSur, 2014a)

ONU: La mayoría de las víctimas palestinas de los ataques aéreos son civiles. (12 de julio de 2014) Recuperado el 30 de julio de 2014, <http://actualidad.rt.com/actualidad/view/133768-onu-victimas-ataques-israel-gaza-civiles>, (RT, 12 julio 2014)

Operación Pilar Defensivo 2012: Cronología de la ofensiva de Israel sobre Gaza (FOTOS) (Noviembre 20, 2012) The huffington post. Recuperado el 26 de agosto de 2014, en http://www.huffingtonpost.es/2012/11/20/cronologia-de-los-ataques_n_2166069.html. Publicado 20/11/2012 (Huffington, 2012)

'Pilar Defensivo' (Noviembre 21, 2012) Palestinalibre.org. Recuperado el 26 de agosto de 2014, en <http://www.palestinalibre.org/articulo.php?a=42167>. Fecha de publicación 21/11/2012 (Palestinalibre, 2012)

WikiLeaks: Guerra contra Gaza fue planificada años atrás (Agosto 25, 2014) TeleSur noticias. Recuperado el 26 de agosto de 2014, en <http://www.telesurtv.net/news/Masacre-a-Gaza-fue-planificada-hace-aos-20140825-0025.html>. Fecha de publicación 25 de agosto de 2014 (TeleSur, 2014c)

ENTREVISTAS REALIZADAS POR LA AUTORA

Entrevista a Alejandro Gómez Jaramillo. Bogotá, 25 de febrero de 2013. (Gómez Jaramillo y Gamboa, 2013)

Entrevista a Gastón Chillier, Director Ejecutivo de CELS. Buenos Aires, 29 de octubre de 2012. (Chillier y Gamboa, 2012)

Entrevista a Luciana y María Laura Victoria Mazuelos, sobrinas de desaparecido argentino. Buenos Aires, 27 de octubre de 2012. (Mazuelos L., Mazuelos M.L. y Gamboa, 2012, 2012)

Videos

Bourdieu, P. (2010, mayo 11) *Bourdieu sobre Foucault y la experiencia personal*. Recuperado el 25 de julio de 2014, en <http://www.youtube.com/watch?v=aQE66bbUAXE>. [Bourdieu, 2010v]

Bayón, J. C. (2012). Instituto Universitario de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia. Constitucionalismo y orden supranacional, [Archivo de video]. Recuperado el 26 de abril de 2012, en <http://www.youtube.com/watch?v=xxVboqJAmbS>. Conferencia albergada dentro del Congreso Principia Iuris organizado por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia.

Cançado Trindade, A.A. (2008, 5 de junio) *The Access of Individuals to International Justice*. Recuperado en http://legal.un.org/avl/ls/Cançado-Trindade_HR.html#. conferencia

Correas, O. (2012, mayo 7) Función subversiva de los derechos humanos. [Archivo de video]. Conferencia realizado para la maestría en Derecho Humanos y Democracia de Flasco México. Recuperado el 3 de abril de 2014 en <http://www.youtube.com/watch?v=JVTuwAl6l7c>. (Correas, 2012v)

Echeverría, B. y Rojas, F. (2012, diciembre 28). Entrevista a Bolívar Echeverría por Fernando Rojas. [Archivo de video] Recuperado el 25 de julio de 2014, en <http://www.youtube.com/watch?v=ITnGZSz5Qrs>.

PONENCIAS

Álvarez Durán, D.Y. (2009). *El sujeto y la sociedad, una relación ideológica*, Trabajo presentado en: Celebración del 88 Aniversario de Edgar Morin Homenaje Virtual, Comunidad Pensamiento Complejo. Recuperado el 3 de diciembre de 2012, en <http://www.pensamientocomplejo.com.ar/homenaje/galeria/wp-content/uploads/AlvarezDuran-Damian-El-Sujeto-y-la-Sociedad-una-relacion-Ideologica.pdf>.

Gallardo, H. (2008). *El alcance político de las diversas concepciones de Derechos Humanos*. Ponencia presentada en Cuarto Encuentro Estatal de Profesoras y Profesores de Derechos Humanos, Guanajuato, México. Recuperado el 16 de octubre de 2012, en http://www.heliogallardo-americalatina.info/index.php?option=com_content&view=article&id=103&catid=11&Itemid=106&tmpl=component&format=pdf.

_____. (2011). Mesa inaugural. Ponencia presentada en el encuentro *Pensamiento Crítico, Sujetos Colectivos y Universidad*. Universidad de la Republica de Montevideo, Montevideo, Uruguay. Recuperado el 16 de Octubre de 2012, en http://www.heliogallardo-americalatina.info/index.php?option=com_content&view=article&id=235&catid=11&Itemid=106&tmpl=component&format=pdf.

Garzón, B. (2000, junio 22) Presentación. *Experiencias en la lucha contra la impunidad y la necesidad de una Corte Penal Internacional*, Panel en el Centro de Iglesias para las Naciones Unidas de la Coalición de ONGs por la Corte Penal Internacional. Nueva York. Recuperado el 24 de agosto de 2013, en http://www.iccnw.org/documents/Garzon_speech_Sp.pdf

Gun Cuninghame, P. (2005). *Globalización, maquiladoras e identidades transnacionales en Ciudad Juárez*. Ponencia para el XXVIII Encuentro Red Nacional Investigadores Urbanos: Dilemas de la sociedad fronteriza. 22 y 23 de septiembre de 2005, Ciudad Juárez, Chihuahua. Recuperado el 12 de junio de 2014, en <http://www2.uacj.mx/ICSA/Investiga/RNIU/pnencias%20pdf/Ponencia%20Patrick%20C.pdf>.

Prieto, O. (2014a) Crimen de lesa humanidad y nuda vida. Conferencia dictada el 3 de marzo de 2014, en el ciclo “Cátedra Abierta de Derechos Humanos” de la Facultad de Derecho de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia.

_____. (2014) “El fetichismo de la mercancía: Daños colaterales”. Conferencia dictada el 3 de septiembre de 2014 en el VI ciclo de conferencias de filosofía: Lecturas contemporáneas del pensamiento marxista. Programa de Filosofía. Área de Procesos de Pensamiento. Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Autónoma de Colombia.

Santos, B. de S. (2004, marzo 2 al 6) *Los Derechos Humanos y el Foro Social Mundial*. Ponencia presentada en el XXXV Congreso de la Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH), Quito. Recuperado el 7 de abril de 2009, en www.idhc.org/cat/documents/DUDHE_SousaB.pdf.

Soria Montañez, P. (2013) Obligaciones del Estado respecto a las Víctimas de Trata: Aplicación del Principio de Diligencia Debida. III Congreso Latinoamericano sobre Trata y Tráfico de Personas, Bogotá, 17 de julio de 2013. Recuperado el 3 de diciembre de 2014, en http://cei.uniandes.edu.co/index.php/component/docman/cat_view/1-ponencias?Itemid=

Ventura Robles, M. (2005) La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad. Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho, organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Recuperado el 17 de agosto de 2010, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf>.

Žižek, S. (2003) La estructura de dominación hoy y los límites de la democracia. Ponencia presentada en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, el 25 de noviembre de 2003.

OTROS

Roosevelt, F. & Churchill, W (1941) *Atlantic Charter*, Recuperado el 21 de diciembre de 2013 en <http://research.archives.gov/description/513885>

The Covenant of the League of Nations (1919), *The Versailles Treaty*, Recuperado el 22 de octubre de 2013, en <http://avalon.law.yale.edu/imt/parti.asp>

Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados, Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)

Contenido

Tabla de Siglas y Abreviaturas	3
Introducción.....	13
Capítulo 1	37
La Criminalidad Estatal y sus víctimas: Conceptos de moderna construcción	37
Sección 1. Modernidad como concepto y Modernidad como crisis: ¿Lucha de soberanías?.....	39
1. La modernidad como proceso y su devenir.....	39
2. Soberanía y límites soberanos: ¿Una crisis de siempre?.....	53
Sección 2. Estado neutral y Derechos Humanos como mitos modernos: ¿Cómo surge el crimen de Estado?	63
1. La naturaleza neutral del Estado como mito y su Derecho.	63
2. Los derechos humanos como límite al poder en tanto mito.....	79
3. Retirando el aguijón: La supuesta maldad individual.	88
Sección 3. Criminalidad estatal y conceptos de Derecho: Un concepto de crimen de Estado	99
1. Dos puntos de vista sobre el Derecho.	100
2. El Crimen de Estado como categoría para el Derecho.....	107
2.1 El crimen de Estado: El holocausto como tecnología de poder.	110
2.2 Ejercicios de discriminación: El crimen de Estado como categoría para el Derecho	123
Sección 4. La criminalidad de Estado bajo el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos	158
1. Crimen y Terrorismo de Estado como conceptos próximos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	159
2. El análisis de contexto y las dimensiones de la criminalidad de Estado: Una aproximación a la sistematicidad.....	164
3. El procesamiento de crímenes de Estado y la obligación de no repetición.....	170
Conclusiones preliminares	174
Capítulo 2	177
Del Derecho Internacional al Derecho Penal Internacional: Una Genealogía de las víctimas de Crímenes de Estado como sujetos.....	177
Sección 1. La necesidad de construir una genealogía de las víctimas como sujetos en el Derecho Internacional.....	179
Sección 2. Del <i>homo aeconomicus</i>, al reconocimiento de la diversidad por el Derecho.....	184
1. El <i>homo aeconomicus</i> como epicentro de la modernidad capitalista y su expresión en el individualismo del Derecho Internacional: La responsabilidad internacional de los Estados como resistencia.....	186
1.1 Surgimiento y empoderamiento del <i>homo aeconomicus</i> : Su vinculación con el concepto de sociedad civil.....	187
1.2 Limitación de los efectos del <i>homo aeconomicus</i> : Individuos y procesos de selección en escenarios diferenciales	196
2. Derecho Internacional de los Derechos Humanos: El individualismo como	

hegemonía en el Derecho Internacional y la resistencia.	205
2.1 Sujetos colectivos como transformadores del Derecho Internacional: Más de una historia por conocer	208
2.2 El <i>ius cogens</i> como imperativo categórico en el Derecho Internacional: una visión desde la teoría material del bien jurídico.....	257
2.3 Resistencia y diversidad en el Derecho Internacional.....	276
2.4 El régimen de responsabilidad internacional de los Estados como escenario de resistencia.	289
Sección 3. Criminalidad de Estado bajo el Nuevo Humanismo Militar: la profundización de la biopolítica de los derechos humanos	311
1. Contornos del Nuevo Humanismo Militar: Revivificación de la razón de Estado.....	314
1.1 De la globalización al Nuevo Humanismo Militar: La Globalización como imperio, Nuevo Sistema Mundo y Nuevo Humanismo Militar.	327
1.2. El nuevo humanismo militar inscrito en la modernidad: Criminalidad de Estado cotidiana frente al DPI.....	346
2. El Derecho Penal Internacional: Nuevas transformaciones en la hegemonía.	373
2.1 La transformación de la administración de justicia como monopolio intraestatal y el principio de complementariedad en la soberanía.	379
2.2 La limitada responsabilidad de los individuos: La impunidad bajo el nuevo humanismo militar en el DPI.....	396
Conclusiones preliminares	409
Capítulo 3.....	412
Tensiones contra-hegemónicas: Solicitudes de las víctimas de Crímenes de Estado para activar la competencia de la CPI	
Sección 1. La inaplazable transformación de la razón instrumental: Enfrentando la razón instrumental planetaria.....	417
Sección 2. Universalismo concreto, memoria y reconfiguraciones hegemónicas ...	420
1. Superación de la visión restrictivo/diplomática del principio de complementariedad: Transformación del habitus para el DPI.....	428
2. La Memoria como enfrentamiento de la razón instrumental y garantía de no repetición: Los muertos demandan a los vivos o la verdad contrahegemónica.	442
Sección 3. Pensamientos y espacios de transformación: Cosmopolitismo subalterno como nueva visión del mundo	450
1. La sociología de las ausencias y las voces silenciadas de las víctimas de los crímenes de Estado en la Corte Penal Internacional.	453
2. Procesamiento de crímenes de Estado como contrahegemonía: Complementariedad contrahegemónica o política criminal internacional	471
3. Los derechos humanos como humanización: El cosmopolitismo subalterno como rechazo a la razón instrumental.	484
Conclusiones Preliminares	500
Capítulo 4.....	502
Conclusiones Finales: El DPI como resistencia y en lógica de prevención mediante el universalismo concreto y el cosmopolitismo subalterno	502
Listado de fuentes.....	518