



UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA

# **Análisis criminológico sobre la intervención de la Corte Penal Internacional-CPI por Crímenes de Lesas Humanidad en escenarios de conflicto armado**

**YENIFER YISETH SUÁREZ DÍAZ**

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho.

Bogotá, Colombia

2020



# **Análisis criminológico sobre la intervención de la Corte Penal Internacional-CPI por Crímenes de Lesas Humanidad en escenarios de conflicto armado**

**YENIFER YISETH SUÁREZ DÍAZ**

Tesis presentada como requisito para optar al título de:  
**Doctora en Derecho**

Director:  
Ph.D. Omar Huertas Díaz

Línea de Investigación:  
Derecho penal internacional y criminología  
Red Internacional de Política Criminal *Extrema Ratio UN* MinCiencias 2018  
Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho.  
Bogotá, Colombia

2019



*A la empatía, el amor y el agradecimiento incondicional. Al eje fundamental en la vida de cualquier ser humano: la familia.*

## Agradecimientos

El emprendimiento de un proyecto como la tesis doctoral ha implicado un crecimiento académico, profesional y personal. Este proceso ha ocurrido gracias a la colaboración y participación conjunta de colegas, profesores, amigos y familiares. En el camino recorrido el número de personas, instituciones y experiencias se hace extenso, pero ha sido la guía de Dios la que ha marcado la ruta de aciertos y obstáculos para la culminación de este proyecto.

Todo plan y decisión ejecutada ha sido gracias al apoyo, admiración y amor incondicional de mis padres. La reiteración constante por alimentar el conocimiento y la importancia de crecer académicamente ha sido fundamental para la ejecución de esta investigación.

A Natalia y su mejor amigo, por ser los compañeros de aventuras y brindar en cada momento una nueva alegría y apoyo al cumplimiento de cada objetivo que surge.

A Olga, Nelson, Paula y Samuel, que brindan, además de la buena energía, el aporte crítico y constructivo para ser exitoso.

A mi abuelito, Julio Díaz, que en dos generaciones pudo consolidar la educación como el objetivo principal de una familia.

Un agradecimiento especial al profesor Omar Huertas Díaz, que desde el primer momento confió en mí y en mi conocimiento. Gracias por el respaldo académico y laboral que me ha permitido construir un proceso desde el pregrado hasta el Doctorado. Es un proceso en el que no solo ha sido premiado el conocimiento sino la amistad y la lealtad.

Al Instituto de Criminología William Pompe y al profesor Damián Zaitch, que me acogió en mi estancia doctoral en Utrecht, Holanda para crecer en una perspectiva crítica y para ampliar mis horizontes.

A mi mejor amigo y compañero de viaje, Manuel Perez, que bajo un estilo de vida propia me ha impulsado a crecer y expandir mis expectativas. Los años de amistad han fortalecido el vínculo profesional y la admiración personal.

Al grupo de estudiantes: Gabriel Gómez, Oscar Trujillo, Cristian Sierra y Carlos Ariel Bautista, que creyeron en el proyecto y aportaron todo su concimiento e interés hasta el final, para salir avante en la construcción de la investigación. A Carlos Ariel, porque, además de su compromiso académico, me brindó su amistad y apoyo en los momentos más difíciles del proceso.

A Juan Carlos Rubiano, que en tertulias repasabamos los dilemas de la vida y las variables de investigación, desde el inicio del doctorado hasta el último día de investigación. Su amistad invaluable y empatía política para cada momento difícil de la democaracia colombiana.

A Francisco Gómez, por ser mi compañero de viaje en Europa y enseñarme que el camino es el cielo en las aventuras mochileras, y que el mejor aprendizaje proviene de los viajes y sus experiencias.

A todos aquellos que confiaron en mí desde el pregrado y a los que fueron incorporándose directa o indirectamente en la realización de la investigación y que hoy, gracias a la constancia, el amor, la amistad y la empatía, permanecen en mi vida.

A la vida, por las oportunidades brindadas durante estos años. Por cada nueva experiencia, viaje y cultura conocida. Por permitirme la libertad de pensar y caminar en un mundo que cada vez se hace más pequeño en distancia pero más grande en conocimiento.

A COLCIENCIAS, que me brindó la oportunidad de estudiar en mi *Alma Mater*, dedicando el tiempo suficiente para aprender, enseñar y vivir la vida estudiantil con plenitud.

A la Universidad Pública, porque además de inculcar el conocimiento académico, y haber transformado mi vida y la de mi familia, ha sido el origen del pensamiento crítico, democrático y constructivo como estudiante y docente.

## Resumen

Los crímenes de lesa humanidad ocurridos en el marco de un conflicto armado, cuando no sean investigados por los Estados parte por su falta de voluntad o capacidad para perseguirlos, serán competencia de la CPI. Sin embargo, la intervención de la Corte en contextos de elaboración de procesos de paz, con ocasión de un conflicto armado, ha demostrado el interés selectivo e ineficiente de la CPI para prevenir la ocurrencia de los crímenes señalados.

De tal suerte que desde una postura crítica de la criminología se evalúa la apertura de investigación hecha en Sudán, la República Democrática del Congo, Uganda y Costa de Marfil, develando los factores extrajurídicos: políticos, culturales, económicos y religiosos que influyeron en la decisión judicial. Dejando al descubierto la instrumentalización del derecho penal.

Tal uso y la existencia de elementos extrajurídicos acordes a las dinámicas internacionales demuestran el *porqué* la justicia extraordinaria elaborada para la terminación del conflicto armado en Colombia es compatible con el derecho y la política internacional evitando la intervención directa de la jurisdicción penal internacional.

**Palabras clave:** derecho penal internacional, criminología, crímenes de lesa humanidad, derechos humanos, crímenes de poder, política internacional, Corte Penal Internacional.

## Abstract

In the context of the war if the crimes against humanity are not investigated by the national authorities for their lack of will or ability to prosecute them the ICC will get the jurisdiction. However, the intervention of the Court in middle of the elaboration of peace processes has demonstrated the selective and inefficient interest of the ICC to prevent it.

From a critical approach of the criminology, the research evaluates the opening on investigation done in Sudan, the Democratic Republic of the Congo, Uganda and Cote d'Ivoire. It reveals the extra-legal factors: political, cultural, economic and religious that has influenced the judicial decision. It shows the instrumental use of criminal law.

Such use and the existence of extrajudicial elements in line with international dynamics demonstrate *why* the extraordinary justice created for the termination of the armed conflict in Colombia is compatible with international criminal law and international policies avoiding direct intervention by the international criminal jurisdiction.

**Keywords: international criminal law, criminology, crimes against humanity, human rights, powerful crimes, international policies, International Criminal Court.**

## Tabla de contenido

<i>Tabla de contenido .....</i>	<i>XI</i>
<b>1. LA CRIMINOLOGÍA DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD: DEL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS HASTA SU CONSOLIDACIÓN COMO BIENES JURÍDICOS.....</b>	<b>15</b>
<b>1.1 Dimensión Criminológica de los Derechos Humanos: Consolidación y Vigencia. ....</b>	<b>15</b>
1.1.1 Fundamento Filosófico de los derechos humanos para su protección penal. ....	21
1.1.2 Elementos políticos en la creación de los DDHH.....	36
1.1.3 Fundamento Jurídico para la selección de los DDHH como bienes de protección del DPI. ....	54
1.1.4 Fundamento criminológico de los Derechos Humanos .....	66
<b>1.2 Criminología de los Crímenes de Lesa Humanidad y su incidencia en la Justicia Penal Internacional.....</b>	<b>98</b>
1.2.1 Crímenes de lesa Humanidad.....	100
1.2.2 Contexto Sociopolítico del Derecho Penal Internacional. ....	115
1.2.3 Tribunales de Núremberg y Tokio .....	127
1.2.4 El rol de Naciones Unidas: de la guerra fría a los Tribunales Ad-Hoc.....	131
1.2.5 Tribunales Ad-Hoc.....	141
1.2.6 Aportes de los Tribunales Ad Hoc al Derecho Penal Internacional.....	155
<b>1.3 Perspectiva criminológica de los Crímenes de Lesa Humanidad. ....</b>	<b>160</b>
<b>2. FACTORES EXTRAJURÍDICOS EN LA APERTURA DE INVESTIGACIÓN. ....</b>	<b>175</b>
<b>2.1 Investigación de una situación en la CPI.....</b>	<b>177</b>
2.1.1 Elementos para determinar la competencia de la CPI de una Situación. ....	184
2.1.2 Política de la Fiscalía para la apertura de investigación. ....	194
2.1.3 Argumentos jurídicos de la Fiscalía y la SCP para emitir órdenes de captura. ....	205
<b>2.2 Intervención de la CPI durante la existencia de conflicto armado. ....</b>	<b>234</b>
2.2.1 Costa de Marfil: La riqueza del cacao entre la nacionalización y la intervención.....	236
2.2.2 República Democrática del Congo: El tesoro de las 3Ts ( <i>Tin, Tantalum, and Tungsten</i> ) y el oro.....	255
2.2.3 Uganda: El aliado de occidente y la oportunidad política de la CPI.....	281
2.2.4 Sudán: El Estado “terrorista” .....	307
<b>2.3 La criminología frente a la CPI y su intervención en los Estados. ....</b>	<b>333</b>
<b>3. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD COMETIDOS EN EL CONTEXTO DEL CONFLICTO ARMADO Y SU TRATAMIENTO EN EL PROCESO DE PAZ COLOMBIANO. ....</b>	<b>345</b>
<b>3.1 El acuerdo de paz entre el Gobierno Colombiano y las FARC-EP-EP.....</b>	<b>352</b>
3.1.1 Antecedentes y fase exploratoria .....	352
3.1.2 Contexto de la mesa de negociación .....	359
<b>3.2 Compatibilidad proceso de paz colombiano y DPI .....</b>	<b>365</b>

---

3.2.1	Contexto general de los Acuerdos de la Habana y el Plebiscito por la Paz .....	365
3.2.2	Propuestas de los principales promotores del “NO” después del Plebiscito del 2 de octubre de 2016	367
3.2.3	Cambios en el componente de justicia en los Acuerdos de la Habana posteriores al Plebiscito .....	369
3.2.4	Recomendaciones de la Fiscalía de la Corte Penal Intenacional .....	387
3.2.5	La Jurisdicción Especial para la Paz y la Corte Penal Intenacional desde la criminología. ....	393
3.2.6	Un modelo de justicia extraordinaria. ....	408
<b>CONCLUSIONES.....</b>		<b>417</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>		<b>431</b>

## Lista de tablas

<i>Tabla 1 Número de Víctimas en Colombia. Tomado de Informe ¡Basta ya!</i>	352
<i>Tabla 2 Comparativo África- Colombia. Las cifras en los países africanos se obtuvieron a partir de documentos extraoficiales. En el caso de Colombia a través del CNMH.</i>	418

## Abreviaturas

ACORE Militares	Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro de las Fuerzas
ADO	Movimiento de Autodefensa Obrera
AMIS	African Mission in the Sudan
CarDH	Carta Árabe de Derechos Humanos
CDI	Comisión de Derecho Internacional.
CGSM	Coordinadora Nacional Guerrillera Simón Bolívar
CHCV	Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas
CIA	Central Intelligence Agency
CIJ	Comisión Internacional de Juristas
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIJ	Corte Internacional de Justicia.
CIPEV	Commission of Inquiry into the Post-Election Violence
CONVIVIR	Cooperativas de Vigilancia y Seguridad Privada
CPI	Corte Penal Internacional.
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
DANE	Departamento Administrativo Nacional de Estadística
DDHI	Declaración de los Derechos humanos en el islam.
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DP	Democractic Party
DPI	Derecho Penal Internacional
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EC	Elementos de los Crímenes.
EE. UU.	Estados Unidos de América
El Estatuto	Estatuto de Roma
ELN	Ejército de Liberación Nacional
EPL	Ejército Popular del Pueblo
ER	Estatuto de Roma

ETPIR	Estatuto Tribunal Penal Internacional para Ruanda
ETPIY	Estatuto Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.
FARC-EP-EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
FFMM	Fuerzas Militares de Colombia
FIDH	Federación Internacional de Derechos Humanos
FMI	Fondo Monetario Internacional
HRW	Human Rights Watch
IDH	Índice de Desarrollo Humano
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz.
KNCHR	Kenia National Commission Human on Rights.
KY	Kabaka Yeka
LEA	Liga de Estados Árabes.
MAS	Muerte a secuestradores
MICT	Mecanismo Residual de las Naciones Unidas para Tribunales Penales Internacionales
MIRPL	Movimiento de Integración Revolucionario Patria Libre
MISAB	Mission Interafricane de Surveillance des Accords de Bangui.
MRL	Movimiento Revolucionario Liberal
NRM	National Resistance Movement
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Observatorio de Memoria y Conflicto
ONG	Organización no Gubernamental.
ONIC	Organización Nacional Indígena de Colombia
OTP	Office the Prosecutor.
PC3	Partido Comunista Clandestino Colombiano
PDET	Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial
PNUD	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo
PRT	Partido Revolucionario de los Trabajadores
PSPI	Poor state performance indexes
Quintín Lame	Movimiento Armado Quintín Lame

SIVJRNR	Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda.
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Ex – Yugoslavia.
UA	Unión Africana
UNFL	Uganda National Liberation Front
UNLA	Uganda National Liberation Army
UP	Unión Patriótica
UPC	Uganda People’s Congress
UPM	Uganda Patriotic Movement

# Introducción

La transformación de la sociedad depende del establecimiento de un discurso acorde a cada etapa histórica con el que a su vez se legitimen las instituciones que se hallan inmersas en la conformación del orden social. En el derecho penal internacional se encuentra por un lado el reconocimiento de los derechos humanos y la necesidad de su protección a través de la sanción penal y, por otro lado, como el mecanismo de coerción y práctica de políticas internacionales a favor de los algunos Estados. Incluso cuando estos últimos, por regla general, no suscriben ninguna clase de obligación a favor de la protección de derechos.

De tal suerte que el discurso de la internacionalización no solo se ha dirigido a las prácticas nacionales y su interacción en un nuevo orden social sino del mismo crimen y su ejecución. Por lo que la globalización (como proceso económico, comunicativo, político y legal) a juicio de Lola Aniyar (2010) se presenta en una forma no siempre sutil de totalitarismo, pues se convierte en el factor de nuevas criminalidades, donde los carteles internacionales del crimen y la delincuencia de cuello blanco se facilitan (Pp. 66-67). La interacción de colectividades de diversa índole en la construcción de un orden social global o internacional favorece los medios de interacción entre los grupos de poder que terminan ejecutando acciones delictivas.

Situación de la cual deviene la admisión del establecimiento de la justicia global a través del derecho penal internacional como avance en la protección de derechos humanos, por el reconocimiento de nuevas formas de criminalidad. Lo que significa, como advierte Ferrajoli (2013), una invitación a los estudios criminológicos a ampliar su espectro desde una doble perspectiva. A partir de una dimensión positiva que admita la reducción de la impunidad y, por otra parte, desde el matiz crítico.

En otras palabras, se justifica un análisis crítico del derecho penal internacional como un objeto de investigación de la criminología. El centro de los cuestionamientos de la criminología debe dirigirse, entonces a los sujetos activos y poderosos, en términos

contemporáneos de la criminología (Morrison, 2009, pág. 56) y no a su tradicional objeto analizado, individuos de clase baja<sup>1</sup>, previamente seleccionados y a quienes se les recluye como mecanismo de muerte social, bajo presupuestos foucaultianos. Ello, porque la magnitud de los crímenes internacionales implica que solo pueden ser ejecutados por la primera clase de sujetos.

Hasta ahora el análisis sobre la CPI y el derecho penal internacional ha sido limitado a la dogmática y las relaciones internacionales. En efecto, desde el surgimiento de la Corte se han planteado debates frente a la soberanía estatal y la categorización del delito y la incorporación de figuras de responsabilidad que abarquen a la criminalidad sistemática (Stahn, 2015). Aunque la criminología ha iniciado un proceso de estudio sobre la competencia del derecho penal internacional y su influencia en la globalización jurídica el debate (Rothe & Mullins, 2006), en general, ha recaído sobre aspectos dogmáticos o cómo mejorar el uso del derecho en la persecución a violaciones de derechos humanos. Por lo que resulta importante develar lo oculto tras la selección y persecución de los crímenes que se han considerado tan graves que deben ser perseguidos por un Tribunal Internacional. Crímenes que se habían catalogado por las corrientes críticas de la criminología como *crímenes de Estado*.

No obstante, en la actualidad hacer referencia solo a crímenes de Estado resulta una forma de criminalidad limitada que excluye a todos los actores de los crímenes. De tal modo que, de acuerdo con la evaluación de los participantes en los crímenes más graves y que involucran violaciones a derechos humanos se halla que la denominación más acertada es *crímenes de poderosos*<sup>2</sup>. Bajo esta categoría se incluyen los actores políticos, económicos, armados y estatales con influencia y capacidad suficiente para cometer crímenes internacionales.

<sup>1</sup> Al respecto se encuentra el debate entre los inicios de la criminología y el señalamiento de causas económico-políticas en la criminalización y el rompimiento del paradigma a partir de los estudios de Sutherland y Shünemann, que propendieron una criminalización ascendente hacia las clases altas.

<sup>2</sup> Frank Pearce fue el primer académico en acuñar el término en un texto de mismo nombre, desde una visión marxista del delito.

Ahora bien, la comisión de dichos crímenes en un Estado no implica *per se* la injerencia del Derecho Penal Internacional. Aunque el Estatuto de Roma establece los criterios en los cuales la Corte Penal Internacional puede intervenir y juzgar a los nacionales de un Estado parte, las decisiones de la Fiscalía y el Tribunal no solo se rigen por los requerimientos jurídicos, sino que atienden a diversos elementos de la política internacional. Es decir, el derecho penal internacional puede tomar una forma de intereses de aquellos que intervienen en la política internacional.

De lo que resulta, la indagación sobre ¿qué factores determinan la apertura de investigación por crímenes de lesa humanidad en la Corte Penal Internacional, en Estados con que adelantaron procesos de paz? Elementos que fueron seleccionados con base en su relevancia para la criminología, su objeto de investigación y el derecho penal internacional.

Esta situación se ve de forma más nítida en el análisis criminológico de la investigación procesal de crímenes de lesa humanidad en el marco del conflicto armado. Primero, porque la categoría de crímenes de lesa humanidad es trascendental, en cuanto su definición también implica un proceso de negociación diplomática. Segundo, como quiera que la intención, al menos escrita, del derecho penal internacional es la prevención de comisión de crímenes y la restauración de la paz ante la existencia de conflictos armados. Empero, ante los procesos de pacificación, las relaciones e intereses internacionales desempeñan un rol trascendental.

De allí deriva la selección de los crímenes de lesa humanidad en el contexto internacional, como categoría de investigación criminológica. A diferencia del genocidio en el que la discusión se centra en la selección del grupo a proteger o los crímenes de guerra, en los que la preocupación se dirige a los hechos permitidos en medio del conflicto; los crímenes de lesa humanidad implican la definición de los derechos a proteger en tiempo de paz y de guerra a todos los individuos como pertenecientes al grupo social denominado *humanidad* y que bajo esta forma de crímenes resulta también víctima. Elementos que desde una visión sociocrítica se convierten en una clase de criminalidad compleja para la investigación y análisis.

Adicionalmente, los crímenes de lesa humanidad ocurren de parte de una organización con el ánimo de promover una política determinada. Admitiendo la existencia de un contexto político e ideológico bajo el que se justifica la vulneración de derechos humanos, la criminología abandona los conceptos individualizantes del sujeto para dar paso al señalamiento de la naturaleza política y colectiva del delito. Ello quiere decir que se transforma el tradicional concepto de delito y en consecuencia, las políticas de control que no se dirigen exclusivamente a la individualidad sino a un colectivo. (Swaaningen, 2011, p. 4).

De tal manera, que el objetivo del presente estudio doctoral es determinar los presupuestos económicos, sociales, políticos y religiosos que influyen en la investigación selectiva de los crímenes de lesa humanidad en el marco del conflicto armado, ante la Corte Penal Internacional. Con el fin de demostrar la hipótesis investigativa, es decir, que los procedimientos de apertura de investigación de una situación en los países por violaciones a derechos humanos en el marco del conflicto armado no sólo obedecen a criterios jurídicos como se plasma en las decisiones del Tribunal, sino que son producto de los factores previamente indicados de acuerdo al orden actual de la globalización en el que se promueve la clasificación, segregación y exclusión.

Se procura a partir de los análisis criminológicos de carácter diagnóstico, realizar uno de naturaleza propositiva. Ello, porque incluso desde la criminología crítica, existe una limitación a reafirmar la ausencia del análisis de crímenes internacionales, especialmente aquellos ejecutados por parte del Estado, sin que se señalen los elementos o la manera en que los delitos contra la humanidad que producen un gran número de víctimas pueden ser analizados. El estudio se caracteriza por ser crítico y propositivo en lo que se refiere al ámbito de investigación de la situación colombiana respecto de las ya intervenidas por la CPI.

Para lograr lo anterior, es pertinente precisar la concepción de la *criminología*, como un estudio multidisciplinar que involucra la relación teórica desde diferentes acepciones (Shute, 2013). En tal sentido, no es necesario referirse a dicha categoría como tal, para reconocer

los estudios históricos, descriptivos, políticos y jurídicos como determinantes en la fundamentación del análisis de la información y la aceptación del objeto de estudio jurídico bajo la denominación de «*crímenes de poderosos*».

En ese sentido, se parte por identificar la categoría de crímenes de lesa humanidad como violaciones de derechos humanos dentro de la justicia penal internacional y desde la criminología su reconocimiento como crímenes del poder. Con base lo anterior, se evalúa la investigación adelantada por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional sobre crímenes de lesa humanidad en el marco del conflicto en Colombia y los factores que han influido para la no intervención de la CPI. Para tal fin, se aborda una perspectiva comparativa con los países africanos que, bajo la misma situación, vienen siendo investigados por la Corte: Uganda, Sudán, Costa de Marfil y la República Democrática del Congo.

Aunque la CPI abrió investigación en trece países, la selección de los cuatro reseñados obedece al objetivo de la investigación. En primer lugar, la determinación de Estados en los que han ocurrido crímenes de lesa humanidad en el marco del conflicto armado y segundo, en los que se signaron procesos de paz previo a la intervención del Tribunal Internacional. En ese sentido, los procedimientos adelantados en lugares como Kenia<sup>3</sup>, Malí<sup>4</sup> o República Centroafricanas fueron excluidos del presente estudio.

Todo lo anterior con el ánimo de proponer una postura desde la criminología crítica y su análisis del delito. De manera que se verifique cómo la CPI emplea recursos normativos y político- criminales de los derechos penales domésticos en el sentido de perseguir únicamente a Estados que no se encuentran bajo las lógicas políticas, legales y culturales del mundo occidental, ejecutando una acción represiva y bajo la cual ha primado el interés

<sup>3</sup> La comisión de crímenes de lesa humanidad fue producto de la violencia post electoral de 2017.

<sup>4</sup> La investigación surgió por crímenes de guerra unicamente, a partir del conflicto surgido desde enero de 2012 en las regiones de Gao, Kidal and Timbuktu

<sup>5</sup> Desde 1999 se han hecho intentos de diálogos de paz que han sido interrumpidos por procesos de violencia, tales como la intervención de grupos religiosos violentos y el incumplimiento de los acuerdos y la falta de desarme. En 2015 se intentó Pacto Republicano para la Paz, la Reconciliación Nacional y la Reconstrucción del País, en Nairobi con la facilitación de Kenia. El 6 de febrero de 2019 se suscribió un acuerdo paz entre el Estado y 14 grupos armados.

de la justicia internacional sobre la realización de paz al interior de los países. Se trata de una indagación que cuestiona el accionar del derecho penal internacional.

A partir de lo anterior se presenta un reto para el estudio criminológico. El derecho penal internacional se presenta como una forma de aplicación complementaria al derecho penal estatal, por lo que no versa únicamente sobre relaciones internacionales, sino que se requiere un estudio en el que la dogmática, la política criminal y la criminología no pueden ser excluidas. La institucionalización de la Corte Penal Internacional ha significado un llamado de atención a los modos de persecución y responsabilidad de los crímenes de su competencia, de donde deriva el requerimiento inescindible de un análisis criminológico (Harrendorf, 2014), en el que de forma reflexiva se cuestionen los medios de control de la violencia y se develen escenarios no confrontados. .

Al respecto, ha existido una indiferencia más o menos voluntaria, desde la criminología, en el análisis de tales conductas, dada también por la misma complejidad de la categoría de *crímenes de poderosos*. Las ciencias sociales han sido insuficientes para la explicación de la violación masiva de derechos humanos y el mismo derecho internacional como política de Estado ha ignorado el comportamiento social, individual y político de los individuos y sociedades, lo que ha implicado la incapacidad para prevenir y limitar las manifestaciones violentas (Bassiouni, 2011, p. 5). Teniendo en cuenta que estos crímenes pueden ser cometidos con aquiescencia o incluso por el mismo Estado, resulta difícil su propia persecución.

Se trata, entonces de internacionalizar la criminología. Los estudios criminológicos se han escrito para dar explicación a las situaciones que afectan al Estado-nación, y aunque el lenguaje y los conceptos de la criminología parecen universales en la práctica son limitados al Estado (Morrison, 2004). La preocupación por las conductas criminales desde la criminología ha tenido como objeto de estudio la conducta antisocial entre individuos en el contexto nacional, omitiendo el establecimiento de relaciones internacionales de cooperación, la interconexión de conocimiento y el establecimiento de un nuevo orden jurídico mundial. Por lo que la criminología debe producir un vocabulario coherente para

delinear ciertos conceptos de la libertad del grupo social alrededor del crimen (Morrison, 1997, p. 5), porque como se observa en el primer capítulo la protección del ser humano y sus libertades mínimas son objeto de preocupación de la criminología, en la medida que la salvaguarda de tales libertades, garantiza el pleno ejercicio de sus derechos, en las actividades más rutinarias.

En ese contexto, la sociedad se presenta como una sociedad internacional diferenciada. Es decir, desde la configuración del orden internacional se plantea un derecho penal internacional que resulta en sí mismo de confrontación. A pesar de que las alianzas entre Estados provienen desde la antigüedad, es indudable que el proceso de integración jurídica de los actuales Estados es contradictorio. Primero, porque se pretende la coexistencia de un solo concepto cultural, económico y jurídico, pero en contraposición se impone que las relaciones individuales y de soberanía siguen prevaleciendo, de forma independiente y bajo sus propias condiciones. Y segundo, como quiera que en tal contexto de contradicción, se diseñan los crímenes de lesa humanidad, conforme a la misma argumentación.

Tal fenómeno se ha denominado la sociedad antropoémica o en palabras de Young (2003, 133) la sociedad bulímica, porque devora vorazmente a las personas y luego las expulsa resueltamente, a través de los procesos de exclusión. Tales procesos no son ajenos al derecho penal internacional y por el contrario al adelantarse, terminan reproduciendo los sistemas penales nacionales. Procesos de apertura de investigación selectivos y de segregación<sup>6</sup>, que no reducen la impunidad, ni previenen la comisión de crímenes, ni contribuyen a la reconciliación de las sociedades en conflicto.

Así, el saber criminológico está limitado por una intencionalidad política, cualquiera que sea, lo que constituye en la denominada política criminal. Esta relación hace imperioso el análisis criminológico, en cuanto sus hallazgos y los criterios cuestionables son base y fundamento para la toma de decisiones en el marco de la construcción de cualquier política

<sup>6</sup> Al respecto las posturas criminológicas crítica y del libre albedrío, desde la edad media, han cuestionado el uso del derecho pena de manera selectiva y en aras de segregar.

criminal. Por lo que atendiendo al orden geopolítico de los Estados, el análisis de los crímenes internacionales lleva la comprensión del derecho penal internacional, su intención y funcionalidad.

En otras palabras, se insiste en la criminología como área multidisciplinar. Quiere decir, un estudio que incluya aspectos sociológicos, económicos, históricos y dogmáticos, por medio de la cual se disponga de herramientas conceptuales que a través de un marco teórico le permita acercarse a nuevos objetos de estudio (Sandoval & Vidaurri, 2002, p. 3). Ello, para acercarse a la comprensión de los crímenes que se consideran afectan a la humanidad en su conjunto y implican la llamada violencia colectiva (Smeulers & Haveman, 2008, p. 12).

De hecho, la eficacia por combatir la delincuencia depende, en gran parte, de las enseñanzas de la criminología (Mir Puig, 2002, p. 291), tales como la determinación de las conductas más graves o la configuración dogmática de los punibles. Por ello al encontrarse la ausencia de análisis al respecto, podría afirmarse que la persecución del crimen internacional en el marco de un conflicto armado no requiere de la intervención punitiva, pues resulta incluso más gravoso para el proceso y para las víctimas. Situación, que sin embargo, ha sido rechazada por la CPI en las situaciones en las que ha decidido realizar procesos de apertura de investigación.

Lo anterior, se reafirma, por ejemplo, el diseño del orden mundial en el que unos países son considerados civilizados y otros no desde la perspectiva política, parte de una criminología selectiva y de segregación. De tal modo que el modelo de orden global es empleado por el derecho penal internacional para realizar intervenciones y actuar como instrumento de civilización y occidentalización de dichos Estados. Así mismo, utiliza factores de legitimación para ingresar a países, donde ni siquiera se ha dado a aceptación de la CPI, con el presunto ánimo de reducir la criminalidad, aunque a la postre ello no resulte. Por lo que a la fecha, se puede afirmar que los crímenes de lesa humanidad continúan ocurriendo sin que haya existido una acción efectiva de parte de la CPI.

Teniendo en cuenta el fin de la investigación y que esta es de carácter social y cualitativa, metodológicamente se parte del paradigma interpretativista. Se incluyen todas las perspectivas teóricas para las que la realidad no puede ser solo observada sino que debe ser interpretada (Corbetta, 2007, p. 34). Significa que si bien existe una transformación de la posición del investigador respecto del objeto investigado, no se puede perder de lado la neutralidad valorativa del análisis, distinguiendo el conocimiento de la realidad de la defensa de los ideales propios (Weber, 1904).

Significa que la realidad de la comunidad internacional desde la aplicación del derecho penal se interpreta desde una perspectiva específica. Es así, que no se opta por dar una valoración netamente jurídica o dogmática, sino que como se anunció, se trata de una evaluación multidisciplinar, es decir, desde la teoría de la criminología crítica. Así, partiendo de una dimensión específica se analiza la etapa de apertura de investigación de la CPI, cuestionando los elementos no jurídicos empleados para la realización de tal proceso.

Ello para aclarar que la subjetividad de esta investigación se encuentra dada por el análisis de la dimensión humana, es decir, aquello sobre lo cual el paradigma positivista se encuentra impedido para medir cuantitativamente y se transforma en el objeto de investigación en sí mismo (Corbetta, 2007, p. 39).

Así mismo, mediante la inducción, es decir, con base en la observación teórica se pretenderá arribar a generalizaciones que se encontrarán fundamentadas en la lógica de la clasificación y la especificidad y se reitera que, desde el enfoque del criminólogo crítico, existe la imposibilidad de brindar juicios objetivos como sucedería en la investigación de las ciencias exactas.

Es así como se adelantó un proceso de operacionalización. Se refiere el término a la labor de determinar las categorías generales de investigación, con las variables correspondientes y así evaluar una a una, desde una perspectiva multidisciplinar luego realizar la integración de los hallazgos. Se orienta el procedimiento a un estudio complejo y valorativo.

De tal suerte que bajo los presupuestos de la criminología crítica se atiende a los siguientes límites lógicos para el proceso investigativo, primero, la consideración política y reflexiva respecto del derecho penal y sus mecanismos de control internacional, segundo, la multidisciplinariedad para el análisis del objeto, tercero, la herramienta *anámnetica*, a través del uso de la memoria para que afloren escenarios que no habían sido contemplados (Rivera Beiras, 2016, p. 29), y la aceptación de las *formas no violentas en el control de la violencia*, a través de la elaboración de los derechos en una ciudadanía plural (Baratta, 2000, p. 14) .

De allí deriva el diseño de investigación que a continuación se presenta, que en últimas se resume en un análisis reflexivo, desde el fundamento político del sistema de derecho penal internacional, el estudio historicista de las investigaciones efectuadas por la CPI en Estados que adelantaron procesos de paz y la consideración de los derechos humanos, como mecanismo transversal para la elaboración de los discursos de control penal que acá se cuestionan.

Primero se realiza la transformación de conceptos y proposiciones teóricas en variables (Batthyány & Cabrera, 2011, p. 52). Seguido de ello, se hace un análisis de modo independiente con base en la correspondiente división en dimensiones. Es decir, descomponer cada componente teórico en sus principales cualidades, para emplear el método adecuado y elaborar el desarrollo de cada una de las variables y de ese modo realizar una triangulación analítica a partir del uso de multimétodos.

El proceso investigativo se encuentra dividido en tres capítulos. El primero corresponde a la selección de derechos humanos por el Derecho Penal Internacional y la construcción del conocimiento criminológico en su protección, en el contexto de la creación de la Corte Penal Internacional y la elaboración jurídica de los crímenes de lesa humanidad. En el segundo acápite se analiza el contexto de conflicto armado y la intervención de la CPI en Uganda, Costa de Marfil, la República del Congo y Sudán para establecer desde el análisis teórico los criterios extrajurídicos que allí influyeron y así realizar en el tercer capítulo la correspondiente evaluación del proceso colombiano en el establecimiento de un modelo de

justicia extraordinaria, con el fin de generar una perspectiva criminológica del derecho penal internacional para tales situaciones.

La variable de crímenes de lesa humanidad desde un análisis jurídico y como violación a derechos humanos se analizó a través de un método analítico-descriptivo. Para ello, se organizó la información proveniente de diversas fuentes, luego se clasificó y finalmente se seleccionaron aquellas prioridades y herramientas teóricas para la investigación. Este proceso requirió la deconstrucción conceptual de las variables.

Teniendo en cuenta que la tipificación de los crímenes de lesa humanidad obedece a la selección de ciertos derechos humanos que deben ser protegidos a través de la norma penal internacional se analiza la primera categoría descriptivamente, aspecto en el que resulta relevante la fundamentación política, histórica y jurídica, para el correspondiente análisis críticos.

Así se da lugar a la triangulación de esta variable con la denominada como crímenes de lesa humanidad y que para la investigación corresponden a *crímenes de poderosos*, en otras palabras, desde los hallazgos del análisis de cada categoría elaborar la construcción criminológica de la compatibilidad de las decisiones en el marco del proceso de paz colombiano y el Derecho Penal Internacional.

Los derechos humanos se evalúan desde una triple perspectiva., se elabora una limitación conceptual y el enfoque desde el cual serán analizados. Se examina la categoría desde el fundamento filosófico, político y jurídico con lo que no se busca realizar una amplia indagación sobre los derechos humanos, pero sí determinar el alcance de estos en la investigación criminológica. Quiere decir, que su valoración desde la perspectiva ya señalada permite arribar a su definición jurídica y el proceso de selección para determinar qué una violación a uno de ellos signifique la configuración de un crimen internacional.

Establecido el límite conceptual, se elabora la descripción historicista de los crímenes de lesa humanidad. De tal suerte que se atiende al proceso del establecimiento del Derecho

Penal Internacional para concluir su elaboración desde la perspectiva sociopolítica y jurídica. Bajo el método planteado, se observan factores en común, de interés para la criminología, que concluyen en su comprensión como *crímenes de los poderosos*. Se devela, desde una perspectiva crítica la relación entre el orden político existente en la actualidad y tal orden normativo, elaborado desde el presunto consenso internacional.

La tercera variable, por su parte será indagada desde un método crítico. Se confrontan los requisitos jurídicos para la apertura de investigación y las situaciones en los Estados donde efectivamente la intervino la Corte por la comisión de crímenes de lesa humanidad en el marco de conflictos armados. De allí, la selección a los cuatro países referidos: Uganda, la RDC, Costa de Marfil y Uganda.

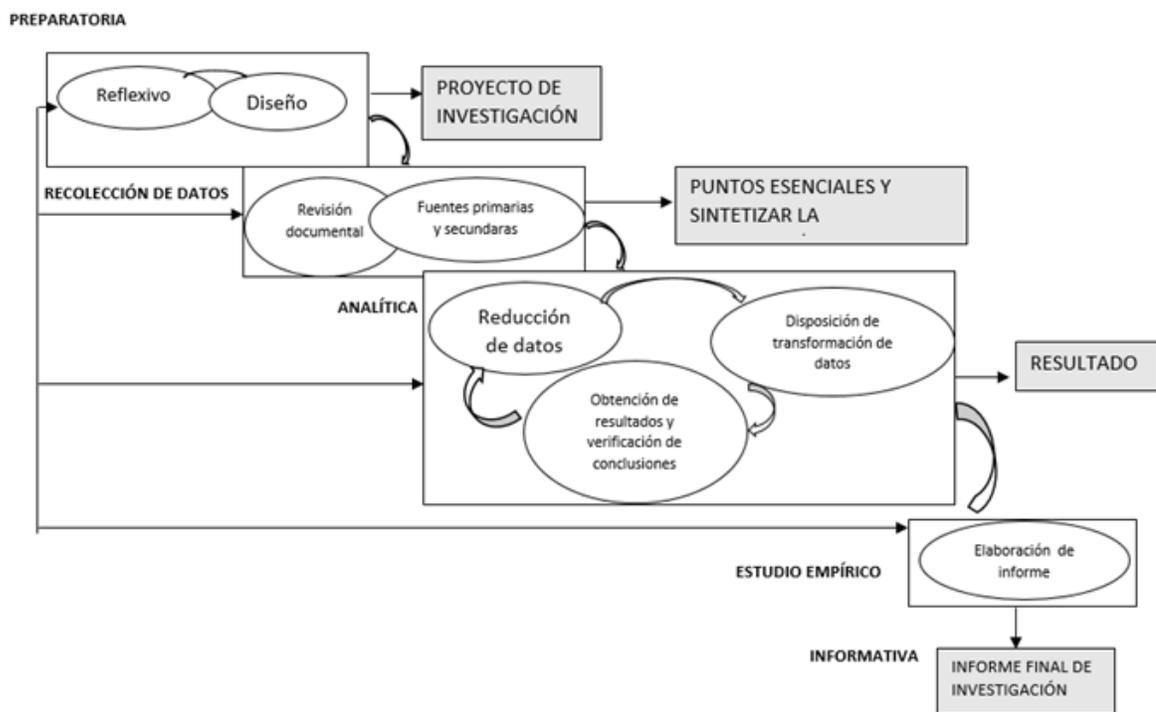
El proceso de confrontación desde la dimensión crítica permite ir develando en cada uno de los Estados, el factor extrajurídico determinante para la intervención. En este aparte el proceso de triangulación (Gorard & Taylor, 2004, p. 42) será claramente observado por la convergencia de la evaluación de las categorías precedentes y su uso en casos específicos. Corroborar una interpretación global del fenómeno humano objeto de la investigación, supone robustecer las fortalezas de las estrategias empleadas (Benavides & Gómez-Restrepo, 2005) y dar coherencia a la información recolectada con el uso de la teoría planteada.

La última variable se valora desde una perspectiva descriptiva- comparativa. Tal y como se realiza en el estudio de los países africanos, para el caso colombiano se hace la descripción correspondiente del conflicto armado y el proceso de paz. Con ello se arriba al establecimiento de un modo de justicia extraordinaria<sup>7</sup> y el análisis de los factores políticos, económicos, culturales y religiosos, con los que se demuestra su compatibilidad con la política internacional y por qué, pese a ser una situación tan grave como las ya citadas no implicará una intervención del Tribunal Internacional.

<sup>7</sup> Se hace alusión al término, en sentido alternativo a la justicia en sentido alternativo a la jurisdicción ordinaria, por su naturaleza, crímenes a perseguir y objetivos a lograr.

Para llevar a cabo el proceso investigativo, se elaboró un diseño gráfico del procedimiento a realizar y la correspondiente triangulación. El diseño de la investigación correspondió al proceso de relación entre las preguntas de investigación previamente establecidas y los datos que se adquieran, por lo que el implicó la toma de decisiones sobre la estrategia de investigación y los métodos de recolección de información (Jupp, Davies, & Francis, 2003, p. 39).

Así, en la siguiente gráfica se presenta el proceso investigativo y la presentación del resultado, como producto del seguimiento hecho a cada etapa para su final información., en donde resulta trascendental el uso de las fuentes primarias en cuanto al diseño penal de los tipos penales internacionales y la evaluación de teorías específicas para su interpretación.



*Ilustración 1* Diseño investigativo y proceso de triangulación.

En consecuencia, la invitación al lector es a seguir el análisis de cada una de las variables en el orden propuesto, con el fin de que exista la relación entre los conceptos y las conclusiones a las que se arriba en cada capítulo. La observación crítica de la institucionalidad internacional desde el derecho penal permite una mayor protección a los derechos humanos y a las minorías, generalmente vulneradas.



# **1. LA CRIMINOLOGÍA DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD: DEL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS HASTA SU CONSOLIDACIÓN COMO BIENES JURÍDICOS.**

## **1.1 Dimensión Criminológica de los Derechos Humanos: Consolidación y Vigencia.**

Los derechos humanos (en adelante DDHH), como un concepto mayoritariamente aceptado, presentan diversos cuestionamientos. Estos existen por la divergencia entre el discurso que legitima los DDHH y su violación masiva alrededor del mundo. Cuando ocurren tales afectaciones sobre determinados DDHH se categoriza, en el derecho penal internacional, como crímenes de lesa humanidad y desde la criminología como *crímenes del poder*, partiendo de la corriente más tradicional de Sutherland, hasta la conceptualización de Barak y más recientemente Friedrich (2010).

Con el fin de apreciar la perspectiva criminológica de las violaciones a los derechos humanos, la investigación se divide en dos partes. En primer lugar, se toma en consideración el establecimiento del discurso de los DDHH en el contexto internacional. En segundo lugar, se aprecia lo que ha dicho la criminología, desde la dimensión crítica, frente a las violaciones que en general provienen del poder.

En la primera parte, se indaga el proceso a través del cual se insertan los DDHH en el concierto internacional y cómo el derecho penal los selecciona para tipificar los crímenes de lesa humanidad. Al abordar las perspectivas filosóficas, políticas y jurídicas se dilucidará el *por qué* en el Estatuto de Roma (en adelante ER) (Huertas, 2016) se definieron como crímenes de lesa humanidad ciertos actos violatorios de derechos humanos que fueron considerados de mayor relevancia y que merecían ser sancionados en el campo penal, siendo

este el objetivo principal de este capítulo. A lo largo de esta sección, se tomarán los tres enfoques citados, con el fin de cuestionar la selección y clasificación de derechos en la tipificación de crímenes en el derecho penal internacional.

Se advierte, entonces, que los derechos humanos pueden ser estudiados desde diversas perspectivas. Referirse a los derechos humanos, su protección, exigencia y respeto parece una labor retórica en el consenso mundial. Sin embargo, al considerar la fundamentación de los derechos desde una triple perspectiva: filosófica, histórica y jurídica, se verifica que tal anuencia es ampliamente discutida. Por lo tanto, los derechos humanos no son un concepto retórico y estático, sino factual y dinámico en su teorización y protección.

Los DDHH como objeto de protección no pueden ser aceptados únicamente desde el punto de vista legalista, sino que desde un estudio socio jurídico, que desde la criminología debe lo que está más allá del discurso netamente jurídico. Con cada uno de los puntos que desarrollan el conocimiento de la primera parte se pretende observar las discusiones en torno a los DDHH, procurando un análisis que lleve a la valoración de las tesis problemáticas, de cada variable expuesta. La evaluación cronológica no es suficiente, pero a partir de los eventos históricos sí se hace una relación con los fundamentos políticos y filosóficos en una misma vía.

La definición de derechos humanos es una construcción que inicia por las controversias presentadas en los ámbitos históricos, filosóficos y jurídicos y, se trata, así, de una confrontación entre la investigación y el discurso político-jurídico existente, porque no se acepta al establecimiento institucional de los DDHH como una verdad absoluta e incuestionable. Es un ejercicio, que tiene como razón y sentido, de cuestionar al absoluto desde su fondo y esencia (Aragón & Arnulfo, 2013). Con esta acción analítica se comprende la priorización y selección de los derechos de mayor trascendencia internacional para la redacción del ER, en la concepción de los crímenes de lesa humanidad como violaciones de derechos humanos. Al dividir el concepto en sus principales perspectivas se descubren elementos que permiten determinar cómo se definieron los crímenes de lesa humanidad. De

modo que, con base en los fundamentos ya indicados, se evidencian los factores comunes entre las bases teóricas de DDHH, que dan lugar a la mencionada selección.

Ahora bien, atendiendo a que los crímenes de lesa humanidad comportan las más graves violaciones a los DDHH, se indaga por los sujetos de los que provienen estas. En el marco del derecho internacional se adjudicaba la responsabilidad únicamente al Estado, empero, con el desarrollo e instauración del derecho penal internacional, se admite que quienes tienen la capacidad de ejecutar conductas graves en contra de los DDHH son los sujetos que detentan alguna clase de poder. Los crímenes pueden proceder del ejercicio del poder económico, político, militar, armado o estatal. Dicho de otra manera, los crímenes de lesa humanidad, desde la perspectiva criminológica, pueden catalogarse como *crímenes del poder*, en tanto la magnitud y forma de ejecución requieren de la intervención bien sea de un poder político, gubernamental, económico o militar.

De la categoría anterior, se deriva la segunda parte del estudio, alusivo al análisis criminológico. La criminología se constituye como el estudio de las conductas delictivas y la reacción social a las mismas. Sin embargo, frente a los crímenes de lesa humanidad no se ha pronunciado, ni frecuente, ni expresamente. La indagación se ha limitado al cuestionamiento del genocidio o en ocasiones desde la categoría de «*crímenes de masa*»(Shute, 2013). Por ello, al reelaborar la categoría desde la violación a DDHH y admitiendo que se originan en el ejercicio del poder, se indaga por el alcance que ha dado la criminología crítica a los crímenes del poder.

Con el ánimo de reformar y construir conocimiento dirigido al estudio de las conductas violatorias de derechos humanos se toma como enfoque a los criminólogos que han cuestionado el ejercicio del derecho penal en cuanto a relaciones de poder. La criminología es multidisciplinar y dispone de herramientas que -a través de un marco teórico complejo- la acercan a nuevos objetos de estudio (Shute, 2013). En esta vía, la criminología crítica puso de presente la inutilidad del sistema penal y su intervención como ataque a las clases más vulnerables, también cuestionó los delitos de cuello blanco, la violación de derechos humanos y la intervención del Estado en la comisión de crímenes.

Es la criminología crítica la que permite aproximarse a la comprensión de los crímenes de lesa humanidad como crímenes cometidos por el poder, pues esta desde sus inicios ha hecho críticas a los grupos dominantes y más recientemente, autores como Morrison, Barak, Findalay, Bosco, entre otros. Bajo el entendido de que el comportamiento discriminado, es solo aquel que viola las reglas dominantes, impuestas según criterios de poder (Becker, 1991, p. 10)

En aras de obtener una dimensión criminológica de los crímenes de lesa humanidad que implican una violación a derechos humanos y con la intención de entender cómo se reflexiona acerca de esta categoría específica de crímenes, la segunda fase investigativa se divide en dos partes. Primero, se hace un acercamiento a la definición del crimen como tal (desde una dimensión sociológica). Se aborda el concepto de crimen bajo los presupuestos de la criminología. Se parte de la revisión de los principios materialistas y la comprensión de la sociedad como una de carácter conflictivo, en la cual, las diferentes dimensiones de la criminología dan cuenta de cómo la denominación de criminal, hecha a una conducta, se halla mediada por el ejercicio del poder. Cada una de las explicaciones confluye en factores que establecen cómo observar la categoría de crimen.

En la segunda parte, se realiza el recorrido teórico de lo que ha referido la criminología frente a los crímenes del poder. Se evalúan los debates que han surgido frente a los denominados crímenes del poder, en cuanto a su definición e intención de teorizar. A partir de la crítica a las teorías que se basaban en conceptos individualizantes del sujeto, se da paso al señalamiento de la naturaleza política de las causas del delito, del propio concepto de delito y de las políticas de control (Swaaningen, 2011, p. 4) en el marco de una comunidad «internacional». La criminología cuestiona cómo existen crímenes que resultan invisibles a la comunidad internacional por provenir precisamente de quien detenta el poder.

Finalmente, se determina cómo se pueden afrontar las violaciones a derechos humanos desde la criminología. A pesar de la investigación crítica y la evidencia de las diferencias teóricas

en la protección de derechos, se admite su existencia y necesidad de salvaguarda, especialmente cuando su afectación proviene del poder. Así mismo, se acepta la tipificación a las vulneraciones de DDHH como crímenes de lesa humanidad y por ende se establece cómo la criminología edifica una perspectiva para evaluarlos.

Algunos derechos son protegidos a través del derecho penal, mientras otros se salvaguardan de manera alterna. A pesar de que el derecho al trabajo, la educación y la libertad de circulación, entre otros, se encuentran consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (En adelante, DUDH), la vulneración de estos no implica una persecución de parte del derecho penal, como sí ocurre para otros derechos como la vida, la integridad personal o la libertad personal. Nadie niega que los derechos anteriormente mencionados son todos derechos humanos. Sin embargo, en el plano del derecho penal internacional, son valorados de forma diferente, de ahí que resulte necesario preguntarnos el *cómo* y el *por qué*.

Es importante atender a los fundamentos teóricos de la criminología, porque ellos contribuyen al desarrollo de los sistemas de protección de derechos. Autores como Norberto Bobbio ( 1991, p. 15) niegan la necesidad de indagar acerca de las bases de los derechos humanos, pero destaca como la importancia ejercer mecanismos para su protección. La valoración teórica permite comprender cómo se llega a la salvaguarda de derechos humanos en una Corte Internacionala01/07/2020 17:51:00l y al diseño de herramientas para su garantía. El análisis trasciende del discurso retórico al argumentativo.

La definición y clasificación de los derechos humanos es compleja, no se trata de un proceso de carácter absoluto y válido en cualquier ámbito o momento. Para poder comprender e interpretar lo que significan los DDHH y develar su comprensión desde la criminología, se acude en primer lugar, a la filosofía. Se hace un acercamiento a las discusiones referidas a la propia definición del sujeto como ser humano y lo que significa su adquisición de derechos a partir de tal concepción. En este sentido cada una de las corrientes teóricas han dado alcance a su límite conceptual desde la perspectiva del hombre y cómo adquiere el conocimiento para el reconocimiento de ciertos derechos.

De otro lado se encuentra el análisis político, referido a su conceptualización y su relación con la legitimidad y el poder. En este aspecto, se considera el contexto histórico político en el cual surgen los derechos humanos y su desarrollo, a través de los sucesos que marcan la conformación del orden mundial, hasta derivar en uno de carácter internacional y globalizado. También se indaga por la utilización de los derechos humanos como herramienta de dominación y universalización de la moralidad, en la cual influyen los factores sociológicos, económicos y culturales.

Por último, resulta incuestionable la consolidación del término derechos humanos al interior de la sociedad en la dimensión jurídica. Independientemente de su acepción y críticas por su construcción sociopolítica, los derechos pasaron de ser un término genérico -y poco empleado-. a convertirse en un estándar, límite de cualquier discurso y construcción normativa y/o sociológica. En la actualidad se ponen de presente los derechos humanos para la elaboración de cualquier acto legal, incluso en el ámbito penal. En consecuencia, los derechos se consolidan a través de la norma.

De modo tal que resulta pertinente examinar el progreso histórico-jurídico de los derechos humanos, así como su uso y selección al interior de la justicia penal internacional. Con lo anterior se atenderá al proceso de tipificación de los crímenes de lesa humanidad, de forma que se debele cómo se procedió a seleccionar ciertos derechos humanos, catalogándolos de especial importancia, para protegerlos a través de la norma penal; y desde el enfoque crítico se plantearán los primeros problemas de tal elección y el consecuente proceso, que significó prescindir de otros derechos para su tutela penal.

La triple dimensión: filosófica, política y jurídica evidencian los elementos que hacen de los derechos humanos objeto de protección del derecho penal internacional. Se arriba a los factores comunes entre las perspectivas valoradas para la definición de los derechos como pertenecientes a la humanidad en su conjunto. De modo que se determinan los principios que rigieron la selección de los derechos humanos como bienes jurídicos de protección penal en el ámbito internacional y que llevan a la comprensión de la construcción de categoría de

crímenes de lesa humanidad como violaciones a derechos humanos Y permiten realizar análisis criminológicos como el de la presente investigación.

### **1.1.1 Fundamento Filosófico de los derechos humanos para su protección penal.**

Si bien el concepto de derechos humanos hoy está legitimado por el hecho de haber sido positivizado a través de la DUDH de 1948 -y la posterior elaboración de convenciones y Tribunales regionales para su protección- resulta necesario ahondar en las discusiones que se han dado en torno a su justificación filosófica. A partir de ello se puede dar un acercamiento a su definición y a su justificación como objetos de protección por parte del derecho, en los ámbitos nacionales, regionales e internacionales.

Aceptando que cada una de las teorías han sido parte de un proceso histórico y político, con los cuales se ha pretendido la justificación de una acción, se debe además considerar el hecho de que los fundamentos filosóficos de los derechos humanos se encuentran ligados a las teorías del derecho en sí mismas. De tal modo, durante este aparte, a través de un proceso descriptivo, se estudiarán las principales corrientes filosóficas desde las cuales se indagó sobre los derechos humanos. Esto se hará basado en el siguiente orden cronológico: el iusnaturalismo, desde su vertiente estoica y moderna; el iuspositivismo; el constructivismo; el utilitarismo; el neo contractualismo y el historicismo.

Se esbozan las diferentes discusiones teóricas desde la filosofía en torno a los DDHH, para determinar cuál de las corrientes o qué factores son adoptados en la construcción y selección de los derechos a proteger mediante el derecho penal internacional y en consecuencia cómo valorarlos desde una dimensión criminológica. En efecto, se observa que a pesar de las discrepancias teóricas se pueden concluir puntos de consenso que se combinan con las bases políticas.

▪ 1.1.1.1 Corriente Naturalista

Desde esta dimensión se aborda un derecho natural e inherente al hombre a pesar de que esté positivizado, por lo que los derechos se conciben desde una fundamentación ética y se reducen a la dignidad del sujeto. La diferencia entre las dos vertientes reside en que la primera corriente deriva la Ley natural de la divinidad, mientras que el iusnaturalismo moderno deriva su origen de la racionalidad.

Santo Tomás de Aquino (Tomás de Aquino, 2010) es el autor central en la justificación de los derechos humanos desde el derecho natural. Él planteaba que los hombres -hechos a imagen y semejanza de Dios- tenían dentro de la Ley natural un plan dispuesto para poder adquirir la dignidad que pertenecía a Dios y de este modo regresar a su modo espiritual más digno, lo que significaba un derecho en sí mismo por la búsqueda de Dios (dignidad). Los derechos quedaban reducidos a la *dignidad* iniciando el camino mediante el cual se convertía el término de dignidad en uno inescindible al discurso de los derechos humanos.

En la misma corriente teórica del iusnaturalismo se encuentra Francisco de Vitoria (1960), de la Escuela de Salamanca, a quien se conoce como uno de los padres del derecho internacional público por su idea de <<comunidad internacional>>. Su trabajo se caracterizó por el reconocimiento, al menos parcial, de los derechos de los indios en las tierras americanas. Para este autor, previo a la llegada de los españoles, los indios por ser miembros de la especie humana ya eran dueños de sus cosas y tenían la posibilidad de ejercer pleno dominio sobre sus actos, de manera que la vida se caracterizaba por ser intransferible e inalienable.

También estos reconocimientos de derechos naturales, más allá de ser parciales, eran empleados para argumentar los procesos colonizadores. Por ejemplo, dentro de las explicaciones de Vitoria, en *La Potestad Civil* también se justificaba y se concedía a los españoles el derecho a conocer y establecerse en nuevas tierras, como derecho dentro de la precitada <<comunidad internacional>>. Por esto, en esta vertiente, la dignidad pertenecía

a todos los miembros de la raza humana, donde por supuesto debían incluirse a los indios. Así mismo, se mantenía la posición acerca de su origen, fundado en la divinidad, por lo cual otorgaba a los derechos, aparte de una naturaleza intransferible e inalienable, el sentido de ser universales. Aunque basándose en la religión, solo quienes eran católicos eran titulares de estos. La teoría de Vitoria consideró la dignidad del hombre como base de los derechos y los excluyó de cualquier disposición, abstrayéndolos del mundo material. Posición que desde la criminología se interpreta en el sentido de su necesidad de reconocimiento y protección absoluta.

Según Bartolomé de las Casas(1951), los indios de la colonia eran reconocidos como seres humanos y por ende, tenían derecho a ejercer libremente su conocimiento y su voluntad, por eso el hombre tenía derecho a la libertad, tanto de pensamiento como de acción (Beuchot, 2004, p. 72). Para esta corriente teórica, el derecho natural del hombre era la libertad. Dentro de los grandes aportes de Bartolomé de las Casas grandes aportes a la teoría de los derechos humanos, se encuentra la universalidad. En un sentido lingüístico puede ser entendida bajo el adjetivo *universal*, en contraposición de lo *particular*, busca hacer una referencia a un todo o algo que incluya *todo*.

A través de un discurso que pretendió humanizar la evangelización en las colonias indígenas, de las Casas promovió la garantía y protección de los derechos de un modo más amplio -en comparación con lo que había realizado Vitoria- y aceptó la inclusión española en América solo en pro de la evangelización. Concluyó que esta no debía llevarse a cabo por la fuerza, reiterando que podía ser transmitida a través de un proceso de aprendizaje, reconociendo la capacidad intelectual de los indígenas, su accionar político y de potestad de ejercicio de derechos sobre sus propiedades.

Sin embargo, la aceptación de universalidad bajo tales postulados teóricos, implica que esta se plantea desde la moralidad, en otras palabras, las pretensiones morales justificadas se convierten en derechos (Peces-Barba, 1994, p. 523). Es innegable, al respecto, que los derechos que defendían De las Casas y Vitoria correspondían a su concepción sobre lo bueno y lo malo, por ello, los derechos eran universales y merecedores de protección si reforzaban

su propia moralidad, de allí que se compagine con los postulados de Bonger (1916), para el que la definición del crimen partía de la moralidad y por ende, de la propia definición de los derechos a proteger.

Como se había indicado, dentro de la teoría iusnaturalista se encuentra el iusnaturalismo moderno. La diferencia entre esta y la corriente clásica radica esencialmente en la fuente de la Ley natural, en tanto que, en la primera, ya no proviene de la divinidad sino que su origen está dado por la racionalidad, donde «el orden político es producto de una decisión libre y de un contrato entre individuos originariamente independientes, que crean el poder para proteger los derechos y libertades recibidos de la naturaleza» (Papacchini, 2003, p. 179).

En esta corriente se puede observar la Escuela de Derecho Natural Racionalista. Según la cual, existe la necesidad de establecer un orden a partir del derecho natural, en el que los hombres puedan actuar e interactuar de modo pacífico. Son autores destacables de esta escuela Hugo Grocio (1925) y Samuel Pufendorf (1735), por su rol en el desarrollo del derecho internacional público y ligado a ello, a la evolución de los derechos humanos. Pufendorf elabora un concepto de la libertad a partir de las reglas morales. Acepta la sociabilidad del hombre como fuente del orden social, concibiendo que *esta proviene del desamparo natural del hombre, donde su única forma de protección es por medio del contrato social* (de Pisón Cavero, 1997, p. 53), mediante el cual se resguarda de las condiciones de mal que ofrece la permanencia en un Estado de naturaleza.

Esto significa que se ve al hombre en un Estado de naturaleza, donde tiene la capacidad de razonar y tomar las decisiones de acuerdo con la libertad que le ha sido otorgada. Aquí se puede notar que el pensamiento de John Locke, en el *Segundo Tratado del Gobierno Civil* (2000) tiene gran incidencia ya que, de acuerdo con él, los hombres tienen razones suficientes para procurar salir del Estado natural y entrar voluntariamente en sociedad con otros hombres que ya están asociados, o que tienen el propósito de asociarse, para la salvaguarda de sus vidas, libertades y tierras (Osuna Fernández-Largo, 2001, p. 91). De esta

manera, se cede de modo racional la libertad individual al poder y legitimándose la cesión por la capacidad de este de garantizar los derechos y proteger libertades.

Ahora bien, al referirnos a un Estado de naturaleza es inevitable acudir al pensamiento de Tomas Hobbes. Según este, el racionalismo se encuentra impuesto por el soberano ya que el hombre se encuentra en un Estado de libertad en el que actúa de acuerdo a pulsiones egoístas, por lo que la Ley natural le indica al hombre el camino a seguir para dominar o canalizar las pulsiones destructivas, conservar el derecho a vivir y construir la paz (Hobbes, 1651). Siendo necesario que el soberano ejecute acciones con las que regule y encauce la libertad de los individuos.

También, dice Hobbes, si bien los derechos son ilimitados, es el sentido de auto conservación lo que le da al hombre la capacidad de proteger sus necesidades. De aquí se busca establecer un orden, porque se convive en un medio de inseguridad, al conocer la acción impulsiva e instintiva de los hombres; no podría hacerse alusión a un pretendido concepto en lo que concierne al derecho. Esta visión es distinta a la de Locke, para quien el Estado de naturaleza no es precisamente un campo para la destrucción entre los individuos, sino donde la libertad e igualdad se ejercen dentro de un terreno de tolerancia.

La posición del Soberano en términos hobbesianos fue indagada desde la criminología por Wayne Morrison (2012) en el cuestionamiento del genocidio desde la criminología. En efecto, su lugar y ejercicio del derecho en la persecución del mismo se criticó y se comparó en términos de omnipresencia conveniente frente a algunos hechos que históricamente fueron catalogados y juzgados y otros, que fueron bajo el juicio del autor, simplemente admitidos e ignorados deliberadamente.

Por otro lado, podemos encontrar el pensamiento de Immanuel Kant ( 2008), del cual se deben destacar dos ideas claves. En primer lugar, manifiesta su interés por la justicia, considerando a los hombres en un panorama de igualdad, bajo el cual se pretende la realización del derecho en sí mismo. En segundo término, se fundamentan los derechos en

el hombre y por ende en la dignidad, siendo nuevamente la dignidad el fundamento de lo que se entiende por derechos y que adquiere sentido, en tanto se ejerza con libertad.

Para Kant, entonces, el derecho innato y originario del hombre (para que exista dignidad) es la libertad. Esta proviene en sí mismo de su humanidad, referida a la capacidad de actuar de modo independiente, es decir libre del arbitrio coactivo de otros (Papacchini, 2003, p. 256), de allí que se brinde tanta importancia a la libertad de pensamiento y de expresión, que se encuentran absolutamente ligadas.

Finalmente, debe hacerse alusión a lo que se ha denominado iusnaturalismo renovado donde se hallan autores como Eusebio Fernández y Antonio Enrique Pérez Luño (2005). Ellos retoman ideas del iusnaturalismo, en el sentido de aceptar que existen derechos que son pertenecientes por naturaleza al hombre. Para el primer autor se reduce su protección a la garantía de la dignidad como derecho. Por su parte, Pérez Luño refiere la importancia del contexto histórico para precisar que las exigencias de dignidad, libertad e igualdad, en un momento histórico determinado, serán las que adquieren la superioridad como derechos humanos.

En esta misma línea se encuentra John Finnis, que desarrolla la teoría de los derechos humanos como necesidad. Es decir, los aspectos básicos de la plena realización humana (Finnis, 2011, p. 223) como relación entre sujetos donde uno de ellos puede exigir algo de otro. Dicha exigencia se fundamenta en la acción humana basada en la voluntad final, es decir, que el individuo actúa con conocimiento motivado hacia un fin que estima bueno. Empleando para la definición de bondad el uso de la razón, la necesidad que se cree derecho, no necesariamente es un requerimiento material, sino espiritual, en aras del desarrollo pleno del sujeto como ser humano.

Lo anterior significa que el hombre tiene derechos por ser tal, no en virtud de su condición biológica de pertenencia a la especie humana sino a su naturaleza racional. Para el autor existen siete fines trascendentales que la razón conceptualiza como bienes intrínsecos: la

vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, la razonabilidad práctica en el actuar y la religión, caracterizados por ser premorales, directivos y evidentes. Aspectos que se retoman desde la criminología para la definición de categorías a proteger desde el derecho penal.

- 1.1.1.2. Corriente Ius Positivista

En contraposición al iusnaturalismo se encuentra el iuspositivismo, que no pretende referirse a los derechos como provenientes de la norma jurídica, sino afirmar la existencia de valores procedentes del humanismo, que alcanzan un nivel suficiente en el orden social para ser reconocidos por el ordenamiento jurídico, y en ese sentido es que adquieren su validez para ser demandados por los sujetos, siendo exigido su cumplimiento, no sólo al Estado, sino a otros sujetos como individuos o, incluso hoy, a los organismos internacionales, de donde surge relevante para el análisis criminológico, en tanto se consagran positivamente para su protección.

Esto repercute en su fundamento teórico, en tanto los derechos humanos se aceptan como derechos subjetivos. Para Hans Kelsen (1995), máximo autor del positivismo, se tratan de una obligación jurídica, donde el sujeto pasivo tiene la capacidad, en virtud de la norma, de exigir a otro el respeto y /o la protección del derecho.

En ese sentido Ferrajoli afirma, sobre los derechos se encuentran fundamentados sobre la base del preámbulo de la DUDH y en tal orden los define como aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, como ciudadanos con capacidad de obrar, siendo el derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) (Ferrajoli, 2001, p. 19).

Ahora bien, dos de los rasgos reconocidos a los derechos humanos son su universalidad e indisponibilidad. Sobre la primera se advierte que no se trata de un elemento absoluto, como quiera que estos se enmarcan en la pluralidad, lo que hace que no se hable de toda la especie

humana, sino solo en frente a quienes son titulares del derecho subjetivo, en virtud de la norma que les ha otorgado la capacidad de exigir su protección.

En cuanto a la indisponibilidad, debe ser entendida desde dos perspectivas, por un lado la indisponibilidad de parte del individuo con sus derechos, en oposición a un derecho patrimonial, ya que no se puede ejercer acciones de señor y dueño y eventualmente decidir vender el derecho fundamental; y por otro lado, la indisponibilidad como aquella característica que también cobija al legislador al no poder disponer de los derechos para negarlos a sus titulares, aunque no se desconozca que en el marco de la validez pueda ser requerida su intervención (Bastida Freijedo, 2005, p. 46).

▪ 1.1.1.3 Construccinismo

La tercera teoría para analizar los derechos humanos es la construccionista, que surge, debido a la discusión tradicional entre naturalismo y positivismo, como un enfoque divergente entre las dos teorías para dar una explicación a los mismos. Bajo este pensamiento debe puntualizarse en su intención de definición del conocimiento y la descripción de la construcción del mismo. La propuesta construccionista se puede ver como una “reconversión (ante todo epistemológica) de algunos presupuestos comunes de las teorías jurídicas analíticas contemporáneas” (Villa, 1999, p. 285).

La teoría constructivista de los derechos humanos pretende una acepción de estos en el ámbito moral. Se origina en una práctica social, vinculada al discurso, que los individuos desarrollan para favorecer y oponerse a ciertas conductas o prácticas (de Pisón Cavero, 1997, p. 125). De allí que se emplee el constructivismo como método de investigación para analizar en sí mismo el discurso y develar los intereses de quien lo realiza, lo que permite observar la realidad en la cual se encuentra inmerso el discurso y el público a quien se dirige el mismo.

Lo anterior deriva de las teóricas constructivistas en modelos de educación. Los postulados parten por reconocer el contexto social del individuo y desde allí reconocer su principal interés y por consiguiente establecer los insumos para su enseñanza pertinentes con base en el entorno (Vygotski, Cole, & Luriiia, 1996). Así mismo, la categoría de *organizadores anticipados* (Ausbel & Novak, 1976), permite determinar con base en los presupuestos históricos, la elaboración del catálogo de derechos a salvaguardar.

Esto significa que los derechos pueden ser considerados como expectativas sociales que se crean y modifican de acuerdo con el contexto social, por ello Dworkin (2012) se refiere a los mismos como triunfos políticos en manos de los individuos, donde la indagación sociológica permite hacer alusión a elementos adicionales al derecho. Al interior de esta perspectiva, los derechos humanos o derechos morales se fundamentan en los principios de autonomía, inviolabilidad y principio de dignidad de la persona.

#### ▪ 1.1.1.4 Utilitarismo

El contractualismo al que previamente se ha hecho alusión es opuesto al utilitarismo, cuyo máximo representante a Jeremías Bentham (1996) . El término «*utilitarismo*» aparece en el año 1863 en la revista *Frazer's Magazine*, hace parte de la tradición inglesa y tiene su fundamento en la intersubjetividad que se produce en los procesos de socialización de las personas, en los desarrollos sociales, políticos, económicos y culturales (Mena Lloreda, 2016, p. 69), por lo cual se opone a una mirada universalista y naturalista de los derechos del hombre. Duros críticos de la Revolución francesa y la metafísica, estuvieron inspirados por autores como Comte y Hobbes.

Bentham sustenta su teoría en una visión del hombre como un buscador de felicidad y que evita el sufrimiento (la visión dual de placer-dolor), por lo tanto los derechos no son preexistentes al hombre sino que son un producto social y se justifican por el principio supremo de utilidad (Papacchini, 2003, p. 207). No obstante, Bentham se manifestó en contra de las declaraciones inglesas y francesas de derechos humanos por considerarlas inútiles, por lo cual es criticado en su postulado al afirmarse que la felicidad resulta una

ficción conceptual y en tal sentido podía servir a múltiples usos ideológicos (García, 2001, p. 7).

Tales postulados son cuestionados desde la corriente abolicionista de la criminología en la protección penal de ciertos derechos. En efecto, se discute el modelo de selección de los derechos por el derecho penal con base en su utilidad, primero porque el crimen no se trata de una realidad ontológica sino que se trata de una decisión política legislativa y segundo, porque, el poder punitivo es una expropiación medieval del derecho de las víctimas (Larrauri, 1998). En consecuencia, se definen los bienes jurídicos con los que se alcanza una presunta felicidad, desde la posición ideológica que conceptúe su selección.

Precisamente la teoría utilitarista de los derechos se contrapone a las teorías naturalistas y racionalistas dado que pretende encontrar una justificación no metafísica de los derechos humanos, una fundamentación que no provenga meramente del campo de la retórica (Mena Lloreda, 2016, p. 69). Bentham propone que la existencia de derechos sociales sólo se da gracias a la interacción de los individuos, es decir, es posible solo como producto social, lo que se justifica desde el principio de utilidad: «(...) los placeres del intelecto, derechos y libertades pueden provenir del utilitarismo»(Mena Lloreda, 2016).

Dentro de la corriente utilitarista también se encuentra John Stuart Mill. Este desarrolla un pensamiento que rivaliza con el de su maestro Bentham mediante tres argumentos: 1) No existe felicidad completa, 2) Hay placeres superiores e inferiores y 3) las personas deben actuar no buscando la felicidad propia sino la de los demás, por lo cual es un argumento de corte moral (Mena Lloreda, 2016, p. 73). Así mismo Mill intenta fundamentar el utilitarismo utilizando el empirismo, «(...) tratando de eliminar el egoísmo para edificar [la teoría] sobre el carácter social del hombre» (Mena Lloreda, 2016, p. 73).

Para desarrollar su nueva fundamentación recurre a una teoría de la sanción, la que debe ser impuesta por el Estado y que consistía en la distinción en la importancia de los diversos placeres por parte de los jueces competentes de aplicar las referidas (Mill, 2006), corrientes

teóricas adoptadas por la dogmática penal y la implementación de la política criminal en el proceso selectivo de los bienes jurídicos a salvaguardar.

Mill fue el primero en usar la expresión *derechos morales*, estimando a la libertad como derecho de mayor relevancia, especialmente la de pensamiento y expresión, para la interacción social. Esta definición surge de la distinción entre placeres morales y placeres intelectuales, siendo estos últimos los que dan contenido a los derechos morales. El utilitarismo de Mill amplía la concepción de la felicidad benthamiana y es denominado como de carácter altruista, en cuanto advierte la posibilidad de sacrificar el placer privado ante el interés público, oponiéndose a la versión individualista de Bentham, bajo la cual la felicidad individual se identifica con los intereses de la humanidad (Mill, 2006).

#### ▪ 1.1.1.5 Neocontractualismo

En continuación del orden propuesto encontramos al neocontractualismo. Este cuestiona al utilitarismo, como fundamento para la protección de los derechos humanos, porque se exige el sacrificio de alguno de ellos para la protección de otro/s. De allí que la teoría de la justicia de Rawls (Rawls, 2012) haga referencia a los derechos con fundamento en la libertad, de modo que esta no puede ser sacrificada en torno al bien común, sino únicamente si se hace por ejercer otra libertad de carácter individual.

El carácter neocontractualista está marcado por la concepción de justicia de Rawls, donde las instituciones políticas, económicas y sociales se encuentran delimitadas por los valores democráticos de la modernidad. Su fundamento es la cooperación social y para la definición de derechos se parte del concepto de *bien*, como aquello que al ser considerado como bien común resulta importante en los proyectos racionales, siendo el disfrute que acompaña al hombre en el logro de sus objetivos lo esencial allí (Henríquez, 2011, p. 102).

En ese sentido, se adscribe también a la teoría Kantiana de no observar al individuo como un instrumento y estima que al tener el sujeto un carácter de libertad, su aspiración máxima será su capacidad racional-moral. Para sustentar esto, Rawls hace uso del denominado velo

de ignorancia, bajo el cual se coloca al individuo en una situación en la que desconoce su posición en la sociedad. de modo tal que tenga una aproximación imparcial y justa de lo que requiere. Se acepta la igualdad de los sujetos y solamente puede ser admitida la desigualdad, si se recae en un beneficio al sujeto más vulnerable dentro de una sociedad. La igualdad no es ontológica sino es producto de la construcción de la identidad pública.

▪ 1.1.1.6. Teoría Historicista

Por último, se encuentra la teoría historicista, conforme a la cual los derechos humanos no son innatos al hombre y se derivan de cada contexto histórico. Lo que significa, primero, que son históricos, variables y relativos; y segundo, que son de origen social, es decir, el producto de la evolución social (Fernández García, 1982, p. 93). Se trata de una percepción deontológica de los derechos humanos. En este enfoque teórico se encuentra Hegel (2012), que emplea la dialéctica para contrariar las teorías de iusnaturalismo racionalista.

Así, para esta corriente, la explicación de la reclamación de derechos por parte de los individuos no obedece a la razón, sino que, en continuación de las teorías del romanticismo, las acciones humanas obedecen a la pasión, a la expresión máxima de la libertad. Por esto para Hegel existe un primer hombre que vivió al principio de la historia y que tenía una capacidad de libertad, pero que a partir del ejercicio de esta se vuelve autoconsciente cuando en la búsqueda de alimento y sus sustentos básicos busca el reconocimiento de otros hombres y en ese mismo sentido reconoce a los demás (Richard Mullender, 2012, p. 46). Entendiéndose así, a los derechos como necesidades que el hombre busca satisfacer al ampliar su ámbito de actuación.

De manera que el Estado es la libertad concreta, porque la individualidad personal -y los intereses que ello incluye- tiene pleno desarrollo en el sistema de la familia y la sociedad civil. Para la realización y efectiva existencia de los derechos se toman tres momentos: la libertad, la utilidad común y la legislación, siendo el primero -como se ha referido- el sustrato de todo derecho, es decir, la libertad individual. El segundo, la utilidad, que

relaciona al individuo como uno de carácter social que ejerce la libertad en el marco de las interacciones sociales. Finalmente, para el pleno ejercicio de la libertad debe establecerse su contenido y limitación a través de la Ley (Bourgeois, 2003, p. 80).

Así mismo, puede hallarse dentro del historicismo la visión marxista, sobre la cual debe advertirse cierta contradicción. Al referirse a los derechos humanos, como se pasará a exponer, en un primer momento, Marx los ataca al considerarlos como un modo de reproducción del sistema en *La Cuestión Judía* (Marx, 2004) y *La Ideología Alemana* (Marx & Engels, 1974). No obstante, cuando se refería a los derechos de asociación y de los trabajadores como en *Miserias de la Filosofía* (Marx, 1987), manifestaba un amplio interés y legitimaba los derechos de los empleados frente a la explotación burguesa (Atienza, 1982).

En ese orden, en el texto *Sobre la Cuestión Judía*, precisa explícitamente que los derechos humanos no son otra cosa que los derechos de miembros de la sociedad burguesa, es decir del hombre egoísta, separado del hombre y de la comunidad (Marx, 2012, p. 31). Se pone de manifiesto la conocida contrariedad del pensamiento marxista hacia la sociedad burguesa, que en últimas era la que había promovido la promulgación de cartas políticas de derechos. De allí partían los cuestionamientos al reconocimiento y elaboración de los derechos humanos.

Con la anterior conclusión se pretendía significar que los derechos se convertían en instrumentos al servicio de la clase burguesa, para construir una sociedad a su imagen y semejanza, en la que los no propietarios eran relegados a una clase inferior (de Pisón Cavero, 1997, p. 80) y se mantenían las relaciones de egoísmo, en cuanto a que la libertad dentro de cada uno de los derechos era para actuar en el mismo marco de la individualidad de estos, aspecto al cual no se atiende en la perspectiva criminológica pues se revierte la condición de los derechos y se reconocen para su protección desde el derecho penal.

Los elementos de individualidad y el egoísmo se convierten en el eje central de la definición de libertad como ideología. El derecho de mayor importancia de acuerdo a Marx es la libertad personal, que se trata del derecho a disfrutar libremente, pero dentro de ciertas

condiciones, (fuerzas de producción y las formas de intercambio en cada caso) (Marx & Engels, 1974, p. 35).

A partir de este fundamento, los teóricos contemporáneos se han referido a los derechos humanos como construcción cultural, en el sentido de establecer pautas y lineamientos de conducta. Se denomina teoría crítica a la intención de asumir los derechos humanos atendiendo a tales discordancias y por ende cuestionar el propósito de inamovilidad de algunos de los derechos, refutando las ideas iusnaturalistas de los derechos como inherentes al ser humano, al resaltar que más de la mitad de la humanidad vive al borde de la miseria y la supervivencia (Herrera Flores, 2005, p. 36).

Bajo tal argumentación, puede afirmarse que la principal controversia para las teorías marxistas consiste pretender un concepto universal de los derechos humanos. Al reconocerse una diferencia fáctica al interior de la humanidad (condiciones económicas y culturales) el fundamento que se les da a los derechos es en virtud de la razón y la propia creación del Estado moderno, que bajo un mismo criterio evalúa las acciones de la sociedad, estigmatizando aquello que no proviene de la misma razón. En el ámbito contemporáneo no se aprecia como deseo la eliminación de la categoría de los DDHH, sino su comprensión desde el denominado *relativismo relacional* (entendido como el reconocimiento de la pluralidad y de la multiplicidad de propuestas y reacciones culturales).

De tal manera que debe precisarse, que la universalidad puede ser observada desde tres perspectivas diferentes, en razón de: su titularidad (se considera que se aplican para todos los individuos); de la temporalidad (si se tratan de derecho válidos en todo momento); y de un plano espacial (aquél que se refiere a su aplicación en todo el contexto geográfico) (Peces-Barba, 1994, p. 615). Se cuestiona cómo puede ser vista esta característica, bien como un punto de partida o como un punto de llegada, siendo la primera acepción desde la cual se observan a los hombres como libres e iguales desde su nacimiento y bajo la segunda en la cual se reconocen las diferencias y se aspira a obtener tales condiciones de igualdad a través de la imposición de la moralidad básica.

- 1.1.1.7. Factores comunes de los derechos desde las corrientes filosóficas y su impacto en la criminología.

En conclusión, las teorías filosóficas sobre el fundamento de los derechos humanos convergen en los postulados que fungen como base de estos. Independientemente de la corriente filosófica, o el tiempo en que se desarrolló, todas precisaron a la libertad y a la dignidad como piedra angular de los derechos. Estas diferentes perspectivas consideraron ciertos factores como esenciales para elaborar el catálogo de derechos que deben ser reconocidos al hombre, bien de manera ontológica o bien de forma jurídica. Sin el ejercicio de la libertad y la transversalidad de la dignidad no existen derechos humanos.

También se observa la necesidad de reconocimiento de los derechos de los individuos, aunque no sea de forma jurídica. Se trata de precisar cómo los derechos son parte de la interacción social y cómo son los que garantizan que la sociedad se interrelacione y tenga obligaciones internas que promuevan el orden al interior de ella. Por lo que puntualizar sobre su reconocimiento hace a su vez que se determine la importancia de protección de los mismos.

Por ello, a lo largo del acápite se reiteró, por diferentes corrientes teóricas, la importancia del derecho. Desde teorías iusracionalistas, hasta las teorías positivistas, consideraban que la protección jurídica, como garantía del ejercicio de los derechos, era esencial. La discusión se encontraba en si era necesaria su consagración para su reconocimiento y en su imposición como atributos sobre los individuos. Los derechos no eran tales por estar descritos en la norma necesariamente, pero si era importante determinar cómo el derecho podía efectuar acciones en caso de vulneración de estos.

Sobre tales críticas, se puede observar la importancia de la definición del individuo o el ser humano. Comprender quién es sujeto de derechos hace parte de comprender cómo y a quién se le garantizan estos, crítica que realiza la teoría marxista y las teorías críticas, en cuanto la

pretensión de universalidad desconoce la pluralidad existente en el mundo y en consecuencia son empleados como instrumento de poder y de homogenización de los grupos sociales.

### **1.1.2 Elementos políticos en la creación de los DDHH.**

Atendiendo a las bases filosóficas, y continuando con el orden planteado, la discusión acerca de los derechos humanos se presenta dentro de un contexto social y político, que implica una visión dependiente del suceso y la época en que este ocurre, con una repercusión directa en la definición de la política criminal a partir de los postulados criminológicos, cualquiera que sean. Destáquese que bajo la metodología planteada, la criminología se caracteriza por ser multidisciplinar y en ese sentido, para su concreción requiere la fundamentación que a continuación se reseña.

Inicialmente, los derechos se consideraron como una necesidad para la existencia y garantía de la dignidad de la humanidad como se valoró filosóficamente, pero ¿por qué representan una necesidad básica para un conjunto de sujetos? La respuesta preliminar es: porque se presenta como un acuerdo de parte de la cultura occidental con la pretensión de universalizar la naturaleza humana, como aquella que puede ser conocida por medios racionales, y en la cual la dignidad del individuo es absoluta e irreductible (Santos, 1998a, p. 67).

Por lo anterior, se afirma, que en general, las teorías de los derechos humanos han tendido a justificar acciones de dominación. Hugo Grocio (1925) justificaba las políticas marítimas de Holanda en territorio africano; Thomas Hobbes pretendía limitar a la monarquía absoluta inglesa; John Selden legitimaba la posición inglesa sobre el dominio de los mares; y, más adelante, John Locke justificaría la revolución de 1688 (Spector, 2001, p. 10) el inspiraría la independencia de los Estados Unidos y la primera Carta de derechos. De esto se puede concluir, de modo prematuro, el vínculo entre las teorías y el momento histórico político en el que han surgido y su uso para el cambio político dentro de la sociedad.

De modo que el eventual consenso, junto con los sucesos mundiales que determinan el orden geopolítico, se entendían como los factores por los cuales se aceptaba la calificación de derechos de acuerdo con una generación. Una vez culminada la segunda guerra mundial, la preocupación de occidente se encontraba en garantizar los denominados derechos de primera generación, proceso que igualmente ocurrió en los países latinoamericanos al finalizar las dictaduras. Presupuestos que también se aceptaban desde la criminología clásica, para la definición del acto delictivo y el delincuente, como el infractor del acuerdo social.

En ese sentido, para considerar la perspectiva política y la influencia de los hechos políticos y sociales más importantes en la elaboración de los derechos humanos, se deben considerar diferentes dimensiones. La primera es la relación entre la soberanía y la existencia de un catálogo internacional de derechos. En segundo lugar, la percepción de los derechos como herramienta de poder de parte del Estado o de un grupo como protección de minorías; y finalmente, cómo se elaboran los instrumentos legales dentro de la construcción de un sistema de valores, atendiendo a la relación con el fenómeno de la globalización.

En la primera parte se encontrarán las discusiones referentes a la creación de derechos como límite del poder estatal, pero de otro lado la injerencia de un discurso de carácter internacional en las decisiones del Estado, tal y como ocurre frente a la intervención del Derecho Penal Internacional. Así, se indaga cómo se concilia o justifica la interferencia en la soberanía, con el establecimiento de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y, por supuesto, con los Tribunales que toman decisiones sancionatorias para los Estados o sus individuos.

En la segunda parte, se relata cómo los derechos, en principio, se consideraron -y se emplearon- como un mecanismo para reivindicar las principales necesidades sociales. También, fueron utilizados como un elemento con el cual se promoviera la protección de un grupo social que bien podía ser calificado como minoría o como uno al que se le había negado el acceso a ciertos derechos, respecto del grupo hegemónico.

En la tercera parte, se analizan los derechos humanos como un sistema de valores que han sido impuestos, la forma en que estos han llegado a serlo, y las divergencias derivadas de la intención de universalizar un único sistema de derechos humanos. En este aspecto, tendrán gran importancia el fenómeno de la globalización, el propio catálogo de valores que esta implica y el sistema que con dicho proceso se impone.

Finalmente, se advierte que la existencia de los derechos humanos por sí misma es cuestionable, y no existe una pretensión de eliminar la categoría, sino de observarla críticamente. Además, se observa, cómo pueden ser conciliados los diferentes sistemas regionales, económicos y políticos para procurar el respeto de ciertos derechos humanos, en aras de la convivencia social.

- 1.1.2.1. Relaciones internacionales como política criminal: la violación a derechos humanos traducida en elaboración de los crímenes internacionales a partir de la limitación de la soberanía.

En ese orden, desarrollando el primer punto agendado, debe recordarse que según Habermas (Habermas, 1997, p. 65) los Estados manifiestan su soberanía en dos vías: externa e interna. Por la primera, se entiende la capacidad de un Estado de afirmar frente a los demás su independencia, y por la segunda, la capacidad de mantener la paz y el orden en el propio interior, apoyado por el monopolio de la fuerza. En ese sentido, corresponde analizar lo referente a la soberanía externa, y como los Estados se manifiestan ante otros en el marco del derecho internacional y de protección de derechos humanos. Para ello se aborda el desarrollo del derecho internacional y la transformación del concepto de soberanía nacional.

El hecho histórico, que marca el origen del derecho internacional público en la modernidad, es la Paz de Westfalia de 1648, donde se establecen los fundamentos de lo que en la actualidad se entiende por derecho internacional, referidos principalmente a la soberanía y el derecho a la no intervención en los asuntos internos. Este tratado de paz dio fin a la guerra de los treinta años, en aquella época en donde los Estados emergentes de Europa pretendían

modificar las coronas, interviniendo en los asuntos internos, para mejorar su posición dentro del concierto internacional.

El poder debe estar limitado por reglas que contengan los medios para la garantía y ejercicio de los derechos, tales límites, además de definir el ámbito del poder, lo subordinan. Contrario a lo ocurrido en la revolución francesa en el marco de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la postura de la Iglesia Católica se manifestó en una perspectiva más abierta y dispuesta a la protección de los derechos. Se consideraba que los horrores del nazismo, que al finalizar la guerra se pusieron al descubierto, y que dieron origen a la DUDH, no podían ser de ningún modo legitimados porque la inexistencia de derechos como límite del poder había demostrado las arbitrariedades a las que podía llegar el grupo dominante.

En este evento, que sería considerado por la criminología como el *crimen del siglo*, se evidencia el uso político de cierta realidad para la definición jurídica de bienes esenciales ya no para el ser humano sino para la humanidad. Pues tal y como se relata por Wayne Morrison (2011), la colonización belga o el exterminio de los armenios de parte del Imperio Otomano no se distanciaba de los horrores Nazis, solamente que el evento político permitió su puesta en la agenda del concierto internacional.

A pesar de lo anterior, la limitación al poder estatal presenta una dicotomía en su discusión. De un lado, el debate respecto de la injerencia del discurso de *derechos humanos* en el Estado como imposición e intervención de la soberanía. De otro lado, la consideración de generalización como un factor para la restricción de hechos, como la limpieza étnica basada en la existencia de fronteras físicas o construidas social, religiosa o políticamente. Muestra de ello, son las primeras declaraciones, como la francesa o la americana, que atendían a un espíritu nacional, pero que con la construcción del orden mundial desdibujaron la soberanía en muchos aspectos y la orientaron a interactuar en el marco del derecho internacional.

Respecto del primer debate, la Carta de Naciones Unidas establece en el numeral 1 del artículo 2: “*La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos*

*sus Miembros*". En desarrollo de tales principios se encuentra la *Declaración Sobre Los Principios De Derecho Internacional Referente A Las Relaciones De Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad Con La Carta* (Resolución 2625 del 24 de octubre de 1970). Con tal disquisición normativa se precisa la imposibilidad de un Estado o grupo de Estados de hacer injerencias en las decisiones de algún Estado o de ejercer coacción a través de presión económica, estableciéndose el llamado *principio de no intervención*.

Así mismo, se establece lo concerniente a la igualdad de los Estados frente a la comunidad internacional, y el deber en "igualdad" de respetar a los demás Estados. Sin embargo, advierte que nada de lo dispuesto sobre la soberanía puede afectar el *mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*. Con base en esta última afirmación, la construcción de un orden internacional en el que se pretende la consolidación de una comunidad terminó realizando una injerencia en la precitada soberanía. Esta afirmación no significa *per se* que sea cuestionable, sino que las decisiones de los Estados ceden frente a la elaboración del derecho internacional. Así quedó establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

**"El derecho interno y la observancia de los tratados.** Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado."

Al valorar la soberanía, el derecho internacional o la imposición de obligaciones internacionales respecto de la protección de derechos -como los denominados derechos humanos- se reafirma al derecho internacional como uno de carácter relativo. El relativismo del derecho internacional se refiere precisamente a la contradicción de que la existencia del derecho internacional (y las obligaciones adquiridas por los Estados) dependen de su propia voluntad o aceptación (cuando su voluntad está mediada por los factores de injerencia política y económica), lo que deberá considerarse en los lineamientos de la política criminal internacional que atiende en últimas a las relaciones internacionales.

Adicionalmente, se justifica la existencia de obligaciones internacionales para el Estado, con fundamento en la necesidad de salvaguardar a la humanidad de ciertos daños. La Corte Internacional de Justicia ha precisado que un Estado tiene obligaciones *erga omnes*, hacia la comunidad internacional, y, en ese mismo sentido, tiene derecho a reclamar ese respeto de parte de los demás Estados. Igualmente, ha dicho, que tales obligaciones provienen de la prohibición de agresión, genocidio y violación de derechos básicos (Corte Internacional de Justicia, 2016, p. 24).

La significación de lo humano implicó nuevos cuestionamientos y estudios sobre la naturaleza de los sujetos. En esta discusión, sobre lo que es o no humano, en últimas lo que define y se protege como humano, depende desde la perspectiva que se valore. En una concepción democrática el hombre tiene la capacidad de darse normas a sí mismo y, en consecuencia, de discernir y deliberar (Pulido, 2010, p. 131). Estas capacidades son aquellas que desde la teoría democrática se consideran relevantes para denominarse *derechos humanos*, máxime cuando la CPI se instituyó para la protección de la humanidad en su conjunto.

- 1.1.2.2. Las conquistas sociales que derivaron el reconocimiento de derechos humanos.

Continuando con el orden indicado, la segunda parte corresponde al análisis de los derechos humanos como reivindicaciones de grupos sociales minoritarios. Contrario al concepto de algunas corrientes filosóficas, sobre los derechos como inherentes al hombre, la dimensión política los considera herramientas usadas por grupos sociales y políticos, fundamentos también aceptados por la criminología. Por ejemplo, las cartas de derechos humanos de Inglaterra, Francia o Estados Unidos son conquistas sociales. Partiendo de reivindicaciones sociales que permitieron el acceso a algunas prerrogativas.

Así mismo, luego de la segunda mitad del siglo XX, se ha procurado la expansión de derechos creando categorías como los derechos del niño, de la mujer o del refugiado (Prado D, 2007). Tales ganancias en términos sociales han tenido efecto directo en la construcción y limitación de la política criminal, de modo que las reivindicaciones significaron una nueva

elaboración de crímenes y limitaciones al poder punitivo. En consecuencia, los derechos no solo son un factor de dominación, sino que se han considerado como una categoría de protección atinente al desarrollo progresivo de la especie humana.

La DUDH también se puede afirmar que estuvo permeada por ideas de grupos minoritarios. Por ejemplo, fue influenciada por las ideas feministas del siglo XVIII, referenciadas por Eleanor Roosevelt, que en últimas fue una de las mayores promotoras de la realización de una declaración. Bajo su concepción, pretendía que se realizara una generalización de la especie humana como objeto de protección y no con la segregación de género que había preexistido. Lo anterior, no desconoce el articulado de la Declaración, también excluye a otros grupos sociales, aunque no sean las mujeres como tal.

El surgimiento de la Declaración se dio al finalizar la segunda guerra mundial y durante los comienzos de la denominada *guerra fría*. En este contexto, la pretensión de determinar qué derechos eran comunes a la humanidad, o cuáles podrían consagrarse en una declaración *universal*, implicaba tener el consenso de las dos potencias para ese momento. La existencia de empresas públicas, las negociaciones estatales entre sindicatos y compañías, así como los procesos de descolonización promovidos por Estados Unidos, establecieron los parámetros para el diseño de un programa de carácter general, pero protector del ser humano.

Sin embargo, no es dable afirmar que los países occidentales estaban preocupados por la protección de los derechos de los individuos como tal. Por ejemplo, es claro que los campos de concentración Nazi no fueron objetivos militares, ni de indignación por parte de los aliados durante la segunda guerra (Morrison, 2004). La Declaración fue producto de la necesidad de resolver el caos de la post guerra en Europa, la persecución de alemanes por parte de los judíos y la propagación del tifus en todo el continente. La DUDH fue un fenómeno surgido para establecer un orden de acuerdo con los intereses de los vencedores, conforme al orden geopolítico dispuesto al finalizar la guerra.

Por ello, en respuesta a la pretensión universalizadora de parte del mundo occidental, surgió en el contexto jurídico la Declaración de los Derechos Humanos en el islam en 1990. Producto de la 19ª Conferencia Islámica se promulgó la denominada Declaración del Cairo, en la cual surgía un consenso de parte de los países musulmanes y surgía un documento en discrepancia de la DUDH. Ya en 1948 frente a la DUDH el ulema pakistaní al Maududi había señalado:

*“Legislation in an Islamic state will be restricted within the limits prescribed by the law of the sharia. The injunctions of God and his Prophet are to be accepted and obeyed and no legislative body can make any alterations or modifications in them or make any law contrary to them”*(Maududi, 1976, p. 9).

Sin embargo, con ocasión de la postura político-religiosa se dejaron plasmados los cuestionamientos al acuerdo. El representante para Irán, Mr. Khorasani, al referirse sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa, indicó que la Organización de las Naciones Unidas era un cuerpo secular y la DUDH un instrumento secular, que permitía al imperialismo, bien de oriente o de occidente, saquear las riquezas de los países de tercer mundo y expandir organizaciones en contra de la paz y de la fe religiosa. Ello a partir de la ambigüedad que daba el término religión en el PIDCP, y con lo cual se etiquetaba a musulmanes -fieles a sus principios- como fanáticos o extremistas (Asamblea General Naciones Unidas, 1981, par. 10 ss.).

La consagración islámica de derechos (en un documento más o menos jurídico) no se trata de una pretensión social. Contrario a lo que en su mayoría han representado las conquistas de requerimientos de carácter socioeconómico. a través de las declaraciones de derechos de la humanidad. Para los musulmanes, se trató de una elaboración medianamente consensuada, a través de la cual se pudo contraponer y hacer evidente la diferencia entre la DUDH y la concepción -desde su dimensión organizativa- de lo que se entendía para ellos como derechos. Por ejemplo, la libertad religiosa que se promueve a través de la DUDH es contraria a lo que se consagra de parte de los grupos musulmanes, sin que exista posibilidad (desde una visión tolerante) de cuestionar que su perspectiva sea correcta o errónea.

De forma diferente se pronunció Adama Dieng, representante de la FIDH-CIJ ante la Comisión de Derechos Humanos, que al referirse a la DDHI criticó la constante remisión a la *sharia* por estar relacionada con los textos sagrados del islam, así mismo la discriminación hacia los no musulmanes y las mujeres y la restricción a ciertos derechos fundamentales, acompañada de sanciones relativas a castigos corporales (Consejo Económico y Social, 1992, pp. 17-22).

Adicionalmente, la Liga de Estados Árabes<sup>8</sup>, fundada en El Cairo en 1945 por Egipto<sup>9</sup>, Irak, Líbano, Arabia Saudí, Siria, Jordania y Yemen del Norte, estableció la Carta de Derechos Árabes, en la que se rechazó el racismo y el sionismo como una violación a los derechos humanos. Aspecto sobre el cual Israel manifestó su inconformismo por equiparar el sionismo al racismo. Con esto se mantiene el carácter religioso de la carta de derechos y se reitera la armonía que los Estados árabes exigen entre los derechos y la *sharia*, específicamente al referirse a los derechos de las mujeres y su trato bajo la Ley divina.

De tal suerte que al analizar la selección de derechos desde una dimensión criminológica se va develando la toma de posición de un sector y la exclusión de otro. Así, no sería dable afirmar que si el derecho penal internacional se instituyera desde una visión islámica tendría los mismos derechos como humanos y de especial protección. Justamente la observación divergente de la consagración de los derechos y la definición de estos desde su concepto, revela los dilemas frente a la universalización o estandarización del concepto de DDHH, más aún frente a su selección como bien jurídico dentro del derecho penal.

<sup>8</sup>Además de sus fundadores hacen parte de la Liga: Libia, Sudán, Marruecos, Túnez, Kuwait, Argelia, Emiratos Árabes Unidos, Bahrein, Catar, Omán, Mauritania, Somalia, Palestina, Yibuti y Comoras.

<sup>9</sup>En 1979 Egipto fue expulsado por firmar un tratado de paz con Israel. En 1989 Egipto fue nuevamente admitido en la Liga luego de restaurar las relaciones diplomáticas con los líderes de los Estados árabes.

- 1.1.2.3. La creación de un sistema de valores a través de los derechos humanos con efectos en la configuración del derecho penal.

Respecto del tercer punto planteado, se tiene que los derechos humanos, desde una dimensión política, son definidos como un sistema de valores que pretende ser impuesto a la sociedad. La vía diplomática es un mecanismo empleado para la protección de los derechos humanos. Sin embargo, el ejercicio de dicha vía contraviene la visión de una aceptación voluntaria de parte de los Estados. Desde una dimensión criminológica, es el proceso de creación de conciencia de una única moral humana.

Los procesos de internacionalización han traído consigo la presión de los Estados con mayor poder sobre aquellos que no tienen una visibilización en la comunidad internacional. La división internacional del globalismo se caracteriza porque los países centrales se especializan en los localismos globalizados, mientras que a los países periféricos les es impuesta la alternativa de los globalismos localizados (Santos, 1998b, p. 57).

En otras palabras, frente a la imposición y práctica de los DDHH se impone una discrepancia discursiva. Los Estados con influencia política y económica en el concierto internacional pretenden imponer sus propias prácticas a nivel mundial y de otra parte los Estados que no tienen el mismo peso político y económico, les son impuestas estas formas de globalización, conforme al interés de los países centrales.

El resultado de la práctica de la vía diplomática, y el ejercicio de presión política y económica del primer grupo de países, implica una forma diferente de interacción entre los Estados. Dicho proceso deriva en un proceso de diferenciación y segregación geográfica y política en el marco de la internacionalización. Los Estados más pequeños quedan sometidos al imperio de la voluntad de los más grandes, legitimándose su actuar en la toma de una decisión “voluntaria” dada por el actuar de la acción diplomática.

Esto significa, bajo la misma línea de Boaventura Souza, que existe una confrontación entre los conceptos modernos occidentales, como los derechos humanos, y la lucha por modos de

identidad comunitaria y cultural (Santos, 1998b, p. 73). En la actualidad, resultan cada vez más difícil de reivindicar los fenómenos comunitarios y culturales, ello debido a la pretensión de universalidad y legitimidad que se ha impuesto sobre los derechos humanos; e incluso, gracias a la inflación del catálogo de derechos, que hace que estos no necesariamente sean protegidos, sino que se amplíe el proceso de hegemonía jurídica y política.

Sin embargo, la división y clasificación de los individuos, que se consideran como sujetos de derecho, ha permanecido históricamente. Por ejemplo, la influencia de Locke en la garantía de derechos, aunque loable, se dirigía a los hombres europeos propietarios, excluyendo a las mujeres, junto con criados y asalariados de ambos sexos que no eran titulares de derechos (Donnelly, 2011, p. 15).

Con base en ello, se puede señalar cómo la fundamentación política de los Derechos Humanos implica su interrelación con el poder y, en consecuencia, su propia limitación, que en últimas depende de la organización política en los cuales se pretenda su ejercicio y garantía, de manera que se pueden concebir como la cristalización histórica de una concepción moral (Peces-Barba, 1986, p. 226), lo que se evidencia en la consolidación de un estudio criminológico.

La sociedad, de acuerdo al modelo que espera realizar, determina la moralidad y los valores que deben ser realizados para la consecución de los fines del Estado. Por lo cual, la organización social, y el cómo se admiten los derechos, depende de la propia interacción social, en la que los individuos -en el marco de la asociación para la convivencia, cooperación y la propia existencia social- ceden ciertos intereses individuales para procurar lo que se haya denominado por cada organización social como *bienestar común*.

Así, en la definición de los crímenes contra los derechos humanos, se puede afirmar que no sólo son fruto de contextos sociales e históricos, sino que su juzgamiento posterior se encuentra también condicionado, social e históricamente, por el contexto heredero de la crisis que los precipitó (Szczaranski Cerda, 2004, p. 34). Dependen del sistema de valores

impuesto. El surgimiento y reclamo de derechos estuvo marcado por el derecho a la propiedad (y la reivindicación de esta) como uno de los valores principales para las sociedades que iniciaban su proceso de industrialización.

En esa misma línea argumentativa se encuentran los postulados de MacIntyre y Charles Taylor. Los derechos, bajo su percepción, son contextuales, instrumentales y ficciones, en tanto responden a la moral de una determinada sociedad y, en consecuencia, se aceptan por determinada comunidad, lo que implica su relatividad. Son instrumentales, porque la libertad concedida por los derechos es de naturaleza negativa y hace que el individuo se sienta autónomo, cuando en realidad se halla inmerso en una relación de sometimiento a las condiciones de moralidad. Igualmente, son ficciones, al ser formas creadas dentro de un modelo social para la determinación del hombre que, previo a su reconocimiento formal, no podía referirse a su existencia como tal (García, 2001).

MacIntyre refiere los problemas frente a la determinación de la moralidad y el emotivismo, en tanto los juicios morales no son nada más que expresiones de preferencias, expresiones de actitudes o sentimientos, en la medida que posean un carácter moral o valorativo (MacIntyre, 2004, p. 23). Lo anterior, lleva nuevamente al cuestionamiento, entonces, de la comprensión de los derechos humanos como un sistema de valores, pues depende, del significativo que se imponga a determinado valor y la relevancia dada al mismo, que se concluya en incorporarlo como un derecho y aún más, que pueda ser protegido penalmente.

Así mismo, al cuestionar y criticar la moralidad que parte de la emotividad, este autor relaciona el uso de los derechos como ficciones morales con el contexto gerencial contemporáneo, es decir, la pretensión de eficacia sistemática en el control de ciertos aspectos de la realidad social (MacIntyre, 2004, p. 104). Dicho aspecto resulta relevante en tanto se adapta al discurso empresarial y económico que se ha impuesto desde la década de los 90, además se ajusta a la neutralidad aparente de quien ocupa el personaje de gerente, pero que en últimas ejerce acciones de dominación.

Los derechos humanos internacionales son la forma más común de la moralidad universal, es la moralización de la política (Douzinas, 2008, p. 15). En consecuencia, el cuestionamiento está dado por la puesta del discurso de los derechos humanos como un lugar común, en el sentido de imposición, en el que el adjetivo *común* es la predisposición de la humanidad y los derechos en razón de la naturaleza humana, sin considerar las diferencias, por lo cual también se observa como un lugar cerrado al que se es capaz de acceder sólo en la medida en que se acepten las condiciones referidas. Tal pretensión no puede ser únicamente juzgada en la contemporaneidad, sino que la intención de universalizar ha existido a lo largo de la historia de la humanidad (Fukuyama, 2006).

La intención de universalizar y denominar los *derechos* como *comunes*, resulta paradójica frente a la Declaración del Cairo, de los Derechos Humanos en el islam o de la Carta Asiática de Derechos. Se establece, por ejemplo, en el preámbulo del documento islámico, que la comunidad de creyentes del islam es la que tiene un papel civilizador y que ha sido instituida por *Alá como la mejor comunidad*. Así mismo, considera como fin último- parecido a occidente- reafirmar la libertad y el derecho a una vida digna, pero que debe ser en consonancia con la *Sharía Islámica*<sup>10</sup>. Es más cuestionable cuando declaraciones de derechos como la de EE. UU. se remontan a los fundamentos de libertad e igualdad bajo la creencia en Dios.

La intención de moralizar la política se revela en la presión de los Estados de dirigir su discurso en torno a la salvaguarda de los derechos. También, el efecto de promulgar instrumentos de protección de parte de los Estados puede ser por el efecto de desencadenamiento o de contagio, en razón de la necesidad de alinearse con el resto del mundo (Alles & Egger, 2016, p. 54), como ocurre con las decisiones tomadas por parte del continente asiático en la elaboración de cartas de derechos humanos.

<sup>10</sup> Norma establecida por los hombres para el comportamiento de la sociedad de acuerdo a los parámetros dados por Alá y en consecuencia El Corán al grupo social. Se trata de un cuerpo normativo islámico, en el que también están las reglas para el culto, acciones permitidas y prohibidas (en los aspectos alimenticios, económicos, políticos y morales). Es una legislación civil, penal y de dirección del Estado.

En una estrecha relación con la imposición de los derechos humanos, como un sistema de valores occidentales, se encuentra el proceso de globalización. Otro elemento que permite considerar el fundamento político de los derechos humanos y su consecuente protección, a través de instrumentos internacionales, hasta el establecimiento de una Corte Penal para su protección, se encuentra en la existencia de la globalización como elemento político, económico, comunicativo y organizacional del mundo, elemento que se toma a favor en el marco de la investigación para dar una definición que revierte el carácter dominante y procura su protección.

De manera que la paradoja del derecho internacional se confronta con las mecánicas propias de la política estatal. Por un lado, se presenta a las Naciones Unidas -y todos sus instrumentos de derechos humanos- como una manifestación de unificación, y por otro, las diferencias entre las sociedades, los grupos sociales y los Estados en la consecución de sus objetivos, como se ha indicado, son evidentes. En últimas se trata de una «sociedad global estratificada»(Habermas, 1997, p. 76).

Bajo tal perspectiva, los derechos humanos, como parte del derecho internacional, se presentan como un instrumento de legitimación y dominación. Una vez fueron promulgadas la Declaración, los Pactos y los Convenios de derechos humanos, los Estados quedaron en la obligación de adoptarlos para ajustarse al mundo civilizado que promovía la protección de los derechos. De manera que la comunidad de derechos se convirtió en una universalidad imaginaria (Douzinas, 2008, p. 14). Pues los ajustes hechos por los Estados quedaron supeditados a la formalidad y totalmente contrariados a la realidad.

De manera que, los derechos dejan de ser vistos como un propósito estatal, para convertirse en un costo adicional. De hecho, son los Estados donde esos derechos no son plenamente respetados - los más proclives a firmar compromisos para la protección de derechos humanos (Alles & Egger, 2016, p. 45). Tal fenómeno se da por el condicionamiento señalado y porque al no estar dispuestas las condiciones para garantizar los derechos, la inversión destinada a su protección incrementa, dejando de ser conveniente para los Estados

procurar la garantía de los derechos. Fenómeno del que surge el concepto de *Estado Fallido* y que será considerado por la dogmática del derecho penal internacional para la intervención de la Corte.

De manera que el uso del discurso hegemónico de los derechos humanos como instrumento de dominación puede ser observado en las relaciones internacionales, donde se impone a los Estados la adopción de medidas o tratados para el respeto y garantía de los derechos para la obtención de beneficios económicos. Por ejemplo, es paradójico que, con posterioridad a la Declaración más importante sobre la protección de derechos humanos, hayan existido el mayor número de víctimas producto de la diferencia económica, la segregación, los genocidios y las masacres alrededor del mundo.

▪ 1.1.2.4. ¿Cómo reconocer el discurso de los derechos humanos desde la criminología?

Sin embargo, la posición política respecto de los derechos humanos no es en sí misma una de mera censura. Zaffaroni, en su obra *La Palabra de los Muertos*, por ejemplo, no rechaza el carácter político de los derechos humanos, pero lo admite desde una visión positiva, en el sentido de tratarse de un grado de conciencia más o menos universal que constituye una *ideología programática para toda la humanidad*. En consecuencia, al ser un programa, se debe realizar para la transformación social. Esto quiere decir que la aceptación política de los derechos, en aras de su protección, requiere una perspectiva de protección consensuada.

Efectivamente, los derechos humanos se tratan de construcciones sociales. Empero, aceptar lo anterior no es degradar su naturaleza, por el contrario es entenderlos como un medio para que no se analicen de manera neutral, en cambio sí, para que se entiendan en un contexto y un sistema de valores específico (Flores, 2007). Su comprensión amplia y extendida, más allá de las disposiciones jurídicos, permite que su comprensión y elaboración de programas sean de mayor alcance e incluso de mayor respeto para los miembros del conglomerado social.

En tal sentido, la transformación social, a la que se hace referencia, es precisamente el enfoque que se construye respecto del orden social. La consideración de un «orden social» o de un «bienestar general» no se admiten como conceptos únicos e inamovibles, sino que permite cuestionar el hecho de que los articulados de los instrumentos internacionales no se materializan como universales, por la visión segmentada que hasta ahora han tenido, siendo un privilegio de pocos *humanos*. Por lo que el objetivo del programa transformador consiste en observar el mundo *al revés*.

Por lo que se acepta el cuestionamiento de Bobbio (1991) acerca de la indagación por los fundamentos de los DDHH. De qué sirve la fundamentación si no se practican, si es constante su violación y su disposición a las relaciones de poder. Es inevitable cuestionarse cómo existen hechos igual de reprochables al nazismo, como los procesos de colonización, esclavitud, la división de la naturaleza humana y su definición en razón a prácticas evolutivas, y que hayan sido aceptados y legitimados a partir de diversos discursos. De modo que la pretensión de universalidad y la verdadera práctica permiten afirmar su construcción contextual y meramente discursiva.

De modo que, bajo una perspectiva política de las relaciones internacionales contemporáneas, es indudable la selección de ciertos tipos de derechos e injusticias para enfatizar en unos y devaluar otros (Donnelly, 2011, p. 12). Por ejemplo, existen hechos violentos en contra de grupos sociales que son calificados como delitos locales, pero que bajo ciertas circunstancias pueden ser elevados a violaciones a derechos humanos y, en consecuencia, tratarse de delitos internacionales. La selección de estos -en términos jurídicos y políticos- se basa en aquello que se considere que afecte el orden social y político internacional.

De modo, que al analizar tales contextos fácticos y su respuesta jurídica, se acude a la perspectiva criminológica. De modo que conforme al discurso de los derechos humanos se analice su proceso selectivo en el derecho penal para su protección jurídica. Develando, una intención de establecer violaciones que implican el ejercicio del poder para su consumación, en el marco de la denominada sociedad plural de Baratta.

Es así como surge el término de *crímenes de lesa humanidad* y, como fue referido, derivan en una categoría de superioridad en términos de obligaciones estatales, de la que surgen diferentes acepciones. En principio no se consideraban como delitos, aquellos ordenados legalmente por órganos del Estado y que eran ejecutados bajo la ayuda de incontables miembros de organizaciones, funcionarios, hombres de negocio y personas privadas (Habermas, 1997, p. 71).

Sin embargo, bajo una definición más amplia, son aquellas violaciones de derechos humanos, que ocurren desde el poder, sin que necesariamente sea estatal. De ahí surge la importancia del derecho que trasciende la soberanía estatal. De un lado porque es el Estado como encargado de salvaguardar derechos y suscribir acuerdos internacionales, y de otra parte, suele vincularse en la violación de los mismos. En principio, el Estado regula los comportamientos que considera delictivos y en ese orden, él mismo los persigue; empero al vincularse en un sistema internacional, cede su soberanía para aceptar conductas que son reconocidas como punitivas, por la comunidad internacional. Tales hechos, se reconocen así, porque interviene el ejercicio del poder, que aunque no provenga del Estado si está apoyado por este.

Es con todo esto que no se admite un consenso mundial en los términos de la DUDH, pero sí se acepta la necesidad de proteger los derechos de las personas. Imponiendo los derechos la característica de ser fragmentarios, en cuanto la reducción de cualquier régimen político debe tener como límite lo aceptado como derechos humanos. Se acepta que son un límite para el poder estatal y también una ampliación para la intervención, en lo que concierne a su pleno ejercicio.

Por ello, de las discusiones planteadas a lo largo del acápite, se tiene, por un lado, que los derechos humanos en principio fueron producto de reivindicaciones sociales, pero terminaron siendo usados como discurso dominante; y, por otro, que se niega categóricamente la posibilidad de seguir considerando la clasificación generacional de estos.

De estas dos afirmaciones se puede concluir que los derechos humanos desde la perspectiva política no son entes jurídicos, sino que son procesos en sí mismos.

La consideración de los derechos humanos como procesos, implica que son cambiantes y que se establecen de acuerdo con el sistema de valores que esté dispuesto. El sistema de valores, como se refirió, depende en consecuencia del contexto hegemónico de división social, sexual, étnica y territorial. No es posible pretender a los derechos como una verdad absoluta que no admita contrarios, porque al hacerlo, la universalidad degrada lo contextual, cultural y político y, en últimas, deriva en la intolerancia y violación masiva de derechos.

En este sentido, si se adopta la concepción liberal del individuo desde el aspecto político, se determinan unos derechos como más importantes que otros en la interacción del individuo con la sociedad. Por su parte, en el contexto actual se ve desde la teoría global una percepción neoliberal del individuo y, en ese mismo sentido, se han enmarcado sus necesidades. Sin embargo, considerando una perspectiva crítica, como se ha indicado, se evalúan los requerimientos del sujeto para ejercer las facultades que su contexto cultural, político, jurídico, histórico, económico y social, el factor de la consideración relevante de ciertos derechos frente a los individuos, de forma desigual.

En definitiva, la división de los seres humanos ha sido histórica y por ende la idea del surgimiento de una humanidad compartida, que dio a los individuos derechos sociales y políticos básicos, no se encontraba en la antigüedad, ni en el medioevo, ni en la actualidad (Donnelly, 2011, p. 14). Por ello, se tratan simplemente de la selección de necesidades para el establecimiento de un orden social y político y en consecuencia se seleccionan como principales aquellos que responden al modelo político predominante. No es solamente una discusión ética, sino política. La protección de los derechos humanos se ha convertido también en política de los derechos humanos y esta, como toda política, es selectiva y discriminadora.

### **1.1.3 Fundamento Jurídico para la selección de los DDHH como bienes de protección del DPI.**

El análisis de la fundamentación filosófica y política de los derechos humanos permite apreciar las tensiones en torno al discurso de los derechos humanos. Existe una aceptación sobre los derechos humanos en el entendido de que se trata de un concepto, que, si bien no es consensual, es predominante en el mundo contemporáneo. En dicho contexto es necesario precisar cómo la positivización de los derechos, o de los presupuestos éticos o morales, toma especial relevancia para su consideración, legitimación y prácticamente asunción sin disquisición alguna. Por ello, en este acápite se abordan los procesos histórico-jurídicos que influyeron en la positivización de los derechos humanos y más adelante en su protección penal.

Considerando que se han establecido diferentes instrumentos en forma de catálogos, con los presupuestos internacionales como límite y alcance del ejercicio del poder de los Estados - respecto de sus asociados en diferentes épocas de la humanidad- se tiene que la creación jurídica de los derechos humanos es producto de las fundamentaciones referidas (filosófica y política) y no en sentido contrario.

La construcción de los instrumentos jurídicos resulta trascendental en el análisis de derechos humanos. Esta fase se reconoce como el momento de transición entre la etapa teórica y retórica de los derechos naturales, y el periodo de consagración y protección normativa de la lista de derechos allí referidos. Se trata de la fase en la que los derechos adquieren un papel protagónico en la normativa y en la política internacional. Su consagración, como eje central para los Estados como límite y fundamento, permiten vislumbrar no solo su importancia para las naciones, sino su incidencia en el concierto internacional.

Habitualmente se asume la DUDH de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas como el punto de partida en la implementación y adopción de garantías para su protección de parte de los Estados, aunque en el Tratado de Versalles, Sección 2a, artículo 427 ya se

hubiera hecho relación a las garantías laborales de los empleados. Y fue solo hasta la década de los 70 cuando la frase “*derechos humanos*” se convirtió en una de uso común y retórico (Cruft, Liao, & Renzo, 2015, p. 2). Hoy se puede afirmar que este elemento discursivo se ha convertido en uno distintivo del siglo XX y que permanece en la conformación y transformación de la sociedad contemporánea, a pesar de hechos como la reticencia de países como Estados Unidos a procurar su protección durante la década de los 80 cuando estaban en vigor las dictaduras latinoamericanas.

Existen diferentes catálogos que hacen alusión a la salvaguarda de derechos considerados fundamentales para el ser humano. En lo concerniente al derecho penal internacional, no solo se observa la Declaración Universal como una de las bases de persecución de los horrores de la Segunda Guerra, también a los pactos elaborados previamente por los nacientes Estados. Acuerdos que, además de incluir la garantía de algunos derechos, promovía el respeto por la soberanía y autonomía territorial.

Así, se puede encontrar que las fases de elaboración jurídica de los instrumentos antes mencionados pueden ser divididas de esta manera: una primera época ,como reivindicaciones de grupos sociales en el marco de las revoluciones burguesas; la segunda fase con la terminación de la segunda guerra mundial, enfocada a la universalización y creación de una conciencia generalizada por los horrores de tal conflicto; y por último, una tercera fase que persiste en la actualidad, iniciada en los años sesenta, donde se procuraba el desarrollo del bienestar socio económico de la población y la protección de los derechos de ciertas minorías.

En relación con la primera fase, es menester decir que generalmente los derechos han sido elaborados a través de la historia como el reclamo de parte de un grupo social a aquel que se encuentra en el poder. En 1215 la Carta Magna, en aras de garantizar la libertad y la seguridad a los súbditos, controlaba el poder absoluto del monarca y obligaba a que ciertas materias, especialmente las referidas a impuestos, fueran ejecutadas previa consulta con el *Commune Consilium*. En este *consilium* inicialmente participaron los nobles y luego los representantes de la ciudad, especialmente mercaderes conforme se transformaba la

economía (N. González, 1998, p. 36). La labor consistía en controlar los actos del monarca para evitar su arbitrariedad.

No obstante, la reivindicación de peticiones y derechos eran presupuestos de protección de la naciente burguesía ante el poder despótico. El caso de tal requerimiento social es visible en la expedición de la Carta Magna (1215), la declaración de derechos de Virginia (1776) y la Declaración de Derechos del Hombre (1789) y el Ciudadano en Francia.

Con cada proceso reivindicatorio se han establecido en un documento pragmático algunos derechos que se reconocen a la comunidad. Por ejemplo, con la Revolución Francesa, la Declaración de derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789; en Estados Unidos, la Declaración de Derechos de Virginia en 1776. La última mencionada señalaba: *“Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y poseen ciertos derechos inherentes a su persona, de los que, cuando entran a formar parte de una sociedad, no pueden ser privados por ningún convenio, a saber: el goce de la vida y libertad y los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y conseguir la felicidad y la seguridad”*. Esta declaración refleja un acercamiento a una visión de los derechos desde la perspectiva iusnaturalista.

Respecto a la segunda fase, se encuentra que durante la segunda guerra mundial el término de derechos humanos había estado más que ausente y con posterioridad a la primera guerra, en la Liga de las Naciones, se había hecho alusión únicamente a los derechos de los trabajadores y las minorías. Con la experiencia trágica de la guerra se acordó que no bastaba la incorporación de derechos en instrumentos nacionales, sino que debía redefinirse el concepto de soberanía y extenderse la protección de los derechos de la humanidad. De manera que, las lógicas políticas y las confrontaciones bélicas y no bélicas derivaron en un desarrollo normativo en el derecho internacional para la protección de derechos humanos.

Las discusiones acerca de la soberanía como se indicó en el acápite precedente han sido parte de la interacción de los Estados en el contexto del derecho internacional. En

Conferencia de Viena, al referirse a las diferencias culturales y el respeto por la no intervención en el derecho nacional, el representante de Irak, Shibib Al Maliki, advirtió:

... El concepto de derechos humanos devino en un arma efectiva en las manos de países que poseen medios de influencia y presión que no poseen otros, medios empleados para llevar a cabo intereses egoístas en vez de intereses y objetivos comunes. Reafirmamos el derecho a la soberanía, independencia e integridad territorial y nacional... (Salvioli, 1997).

La elaboración de derechos humanos vinculantes por los Estados tuvo un inicio más o menos exitoso en 1948. Así, la comisión encargada de realizar el enlistamiento de los derechos humanos estuvo conformada por 18 miembros representativos de 51 Estados miembro de las Naciones Unidas. Concluyó su labor el 10 de diciembre de 1948 cuando se sometió a votación y fue aprobado el proyecto por 48 votos, con la abstención de la Unión Soviética, Arabia Saudí y Sudáfrica.

En la realización de la Declaración había un interés más o menos generalizado de parte de los Estados. Dentro de los países más interesados en su aprobación, además de los europeos, que habían sufrido los horrores del nazismo, se encontraban los Estados africanos y latinoamericanos<sup>11</sup>, que estaban en conflicto. Tales Estados vieron con el establecimiento normativo de los derechos humanos la posibilidad de que se iniciara una etapa de respeto por su obligatoriedad y vinculatoriedad.

La elaboración de la lista de derechos, así como su protección, se basó en los instrumentos previamente elaborados, como la ya mencionada Declaración de Virginia y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Estas influyeron en la DUDH, con la intención de mantener una dimensión naturalista respecto de los derechos y el hombre, que como se advirtió han sido altamente cuestionados. Esto es verificable en la DUDH en la que

<sup>11</sup> Sin embargo, en el comité de 8 miembros creado al interior de la Comisión de Derechos Humanos en el que se encontraba Eleanor Roosevelt, el único país latinoamericano era Chile.

se consagra en el preámbulo: «*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*». Asimismo, en el artículo 1: «*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.* »

De la misma manera, el preámbulo de la Carta de Naciones Unidas de 1945, que anticipaba la conformación de diferentes instituciones internacionales y que se convertiría en el fundamento de los instrumentos y medios de protección de los derechos humanos. Dicha declaración evidenciaba el reconocimiento de la humanidad de los sujetos, con ciertos valores intrínsecos a ellos y en los cuales se establecía como límite la dignidad, la libertad y la igualdad de los seres humanos. Aunque, como se ha advertido, tal reconocimiento se realizaba bajo una visión selectiva y segregadora.

Ahora bien, ya con la Declaración de 1948, se avanzaría en la inclusión de derechos que previamente no habían sido tomados en cuenta por los documentos normativos antes expuestos. Ejemplo de ello eran los derechos de carácter social y económico. A pesar de que su introducción en un instrumento internacional estuviera mediada por las discusiones políticas y económicas de la posguerra, sería la Unión Soviética la que promoviera la inserción de derechos laborales y sociales, y que por ende se intentara una cierta satisfacción de los Estados<sup>12</sup> en sus requerimientos.

Con la anterior inclusión de derechos -como los laborales. se evidencia que, si bien se planteaba un sentido de la dignidad desde la teoría iusnaturalista, también se defendía que esta existía si estaba mediada por la satisfacción de condiciones mínimas para el ejercicio de los derechos básicos en circunstancias determinadas, que permitieran comprender que a su vez eran dignas para las personas. En efecto, las corrientes filosóficas influyeron en llenar

<sup>12</sup> No se puede negar la influencia de la Unión Soviética en la elaboración de la DUDH, pero cabe recordar que finalmente, se dio sin el voto de aprobación de esta.

de contenido a conceptos como los derechos y la dignidad, considerada la base y fundamento de los derechos.

Asimismo, se tiene que, desde una definición jurídica, los derechos humanos pueden ser considerados como derechos subjetivos. Se reflejan, por un lado, como una posición respecto de los individuos y su posibilidad de exigencia frente al Estado o frente a otros, pero igualmente son subjetivos en razón de la disposición en la norma, es decir, de su consagración normativa válida (Pulido, 2010, p. 123). La acepción de los derechos desde tal subjetividad reitera la posición kelseniana respecto de estos y el derecho internacional.

Explicado lo anterior, y pasando a la tercera fase de positivización de los derechos, que se dio en la década de los 60, se halla que una de las razones para su desarrollo es la intención de verificar y evaluar el Estado en el que se encontraba la salvaguarda de los derechos, veinte años después de la Declaración Universal; otra razón, es la necesidad que los países persistían en elaborar instituciones jurídicas con las que se pudiera robustecer la protección de los derechos.

Con el paso del tiempo, la mención sobre los derechos humanos iría transformándose hacia una mayor expansión en términos de territorio y de materias a proteger. En los 70 se discutía si los derechos podían ser una política extranjera apropiada, luego, para finales de los 80 sólo pocos Estados tenían políticas explícitas de derechos humanos, pero hoy, los derechos humanos son un estándar de la diplomacia bilateral y multilateral. De modo tal que se ha aceptado la legitimidad de la DUDH, como fue referido en la Proclamación de Teherán de 1968, al expresar que: *“La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional”*.

Muestra de esta expansión son: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Sin olvidar que, inspirada en la DUDH, se creó la Convención Europea de Derechos Humanos en 1950, con la cual se manifestaba un sistema de protección de carácter regional al que luego le

seguiría la Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969 y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981.

Por otra parte, no se puede desconocer el desarrollo de otros instrumentos normativos que no correspondían a la lógica del desarrollo occidental. Como se había mencionado, producto de los países islámicos surgió la DDHI de 1990 y la Carta Árabe de Derechos Humanos, que puede decirse fue aprobada en dos momentos: en 1994, sin efecto alguno; y en mayo de 2004, entrando en vigor en 2008, después del depósito de la séptima ratificación<sup>13</sup>. Bajo este instrumento se reiteró la vida digna, basada en la libertad, la justicia y la equidad, como en la DUDH; y se mantuvo la importancia de la religión islámica en la implementación de principios como la fraternidad, igualdad y tolerancia.

Como se refirió en el aparte sobre el fundamento político, la CarDH condena el sionismo y el racismo por tratarse de una forma de violación a los derechos humanos y los tratados de paz y seguridad. En este aspecto, se atendió a la invasión territorial (en lo concerniente a Palestina) y la importancia de la religión en la determinación de las conductas de mayor gravedad. Sin embargo, así como la DUDH, en su artículo 1 la Carta Árabe establece que los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados.

Como en Latinoamérica y Europa se previó la institucionalización de un ente que se encargara de la vigilancia del cumplimiento de la Carta Árabe. El Comité de Derechos Humanos fue previsto en la Carta con el fin de que pudiera elaborar informes y presentar recomendaciones ante el Consejo de la LEA. Así mismo la Organización de Cooperación Islámica, con la Comisión Permanente Independiente de Derechos Humanos, recibe denuncias individuales, realiza investigaciones y formula recomendaciones sobre las situaciones de derechos humanos en los países miembros de la Liga Árabe.

<sup>13</sup> Los primeros siete países que la ratificaron fueron: Emiratos Árabes Unidos, Palestina, Siria, Libia, Bahrein, Algeria y Jordania.

Hasta ahora, se ha revisado cómo los Estados tomando como ventaja la ocurrencia de algún hecho relevante han intentado diseñar instrumentos con un alcance internacional en la protección de derechos humanos. Para ello, se verificaron las primeras declaraciones sobre derechos y cómo la concepción de humanidad, en términos jurídicos, adquirió relevancia en el concierto internacional. Igualmente, se ha valorado cómo el contexto histórico ha influido en la determinación de qué derechos son merecedores de encontrarse en instrumentos internacionales.

Con la tercera fase de positivización de los derechos la igualdad fue reivindicada nuevamente. Se elaboraron las Convenciones sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación racial (1965); la relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (1960); la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979). Con estos instrumentos jurídicos se focalizó la protección de los grupos sociales en específico, de manera que se reconociera su trato igual con énfasis en la defensa que merecían dichos colectivos por haber sido relegados con anterioridad y tratados en forma desigual.

También, a lo largo de los instrumentos señalados se hace una especial mención a la paz como derecho de la humanidad. Se concibe a *la paz* como derecho y valor supremo que le compete a las personas, los Estados y a toda la humanidad- Así es referido por la Asamblea General de Naciones en la DUDH, en la *Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz de 1978* y reiterado en 1984 y 1986. Producto de las revisiones permanentes de los medios para proteger derechos y reducir su violación en el mundo, 1986 fue declarado el *Año de la Paz*.

En relación con este derecho, como perteneciente a la humanidad en su conjunto, en 1992- atendiendo a la finalización de la Guerra Fría- se emitió un informe de parte del Secretario de Naciones Unidas donde se precisaron los conceptos de establecimiento, mantenimiento y consolidación de la paz.

La consideración de la paz como un derecho de la humanidad, que por ende requería de reconocimiento internacional, incidió directamente en el derecho penal internacional. A pesar de que desde la configuración del derecho internacional se ha procurado la coexistencia pacífica de los Estados, fue en los tribunales de Núremberg y Tokio cuando se asignó responsabilidad individual por afectar la paz de la humanidad. Así mismo, en los trabajos preparatorios siempre se hizo alusión a los crímenes en contra de la humanidad y la paz y finalmente en el Estatuto, se dejaría señalada la agresión como crimen, aunque solo fuera en 2012 en la Conferencia de Kampala donde se delimitara su tipificación.

Con lo anterior, se tiene que los instrumentos jurídicos internacionales -bien de carácter universal o regional- tienen como factor común en la jerarquización de derechos: la superioridad de la dignidad, libertad, igualdad y la paz. De lo que se comprende la limitación que se realizó por parte de la CDI en la elaboración del Estatuto de Roma. Ello sin desconocer que la protección de derechos humanos, al basarse en el presunto consenso estatal sobre los diferentes instrumentos internacionales, ha omitido cómo el discurso ha sido empelado en diversas vías y se han permitido violaciones masivas a derechos humanos, violaciones que, como se ha advertido, en general provienen del poder y se legitiman incluso empleando técnicas de neutralización, tales como la culpabilización de la víctima.

Por ello es importante resaltar, que la justicia penal internacional, surgió presuntamente con el fin de garantizar el respeto de los derechos humanos y perseguir sus violaciones (Ubah & Nwebo, 2015, p. 42). De modo que la intención de los anteriores estuvo dirigida a que las violaciones de derechos humanos no quedaran en la impunidad y la responsabilidad recayera, no sólo en el Estado, sino de igual forma se responsabilizara los sujetos, como se describió por primera vez en Núremberg y se reiteró en el preámbulo del Estatuto de Roma. Sobre los derechos que se protegen penalmente en el plano internacional, de acuerdo a los argumentos teóricos referidos, se tiene como factor común que serán aquellos que tengan una vinculación directa con la dignidad, libertad e igualdad de los individuos y que se enmarquen en la vulneración de la paz del grupo social, afectando al conjunto denominado *humanidad*, aspecto sobre el cual se crea un bien jurídico de trascendencia para la comunidad internacional.

De todo lo anterior, se puede concluir que los instrumentos jurídicos, antes analizados y mencionados, convergen en caracterizar a los derechos humanos como: universales, inalienables, imprescriptibles e inviolables. La universalidad, con orígenes en el humanismo laico, se determinó en oposición a la particularidad o lo relativo. Según Peces-Barba (1994b, p. 515), esta característica es valorada desde una triple perspectiva: una racional, uno temporal y uno espacial. La racional hace referencia al hecho de que recae sobre todos los seres racionales y en consecuencia son todos los hombres titulares de derechos. La dimensión temporal implica que son válidos en cualquier momento histórico. Y el plano espacial alude a que los derechos no tienen límite, ni geográfico, ni cultural.

▪ 1.1.3.1 La observación criminológica de la selección de los bienes jurídicos en el DPI

En principio los derechos humanos, nacieron en virtud de un presunto consenso, como producto de la confluencia de condiciones políticas e históricas en la sociedad, como fue señalado. El intento de homogenizar -a través de los DDHH- se aceptó por parte de la Comunidad Internacional bajo el fundamento de que los seres humanos poseen derechos inherentes en un plano de igualdad. La instauración jurídica de los derechos y su protección por esta vía correspondió, en últimas, a la coincidencia de una antropología básica resumida en la condición de persona, o sea, de un ente auto determinable y portador de conciencia moral. Aspecto sobre el cual, la criminología refirió la alianza de los excluidos y precisó *«La alianza de los hombres con la naturaleza, por último, es incompatible con una concepción antropocéntrica del mundo.»* (Gorski, n.d.).

A la violación de derechos a los seres racionales (titulares de estos) se le puede catalogar como crímenes de lesa humanidad, dependiendo de la categoría que se le imponga a un derecho. Afirmación que reitera la investigación de carácter reflexivo. Una vez analizado el concepto jurídico y sociológico, en la definición de derechos humanos, se advierte que no todas las violaciones a estas pueden ser consideradas delito y menos crímenes de lesa humanidad. Por el contrario, se excluyeron algunos derechos de esa protección, así, de

acuerdo con el Estatuto de Roma, solo algunas trasgresiones al amplio catálogo de derechos humanos fueron señaladas como los crímenes más graves en contra de la humanidad.

En ese sentido, se han puesto de presente todos los cuestionamientos y discusiones entorno de los derechos y la consideración de la relación entre el poder y estos. Los primeros debates correspondieron a su uso para justificar la intervención en la autonomía y soberanía de los Estados, así como, para unificar la concepción occidental de los derechos. No obstante, puede ser empleado para dismantelar los procesos de colonización, controlar y limitar las prácticas de los Estados poderosos (o no) y dirigirlos hacia la efectiva garantía y protección.

Para ello, debe indicarse que, conforme a lo previamente esgrimido, no puede ser aceptada la universalidad de los derechos como concepto único y absoluto. Por el contrario, los derechos se caracterizan por ser relativos de acuerdo con los estándares de dignidad, ya que, si bien pueden ser reducidos a la dignidad, esta se halla mediada por los diferentes procesos y contextos que hacen que su valoración de parte de las comunidades sea aceptada en modo distinto, lo que indudablemente repercute también en la exigibilidad de parte de los ciudadanos hacia el Estado.

Bajo esta orientación, referirse a la dignidad humana se contrapone a los discursos colectivistas de la seguridad nacional o la soberanía. Aceptar la dignidad como un derecho que es inherente a los seres humanos, y que en consecuencia debe ser resguardado para toda la especie humana a través de la garantía del ejercicio de otros derechos, no se ubica en la misma vía del orden global, en el que las prácticas políticas, militares y económicas develan cómo existe una valoración desigual de los seres humanos. Por una parte, se reconoce la existencia y necesidad de protección de los derechos de algunos, pero ignorando deliberadamente las violaciones de derechos de otros seres humanos.

Innumerables ejemplos del trato desigual existen en el globo terráqueo. Dentro de los trabajos adelantados por Morrison (2009), se explica (a través de una investigación realizada en los diferentes museos del mundo dedicados al recuerdo de crímenes atroces)

cómo se manifiesta el dolor y sufrimiento de ciertas víctimas en guerras y genocidios, pero se dejan de lado aquellas que han sufrido iguales o peores vejámenes. Los derechos son humanos en la medida que son calificados como seres humanos ciertos individuos de acuerdo con el ejercicio y la propia definición de quien detenta el poder.

También son relativos porque no hacen parte de la naturaleza humana y no pueden ser aplicados en todo tiempo y lugar, precisamente porque su aplicación es diferente teniendo en cuenta los ámbitos culturales. Razón por la que se reafirma que no tienen un carácter ontológico y que, si bien el Estatuto de Roma podría enmarcarse desde una visión positivista, lo cierto es que el preámbulo manifiesta un fundamento construccionista en el que -a partir de la observación de fenómenos sociales (holocausto, genocidio en Ruanda y Yugoslavia)- elabora el cuerpo jurídico para la tutela penal.

Igualmente, es relativa la garantía o disfrute de los mismos, por las propias condiciones que ofrece el Estado y el contexto nacional, lo que significa que dependerá de la fortuna del lugar de nacimiento. De allí que haya una repercusión en el derecho internacional en cuanto a las expectativas que se generan por parte de la comunidad al interior de la nación, con el agravante que no puede reducirse la solución de la protección a la educación, ya que existen países donde no hay un entrenamiento en derechos humanos a los funcionarios públicos y otros donde este es exhaustivo pero el resultado sigue siendo el mismo, en relación con la violación de los derechos.

La evidente diferencia entre Estados se refleja en el proceso que determina el derecho penal internacional. Desde una situación hipotética, si hoy la justicia penal internacional decidiera, a través de la Asamblea de Estados Partes o con las decisiones judiciales (empleando la flexibilización de los principios del derecho penal), ampliar el catálogo de crímenes y se hiciera alusión a la imposición de ciertas condiciones de vida donde se restringen derechos humanos (mal llamados de segunda o tercera generación), los problemas políticos sobre la Corte incrementarían. Por ejemplo, deberían hacerse responsables a los máximos dirigentes de los Estados europeos por la crisis humanitaria derivada de la presencia de refugiados que

afronta el viejo continente. Esto para ratificar la condición política y dominante de la selección de derechos humanos para la protección a través de la norma penal.

Establecer el concepto de los derechos humanos implica la aceptación de la humanidad como un conjunto o conglomerado, sin reconocer que puede ser una fracción de esta la que determina lo que se quiere o se aspira de la generalidad. Es admitir que, aunque son un conjunto en sí mismo, no es uno homogéneo, sino que se construye a partir de las propias diferencias el concepto de *humanidad*, que a su vez es histórico, pero no lineal. El derecho penal internacional protege los derechos de la humanidad desde una doble dimensión, primero los de los sujetos considerados seres humanos en sentido individual y los de la humanidad como sujeto en sí mismo.

#### **1.1.4 Fundamento criminológico de los Derechos Humanos**

El derecho penal internacional -regulado a través del Estatuto de Roma- establece las máximas violaciones a los derechos humanos como tipos penales, entre ellos, los crímenes de lesa humanidad. En el subcapítulo anterior se ha reseñado la fundamentación de estos (los derechos humanos), con el fin de determinar los criterios tomados en cuenta para la selección de los derechos de mayor relevancia, merecedores de protección penal.

Así, se pudo concluir que los derechos seleccionados comparten características comunes en su objeto y modo de protección. Con base en los criterios encontrados, se tiene que para que un derecho pueda ser considerado como de máxima relevancia, en el derecho penal internacional, se requiere que tenga relación con la dignidad, libertad, igualdad y la paz, factores comunes de los fundamentos ya señalados. Derivando en el hecho de que los derechos tienen las cualidades de universalidad, inalienabilidad, inviolabilidad e imprescriptibilidad.

En la criminología crítica, autores como Lolita Aniyar, Rosa del Olmo, Alessandri Baratta, Swannçingen, Frank Pearce han cuestionado la elaboración de la categoría de crimen y los

daños producidos por quienes detentan el poder. Igualmente, procura una investigación desde una visión multidisciplinaria que permite elaborar un diálogo entre las disciplinas jurídicas y sociológicas en un mismo plano para la definición del contexto. Así, en la primera parte se analizan los principios materialistas (tales como el de historicismo, que reconoce el desarrollo de la sociedad con base en contradicciones, el de actividad, que admite la configuración de la sociedad como relaciones sociales y el de partidismo que acepta la relación entre los intereses y la interacción social) que develan la construcción del concepto de delito, como reflejo de los intereses del poder, para luego reseñar qué se ha dicho frente a los crímenes de los poderosos.

Aunque existan hechos que no se enmarquen como violaciones a DDHH, las actuaciones que son denominadas como afectaciones a derechos humanos son aquellas provenientes del poder, bien sea económico, político, estatal o incluso religioso. De allí que se haya adoptado la concepción de Pearce, de *crímenes del poder*. Elemento que también se admite desde la legalidad pues la Corte Penal Internacional conoce de crímenes que sean graves violaciones a los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En otras palabras, que tengan la entidad suficiente para socavar la dignidad de los seres humanos y que afecten la llamada conciencia de la humanidad.

En ese sentido, acuñar el término de gravedad, se encuentra relacionado con los sujetos a investigar. En efecto, a través de la Oficina del Fiscal, la CPI manifiesta la intención de perseguir a los individuos que se determinen como los *máximos responsables* de la comisión de los crímenes. Lo anterior, para ratificar, que existe una relación entre los crímenes del ER y el ejercicio del poder, máxime ante la difícil posibilidad de que ocurran desde agentes sin poder. Al respecto, valga precisar que la conceptualización jurídica de la categoría de responsabilidad no se limita a la superioridad jerárquica, sino a su intervención o contribución determinante, como se establece en el artículo 25(3)(d) del Estatuto de Roma.

Considerando lo anterior, resulta pertinente hacer una valoración de las violaciones de derechos humanos desde la criminología. Al respecto, se atiende a una perspectiva crítica que, de un lado, acepta la existencia de los derechos humanos y los acoge favorablemente

para su protección; y de otro lado, amplía la dimensión investigativa acerca de los crímenes que son cometidos desde el poder en el contexto internacional.

▪ 1.1.4.1. El crimen como construcción discursiva del poder

Para determinar qué conductas pueden ser analizadas como crímenes, desde la criminología se parte por comprender la conceptualización del crimen. La definición de este, tradicionalmente ha sido limitada a la selección de comportamientos que son penados con una sanción específica por parte del derecho penal, sin embargo tal concepción no ha sido aceptada por parte de los criminólogos (Morrison, 1997, p. 10). Analizar la significación de un delito desde la criminología crítica es indagar por los actores que intervienen en ella y el proceso por el que se determina que una conducta es o no un crimen. En otras palabras, se atiende al proceso de reflexión política en el que el principio dialéctico sobre la interacción de los intereses y las relaciones sociales, son determinantes en la construcción discursiva de la conducta punible.

Por lo mismo, la criminología ha diferenciado el delito de la conducta desviada. La primera categoría se entiende como la selección de comportamientos que quedan delimitados dentro la norma penal; el segundo aspecto se refiere a acciones que, aun cuando sean equiparables fácticamente a los delitos, quedan por fuera del derecho penal. Significa entonces que las explicaciones criminológicas de la conducta no tienen que limitarse a la punibilidad misma, sino que tienen que incluir las experiencias científicas en el marco de la investigación sobre la desviación (Ascender & Muñoz Conde, 1989, p. 52). Lo que significa para la presente investigación, no solamente considerar los crímenes de los poderosos por su señalamiento en el Estatuto de Roma, sino atender a su proceso de validación por la aplicación jurídica a través de la investigación procesal.

La significación de la conducta delictiva en consecuencia parte por el mismo modelo de sociedad. A partir de la consideración de la relación entre el sistema económico y la criminalidad, se estableció el denominado paradigma de las *teorías conflictivas* (Baratta,

1984). Bajo tal arquetipo, el sistema jurídico penal se entiende como una expresión de los intereses de quien detenta el poder y que existe en el sentido de influir en los procesos de criminalización. Para elaborar la conceptualización del crimen en el marco de la sociedad del conflicto, las teorías se fundamentan en el materialismo histórico de Marx y la concepción de la estructura social de Engels.

Una vez debatidos los modelos de integración y consenso social, la sociedad como una de carácter conflictivo puede ser observada desde dos corrientes: de una lado, la que percibe el conflicto como motor de la evolución y el desarrollo social, y que a su vez puede ser manejado dentro de la continuidad político-social establecida; y de otro lado, la que considera que el problema de dominación no puede ser manejado desde la continuidad, sino que debe ser abordado a través de una ruptura social que sea llamada revolución (Sandoval & Vidaurri, 2002, p. 165).

Así, se tiene que las características de las teorías del conflicto son:

- a. La relación que existe entre el proceso de criminalización primaria, consistente en la selección y definición que hace el poder, de ciertos bienes jurídicos, que sirven para proteger sus intereses; y el proceso de la criminalización secundaria, referido a la elección que hace el mismo poder para castigar solo a algunas personas.
- b. La dependencia funcional entre el proceso de criminalización que ejerce el poderoso y la consecuencia del comportamiento criminal que se atribuye al dominado, en la dinámica del conflicto presente en la sociedad.
- c. La naturaleza política que tiene, en su origen, todo el fenómeno criminal (Sandoval & Vidaurri, 2002, p. 166-167).

Sobre el primer aspecto, se verifica el proceso selectivo a través de la clasificación de derechos humanos, que desde la perspectiva epistemológica ya planteada hace referencia al proceso político de creación. Lo anterior en directa relación con el tercero, pues se trata de reafirmar que el origen y conceptualización del hecho punible depende de los intereses a salvaguarda de aquellos que se consideran dominantes.

Ello en relación directa con el segundo aspecto, pues en el concierto internacional adquiere especial relevancia la clasificación entre el centro y la periferia. Así, los países de la periferia dependen funcionalmente de las potencias dominantes y estos últimos establecen sus intereses que generalmente corresponden a unos de orden político y económico. De donde deriva el contexto en el cual se elaboran medidas de control a través de instrumentos como el derecho penal internacional.

Para comprender la conflictividad al interior de la sociedad se requiere apreciar a la organización social desde una visión macro sociológica. Según Baratta, (1986, 149) dicha perspectiva se basa en comprender que la reacción social pasa de las estructuras paritarias, de los pequeños grupos y de los procesos informales de interacción, a las estructuras generales de la sociedad y los conflictos de interés y de hegemonía. En otras palabras, el conflicto se enmarca en la disparidad entre los intereses de las organizaciones minoritarias y aquellas que hacen parte de la generalidad.

El conflicto en el contexto internacional se resuelve desde lo que se ha denominado *medios no violentos para controlar la violencia*. Así los intereses ya referidos de los países dominantes, se contraponen a los de los Estados no poderosos, de forma que se les estigmatiza como *Estados fallidos*, juzgando el sistema jurídico como uno incompetente o no dispuesto a perseguir las conductas clasificadas como crímenes más graves, en el proceso primario de criminalización.

Reafirmando el fundamento macro sociológico de la sociedad, en la que existe una forma general y hegemónica, en la que la ruptura de la continuidad genera una reacción social de parte del grupo dominante, se puede definir la criminalidad como un estatus social atribuido a alguien por quien tiene el poder de definición (Baratta, 2004, p. 135). De modo que, no existen rasgos que permitan elaborar una única concepción del crimen, sino que depende de quién se encuentra en el poder y el modelo que diseña para construir la categoría del crimen.

Bajo la anterior afirmación, el sistema represivo también obedecía a la lógica del grupo hegemónico.

Así, de acuerdo con las exigencias del sistema capitalista, el derecho penal actuaba como selector y medio de clasificación de la población. De una parte, el objetivo de atacar a aquella considerada flotante que, al no poseer los medios de producción, debía recurrir a acciones delictivas y, de otra parte, el uso de la represión sobre los individuos para conseguir su disciplinamiento en reclusión, de modo que su fuerza de trabajo se pusiera a disposición del sistema. Se empleaban las acciones penales de modo que fueran útiles al modelo de sociedad (Focault, 2010).

Por ello, a partir de las teorías de la reacción social, se avanzó hacia la transformación del pensamiento criminológico y su objeto de investigación. La evolución consistía en dejar de dirigir la atención investigativa sobre los grupos poblacionales referidos y pasar a cuestionar las relaciones de poder y de construcción del delito. Dicho de otra forma, se trataba de la elaboración de una teoría materialista y económico-política de la desviación. Tal teoría tiene en cuenta instrumentos conceptuales e hipótesis elaboradas en el ámbito del marxismo (Pavarini, 1983)a.

El alcance de la sociedad de conflicto -desde la perspectiva macro sociológica- y las teorías de la reacción social en el marco del sistema punitivo, implica analizar el discurso del derecho penal internacional desde una disposición amplia. Los teóricos holandeses, como Willem Bongers por ejemplo, referían la necesidad de integrar el derecho penal con la criminología, al igual que conocían la importancia de indagar por los procesos de definición de la conducta delictiva. También Semper y Nagel (1948), desde una concepción normativa del delito, refirieron que el núcleo ontológico de este (el delito) se encontraba representado en la tendencia de someter a los sujetos más débiles (Swaaningen, 2011, p. 117). Rechazando así el carácter científico de la criminología como estudio etiológico y se reafirmó la naturaleza conflictiva del derecho penal.

En aras de analizar los crímenes del poder, desde una visión criminológica, se parte por establecer la relación entre estos y las ciencias sociales. El vínculo está demarcado por el estudio de la conducta desviada y la legitimidad de los constructos jurídicos en un contexto sociológico. De acuerdo al derecho natural, la legitimidad entre Estado y derechos humanos es una sola en todos los tiempos y culturas, porque un orden legal defiende los derechos y reclama obediencia de sus ciudadanos, sin embargo desde una revisión histórica se debe considerar la vida política y el análisis comparativo de cada país (Green & Ward, 2000, p. 110). La reflexión de las violaciones masivas de derechos humanos, en una perspectiva crítica, asume un enfoque socio jurídico y no únicamente legalista.

En continuidad de la línea teórica presentada, es decir, el cuestionamiento sobre los procesos de definición del delito, se tiene el uso de los principios materialistas descritos, en la indagación por las violaciones a derechos humanos. Si bien el marxismo no pretendía dar una explicación al delito, sus postulados sociológicos determinaron que eran las clases dominantes quienes imponían las condiciones bajo las cuales una conducta se consideraba delictiva. Las acciones de los individuos de clases bajas no se regían por la conciencia y la voluntad, sino que era la estructura socioeconómica la que no permitía el ejercicio de la libertad como autorrealización del sujeto. La apreciación materialista se enfoca en cómo se construye desde el poder hegemónico una categoría como el crimen, desde el discurso de los derechos humanos. Al respecto, se tienen los enunciados precisados previamente en cuanto al marxismo frente a los derechos como la libertad.

Por tal razón, la controversia por los procesos de definición y concepción del delito y el delincuente -más allá del interaccionismo simbólico<sup>14</sup>- han sido fuertemente elaborados desde la criminología crítica. Más que una corriente intelectual, se presentó al mundo como el cambio de fundamento frente al mundo del delito, en el que el hecho punible no se limitaba

<sup>14</sup> Dentro de las discusiones teóricas de la criminología crítica se ha debatido su fundamentación desde el interaccionismo simbólico, sin embargo, para los fines de la investigación se reconoce como antecesora en los fundamentos epistemológicos de la definición del hecho punible.

al problema que algunos individuos y grupos podían representar para la sociedad, sino el desorden como un problema de la sociedad en un sentido más estructural (Swaaningen, 2011, p. 4)

▪ 1.1.4.2. El estudio de la criminalidad desde la dimensión crítica.

A la luz de los postulados marxistas, la criminología que optó por adscribirse a estos determinó que no existe una única teoría, todos los supuestos que controviertan el ejercicio del poder podrían ser definidos como criminología crítica. Por esto, se pueden encontrar propuestas diversas dentro de corrientes como el abolicionismo: tanto las que promueven la aplicación de un derecho penal mínimo, como las que provienen del realismo de izquierda. De manera que se expondrán los principales fundamentos de cada una de las corrientes, para luego señalar cómo se han percibido los crímenes de lesa humanidad desde la criminología

En primer lugar, el abolicionismo penal, referido a la eliminación de las respuestas punitivas frente a los conflictos sociales, se encuentran como expositores Thomas Mathiesen y Louck Hulsman. Bajo sus postulados se afirma que el derecho penal no es inherente a la sociedad y que la persecución en la que deriva se hace de manera selectiva, por lo que se plantea la eliminación del mismo, por resultar inútil en la protección de los individuos. El abolicionismo presume haber probado la *incapacidad, irracionalidad y discriminación del derecho penal, en el sentido de demostrar, que el aparato estatal y el derecho penal eran la misma cosa* (Kostenwein, 2017, p. 142)

También criticó la equiparación de los problemas sociales con el delito. La propuesta abolicionista lleva consigo la transformación cultural partiendo de la eliminación del poder vindicativo que tradicionalmente ha tenido el derecho penal en razón a su origen católico (Zaffaroni, 2011, p. 270) y se enfoca en que las diferencias entre los individuos al interior de la sociedad pueden ser resueltas a través de mecanismos de amigable composición. Existen conductas que no son delictivas, aunque puedan perturbar el orden público y que no requieren de la intervención del derecho penal para ser disipadas.

Al respecto, no se controvierte la afirmación sobre el carácter selectivo del derecho penal en la determinación de situaciones a investigar y juzgar. Sin embargo, se discute la pretensión del abolicionismo de brindar de alguna manera la solución mágica a los conflictos interpersonales que se presentan en la sociedad y que son enfrentados desde del derecho penal, sin plantear nada específico respecto de los crímenes a gran escala. En términos más claros, desde el abolicionismo, las víctimas de las masacres a las que se refiere Zaffaroni (2011) permanecen ocultas para el estudio criminológico.

Aspecto por el cual, el objeto de la investigación no se aborda desde el abolicionismo. A pesar de partir de presupuestos epistemológicos de reflexión y cuestionamiento, el objeto de estudio diverge de forma sustancial, pues como se ha advertido un estudio global del crimen, no puede desconocer el fundamento analítico de los derechos humanos como bienes jurídicos. Menos cuando, se trata de la elaboración de bienes jurídicos a proteger a través de instituciones políticas como la Corte Penal Internacional.

Por su parte, el neorrealismo de izquierda, planteado por Yock Young y Jhon Lea (Lea, Gil, Ciafardini, & Young, 2001), establece la complejidad del delito y sus causas sociales. Por “causas” no se admite un concepto igual al de los criminólogos clínicos o el de las corrientes *mainstream*. Las causas, según este postulado, deben buscarse dentro de la estructura social de clase y patriarcal (Palacios Pámanes, 2012, p. 31). No se retorna al paradigma etiológico, sino que se promueven programas sociales que reduzcan la desigualdad como mecanismo de disminución de las tasas delictivas. Aunque para Baratta, los programas “sociales” terminan siendo parte de los mecanismos del sistema penal para ejercer control sobre los individuos.

Por esto, bajo los presupuestos teóricos del neorrealismo de Young y Lea, el delito se reconoce como un problema social. De tal afirmación deriva el establecimiento del *cuadro del delito*, en el que se hace alusión a las relaciones sociales entre los factores influyentes y que se involucran en el fenómeno delictivo. Dentro de esta estructura se halla el Estado, la víctima, la sociedad y el delincuente, por lo que los delitos no solo surgen de la clase social

menos favorecida, sino que pueden producirse entre sujetos de la clase que ostente el poder, bien sea económico, político o militar. Este último aspecto resulta relevante para la presente investigación, reiterando que las violaciones a derechos humanos provienen del poder.

No obstante, de todo lo antes dicho, a lo largo de la propuesta del neorrealismo, se dejan de lado los crímenes de mayor trascendencia en relación con el número de víctimas. Aunque se proponen programas sociales que no están dirigidos específicamente al autor de las conductas delictivas, sino para el mejoramiento de las condiciones de las clases económicas y se reconoce la complejidad del hecho punible y su control por el número de actores que intervienen no se encuentra referencia específica de los crímenes de poderosos.

No obstante, el garantismo penal, como otra corriente de la criminología crítica, si se refiere a los crímenes del poder. al que pertenecen autores como Baratta (2009), Pavarini (1983) y Ferrajoli (1997). Estos han considerado como relevantes los postulados teóricos del abolicionismo, en los términos de la relación del derecho penal con el Estado, y reevaluando el papel que desempeña el derecho penal, pero desechan la teoría de eliminación del derecho penal para afirmar que este debe ser reducido en términos de aplicación. Se plantean soluciones a los problemas de orden social, donde se favorezca a las clases socialmente más débiles (Pavarini, 2002, p. 162). Bajo esta corriente teórica se pretende un eclecticismo entre las corrientes abolicionistas y neorrealistas para el estudio del delito.

Desde el derecho penal mínimo, se promueve la reducción del derecho penal para la selección de bienes jurídicos, protegiendo determinados derechos de acuerdo con el contexto social que corresponda. El garantismo designa un modelo normativo para ejecutarlo en el Estado de derecho, que en lo concerniente al derecho penal impone el principio de estricta legalidad y «un sistema de poder mínimo: en el plano político se toma como una técnica capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad; y en el plano jurídico es un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia es garantista todo sistema penal que se ajusta a tal modelo y lo satisface de manera efectiva» (Ferrajoli, 1997, p. 852).

Los anteriores postulados, dentro del derecho penal internacional procurarían el respeto por los derechos humanos, tanto de las víctimas, como del presunto victimario. Primero, la flexibilización de los principios del derecho penal como el de legalidad, resulta en contravía de la garantía de los participantes y el proceso. Segundo, el derecho penal internacional, como se verifica en el siguiente capítulo no ha procurado la reducción de la violencia, tanto que ha actuado indiferente frente a cuestionamientos de violencia estructura. Y por último, el referente normativo no se preocupa por los seres humanos, sino que discursivamente se emplean para la satisfacción de los intereses de los poderosos.

El uso del garantismo penal en el modelo del derecho penal trae consecuencias favorables. La reducción del derecho penal llevaría, entonces, a que la judicatura pueda afrontar con mayor eficiencia (y con mayor respeto de las garantías) las ofensas más graves provenientes de la potente gran criminalidad. Además, se disminuye la ambigüedad que procede del derecho penal sobre la mayoría de la población.

▪ 1.1.4.3. Los crímenes de poderosos desde la Perspectiva holandesa del libre albedrío.

A principios del Siglo XX, el holandés Williem Bongger (1916), miembro del Partido Laborista, fue uno de los primeros teóricos que realizó un análisis de la relación entre las condiciones económicas y la delincuencia. Para ello hizo un estudio de las estadísticas respecto de la criminalidad, advirtiendo que, si bien tal investigación resultaba útil, no era suficiente. Precizando que muchos de los delitos no eran tomados por los estadistas y la relación con el contexto económico no era comparable entre los países, dada la diferencia en materia legal. Por lo que planteó los fundamentos de la criminología y el análisis etiológico del delito.

Así, la criminología como ciencia tenía un carácter inductivo a través de la cual se estudiaban los hechos con la mayor exactitud. Se investigaban las causas del fenómeno que se observaba y el objeto de estudio era la criminalidad, que comprendía tanto los delitos cometidos, como las personas que los llevan a cabo, dejando de lado la formulación jurídica

del crimen. Eso significaba partir del paradigma etiológico, para buscar las razones por las cuales un sujeto realizaba un daño sobre el grupo o unidad social y por qué ejecutaba un acto egoísta. A partir de lo anterior se definían los presupuestos del denominado egoísmo psicológico social.

Se trató de la confrontación de las condiciones económicas y la ejecución de crímenes. Si bien, partió de un método cuantitativo y etiológico para atender a los delitos relacionados con el poder económico, es útil en cuanto a la percepción de esta clase de criminalidad en épocas donde el positivismo criminológico dominaba el estudio del delito. Ello porque impone el egoísmo como razón del sujeto delincuente para la comisión de un delito, pero advierte que se produce por las condiciones que establece la propia estructura social.

Se definió que el hombre delincuente no poseía características físicas que lo hicieran tal, sino que su actuar se producía por el denominado egoísmo psicológico social. Bongger (Bonger, 1916, p. 395) refirió que los sentimientos altruistas desaparecían en virtud del ambiente en el cual se desenvolvía el sujeto, determinado por el modo de producción, siendo este capaz de desarrollar la predisposición del hombre. La existencia de la economía, como condición de la vida social, es la razón del denominado egoísmo, fundamentado en un sistema capitalista de libre intercambio, donde la población es clasificada en ricos y pobres -en analogía con los amos y esclavos- y donde además tal libertad de ejercicio laboral determina las condiciones de competencia para la consolidación del hombre egoísta.

Pese al empleo del paradigma etiológico, el delito fue definido en su forma legal, como el *«acto cometido al interior de un grupo de personas que forma una unidad social y el autor es penado por el grupo o por los órganos designados para este propósito, donde la pena depende de la desaprobación moral del acto»*. Sobre este aspecto se advirtió la relevancia del poder como medio empleado por las clases dominantes para castigar los actos que afectaran sus intereses.

En ese sentido, para Bongger el delito se manifestaba como un fenómeno social negativo. Era el producto de las condiciones sociales y especialmente económicas que recaían sobre la

población, siendo el trabajo una razón para el aumento de la criminalidad, porque contrario a establecer una disciplina sobre el individuo, despertaba sentimientos utilitarios y lo hacía incapaz de manifestar alguna clase de sentimiento elevado (Bonger, 1916, p. 420). Adicionalmente, se producían efectos de pobreza que incrementaban la densidad de población en el territorio, aumentando las tasas de criminalidad. Bonger fue opositor del sistema capitalista y de las definiciones positivas del individuo, que excluían de modo racista a miembros de la sociedad.

En conclusión, para Bonger el crimen, como un actuar inmoral, era una expresión de egoísmo del sujeto. En él intervenían las condiciones económicas para la comisión de un delito, así como el ocultamiento de actos inmorales de parte de la población burguesa.

Elementos que más adelante serían tomados en cuenta por la criminología crítica para denotar la relación directa entre economía, poder y delincuencia. No obstante, es preciso señalar que para el análisis criminológico no es bien recibido el uso de la *etiología del crimen*. Del mismo modo, no puede afirmarse que sus presupuestos teóricos se encontraran inmersos dentro de las teorías marxistas. De un lado, Bonger tenía preocupación por las condiciones económicas que causaban el delito y por otro, no se limitó a explicar los delitos de la clase obrera sino que incluso abarcó la actividad delictiva de la burguesía industrial (Taylor, Walton, & Young, 1977, p. 239).

Bajo los anteriores postulados, el discurso criminológico que se propone, traslada el cuestionamiento de la clasificación de la población a la elaboración del mismo proceso en el establecimiento del orden internacional. Primero por considerar como la base del delito el aspecto económico, por ello la determinación de Estados no poderosos influye en el comportamiento de sus nacionales en cuanto a las exigencias que la comunidad internacional impone. En segundo lugar, esta perspectiva advierte que los sujetos menos favorecidos cometen crímenes por las formas impuestas por aquellos privilegiados, tal y como ocurre en el contexto internacional, en el que los países con mayor influencia juzgan los conflictos que

se presentan en países en desarrollo o de tercer mundo, pero deliberadamente ignoran que influyeron determinantemente en la causación de la violencia.

▪ 1.1.4.4. Criminología radical: el capitalismo como responsable criminal.

En las décadas de los sesenta y setenta se inició un movimiento académico fundamentado en principios marxistas y revolucionarios. Se cuestionaba el uso del derecho penal para la persecución de los delitos y el análisis del delito desde la criminología. La guerra de Vietnam, el fortalecimiento de la URSS y lo sucedido en mayo del 68 en Francia, permitieron la aparición de ideas radicales en los estudiantes y el debate sobre el papel del sistema capitalista en los conflictos sociales, por lo que surgió una corriente que pasó a denominarse «*criminología radical*».

Ideas que surgieron porque en los eventos relacionados ocurrieron crímenes de gravedad equiparables a los de lesa humanidad, pero que permanecieron sin investigación. Aunado al número de víctimas que la violencia estructural dejó en medio de la guerra fría. Contexto que favoreció el cuestionamiento del uso y utilidad del derecho penal, mostrando su carácter selectivo y su instrumentalización para el favorecimiento de los intereses de los grupos dominantes.

Stan Cohen (2011), autor de esta corriente, se refirió ya no al análisis del delito sino a la denominada desviación social y pánico moral que esta provocaba. Se trató de la transición de la teoría del etiquetamiento hacia la de la desviación (Swaaningen, 2011, p. 127). Advirtió que los eventos criminales provenían de siete lugares dentro de la sociedad: (i) hombres jóvenes de clase trabajadora; (ii) Violencia escolar; (iii) uso de drogas; (iv) abuso de niños, ritos satánicos y episodios pedófilos; (v) sexo, violencia y medios de comunicación (vi trampas al Estado de bienestar y madres solteras); (vii) asilados y refugiados.

De manera que cuestionó la falta de congruencia en el estudio de la desviación y el control social. Algunos hechos triviales como formas inofensivas de romper las reglas impuestas eran tomados y sancionados de forma desproporcionada y otros acontecimientos más graves

como hechos masivos, genocidios y masacres políticas podían ser negados, ignorados o minimizados (Cohen, 2011, p. XXVI). Bajo esta corriente se planteaban los problemas en la persecución de cierta clase de delitos, sin que se hiciera un análisis más profundo sobre ellos. Se trató en últimas, de cuestionar el empleo del derecho penal y la indiferencia deliberada para la persecución de situaciones más gravosas.

De otro lado se discutió la posición del marxismo frente a las escasas referencias directas a la criminalidad. Aparentemente se promovía un determinismo económico al considerar de modo generalizado la relación negativa entre condiciones económicas y delito (Taylor et al., 1977, p. 235). Se concluyó que el acto desviado se encuentra enmarcado dentro de la *psicología social*, referida a la capacidad de los hombres de elegir conscientemente el camino de la desviación, como la única solución a los problemas dentro de una sociedad contradictoria (Taylor et al., 1977, p. 287).

En el mismo sentido, se entendió la criminalidad como una respuesta a los procesos de exclusión generados desde la posguerra en términos internacionales. Se establece una identidad, a través de la cual se excluye al otro utilizando la agresión y el rechazo (J. Young, 2003, p. 29). Lo que también sucede virtualmente en términos estatales al aceptar la existencia de una zona central, una semi-periférica y una periférica. Situación para la cual, desde los límites epistemológicos disponen el análisis de los intereses entre los dos grupos señalados y su contraposición en la creación de los crímenes.

El planteamiento de este estudio criminológico, precisó Taylor (Taylor et al., 1977, p. 296), debe dirigirse en una doble vía: la poética socialdemócrata y la revolucionaria de acción directa. La primera es aquella a través de la cual se plantean los problemas existentes y la segunda con la que se promueve la abolición de desigualdades de riqueza y poder, en contraposición al correccionalismo, al cual se le señala de derivar en una corriente positivista, donde se confunde la desviación con una patología. Elementos a partir de los cuales se cuestiona el control del delito internacional, desde los problemas que la propia

justicia penal internacional dispone hasta la consideración de la eliminación de las diferencias al interior de la misma.

Al interior del estudio de la criminología, también se han presentado discusiones por sus propios planteamientos. La criminología crítica terminó por trasladar la discusión respecto de la criminología en sí misma y no sobre el estudio del delito (Swaaningen, 2011, p. 8). También, dentro de las controversias acerca de la criminología crítica, se refirió su incapacidad para dar respuesta a los delitos que ocurrían al interior de las ciudades y que eran considerados menores, pero con un mayor reclamo de parte de la sociedad. La criminología se limitaba a discutir sobre la política de persecución de los delincuentes, catalogándola como segregacionista y racista.

De los anteriores presupuestos y debates, resulta relevante destacar los límites teóricos de la investigación. En primer lugar se trata de una reflexiva frente al ejercicio del control de los crímenes internacionales. En segundo término, se admite la configuración social como una de conflicto, en el marco de los intereses estatales, en la elaboración de un consenso internacional. Así mismo superar parte del cuestionamiento a la criminología por ignorar cierta clase de delitos y ahondar en aquellos ocurridos en el marco de procesos de paz.

Igualmente, ha sido debatido el planteamiento de la criminología crítica como criminología por parte de sus precursores. No se ha logrado establecer con exactitud el nombre que se pretende asignar al análisis de la desviación social, desde una perspectiva sociológica, económica y política. Al respecto ha sido reprobada su confusión con un movimiento político del control social (Novoa Monreal, 1985, p. 23).

- 1.1.4.5. Criminología sobre los derechos humanos y los crímenes del poder.

La prevención del delito ha sido la principal preocupación de la política criminal. Inició con el positivismo se pretendió identificar con anterioridad a los delincuentes e impartir sobre ellos el tratamiento correspondiente, Desde la sociología se intentó educar antes de reprimir. Pero lo evidenciado en el estudio contemporáneo es la denominada política criminal

selectiva y segregadora que abandona las preocupaciones por el delincuente o la delincuencia y se centra sólo en buscar los medios de cómo controlar el delito (González Zapata, p. 306).

El estudio criminológico exige que la violencia sea observada desde todas las perspectivas. Se incluyen, además de las acciones violentas ejercidas por la sociedad, asimismo los modos de violencia ejercidos por las minorías privilegiadas. Elaborar este ejercicio considera el modelo económico nacional y en la actualidad el que se da en el contexto internacional. Se atiende entonces a modelos como el de la globalización y en consecuencia la extensión del crimen y del derecho penal. Sin embargo, como la globalidad no significa, naturalmente, homogeneidad de los instrumentos usados por el control, sino adecuada diferenciación entre ellos, aun dentro de una estrategia general (Baratta, 1990, p. 25), se indaga por la existencia de medios represivos como la CPI.

En otras palabras la investigación se dirige a develar el comportamiento selectivo y heterogéneo del derecho penal internacional. Ello dentro de la contradicción que significa la adquisición de obligaciones internacionalmente y la extensión del derecho penal que interfiere en la soberanía estatal. En este punto, destáquese también la discordancia entre el presunto interés de protección de derechos humanos de crímenes graves, frente a la violación masiva de estos de parte de los grupos poderosos, especialmente los políticos.

La criminología crítica no sólo abandona el paradigma etiológico del delito, sino que cuestiona el poder político y económico. Se pasa de una «*ciencia neutral respecto a los valores y a las elecciones prácticas, a una ciencia social comprometida en la transformación del propio objeto*» (Baratta, 1998:163) en (Ávila, 2005, p. 230). En relación con ello, se dispone la elaboración de nuevos objetos de investigación, así como diversas formas de persecución, razón por la que el discurso de los derechos humanos y su violación se presenta como un nuevo objeto de estudio.

La protección de derechos humanos se ha limitado a su establecimiento a partir de un presunto consenso en diferentes instrumentos internacionales. No obstante, desde el presupuesto epistemológico de análisis de las estrategias de control de la violencia, se ha omitido cómo el discurso ha sido empelado en diversas vías y se han permitido violaciones masivas a derechos humanos.

Tal forma de emplearlo incluso ha acudido a técnicas de neutralización, tales como la culpabilización de la víctima. Por ello ha existido un sector de la criminología que ha indagado y cuestionado dichas actuaciones, aceptando la necesidad de estudiar las conductas que afectan a la comunidad y la diferenciación que contienen aquellas que vulneran derechos humanos de las conductas criminales entre individuos. Lo anterior, como quiera dentro de la herramienta anamnética que se propone, la intención es acudir a aquellos crímenes que han sido ignorados y descartar la indiferencia frente a su ocurrencia.

El objeto de análisis de la criminología es cambiante y dinámico. Así como los discursos entorno a la construcción del sujeto y el establecimiento del poder se hallan mediados por el planteamiento histórico que acompaña a cada uno, sucede lo mismo para el objeto de estudio de la criminología (Sandoval & Vidaurri, 2002). El objeto de protección, en la actualidad, no sólo es el hombre sino la humanidad, porque se persiguen conductas que no solo afectan a ciertos individuos sino que logran socavar la conciencia del conjunto humano

La criminología no rechaza la existencia de los derechos humanos, pero se pregunta por su uso diferenciado. Schwendiger admite el posicionamiento del discurso de los derechos humanos, pero advierte el problema de su jerarquización y en consecuencia de su protección. Así mismo, cuestiona, a partir de esa lógica discursiva, cómo ciertas acciones son aceptadas o por lo menos omitidas y resultan en igual o mayor violación a los derechos humanos, como es el caso del racismo, el imperialismo y la pobreza, (Schwendinger & Schwendinger, 1970, p. 146).

Jerarquización proveniente de las dinámicas del poder frente a la paradoja que es de este que provienen las violaciones a los derechos humanos. Por lo cual en el derecho internacional

se observa su diferenciación tanto en la protección a través de Tribunales Regionales, como en el establecimiento de un catálogo de derechos a salvaguardar a través de la persecución penal. No obstante, la investigación de los actos delictivos resulta selectivo, como en el caso de Estados con violaciones similares a derechos humanos a los investigados se mantienen en la impunidad e indiferencia por parte de la comunidad internacional.

El objeto de estudio de la criminología crítica puede ser trasladado a los DDHH, al imponerse y aceptarse –al menos occidentalmente- la concepción de derechos humanos, los criminólogos deben ser suficientemente capaces de identificar las violaciones de estos derechos, de quién y en contra de quién, cómo y por qué (Schwendinger & Schwendinger, 1970). Sobre tal aspecto, como se señala, se han abierto diferentes discusiones teóricas y se han planteado posicionamientos al respecto. Debe puntualizarse en cómo se han clasificado los delitos y que a partir de la preocupación por las consecuencias del holocausto Nazi varias de las investigaciones se han concentrado en el genocidio.

Así el traslado del objeto de estudio de la criminología se amplía a las violaciones a derechos humanos, aclarando que en el ámbito internacional no solo se refiere al genocidio. Así, se consideran los denominados crímenes de lesa humanidad que para ser configurados han pasado por un filtro de selección y jerarquización en el concierto internacional y se puntualiza aun más en qué sucede en sociedades que están procurando procesos de paz.

Los crímenes de lesa humanidad provienen del poder. Admitiendo, al menos previamente, la definición de tales crímenes como aquellos que ocurren a una magnitud generalizada y sistemática, sobre un conjunto de personas, pero que debido a su impacto y naturaleza vulneran a la humanidad entera, debe considerarse que la realización de estos ocurre por parte de sujetos u organizaciones con una capacidad amplia para efectuar los actos delictivos. Además, porque la definición legal impone que los actos sean realizados con el fin de promover una política estatal o de una organización. En otras palabras, puede precisarse que provienen o bien de agentes estatales o de agentes con un potencial económico y político suficiente para su ejecución aunque no tengan relación con el Estado,

por lo que desde la criminología pueden ser concebidos, al menos teóricamente, como crímenes de los poderosos.

La indagación sobre esta clase de crímenes no solo se originó en la definición de delitos de cuello blanco. El estudio de crímenes del poder, desde la criminología, si bien tiene un punto de partida esencial en lo que concierne al análisis hecho por Sutherland, también fue referido con anterioridad por Thorsten Sellin en 1938. El autor precisaba que la protección de valores de parte del derecho penal, correspondían, en general, a los intereses de los grupos dominantes.

Sutherland cuestionó y puso sobre el contexto discursivo los delitos de cuello blanco o de los miembros de las corporaciones. Se denomina al delincuente de esta clase como aquel que, utilizando la posición profesional que ocupa, comete acciones delictivas. Al respecto Sutherland parte de los postulados de la asociación diferencial para precisar cómo estas conductas no se explican en razón de patologías o condiciones sociales desfavorables, sino que se trata de delitos realizados en virtud del aprendizaje y de las relaciones sociales que las personas mantienen y a través de las cuales se consolida la realización de actos con los cuales se beneficie a la Corporación, aun cuando se afecte a otros.

En el análisis se incluye como actores no solo al sujeto que ejecuta la conducta sino a la misma sociedad. Sutherland puntualiza en la aceptación de parte de la sociedad de dichas acciones y cómo los valores se constituyen de parte de la clase dominante, a la que no solamente pertenecen los miembros corporativos sino los grupos estatales y los medios de comunicación. No obstante, la obra de Sutherland se limita a los delitos de carácter económico, por lo que el uso de su teoría resulta altamente útil como fundamento del estudio de los delitos cometidos desde el poder, pero se limita, en el entendido de lo reducido que fue su objeto de estudio.

Por otro lado, se ha aludido a los crímenes de los poderosos como crímenes de Estado. La concepción de *Crimen de Estado* se dio por primera vez en 1989 de parte de Chambliss, en un discurso que realizaba como presidente de la Asociación Americana de Criminología. Al

tratarse de un tema más o menos reciente, el análisis que se reclama de parte de la criminología sobre los crímenes provenientes del Estado presenta diferentes cuestionamientos. Era colocar en el lugar de agente delictivo al Estado.

El debate se daba por el fortalecimiento del discurso sobre DDHH y la limitación de que el victimario fuera el Estado. Por una parte, previo a la aceptación generalizada del discurso de los derechos humanos hacia la década de los 70, resultaba compleja la comprensión de la comisión de crímenes de parte del Estado. No se tenía claro, y se prestaba a la confusión, el hecho de que el Estado cometiera un delito por la violación de una norma que él mismo había institucionalizado. La definición de crimen del poder era diversa, de una parte, algunos argumentaban su conceptualización desde los derechos, otros desde el daño, otros basados en la analogía de crímenes nacionales y otros abogaban por la independencia del concepto legal respecto de la concepción para la criminología.

Además de las diferentes concepciones sobre el crimen de Estado, se analizaron diversas modalidades de comisión u omisión de parte del aparato gubernamental. Algunos criminólogos realizaron estudios, en los que se puede ver el delito como: crimen del Estado-corporación, crimen político, crimen transnacional, crimen supranacional, violaciones del derecho internacional humanitario o el derecho penal internacional (Rothe & Mullins, 2011, p. 33). También se determinaron otros modos de actuación, bien como represión y/o discriminación, la violencia estructural y el fortalecimiento de políticas económicas y que incluso dan origen a la responsabilidad por omisión.

Sobre estas formas de acción se han analizado casos específicos. Por ejemplo, la invasión de Estados Unidos a países musulmanes, los procesos de colonización, el genocidio en países africanos, la omisión del gobierno americano en el rescate de víctimas del huracán Katrina y los crímenes ocurridos en el marco de conflicto armado, como es el caso de la República Democrática del Congo, donde además ocurrieron crímenes de lesa humanidad. Resaltando que sobre estos últimos no ha existido un estudio independiente, ya que normalmente se han presentado en paralelo con otros crímenes (Morrison, 2012).

Con base en lo anterior, los estudios criminológicos de los delitos internacionales pueden ser observados en una doble perspectiva: un positivismo moderno y una dimensión crítica. Las corrientes del *mainstream* han intentado hacer una criminología supranacional que dé cuenta de los delitos de los cuales conoce la justicia internacional, reduciendo el estudio a los datos estadísticos y legales. Por su parte, la visión crítica en un comienzo se precisaba solamente como una investigación de la criminalidad del capitalismo o producto de las relaciones económicas, pero más recientemente ha sido referida por Morrison como *criminología global*.

Gregg Barak (1991) hace alusión a los crímenes cometidos por el Estado o por las corporaciones. Se refiere a la criminalidad de cuello blanco y cómo la criminología se ha concentrado en los delitos que ocurren en las calles, ignorando esta clase de crímenes que incluso resultan más dañosos. Así mismo precisa que normalmente las acciones provenientes del Estado o son ocultadas o defendidas, dejando a las víctimas fuera del campo de estudio. Se concentra en la definición y las consecuencias de tales violaciones a derechos para reiterar la necesidad de su estudio.

Para Barak el estudio de la criminalidad del Estado envuelve el estudio del poder, la ideología, el derecho y la política pública y extranjera (Barak, 1991, p. 7). De manera que reclama de parte de la criminología el estudio de tales acciones y refiere cómo se ha fallado en la literatura en el análisis de los delitos globales. Incluso diferencia aquellos delitos transnacionales de los que vulneran a la humanidad para resaltar la existencia de tratados al respecto, pero que se han ignorado de parte de la criminología.

Expresa la necesidad de realizar el estudio sistemático de la criminalidad proveniente del Estado o agentes del poder. En términos metodológicos se propone que, además de elaborar un análisis de estudios de caso de forma aislada, se construya una indagación que al ser de forma descriptiva acepta la posibilidad de ser reexaminada periódicamente. Derivando, en consecuencia, en una indagación que provea los fundamentos para futuras y más complejas investigaciones (Ross, Barak, Rothe, Mullins, & Kauzlarich, 2009). Se comprende que las

acciones delictivas del poder son complejas y requieren un constante rediseño que permita entender cómo afrontarlas.

Así mismo, se pone en cabeza de la criminología crítica el estudio de por qué ciertas conductas del Estado son clasificadas como delito y otras no. La comisión de crímenes desde el poder no se trata de un fenómeno originado o marcado por la globalización, pues los procesos coloniales y post coloniales en sí mismos son muestra del uso del poder para la afectación de determinados grupos poblacionales. Sin embargo, el establecimiento de un mundo global sí es influyente en lo que concierne al control del crimen, no solo en referencia a las políticas de prevención sino a los mecanismos de juzgamiento en sí mismos.

En esta línea discursiva, se precisa cómo frente a la existencia de diversas teorías se presentan explicaciones de diferente clase para el fenómeno delictivo y su control en el marco de la era global. En virtud de una *criminología comparativa*, Barak (2001) señala tres modelos para su comprensión: modelos de modernización, de sistema mundial y modelos de oportunidad.

Los modelos de modernización, basados en las ideas de Emile Durkheim, argumentan que los cambios sociales, como la urbanización y la industrialización, son asociados con modificaciones en los patrones en el crimen y la victimización. Los cambios en el crimen y su control son independientes del tiempo y el lugar. Se atribuye a la velocidad de la industrialización y el aumento de tensiones al interior de un país, lo que significa que se parte de una visión neutral del derecho penal y en consecuencia de una concepción relativamente apolítica, en tanto ninguna de estas categorías influye en la comisión de crímenes, confiando el control y la prevención al desarrollo del Estado en un grado de igualdad similar al de los países que ya han alcanzado cierto grado de desarrollo.

Por otra parte, los modelos de sistema mundial, fundamentados en las ideas de Marx, explican que el desarrollo de las naciones es dependiente, así como el delito y su control en cualquier país. Sin importar su desarrollo, son producto de influencias externas en relación

con una política económica cambiante. En otras palabras, se pone de presente la inequidad como causa de la producción delictiva, haciendo énfasis en la influencia de los factores económicos en la perspectiva del conflicto y el orden mundial.

En ese sentido se plantea la organización del mundo en periferia, semi-periferia y Estados desarrollados. Criticando que estos últimos obtuvieron su riqueza a partir de los procesos de colonización, y que en esa misma vía se continúa efectuando el desarrollo mundial, lo que implica que no va en un camino lineal para todos los Estados. Al indagar sobre el crimen, no solo se acude a parámetros legales, sino que bajo esta perspectiva se parte de definiciones basadas en conceptos sociopolíticos en relaciones de producción y poder (Barak, 2001, p. 62). Se afirma que las corporaciones y el Estado pueden cometer delitos tales como las violaciones de derechos humanos.

Finalmente, el modelo de oportunidad derivado del racionalismo clásico del S. XVIII y la ecología evolutiva del S.XX plantea una argumentación ecléctica (Rothe & Kauzlarich, 2016). El crimen y el control son reflejo de la mezcla del desarrollo de recursos materiales y ambientes grupales. Los cambios en los patrones son producto de la interacción entre factores internos y externos. Al respecto se tiene que a partir de los grupos sociales en los que se desenvuelve el individuo, así como los factores socioeconómicos de la sociedad, hacen el ambiente favorable para la comisión de crímenes. El control y la prevención dejan de lado al derecho penal y su construcción, y en su lugar se atribuye la necesidad a un análisis costo-beneficio para la reducción de oportunidad de delinquir del individuo.

Barak, veinte años después reconocería la puesta sobre la mesa de la criminología en el análisis de los crímenes de Estado. Sin embargo, reiteraría que aun para el 2010 no se había apreciado la necesidad de adoptar e incorporar el estudio de la criminalidad de Estado, por lo cual debía precisarse un estudio que fuera más allá de los legalismos internacionales para indagar por la organización estructural y la relación entre la criminalidad y el cambio global.

En la misma perspectiva se encuentra el estudio realizado por Dawn Rothe respecto de la criminalidad del Estado. Se analiza desde diferentes enfoques, haciendo nuevamente un

llamado a la criminología crítica para el análisis de las conductas delictivas provenientes del poder. Partiendo de la consideración del número de víctimas que se han producido alrededor del mundo con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, debido a los genocidios, dictaduras y desarrollo económico, el autor plantea un análisis criminológico de los crímenes de Estado.

Para determinar el estudio desde la criminología, Rothe parte por señalar los fundamentos de las corrientes teóricas y los problemas que presentan para la explicación de los delitos internacionales. Rothe arriba a la *teoría integrada de violaciones penales internacionales*, para dar cuenta de las violaciones no sólo a derechos humanos sino a tratados y convenciones en el concierto del derecho internacional, con la intención de que a partir de dicha teoría se pueda llegar a una comprensión de los crímenes de Estado y los diferentes niveles de complejidad que presenta cada caso.

La teoría referida adopta elementos de la asociación diferencial, las teorías racionalistas, organizacionales, fenomenológicas y las teorías del control para dar cuenta de los delitos referidos. La integración de las teorías pretende ofrecer un contexto complejo de las razones de la criminalidad de Estado. No solo pueden ser atribuibles a los individuos y su ambiente, sino que también deben a los factores sociales, políticos y económicos de los Estados en una visión interna y externa.

Se crítica la existencia del derecho penal internacional en el sentido de su actuar. Los organismos de control universales, como la CPI, se presentan con una alta relevancia, pero con una baja eficiencia. Por ello, se expone en el sentido de las teorías de la neutralización de Sykes, cuatro catalizadores que explican los crímenes más atroces para la humanidad: motivación, oportunidad, restricción y control (Rothe, 2009, p. 102).

El primer factor, al que se atribuye la criminalidad estatal, valora no sólo un término volitivo sino político, cultural y educacional del sujeto para la comisión del acto; por su parte las oportunidades se entienden como las interacciones que hacen posible la comisión del

crimen, siguiendo los parámetros de la teoría de la *decisión racional*; la restricción se refiere a las acciones o entidades que hacen más riesgoso o menos exitoso un crimen; y por último, el control versa sobre las instituciones con las cuales se espera hacer una persecución y sanción a quienes cometen delitos internacionales.

Los efectos de neutralización pueden ser observados en las acciones de presión de parte de los tribunales internacionales. De donde se deriva que es la CPI la que se halla en capacidad para actuar en esa vía. Sin dejar de lado la capacidad del Consejo de Seguridad para remitir situaciones e imponer veto a las decisiones. Rothe rescata el hecho de que la Corte es un proyecto en construcción y por ende no cuenta con la eficiencia suficiente en la persecución de las violaciones masivas de DDHH.

Los crímenes de lesa humanidad y su contexto dentro del derecho penal internacional son inescindibles de la Segunda Guerra Mundial, el holocausto y los tribunales de Núremberg. Sobre el holocausto judío se han hecho varias investigaciones, no sólo en términos de género literario, también desde la criminología. David Friedrich (2010) haría alusión a estos hechos como el *Crimen del Siglo*, y realizaría una indagación, desde la criminología, de los hechos en los que fueron asesinados, torturados y esclavizados judíos, homosexuales, comunistas y gitanos. No se considera simplemente el hecho como un genocidio, sino que se toma en cuenta para los planteamientos que resultan relevantes en la indagación criminológica de los crímenes de lesa humanidad.

El estudio de cualquier acto delictivo desde la criminología presenta dificultades en su investigación, más aún cuando los actos se encuentran en el marco de la legalidad. Muestra de ello fueron las conductas adelantadas por los Nazis, tanto en los campos de concentración, como en las tomas de las poblaciones, que siempre se enmarcaron en la normatividad alemana. Debido a esto, la definición del crimen en el estudio del *Crimen del Siglo* fue el punto de partida para la comprensión de las acciones como actos criminales perpetrados desde la institucionalidad y diferenciados de los delitos convencionales.

Es por lo que se afirma que el holocausto- (como crimen) es conceptualizado desde diferentes perspectivas. En términos morales, fue un delito porque era contrario a la moralidad y había causado daños a personas humanas. En el ámbito legal, es la definición impuesta por los vencedores, que además tuvieron la potestad de juzgar en Núremberg, por lo que afirma que: “*en el contexto criminológico, el status del Derecho Internacional es comparable a las Leyes del Estado*” (Friedrichs, 2010, p. 64). Por esta razón afirma que considerar a un delito más relevante que otros es muestra de la convicción de que la criminología debe atender más a crímenes como el genocidio o aquellos que tengan mayor seriedad respecto de los delitos tradicionales.

Para Friederich es importante considerar que cualquier explicación que se dé del genocidio Nazi debe partir de un enfoque integrado. En otras palabras, uno variado que dé cuenta de factores como los políticos, sociales, culturales, individuales y económicos. Al respecto, se precisa cómo los actos ejecutados durante el holocausto judío fueron meramente instrumentales, en el sentido de recobrar el poder económico sobre bienes que pertenecían a los judíos, así como la justificación del desarrollo en investigación en las áreas de la salud. Se afirma que el crimen de Estado y el corporativo tienen en común la interacción con actividades productivas y beneficiosas para sí mismos (Friedrichs, 2010, p. 63).

El uso de herramientas y analogías ha permitido cuestionar hechos contemporáneos en los que ha habido violaciones a derechos humanos. Las invasiones de Estados Unidos a países orientales se han concebido como crímenes de Estado y con la misma gravedad que los analizados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. En consecuencia, requerirían, además del mismo juzgamiento internacional, un análisis criminológico de las conductas efectuadas desde el poder, por ello se observa por ejemplo como justificante de las acciones americanas las corrientes neoconservadoras.

- 1.1.4.6 Asumir los derechos humanos desde la criminología

La perspectiva propuesta a lo largo del capítulo hace referencia a la observación crítica de lo que se ha denominado *derechos humanos*. No se pretendió hacer una crítica que rechazara la existencia de estos, en cambio se procuró sugerir su vinculación como objeto de protección. De esta manera, se trata de aceptarlos, para plantear su comprensión desde el contexto en el cual se establecen, ya sea político, social, económico y/o cultural.

Ahora bien, como se acepta que son objeto de protección, la intención aquí es convertir las violaciones a los derechos humanos en el objeto de investigación de la criminología crítica, pasándose así, a investigar los delitos cometidos por agencias del poder, pues estos son los principales sujetos activos de los crímenes de lesa humanidad. El cambio se da porque el anterior objeto de investigación de esta corriente eran delitos considerados como conductas antisociales entre individuos, en el contexto nacional.

Debido a que se hace alusión a la protección de la humanidad en su conjunto, en este proceso se abandonó la forma de pensamiento occidental ya que es homogenizante. Con ello se visibilizó que existen otras formas de entender los derechos humanos, lo que a veces no resulta tan obvio. Por ejemplo, la existencia de instrumentos internacionales sobre derechos humanos diferentes a los tradicionalmente mencionados y bajo los cuales se establece el rasero de evaluación a cualquier Estado y grupo social. La comprensión de los derechos humanos implica una valoración diferencial en términos culturales, económicos, religiosos y sociales.

Pese a estructurarse una dimensión diferenciada de los derechos, se evidenciaron puntos en común que permiten atender a su protección internacional desde el derecho penal. Al respecto, a partir de un análisis de las teorías filosóficas; de los hechos políticos que dieron origen a la reivindicación de derechos; y del desarrollo jurídico de los documentos de protección de DDHH, se vislumbra, como factor común, la protección de la dignidad, igualdad y libertad del ser humano. Adicionalmente, como se trata de adentrarse en los crímenes que afectan a la humanidad, el elemento reiterado fue la paz.

Bajo tales presupuestos se enfoca la construcción de los crímenes de lesa humanidad en el marco del derecho penal internacional. La elaboración del Estatuto de Roma implicó un proceso en el que interactuaron diferentes actores, tales como la diplomacia estatal, Naciones Unidas, organizaciones no gubernamentales e incluso académicos. En dicha relación, para la creación de los tipos penales, fue necesaria la selección de bienes jurídicos que se considerarán esenciales para la humanidad en su conjunto.

Sobre los crímenes de guerra y genocidio, el ejercicio de elección no revestía una complejidad tan amplia. Los primeros derivaban de las violaciones a las reglas de la guerra, que previamente habían sido instauradas a raíz de las frecuentes confrontaciones, y respecto del genocidio, lo importante era delimitar a qué grupos sociales proteger, pues entre el fin de la segunda guerra mundial y las masacres de Ruanda se instituía el concepto del crimen desde la discriminación (Ávila, 2006).

De modo que la tipificación de los crímenes de lesa humanidad -en el derecho penal internacional- se basa en la selección de derechos como bienes jurídicos. Así, en la valoración realizada se puede afirmar que, además del concepto que brinda el Estatuto, en términos más simples se definen como graves violaciones de derechos humanos. Tales afectaciones son perseguidas a través del derecho penal internacional cuando afectan la dignidad, igualdad y/o la libertad de los individuos. Igualmente, se deben realizar de manera sistemática o en contra de un número considerable de sujetos que permitan visibilizar un quebrantamiento a la paz de la humanidad.

Con base en dicha consideración, se acude a la criminología como análisis multidisciplinar que permite atender a la protección de los derechos humanos. Si bien la criminología crítica se ha caracterizado por cuestionar la existencia de discursos universales, reconoce los derechos humanos básicos, y su masiva violación alrededor del mundo. En tal sentido, se propone la confrontación entre la pretensión de integración internacional mediante el derecho y la efectiva persecución de las violaciones de derechos humanos.

El Estatuto de Roma exige que las violaciones a derechos humanos se hayan realizado con la intención de promover la política de un Estado o una organización. De esta manera, el derecho penal internacional impone un componente político para la configuración de crímenes de lesa humanidad. De ello proviene el reconocimiento acerca de los autores de las vulneraciones a DDHH. Adicional a que la política de la Fiscalía de la CPI establece la persecución únicamente a los *máximos responsables*, es innegable que para poder ejecutar conductas de tal entidad se requiere una capacidad estructurada.

Con el reconocimiento de esta necesidad se había establecido la responsabilidad estatal en el ámbito regional. En principio el derecho internacional solamente declaraba que la vulneración a derechos humanos era responsabilidad estatal, sin embargo, fue el derecho penal internacional el que, más allá de incluir la sanción individual, admitió que los crímenes también podían ser cometidos por agentes no estatales. De modo que, para a criminología se observan como crímenes de los poderosos.

A partir de la categorización como crímenes del poder se comprende el estudio de la criminología y se orienta hacia un nuevo objeto de investigación. Como fue aludido, no había una referencia explícita de parte de la criminología sobre crímenes de lesa humanidad. Empero, al arribar a su concepción como crímenes del poder, sí se puede comprender el recorrido teórico acerca de violaciones masivas a derechos, ampliándose el espectro del estudio del poder estatal al económico y militar.

Entonces, atendiendo a los postulados de la criminología crítica, se reconoce el uso político del derecho penal y el discurso de los derechos humanos. No obstante, como se indicó, sobre los segundos existe una aceptación y un interés de protección. Ahora, se cuestiona que el derecho penal ignore deliberadamente las graves violaciones a DDHH en el contexto internacional, mientras establece un modelo de persecución internacional argumentando el interés por prevenir la comisión de tales actos.

En ese sentido, la propuesta se dirige a reconocer las diferencias en el orden internacional y así poner de presente los DDHH como objeto de investigación de la criminología. El

contexto sociopolítico y la organización geopolítica del mundo imponen el reconocimiento de diversas formas de integración, pero también resalta la clasificación geográfica, económica, política, cultural y religiosa entre los Estados. Por ello la criminología pretende elaborar un discurso coherente entre el derecho penal internacional y la efectiva protección a los derechos.

La transformación del objeto de estudio desde la criminología también devela los intereses de los actores. Se pasa de indagar por los crímenes convencionales a estudiar las violaciones más graves a DDHH en el contexto de un ataque generalizado o sistemático. Así en el derecho internacional se encuentran como actores los Estados y agentes de organizaciones que en el modo en el que abordan las violaciones a DDHH van revelando cuál es su objetivo con la implementación del derecho penal internacional.

Al hacer referencia a una efectiva protección se determina que además de prevenir las conductas violatorias de DDHH se persiga al poder de las cuales se origina. En efecto, se trata de una tipología de crímenes que revisten una complejidad significativa. Los crímenes del poder no se pueden enfocar únicamente en dirigir la atención del derecho penal sobre individuos que detentan el poder, sino que también deben tomar en consideración donde se desarrollan los delitos. Tal ambiente, corresponde al contexto de integración internacional.

Cuando se cometen crímenes de parte del poder no son de una única estructura dominante. Por lo general para ejecutar violaciones a DDHH además de requerir una estructura poderosa esta recurre e interactúa con otras clases de poder. No se podría pensar que el holocausto nazi, los genocidios de Ruanda y Yugoslavia, los crímenes de la República Democrática del Congo, Uganda, Sudán y Costa de Marfil hubieran logrado su objetivo si no hubieran sido la combinación de diversos agentes del poder. Entre ellos miembros de los grupos económicos, comunicativos y religiosos con alta influencia en cada uno de los Estados.

Adicional a la relación de las diversas formas de poder el contexto internacional como medio en el que se ejecutan los crímenes de lesa humanidad incrementa su complejidad. Las

comunicaciones y la facilidad de comisión de crímenes en diferentes territorios de manera simultánea hacen que sean menos visibles y más difícil su persecución de parte del derecho penal. Sin embargo, la respuesta a las formas de macro criminalidad y de nuevas formas de comisión de violaciones de derechos humanos se presentó a través de la CPI.

Independientemente de los reparos que se hagan al uso del derecho penal internacional por parte de la CPI, es la respuesta a las violaciones masivas de derechos humanos. Como se trata de una clase de derecho híbrido que incluye el análisis del derecho internacional y la concepción del derecho penal, la criminología debe valorar todas las categorías que desde los diferentes sujetos surgen en la persecución de las graves violaciones a DDHH. Así como para el diseño de acciones políticas y jurídicas que permitan su efectiva reducción.

En relación con los elementos del crimen que pone de presente el neorrealismo, es necesario replantearlos. Un cuadro del crimen de lesa humanidad en el plano de la criminología está revestido por los siguientes cuatro puntos: Agentes del poder (victimarios), víctimas (en doble vía, directas y la humanidad), comunidad internacional (Estados y organizaciones) y el Estado. Este último como miembro esencial del derecho penal internacional y responsable de la cooperación en la persecución de los delitos.

Observando los cuatros vértices del crimen internacional se puede comprender la dificultad para su estudio. Además, los actores referidos tienden a confundirse porque tanto el Estado como los miembros de la comunidad internacional pueden ser los victimarios en la violación de DDHH. La relación entre dichos factores para la existencia de un crimen de lesa humanidad también implica aceptar que se inserta en el contexto de una sociedad globalizada que brinda un ambiente favorable a la comisión del delito. Factores que no existen naturalmente, sino que son elaborados por los miembros más poderosos de la comunidad internacional.

En consecuencia, la criminología crítica ofrece las herramientas para la comprensión y reelaboración de la categoría de crimen en el marco del derecho penal internacional. Considerando que para ello debe trasladar su metodología hacia un nuevo objeto de

investigación que no sean los conflictos surgidos entre sujetos por razones individuales, sino que en continuación de su cuestionamiento redirija su enfoque a los crímenes provenientes del poder Reafirmando que los crímenes de los poderosos (excluyendo la violencia estructural) que derivan en violaciones de derechos humanos son definidos en el plano legal como crímenes de lesa humanidad.

## **1.2 Criminología de los Crímenes de Lesa Humanidad y su incidencia en la Justicia Penal Internacional.**

La configuración del orden político puede entenderse como un modelo de coexistencia de Estados nacionales soberanos en un sistema internacional, el sistema interestatal. Se ha considerado esto como la «*nueva soberanía*», donde el Estado participa de la elaboración de tratados y se inserta voluntariamente en el orden internacional. El orden internacional se construye a partir de la libertad de los Estados de actuar independientemente en pro de sus propios intereses pero suscrito en un estándar razonable conforme a los regímenes que conforman la sustancia de la vida internacional (Chayes en Clarke, 2009, p. 140).

Sin embargo, la consideración de la sociedad internacional ha tenido diferentes percepciones en lo político y lo jurídico. Para Hobbes es la misma representación del Estado de naturaleza del hombre, en el que los Estados corren el riesgo de volverse contra ellos como «*lobos artificiales y amenazar por lógicas de poder o de miedo la supervivencia en general*»(Ferrajoli, 1997, p. 939). Cada Estado, por lo tanto, actuará únicamente en virtud de su propio interés siendo indiferente a los intereses de los demás Estados. Para Kelsen, en cambio, la dificultad de la organización internacional se daba en términos pragmáticos, es decir, en cómo se determinaban instituciones que cumplieran las labores de legislador y juzgador en un plano universal.

Pese a las discusiones y diferentes cuestionamientos en torno a la existencia de la comunidad internacional, regida por su propio sistema jurídico, hoy es evidente la presencia del derecho

internacional y sus diferentes vertientes, entre las cuales se encuentra el derecho penal internacional, con su respectivo Tribunal encargado de adelantar las investigaciones que correspondan a la materia para determinar la responsabilidad individual en los casos donde se presentan las más graves violaciones a derechos humanos.

De modo que, en el presente capítulo, se hará el recorrido histórico de la formación de la Corte Penal Internacional, el Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Para ello se divide la temática, básicamente, en cuatro apartados: primero, la elaboración de los crímenes de lesa humanidad basados en el acápite anterior; segundo, el contexto sociopolítico en el que surgen los primeros tribunales de derecho penal internacional; tercero, el establecimiento de los tribunales de Núremberg y Tokio; y cuarto, el rol de Naciones Unidas a lo largo de la redacción del Estatuto y la instauración de los tribunales ad-hoc.

La primera temática corresponde específicamente a la evolución jurídica de los crímenes de lesa humanidad. Junto con la instauración de los tribunales, que determinarían la responsabilidad de individuos por acciones delictivas en el concierto internacional, se presentó la definición de los crímenes de lesa humanidad. Sobre estos existía cierta dificultad, como quiera que, en comparación, acerca del genocidio había cierto consenso partiendo de los campos de concentración y sobre los crímenes de guerra ya había reglas en el DIH. Pero, en relación con la definición de humanidad y cómo esta se lesionaba no existía una acepción clara y consensuada; hecho que cambió para el contexto global, con la consagración de los crímenes de lesa humanidad en el artículo 7 del ER y la descripción en los Elementos de los Crímenes.

En efecto, cada documento surgido entre los Estados en materia penal ha estado vinculado a un hecho histórico relevante que ha impulsado, o al menos acelerado, su proceso de creación. En el primer acápite se atiende a los intentos de los nacientes Estados por determinar la responsabilidad penal individual por agresiones a su soberanía y las violaciones a las reglas de la guerra. Así mismo, cómo la intención de judicialización estuvo vinculada al interés de los vencedores de las guerras.

Con ello se hace comprensible el establecimiento de los tribunales al finalizar la segunda guerra mundial y su legitimidad. Sobre los juicios elaborados en Núremberg y Tokio se considera el marco social e histórico, haciendo énfasis en la competencia material sobre los crímenes condenados y los llevados ante los mismos para la determinación de su responsabilidad. Cada elemento se hace históricamente comprensible al detallar el aspecto político que influyó en su determinación.

Seguido de lo anterior, es imperante reconocer cómo la creación de Naciones Unidas tuvo una injerencia directa en la elaboración del derecho penal internacional. Por lo que la intervención de la naciente Organización se valorará en dos sentidos: por un lado, se analizará la creación de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI) y el encargo de la elaboración de un código penal de alcance internacional; y, por otro lado, se detallará cómo a través del Consejo de Seguridad se crearon los tribunales ad hoc, que se convertirían en el paso decisivo para la creación de la CPI. Con la evaluación de las dos dimensiones se determinarán los aportes y la influencia de cada uno de los tribunales y la CDI al derecho penal internacional.

A partir de un estudio histórico y político sobre la creación de la Corte Penal Internacional se determinarán los aspectos positivos y negativos en términos jurídicos y de política internacional. Ello significará verificar la indivisibilidad entre esta última y la creación de instituciones jurídicas, así como aceptar factores que pueden promover de alguna manera la prevención de violaciones sistemáticas a derechos humanos.

### **1.2.1 Crímenes de lesa Humanidad.**

Ahora bien, hasta el momento se ha estudiado la institucionalización del derecho penal internacional en tribunales ad hoc y Corte Penal Internacional, sin desconocer su redacción en los Estatutos de Tribunales de Mixtos, queriéndose recalcar la evolución de los distintos organismos que han tenido la jurisdicción para el juzgamiento internacional de delitos, sin hacer énfasis específico en cualquiera de los distintos tipos penales que allí han sido

imputados. No obstante, a partir del presente subtítulo, resulta imperativo hacer un estudio minucioso de la evolución de la tipología de los crímenes de lesa humanidad, máxime cuando la definición actual es producto de un largo debate legal, político y doctrinal.

Así, como fue referido, esta categoría (crímenes de lesa humanidad) ha tenido gran dificultad para su comprensión. Aunque el crimen de agresión se dejó a la posteridad para evitar que los intereses estatales impidieran la institucionalización de la CPI, en lo que concierne a los de lesa humanidad su conceptualización pasaba desde ser de naturaleza *ex novo* a la definición del bien jurídico protegido y su posibilidad de ser considerados o no como autónomos. Al respecto se investigará el origen y relación con los hechos previamente señalados para su definición final.

La definición y desarrollo del concepto de crimen de lesa humanidad, no sólo puede ser atendida desde un punto de vista dogmático-legal, sino que es necesario tener en cuenta su contextualización histórica, sociológica y política (ideológica). De esta forma, ha de atenderse en primer lugar que desde un sentido gramático los crímenes de lesa humanidad son aquellas acciones delictivas que afectan al género humano, donde se evidencia la diferencia con el genocidio donde la víctima es un grupo específico, pero no el conjunto global de sujetos.

La denominación de actos en contra de la humanidad significa entonces, de acuerdo con lo citado por Smeulers (2011), una ofensa que constituye un ataque serio sobre la dignidad humana o una grave humillación o degradación de uno u más seres humanos, es decir, la aceptación y persecución de hechos delictivos que son considerados como los más graves por el impacto y magnitud de estos. De lo anterior se deriva la selección de ciertos derechos humanos como aquellos de mayor relevancia y merecedores de protección a través del derecho penal.

Si bien con las primeras Leyes de derecho internacional público no llegó el término de «*lesa humanidad*» sí se dio un primer paso hacia el señalamiento de «*Leyes de la humanidad*».

Con la Convención de la Haya de 1907 y el establecimiento de la cláusula Martens, se estipuló:

*«mientras que se forma un código más completo de las Leyes de 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»*(Servín Rodríguez, 2014, p. 219)

Para arribar a la aceptación, al menos jurídica, de la existencia de actos contra la humanidad, se partió de la trágica experiencia histórica, en concordancia con la del derecho penal internacional. Como se ha reiterado son las guerras las que generan un efecto crucial para la formación del orden internacional. Ante el fracaso de lo que había significado el Pacto Briand-Kellog en 1928 -para evitar una nueva guerra- y los nefastos resultados de la Segunda Guerra Mundial, llevaron a los dirigentes de los Estados vencedores a proponer en la Carta de las Naciones Unidas, por un lado, la prohibición de toda guerra de agresión, limitando el uso de la fuerza y de otro lado, a establecer un mecanismo centralizado para el establecimiento de responsabilidad penal de los dirigentes que hubieran liderado campañas de agresión y ataque a la población civil. Propuesta, que como se relata posteriormente, había sido elevada por Gustave Moynier, uno de los fundadores de la Cruz Roja Internacional.

Con lo anterior no puede afirmarse la búsqueda de la creación del derecho penal internacional como prioridad de los vencedores. Los Estados estaban interesados en obtener la condena individual de los miembros de las fuerzas militares que habían causado millones de muertos en sus territorios, con base en preceptos ya existentes. No obstante, la clase de responsabilidad esperada por ellos significaba la creación de un Código o Estatuto que lo

legitimara y con ello la elaboración de tipos penales ajustados al derecho internacional existente, que se ajustaran a las conductas de los vencidos.

Incluso la consideración de la humanidad como víctima de un delito había sido discutida y rechazada en la Conferencia de Versalles, donde se refirieron la muerte masiva de armenios en 1915 como un ataque contra la humanidad. Así mismo, en 1919 al finalizar la primera guerra mundial fue el gobierno de Estados Unidos el que solicitó excluir el término de «*crímenes contra la humanidad*» del Tratado de Paz de Versalles (Servín Rodríguez, 2014, p. 220).

Sin embargo, como se indicó previamente, al término de la Segunda Guerra Mundial las definiciones jurídicas e históricas se transformaron: porque existían hechos que no podían ser catalogados como crímenes de guerra y gracias a que los Aliados necesitaban un término para adecuar estas conductas y en consecuencia perseguir a los Nazis responsables de acciones en contra de la población civil. Resaltando que las víctimas no eran armenios sino nacionales de los Estados del mundo «*civilizado*».

De ese modo se incluyó, en el artículo 6 del Estatuto Tribunal Militar de Núremberg de 1945, la facultad de juzgar y condenar a personas que hubiesen cometido crímenes contra la paz, de guerra y finalmente. Al respecto indicaba en el literal c:

*«CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.»*

Lo anterior significó reconocer por primera vez, con un alcance universal, la naturaleza singular del ser humano. Se trataba entonces de implementar normas sobre derechos

humanos, que se habían encontrado dispersas en convenciones, en el derecho penal internacional, donde además se trasladaba la responsabilidad estatal a la responsabilidad individual por la violación masiva de derechos humanos. En el caso del genocidio, que había sido propuesto por Rafael Lemkin, este fue incluido dentro de estos crímenes, empleando la Convención para prevenir y Sancionar el Crimen de Genocidio de 1948, y de esa forma fue convertido en un crimen autónomo. Los crímenes contra la humanidad, por el contrario, dependían de la existencia de una guerra.

En el mismo sentido se consagró en el artículo 5(c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente. Aunque no se realizó enjuiciamiento alguno por esta causa, la Ley 10<sup>o</sup> del Consejo de Control Aliado estableció que serían reconocidos como crímenes los actos señalados en su artículo II (c):

*«Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated.»*

En el Estatuto para el Tribunal del Lejano Oriente se realizaron modificaciones en la comprensión del crimen contra la humanidad. El más importante que realizaron los redactores fue eliminar como sujeto pasivo a la población civil, de modo que se ampliara la posibilidad para el Fiscal Keenan de acusar bajo la figura del crimen contra la humanidad las ofensas cometidas contra el personal militar, acusación que en efecto se dio. Aunque al final, como se mencionó, todo quedara abarcado por la tipificación de los crímenes de guerra.

Tal definición, resultó siendo un aporte importante en la configuración de los actos contra la humanidad. Hubo una desconexión entre los actos contra la humanidad y los crímenes

contra la paz y crímenes de guerra. Al respecto *The Medical Case*<sup>15</sup>, *The Justice Case*<sup>16</sup> y *The Einsatzgruppen Case*<sup>17</sup>, adelantados por el Tribunal Militar de Estados Unidos, especifican la posibilidad de que los actos perpetrados por alemanes a la población civil judía y alemana constituyeran crímenes de lesa humanidad, siendo también de gran importancia porque en estos casos se da la primera oportunidad de distinguir entre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, porque los juzgados no ostentaban la condición de militares, al ser civiles. Igualmente, el último mencionado es bastante trascendental, ya que puntualizó en que los crímenes contra la humanidad eran actos cometidos en el curso de una violación sistemática y en gran escala contra la vida y la libertad.

En el Proyecto de Código de 1951 de la Comisión de Derecho Internacional se hizo referencia dentro de la categoría de «*ofensas contra la paz y la seguridad de la humanidad*» a los actos inhumanos como aquellos perpetrados en contra de la población civil y que podrían ser asesinato, exterminio, esclavización, deportación y la persecución por motivos políticos, raciales religiosos o culturales. Sin embargo, se advirtió que la existencia de este crimen dependía de la comisión de otros contenidos en el Código bien por ser simultáneos o tener conexión con ellos. En específico al hacer referencia al término de «*masividad*», donde se determinaba la relación con los crímenes de guerra para evitar la confusión con los delitos domésticos (Servín Rodríguez, 2014, p. 225).

La Comisión de Derecho Internacional<sup>18</sup> en 1954 en ejercicio de sus labores de redacción de un Código de Crímenes Internacionales, mencionó a los crímenes contra la humanidad como aquellos tendientes a destruir total o parcialmente a un grupo de personas o acciones delictivas motivadas por razones sociales, políticas, raciales o culturales. De modo que si

<sup>15</sup> US vs. Karl Brandt del 20 de agosto de 1947. En el que se hizo referencia a que aquellos experimentos que conllevaban la brutalidad, tortura y daños, eran el resultado de hechos que contrariaban las normas internacionales y los dictados de la conciencia pública.

<sup>16</sup> US vs. Joseff Altstoetter. Se indicó que los hechos ejecutados en territorios ocupados eran constituyentes de crímenes de guerra y contra la humanidad, pero cuando los ataques se dirigieran sólo contra población alemana se entenderían como estos últimos.

<sup>17</sup> US vs. Otto Ohlendorf. 10 de abril de 1948. Se precisó que los actos no se encuentran limitados a los crímenes de guerra ni a la nacionalidad de los acusados o las víctimas.

<sup>18</sup> Creada el 21 de noviembre de 1947 por la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante la Resolución A/RES/174(II), tiene por misión favorecer el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional

bien se consideraba la tipificación de ciertas conductas bajo la modalidad de actos que afectaran a la humanidad, no se determinaba con exactitud las características de los sujetos a proteger específicamente.

Al respecto se indicó como una de las diferencias entre la violación de derechos humanos y un crimen contra la humanidad que el primero afectaba el derecho fundamental de un individuo y el último afectaba a la humanidad entera. No obstante, se advirtió que tal diferenciación resultaba insuficiente, advirtiéndose que la violación de un derecho humano dentro de un Estado debía alcanzar cierta magnitud o cierto grado de crueldad, que repugnara a la conciencia universal lo que permitiría que el acto entrara en el ámbito del derecho internacional.

El proyecto, empero, se postergó y no fue aprobado por la falta de precisión sobre el crimen de agresión. Aun así el 10 de diciembre de 1981, como se había referido, fue aprobada la Resolución 36/106, titulada «*Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*», mediante la cual se solicitó a la Comisión reanudar las labores para la redacción del código, lo que se discutió en el periodo 35 de sesiones, presentándose discusiones evidentemente políticas sobre la comprensión de humanidad: bien como el conjunto de la comunidad humana; o en el sentido humanista, como representación de un conjunto de valores morales y espirituales generalmente reconocidos a esa comunidad humana .

En 1966, producto del *apartheid* ejecutado en Sudáfrica y los fatídicos resultados humanos, la Asamblea General de Naciones Unidas hizo el respectivo pronunciamiento. Condenó a través de la Resolución 2202 a del 16 de diciembre de 1966, la política de *apartheid* de la República Sudafricana y lo catalogó como uno de los delitos contra la humanidad.

Igualmente, en 1968 por medio de la Resolución 2391 de ese año, se aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, atendiendo a la gravedad de estos. Además de hacer alusión directa a unos hechos, se impuso la gravedad

como característica de dichos crímenes. Así mismo se indicó que los actos contra la humanidad podían ocurrir en tiempo de guerra y en tiempo de paz, afirmación que se reflejó en el Código hecho por la CDI en 1980.

Lo anterior permitió que en el análisis del proyecto de Código de 1984 no se expresaran dudas respecto de la inclusión del apartheid o el colonialismo como atentados contra la humanidad. Hecho que no ocurrió en relación de: la tenencia de armas nucleares, la toma de rehenes, violaciones a personas con privilegios diplomáticos, el mercenarismo y la piratería. Haciéndose necesario instar a un código reducido, cuyo único objeto fueran los delitos que se distinguían por su carácter particular de horror y crueldad, de salvajismo y barbarie, esencialmente de crímenes que atentaran contra los fundamentos mismos de la civilización contemporánea y los valores que esta encarnaba. Así como se había descrito en la rendición de Alemania en la primera guerra mundial, existía un mundo «civilizado» y por consiguiente uno merecedor de civilizarse.

Dentro de las solicitudes de Naciones Unidas por la redacción de un Código internacional se emitió la Resolución 39/80 del 13 de diciembre de 1984. La Asamblea General pidió a la Comisión continuar con la elaboración del Proyecto de Código y solicitar las opiniones por intermedio de la Secretaría a los Estados miembros, para incluir el debate en el próximo periodo de sesiones. Así en 1985 se suscitaron discusiones en torno a la aplicabilidad, competencia del Código y en efecto la limitación de las conductas que podrían ser consideradas como actos contra la humanidad.

Es así, que en 1991 se aprobó por parte de la Comisión un Proyecto de Código en el que se incluyeron como crímenes: el de agresión, la amenaza de agresión, el colonialismo, genocidio, violaciones sistemáticas de derechos humanos, entrenamiento de mercenarios, tráfico de estupefacientes y atentados contra el ambiente. Ciertos delitos que en la actualidad se catalogan como crímenes de lesa humanidad, fueron establecidos en el aparte de *violaciones sistemáticas de derechos humanos*. Otros crímenes, como el tráfico de drogas y la trata de personas, fueron excluidos por temor a la falta de ratificación y el contenido político que podrían obstaculizar la creación de una Corte Internacional.

Paralelo al desarrollo del Proyecto de Código, en 1992 nuevamente Naciones Unidas hizo alusión a los crímenes de lesa humanidad. Señaló en la Resolución 47/133 del 18 de diciembre: *“Considerando que las desapariciones forzadas afectan los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad”*. Afirmación reiterada en 1994 en la Convención Interamericana sobre desaparición forzada, en la que se precisó que su práctica sistemática constituía un crimen de lesa humanidad.

Por ello, es que, a partir de 1992, se puede hablar de la segunda era de la Justicia Penal Internacional, en la que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas se comprometió con la investigación de los hechos ocurridos en el conflicto de la ex-Yugoslavia y en Ruanda, consiguiendo en 1994 el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Dentro de los Estatutos de los mencionados Tribunales se pusieron de presente, y como núcleo de los crímenes internacionales, los de lesa humanidad, donde se precisó, de un lado, en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal para la Ex – Yugoslavia<sup>19</sup>:

***«Crímenes contra la humanidad***

*El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando estos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil:*

- a) Asesinato;*
- b) Exterminación;*
- c) Reducción a la servidumbre;*
- d) Expulsión;*
- e) Encarcelamiento;*

<sup>19</sup> Aprobado mediante Resolución 827, 25 de mayo de 1993 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

- f) Tortura;*
- g) Violaciones;*
- h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;*
- i) Otros actos inhumanos.»*

Por otro lado, en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda<sup>20</sup>, consagró en el artículo 3:

***«Crímenes de lesa humanidad***

*El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas:*

- a) Homicidio intencional;*
- b) Exterminio;*
- c) Esclavitud;*
- d) Deportación;*
- e) Encarcelamiento;*
- f) Tortura;*
- g) Violación;*
- h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos;*
- i) Otros actos inhumanos.»*

De lo anterior se deriva el desarrollo que tuvo la concepción en el segundo Estatuto, donde se reconoció la categoría de crímenes de lesa humanidad de modo independiente a la existencia o no de un conflicto armado.

Ahora bien, considerando que la intervención de un ente internacional en lo sucedido en la ex – Yugoslavia y en Ruanda se efectuó con posterioridad a los hechos ocurridos, se creó

<sup>20</sup> Aprobado mediante Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/955 (1994)

mediante la Resolución 50/46 del 11 de diciembre de 1995 el Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, que junto a la Comisión de Derecho Internacional presentaron en 1996 se presentó un nuevo Proyecto de Código, en el que se estipuló en el artículo 18:

*«Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes:*

*a) Asesinato;*

*b) Exterminio;*

*c) Tortura;*

*d) Sujeción a esclavitud;*

*e) Persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos;*

*f) Discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que suponga la violación de los derechos y libertades fundamentales y entrañe graves desventajas para una parte de la población;*

*g) Deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario;*

*//) Encarcelamiento arbitrario;*

*i) Desaparición forzada de personas;*

*j) Violación, prostitución forzosa y otras formas de abuso sexual;*

*k) Otros actos inhumanos que menoscaban gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves.» (Comisión de Derecho Internacional, 1996, p. 51)*

El anterior Proyecto tuvo una relevancia esencial en la tipificación de los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de Roma, como quiera que se precisó sobre el artículo 18 en relación con la inclusión alternativa de la caracterización de estos delitos por su comisión de modo sistemático o a gran escala, siendo importante el primero al excluirse los actos cometidos al azar e incluyendo los que hacen parte de un plan o una política. Así mismo, se advirtió la necesidad de que el autor perteneciera al Estado o una organización y se reiteró

su autonomía respecto de los crímenes de guerra y la posibilidad de su comisión en tiempo de paz (Comisión de Derecho Internacional, 1996, p. 51).

En efecto, la Comisión en sus sesiones de 1994 consideró las discusiones precedentes y lo dispuesto en los Tribunales Ad-Hoc, en orden a elaborar un concepto de los crímenes contra la humanidad. Se refirió señalando que su definición «*abarca actos inhumanos de carácter muy grave que impliquen violaciones generalizadas cuyo objetivo sea la población civil en su totalidad o en parte*» (Comisión de Derecho Internacional, 1994, p. 42). En principio, allí se señaló como característica la sistematicidad de los hechos y conjuntamente al factor de “a gran escala”, afirmación que luego sería cambiada a una de naturaleza disyuntiva, aceptando que el cumplimiento de cualquiera de las dos características era suficiente para la existencia de un crimen de lesa humanidad.

En las mismas sesiones se hizo alusión a la motivación que debía caracterizar el delito para su diferenciación de actos criminales de competencia de la jurisdicción nacional. En ese sentido, se afirmó que no era como tal la conducta, es decir, asesinato, persecución, tortura, etc., la que constituía un crimen de lesa humanidad, sino el hecho de que se dirigiera contra la población civil o parte de ella y que se diera por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos (Comisión de Derecho Internacional, 1994, p. 43). Este aspecto fue incluido en el Estatuto de Roma, reduciéndolo al requerimiento de un elemento político en la comisión de los crímenes.

En la Conferencia de Roma se presentó, de parte del Comité Preparatorio, el *draft* del Estatuto donde se establecieron diferentes variantes. En cuanto a la motivación, se planteó inicialmente la posibilidad de que los crímenes se realizaran en relación directa con el conflicto armado y que las razones fueran religiosas, políticas, filosóficas o cualquiera arbitrariamente definida (Naciones Unidas, 1998, p. 25). Finalmente, se acogería la independencia de su comisión de la existencia de un conflicto armado y se delimitaría la ocurrencia con ocasión de promover la política de un grupo u organización.

Frente a la descripción de los crímenes se consideraron factores como la gravedad y la relación con la violación a los derechos humanos. Por ejemplo, sobre la desaparición forzada se sugirió la necesidad de mayor tiempo para considerar o no su inclusión, así como la necesidad de enlistar los actos considerados como inhumanos y, en el caso de la persecución, se recomendó tener en cuenta los grupos políticos que habían sido excluidos del genocidio, porque se atendía a la importancia de su protección.

Igualmente, el Comité analizó actos que pudieran considerarse de terrorismo y que pudieran ser de competencia de la Corte. Ciertamente el Comité Preparatorio examinó los tres crímenes de terrorismo, contra Naciones Unidas y sustancias sicotrópicas, aunque no con la misma acuciosidad de los demás crímenes (Naciones Unidas, 1998, p. 27). De modo que, atendiendo a los comentarios y la situación de los Estados, se sopesó que incluir estos delitos, significaría reducir la efectividad de la Corte y la aceptación de parte de los Estado, por lo que se excluyeron finalmente del Estatuto.

En suma, las discusiones dejaron de versar sobre la inclusión de crímenes de lesa humanidad como de competencia del Tribunal Penal Internacional y empezaron a girar en torno a qué actos se podían tipificar como crímenes internacionales. Teniendo en cuenta Núremberg, Yugoslavia, Ruanda y los conflictos que se presentaban en la época, el 17 de julio de 1998, de acuerdo con el acta A/CONF.183/10, se aprobó el Estatuto de Roma que quedaría sujeto a ratificación, aceptación o aprobación por parte de los Estados. Los crímenes serían los actos enlistados en el Estatuto y su descripción quedaría señalada en el documento denominado Elementos de los Crímenes.

De ese modo, el Estatuto de Roma dispuso, en su artículo 7, hechos individuales que podrán ser considerados como crímenes de lesa humanidad, pero señala: *«A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque»* (...) y para lo mismo advierte en el literal a: *«Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la*

*comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política».*

Así, el enlistado de los actos a considerar como crímenes de lesa humanidad son:

- a) Asesinato;*
- b) Exterminio;*
- c) Esclavitud;*
- d) Deportación o traslado forzoso de población;*
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;*
- f) Tortura;*
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;*
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;*
- i) Desaparición forzada de personas;*
- j) El crimen de apartheid;*
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.*

Con base en la anterior descripción, el tipo penal ha sido desarrollado en decisiones de la Corte Penal Internacional y por los autores de la dogmática penal. Así, se ha advertido que los elementos de generalizado o sistemático hacen referencia al factor cuantitativo y

cualitativo de un crimen de lesa humanidad (CPI, 2012). De modo que, es generalizado en tanto se cometa a gran escala por número de víctimas o por la porción territorial que se haya afectado, y el carácter sistemático, cuando se ejecuta cualquiera de los actos como parte del ataque y para favorecer a una organización o al Estado (International Criminal Court, 2010).

La limitación de los anteriores factores no ha sido pacífica e incluso la criminología ha hecho alusión a ellos. En el caso de la sistematicidad se puede entender la organización requerida para ejecutar actos de magnitudes amplias y que, por ello, pueden ser delimitados como los crímenes de Estado o en últimas de poderosos. Sin embargo, en lo referente al elemento cuantitativo, no es claro qué y cómo se define el número de víctimas necesarias para la existencia de un crimen internacional, máxime cuando existe el genocidio con la presencia de una sola víctima.

La Corte Penal Internacional realizó un examen preliminar en Irak y cerró la investigación por no cumplir el factor cuantitativo (2010). Esta determinación fue altamente cuestionada, pues se trataban de 150.000 víctimas como producto del ataque hecho por Reino Unido en el país musulmán (Oficina del Fiscal CPI, 2010), aunque a la fecha se mantiene el país en estudio preliminar. De igual manera, la criminología de la corriente *mainstream* y que ha estudiado los crímenes internacionales tiene establecidas escalas de número de víctimas para determinar la gravedad de una conducta y su clasificación como crimen de lesa humanidad (Smeulers & Grünfeld, 2011).

La determinación de la existencia de un ataque responde a la diferenciación entre un crimen internacional y uno de carácter nacional. Como se advierte del articulado citado los delitos descritos por el ER deben realizarse en determinado contexto que hacen posible afirmar su existencia. Es decir, la conducta que se ejecute debe hacer parte o estar relacionada con el desarrollo de un *ataque generalizado o sistemático contra la población civil* y por ende se exige el conocimiento del autor en el sentido de que supiera o hubiera podido saber que su comportamiento era parte de dicho ataque.

Por último, se destaca el elemento de población civil como constitutivo de los crímenes de lesa humanidad. Esta característica que se le impone a las víctimas es producto del desarrollo jurídico de los crímenes, cuando se hallaban relacionados con el conflicto armado, aunando que estos pueden ser cometidos tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz. Por lo que se entenderá por población civil todo aquel del cual no provenga ningún acto de violencia (CPI, 2009). Esto significó ampliar la protección a todos los sujetos sin tener en cuenta su condición sino sus acciones.

### **1.2.2 Contexto Sociopolítico del Derecho Penal Internacional.**

En primer lugar, debe considerarse la convergencia que constituye la elaboración del derecho penal internacional: es derecho penal pero también es derecho internacional. En ese sentido, la naturaleza de su configuración, elaboración y consolidación en el concierto mundial implica reconocer que se trata de un híbrido en materia jurídica y en su aplicación. De suerte que, para comprender su surgimiento, es necesario el reconocimiento de su ejecución como derecho penal y el diseño de políticas frente a la persecución, como la política criminal que corresponde al derecho internacional.

A partir de este fundamento, el desarrollo histórico del derecho penal internacional se encuentra dividido en cuatro fases: la primera etapa corresponde al surgimiento del derecho internacional y el establecimiento de las reglas en el marco de la guerra; la segunda concierne al periodo posguerra y los tribunales de Núremberg y Tokio; la tercera al establecimiento de los tribunales *ad-hoc*; por último, el proceso de preparación, redacción y adopción del Estatuto de Roma.

La definición del orden internacional, o modo bajo el cual se organizan los Estados- Nación, se encuentra mediada por la transformación de las relaciones internacionales: desde la existencia de la dualidad entre Iglesia e Imperio; su consecuente decaimiento; la formación de Imperios y Reinos en Occidente; y la naciente división del mundo occidental, griego y

árabe. Así mismo el uso de la fuerza por el control territorial, político y religioso, que significó las guerras mundiales y una formación, medianamente estable en la definición del Estado moderno.

Durante la primera fase se pueden observar los acuerdos entre los Estados, bien para la cooperación o para la regulación de la guerra. A lo largo de la historia, el derecho a acudir a la guerra (*jus in bello*) se ha legitimado y justificado, sin embargo, el mismo desarrollo de los conflictos ha impulsado a sus actores a elaborar acuerdos sobre cómo actuar en el marco de la guerra, pactos que se han consolidado a través de los tratados. Al respecto, como antecedente primigenio de acuerdos entre Estados se encuentra la Paz de Westfalia, que estaba compuesta por dos acuerdos (Osnabrück y Münster). Estos acuerdos implicaron, en 1648, la terminación de la guerra de los treinta años, guerra librada en Europa Central entre los años 1618 y 1648 por razones religiosas y de búsqueda de consolidación de poderío hegemónico, principalmente.

La guerra de los treinta años puede calificarse como una de carácter complejo. Esto no obsta para destacar su importancia en el contexto internacional. Esto radica en la multiplicidad de factores que influyeron en el orden geopolítico y claramente en su misma duración, adicionalmente como se describe por historiadores, esta guerra:

*«(...) destaca como una de las más confusas por la diversidad de sus ingredientes. Su novedad fue el hecho de que participaron en ella la mayor parte de los Estados y gobernantes del viejo continente. Por ello ha sido calificada como la guerra civil europea.»(Bremer, 2010).*

Para comprender cómo se desarrolló este conflicto durante tres décadas, es importante hacer alusión a tres elementos: primero, los actores que intervinieron en ella; segundo, las fases cronológicas en las cuales los historiadores han dividido la guerra (bohemia, danesa, sueca y francesa); finalmente, las consecuencias de su finalización en términos de acuerdos y redefinición del orden geopolítico.

Sobre el primer aspecto, debe precisarse que el continente europeo se encontraba bajo una organización dinástica. La nobleza se había fortalecido con la consolidación de la realeza en España, Francia e Inglaterra, esto implicaba que los Estados se observaran como parte de su propiedad, adquirida por herencia y sobre los cuales tenían poder otorgado por el derecho divino (Bremer, 2010). Aunque la guerra de los treinta años involucró la mayoría de potencias europeas, el Imperio Otomano, los Estados Italianos, Inglaterra y Europa Oriental estuvieron ausentes, los grandes alineamientos enfrentaron a España y el Sacro Imperio Romano con Francia y Suecia, esto significa que, los Habsburgo se enfrentaron al resto de Europa (Tilly, 1992, p. 246).

Previo al inicio de la guerra, el ambiente hostil entre los imperios se encontraba presente a raíz de sus conflictos internos, las crisis económicas y el surgimiento de la reforma protestante. El detonante del conflicto ocurrió en 1617 cuando Fernando II de Habsburgo fue elegido rey de Bohemia, región que en su mayoría era protestante y, debido al radicalismo católico del regente, decidió desconocer la Carta de Majestad de Tolerancia firmada por Rodolfo II en la región en 1609. Esta carta establecía libertad de conciencia, cultos y el derecho a construir templos y escuelas, rompiendo el principio de *cuius regio, eius religio* (según sea la religión del Rey, así será la religión del reino) establecido en 1555 en la paz de Augsburgo.

Bajo el radicalismo de Fernando II se establecieron en Bohemia ministros católicos que tenían como labor erradicar el protestantismo. Sin embargo, como se trataba de un territorio en el que habían convivido los diversos credos y debido al incumplimiento de la Carta de Majestad, el 23 de mayo de 1618 se presentó un motín en Praga de parte de los protestantes por dicha medida que derivó en la defenestración de los regentes católicos Slawata y Martinicy su secretario, ocurrida en el Palacio de Hradschin. Pese a que los tres sobrevivieron se dio paso a la primera fase de la denominada guerra de los treinta años.

La fase bohemia de la guerra comprende el periodo entre 1618 y 1625. En esta etapa de la guerra se consolidaron dos fuerzas: la Liga Católica y la Unión Protestante. El catolicismo

hizo lo posible por apoderarse de los territorios y reducir cualquier viso de protestantismo a través del uso de la fuerza, la represión y la confiscación de bienes. En Alemania se consolidó Maximiliano de Baviera, en Hungría el Príncipe de Transilvania y en España el catolicismo estaba más que arraigado. Empero, en el medio, y apoyando a los protestantes, estaba la Liga de Lyon que procuraba reducir las acciones de los católicos (Alcaine, 2010, p. 5). Los primeros años de la guerra estuvieron bajo el dominio católico, pero cultivaron el terreno para una revancha posterior.

La fase danesa entre 1625 y 1629 se caracteriza por la intervención de Dinamarca y Noruega a favor de los protestantes. El Rey Cristian IV de Dinamarca brindó su apoyo a los protestantes alemanes y se enfrentó a Wallenstein, mercenario empleado por Fernando II. El Sacro Imperio nuevamente venció a los protestantes en la Batalla del Puente de Dessau en 1626 y se consolidó en el territorio alemán. Aunque derrotaron a los daneses, no pudieron tomar la capital y el costo de las operaciones resultaba excesivo, por lo que se culminó en el Tratado de Lübeck en 1629, donde Cristian IV retiró su apoyo a los protestantes alemanes. Aunque parecía una etapa finalizada, la Liga Católica persuadió a Fernando II de recuperar las posesiones luteranas de propiedad de la iglesia católica.

La tercera fase es la sueca, desarrollada entre 1630 y 1635. Como se puede observar, el conflicto partió de una revuelta en Bohemia y con el paso de los años fue involucrando a diferentes gobiernos. En 1630 el Reino de Suecia ingresó a la guerra a la cabeza de Gustavo Adolfo. Este monarca joven introdujo importantes cambios en la forma de hacer la guerra y la organización del Estado, por ejemplo, convocó a los nobles a que asumieran papeles de funcionarios civiles del Estado (aporte para la naciente diplomacia), igualmente aumentó la capacidad militar y creó las tácticas militares de la *doble salva*<sup>21</sup> y la *brigada*<sup>22</sup> (Patiño Villa, 2013, pp. 59–60). Ello, sumado a los conflictos internos en el ejército católico (el asesinato

<sup>21</sup> Se trataba de una estrategia en la que los mosqueteros se sitúan en tres hileras, la primera se ubica con el cuerpo a tierra, la segunda arrodillada y la tercera de pie.

<sup>22</sup> Es una unidad táctica táctica compuesta por cuatro escuadrones en forma de flecha y un escuadrón de reserva.

de Wallenstein por orden de Fernando II) llevó a vencer al tradicional ejército del catolicismo. En 1635 se firmó la paz de Praga, en la que se prohibió a los príncipes alemanes establecer alianzas y se legalizó el calvinismo.

Aunque parecía el fin de la guerra, Francia, liderada por Richelieu, no quedó satisfecha con el acuerdo, como quiera que el poder de los Habsburgo seguía siendo de amplias magnitudes. De esta inconformidad surgió el último periodo de la guerra, denominado periodo francés desplegado entre 1635 y 1648. Richelieu consiguió una alianza entre Suecia, Francia y los príncipes alemanes en contra de los Habsburgo; la muerte de Fernando II y el ingreso de Fernando III (menos radical que su antecesor); la secesión de Portugal y la revolución de Cataluña hicieron que se fragmentara la cohesión católica y se condujera al establecimiento de mesa de paz. En 1644 se iniciaron en Münster, en la región de Westfalia, las negociaciones para dar fin al conflicto y reorganizar el continente europeo.

La organización de las negociaciones de paz no resultó una tarea sencilla, no solo por la continuidad del conflicto por más de cuatro años, sino por las diferencias ideológicas, religiosas e idiomáticas de los cuerpos diplomáticos de las potencias. Las delegaciones protestante y católica fueron separadas para evitar desgastes y atender cuestiones más importantes (Bremer, 2010), los católicos se reunieron en Münster y los protestantes en Osnabrück.

Las negociaciones pueden dividirse en tres etapas: de 1643 a 1645 se organizó el procedimiento, de 1646 a 1647 se resolvieron asuntos holandeses y alemanes, y finalmente hasta 1648 se determinaron las remuneraciones y compromisos de cada uno de los Estados nacientes (Bremer, 2010).

El fin de la guerra, consecuencia directa de la firma de la Paz de Westfalia, implicó el surgimiento de un sistema diplomático entre los Estados. Se trató del primer acuerdo multilateral para terminar una guerra paneuropea entre Estados y para la coexistencia de los mismos (Patiño Villa, 2013, p. 65). La paz de Westfalia marcó un hito en la resolución de conflictos, dado que fueron enviados los plenipotenciarios de cada reino y se excluyeron

sujetos religiosos, otorgándose de esta manera preponderancia al poder de los Estados nacionales, desechando cualquier posibilidad de soberanía ilimitada. Sumado al hecho de introducir un elemento determinante en el derecho internacional referido a la soberanía nacional en Europa, se reconocieron como soberanos a la Confederación Suiza y la República de los Países Bajos y se establecieron límites fronterizos como Francia con Alsacia y Lorena.

Por ello, este hecho histórico se tiene como piedra angular en la constitución del derecho internacional público. Los principales aspectos que se heredaron al derecho contemporáneo son los referidos a la formación de los Estados modernos y su soberanía, como el derecho a la no intervención en los asuntos internos. En consecuencia, para el orden internacional se trata de la afirmación de la absoluta independencia recíproca de los ordenamientos estatales (Franca Filho, 2006, p. 90). Efecto de la firma de este acuerdo fue el rediseño de los paradigmas filosóficos y político, por lo que no es casualidad que Hobbes escribiera *El Leviatán* en 1651, tres años después de la firma del tratado de Westfalia.

La Paz de Westfalia no significó el fin de los conflictos o de la intolerancia religiosa, sin embargo, si fue el punto de partida para la definición de un orden interestatal. En medio de dicho orden, y con el fortalecimiento de América y el mundo oriental, en 1756 surgió la guerra de los siete años que finalizaría 1763 con el Tratado de Paz de París. Este conflicto, aunque tiene relevancia internacional por la participación de diferentes Estados, solo tuvo consecuencias en el sentido geográfico de repartición territorial de Inglaterra y Francia respecto de sus colonias (Patiño Villa, 2013, p. 100).

En los mismos términos de organización geográfica se dieron los acuerdos con posterioridad a la derrota napoleónica. En 1815, a través del Congreso de Viena, se diseñó un sistema basado en el equilibrio de poder entre las potencias europeas (Vallarta, 2006, p. 12), definiendo el orden geopolítico que continuaría. De esta forma se restablecieron las fronteras de Francia tal y como habían estado previo a la Revolución Francesa. Este acuerdo político,

hecho para controlar el expansionismo francés propuesto por Napoleón, implicó la creación de fronteras virtuales que generarían tensión dentro del continente.

Entre 1860 y 1871 se libró la guerra Franco Prusiana por la anexión de territorios, específicamente Luxemburgo y la región de Alsacia y Lorena. Este conflicto, en el que el Reino de Prusia salió vencedor, implicó «una transformación trascendental al pasar de la hegemonía franco-británica a un modelo de equilibrio de poder ideado por el canciller Otto von Bismarck» (Patiño Villa, 2013, p. 114). La guerra terminaría con el tratado de Frankfurt en 1871, quedando Francia condenada a indemnizar a Alemania y ceder los territorios que habían sido objeto del conflicto (Hobsbawm, 2014).

En 1872 al término de la guerra franco-prusiana se propuso la creación de un tribunal internacional. Uno de los primeros en señalar que debían ser juzgadas las atrocidades cometidas durante la guerra, fue Gustave Moynier<sup>23</sup>, uno de los fundadores del Comité Internacional de la Cruz Roja. Para Moynier era necesario establecer medios de juzgamiento imparciales que no quedaran a cargo de los vencedores y que permitieran coaccionar a los Estados para el cumplimiento de las reglas de la guerra, considerando que los tribunales nacionales eran insuficientes para lograr que los Estados acataran la normatividad internacional.

La Convención de 1899, relativa a las Leyes y usos de la Guerra Terrestre, fue producto de la Conferencia de Bruselas de 1874. Esta conferencia de paz había sido promovida por el Zar Alejandro II de Rusia que procuraba la prohibición del empleo de cierta clase de armas, intención dada por el miedo a quedar en inferioridad militar. Con esta se esperaba la prohibición del uso de estas armas siempre y cuando fuera para todas las partes contratantes y no únicamente a ellos. Como esta última declaración no fue ratificada, en 1899 fue

<sup>23</sup>Gustave Moynier: Jurista suizo (21 de septiembre de 1826-21 de agosto de 1910). Presidente del CICR, se caracterizó por tener ideas revolucionarias frente al establecimiento de una jurisdicción internacional en términos penales y de respeto al DIH, en medio de una organización internacional en la que los Estados procuraban la protección de su soberanía.

actualizada por la Conferencia Internacional de la Paz, regulando el uso de la fuerza y aceptando el principio del uso de los buenos oficios, la mediación y el arbitraje.

En 1907 se estableció la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales. A través de esta se ampliaron disposiciones de la Convención de 1899 y se determinó la institución de una Comisión Internacional de Investigación cuando existiera un conflicto entre las partes, específicamente en aquellos casos donde no hubiese un acuerdo por la vía diplomática. Adicionalmente, es importante resaltar que se trató de la primera Convención con la participación de países latinoamericanos, con la suscripción de México y Uruguay.

Con los anteriores convenios se daba paso en el marco internacional a la creación de un comunitarismo entre Estados a través del derecho. Se trataba de regularizar la guerra y hacer de las alianzas una forma de cooperación internacional, así como de procurar una humanización en los conflictos. La creación de la Cruz Roja Internacional y el establecimiento de los convenios internacionales, con tribunales para evitar el surgimiento de conflictos bélicos, eran muestra del intento por reducir las atrocidades que la guerra traía consigo.

En 1919, para dar fin a la primera guerra mundial, se firmó el Tratado de Versalles, después de seis meses de negociaciones. En octubre de 1918 Alemania solicitó al presidente Wilson la realización de un documento que permitiera el establecimiento de la paz, a través de dicho tratado Alemania no solo aceptó su rendición frente a los aliados, sino que suscribió diferentes obligaciones, que incluso hoy son consideradas como factores que influyeron decisivamente en la declaración de la segunda guerra mundial. Se trató de un armisticio de catorce puntos en los que la paz consistía únicamente en obligaciones y sanciones al pueblo alemán.

Con el Tratado de Versalles se creó también la Liga de las Naciones (antecesora de Naciones Unidas). Alemania solicitó pertenecer a la Liga en un plano de igualdad con las potencias y

como condición para la reducción de sus acciones armamentísticas, de modo que todos los Estados dirigieran sus acciones hacia la consecución de la paz. Sin embargo, la respuesta de parte de las potencias aliadas fue negativa, argumentando que no existe posibilidad de *asociarse en pie de igualdad con los que han causado daños tan graves*. El Consejo de la Sociedad de Naciones se compondría por Estados Unidos, el Imperio Británico, Francia, Italia y Japón.

Frente a la eventual imposición de sanciones penales Alemania manifestó su negativa al establecimiento de un Tribunal Penal. Precisando que el artículo 9 del Código Penal alemán prohibía la entrega de nacionales a gobiernos extranjeros y que no existía una base jurídica en el derecho internacional que permitiera la imposición de responsabilidad penal (Instituto Iberoamericano de Derecho Comparado, 1920, p. 79). Por su parte, los aliados advirtieron la necesidad de sancionar a todos los responsables de los crímenes y actos de inhumanidad durante la guerra como único medio para restablecer la paz como objeto central del derecho internacional.

El bloque de países aliados rechazó el cuestionamiento de Alemania hacia la imparcialidad del Tribunal. Puntualizaron en que la institucionalización de tribunales de parte de ellos representaba *la opinión de la gran mayoría del mundo civilizado* (Instituto Iberoamericano de Derecho Comparado, 1920, p. 137) y por ende era la correcta, porque estaba acorde con lo reconocido como «civilizado». Una lista de 896 presuntos criminales fue puesta en conocimiento de Alemania, luego se redujo la lista a 45 y no se juzgó internacionalmente porque «Alemania se negó a la extradición de sus nacionales», igual a lo realizado por Holanda con el Káiser Guillermo II, anulando toda posibilidad de accionar el derecho penal en el contexto internacional.

En el marco de la firma del Tratado de Versalles se evidenciaba las condiciones desiguales entre las partes. A pesar de ser un acuerdo para la terminación de la guerra, las imposiciones hechas a Alemania implicaron una afectación no solo económica sino una injerencia directa en su soberanía, dado que: además de entregar territorios a Bélgica, Francia, Luxemburgo y Polonia, aunque su población fuera mayoritariamente alemana, se le obligó a reducir a la

fuerza armada a 200.000 hombres en tres meses con el control periódico de una conferencia militar de las potencias aliadas (Instituto Iberoamericano de Derecho Comparado, 1920, p. 125). Los vencedores advirtieron que debía ser aceptado el tratado en las condiciones dadas por ellos sin modificaciones a condición de que Alemania no fuera coaccionada por otros medios.

Pese a que el presidente norteamericano Wilson promovió el Tratado de Versalles, Estados Unidos no lo suscribió, y firmó con Alemania el Tratado de Berlín el 25 de agosto de 1921 para dar por concluida la primera guerra mundial. En general, el acuerdo ratificaba los puntos del Tratado de Versalles, excluyendo lo referente a la Sociedad de Naciones, pues para Estados Unidos era un acto aislacionista el rechazo de las potencias a Alemania en su participación. La no participación de Estados Unidos en la Liga de Naciones podría ser una de las explicaciones de su fracaso, puesto que, al ser una de las grandes potencias del ámbito internacional, su ausencia en una organización de tal carácter implicaba un debilitamiento en la legitimidad que los demás Estados le daban a la misma, generando una falta de vinculatoriedad de sus decisiones.

Sin embargo, la Sociedad de Naciones permitió el establecimiento de la Corte Permanente Internacional de Justicia, antecesora de la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ). De acuerdo con el Artículo 14 del Pacto de la Sociedad de Naciones el Consejo de esta era el encargado de instaurar un tribunal internacional para la resolución de conflictos entre Estados. Luego de haber nombrado un comité para la redacción de los principios e instauración de la Corte, en 1920 se aprobó el Estatuto para la Corte Permanente Internacional de Justicia. Se trataba de un órgano independiente de la Sociedad de Naciones, regido autónomamente por su propio estatuto, con la facultad para emitir opciones consultivas y resolver casos contenciosos. Corte que tendría su última sesión el 4 de diciembre de 1939, ya que, con el inicio de la segunda guerra mundial en ese año, y por el surgimiento de las Naciones Unidas al finalizar el conflicto, se decidió crear una nueva Corte que estuviera más acorde con los principios de la naciente organización.

Previamente a los hechos relatados en el anterior párrafo, durante la realización de la Sexta Asamblea de la Sociedad de Naciones, se dio paso a la elaboración del Pacto Briand-Kellog en 1928, para el mantenimiento de la paz internacional y para evitar nuevas confrontaciones. Inicialmente fue propuesto por el ministro de asuntos exteriores Aristide Briand a Estados Unidos de modo que se aliara y se suscribiera un pacto de no agresión, considerando que durante la asamblea referida se había referido a los actos de agresión como un crimen internacional. El secretario de Estado de Estados Unidos, Frank Kellog, propuso que fuera un tratado multilateral, por lo que fue firmado por casi todas las naciones con el propósito de renunciar a la guerra como instrumento de política internacional, según el artículo 2 del pacto, y para acudir a prácticas pacíficas para la solución de conflictos internacionales (“El Pacto Briand-Kellogg 1928,” n.d.).

Este pacto sería la base jurídica para la implementación de los Tribunales de Núremberg y Tokio. Pese al cuestionamiento de los abogados defensores de los miembros nazi, durante los juicios sucedidos en el primero de los tribunales mencionados, por la violación al principio de legalidad, se advirtió que el Pacto Briand-Kellog, que también había sido suscrito por Alemania, era el fundamento sobre el cual reposaba el establecimiento de tribunales para la persecución y condena de actos que habían atentado contra la paz mundial. No obstante, dicho tratado multilateral no tenía definido ningún acto delictivo de los tipificados al finalizar la segunda guerra mundial.

Así mismo, con el atentado en Marsella contra el Rey Alejandro I de Yugoslavia en 1934 se intentó elaborar un mecanismo de derecho penal internacional. El 16 de noviembre de 1937 se suscribió la Convención de Ginebra para la prevención y penalización del terrorismo, con ella se permitía a los Estados contratantes juzgar en su territorio a personas que hubiesen ejecutado actos de terrorismo en su Estado, cuando no fueran nacionales del mismo. Sin embargo «*al no haber sido ratificada la Convención, la jurisdicción penal internacional nunca llegaría a entrar en vigor*» (Gómez, 2003, p. 751).

El intento de los nacientes Estados europeos por el mantenimiento de la paz fracasó a pesar de los esfuerzos de consolidar las alianzas a través del derecho internacional. En 1939 la

Alemania de Hitler, alentada por los sentimientos de venganza y rechazo a las represiones impuestas con el Tratado de Versalles, invade Polonia y desata el surgimiento de la segunda guerra mundial. Este conflicto se caracterizaría por el aumento e innovación en el uso de las armas y la deshumanización de los actos en el marco del conflicto, hasta llegar a la llamada *solución final* como mecanismo para el exterminio de enemigos de los Nazis (Bailone, 2015, p. 2).

Al finalizar la guerra, y con el objetivo de juzgar los hechos sucedidos durante la misma, se erigirían los Tribunales de Núremberg y Tokio. Estos tribunales fueron cuestionados por ser establecidos por parte de los Estados vencedores (Ambos, 2004). Empero, dieron el paso definitivo a la consideración del derecho penal internacional y a la elaboración de categorías que hasta ese momento eran más o menos difusas. De este modo, se tipificaron conductas como los crímenes contra la humanidad y la agresión, así mismo se puntualizó en la responsabilidad penal individual y la persecución a las cabezas visibles de los actos que se consideraban como delitos e infracciones a las reglas de la guerra. Sin embargo, fue alegado, y aun hoy se critica, el hecho de su institucionalización con posterioridad a los hechos y la condena únicamente a los miembros de los Estados derrotados.

La Carta de Londres publicada el 8 de agosto de 1945 constituyó el Tribunal de Núremberg. Este documento estaba antecedido por la Declaración de Saint James de 1941, en la que los países aliados que tenían su sede de gobierno provisional en Reino Unido mantenían su intención firme por liberarse de la ocupación alemana y la necesidad imperiosa de cooperar entre Estados para la consecución de la paz, así como la elaboración de propósitos destinados a la erradicación de las causas de la guerra. En este documento apareció por primera vez la expresión «*crimen contra la humanidad*».

De forma similar, la Declaración de Moscú de 1943 (efectuado por Estados Unidos, Gran Bretaña, la Unión Soviética y China) elaboró principios para el establecimiento de la ONU y de la responsabilidad individual. Comprometidos con obtener la victoria en la Guerra, y con el requerimiento de un organismo internacional para la regulación de las relaciones

pacíficas, los Estados citados acordaron, al término de la guerra, instituir el organismo en el que las naciones participaran de forma soberana y se juzgaran a los responsables de las atrocidades que estaban ocurriendo por parte de cada uno de los países en las que se ejecutaban. Ello, sin perjuicio del juzgamiento que se haría de parte de los aliados cuando existiera una indeterminación geográfica de la ejecución de la conducta.

En el mismo documento se hicieron precisiones sobre Italia y Austria. Al respecto, los declarantes precisaron la importancia de eliminar todo aquello relacionado con el fascismo y hacer transición hacia la democracia, por lo que aquellos que habían sido condenados por ser opositores al régimen serían amnistiados. En cuanto a Austria se reiteraban los esfuerzos por su liberación, así como el hecho de imputarle responsabilidad al final de la guerra por su contribución al régimen Nazi. Con todo lo anterior, al declararse la victoria de parte de los aliados en 1945, existía una base para realizar el Acuerdo de Londres ratificado con la Carta del mismo nombre.

### **1.2.3 Tribunales de Núremberg y Tokio**

#### ▪ 1.3.3.1 Tribunal de Núremberg.

Con el Acuerdo antes mencionado se creó el Tribunal de Núremberg, para juzgar a los altos mandos y la posibilidad de que los aliados crearan tribunales en sus territorios para el juicio de los cargos más bajos. La sede permanente se ubicaría en Berlín, pero se eligió la ciudad de Núremberg para desarrollar el primer y único proceso penal, por haber sido el lugar de las principales manifestaciones del partido Nazi. Se imputaron cargo a veinticuatro miembros del partido nacional socialista, dos de ellos no comparecieron: Robert Ley se suicidó el 25 de octubre de 1945 y Gustav Krupp no pudo ser juzgado por su Estado físico y mental (Comisión Preparatoria de la Corte Penal Intenacional, 2002, p. 19).

Se elaboró el Estatuto para el Tribunal de Núremberg, según el cual debía regirse su accionar. El Tribunal estaba compuesto por 4 miembros nombrados por cada signatario, sin posibilidad de que alguno fuera recusado, no existieron miembros de países neutrales o de Alemania. La competencia recaía sobre crímenes contra la paz, de guerra y contra la

humanidad. Así mismo, se determinó la responsabilidad penal individual y la pertenencia a un grupo como una organización criminal. La pena a imponer podría ser incluso la pena de muerte.

La justificación sobre la legalidad de los crímenes de guerra y agresión se hizo sobre la base de lo hecho en el Pacto Briand-Kellog, y para el caso de los crímenes contra la humanidad se alegó que la retroactividad se trataba de un principio para la protección de inocentes que en este caso no aplicaba. Bajo el mismo parámetro se refirieron en cuanto a la responsabilidad penal individual, resaltando que solamente fueron juzgados los miembros de los países derrotados.

Así mismo en *Judgement: The Law of the Charter*, los aliados hicieron alusión a la imposibilidad de considerar que se tratara de una justicia de vencedores, sino que era el derecho justo que tenían los países del mundo civilizado, ocupados durante la guerra, y era la manifestación de la unión entre ellos, aunque lo hubiesen podido realizar de manera independiente. Sin embargo, no se negó que la institucionalización del Tribunal es una contribución al derecho internacional (“The trial of German major war criminals,” n.d.).

Lo anterior, como justificante del crimen de agresión y ampliado para los demás crímenes tipificados. Es importante destacar cómo los tribunales instaurados al finalizar la guerra estuvieron decididos a elaborar juicios por las invasiones hechas de parte del Reich, y no fue sino hasta el desarrollo del mismo juicio que se utilizaron las víctimas del holocausto como mecanismo para justificar la intervención en nombre de la humanidad.

En cuanto a la responsabilidad penal individual, se cuestionaba el hecho de que el derecho internacional solo se encargaba de juzgar los actos de los Estados. Empero, «*el procurador general de gran Bretaña, sir Hartley Shawcross recordó los casos de piratería, espionaje, bloqueo y crímenes de guerra, como ejemplos de obligaciones que el derecho internacional impone directamente a los individuos*» (Gómez, 2003, p. 758).

El Tribunal sesionó 403 veces y al finalizar: absolvió a tres de los acusados; condenó a cuatro a penas entre 10 y 20 años, Karl Dönitz, Baldur von Schirach, Albert Speer y Konstantin Von Neurath; tres fueron condenados a cadena perpetua, Rudolf Hess, Walther Funk y Erich Raeder. Por otra parte, doce fueron condenados a la pena de muerte: diez a la horca, Hans Frank, Wilhelm Frick, Julius Streicher, Alfred Rosenberg, Ernst Kaltenbrunner, Joachim Von Ribbentrop, Fritz Sauckel, Alfred Jodi, Wilhelm Keitel y Arthur Seyss-Inquart; se condenó *in absentia* a Martin Bormann y Herman Goering que se suicidó antes de ser ejecutado (Servín Rodríguez, 2015, p. 26).

#### ▪ 1.3.3.2 Tribunal de Tokio

Con base en el proceso adelantado en Núremberg, las potencias aliadas decidieron establecer otro Tribunal para enjuiciar a los dirigentes japoneses. El Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas, el general Douglas Mac Arthur, solicitó dicha institucionalización dando paso a su establecimiento el 19 de enero de 1946, conociéndose como el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, regido por su propio Estatuto. Este Tribunal, como el anterior, fue consolidado con el fin de ejercer justicia en contra de los Estados derrotados. El Tribunal tuvo su sede en Tokio, integrado por once jueces de diferentes Estados.

Las categorías referidas a las definiciones de delitos y responsabilidad individual se elaboraron en el mismo sentido que en el Estatuto de Núremberg. Los crímenes contra la paz permitieron su existencia aún sin la declaración de guerra y se amplió la consideración del complot y la conspiración; adicionalmente se dio inmunidad al emperador Hiro-Hito como un acuerdo político de Estados Unidos y Japón.

Con el acuerdo de paz con Japón se dio fin al juzgamiento y persecución de los llamados criminales de guerra. El 8 de septiembre de 1951 se firmó el tratado de paz por 48 Estados en San Francisco, donde se dispuso el retorno de los culpables a Japón con el fin de «*efectuar liberaciones tempranas y así, entre 1951 y 1957 se les otorgó la libertad o se conmutó la pena a los convictos del Lejano Oriente*» (Sandoval Mesa, 2012, p. 51).

En este Tribunal se procesaron a 28 líderes militares sin que alguno obtuviera su absolución. El 4 de noviembre de 1948 el veredicto fue «7 acusados condenados a morir en la horca, 16 a cadena perpetua, uno a 20 años de prisión y otro a 7 años de cárcel. Okawa había sido declarado incapaz y dos acusados más habían muerto durante el proceso»(Lafuente, 2015, p. 93)

En términos probatorios se había destruido parte de la prueba documental de parte de los japoneses, pero el Tribunal advirtió que cualquier elemento que se considerara como prueba sería válido, sin regirse por un mecanismo especial. Se tomó como base el «*Memorial Tanaka*» de 1940, documento ampliamente discutido, en el que de forma programática se establecía el mecanismo de intervención militar. Con base en este memorial se acusó a los líderes japoneses de haber realizado actos contra la paz, por su agresión a los Estados aliados. Incluso se aceptaron declaraciones juramentadas sin que estuviese el testigo presente.

El Tribunal de Tokio es parte fundamental en el desarrollo del derecho penal internacional. Uno de los principales aportes al derecho contemporáneo fue el *estándar Yamashita*, bajo el cual se responsabilizaba al General Yamashita como superior jerárquico por su responsabilidad al no haber impedido el número de acciones en contra de la población. Así mismo, se responsabilizaba por no haber controlado las operaciones de los miembros que se encontraban bajo su mando (Sandoval Mesa, 2017, p. 16). Este sería el antecedente para el establecimiento de responsabilidad de un superior jerárquico.

Igualmente, el caso de Nanjing o Nanking es uno de los más relevantes, por la crueldad de los hechos que en dicho caso se juzgaron. En la ciudad china se cometió uno de los mayores crímenes dentro de la segunda guerra mundial, ejecutado por los japoneses, conocida como «*la masacre de Nanking*». El ejército Imperial de Japón bombardeó la ciudad provocando la muerte de 600 personas, atacando hospitales y campos de refugiados. Luego de los bombardeos el ejército japonés ingresó por tierra y mató a 57.000 prisioneros chinos de

manera cruel: atacó a la población civil asesinado indiscriminadamente y violando a mujeres y niñas, con los bebés jugaban a lanzarlos por el aire compitiendo por quién le clavaba la bayoneta primero (Selden, 2007, p. 462).

Al igual que Núremberg el Tribunal de Tokio ha sido ampliamente criticado. En general, se ha cuestionado que exista una vulneración y flexibilización respecto del principio de legalidad y la falta de bases jurídicas para la creación de los Tribunales. Sin embargo, también se han dirigido los debates hacia la falta de imparcialidad en los juzgamientos, esto no solo por la elección de fiscales y jueces a cargo de la instrucción, sino por las decisiones tomadas. Uno de los ejemplos fue la condena al almirante Karl Dönitz por «*violación al protocolo naval de 1936, cuando paradójicamente ninguna condena fue dictada contra los aliados, pese a la existencia de sendas pruebas de que la Royal Navy británica y la United States Navy habían emitido órdenes similares*» (Servín Rodríguez, 2015, p. 31)

#### **1.2.4 El rol de Naciones Unidas: de la guerra fría a los Tribunales Ad-Hoc**

El establecimiento de los Tribunales de Núremberg y Tokio y la creación de Naciones Unidas fue un determinante para la elaboración del derecho penal internacional. Los procesos judiciales adelantados hicieron que la Asamblea de Naciones Unidas se interesara en la creación de un Estatuto y una Corte Internacional de competencia penal, por ello encargó, mediante la Resolución 177(II) en 1947, a la Comisión de Derecho Internacional para realizar los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y el Tribunal de Núremberg y un proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad indicando la función de dichos principios.

En 1950 los principios de Núremberg fueron aprobados por la CDI y presentados a la Asamblea General consagrando:

##### **«PRINCIPIO I**

*Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.*

**PRINCIPIO II**

*El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.*

**PRINCIPIO III**

*El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional.*

**PRINCIPIO IV**

*El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción.*

**PRINCIPIO V**

*Toda persona acusada de un delito de derecho internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho.*

**PRINCIPIO VI**

*Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional:*

*a. Delitos contra la paz:*

- i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales;*
- ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i).*

*b. Delitos de guerra:*

*Las violaciones de las Leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se*

*encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.*

*c. Delitos contra la humanidad:*

*El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.*

#### **PRINCIPIO VII**

*La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados en el Principio VI, constituye asimismo delito de derecho internacional»*

Como se puede observar, los principios surgían como el fundamento para la elaboración del proyecto de Código encargado a la CDI. Establecía la responsabilidad penal individual y la intención de castigar a los cargos más altos. En cuanto a los delitos, se mantenía la intención de perseguir y prevenir los actos de agresión entre los Estados bajo la protección de la paz internacional, incluso al referirse a los crímenes contra la humanidad, se señalaban actos siempre dependientes de los crímenes contra la paz o de la guerra. En otras palabras, los intereses a proteger eran de carácter estatal, aunque se impusiera responsabilidad individual y la salvaguarda de la humanidad resultaba más una excusa que una verdadera preocupación de la comunidad internacional.

Para la elaboración del proyecto de Código, encargado por Naciones Unidas, la Comisión nombró a Jean Spiropoulos como relator. El destacado profesor griego de derecho internacional público había participado en la redacción de los principios y partición de todas las sesiones de la CDI hasta la redacción del proyecto. Una de las primeras discusiones en torno al establecimiento de una Corte Penal Internacional estuvo relacionada con la conveniencia y la posibilidad de esta. De modo que en las reuniones de 1950 se debatió si

debía ser parte de Naciones Unidas y si podía ampliarse la jurisdicción a Estados que no fueran parte de la Organización. Se aclaró la necesidad de la cooperación estatal para el efectivo funcionamiento de un Tribunal internacional.

En la elaboración del Código internacional se revisaron las cuestiones relativas a la competencia de la Corte y los crímenes a determinar como internacionales. Se aclaró que la trata de personas, la piratería y el narcotráfico correspondían a delitos que debía resolver la jurisdicción nacional. Una de las preguntas era la definición de una ofensa contra la paz y la seguridad de la humanidad, si debían entenderse como dos crímenes diferentes o uno solo (Naciones Unidas, 1950, p. 100), aceptándose en principio que se comprendieran bajo un solo enunciado. Adicionalmente se planteó la responsabilidad individual, tomando como base los principios de Núremberg y en general los crímenes a tratar fueron referentes a la guerra y la agresión.

Con ello se establece la diferencia entre el delito internacional y los denominados delitos transnacionales, sobre los cuales se ha advertido que son aquellos que lesionan los intereses de los Estados y no de la comunidad internacional en su conjunto, aunque tengan una naturaleza transfronteriza (Servín Rodríguez, 2014, p. 216). Es decir, se trata de acciones que, si bien requieren una persecución internacional, en el sentido de involucrar a más de un Estado para la judicialización de los responsables, no son actos que puedan ser catalogados como comportamientos lesivos a la humanidad.

Frente a la definición de la expresión «*contra la paz y la seguridad de la humanidad*» se consideró que debía estar limitada a los delitos que contienen un elemento político y que ponían en peligro o perturban el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. En lo referente al genocidio se planteó fundamental su existencia en el Derecho Penal Internacional y su autonomía como crimen. Este Código podría ser adoptado por los Estados en su jurisdicción nacional mientras se establecía una Corte Penal Internacional.

En el quinto periodo de sesiones de la Asamblea General celebrada en 1953 se recomendó excluir el proyecto de Código. La recomendación fue aprobada por doce votos contra ninguno, a raíz de la propuesta hecha por el representante de Yugoslavia, aplazándose para el séptimo periodo. A pesar de la exclusión, el Secretario General envió a los Estados el proyecto para sus comentarios y observaciones. En 1954 se presentó el proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, sobre el cual la Asamblea General de Naciones Unidas decidió mediante la Resolución 897(IX) del 4 de diciembre de 1954 aplazar el examen de la jurisdicción penal internacional hasta tanto se hiciera la definición del crimen de agresión y se presentara un nuevo proyecto.

Para 1953 el orden geopolítico se caracterizaba por la guerra fría, lo que influyó en el desarrollo del derecho penal internacional. Ese año murió Lenin lo que implicó un cambio en la política exterior y lo mismo con la entrada de Eisenhower en Estados Unidos con una política conservadora y de liberación de Europa del Este. Así, el ambiente de la guerra fría hizo que se detuviera la labor de la Comisión de Derecho Internacional pues los esfuerzos de las potencias se concentraban en obtener ventajas sobre su enemigo. Cabe resaltar que la disputa entre la Unión Soviética y Estados Unidos, no se dio en el marco de una confrontación bélica, sino de lucha política y económica, donde factores adicionales a los armamentísticos fueron fundamentales en el conflicto por la imposición del poder. De esta forma, pese a la constante amenaza de ataque de una de las partes a la otra, había una aceptación de las superpotencias del reparto global de fuerzas establecido al final de la segunda guerra mundial (Hobsbawm, 1998, p. 230).

Hasta 1974 se retomarían las discusiones al referirse a la agresión como una forma de responsabilidad estatal. Con base en la Resolución 3314 del 14 de diciembre de ese año titulada «Definición de la agresión» la Asamblea General de Naciones Unidas instó en 1978, con la Resolución 33/97, al secretario a invitar a los Estados y a las organizaciones internacionales a presentar las observaciones sobre el Proyecto de Código contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Así mismo, decidió incluir el Código en el programa del trigésimo quinto periodo de sesiones asignándole prioridad.

El 14 de julio de 1982 la Comisión designó a Doudou Thiam como relator especial del tema Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, el jurista senegalés también presidiría el grupo de trabajo sobre el proyecto. Uno de los grupos encargados de la revisión de los comentarios dados por los Estados fue el de planificación que tendría cinco años para recopilar la información y emitir conclusiones respecto de la responsabilidad estatal por actos ilícitos internacionales (Comisión de Derecho Internacional, 1985).

En 1985 se emitió el tercer informe sobre el Proyecto de Código de delitos contra la paz y la Seguridad de la Humanidad. En el mismo se precisaron como principios los señalados en Núremberg, se discutió la competencia del futuro Código, se puntualizó en la división de los delitos en crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad y se abordó la cuestión sobre la responsabilidad individual.

Nuevamente se consideró el significado de la expresión «*contra la paz y la seguridad de la humanidad*». En primer lugar, se reiteró lo elaborado en 1954 de comprenderla como una unidad, aunado a los antecedentes históricos donde se solicitaba de parte del Magistrado Estadounidense Francis Biddle (primero en utilizar la expresión) mantener su indivisibilidad. En segundo término, se resaltó la dificultad de precisar una definición de tales crímenes más allá de una infracción internacional, por lo que se estableció como guías para la redacción de los tipos penales: la gravedad y el objeto de protección. Dentro de la lista de crímenes se refirieron a la agresión, los de guerra, el colonialismo, el terrorismo y la agresión económica (Consejo Económico y Social, 1992).

Sobre la responsabilidad de los individuos se debatió acerca de si debían ser miembros del Estado o particulares. Atendiendo a la magnitud y gravedad de los delitos que se pretendían tipificar, se consideró que solo podía ser ejecutado por individuos pertenecientes al poder y en abuso de este o de la soberanía del Estado. Sin embargo, se hizo referencia a la posibilidad de que particulares ejecutaran conductas para contribuir a la comisión de los crímenes, de

donde se advirtió que debería catalogarse en una forma de complicidad (Consejo Económico y Social, 1992, p. 90).

A pesar de haberse puesto como uno de los temas prioritarios para la Comisión de Derecho Internacional las discusiones se mantenían alrededor de definiciones de algunos crímenes y el significado de una violación internacional. Solo hasta 1991 se presentó un modelo de Código que se dividía en dos partes: La parte I con dos capítulos referentes a la definición, tipificación y los principios generales; la parte II sobre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (Comisión de Derecho Internacional, 1991, p. 101).

Con la presentación de este proyecto de Código, la terminación de la guerra fría y el establecimiento de los Tribunales Ad Hoc se dio paso a la consolidación del derecho penal internacional. En 1994 se presentó el proyecto de código para la Corte Penal Internacional a partir de los comentarios que los Estados habían formulado hasta 1993 sobre el anterior proyecto. En efecto, se destacó el trabajo de la Comisión y se vio con mayor viabilidad la posibilidad de crear el Tribunal y que los Estados apoyaran su ejercicio. En razón de ello se estableció la naturaleza del mismo, su relación con Naciones Unidas y la competencia, tanto por la persona, como por la materia a juzgar. Así, en las sesiones 2331 y 2332 de la Comisión se definió un grupo de trabajo para el proyecto del Estatuto y el reglamento para la definición del derecho procesal (Comisión de Derecho Internacional, 1994, p. 27).

El proyecto presentado se dividió en ocho partes. Esta división se hizo de manera que se diera respuesta a los comentarios y preocupaciones manifestadas por los representantes de los Estados, las secciones eran: (i) la *creación* del Tribunal, (ii) la composición y administración, (iii) la competencia, (iv) la instrucción y el procedimiento penal, (v) el proceso, (vi) la apelación y revisión, (vii) la cooperación internacional y la asistencia judicial y (viii) la ejecución de las penas. Con base en ello se hizo la recomendación a la Asamblea General de convocar a una conferencia de plenipotenciarios que examinara el proyecto y celebrara una convención para el eventual establecimiento del Tribunal (Comisión de Derecho Internacional, 1994, p. 28).

Uno de los puntos a evaluar era la conveniencia de establecerse a través de una Resolución de la ONU o mediante un tratado. Sobre la primera parte se cuestionaba la inconveniencia de que los Estados lo vieran como una imposición y no efectuaran ninguna clase de cooperación. Respecto de la segunda posición, uno de los problemas que se veían era que aquellos Estados donde se presentaran violaciones a derechos humanos no tendrían la intención de suscribir el tratado.

Se aceptó considerar la creación del Tribunal Penal Internacional, a través de un tratado multilateral. Esta aceptación implicaba la aceptación de la voluntad de los Estados de suscribirse a las responsabilidades internacionales que se adquirieran con dicho tratado. A fin de evitar que los Estados donde existieran graves violaciones a DDHH, que implicaran la comisión de uno de los crímenes, se determinó el rol de Consejo de Seguridad como interviniente. Dicho aspecto es cuestionado, en tanto se le impuso desde allí un carácter político y de intervención en la soberanía, pues el Consejo de Seguridad tenía la facultad de intervenir en aquellas situaciones donde el Estado no quisiera someterse a la competencia del Tribunal, precisando que su injerencia sería irrenunciable (Comisión de Derecho Internacional, 1994, p. 46).

También se debatió sobre los crímenes a perseguir y la designación que tendría el régimen que reglara el Tribunal. Si bien se habían determinado las infracciones a las reglas de la guerra como crímenes que serían competencia del futuro Tribunal, en cuanto a la determinación de las violaciones sistemáticas a derechos humanos se solicitó a la Comisión efectuar una limitación de la lista de acciones para ser discutidas en la siguiente sesión. Lo anterior se relacionó directamente con el título a designar a la reglamentación, en tanto si sería un Código o un Estatuto, lo que quedó pospuesto y dependiente del enlistado que realizara la Comisión (Comisión de Derecho Internacional, 1994).

De las cuestiones abordadas y comentadas frente a la creación de un Tribunal Penal Internacional la Asamblea nombró un Comité *ad-hoc* para la consolidación del proyecto. Mediante la Resolución A/Res/49/53, la Asamblea General estableció dicho comité para que

los Estados miembros de Naciones Unidas examinaran el proyecto del Estatuto y proyectaran la reunión para socialización del escrito en 1995, como en efecto ocurrió.

De modo que, en marzo de 1995, se evaluó el informe realizado por el Comité, en el que se incluían los comentarios de los Estados y las recomendaciones solicitadas en cuanto a la limitación en los tipos penales. Bajo la evaluación realizada, y considerando la realización de la conferencia de plenipotenciarios para el establecimiento de la Corte Penal Internacional, se determinó a través de la Resolución A/Res/50/46 el establecimiento de un Comité Preparatorio para resolver las cuestiones sustantivas y administrativas del proyecto para ser presentado ante la citada conferencia. En 1997 se consideró pertinente el trabajo elaborado por el Comité y en la Resolución A/Res/51/207 de ese año se determinó la celebración de la conferencia diplomática y la consolidación del texto para el Estatuto de una Corte Penal Internacional.

El 17 de julio de 1998 se llevó a cabo la conferencia de plenipotenciarios, para la discusión de lo elaborado por el Comité compuesto por doctrinantes penales e internacionalistas. Esta fecha marcó el inicio definitivo de la justicia penal internacional codificada a través del Estatuto de Roma, en honor a la ciudad en la que se adelantó la conferencia. Allí participaron 160 Estados, de los cuales 120 votaron a favor del Estatuto y siete votos en contra, entre ellos China y Estados Unidos<sup>24</sup>, miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

Para la consecución del acuerdo es destacable el trabajo de Adriaan Bos, que dirigió al Comité y del presidente de la *Association Internationale de Droit Pénal*: Cherif Bassiouni, que presidió el Comité de Redacción. Sus aportes permitieron acelerar la delimitación sustancial y procesal de la naciente Corte Penal.

<sup>24</sup> Durante el mandato de Bill Clinton se promovió la creación de una Corte Penal con carácter Universal, sin embargo, a la llegada de George Bush se negó dicha posibilidad, al considerar que no tendría una potestad única sobre la apertura de investigación y que podrían ser investigadas las violaciones en el Estado norteamericano.

A raíz de las ya conocidas violaciones a derechos humanos en el continente europeo y las ocurridas con ocasión de las dictaduras en Latinoamérica, se establecieron acciones como crímenes contra la humanidad, se reconoció el genocidio como delito autónomo y se mantuvo la definición de crímenes de guerra. En cuanto a la agresión, que había suscitado diferentes controversias y que, como se recuerda, en la década de los setenta fue el factor limitante para el desarrollo del Estatuto, se determinó su definición en posteriores sesiones, sin que en esta ocasión se convirtiera en un obstáculo para el establecimiento de la Corte.

En respuesta a los principales cuestionamientos de los tribunales de Núremberg, Tokio y los ad-hoc de los noventa se estableció una primera parte correspondiente a los principios generales del derecho penal internacional. El principio de legalidad sobre el cual se había debatido ampliamente quedó determinado, así como el de la irretroactividad, aunque es importante advertir que a cada uno de ellos se le hizo una salvedad de modo que se pudiese flexibilizar. Tal y como se describe en el artículo 12 del Estatuto de Roma es posible incluso tener competencia en países que no hayan reconocido la jurisdicción de la Corte.

En cuanto al régimen punitivo, se determinó un factor meramente retributivo. A pesar de que desde la doctrina penal se rechazó una concepción de la pena de naturaleza retributiva, los Tribunales de Ex Yugoslavia y Ruanda habían manifestado en sus sentencias que los principales fines de la condena eran la intimidación y la retribución, abandonando cualquier idea de rehabilitación (Ambos, 2003, p. 201). Por ello, en el Estatuto de Roma se determinaron penas de hasta treinta años o incluso la cadena perpetua, la pena de muerte no se consideró a raíz de las diferencias legales entre los Estados.

Con base en el documento remitido por el Comité se solicitó a la conferencia de plenipotenciarios establecer en la mayor brevedad la Corte Penal Internacional. Pese a que la Cruz Roja solicitó la competencia automática para crímenes de guerra y de lesa humanidad, solicitando igualmente que se pospusiera la competencia sobre el genocidio, se autorizó para todos los delitos, menos para el de agresión sobre el que se permitió su definición con posterioridad. También se recomendó que el Fiscal tuviera la competencia de

iniciar procedimiento por propia iniciativa respetando el principio de complementariedad (Sommaruga, 1998).

### **1.2.5 Tribunales Ad-Hoc**

La intención de prevenir la comisión de crímenes de la magnitud de la segunda guerra mundial quedó convertida en una ilusión dentro de la comunidad internacional. Las consecuencias y los horrores que había dejado la guerra fueron tomados como los hechos que debían evitarse en adelante dentro de la sociedad. Sin embargo, los actos barbáricos y las violaciones sistemáticas a derechos humanos continuaron. Ante algunos de estos horrores la comunidad internacional se pronunciaría con posterioridad a su ocurrencia, evidenciando la incapacidad o falta de voluntad para evitar que sucedieren.

En 1989, con el requerimiento de Trinidad y Tobago, se reactivó el proceso, al menos de forma visible, sobre la intención del establecimiento de una Corte Penal Internacional dentro de la Comisión de Derecho Internacional. Paralelo a ello, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas promulgó las resoluciones para la creación de los Tribunales Ad-Hoc de Ruanda y la antigua Yugoslavia, aunque de acuerdo al Consejo de Seguridad esto no implicara el establecimiento de una jurisdicción penal internacional en general ni la creación de un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente (Valencia, 2001, p. 13). La constitución de estos modos de investigación penal derivaba en nuevos cuestionamientos sobre el carácter político de los mismos y el rompimiento de principios básicos de aplicación normativa.

#### ▪ 2.3.1.1 Tribunal para la Ex-Yugoslavia

La antigua Yugoslavia se trataba de un Estado formado por los acuerdos internacionales, sin consideración de las comunidades que allí se encontraban. La zona de los Balcanes desde el siglo XV se ha compuesto por cinco grupos étnicos, quince nacionalidades con nueve idiomas principales y tres religiones. En la región vivían Poblaciones albanesas, bosnias, búlgaras, croatas, eslovenas, griegas, húngaras, italianas, judías, macedonias,

montenegrinas, rumanas, serbias, turcas, y valacas (Girón, 2002, p. 238). Esta composición poblacional, sumada a la posición geoestratégica por su cercanía a Turquía y su salida al mar Mediterráneo, han sido factores influyentes en la intervención de Imperios y posteriores Estados que han derivado en su repartición arbitraria.

La división cultural también es una de carácter religioso. La división de la Iglesia Romana en católica y ortodoxa influyó determinadamente en la separación y formación de naciones; fraccionamientos que serían aprovechados por las potencias para posicionarse en el territorio. La región es de tal importancia que la gran guerra, posteriormente llamada la primera guerra mundial, se desató en el territorio de Sarajevo a raíz de la muerte del archiduque Fernando del Imperio Austro húngaro y que tenía presencia allí. En 1915 se celebró con ánimo unificador el Comité Yugoslavo para el 20 de julio de 1917 emitir la Declaración de Corfú para la creación del primer intento de Estado Yugoslavo, enunciando la unión entre serbios, croatas y eslovenos.

La conformación del Estado Yugoslavo también estuvo favorecida por los discursos nacionalistas y la injerencia de las potencias. El sentimiento nacionalista de Alemania e Italia embargó a los pueblos europeos. También, se observa la influencia de declaraciones como la del presidente Estadounidense Woodrow Wilson, el 8 de enero de 1918, denominada *los catorce puntos*, en la que llamaba a Europa a detener el conflicto y precisaba, específicamente en los puntos diez y once que: «*oportunidad para un desarrollo autónomo de los pueblos del Imperio austrohúngaro*» y la «*evacuación de Rumania, Serbia y Montenegro, concesión de un acceso al mar a Serbia y arreglo de las relaciones entre los Estados balcánicos de acuerdo con sus sentimientos y el principio de nacionalidad*». Igualmente, dicho presidente el 29 de mayo del mismo año, apoyaría públicamente las aspiraciones nacionalistas de checos y yugoslavos (Girón, 2002, p. 256).

Con la caída del muro de Berlín, y la ruptura de la Unión Soviética en la zona de los Balcanes, los Estados iniciaron procesos independistas que generaron el conflicto entre sus habitantes. En especial se concentró el ataque contra los no-serbios, que incluía bosnios y

musulmanes. Al respecto, las comunidades religiosas habían sido reprimidas durante el poder comunista, por ello fueron bien recibidas las iglesias en el periodo de elecciones democráticas, hecho que fue diferente en Serbia donde la iglesia dio apoyo a los serbios, creando campañas de difamación contra las demás religiones.

En el conflicto ocurrido en la antigua Yugoslavia, se repitieron y magnificaron los horrores ya conocidos por la comunidad internacional. Las violaciones a derechos humanos incluyeron torturas, asesinatos, esclavitud, agresiones sexuales y el uso de campos de concentración, herencia del nazismo y de los *gulags* soviéticos. Como resultado del conflicto se calcula que entre 259.000 y 269.800 personas murieron o están desaparecidas, reduciéndose en un 5,9% la población existente. Además, para 1995 había cerca de 1.282.000 personas desplazadas y 1,2 millones de personas refugiadas (Escola Cultura de Pau, 1995).

A pesar de que el conflicto más fuerte se había desatado a inicios de la década, la reacción de la comunidad internacional se dio con posterioridad. Hasta 1992 se solicitó de parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, mediante la Resolución 780 de ese año al Secretario General, la creación de una comisión de expertos que diera cuenta de los hechos que sucedían en los Balcanes, a raíz de la información obtenida extraoficialmente. Lo anterior, a pesar de la creación de Fuerzas de Protección enviadas a territorio bosnio en el desarrollo de las operaciones.

El primero en hacer un llamado sobre un Tribunal Internacional fue el periodista Mirko Klarin, que publicó en el periódico *borba* un artículo titulado «*Nirnbersada!*» (Núremberg ahora). En este reclamaba la atención sobre la región y denunciaba los preparativos para aumentar en ejecución los crímenes contra la humanidad (Klarin, 2000).

En agosto de 1992 la prensa británica presentó un reportaje que fue determinante en el llamado de atención de la comunidad internacional. La periodista Penny Marshall de la cadena británica *Independent Television News* realizó un reportaje desde los campos de Omarska. Allí se mostraron al mundo imágenes de personas detenidas en campos de

concentración con figura esquelética, costillas preponderantes y ojos blancos, vacíos y con terror (J. Clark, 2014, p. 31). El reporte hizo que la generalidad recordara las imágenes conocidas del nazismo. Luego de hacer pública la situación de los no serbios se cerró el campo donde al menos murieron 2000 personas y se dio paso a una reacción de parte de la comunidad internacional.

Con ocasión de dicho conflicto en la antigua Yugoslavia, lo consignado por la Comisión de expertos en informe preliminar, y el llamado de los medios internacionales, se dio inicio a una nueva forma de justicia penal. El Consejo de Seguridad Naciones Unidas decidió la creación del Tribunal a través de la Resolución 808 del 22 de febrero de 1993. De manera que, mediante la Resolución S/RES/827 del 25 de mayo de ese año, se estableció un Tribunal Internacional para la persecución de serias violaciones de derecho internacional humanitario cometidos en tal territorio desde 1991 y hasta la fecha que determinara el consejo para la restauración de la paz. Este último fue dispuesto por el secretario general como el objetivo principal del Tribunal.

Para el establecimiento del Tribunal se discutió su fundamento jurídico. El debate giró en torno a si debía ser mediante la redacción de una convención, una resolución de la asamblea General o por decisión del Consejo de Seguridad. Efectivamente, se adoptó la última alternativa. Con esta adopción se dio cierta legitimidad al Tribunal y su injerencia en la soberanía estatal, pues en la misma resolución de creación se advirtió la posibilidad de solicitar la remisión de casos nacionales al Tribunal ad-hoc.

Así se estableció el Estatuto que regiría el Tribunal y la competencia que tendría para la persecución de los responsables de los crímenes ocurridos en la ex Yugoslavia. Dentro de los delitos considerados, además de los de guerra y las violaciones a la Convención de Ginebra de 1949, se planteó el genocidio y otros crímenes como homicidio, exterminio, esclavitud, deportación, violación y otros tratos inhumanos. En términos de responsabilidad individual se atendió a lo hecho en Núremberg respecto de la individualidad y las formas de participación en la comisión del crimen.

Como se ha señalado, el Estatuto para el Tribunal para la ex Yugoslavia y sus decisiones fueron base para la elaboración del derecho penal internacional. Uno de los aportes realizados fue la consideración de la violencia sexual como arma de guerra y el desarrollo de la *empresa criminal conjunta*, como forma de participación para el juzgamiento de responsables que habían participado en la comisión de crímenes, aunque no directamente. Si bien, dicha teoría fue proscrita por la Corte Penal, su elaboración fue fundamental en el desarrollo de la teoría del delito internacional.

La finalización del conflicto Yugoslavo derivó en la separación del Estado y el surgimiento de nuevos países: Croacia, Macedonia, Bosnia y Herzegovina, Serbia, Eslovenia y Montenegro son los países actuales, surgidos de dicha separación. En términos de reconciliación, la desaparición de Yugoslavia como un Estado fue uno de los primeros pasos. Sin embargo, la dicotomía entre justicia y paz estuvo presente. Para la Fiscal del Tribunal Penal Internacional, Carla del Ponte, no se trataba de dos términos lejanos sino que se interrelacionaban, significando esto que la verdadera paz solo se podía mantener si la necesidad de justicia era satisfecha (J. Clark, 2014, p. 38). De la misma opinión fue la comunidad internacional, más adelante se ahondará en ello.

No obstante, lo anterior, el proceso de restablecimiento y garantías efectivas a los derechos humanos no es en la actualidad del todo pacífico. Por ejemplo, los conflictos religiosos perviven y el reconocimiento de Estados como el de Kosovo sigue siendo materia de controversia en el ámbito internacional. Si bien las controversias no se tratan de problemas territoriales, pues Croacia, Yugoslavia y Bosnia y Herzegovina en 1995 suscribieron los acuerdos de Dayton en Estados Unidos como fin del conflicto, donde además de definir fronteras geográficas se obligaron al cumplimiento de la Carta de Naciones Unidas, las diferencias políticas persisten.

Una de las discusiones está dada sobre el discurso de *la verdad*. En la región balcánica existe una lucha por la narrativa dominante sobre el pasado, por la «verdad» como base de proyectos políticos centrados en gran medida en la separación étnica (Hodzic, 2015). Las

sentencias emitidas por los jueces internacionales no representan para los habitantes de la región un relato de la verdad que permita su paso a una verdadera reconciliación. Si bien, para los juristas y la comunidad internacional la justicia penal derivaba en la pacificación, para aquellos directamente relacionados no lo es.

Una de las mayores dificultades para la determinación de la verdad, además de la propia controversia política, ha sido la negación. Milorad Dodik, líder de los serbios en Bosnia, ha procurado implantar una política de negación del genocidio, calificándola como la mayor farsa del siglo XX (Tomas Morales, 2016, p. 22). Este mensaje se ha trasladado a iglesias y escuelas, de manera que con su propagación se ha tratado de construir una memoria que resulta lesiva a las víctimas y la pacificación, a pesar de que existan condenas de un Tribunal Internacional.

Para el cierre del Tribunal se había desplegado el derecho penal en contra de los presuntos máximos responsables de la violencia en los Balcanes. Hubo 161 acusados, 154 procesos, 83 sentencias y 19 absoluciones (Ferrer, 2017). Empero, las actuaciones judiciales no significaron la reconciliación: como en el caso alemán se ha intentado establecer el concepto de *culpa colectiva* para la prevención. La aceptación de esta responsabilidad implica que no son solo los actores, o los cómplices de la violencia, quienes adquieren una deuda con las víctimas, sino que se hereda la carga a las generaciones futuras (De Greiff, 2002, p. 166), como ocurre, incluso hoy en día, en Alemania. Con todo, esta atribución de responsabilidad histórica ha derivado en muchas de las tragedias del siglo XX, porque la clasificación permitía deducir la culpabilidad de la pertenencia a determinada categoría social (Melo, 2002, p. 178).

Aunque el TPIY fue uno de los antecesores de la CPI y presenta grandes aportes para el derecho penal internacional, demuestra su incapacidad para la pacificación. Si se valora desde un aspecto cuantitativo, la intervención de Naciones Unidas a través de la justicia punitiva sería exitosa, pero al valorar los procesos que hoy existen en los Balcanes se verifica

la incompatibilidad entre la paz y la justicia punitiva. El respeto por los derechos humanos se encuentra más allá de la firma de acuerdos o tratados.

Los acuerdos fronterizos celebrados entre los líderes de las principales naciones dentro del territorio de la Ex Yugoslavia representaron un triunfo de la diplomacia sobre los derechos de las víctimas. Con la intervención de Bill Clinton en la firma de los Acuerdos de Dayton se pretendió mostrar a la comunidad internacional que había un ambiente dado para el fin del conflicto, sin embargo, como se puede ver en la actualidad este no está del todo culminado. Además de permanecer en un proceso segregacionista, las víctimas no se sienten satisfechas porque la intervención internacional se dirigió únicamente a respaldar los proyectos de las potencias y legitimar a la ONU, pese a que la injerencia con fuerzas de pacificación hubiese sido más lesiva.

#### ▪ 2.3.1.2 Tribunal para Ruanda.

Adicionalmente al Tribunal para la Ex Yugoslavia, uno de los tribunales más destacados fue el establecido para Ruanda. En este país el conflicto generado entre los grupos étnicos existentes dejó más de un millón de personas muertas y cerca de 200.000 mujeres agredidas sexualmente, así como violaciones a derechos humanos por ejecución de actos de tortura, desplazamiento forzado, desaparición y sometimiento de las personas a tratos crueles e inhumanos.

El conflicto étnico ocurrido en Ruanda no puede ser resumido en los hechos ocurridos en 1994, sino que obedece a las prácticas coloniales ejercidas por Europa en el país africano. Allí se encontraban las tribus hutu, tutsi y twa, que compartían religión e idioma. No obstante, bajo el desconocimiento de los africanos en la Conferencia de Berlín de 1885, el continente había sido repartido entre las potencias europeas de acuerdo con su propio criterio en la denominada «civilización». Con ello tampoco hay una clara evidencia de que existieran diferencias sociales entre las tribus, sino hasta la llegada del explorador John Hanning Speke que, atendiendo a la obra de Darwin, determinó que los tutsis eran superiores por su parecido a nobles europeos y el distanciamiento del salvajismo .

De allí, se interiorizó de parte de los Tutsi su superioridad y en el mismo sentido se dirigió la organización social en Ruanda. Al principio los europeos (alemanes) dieron su apoyo a los líderes, pero debido a la pérdida de la primera guerra mundial el territorio pasó a manos de Bélgica. Esto implicó un proceso de colonización y cristianización directa sobre Ruanda con el establecimiento del rey Mutara Rudahigwa que promovía la religión y el europeísmo. De esta forma, el punto de mayor segregación y clasificación se dio en 1933 cuando el gobierno belga realizó un censo para determinar quiénes eran hutus, tutsi y twas, haciendo la diferenciación con base en la altura, largura de nariz y forma de ojos (Melvern, 2007, p. 34).

Dicha superioridad impuesta a través de los procesos de colonización derivó en la creación de grupos hutus reaccionarios a la dominación tutsi. Los hutus que se encontraban sometidos encontraron en la década de los cincuenta, a través de Naciones Unidas, los medios y la intervención de sacerdotes apoyo para revertir el proceso de dominación, lo que significó la generación de violencia entre las etnias, el apoyo europeo a los hutus para alcanzar el poder y la matanza de miembros tutsi de parte de los hutus. Con la ola escalonada de violencia y la presión de Estados Unidos, la ONU impulsó el proceso de independencia de Ruanda, como en efecto sucedió en 1962.

La independencia no significó el fin de la violencia sino el medio empleado por Europa para desconocer la situación que ocurría en el continente africano. A raíz del ataque efectuado por los hutus a los tutsi, muchos de estos se refugiaron en países vecinos y desde allí se armaron para atacar a los hutus y retornar al poder, formando en 1988 el Frente Patriótico Ruandés (en adelante FPR) (ACNUR, 2017) y atacando a la población en Ruanda hasta formar una guerra civil, en la cual, según algunas versiones y documentos, también participó Francia apoyando a los hutus en contra del FPR. La guerra culminaría (al menos en el papel) con los acuerdos de paz de Arusha en 1993 y la promesa de un gobierno en el que las dos etnias tuvieran participación.

Pese a haberse elaborado un acuerdo de paz entre las dos etnias, al año siguiente de su firma se desató uno de los hechos históricos más trágicos para la humanidad: para comprender su gravedad basta señalar que el índice de asesinatos en Ruanda fue cinco veces superior al de los nazis (Melvern, 2007, p. 24). El 6 de abril de 1994, al ser asesinado el presidente ruandés perteneciente a los hutus, estos asumieron el poder e iniciaron una campaña de exterminio contra los tutsis. La campaña consistió en la violación sistemática de derechos humanos, asesinando con machetes a la población perteneciente a la tribu, la violación de mujeres y la elaboración de campañas mediáticas que contribuyeran a la propagación del odio racial dentro de la población.

Durante cien días la violencia se apoderó del país ante la impotencia y la indiferencia de la comunidad internacional. Tanto Naciones Unidas como la Cruz Roja Internacional ordenaron no actuar en contra de los soldados hutu e incluso facilitaron la salida de extranjeros y de cascos azules del territorio, dejando a los nacionales sometidos al régimen violento que se había instaurado (Montalvo, 2015).

A pesar de los diferentes llamados de parte de Romeo Dallaire, jefe de las tropas de paz de la ONU, sobre lo que sucedía en Ruanda, la comunidad internacional permaneció impasible. Fue solamente con la reiterada intervención y llamado de los medios de comunicación que se dio visibilidad a los hechos que estaban ocurriendo.

Incluso estuvo en discusión el uso de la palabra *genocidio* para la categorización de los actos de exterminio ejecutados por los hutus en contra de los tutsis. Discusión que se dio por primera vez el 4 de mayo de 1994, por parte del Secretario General de la ONU, Boutros Ghali, ante el temor de los organismos de denominarlo en ese sentido. De la presión mediática y con el antecedente de la ex Yugoslavia surgió del Consejo de Seguridad la idea de un nuevo tribunal ad-hoc.

El 8 de noviembre de 1994 el Consejo de Seguridad con Resolución S/RES/955, en Arusha (Tanzania), y a partir de la información remitida por el Secretario General de la ONU sobre la situación en Ruanda, y atendiendo a la petición del gobierno de ese país (S/1994/1115),

decidió establecer y aprobar el Estatuto del Tribunal Internacional para enjuiciar a los responsables de genocidio y graves violaciones del DIH.

Tomando como referencia los tribunales antecesores se determinó la competencia sobre genocidio, violaciones al DIH y crímenes de lesa humanidad. Considerando que el genocidio había sido el hecho más relevante en la situación de Ruanda, se establecieron todas las formas de responsabilidad penal en la comisión de este crimen, tales como la tentativa, la conspiración y la complicidad con la intención de destruir total o parcialmente a una determinada población. Así mismo, se planteó por primera vez la posibilidad de perseguir los crímenes de lesa humanidad con independencia de la existencia de conflicto armado.

Al igual que en Yugoslavia se determinó la jurisdicción concurrente. Quiere decir que paralela a la jurisdicción penal internacional la justicia nacional ruandesa podría perseguir, enjuiciar y condenar a otros responsables de los hechos ocurridos y que no estuvieran siendo acusados por el Tribunal Internacional. Los procesos nacionales se adelantaron ante los tribunales llamados «*gacaca*» creados en el 2000, atendiendo no solo a la concurrencia entre tribunales, sino a la necesidad de establecer mecanismos de justicia transicional que permitieran la reconciliación al interior del país (Gaillard, 1994).

El origen y desarrollo de esta clase de justicia ante los tribunales es de naturaleza tradicional. Si bien no está claro el origen de la implementación de justicia a través de los *gacaca* en Ruanda, sí es reconocido como un mecanismo de reconciliación y justicia entre los habitantes del país. Dentro del contexto de elaboración de estos Tribunales es importante resaltar que el sistema judicial de Ruanda se encontraba debilitado y que en el marco del genocidio muchos jueces y abogados habían sido asesinados o habían huido del país (Gaillard, 1994). Por lo que se decidió acudir a mecanismos que no exigieran la profesionalización de la justicia, se consideraba que la presencia de abogados podía ser incluso más conflictivo que reconciliador.

Lo anterior significaba una capacitación a aquellos que iban a ejercer como jueces y su elección como tal para la realización del proceso transicional. Los *gacaca*, se caracterizaban por no tener doble instancia, definir su competencia en razón de la materia y la gravedad de los crímenes perpetrados y por tener jurados de consciencia. En términos sancionatorios, las penas podían ser combinadas entre prisión y servicios a la comunidad.

La implementación de la justicia comunitaria fue valorada desde diferentes perspectivas. De un lado se consideró como un mecanismo innovador y mixto en el que la reconciliación y la consecución de paz se revelaba como lo más importante. De otro lado, organizaciones internacionales como la Human Rights Watch se manifestaron en contra de este sistema judicial: en el informe sobre los tribunales *gacaca* los señalaron como un peligro para la justicia por la múltiple existencia de condena a inocentes, la falta de acceso de las víctimas y la existencia de corrupción en las decisiones adoptadas (Human Rights Watch | 350 Fifth, 2011). En 2012 se dio el cierre de los tribunales *gacaca* con más de un millón de personas procesadas y condenadas.

Entre lo ocurrido en Ruanda y la intervención internacional existe una clara contradicción. Mientras las víctimas del conflicto étnico en Ruanda también fueron víctimas de la indiferencia internacional, hoy se revela cómo Estados como Francia patrocinaron y favorecieron el proceso armamentístico de los Hutus e impidieron cualquier intervención humanitaria a favor de los Tutsi (Semana, 2018). Además de favorecer el conflicto y haber permanecido indolente frente a los llamados del Estado Ruandés, la comunidad internacional estableció un mecanismo judicial que no obedecía a las prácticas culturales del Estado africano. Por ello, es indudable que las críticas sobre los tribunales *gacaca* provinieron del mundo occidental y los mecanismos represivos del derecho penal.

Si bien el establecimiento de la justicia comunitaria y restaurativa en Ruanda implicaba un reto para la judicialización y la reconstrucción del país, también es cierto que cualquier sistema judicial que se institucionalice implica nuevos desafíos en cualquier lugar. De tal suerte que los *gacaca* enfrentaban dificultades, pero estas también las presentó el TPIR, con la diferencia que los primeros promovían de alguna manera un sistema judicial que no se

centrara únicamente en la punición mediante la prisión sino la elaboración de programas comunitarios que llevaran a la reparación social y física de un Estado que permanecía dividido al terminar el conflicto. De hecho, es dable resaltar que los tribunales comunitarios fueron una respuesta más cercana a la comunidad y al conflicto, en comparación con aquél elaborado por la comunidad internacional.

De lo ocurrido en Ruanda, en términos judiciales, se puede concluir que la comunidad internacional destacó el conflicto como uno de los más graves, aunque ello se hiciera con posterioridad a la existencia de miles de víctimas. Este reconocimiento internacional, sin embargo, estuvo marcado por la creación de un Tribunal que pretendió mostrar su eficiencia a través del ejercicio de una justicia retributiva y por ello se intentó deslegitimar la justicia restaurativa. Para los ruandeses el número de condenados y los procesos vindicativos no implicaban una forma de reparación, ni eran de su mayor interés; la prioridad era el reconocimiento de los crímenes, de sus etnias y, por consiguiente, la pacificación interétnica.

▪ 2.3.2 Creación del Mecanismo Residual de las Naciones Unidas para Tribunales Penales Internacionales (MICT).

Tras el establecimiento y desarrollo de los tribunales ad-hoc la comunidad internacional dio paso a su cierre y a la institucionalización de un nuevo mecanismo. Con la clausura de los dos Tribunales Ad Hoc, en 2015 el TIPR y a finales de 2017 el TPIY, se instauró por el Consejo de Seguridad -el 22 de diciembre de 2010 con Resolución S/RES/1966- el Mecanismo Residual de las Naciones Unidas para Tribunales Penales Internacionales (en adelante, MICT), este se trata, según la ONU, de una «*estructura, pequeña, temporal y eficiente*» encargado de continuar con el procesamiento y condena de los responsables de los crímenes cometidos en los citados territorios. Esta institución se rige por su propio estatuto y reglas de procedimiento.

Se determinó como obligación del MICT presentar informes semestrales del avance en los procesos a su cargo. En su último informe, elaborado en noviembre de 2017, señaló que

pese a heredar ciertos procedimientos de los tribunales ad hoc, a la terminación de ese año sería totalmente independiente respecto de sus funciones administrativas, aunque continuaría armonizando lo correspondiente a la práctica del mecanismo con los tribunales predecesores.

A diferencia de los Tribunales ad-hoc el MICT cuenta con un área encargada del apoyo y protección a testigos y víctimas como ocurre en la CPI. Dicho departamento se encarga de proveer atención médica y psicológica hasta tanto se considere que la persona objeto de protección se encuentra en un ambiente sano para su desarrollo. En los tribunales de Ruanda y la Ex Yugoslavia la participación e interés por las víctimas fue prácticamente nulo, como quiera que se aceptaba su participación únicamente como testigos, pero sin una vinculación directa como ocurre en el proceso penal internacional.

Igualmente se mantiene en una línea de justicia concurrente y adoptó la complementariedad en términos de cooperación estatal. Además de existir la posibilidad de que se continuaran con procesos al interior del país, estaba la obligación de los Estados de cooperar con la Fiscalía y permitir el acceso a documentos y testigos que fueran necesarios para el juzgamiento de los que se encuentran a cargo del MICT. Así mismo, la búsqueda y captura de los ocho fugitivos que había para noviembre de 2017. En la actualidad se encuentran abiertos cuatro casos de la Ex Yugoslavia y uno de Ruanda.

De todo lo anterior, se tiene que la intervención de la comunidad internacional en el marco de conflictos y graves violaciones a derechos humanos ha sido la fundadora del hoy conocido derecho penal internacional. Al respecto se han elaborado diferentes cuestionamientos por la forma en la que se ha ejercido esa intervención, principalmente por ejecutarse con posterioridad a los hechos y por haber generalmente reflejado una reacción de parte del poder para presumir una injerencia legítima en territorios donde el daño ya se había ejecutado.

Por ello, el establecimiento de los Tribunales de Ruanda y Yugoslavia, además de ser el origen más cercano de la Corte Penal Internacional, dejó varias lecciones a la comunidad

internacional. Por un lado, la contribución en dogmática penal para el desarrollo del derecho penal internacional, pero también, la ineficacia de Naciones Unidas y en general de la comunidad internacional para prevenir las violaciones a derechos humanos. De modo que lo elaborado al terminar la segunda guerra mundial demostró cómo actos de violencia y extrema crueldad no pudieron ser prevenidos y fue necesario institucionalizar sistemas que permitieran su persecución. Ello sin desconocer las afectaciones a los principios generales del derecho penal, así como la parcialidad como atributo del derecho penal internacional.

De manera que los tribunales pueden ser observados desde una perspectiva política y jurídica. En la primera dimensión se atiende a ellos no como instituciones jurídicas únicamente, sino que se aceptan como herramientas políticas instituidas por el Consejo de Seguridad, cuando la intervención militar para las potencias no podía ser una opción, en tanto, ningún Estado estaba dispuesto a perder a sus hombres en conflictos que en últimas no eran de ellos. Sin embargo, la vista pública de los horrores hacía necesario que la comunidad internacional se pronunciara de alguna manera, lo que significa que cumplieron una función simbólica al reflejar un avance decisivo de parte de la comunidad internacional en el respeto por el DIH (“Diccionario de Acción Humanitaria,” n.d.).

En el derecho se legitimaron los tribunales como costumbre internacional. Aceptando que el Consejo de Seguridad se había excedido en sus funciones al establecer tribunales, se consideró que el consenso internacional sobre su institucionalización hacía que se constituyeran los elementos de la costumbre internacional. Los dos factores que dan lugar a su existencia son la práctica reiterada de una conducta y la *opinio iuris*, referida a la intención de los Estados de obligarse respecto de esa práctica. En efecto, el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, expresa que la costumbre internacional es fuente de derecho (Núñez, 2016). Ello tiene una implicación importante al interior del derecho penal internacional y es la consideración de las decisiones de dichos tribunales como fuente de derecho para la resolución de sus casos.

Por lo anterior, la visión jurídica no hace que se desvanezca el aspecto político de los tribunales ad-hoc. Fueron elaborados y financiados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que se trata precisamente de un órgano de naturaleza política, lo que hace que no solo existan los cuestionamientos de legitimidad por la aplicación posterior de la norma, sino por las decisiones políticas y parciales que podían ser adoptadas, así como el impedimento para la reconciliación por la imposición de penas netamente retributivas.

### **1.2.6 Aportes de los Tribunales Ad Hoc al Derecho Penal Internacional**

La conformación de cualquier orden jurídico suele tener un evento específico que lo hace parecer como el fundante de dicho ordenamiento. En el ámbito internacional, casi todos los autores adoptan diferentes criterios para decidir qué momentos históricos o guerras han sido cruciales para cambiar la realidad internacional (Patiño Villa, 2013, p. 43). A lo largo del capítulo se pudo observar cómo el derecho penal internacional no puede limitarse a un único evento, sino que en efecto se dio por la resolución de diferentes guerras y el ejercicio del poder de parte de algunos Estados.

Pese a los cuestionamientos sobre los tribunales que dieron origen al derecho penal internacional, es innegable su aporte a la existencia del derecho penal contemporáneo. En primer lugar, se dio origen a la penalización del genocidio como crimen, así mismo se pasó de la responsabilidad individual únicamente por la participación directa en los crímenes y se atendió a la responsabilidad por superioridad jerárquica o por contribución, se eliminó la inmunidad diplomática y se dio paso a la condena de actos considerados universalmente dañinos, lo que permitía la acción supra territorial del derecho penal. Es indiscutible que cada una de las contribuciones señaladas estuvieron influidas por factores políticos y de estrategia diplomática.

No obstante, la creación del derecho penal internacional ha elevado el objetivo de justicia sobre la reconciliación. Cada uno de los tribunales antecesores de la Corte Penal fue elaborado al finalizar un conflicto, de modo que en cada uno de ellos se estableció como objetivo condenar a los principales responsables y no finalizar las confrontaciones o favorecer los procesos de reconciliación, se argumentó la necesidad de justicia para la consecución de la paz. De modo que, si bien hubo aportes en la persecución y elevación de actos como crímenes internacionales, también se dio un paso hacia la prevalencia de la punibilidad frente a la pacificación de los conflictos.

En el caso de Alemania, al terminar la segunda guerra, el impacto fue menor no solo por ser un país con un sistema jurídico similar al implantado, sino porque quedó en manos de los aliados que se encargaron de la reconstrucción en medio de la división de la guerra fría. Siendo claro que estos procesos se hacían porque el territorio alemán pertenecía a las potencias. Para otros países el proceso ha sido más complejo, como en Japón, donde su modelo de justicia está basado en otra clase de sistema judicial y lo mismo para los casos de Ruanda y la Ex Yugoslavia. Estos países se caracterizaban por su heterogeneidad en términos políticos, culturales, religiosos y étnicos.

A diferencia de los tribunales ad-hoc, en los que la competencia era concurrente, en la Corte Penal se elaboró el principio de complementariedad. Cuando se instituyeron los tribunales de la antigua Yugoslavia y Ruanda se determinó la injerencia de los Tribunales sin que implicara una competencia exclusiva de la comunidad internacional. Ello quiere decir que, si bien se adelantaban procesos por los recientes órganos de juzgamiento, los Estados podían continuar procesos dentro de sus jurisdicciones dependiendo de la gravedad y el grado de participación del acusado.

Este mismo criterio no fue adoptado para la Corte, considerando como primordial la cooperación y la comprensión de que no era el Consejo de Seguridad sino otros los Estados los interventores en el proceso de persecución penal. Al respecto, es importante resaltar que también se establecía dicha forma de intervención en razón de la eficacia esperada, ya que

era innegable que sin la cooperación estatal no habría posibilidad de éxito del derecho penal internacional. Por lo que a diferencia de lo que ocurre en los tribunales regionales, regidos por el principio de subsidiariedad<sup>25</sup>, la CPI puede actuar sin que haya existido ejercicio de la jurisdicción nacional o incluso de forma paralela a esta.

A pesar de lo anterior, no puede negarse la transformación que implicaron los tribunales para el derecho penal. Si bien, la prevención de acciones que vulneren la paz o las violaciones a derechos humanos no han sido evitadas, la concepción misma de los derechos y su protección sí ha evolucionado. Al menos en los documentos jurídicos y acuerdos políticos suscritos por los Estados se ha manifestado la voluntad de prevenir conductas criminales y proteger al conglomerado social. De forma similar, han contribuido a comprender una forma de criminalidad que generalmente había sido aceptada o incluso ocultada, permitiendo establecer un nuevo objeto de análisis en materia de criminalidad.

Por ejemplo, para la década de los cuarenta, era totalmente aceptada la resolución de conflictos entre Estados a través de la guerra y se juzgaban básicamente las infracciones a las reglas de la guerra; ahora, sin embargo, con el desarrollo del derecho penal internacional y atendiendo a la reconciliación, es dable afirmar que es posible reprochar acciones que afecten la paz, al considerarlo como un bien jurídico objeto de protección, de parte de la comunidad internacional. Como se hizo alusión en el primer capítulo, los derechos se reducen a la garantía de la paz, la dignidad y la seguridad.

De cualquier manera, los Estados en el contexto internacional ceden su soberanía ante la denominada comunidad internacional para hacer parte de esta. Los Estados acuden a la acción internacional para acrecentar su posición, prestigio y acceder a los recursos, sean de la denominación que se quiera, y cuando se vislumbra la existencia de un conflicto se acude a la guerra o a la diplomacia para la determinación de nuevas reglas específicas, lo que genera un cambio en el orden internacional que responde a los intereses de los Estados

<sup>25</sup> El principio hace referencia a que la jurisdicción internacional se activa una vez se han agotado todos los recursos en la jurisdicción nacional.

(Patiño Villa, 2013, p. 44). La diplomacia o política ejercida se materializa en aspectos jurídicos como todos los referidos previamente.

Por ello, aunque se reconoce que el establecimiento del derecho penal internacional de alguna manera propugna por la protección de ciertos derechos, no se puede descartar todo el aspecto simbólico que en sí mismo tiene al tratarse de derecho penal. De este modo, en efecto se trata de un derecho punitivo y de control, pero en el marco de relaciones internacionales. Se debe admitir que las relaciones internacionales son netamente políticas y así se determina la política criminal internacional. Lo que permite considerar la construcción de la conducta como una de carácter delictiva en el marco internacional, así como la elaboración del criminal internacional.

En consecuencia, atendiendo a Baratta (1998, p.163) y considerando los conflictos que se presentan en la humanidad, el derecho penal en el concierto internacional tiene cuatro aspectos fundamentales, a saber:

*«La primera consideración se refiere a los límites del sistema de la justicia criminal como reacción a la violencia y como defensa de los derechos humanos; la segunda se refiere al sistema punitivo como sistema de violencia institucional; la tercera, al control social alternativo de la violencia, y la cuarta a la concepción de la violencia y la defensa de los derechos humanos en el contexto de los conflictos sociales.»* (Ávila, 2005, p. 230)

De esta consideración resulta trascendental comprender que los crímenes de lesa humanidad, desde su propia definición jurídica, explicitan su naturaleza para su análisis criminológico. Al incluirse un elemento político para su comisión en su tipicidad, se revela que, si bien pueden ser cometidos por particulares, también el Estado puede perpetrarlos. El elemento de la organización necesaria para su comisión hace que pueda ser cometido por organizaciones, el Estado o en conjunto. Se tratan entonces de crímenes ejecutados por una organización, que puede ser estatal, privada o militar.

De modo que, al considerar los crímenes de lesa humanidad, desde una perspectiva socio jurídica, pueden ser catalogados en doble vía: es posible definirlos como crímenes de Estado o crímenes de organizaciones (económicas, guerreristas, etc.). Para agruparlos en un solo término referido en el primer capítulo: crímenes ejercidos desde el poder o simplemente, crímenes de poderosos. Esta categoría significa no sólo atender a la participación de miembros del gobierno, sino a las prácticas económicas, políticas y culturales que producen daños a un conjunto de la humanidad.

La anterior afirmación devela una contradicción política y jurídica en el derecho internacional y consecuentemente en el derecho penal. Esta divergencia se manifiesta porque el Estado puede ser el ejecutor del crimen, pero también es el que acuerda convenios de protección de DDHH. Al considerar que los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos por los Estados, o con aquiescencia de ellos, se revela su desinterés para dar cumplimiento a las obligaciones suscritas y únicamente emplearlas como herramientas políticas y diplomáticas. También hay una discrepancia en la soberanía, porque la cede en forma parcial, ya que en últimas el análisis de la conducta criminal siempre ha sido determinado por los comportamientos que establece como ilegales el propio Estado.

Finalmente, la sujeción a la política criminal internacional existe de alguna manera de parte de los Estados, pero esta a su vez responde a sus propios intereses. Pese a existir una Corte Penal Internacional con apariencia de autonomía, lo evaluado a lo largo del capítulo revela su dependencia no necesariamente de ciertos Estados, sino de la influencia de factores económicos, sociales, culturales y políticos para el juzgamiento de los máximos responsables de una conducta. Por lo que en el siguiente capítulo se realiza el análisis de la influencia de dichos elementos en la intervención de la Corte en países donde existen violaciones graves y sistemáticas a derechos humanos.

### **1.3 Perspectiva criminológica de los Crímenes de Lesa Humanidad.**

Como fue analizado en el acápite correspondiente a la selección de derechos humanos y en el presente capítulo, los crímenes de lesa humanidad se configuran como una clase de crímenes en el derecho penal internacional por diversos factores. En el primer aparte, se hizo alusión a la selección de los derechos humanos como los de mayor interés para la comunidad internacional a fin de ser protegidos por el derecho penal. De allí se concluyó que se elegían aquellos que tuvieran una relación con la dignidad (que abarca la vida digna y la integridad personal), la libertad, la igualdad y la paz, como factor común a partir de los fundamentos. Sin embargo, al valorar dicho proceso de elaboración de crímenes de lesa humanidad basados en los derechos, se reconoció desde una crítica criminológica que la violación a derechos humanos provenía de agencias organizadas que, en general, detentan algún poder. Por todo lo anterior, se estudiaron como crímenes de los poderosos.

En la segunda parte, se elaboró el recorrido histórico jurídico correspondiente a la elaboración normativa de los crímenes dentro del Estatuto de Roma. De allí la revisión de la influencia de las condiciones socioeconómicas y políticas en el contexto internacional para la toma de decisiones de parte de la comunidad internacional, en la institucionalización de Tribunales ad hoc, y posteriormente una Corte Penal Internacional, y la configuración de esta clase de crímenes. Ahora bien, el considerar el establecimiento de los mismos en un tratado multilateral devela aspectos relevantes en el ámbito criminológico.

Por ello, además de existir una influencia en la selección de los derechos a proteger, también se presentan elementos que derivaron en la existencia del artículo 7 en el ER, del modo en que se estipuló y no de otra manera. Por ejemplo, la tipificación de unas conductas como delito y la exclusión de otras, la imposición de requisitos contextuales para la configuración del tipo penal y la autonomía impuesta a esta clase de delitos respecto del conflicto armado. Cada decisión adoptada por la comunidad internacional en la elaboración del Estatuto y por

supuesto, la tipificación de los crímenes de lesa humanidad estuvo determinada por el contexto histórico que se vivía en el mundo y la presión política y mediática para la existencia de la CPI (Wippman, 2004).

Reiterando, los crímenes de lesa humanidad pueden ser comprendidos desde el ámbito criminológico como crímenes del poder. Ahora bien, tratándose de un capítulo histórico jurídico, sobre la definición específica de los crímenes de lesa humanidad se elabora un análisis específico de la criminología, con relación a esta categoría de crímenes en el ámbito internacional, excluyendo las acciones de violencia estructural y delitos que expresamente fueron retirados del ordenamiento penal internacional.

Lo primero que debe señalarse es el silencio de la criminología respecto de esta clase de crímenes. Como ha sido cuestionado por Morrison (2011) con el análisis hecho a los actos genocidas de la humanidad, Ferrajoli (2013, p. 4) pone de presente la indiferencia de parte de los estudios criminológicos frente a los actos que se han calificado como de *lesa humanidad* y la necesidad de preguntarse por su impunidad y su sustancial aceptación de parte de la sociedad. Refiriendo la importancia de que se trate de un estudio que, además de no estar subordinado al derecho penal, tenga la capacidad de reclamar y modificar el derecho penal internacional en la forma como se encuentra establecido.

La impunidad se establece como un factor importante en la valoración de los crímenes de lesa humanidad. Sobre esta se considera que es un producto de la aplicación de las técnicas de neutralización o de negación, con el fin de reprimir la culpa moral y excluir el castigo. No existe responsabilidad de ciertos autores de estos delitos porque se elabora un proceso de creación de conciencia moral humana que justifica la violación de derechos humanos. Por ello, aceptar la violencia en masa histórica implica superar la negación colectiva, para transformar la orientación de la sociedad (Shute, 2013, p. 47).

Ahora bien, la referencia a la impunidad puede entrar en discusión con los resultados cuantitativos del derecho penal internacional. Cada uno de los tribunales -tanto los creados después de la segunda guerra mundial, como los Ad hoc, y ahora la CPI- revelan su

eficiencia y efectividad a través del número de procesos adelantados y condenas emitidas. Sin embargo, al valorar el derecho internacional en su conjunto, su finalidad y la prevalencia de la reconciliación, la impunidad se observa desde una perspectiva crítica, restaurativa y no retributiva. El derecho penal internacional ha accionado una justicia punitiva, pero la impunidad, restauración y reparación a las víctimas no ha sido efectivamente implementada (Balta et al., 2019).

Al respecto, se está de acuerdo en el paradigma sociológico en el análisis del crimen. Es innegable que el análisis del delito desde la individualidad resulta obsoleto, como quiera que se requiere estudiar en su conjunto a la sociedad para resolver preguntas de cómo y por qué. La teoría es importante porque pone de presente los mecanismos causales inobservados en la realidad haciéndolos visibles para su indagación y análisis. Son los paradigmas teóricos las bases de la interpretación de cualquier situación social, como para este caso el crimen. Se analiza el proceso de construcción del crimen y el criminal.

Por esta razón, cuestionar la forma de elaboración y el objeto de los crímenes de lesa humanidad sin que signifique su rechazo es un avance en su efectiva persecución. Comprender que los crímenes tipificados en el derecho internacional no se tratan simplemente de categorías jurídicas, sino que son expresiones elaboradas con intereses específicos permite redireccionar su aplicación e incluso crear mecanismos que permitan la prevención y reducción de la impunidad.

Cuando se analiza el proceso de selección entre unas conductas y otras, es evidente una influencia de la política internacional. Delitos como el terrorismo, el narcotráfico y la trata de personas fueron excluidos de la competencia de la Corte Penal Internacional, como fue señalado. Este proceso de exclusión se justificó en el objeto de protección, pero al analizar las discusiones de parte de los Estados en el Comité Preparatorio y en la propia Conferencia de Roma develan que haber incluido esta clase de delitos hubiese retrasado el proceso de acuerdo entre Estados y la legitimidad de la Corte Penal Internacional. La posición política

frente a estos delitos de parte de algunos gobiernos implicaba que no suscribieran un tratado que planteara su persecución.

De modo que al definirse el bien jurídico y el sujeto pasivo de los crímenes de lesa humanidad, se establece un elemento fundamental para su comprensión sociológica. Desde el Tratado de Versalles se planteó una sociedad universal más o menos uniforme en torno al concepto de civilización. De allí surgió la concepción de un orden, conforme a los valores del grupo civilizado, siendo necesario proteger a los miembros de la comunidad internacional organizada y civilizada a la cual se le designó como *humanidad*. Desde allí el término se destacaría en cada una de las actuaciones internacionales.

Así, de lo anterior se tiene que la *humanidad* se observa como sujeto de protección y como bien jurídico en la tipificación de los crímenes de lesa humanidad. Respecto de la primera acepción se debe admitir que no se trata de una protección a un sujeto de carácter individual, sino que se trata de uno de naturaleza colectiva. En relación con la segunda, su comprensión deriva de la anterior afirmación, porque es un bien perteneciente a la comunidad internacional, que es a la que se afecta. De lo que se deriva nuevamente la capacidad y organización de los autores para su realización.

Ahora bien, en relación con los elementos contextuales que exige el Estatuto para la consideración de la ocurrencia de un crimen internacional y no uno nacional, se tiene que el factor político del ataque es relevante y necesario. Se exige que exista la intención de promover la política de organización, bien sea estatal o no. En otras palabras, los delitos de competencia de la CPI (genocidio, de guerra, lesa humanidad y agresión) son cometidos generalmente en un especial contexto de violencia organizada (Soto, 2012, p. 122). De cualquier manera, existe una violencia en contra de una comunidad o, en el caso de los de lesa humanidad, contra la población civil y los actores deben estar organizados para considerar que se tratan de crímenes internacionales y no domésticos.

Es por ello por lo que la consideración de los crímenes de lesa humanidad, como objeto de la criminología crítica, implica hacer alusión a ellos como crímenes del poder y por ende de

la macro criminalidad. Como ha sido señalado por algunos autores, esta característica es la que hace la diferencia entre estos delitos de aquellos que deben ser conocidos por la jurisdicción nacional. Esta característica (la macro criminalidad) puede referirse o «*bien a la extensión y dimensión cuantitativa de los daños que produce el crimen, o bien al alto nivel operativo en que se sitúa el colectivo de autores*» (Landa Gorostiza, 2004, p. 82). En resumen, el daño sobre la humanidad y la organización de los perpetradores.

Uno de los autores que se refirió a la condena de esta clase de crímenes desde la criminología, fue Sheldon Glueck (1956). Al finalizar la segunda guerra mundial hizo alusión desde el ámbito jurídico y criminológico a la implantación de tribunales internacionales. Desde su percepción debían establecerse diferentes tribunales con competencia específica para condenar y perseguir a los militares de acuerdo con el crimen cometido durante la guerra. Glueck apoyaba la creación de una Corte Penal Internacional para juzgar hechos que fueran de interés común de los aliados o que se pudieran considerar como *crímenes contra el orden público internacional*.

Su argumentación frente al derecho internacional y el delito, como se dijo, se realizaba desde una perspectiva jurídica y criminológica. Aunque hacía alusión a elementos de cuestionamiento frente al uso de la justicia, se ubicaba en un plano etiológico para la explicación del delito. En diferentes obras hacía referencia a la posibilidad de predecir que un sujeto era delincuente o confrontar las teorías para determinar las causas del crimen. De hecho, en relación con la asociación diferencial y la explicación de Sutherland, consideró que, si bien podía definirse el crimen como un proceso de aprendizaje, era necesario acudir a un enfoque multidisciplinario que incluyera los factores de crecimiento, ambientales, educativos y sociológicos del individuo que hacían que incurriera en un delito de cualquier naturaleza.

En relación con este último autor mencionado, es menester recalcar que además de romper el paradigma sobre la identificación de delincuentes, introdujo el factor económico como uno esencial para la explicación del delito. El delito de cuello blanco se denominaba como

aquel cometido por una persona de respetabilidad y un estatus social alto en el curso de su ocupación (Sutherland, 1999). A partir de esta definición se pusieron de presente acciones criminales que habían sido aceptadas desde la sociedad estadounidense y creó una perspectiva más amplia para el análisis del delito.

En su análisis, Glueck destacó que la falta de una persecución internacional al finalizar la primera guerra mundial también era un factor en la ocurrencia de la segunda. Para el autor el tratado de Versalles era la ocasión pertinente para que los Aliados y alemanes establecieran la persecución internacional a los delitos de guerra. Sin embargo, como fueron los mismos Aliados los que se opusieron al establecimiento de un derecho penal internacional y reprimieron a los alemanes vencidos con el referido Tratado, se considera que, en últimas, ellos también fueron responsables del militarismo alemán que desembocó en la segunda guerra mundial.

A pesar de su apoyo a la creación de una Corte Penal Internacional y su respaldo al derecho internacional cuestionaba el modo bajo el cual se había ejercido la justicia internacional. Consideraba que existían hechos que contrariaban la normatividad de la guerra, la costumbre y que estaban en contra de la humanidad, requiriendo el ejercicio de justicias que no fueran las nacionales atendiendo a la gravedad de los actos. Empero, discutía que los militares de los aliados no fueran condenados por sus violaciones y atrocidades al disfrutar de la protección de las reglas establecidas por sus Estados. En otras palabras, a su juicio, la normativa internacional se requería por el daño y la insuficiencia de las jurisdicciones nacionales, pero la persecución y condena debía realizarse desde un plano de igualdad.

La cuestión sobre la impunidad y el desequilibrio del derecho internacional fue objeto de cuestionamiento, no solo con el Tratado de Versalles, sino con la forma en la cual se adelantó justicia en los Tribunales de Núremberg y Tokio. Sheldon Glueck criticaba la existencia de situaciones que eran atroces y debían ser castigadas con severidad como cuando se perseguía penalmente a los alemanes. Por ejemplo, el trato judicial que se brindaba a los militares aliados, a pesar de que sus conductas fueran tanto o más graves que las de los alemanes, era objeto de reproche, incluso en mayor medida cuando se trataba de justificar y honrar su

actuación con base en el régimen militar. Mientras el Tribunal Alemán juzgó de manera benévola a los aliados, los alemanes continuaron con miedo de pisar los territorios de estos al terminar la primera guerra, por temor a ser arrestados y sentenciados pese a los acuerdos (Glueck, 1945, p. 9).

El estudio de los crímenes de poderosos desde la asociación diferencial de Sutherland fue criticado por Glueck. A su juicio, la explicación de Sutherland de los delitos de cuello blanco no resultaba respetable por su incapacidad de organizar e integrar los hallazgos conceptuales, lo que impedía dar explicación, tratamiento y prevención al delito (Laub, 2006, p. 239). Para Glueck (1956), el delito es un proceso producto del cambio en los aspectos de socialización del individuo y por ende a su acomodación a los contextos que se le presentan, lo que explicaba que los criminales juzgados en Núremberg y Tokio hubiesen actuado conforme a las normas sociales que se habían establecido en el marco de la guerra.

Aunque existieron críticas a la forma como se ejerció el derecho penal internacional y por ende las bases de la actual Corte Penal, también se consideraron factores a favor de esta. En el caso alemán, se impuso una reparación económica a favor de los judíos sobrevivientes y de las potencias aliadas conforme al Acuerdo celebrado en Luxemburgo en 1952 sobre reparaciones. Esta imposición económica resultaba exagerada, si se considera el costo de la reconstrucción del propio país. En consecuencia, a partir del término «*Wiedergutmachun*»<sup>26</sup> impuesto al programa político de Alemania Occidental se buscó promover la conciencia como forma de reparación a las víctimas, es decir, que el pueblo alemán interiorizara como atroces las actuaciones del tercer *Reich* y en ese sentido se comportara con las víctimas (Ferencz, 1979, p. 43).

<sup>26</sup> En inglés se ha comprendido como *to makegoodagain*, aunque su comprensión no se haga bajo la literalidad sino como un programa político. Porque las posibilidades de hacer el bien en las condiciones europeas al terminar la guerra no eran altas ni suficientes para las víctimas de los horrores producidos por ella.

Adicionalmente el proceso de creación de la Corte fue igualmente aplaudido por los participantes en la redacción del Estatuto. Los representantes de ONG, Estados, cuerpo diplomático y académicos que estuvieron en las labores del Comité Preparatorio para la elaboración del Estatuto de Roma vieron en peligro su consolidación en varios momentos por la discrepancia entre los Estados. Las diferencias provenientes no solo de factores culturales, económicos, políticos sino judiciales, respecto al derecho penal hacía que se debilitara la posibilidad de unificación del derecho penal internacional. No obstante, la determinación del factor de cooperación, como un elemento necesario para el éxito de la Corte, influyó en que se diera finalmente su institucionalización.

Así mismo, se concibió como una deuda de los Estados con las víctimas de los crímenes más atroces. Los hechos antecedentes de la Corte Penal Internacional -que fueron cometidos mediante modalidades de carácter inhumano y habían dejado un gran número de víctimas- influyeron en la presión política en el concierto internacional para que los Estados vieran el establecimiento de la CPI como una oportunidad de prevenir los hechos y de resarcir la indiferencia internacional de la que habían sido víctimas, por ejemplo, la Ex Yugoslavia y Ruanda. A pesar de ello, algunos Estados manifestaron su inconformidad por la no inclusión del terrorismo y países como Estados Unidos, decidieron no aceptar la Jurisdicción de la Corte, aunque fungieron inicialmente, como los primeros promotores de la misma (Ferencz, 2000, p. 221).

La indagación de los crímenes de lesa humanidad y del derecho internacional derivan necesariamente en la investigación sobre el control punitivo. Se trata entonces de realizar una valoración del control social que, para el caso, recaerá en el uso del derecho penal. Se asume desde el paradigma sociológico que las acciones de control social son un mecanismo del mismo grupo social para regularse a sí mismo, a través de ciertas normas, y que las estructuras diseñadas para ello hacen parte de un rol de reciprocidad entre las personas y las instituciones sociales (Laub, 2006, p. 242). Los Estados, en el marco de la consolidación de una comunidad internacional a la que pertenecen, consagran un sistema de control entre ellos mismos, sobre conductas consideradas altamente gravosas y que se denomina derecho penal internacional.

Autores como Daniel Feierstein señalan a este último de utilizar una criminología preventiva desde dicho control social. Para el autor, la tipificación de los crímenes de lesa humanidad, como un delito autónomo e independiente del genocidio, es un mecanismo de crear ambigüedad para utilizar el derecho penal internacional a favor de las potencias hegemónicas como arma de legitimación de la conquista colonial (Feierstein, 2013, p. 60). De allí se deriva el cuestionamiento al principio de Naciones Unidas denominado «*responsabilidad de proteger*».

Este principio fue consagrado en 2005 durante la Cumbre Mundial de Naciones Unidas. Si bien se deriva del denominado derecho a la intervención humanitaria, en ese año se consagró de la siguiente manera:

*«La aceptación clara e inequívoca de todos los gobiernos de la responsabilidad colectiva internacional de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. La disposición a tomar medidas colectivas de manera oportuna y decisiva para tal fin, por conducto del Consejo de Seguridad, cuando los medios pacíficos demuestren ser inadecuados y las autoridades nacionales no lo estén haciendo manifiestamente.»*

Para Feierstein la disposición de este principio no era el desarrollo de una intervención a favor de la humanidad, sino una herramienta de injerencia de las potencias. Así, en el caso del derecho penal internacional, se permite la intervención en «*casos de riesgo potencial de violaciones a derechos humanos que justifica el ejercicio de un poder punitivo internacional previo a la realización de juicio alguno o incluso a la propia comisión del delito que se postula*»(Feierstein, 2013, p. 60). De donde cuestiona la persecución a los presidentes de Sudán y Libia de parte de la Fiscalía de la CPI.

De tales consideraciones se deriva que la CPI es un órgano judicial, producto de la política internacional. Esta afirmación no proviene solamente de sus actuaciones a favor de la humanidad, sino de su discrecionalidad política y de la propia exigencia de los tipos penales de dicho elemento. Para Ferrajoli (2013) la situación política de la Corte Penal Internacional es uno de los factores que influye para la impunidad. Por ejemplo, el autor reclama que Estados Unidos no sea parte del Estatuto de Roma, la exclusión de ciertos actos que a su juicio deberían ser catalogados como crímenes de lesa humanidad y la necesidad de que los Estados incorporen al derecho interno los tipos penales del Estatuto de Roma.

En conclusión, cuando se hace alusión a los crímenes de lesa humanidad desde las categorías jurídicas y criminológicas se pueden señalar ciertos puntos de consenso. En primer lugar, se acepta que su referencia implica la comisión de actos atroces en contra del derecho internacional con la capacidad suficiente de conmover la consciencia de la comunidad internacional, aunque su injerencia e indiferencia dependa de aspectos referidos a la política internacional. La consideración de que las conductas catalogadas como crímenes de lesa humanidad vayan en contra del derecho internacional implica que exista una afectación al concierto político internacional o bien como se denomina por la Corte, a la consciencia de la humanidad.

En segundo lugar, la gravedad y amplitud de los crímenes de lesa humanidad permiten la flexibilización del derecho penal clásico. Los principios y garantías tradicionalmente consideradas inherentes al derecho penal, como la legalidad, la irretroactividad, la favorabilidad, entre otras, fueron relegadas al considerar que eran insuficientes para proteger a la comunidad internacional. Incapacidad dada no solo por su gravedad, sino porque eran perpetrados por el propio poder punitivo (Ferrajoli, 2013).

En tercer término, respecto del objeto de protección, es decir, la humanidad, se discute también su construcción teórica y normativa. Partir de la consideración de *valores comunes* en la sociedad internacional y sintetizarlos en el término de *humanidad*, como objeto de protección, resulta problemático. Es un ejercicio en el que se pretende elaborar un único concepto de *identidad* omitiendo las claras diferencias entre las naciones, sumado a que en

últimas se trata de un precepto netamente construido y que finalmente evoluciona y se actualiza progresivamente con el desarrollo de la sociedad.

Como cuarto aspecto es menester destacar la existencia del derecho penal internacional y la tipificación de los crímenes de lesa humanidad. La elaboración del derecho penal internacional implicó establecer una nueva forma de pensamiento sobre la criminalidad. Se trata de un control sobre el mismo poder punitivo (Feierstein, 2013, p. 47), porque es un cuestionamiento al ejercicio del derecho penal estatal y a las ejecuciones de actos delictivos operados desde el poder o con su aquiescencia. Se trata de controvertir el actuar del Estado y a las formas de criminalidad organizada.

Tomando como ventaja el interés, más o menos consensuado, de la comunidad internacional sobre el derecho penal internacional, se pueden replantear los objetos de persecución del mismo. Son delitos cometidos por organizaciones con la capacidad de operación suficiente para ejecutar actos de especial crueldad y gravedad. Por lo que puede ser el replanteamiento del derecho penal internacional y el redireccionamiento de las investigaciones de la CPI para reducir la impunidad sobre delitos que conciernen, al menos, a un grupo amplio dentro de la sociedad.

Adicionalmente, puede ser el factor de reducción de impunidad (en términos de persecución y restauración) lo que lleve a una efectiva reparación de las víctimas. El replanteamiento de la conciencia grupal, respecto de los perpetradores, los daños y los delitos en el ámbito internacional, se constituyen en factores que garantizan un acceso a la justicia (por la reducción de la impunidad); la verdad, en términos de reconocimiento a las víctimas y de reparación y por último de la construcción de memoria histórica, como mecanismo simbólico de reparación.

La persecución de los crímenes del poder que vulneran derechos humanos no implica el ejercicio de una justicia punitiva. Como se pudo observar, ante las mayores violaciones a DDHH en el contexto internacional, se ha actuado con indiferencia en el transcurso de su

ocurrencia, pero luego se ha intervenido de manera drástica con procesos de justicia penal retributiva. Esta forma de intervención ha demostrado su incapacidad en términos de prevención y especialmente en lo que concierne a la reconciliación. No puede dirigirse la justicia en esta clase de crímenes a demostrar un número de condenas, en cambio sí a una efectividad en cuanto a la consecución de procesos de pacificación. Menos cuando no se atiende a las consideraciones específicas de cada nación y Estado.







## **2. FACTORES EXTRAJURÍDICOS EN LA APERTURA DE INVESTIGACIÓN.**

La creación de la CPI se presentó ante el mundo como el mecanismo jurídico y consensuado a través del cual prevendrían las violaciones a derechos humanos. De modo que el proceso de su constitución ha sido analizado desde una doble perspectiva: en el primer capítulo se estudió el concepto de derechos humanos y su clasificación para su posterior selección y protección en el campo del derecho penal; mientras que, en el segundo capítulo, se elaboró el estudio historiográfico del establecimiento de la CPI como parte de un acuerdo internacional.

Cada una de las perspectivas señaladas fue valorada desde la criminología crítica, de modo que permitiera continuar con la evaluación de casos específicos. Por ello, en el primer capítulo se determinaron las violaciones a derechos humanos como crímenes de los poderosos, porque no es posible considerar una violación masiva a derechos humanos sin la intervención de un grupo con el poder suficiente para ejecutarla (económico, religioso, político y/o militar), dentro de los cuales también se encuentra el Estado, que también participa con sus intereses en la construcción de la justicia penal internacional.

Dentro de las argumentaciones elaboradas, se reconoció que los crímenes de lesa humanidad pueden ocurrir con mayor intensidad en el marco de conflictos armados, por ello su persecución de manera autónoma a los crímenes de guerra ha representado uno de los principales avances en términos de la justicia penal internacional. Estos crímenes dentro de las confrontaciones bélicas pueden estar dados por el enfrentamiento entre dos o más grupos independientes del Estado o bien puede estar involucrado directamente. En cualquier caso el Estado sí debe intervenir para garantizar la seguridad a sus ciudadanos.

Los conflictos armados pueden terminar por bien por la derrota violenta o bien a través de la negociación. En el caso de las negociaciones los confrontantes deben ceder parte de sus intereses a favor de la terminación del conflicto y la consolidación de la paz. Sin embargo,

los procesos de paz no siempre parecen compatibles con la justicia penal internacional, a pesar de que uno de los objetivos de la instauración de la CPI sea la prevención de la comisión de crímenes.

Para establecer dicha compatibilidad, en este capítulo se evalúa la intervención de la CPI en países donde presuntamente ocurrieron crímenes de lesa humanidad y que adelantaban procesos de paz para la terminación de su conflicto. De esta forma, se encuentra que, desde la creación de la CPI, se han abierto cuatro investigaciones en países africanos por la comisión de crímenes de lesa humanidad, pese a que se encontraban o habían tenido negociaciones de paz en el contexto de la existencia de conflicto armado. Las cuatro investigaciones se realizaron en Uganda, República Democrática del Congo, Darfur (Sudán) y Costa de Marfil.

Con el fin de analizar cada uno de los procesos señalados el capítulo se dividirá en tres acápites principales: la descripción jurídica de la apertura de investigación, incluyendo el análisis de los países mencionados; la confrontación de la política de la Fiscalía y las actuaciones negociadas en estas naciones; y finalmente el estudio de los casos concretos de los países referidos.

En la primera parte se abordan los factores jurídicos y normativos que describen la apertura de investigación en un país determinado. De tal modo que se separa el análisis en comprender de un lado, lo que significa la realización de un examen preliminar y de otro, la apertura en sí misma en una situación determinada. A partir de ello, se describen cada uno de los criterios y requisitos consagrados en el ER para la apertura de investigación de un determinado país, así como el análisis de cada uno de estos en las naciones a estudiar. Finalmente, estos componentes se evalúan al considerar cómo fueron valorados por parte de las SCP de la CPI en la aceptación de la apertura de investigación.

En el segundo acápite se realiza un contraste entre la política establecida por la Fiscalía de la CPI para abrir una investigación y la realidad de su intervención. En efecto, se consideran

en primer lugar, los documentos oficiales de políticas de la Oficina del Fiscal y su cambio con el pasar del tiempo, dadas las propias condiciones de su eficacia y su posicionamiento internacional. En segundo lugar, se confronta la política en los países donde se han elaborado procesos de paz, para lo cual se hace un acercamiento al debate sobre la prevalencia entre la justicia retributiva (del derecho penal internacional) y la justicia restaurativa (propia de los procesos transicionales).

De todo lo anterior se parte para cuestionar la intervención en los cuatro países señalados. En cada uno de ellos se sigue el mismo orden: primero, se analiza el contexto histórico del conflicto; segundo, se evalúa el proceso de paz; y tercero, se hace un recorrido por los factores económicos, religiosos, políticos y culturales que influyeron en la injerencia de la justicia penal internacional, esto con el fin de develar los criterios extrajurídicos que hacen parte de la política internacional.

Es por ello que desde los argumentos extrajurídicos empleados por la CPI, se evalúan los procesos de paz de cada uno de los países, con el fin de indagar si la justicia penal internacional ha contribuido a la prevención de violaciones a derechos humanos y la consolidación de la paz; o si, por el contrario, se ha convertido en un elemento adicional al conflicto que ha impedido la pacificación de los Estados. Todo ello, desde la criminología crítica, que permite traer a colación los elementos hallados en cada uno de los capítulos precedentes aplicados a casos específicos.

## **2.1 Investigación de una situación en la CPI**

La apertura de investigación de la situación de un país, por la presunta comisión de crímenes de competencia de la CPI, corresponde a la SCP, previa solicitud de la Fiscalía de la CPI. Para presentar esta petición el acusador se encarga de recolectar información dentro de un Estado y con posterioridad hace el requerimiento pertinente, fase a la cual se denomina: *examen preliminar*. Para adelantar este examen la Fiscalía estableció, dentro de su *policy paper* del 2010, las cuatro fases que lo componen: (i) análisis de comunicaciones, (ii)

análisis de competencia, (iii) admisibilidad, e (iv) interés de la justicia (Dondé Matute, 2014, p. 42).

Cada una de las etapas señaladas no se agotan de manera exhaustiva como quiera que las facultades de la Fiscalía generalmente presuponen la apertura de la investigación, sin embargo, para poder presentar cualquier pesquisa -adelantada ante la SCP- debe verificar los anteriores factores. Así, para la admisibilidad se determinan básicamente dos cosas: 1) la incapacidad o falta de voluntad del Estado para investigar: aquí se evalúa si dentro del país no se ha iniciado proceso de investigación y/o juzgamiento, o si se ha empezado se analiza la calidad del proceso que se está desarrollando, de esta manera se ejerce principio de complementariedad; y 2) la gravedad suficiente que haga necesaria una intervención internacional en la jurisdicción nacional.

Ahora bien, es pertinente señalar que los procesos adelantados por la CPI se dividen en situaciones y casos. Las primeras corresponden a la investigación que se adelanta, por parte de la Fiscalía, sobre un Estado por la presunta comisión de crímenes internacionales, y los segundos hacen referencia al inicio del proceso en contra de un individuo en específico (Werle, 2011, p. 172). Luego de la apertura de investigación hecha en Kenia se adoptó el término de «*casos potenciales*» para referirse al hecho de que, si bien la investigación recae sobre un Estado, la Fiscalía puede señalar los sujetos sobre los que posiblemente se iniciará la persecución penal.

Con la ratificación del ER de parte de los Estados estos aceptaron la jurisdicción de la CPI como una de carácter obligatoria. Ello significa que se hace inadmisibles algún condicionamiento de parte de los Estados a su intervención, pues voluntariamente se han sometido a la misma. La naturaleza impuesta a esta jurisdicción se ha denominado como «*automatic jurisdiction*», que, en últimas, significa que cualquier Estado que haya suscrito el Estatuto no tiene la capacidad de aceptar o negar la injerencia de la CPI, sino que automáticamente estará sometida a ella.

A pesar de lo anterior, se dejó abierta la posibilidad de establecer reservas parciales en aspectos de la jurisdicción. Si bien el artículo 120 del ER consagra las reservas como inadmisibles, el artículo 124 del mismo Estatuto establece como disposición de transición lo siguiente:

*«No obstante, lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123.»*

La disposición antes citada, conocida como “*op-out*”, pretende permitir a los Estados -parte en conflictos armados- desarrollar mecanismos de justicia transicional para finalizar las hostilidades. En efecto, en Colombia y Francia hicieron uso del artículo referido y excluyeron la competencia de la CPI para conocer de crímenes de guerra. La CPI retomó su jurisdicción sobre estos crímenes hasta después del 1 de noviembre de 2009 y Francia retiró su reserva el 13 de agosto de 2008. Esta facultad únicamente se concedió sobre los crímenes de guerra atendiendo a que su ocurrencia dependía de la coyuntura del conflicto y no eran imprescriptibles como sucedía en el caso de los crímenes de lesa humanidad.

Ahora bien, aunque se acepta el ejercicio de la jurisdicción automática de la CPI al interior de los Estados parte, esta se encuentra delimitada por las reglas dispuestas en el ER, cuerpo normativo que establece que la intervención debe ser admitida por la SCP a la que corresponde el conocimiento.

Si bien es la Fiscalía de la CPI la que adelanta el proceso investigativo, la situación fáctica de un país puede ser remitida de diversas maneras. De acuerdo con el artículo 13 del ER, la Fiscalía puede solicitar directamente a la CPI ejercer su competencia en las denominadas situaciones *proprio motu*. Por otra parte, la situación puede ser remitida por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, lo que ha sido altamente cuestionado, al haberse mantenido el vínculo entre este órgano y el Tribunal. Finalmente, la situación puede ser remitida por el propio Estado, cuando este considere que se están cometiendo crímenes internacionales al interior de este, tal como ocurrió en los casos de Uganda y la República Democrática del Congo.

Cuando la solicitud va a ser adelantada por la Fiscalía de la CPI, previo al requerimiento se adelanta un examen preliminar ante la SCP. Una vez la Fiscalía cuenta con el conocimiento de que presuntamente se estén cometiendo crímenes de competencia de la CPI en un Estado, debe iniciar el proceso denominado *examen preliminar* para determinar si existen bases razonables que permitan la apertura de investigación de parte del Tribunal. Este procedimiento no tiene un límite de tiempo, y se dirige a obtener los elementos necesarios para demostrar ante la SCP la necesidad de dar apertura a una investigación en un Estado.

Empero, a fin de establecer un procedimiento para adelantar el examen preliminar, la Fiscalía lo ha segmentado en cuatro fases. La primera corresponde a la evaluación inicial de toda la información allegada sobre la presunta comisión de crímenes con base en el artículo 15 del ER. La segunda fase, es el inicio formal del examen preliminar en el que se determina la competencia personal, territorial, temporal y material de la CPI. La tercera etapa versa sobre el examen de admisibilidad, referido al análisis de la complementariedad y la gravedad. En el último paso, se examina el interés de la justicia para determinar si existen bases razonables para emitir recomendación de iniciar la investigación (Oficina del Fiscal CPI, 2017, p. 5).

En ese orden, una vez la Fiscalía tiene conocimiento de la situación dará inicio a la investigación conforme a lo dispuesto al artículo 53 del ER. Bajo esta disposición normativa,

se determinan las reglas bajo las cuales procede la solicitud de apertura de investigación de un Estado ante la SCP de la CPI. A saber, refiere:

*«1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no **existe fundamento razonable** para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si:*

*a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la **competencia** de la Corte;*

*b) La causa es o sería **admisible** de conformidad con el artículo 17;*

*c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no **redundaría en interés de la justicia**.*

*El Fiscal, si determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la SCP.*

*2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que:*

*a) No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58;*

*b) La causa es inadmisibles de conformidad con el artículo 17; o*

*c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen; notificará su conclusión motivada a la SCP y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13.*

*3. a) A petición del Estado que haya remitido el asunto con arreglo al artículo 14 o del Consejo de Seguridad de conformidad con el párrafo b) del artículo 13, la SCP podrá examinar la decisión del Fiscal de no proceder a la investigación*

*de conformidad con el párrafo 1 o el párrafo 2 y pedir al Fiscal que reconsidere esa decisión;*

*b) Además, la SCP podrá, de oficio, revisar una decisión del Fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1 c) o el párrafo 2 c). En ese caso, la decisión del Fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la SCP.*

*4. El Fiscal podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones.» (Negrita fuera del texto)*

Del articulado anterior se derivan los elementos que establecen si es procedente, o no, la apertura de investigación de parte de la CPI en un Estado. La primera parte hace referencia a la existencia de un fundamento razonable, como criterio probatorio con el que se vislumbra la existencia de una valoración de las pruebas presentadas por la Fiscalía para la consideración de la existencia de una situación en la que haya crímenes internacionales. Dicha valoración es conocida como el estándar probatorio de la CPI.

El concepto del estándar probatorio se desarrolló a través de las decisiones de la CPI. Aunque la Regla 48 de las RPP establece: «*El Fiscal, al determinar si existe fundamento suficiente para abrir una investigación de conformidad con el párrafo 3 del artículo 15, tendrá en cuenta los factores indicados en el párrafo 1 a) a c) del artículo 53.*» la revisión normativa aparece de manera tautológica e impide su comprensión específica sobre cómo se determina que existan “*fundamentos razonables*”.

De suerte que el estándar de prueba en el derecho penal internacional dependerá de la fase en la cual se encuentre el proceso penal. Así, se admite que «*el estándar de prueba determina cuál es grado de probabilidad o confirmación que se va exigir para considerar probada una hipótesis fáctica*» (Cumiz, n.d., p. 4). En otras palabras, es el valor exigido a los elementos que se presenten de parte del acusador para dar viabilidad o no a su solicitud. En el marco

del proceso penal, el estándar de mayor exigencia se presentará durante el juicio oral, donde deberá desvirtuarse la inocencia del procesado *«más allá de toda duda razonable»*.

En el caso de la apertura de investigación se ha señalado como estándar probatorio el más bajo dentro del proceso. En ese sentido se refirió la SCP II al referirse sobre la apertura de investigación en la situación de Kenia:

*«As for the "reasonable basis to believe" test referred to in article 53(l)(a) of the Statute, the Chamber considers that this is the lowest evidentiary standard provided for in the Statute. This is logical given that the nature of this early stage of the proceedings is confined to a preliminary examination. Thus, the information available to the Prosecutor is neither expected to be "comprehensive" nor "conclusive", if compared to evidence gathered during the investigation. This conclusion also results from the fact that, at this early stage, the Prosecutor has limited powers, which cannot be compared to those provided in article 54 of the Statute at the investigative stage. »*(International Criminal Court, 2010, p. Pár. 27)

Quiere decir que la valoración que realiza la SCP de los elementos presentados por la Fiscalía es un test. Este requiere simplemente dar un indicio o, como se dispuso en la precitada decisión, una base razonable que permita creer que en el territorio del Estado sobre el que se ha hecho un examen preliminar se están cometiendo crímenes de competencia de la CPI. La razón de que sea un estándar bajo se basa en la etapa del proceso calificada como temprana, donde la información presentada tiene la naturaleza de *comprensiva* y no de *conclusiva*. La definición adoptada es que se encuentre *dentro de los límites de la razón*.

La apreciación que se realiza en esta fase, como se indicó, no puede ser comparada con aquella exigida en la confirmación de cargos o en el juicio oral. Para el caso de la primera se ha dicho que el estándar se basa en la existencia de *«bases razonables para creer que una persona ha cometido un crimen de competencia de la Corte»*. Para el caso de la declaración de culpabilidad, se establece la más alta valoración exigiendo que la evidencia presentada

permita deducir la responsabilidad «*más allá de toda duda razonable*» (International Criminal Court, 2010, p. Pár. 28).

### **2.1.1 Elementos para determinar la competencia de la CPI de una Situación.**

Ahora bien, es obligatorio para la Fiscalía señalar a la SCP la competencia de la CPI para conocer de una situación. Para que se pueda afirmar que la Corte es competente se evalúan cuatro criterios: temporalidad, territorialidad, competencia personal y material. Pese a encontrarse descritos cada uno de estos aspectos en el ER, como se puede verificar en las situaciones específicas a revisar, todos los factores de competencia pueden ser flexibilizados de acuerdo a la interpretación que hagan las SCP.

Para poder ejemplificar esto se acudirá a lo dicho por la Fiscalía y la SCP en el caso de la apertura de investigación de Costa de Marfil. Por el momento solamente se utilizará como objeto de análisis este caso por ser el único de los estudiados (Costa de Marfil, República Democrática del Congo, Uganda y Sudán-Darfur) en el cual la Fiscalía ha abierto la investigación *mutuo proprio*, sin perjuicio de la actuación en Kenia, que como se ha referido fue producto de la violencia post electoral de 2007 y no del conflicto armado, para los efectos del presente estudio. De esta forma, en lo que concierne a la competencia temporal, se atiende al principio de irretroactividad.

Como se indicó se aceptan excepciones a la aplicabilidad del artículo. Estas se dan por dos razones: en primer lugar, por la imprescriptibilidad de ciertos crímenes, como los de lesa humanidad y de guerra con base en la Convención de Imprescriptibilidad de dichos crímenes de 1968; la segunda razón, como se advierte en el numeral segundo del artículo citado, se presenta cuando un Estado, aun sin ser parte del ER, asiente la intervención de la CPI y esta actúa a petición del mismo, tal como ocurrió en los casos de la República Democrática del Congo y Uganda. De esto se deriva la competencia territorial consagrada en el artículo 12 del ER.

En consecuencia, la posibilidad de no dar cumplimiento estricto a la territorialidad y la temporalidad se basa en que el Estado sobre el cual no se tenga competencia admita la presencia de la Corte en una determinada situación. Bien sea con el ánimo de efectuar una cooperación, o bien por la presión internacional, en términos de acciones diplomáticas.

En el caso de la apertura de investigación de Costa de Marfil se encontró que, en concordancia con la declaración depositada bajo el artículo 12.3 del ER en 2003, la CPI tiene jurisdicción sobre crímenes cometidos en Costa de Marfil desde septiembre de 2002 (International Criminal Court, 2011, p. 70). A pesar de esto, la Fiscalía se propuso investigar los crímenes cometidos después del 28 de Noviembre de 2010, en tanto que (i.) la violencia durante ese periodo de tiempo registró niveles sin precedente, y (ii.) se tenía información disponible para establecer bases razonables para establecer que el umbral fue satisfecho respecto de los crímenes alegados durante ese periodo.(International Criminal Court, 2011, p. 70).

Así mismo, la Fiscalía sugirió que, una vez que la Sala haya revisado el material de apoyo, puede concluir que el alcance temporal de la investigación debe ampliarse para abarcar los acontecimientos que tuvieron lugar entre el 19 de septiembre de 2002 y la fecha de presentación de la solicitud, es decir, el 23 de junio de 2011(International Criminal Court, 2011, p. 71).

Ante esto, la SCP, en la decisión de apertura de investigación, restringió la competencia temporal de la CPI. Para la Sala hubo una ausencia de información suficiente y eventos específicos, que determinara si se ha cumplido el umbral de bases razonables respecto a cualquier crimen específico. Por lo anterior, la Sala considera que con los cargos de esta parte del requerimiento el Fiscal no pudo probar la relación entre los elementos contextuales y los actos criminales subyacentes supuestamente cometidos dentro de la jurisdicción de la Corte en este periodo (entre el 2002 y el 2010)(International Criminal Court, 2011, p. 76).

Para la SCP la Fiscalía debía fundamentar mejor su solicitud y, de conformidad con la regla 50.4 de las RPP, volver a la Sala con los nuevos elementos para petitionar nuevamente la autorización de la investigación sobre este periodo de tiempo. En este sentido, la SCP exige el cumplimiento del «umbral de base de razonabilidad» que permitan el ejercicio de la jurisdicción abstracta de la CPI en un determinado periodo de tiempo, sobre la respectiva situación estudiada (International Criminal Court, 2011, p. 71).

De otra parte, la competencia personal de la CPI incluye dos aspectos: el primero, se consagra en el artículo 26 del Estatuto sobre la judicialización únicamente a individuos mayores de 18 años; y el segundo, se refiere a la improcedencia de inmunidades en razón del cargo, tal como lo dispone el artículo 27 del ER.

Si bien, esta improcedencia es compatible con el objetivo de la CPI de perseguir a *máximos responsables*, se presenta dificultad en cuanto a la cooperación. Al respecto de esta persecución es destacable que, a pesar de que, a lo largo del Estatuto se advierte la responsabilidad de máximos mandos dentro de un Estado y la imposibilidad de alegar inmunidades, se puede observar que los crímenes que pretende juzgar la Corte son cometidos con aquiescencia o incluso desde el poder. Encontrándose de esta forma que el Estado desempeña un doble papel en la persecución de la CPI, puesto que es sumamente difícil ejercer el ejercicio de la jurisdicción resulta sin la colaboración estatal, pero al mismo tiempo la persecución individual resulta obstaculizada por el mismo Estado.

El análisis de la competencia personal en el caso de Costa de Marfil fue descartado. La SCP con base en la información presentada por la Fiscalía, concluyó que los crímenes alegados ocurrieron en el territorio de la República de Costa de Marfil y, de este modo, la Corte tenía jurisdicción *ratione loci* bajo el artículo 12.2 a) del ER (International Criminal Court, 2011, p. 77). Por lo tanto, como el requerimiento de la jurisdicción *ratione loci* estaba completo, la Corte no se tenía que pronunciar respecto de la jurisdicción *ratione personae* del artículo 12.2 b) del Estatuto.

Finalmente, la competencia material de la CPI hace referencia a los crímenes que puede investigar y condenar el Tribunal. El artículo 5 del ER dispone que será competente para conocer de los crímenes de genocidio, guerra, lesa humanidad y agresión. Sobre este último, en principio no podía ejercerse competencia hasta tanto fuera definido, tal como ocurrió en 2010 en la Convención de Kampala.

Como se ha precisado a lo largo de la investigación, el objeto de análisis se dirige únicamente sobre los crímenes de lesa humanidad, considerándolos como la categoría de crímenes que, además de incluir violaciones a derechos humanos, son ejecutados por o con patrocinio de organizaciones de poder.

Precisamente, encontró la Corte que, en el caso de Costa de Marfil, hay bases razonables para creer que han sido cometidos crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, por lo menos desde el 2002 (año en el que entra a operar el poder jurídico de la CPI). Así mismo, identificó que estos pudieron ser cometidos por dos grupos distintos: el grupo pro-Ouattara y el grupo pro-Gbagbo. Primero examinó los actos cometidos por este último grupo y luego los cometidos por pro-Ouattara.

Para determinar si se cumple con el requisito de competencia material la Corte hace un análisis dogmático de lo establecido en el ER sobre los crímenes de lesa humanidad (tal como se hizo en el capítulo 2 de la presente tesis) y constata que las exigencias del tipo penal se encuentran aparentemente satisfechas en el caso de Costa de Marfil. De esta forma, la SCP sopesa que en el caso de Costa de Marfil hubo un ataque directo contra la población civil, cometido por o con promoción de un Estado u organización política, siendo dicho ataque realizado de manera sistemática o generalizada, con conocimiento del ataque.

- **Criterios para la determinación de la admisibilidad.**

- 2.1.1.1.1 Incapacidad o indisposición de investigación por parte del Estado**

Siguiendo el orden propuesto por la Oficina del Fiscal, la tercera fase corresponde al análisis de admisibilidad. Para determinar que una situación es admisible por parte de la SCP, la Fiscalía debe precisar dos criterios fundamentales: en primer lugar, conforme al artículo 17 se debe considerar que el Estado donde presuntamente ocurren los crímenes no tienen la capacidad o la disposición de perseguir a los responsables; y en segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, se analiza la indisposición o incapacidad del Estado, desde el principio de complementariedad.

Tal y como lo dispone el preámbulo del Estatuto, la jurisdicción de la CPI es de naturaleza complementaria y no subsidiaria. Se trata de una jurisdicción compartida entre el Estado y la Corte. A diferencia de lo que ocurre en los Tribunales Regionales, donde debe demostrarse el agotamiento de todos los recursos judiciales ante el Estado, como requisito para que se admita una investigación (naturaleza subsidiaria), en el DPI una situación es admisible sin que se hayan acudido a todas las instancias jurisdiccionales, ya que basta demostrar la incapacidad o indisposición del Estado para investigar.

Para verificar la indisposición del Estado para investigar una situación, el numeral 2 del artículo 17 establece:

*« (...)2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:*

*a) Que el juicio ya haya Estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;*

*b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;*

*c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.»*

En seguida, en el numeral tercero del mismo artículo, se dispone que

*«a fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.»*

En este aspecto, es donde procede la complementariedad desde una perspectiva colaborativa. Es decir, si bien se observa que el Estado tiene la intención de perseguir y judicializar a los responsables de la comisión de crímenes, este presenta dificultades por su propia administración de justicia, que en gran parte de las ocasiones está dada por la misma violación a derechos humanos, situación, sobre la cual la Corte presenta su apoyo a la justicia para adelantar los procesos.

Ahora bien, aquí es menester recalcar que esta intervención no puede ser admitida de modo tan simple, ya que el proceso de colaboración que ofrece la Corte a los Estados implica que estos atiendan, o al menos establezcan, procesos judiciales compatibles al modelo de justicia penal internacional.

De la mano con todo lo anterior, se encuentra que la valoración de la actuación judicial dentro de un Estado se basa en el test de especificidad o en inglés «*same conduct test*». Así se estableció en la apertura de investigación de Darfur y se reiteró en el caso de Katanga y Ngudjolo, en la situación del Congo (*Fiscalía v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*, 2009). En estas decisiones la Fiscalía precisó que los hechos y sujetos que se investigan

nacionalmente deben ser los mismos que son objeto ante la Corte (Trial Chamber II, 2009). De suerte, que el Estado puede alegar e impedir la intervención de la CPI si demuestra haber iniciado la investigación por la misma situación que la Fiscalía lo hará.

El principio de complementariedad -como se evaluará- se ha transformado con el paso de los años, tanto para la Fiscalía, como para las propias Salas de Cuestiones Preliminares de la CPI. En principio, la Corte optaba por un procedimiento de intervención en el que manifestaba al Estado que era incapaz de adelantar procesos judiciales. Ahora, la Corte ha ido morigerando su actitud confrontativa y ha procedido a adelantar los procesos de manera colaborativa con los Estados, al comprender la imposibilidad de ejercer el derecho penal internacional sin la colaboración de los Estados.

En el caso de Costa de Marfil, para evaluar la satisfacción de los literales a) y b) del artículo 17 del ER, la SCP verificó si había investigaciones en curso o en el pasado que permitan considerar que el Estado -teniendo jurisdicción- ha decidido no perseguir a la persona concernida.

De conformidad con lo anterior, la Sala examinó si la información que proveía la Fiscalía revelaba que República de Costa de Marfil -u otro Estado con jurisdicción- estaba conduciendo o había conducido a un proceso nacional en relación con el contexto. Ante ello, la Fiscalía informó en su petición que no había investigaciones, o procedimientos en Costa de Marfil, en contra de los máximos responsables de los crímenes cometidos durante el periodo postelectoral de violencia y, en consecuencia, los casos potenciales podrían ser admisibles en la situación. Sin embargo los abogados de Gbagbo han presentado un reclamo en Francia sobre los crímenes contra la humanidad cometidos el 29-30 de marzo de 2011 (International Criminal Court, 2011, p. 79).

Igualmente, la Fiscalía indicó que los procesos encontrados se refieren a: a) crímenes económicos, b) crímenes contra la seguridad del Estado, y c) Crímenes de sangre. Sostiene la Fiscalía que los primeros de estos crímenes no tienen el mismo enfoque que sobre los que

tiene jurisdicción la CPI. De manera similar, asegura que los individuos procesados en el segundo grupo de estos crímenes no están en el listado de su petición (los posibles individuos contra quienes se podría dirigir el poder penal de la CPI).

Por último, respecto de las investigaciones en relación con los llamados delitos de sangre, la Fiscalía sostiene que estas no se extienden a los máximos responsables de los crímenes que caen dentro de la jurisdicción de la CPI. Debido a que, con algunas excepciones, esas investigaciones están limitadas a incidentes aislados y no se extienden a todos los crímenes en el contexto del conflicto armado y a los ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil (International Criminal Court, 2011, p. 80).

Considerando los procesos en Francia, la Fiscalía sostiene que esas investigaciones conducidas por las autoridades judiciales francesas están limitadas a dos distintos incidentes y no se refieren a los más serios crímenes bajo la jurisdicción de la CPI (International Criminal Court, 2011, p. 81).

#### **2.1.1.1.2** Gravedad de una situación: El uso discrecional de su ambigüedad

Por otra parte, dentro del análisis de la admisibilidad de una situación, además de verificar el cumplimiento del principio de complementariedad, se valora la gravedad de la situación. Durante la Conferencia de Roma, se limitó el ámbito material de competencia de la Corte advirtiendo que se dirigía solo a los «*más graves crímenes de transcendencia internacional*» para excluir el narcotráfico y terrorismo (Valencia, 2001, p. 19) que muchos Estados pretendían adicionar en el proyecto de una Corte Internacional.

Para realizar la valoración de la gravedad, la Fiscalía ha establecido que se incluye la evaluación de los siguientes elementos: 1) la escala, 2) la naturaleza, 3) el modo de comisión de los crímenes, y 4) el impacto (Oficina del Fiscal CPI, 2017, p. 3). Estos criterios inicialmente obedecían a factores cuantitativos, sin embargo, la Fiscalía les ha dado también el carácter de cualitativos al valorar una situación dentro de un Estado.

Una de las contradicciones que se han presentado, en la determinación de la gravedad de una situación para iniciar investigación, se dio una vez la Fiscalía negó el inicio de las pesquisas, para el caso del ingreso de tropas británicas a Irak en 2006, por no existir suficientes bases que demostraran la gravedad del caso. Allí, la Fiscalía comparó el número de muertes de Irak con las miles de muertes en la República del Congo, para finalmente iniciar un proceso en la República Democrática del Congo por reclutamiento de menores de 15 años de mano de las Fuerzas Armadas y no alegar ningún caso de asesinato. Sobre la gravedad también se pronunció HRW, advirtiendo que no pueden ser aceptadas las amnistías a favor de quienes hayan cometido crímenes de competencia de la CPI.

En el caso de Costa de Marfil, la CPI aseguró que la evaluación del requisito de «gravedad» debe servir como telón de fondo para los potenciales casos en el contexto de la situación. Así mismo debe ser llevado siguiendo los criterios cualitativos y cuantitativos de aproximación en su determinación. No obstante el análisis debe ser compatible con la etapa pre-investigativa de la situación (International Criminal Court, 2011, p. 82).

En relación con los casos potenciales la Corte adoptó los siguiente parámetros: *i)* si los individuos o grupos de personas están en conexión con el objeto de la investigación, incluidos los que soportan la más grande responsabilidad sobre los crímenes que se alega fueron cometidos, y *ii)* la gravedad de los crímenes cometidos dentro de los incidentes que probablemente serán objeto de una investigación (International Criminal Court, 2011, p. 82).

La Fiscalía refirió que los individuos probables de ser el foco de futuras investigaciones están en los más altos rangos políticos y militares, donde se alega desempeñaron un rol en la violencia (International Criminal Court, 2011, p. 82). De la misma forma, advierte que serios crímenes como asesinato, violación y desaparición forzosa fueron cometidos a gran escala, como parte de un plan, en el contexto o en asociación con el conflicto armado (International Criminal Court, 2011, p. 83).

Como conclusión de este apartado la SCP expuso que habiendo abordado los problemas planteados anteriormente (la complementariedad y gravedad) y en ausencia de procesos contra los mayores responsables por los crímenes cometidos durante la violencia post-electoral, a la luz de la gravedad de los actos cometidos, la Sala concluía satisfechos los elementos de la gravedad y la posibilidad de existencia de potenciales casos que serían admisibles en la situación de la República de Costa de Marfil si la investigación es autorizada (International Criminal Court, 2011, p. 83).

### **2.1.1.1.3 El interés de la justicia como elemento de la admisibilidad**

Finalmente, se encuentra la fase relativa a determinar que la situación tiene un interés para la justicia como se señala en el artículo 53. Es decir, el impacto que tendrá sobre las víctimas, la comunidad y la paz regional (Ambos, 2010, p. 16). La valoración que se hace corresponde a una de naturaleza política y sobre el último aspecto (la paz) existen diferentes cuestionamientos entorno a cómo la paz se evalúa en términos de justicia punitiva por parte de la CPI y no de pacificación y reconciliación en los países. Sobre este aspecto se ha criticado su ambigüedad, pues se desaprueba la discreción política que puede adoptar la Fiscalía entre los imperativos de la justicia retributiva y la paz (Rodman, 2009, p. 104).

Sobre el interés de la justicia la SCP dijo, en el caso de Costa de Marfil, que cuando la OTP piensa que la investigación sí va a redundar en el interés de la justicia, no está obligado a presentar soporte material en ese respeto, ya que la Fiscalía es la que debe notificar y probar la decisión de desechar la investigación por no ser esta de interés para la justicia (International Criminal Court, 2011, p. 84).

Basada en la información disponible, la Fiscalía no tuvo razones para creer que la apertura de una investigación en la situación de Costa de Marfil no sería del interés de la justicia. La Sala notó, además, que no está indicado por los representantes de víctimas que la investigación no serviría en el interés de la justicia (International Criminal Court, 2011, p. 84).

## 2.1.2 Política de la Fiscalía para la apertura de investigación.

La Fiscalía de la CPI se rige por políticas propias elaboradas a raíz de las ambigüedades que el propio Estatuto contenía. Para ello ha creado diferentes documentos a través de los cuales ha configurado y fortalecido su política de análisis de situaciones y casos, estableciendo metas periódicas y su consecuente revisión. Advirtiendo las principales dificultades que se presentan, los retos y las estrategias a través de las cuales se enfrentarán con el ánimo de robustecer el derecho penal internacional en el contexto internacional.

Al respecto, se puede advertir que la política de la Oficina de la Fiscalía se divide en dos etapas fundamentalmente: la primera, desde el 2003 hasta el 2012; y la segunda, desde el 2012 hasta la actualidad. Esta separación puede obedecer a diversos factores, pero aparece como principal, el cambio de Fiscal al interior de la CPI, así Fatou Bensouda fue elegida el 12 de diciembre de 2011 por la Asamblea de Estados Parte e inició su labor el 15 de junio de 2012, remplazando al Fiscal Luis Moreno Ocampo que había sido designado como Fiscal desde la creación de la CPI.

- Transformación de la Política de la Fiscalía de la CPI

### 2.1.2.1.1 Primera etapa de la política de la Fiscalía

En primer lugar, se puedan observar claras diferencias entre las políticas y estrategias establecidas por la Fiscalía. En el 2003, un año después de la entrada en funcionamiento de la CPI, la Oficina del Fiscal emitió el primer *policy paper*, sobre la forma y principios sobre los cuales actuaría el ente acusador. En la primera fase la Fiscalía se caracterizaba por su actitud ambiciosa ante la posibilidad de reducir la brecha de impunidad, a través de la imposición de penas fuertes, con una visión optimista sobre el ejercicio de jurisdicción de la Corte. Se consideraba a sí misma como el poder omnipotente de la justicia. Este primer documento se resume en los siguientes objetivos: (i) resaltar el carácter complementario de

la Corte, (ii) describir la naturaleza global de esta y (iii) definir criterios de persecución de situaciones y casos.

Al respecto, en la primera situación se reiteraba el carácter complementario de la Corte debiendo actuar cuando el Estado fuera incapaz o no estuviera dispuesto a ejercer la jurisdicción sobre los responsables de crímenes de competencia de la Corte. No obstante, para el periodo 2006-2009 se adoptó el término «*complementariedad positiva*» que más adelante sería desarrollado en la Conferencia de Estados Parte en 2010 celebrada en Kampala. Bajo este término se reconoció que la Corte se encontraba limitada por la naturaleza de la institución y los recursos para la persecución de todos los casos, por lo que a través de esta política se procuró que la Corte animara a los Estados a iniciar los procedimientos desde la jurisdicción nacional, brindando a los Estados el apoyo político y legal para la persecución penal y maximizando sus resultados a pesar de sus recursos limitados (Burke White, 2008, p. 56). De ese modo se institucionalizó tal concepción de parte de la Fiscalía y se mantiene incluso en el plan estratégico 2016-2018.

En 2009 se emitió el *Informal Expert Paper*, sobre la puesta en práctica del principio de complementariedad. Un grupo de expertos se reunieron para delimitar el significado del principio de complementariedad en la justicia penal internacional, definiendo que su valoración sería variable de acuerdo con la fase procesal en la que se analizara y reconociendo que la complementariedad que rige a la CPI se da en virtud del reconocimiento de la responsabilidad de los Estados en la persecución de los delitos más graves y la primacía de la jurisdicción nacional. Así mismo, se adoptó el principio de *burden sharing*, conforme al cual las cargas de investigación se reparten entre la Fiscalía y el Estado.

En el documento señalado se establecen dos principios que guían la complementariedad: la relación y la vigilancia. El primero se refiere a la reciprocidad entre el Estado y la Fiscalía de la Corte, donde esta tiene la capacidad de animar y colaborar de manera asistencial en el desarrollo de la jurisdicción primaria o bien dividir la labor investigativa entre el Estado y la Fiscalía, lo que más tarde se reconocería como *complementariedad cooperativa*. Sobre el

segundo aspecto, se entiende el principio de buena fe como aquél que rige el procedimiento de vigilancia a cargo de la Fiscalía sobre los procesos que se adelantan por parte del Estado.

Dentro del primer proceso se incluyen los procesos con los cuales se reduce la impunidad, los cuales son: la legislación, la priorización y la investigación. En este punto se reconoce nuevamente el carácter político de la CPI, en cuanto se insta a los Estados a actuar en una esfera pública y privada en la coordinación de la penalización de los delitos internacionales. La colaboración de parte de la Corte puede ser en términos de intercambio de información, apoyo técnico, capacitación en términos financieros o de personal o bien como intermediario entre Estados.

En lo que concierne al segundo proceso (la vigilancia) se parte de los tres escenarios en los cuales la CPI puede declarar admisible una situación, ello es: por inacción, falta de capacidad o falta de disposición del Estado para enjuiciar a los máximos responsables de delitos de competencia. En el primer caso basta que el Estado no haya ejecutado acción alguna para la persecución de los responsables de los delitos más graves. Para el segundo caso, es decir, la incapacidad, se puede realizar una valoración desde los aspectos técnicos en los que se encuentre fallando la justicia, verbigracia la carencia de personal, legislación o incluso por medidas de obstrucción en el desarrollo de la investigación. Mientras que en la falta de disposición debe atenderse a algunos criterios, tales como la intención de ocultar al individuo de su responsabilidad penal, juzgarlo fraudulentamente o actuando parcial o inconsistentemente con el ánimo de sustraer al responsable de la justicia.

Sobre la naturaleza de la investigación se reiteró que la Corte es de carácter internacional, por lo que actuará solamente sobre los casos más serios de violaciones a derechos humanos. Al respecto, se puntualizó en la existencia de una diferencia al momento de adelantar la investigación de las situaciones, porque esta dependería del contexto y de las labores de la Fiscalía al interior de los países. Sin embargo, considerando que el documento era el primer *policy paper*, y que la exigibilidad sobre su exactitud era mínima, se especificaba el porqué

se hacía énfasis en esa diferencia en la persecución sobre las situaciones. Se puede afirmar, que se trataba del inicio de un proceso de justificación política del actuar de la Fiscalía.

Finalmente, en el informe que se denominó «*tratando con la brecha de la impunidad*», la Fiscalía señaló su estrategia frente a la persecución individual. Puntualizó que la prioridad sería enfocarse únicamente en los máximos responsables y en los altos niveles en la cadena de mando; por el contrario, para los restantes apoyaría al Estado como medio de asistencia internacional en la persecución de aquellos de menor rango. Luego el enfoque cambiaría a raíz de la necesidad de cooperación estatal.

Para el periodo 2006-2009, la Fiscalía empezó a observar sus propias dificultades y la necesidad de estructurar de mejor manera su plan estratégico. Se refirió nuevamente a la complementariedad, pero diseñando estrategias prácticas para lograr la cooperación de los Estados y canales de comunicación con estos. Igualmente señaló la necesidad de enfocar la investigación y la persecución delimitando los criterios para la selección de los Estados a intervenir. De modo que se consagraron en el «*draft Policy Paper on Selection Criteria*» de junio de 2006, los elementos para definir la gravedad de la situación, referidos a la escala de los crímenes, la naturaleza de estos, su modo de comisión e impacto.

Adicionalmente, se empezó a tener en cuenta por parte de la Fiscalía la necesidad de que la Oficina tuviera una relación más estrecha con las víctimas. Con el ánimo de determinar el interés de la justicia en la situación se consagró la necesidad de tener en cuenta las preocupaciones de las víctimas en el direccionamiento de la investigación. De esta forma, ello se adicionó como elemento para determinar la necesidad de intervenir o no en un Estado, solicitando la apertura de investigación ante la CPI.

El último documento emitido durante la permanencia de Luis Moreno Ocampo correspondió a la Estrategia del 2009 al 2012. En este *policy paper* se mantuvo la complementariedad positiva, como se había mencionado, pero agregando dos elementos a tener en cuenta en la selección de las situaciones: se planteó el test de admisibilidad y se fortaleció el término de *complementariedad positiva*, evaluando cómo esta podría contribuir a los procesos

nacionales, aspecto que revela la flexibilización de las propias políticas de la Corte Penal Internacional, en orden a demostrar eficiencia en su actuar.

Por otro lado, se reiteró la necesidad de maximizar el impacto de las actividades de la Oficina del Fiscal. Se determinó como meta no sólo reducir la impunidad sino contribuir a que con ello se previnieran futuros crímenes. En el ámbito de la definición de máximos responsables se aumentó el espectro, con base en el Estatuto, para aquellos que financiaran o hubiesen contribuido u organizado en los crímenes. Esta fue una respuesta no solo a la aplicación del artículo 25 del ER sino a la imposibilidad que la Fiscalía empezaba a experimentar para perseguir únicamente a aquellos que se encontraban en el más alto nivel dentro de la escala de organización de los crímenes.

Finalmente, se adoptaron estrategias destinadas a fortalecer aspectos técnicos y financieros de la Oficina de la Fiscalía. El aumento de actores intervinientes en este proceso resultó fundamental, dado que se creó una red de la Fiscalía con agencias, organizaciones regionales e internacionales, la sociedad civil, los representantes de víctimas y víctimas, expertos consejeros, ONG , fundaciones y medios de comunicación (Oficina del Fiscal CPI, 2010, pp. 15-18). Involucrar a estos actores contribuía al conocimiento y recepción de información sobre un Estado para la Fiscalía.

A pesar de que se dieron procesos de aceptación de las propias dificultades de la Fiscalía en la investigación y persecución de situaciones y casos, este periodo se caracterizó por conseguir resultados de carácter cuantitativo. Es así como los tres documentos reseñados establecían metas numéricas a alcanzar en cada uno de los periodos: se determinaba el número de juicios, investigaciones por continuar y casos por abrir. Demostrando esto un interés por legitimarse ante la comunidad internacional, pero no respecto de un proceso que garantizara la prevención de los crímenes, sino un éxito y legitimidad de carácter numérico desde una justicia retributiva.

### 2.1.2.1.2 Segunda etapa de la política de la Fiscalía

Ahora bien, en lo que respecta a la segunda fase de la labor de la Fiscalía, es decir cuando asumió su liderazgo Fatou Bensouda, el diseño de estrategias tuvo un cambio notable en la reducción de metas numéricas. Los datos estadísticos se convirtieron en muestra de resultados, pero como un objetivo a cumplir de parte de la Fiscalía. Incluso, se plantea que las medidas que se adopten de parte de la Oficina se encontrarán dirigidas a realizar las investigaciones con mayor profundidad, aun cuando se mantenga un número limitado de estas (Oficina del Fiscal CPI, 2013<sup>a</sup>, p. 6).

En ese sentido, se plantearon estrategias con base en principios que debían direccionar la labor de la Fiscalía. Se determinaron la conducta imparcial, independiente, cualificada y eficiente, como criterios a cumplir de parte de la Fiscalía en cada una de las etapas del proceso penal. En este aspecto, parece ser, se enfoca la Fiscalía especialmente en procurar que la labor sea de carácter eficiente con el ánimo de legitimar y fortalecer sus actuaciones. También, se reconocieron las dificultades administrativas, financieras y de cooperación internacional. Se determinó fortalecer la oficina en el ámbito profesional y de recursos humanos y especificar las funciones de cada una de las divisiones de la Oficina de la Fiscalía.

Finalmente, el mayor avance de esta política fue la creación e integración de una perspectiva de género e infancia a través de una dependencia destinada para ello. Es importante recordar que para el 2012 se produjo la primera sentencia de la CPI, en contra de Thomas Lubanga Dyilo, lo que significó para la Fiscalía y para el Tribunal recuperar parte de legitimidad que había sido perdida por su falta de resultados, en términos punitivos y por supuesto de pacificación.

En ese mismo sentido se pusieron de presente las dificultades de la OTP durante las investigaciones y el adelanto de los procesos. Las falencias se daban no solo por la falta de cooperación de parte de los Estados y la recolección de información, sino por los problemas con los testigos, que eran intimidados y requerían protección (Oficina del Fiscal CPI, 2013<sup>a</sup>).

Ello sumado al choque cultural al que se sometían las víctimas en los procesos y problemas técnicos de traducción al interior de la CPI.

Por último, en 2015 se diseñó el plan estratégico para 2016-2018. Se reafirmaron los principios de la política anterior; se incluyó la necesidad de adaptar la Oficina de la Fiscalía ante los retos tecnológicos y el aumento en la organización que presentaban los grupos criminales, advirtiendo su relación con el crimen transicional, el crimen organizado y los actos de terrorismo (Oficina del Fiscal CPI, 2015, p. 6). Así, se refirió la importancia de adoptar oficinas y herramientas que tuviesen la capacidad de responder a ellos con el fin de reducir su influencia en el desarrollo de las actuaciones judiciales.

Esta etapa se caracteriza por dejar de lado una visión optimista y ambiciosa de la Fiscalía y, por el contrario, aceptar sus propios obstáculos, que pueden ser resumidos en cooperación, recursos y obstrucción a la justicia. Generando respuestas, tales como el fortalecimiento de redes y la inclusión de actores en durante el proceso de investigación; la solicitud de apoyo económico por parte de los Estados y el mejor desempeño de la oficina; y, por último, la priorización de testigos y monitoreo de las situaciones en modo de asistencia judicial.

Hay que resaltar que en esta última fase se adoptó una teoría economicista en la selección de casos, puesto que se estableció la evaluación de costo-beneficio en la elección de las situaciones. Ello tuvo un efecto inmediato en la selección de los denominados «*máximos responsables*», ya que la Fiscalía dejó de focalizarse en los más altos niveles y estableció como objetivo los mandos medios para construir evidencia y con ello adelantar un caso subsecuente en contra del «*máximo responsable*» (Oficina del Fiscal CPI, 2015, p. 16). En otras palabras, a través de los cargos medio llegar a los más altos.

Finalmente, en el establecimiento de políticas 2019-2021, se enfocó en el aprendizaje de las experiencias y mejoramiento de sus prácticas. Consagró la necesidad de aumentar la rapidez efectividad y eficacia de sus actuaciones, así como el enfoque sobre las víctimas de crímenes de competencia de la CPI. Para ello planteó unir el factor de cantidad con cualidad y respecto

de la apertura de investigaciones preliminares enfatizó en la necesidad de priorizar y reducir la presión de los Estados, a través de un trabajo mancomunado (Oficina del Fiscal CPI, 2019).

### 2.1.2.1.3 Reflexiones criminológicas sobre la política de la Fiscalía

Así el panorama, debe aceptarse a una Fiscalía autocrítica y hoy consciente de sus propias debilidades, lo cual no impide analizar cómo las propias lógicas que envuelven el sistema penal internacional, el orden tecnológico, económico, social, político y cultural han determinado el modo de persecución y selección de investigaciones.

Para la última fase reseñada, sobre la política de la Fiscalía en 2013, se estableció el Documento de Política General sobre los exámenes preliminares. En este se pretendió dejar claro los lineamientos que la OTP tendría en cuenta para la selección y análisis de las situaciones en el examen preliminar y eventualmente en la apertura de investigación en un Estado.

En el análisis de los factores consagrados en el ER la Fiscalía estableció como principios generales de su política interna: la independencia, la imparcialidad y la objetividad. El primero se refería a la capacidad de actuar sin injerencias de ningún tipo; el segundo a la persecución de modo equilibrado sobre los países, geográficamente hablando; y el tercero consiste en el análisis de la información recibida usando estándares de evaluación para su verificación (Oficina del Fiscal CPI, 2013b, Pár. 25–33).

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que la facultad de la Fiscalía en la persecución de crímenes es discrecional. Esto, con base en el establecimiento de un sistema procesal de carácter adversarial en el derecho penal internacional. Tal potestad se confirió desde sus orígenes en los juicios de Núremberg, ya que el Estatuto del Tribunal Militar establecía -en su artículo 14 literal c- que el grupo de cuatro Fiscales conformado por los países aliados actuarían como comité para «*determinar qué destacados criminales de guerra van a ser juzgados por el Tribunal*» (sic). Hoy se acepta que el sistema procesal de la Corte es de una

naturaleza mixta e incluso se afirma que tal clasificación puede no resultar útil o ser trascendental en el análisis del sistema procesal (Anónimo, 2016).

Los principios reseñados por la Fiscalía para su actuar, fueron estipulados con base en los existentes durante los Tribunales de Ruanda y la ex Yugoslavia. Durante los Tribunales Ad-hoc se establecieron para el caso de la antigua Yugoslavia -en el numeral 2 del artículo 16 del Estatuto y en el numeral 2 del artículo 15 del ETPIR- que *«El Fiscal representa un órgano autónomo dentro del Tribunal Internacional, actúa con total independencia. No solicita ni recibe instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna otra fuente.»*

No obstante, tal independencia no resultó tan evidente con la emisión de la Resolución 1534 del 2004 por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. En la cual no sólo se solicitaba la información de los procesos adelantados en los países, sino que instaba a que se determinaran aquellas causas que podrían ser adelantadas por las jurisdicciones nacionales y que el procesamiento de personas únicamente recayera sobre *«los más altos dirigentes de quienes se sospechara les cabía la mayor responsabilidad de los delitos que sean competencia del Tribunal.»* Adicionalmente, se debe tener presente que la postulación del Fiscal provenía directamente del Consejo de Seguridad, donde toda la independencia e imparcialidad quedaba en entredicho.

El poder y discrecionalidad del Fiscal en la investigación no es una imposición, sino que surgió en las discusiones adelantadas para la creación del ER. Se planteó por parte de la Comisión de Derecho Internacional que la independencia del Fiscal se garantizaba, si los hechos eran remitidos solamente por el Estado o por el Consejo de Seguridad. Sin embargo, fueron las ONG las que promovieron la idea de que la Fiscalía pudiera iniciar investigaciones *motu proprio*, porque su mayor preocupación radicaba en que, por las relaciones internacionales entre Estados, no se remitieran violaciones de DDHH, lo que comprometería la imparcialidad y legitimidad de la CPI (Glasius, 2010, p. 153).

En el mismo sentido, el ER dispone en el numeral 1 del artículo 42 que:

**«La Fiscalía actuará de modo independiente como órgano separado de la Corte. Estará encargada de recibir remisiones e información corroborada sobre crímenes de competencia de la Corte para examinarlas y realizar investigaciones o ejercitar la acción penal ante la Corte. Los miembros de la Fiscalía no solicitarán ni cumplirán instrucciones de fuentes ajenas a la Corte»** (negrilla fuera del texto).

Disposición a través de la cual la Oficina de la Fiscalía ha diseñado diferentes *policy paper* para la puesta en marcha de sus facultades investigativas, concluyendo como principios que rigen la selección de casos: la independencia, la imparcialidad, la objetividad y adicionalmente la no discriminación (Guariglia, 2009, p. 210) .

Al respecto, se ha cuestionado la investigación y persecución de parte de la CPI sobre el continente africano, como quiera que los casos individualizados (no situaciones) que ha adelantado el Tribunal corresponden únicamente a dicho territorio. De esta forma, ha sido criticada, por ejemplo, por parte de Kai Ambos al indagar si se trata de una Corte Internacional o una Corte Africana, y por otros autores como Mahmood Mamdani, quien asegura que esto es un proceso de neo-colonización de Occidente sobre África.

Dicho proceso ha sido entendido por algunos autores como necesario y de legitimización de la Corte a nivel global. Se considera que tanto los Estados africanos, como la Corte, tienen mucho por ganar con la intervención judicial. La Corte porque tiene la posibilidad de desarrollar el derecho y demostrar su poder jurídico; y los Estados porque, a su juicio, pueden alcanzar un buen nivel de gobernanza, reducir la impunidad y conflictos presentes desde los procesos de independencia, así como fortalecer los sistemas judiciales y por ende su soberanía (Jalloh, 2009).

De acuerdo con el análisis de la presente investigación, las últimas afirmaciones señaladas no pueden ser aceptadas sin previamente conocer sobre los motivos de la Corte para actuar únicamente en África, menos al valorar la situación actual de los Estados intervenidos y en una primera observación, revisar la persistencia de los conflictos. Es indispensable atender

al carácter político de la Corte y los intereses que persigue al investigar y abrir investigación sobre dichos países. No en vano, se ha realizado una oposición académica y política sobre la intervención del tribunal internacional en el continente africano.

Sobre el particular, se resalta la participación de la Unión Africana, órgano que proviene de la Organización de la Unidad Africana. Durante su cuarta sesión en 1999 promovió la creación de una Unidad a través de la cual se acelerara el proceso de integración del continente. Ello con el fin de actuar dentro de la economía global, pero comprendiendo los aspectos sociales, económicos y políticos negativos de la globalización («AU in a Nutshell | African Union», s. f.).

Este proceso se realizó a través de la llamada *Sirte Declaration* y se hizo con miras a fortalecer la unidad y soberanía de los Estados, reconociendo y exaltando la labor independista de los pueblos africanos y la necesidad de entablar relación entre estos y los demás Estados en el contexto internacional.

Conforme a lo anterior, el fundamento de la Unión ha sido la protección de la soberanía y la no intervención. Han procurado un nuevo marco para las relaciones internacionales en la era post-colonial (Aning & Edu-Afful, 2016, p. 3), de modo que el artículo 4 del Acta de Constitución enlista los principios que rigen la organización. Estos pueden ser resumidos como principio de soberanía, de no intervención entre Estados e injerencia de la UA cuando el Estado lo requiera.

También, la UA cuenta con la facultad militar para adelantar procesos de pacificación. República Centro Africana fue el primer país donde se enviaron 800 hombres del ejército conocido como la MISAB, en 1997 para la supervisión de los Acuerdos de Bangui y en 1998 se creó un batallón de 600 hombres que actuó en 2004 durante la crisis de la región de Darfur, en Sudán (Lorenzo, López, Reynolds, Carveth, & Dayal, 2011, p. 21).

Pese a procurarse una unidad al interior de la Unión Africana también se presentan disidencias que resulta importante reseñar. Los países africanos miembros del ER han mostrado, al menos en el campo diplomático, un compromiso por la justicia penal internacional contraria a la visión negativa de la UA. Han incorporado dentro de su legislación nacional los crímenes de competencia de la CPI, y en ocasiones han requerido la asistencia de la Corte en el marco de la denominada complementariedad positiva (Maunganidze & Du Plessis, 2015, p. 71). Situación que también debe ser valorada para considerar si la remisión de situaciones ha sido voluntaria o producto de las presiones en el concierto internacional.

### **2.1.3 Argumentos jurídicos de la Fiscalía y la SCP para emitir órdenes de captura.**

A continuación, se examinarán otros criterios esgrimidos por la Fiscalía y la SCP para la toma de ciertas decisiones, específicamente las órdenes de captura. Esto se hará así, debido a que solo uno de los casos que aquí se examinan (Costa de Marfil) ha tenido que ser evaluado por la SCP para ser admitido ante la CPI, dado que los demás fueron remitidos por los mismos Estados (Uganda y República Democrática del Congo) o por el Consejo de Seguridad de la ONU (Sudán-Darfur). De esta forma, lo que se pretende es analizar el actuar de la Fiscalía y la CPI en los casos que son objeto de estudio del presente capítulo.

En tal sentido y conforme se planteó metodológicamente, el acápite se elaboró descriptivamente, en cuanto a los argumentos esbozados por la CPI para la apertura de la investigación. De tal suerte que conforme a la selección de los países se señalan las decisiones y fundamentos adoptados, a fin de elaborar la triangulación con los criterios extrajurídicos adoptados en el contexto internacional.

- 2.1.3.1 Orden de arresto contra Bosco Ntaganda (República Democrática del Congo).

A continuación, se presenta la descripción de la segunda orden de arresto emitida contra el señor Ntaganda. De este pronunciamiento se deducen los argumentos jurídicos utilizados por la CPI para fundamentar la apertura de investigación en esta situación, al no contar con un pronunciamiento explícito, como en el caso de Costa de Marfil. Esta decisión fue emitida el 24 de agosto de 2006 por la SCP I. Está identificado como ICC-01/04-02/06-2-tENG (International Criminal Court, 2006).

Habiendo examinado la solicitud de arresto contra Bosco Ntaganda enviada el 13 de junio de 2006, y habiendo examinado los materiales de evidencia y otras informaciones suministradas por el Fiscal, la SCP la aprobó la solicitud. La SCP consideró que el caso era de la competencia de la CPI; que habían motivos razonables para creer que un prolongado conflicto tuvo lugar en Ituri entre julio de 2002 y el final del 2003; así como para creer que desde julio de 2002, hasta diciembre de 2003, miembros de las «Fuerzas Patrióticas de Liberación del Congo» llevaron a cabo en repetidas ocasiones actos de alistamiento dentro del FPLC de niños de menos de quince años, quienes fueron entrenados por el mismo grupo en diferentes sitio.

También consideró que los niños reclutados fueron utilizados para participar activamente en las hostilidades en el contexto y en asociación con el conflicto en Ituri. Se aceptó que existían motivos razonables para creer que, desde julio de 2002 hasta el 8 de diciembre de 2003, Bosco Ntaganda era el segundo al mando en del personal general para las operaciones militares, subordinado solo por el señor Lubanga. Había motivos razonables para creer que

*«i) Bosco Ntaganda usó su autoridad dentro del grupo FPLC para implementar activamente una política/práctica adoptada desde el más alto nivel de UPC/FPC de enlazamiento dentro de FPLC y usar activamente en las hostilidades a niños, y ii) él era consciente de su rol dentro del FPLC en la implementación de esas políticas»* (International Criminal Court, 2006<sup>a</sup>, p. 2-4).

La Sala se refirió a la competencia material de la CPI, en cumplimiento del requisito estipulado en el artículo 58.1 del ER. Considerando que por las razones arriba mencionadas hay motivos razonables para creer que Bosco Ntaganda es un criminal responsable bajo el artículo 25.3 a) del ER por i) Crimen de guerra de alistamiento de niños de menos de quince años, ii) crimen de guerra de conscripción de niños de menos de quince años, y iii) crimen de guerra de usar niños de menos de quince años para participar activamente en hostilidades (International Criminal Court, 2006, p. 4).

Así, para cumplir el requisito estipulado en el artículo 58.1 b) del ER, la Sala considera necesario el arresto del señor Bosgo Ntaganda para asegurar su comparecencia al tribunal y asegurar que no obstruirá o pondrá en peligro la investigación (International Criminal Court, 2006, p. 4).

#### **Decisión sobre la solicitud del Fiscal en virtud del artículo 58 en el caso Bosco Ntaganda.**

Este pronunciamiento fue emitido por la SCP II el 13 de julio de 2012. La identificación de su expediente es ICC-01/04-02/06-36-Red, cuenta con 5 apartados. En el apartado I se hace un análisis de la jurisdicción y la admisibilidad de la Corte para este caso (artículos 11, 12, 13, 17 y 19 del ER). En el apartado II se pregunta la SCP si hay motivos razonables para creer que uno o más crímenes mencionados en la solicitud del Fiscal han sido cometidos (artículo 53.1 a), en donde se examinan: A. Crímenes contra la humanidad, y B. Crímenes de guerra. En el apartado III se analiza si hay motivos razonables para creer que el señor Ntaganda es un criminal responsable por los crímenes expuestos en la solicitud del Fiscal (requisitos del artículo 53.2 a) y 58.2 d) del ER). En el apartado IV se analiza si los requisitos para emitir una orden de arresto contra el señor Ntaganda se han cumplido (artículo 58 del ER). Por último en el apartado V la providencia judicial concluye (International Criminal Court, 2012, p. 3).

De esta forma se pudo observar cómo se da el desenvolvimiento de los argumentos jurídicos en esta providencia judicial. Al respecto es preciso notar que en esta providencia se expone una argumentación acerca del poder jurídico que le compete a la CPI para pronunciarse sobre el caso, que se encuentra en el contexto de una situación; teniendo en cuenta lo ordenado por el artículo 19.1 del Estatuto, que ordena que la Corte debe cerciorarse de su competencia en todas las casusas que le sean sometidas.

Por otro lado, el mismo artículo determina que la Corte podrá establecer de oficio la admisibilidad de la causa. De conformidad con el artículo 17 del ER. Ambos elementos se pueden encontrar en el apartado I de la providencia judicial que se va a describir en esta sección. Haciendo este análisis se van a satisfacer, automáticamente, los respectivos de los literales a) y b) del artículo 53.1 del ER, el cual, como lo ordena la regla 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, contiene los requisitos que debe tener en cuenta el Fiscal para abrir investigación respecto de una situación, en cumplimiento del artículo 15.3 del ER.

De conformidad con lo expuesto, aunque no se tiene pronunciamiento expreso de un órgano jurisdiccional de la CPI sobre una autorización de apertura de investigación para este caso (dado que es una situación referida por un Estado, de conformidad con el artículo 13 a) del ER) sí se puede examinar los criterios que permitirían determinar si existe fundamento suficiente para abrir una investigación.

Por otro lado, en el apartado II del documento a describir se hace un análisis acerca de si hay motivo para creer que se han cometido los crímenes mencionados por el Fiscal. En este sentido se ve tácitamente, el cumplimiento del requisito de la «*gravedad*» dentro del examen de admisibilidad dispuesto en el artículo 17.1 d) y el del artículo 53.1 a) y c) del Estatuto. También se determinó la existencia de fundamento razonable para creer que se han cometido crímenes competencia de la CPI y que, dada la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación sí era de interés de la justicia. Por último, en el tercero y cuarto de los apartados de la providencia se evalúa el cumplimiento de los requisitos del artículo 58 numerales 1 y 3 del ER para autorizar una orden de captura concreta.

La providencia se emitió en respuesta a la segunda solicitud de arresto por parte del Fiscal contra el señor Ntaganda. La Sala se pronunció sobre los siguientes aspectos: i) jurisdicción y admisibilidad de la CPI sobre el caso, ii) si había motivos razonables para creer que crímenes de acuerdo con la solicitud habían sido cometidos, iii) si había motivos razonables para creer que el señor Ntaganda era un criminal responsable por los crímenes presentados en la solicitud y iv) si los requerimientos de la solicitud de orden de arresto del señor Ntaganda habían sido cumplidos.

## **Jurisdicción y admisibilidad en el caso**

### **A. Jurisdicción de la CPI**

A lo largo del apartado se observa que el análisis de la Sala, respecto del cumplimiento de los requisitos que le otorgan jurisdicción sobre el caso, hace un análisis muy somero y no entra a examinar a detalle ni los elementos jurídicos ni los fácticos. Así, de conformidad con el artículo 19.1 del ER la Sala debe percatarse de su competencia frente al caso, y puede hacerlo de oficio respecto de la admisibilidad del mismo. Por lo anterior la Sala pasa a hacer estos análisis.

Para que los crímenes sean de la jurisdicción de la CPI es necesario satisfacer los siguientes criterios, a juicio de la Sala: i) el crimen tiene que estar dentro de los enumerados por el artículo 5 del ER (jurisdicción *ratione materiae*); ii) el crimen tiene que haber sido cometido dentro de la franja de tiempo establecido en el artículo 11 del ER (jurisdicción *ratione temporis*); y iii) el crimen tiene que satisfacer alguno de otros dos criterios bajo el artículo 12 del Estatuto, tiene que haber sido cometido en el territorio de un Estado parte (jurisdicción *ratione loci*) o haber sido cometido por un nacional de un Estado parte (jurisdicción *ratione personae*) o haber sido cometido dentro del territorio de un Estado que ha hecho o la declaración a que hace referencia el artículo 12.3 del ER, o por nacionales de ese Estado (International Criminal Court, 2012, p. 6).

Considerando la primera condición, la Sala está convencida de que los crímenes de los que se alega fueron cometidos por el señor Ntaganda constituyen crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. La Sala observa que el asesinato constituye tanto crimen contra la humanidad, como crimen de guerra; la violación y la esclavitud sexual constituyen tanto crímenes contra la humanidad, como crimen de guerra; la persecución por razones étnicas constituye crimen contra la humanidad; los ataques intencionales contra la población civil constituyen crimen de guerra y el saqueo constituye crimen de guerra. Por lo anterior la Corte encuentra satisfecho el primer requisito (International Criminal Court, 2012, p. 6-7).

Respecto de la jurisdicción *ratione temporis* la Sala nota que el ER entra en vigor respecto de la República Democrática del Congo el 1 de julio de 2002. La conductas cuya comisión es alegada tienen lugar entre septiembre de 2002 y septiembre de 2003, por lo cual la Corte encuentra satisfecho este segundo requisito (International Criminal Court, 2012, p. 7).

Para el tercer requisito la Corte está satisfecha dado que el crimen fue cometido en el territorio de la República Democrática del Congo, y de conformidad con esto se concluye que la Corte tiene jurisdicción *ratione loci* bajo el artículo 12.2 a) del ER: «12. For these reasons, the Chamber concludes that the case against Mr. Ntaganda falls within the jurisdiction of the Court»(International Criminal Court, 2012, p. 7).

## **B. Admisibilidad del caso**

Respecto de este aspecto se recuerda que dentro del mismo se subsume el análisis de la gravedad de los crímenes, la admisibilidad que especifica el artículo 53.1 del ER y si la investigación al respecto está a favor del interés de la justicia. La Sala hace mención del artículo 19.1 del ER, y recuerda que de acuerdo con el mismo la Corte puede referirse a la admisibilidad del caso en el pronunciamiento que lo requiera. Sin embargo, para esta ocasión decidió que no es pertinente referirse a esta admisibilidad en este pronunciamiento:

*«13. The second sentence of article 19(1) of the Statute provides that the Court may, on its own motion, determine the admissibility of a case in accordance with*

*article 17 of the Statute. The Chamber does not consider it necessary to examine the admissibility of the case at this stage of the proceedings.»(International Criminal Court, 2012, p. 7)*

## **II. Si hay motivos razonables para creer que crímenes de acuerdo a la solicitud han sido cometidos**

Como requisito para autorizar una orden de captura la Sala examinó si hay motivos razonables para creer la persona concernida (en este caso el señor Ntaganda) ha cometido un crimen que cae dentro de la jurisdicción de la CPI. Lo anterior en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 58.1 a) del Estatuto.

La SCP hizo un análisis detallado de la noción de «*motivos razonables para creer*». Para ello acoge un estándar de interpretación en relación con los derechos humanos, dado el mandato del artículo 21.3 del ER, tomando de esta manera, el estándar del artículo 5.1 c) del europeo «*Convenio por la protección de derechos humanos y libertades fundamentales*». Así mismo, utiliza la guía de la jurisprudencia de la CoIDH y de la CASDH.

En este sentido se requiere de la existencia de algunos hechos o información que podría satisfacer el objetivo de observar que la persona concernida puede haber cometido una ofensa. Por ello, la SCP señaló que:

*« (...) Accordingly, the Chamber has borne in mind the “reasonable suspicion” standard under article 5(1) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which, as interpreted by the European Court of Human Rights (“ECHR”), “requires the existence of some facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence”.<sup>14</sup> Moreover, the Chamber has also been guided by the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (“IACHR”) as regards the fundamental right to liberty which is*

*enshrined in article 7 of the American Convention on Human Rights.»*

(International Criminal Court, 2012, pp. 8–9)

A continuación, la Sala hace el análisis acerca de los crímenes competencia material de la CPI que pudieron haber sido cometidos por la persona concernida.

### **A. Crímenes contra la humanidad**

El Fiscal en su solicitud alega que han sido cometidos crímenes contra la humanidad en diferentes partes de la República Democrática del Congo. A continuación, la Corte cita la documentación presentada por la Fiscalía en donde se describen las situaciones y circunstancias de hecho en las que tuvo lugar, presuntamente, la ocurrencia de crímenes contra la humanidad: asesinato, violación, esclavitud sexual y persecución.

Posteriormente realiza dos análisis: *i.* Cumplimiento de los elementos de contexto de los crímenes contra la humanidad, y *ii.* Cumplimiento de elementos específicos que configuran cada una de las modalidades o tipos que entran en la categoría de crímenes contra la humanidad (International Criminal Court, 2012, p. 9-10).

#### **(2) Elementos de contexto crímenes contra la humanidad.**

Indica la Sala que, bajo el artículo 7.1 del ER, un acto constituye crimen de lesa humanidad cuando es cometido como parte de un ataque sistemático o generalizado y directo contra la población civil. El artículo 7.2 del mismo estatuto define un ataque directo contra la población civil como un conducta que incluye la comisión de múltiples actos referidos en el párrafo 1 contra la población civil, por parte o con promoción de un Estado u organización política (International Criminal Court, 2012, p. 10).

Luego, la SCP explica y fundamenta los conceptos de generalizado y sistemático. En este sentido expone que esto implica que se excluyen los actos aislados o aleatorios del concepto

de crímenes contra la humanidad. Bajo esta consideración el término «generalizado» se refiere a la naturaleza a gran escala del ataque, que envuelve un gran número de personas. Con respecto al adjetivo «sistemático» se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de su ocurrencia aleatoria. La existencia de un Estado u organización política es un elemento que puede ser inferido de la naturaleza sistemática del ataque (International Criminal Court, 2012, p. 10).

Después de hacer una referencia general sobre los conceptos de los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad, la Sala pasa a explicar cómo se configuraron cada uno de los elementos de contexto del crimen: Un ataque contra la población civil, un Estado u organización política, y la naturaleza generalizada o sistemática del ataque.

### **Un ataque contra la población civil**

La solicitud del Fiscal sostiene que entre septiembre de 2002 y septiembre del 2003 el señor Ntaganda planeó y cometió o coordinó ataques militares contra Lendu y otras non-Hema tribus. Las tropas de la «Unión de Patriotas del Congo» y las «Fuerzas patrióticas por la liberación del Congo», según se dice, invadieron y saquearon las ciudades y pueblo, matando y violando civiles. Para demostrar sus alegaciones la Fiscalía reporta muertes de al menos 800 Lendu y otros non-Hema civiles, por parte de las fuerzas mencionadas, al final del 2002 e inicios del 2003 en Mongbwalu, Kilo, Kobu, Lipri, Bambu. Así mismo, miles de civiles fueron lesionados (International Criminal Court, 2012, p. 11).

La Corte encuentra que esas constituyen bases razonables para creer que decenas de pueblos fueron atacados por las fuerzas mencionadas. La Corte sopesa, además, que esto funge como base razonable para creer que los ataques tenían como objetivo la población civil. De este modo, aseguró que:

*«21. On the basis of the overall material presented, the Chamber finds that there are reasonable grounds to believe that dozens of villages were attacked by the UPC/FPLC in Ituri between September 2002 and September 2003 which*

*resulted in a high number of civilian deaths and a forced displacement of over 140,000 people and in the crimes of murder, rape, sexual slavery and persecution as outlined below (...)*»(International Criminal Court, 2012, p. 11)

### **Un Estado u organización política**

La Fiscalía sostiene que las UOC/FPLC eran una sofisticada y estructurada organización militar, parecida al gobierno del país. Por medio de esta, el señor Ntaganda estaba en capacidad de cometer crímenes contra la humanidad. Señaló que *i)* era una bien estructurada organización en la cual el señor Ntaganda cumplía funciones significativas, *ii)* contaba con mecanismos de reporte estructurados y eficientes, *iii)* contaba con medios técnicos para asegurar que la información y las órdenes fueran efectivamente comunicadas a lo largo de la jerarquía establecida, y *vi)* contaba con una estructura y una jerarquía que le permitían un apropiado grado de delegación a los oficiales del FPLC (International Criminal Court, 2012, p. 12).

Igualmente, sostiene la Fiscalía que las fuerzas UPC/FPLC fueron creadas para buscar dominación política y militar sobre Ituri. Del mismo modo, se afirma que el *modus operandi* fue cuidadosamente planeado para la realización de los ataques, lo que muestra que existía una política para cometer los crímenes: «The Prosecutor further submits that the carefully planned modus operandi of the attacks and their magnitude show that a policy to commit the crimes existed»(International Criminal Court, 2012, p. 13)

De acuerdo al material presentado, la Sala consideró que existían bases razonables para creer que los ataques contra la población civil fueron cometidos de acuerdo a una organización política (International Criminal Court, 2012, p. 13).

### **La naturaleza generalizada o sistemática del ataque.**

De acuerdo a la Fiscalía, entre septiembre de 2002 y septiembre de 2003, el UPC/FPLC condujo a gran escala operaciones militares en Ituri con apoyo de una organización política que sumió a la región bajo el control militar del territorio, matando, persiguiendo y violando a cientos de civiles (International Criminal Court, 2012, p. 14-15). Sostiene además que las operaciones militares fueron planeadas y comandadas por el señor Ntaganda.

Las acciones adelantadas se hacían siguiendo este método: *i)* los objetivos del ataque eran Lendu u otros no-Hema pueblos, *ii)* Las UPC/FPLC rodeaban los pueblos, *iii)* los pueblos eran atacados con artillería pesada, *iv)* los soldados del UPC/FPLC se infiltraban en las ciudades matando a todos que tuvieran armas de fuego pequeñas, machetes o cuchillos, *v)* posteriormente saqueaban y quemaban los pueblos, *vi)* abusaban de las mujeres y las violaban, *vii)* intentaban capturar cualquier Lendu u otro no-Hema persona que quedara (International Criminal Court, 2012, p. 15).

Con base en la información presentada la Sala concluyó que se dieron las condiciones de ser un ataque generalizado o sistemático. La primera calidad se atribuyó al número de víctimas que se presentaron en diferentes localidades. La segunda se halló con base en que se aplicaba un método similar para cometer estos ataques (International Criminal Court, 2012, p. 16). La SCP concluyó que se habían configurado los elementos contextuales del crimen de lesa humanidad.

A continuación, la Sala pasa a examinar los actos específicos y subyacentes que constituyen crímenes de lesa humanidad.

## **(2) Subyacentes actos que constituyen crímenes de lesa humanidad en el contexto de un ataque generalizado y sistemático**

La Fiscalía alega que el señor Ntaganda es co-perpetrador de los crímenes cometidos contra la humanidad entre septiembre de 2002 y septiembre de 2003. Se enlistan los crímenes así: asesinato, violación, esclavitud sexual y persecución por motivos religiosos de un largo

número de civiles. Estos crímenes son punibles de conformidad con los artículos 7.1 a), 7.1 g) y 7.1 h) del ER (International Criminal Court, 2012, p. 16).

Se elaboró una valoración de los actos subyacentes a los crímenes de lesa humanidad. La descripción incluye una enunciación del tipo penal, el alegato del Fiscal, los materiales y evidencias presentados por la Fiscalía para mostrar la comisión de estos hechos y las conclusiones de la Sala, al respecto de cada uno de estos tipos penales. En ocasiones se incluye la información proveniente del representante de víctimas.

Los tipos penales que fueron presuntamente cometidos, para los que la sala considera que existen bases razonables para creer que se dio su comisión, fueron los siguientes: i) Asesinato, ii) violación y esclavitud sexual y iii) persecución por razones étnicas.

A continuación, la Sala concluyó que, a la luz de lo anterior, hay bases razonables para creer que crímenes de lesa humanidad de asesinato, violación y esclavitud sexual y persecución por razones étnicas, fueron cometidos por UPC/FPLC. Dichos crímenes fueron realizados contra la población no-Hema en Mongbwalu y Sayo entre el 18 y el 23 de noviembre de 2001 y en Lipri, Bambu, Kobu y pueblos de los alrededores entre el 17 de febrero y el 2 de marzo de 2003, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, de conformidad con una organización política (International Criminal Court, 2012, p. 20).

### **Si hay motivos razonables para creer que el señor Ntaganda es responsable por los crímenes presentados en la solicitud**

En este apartado la Sala examinó un requisito necesario para autorizar la emisión de una orden de captura. Este requisito está consagrado en el artículo 58.1 a) del ER: la Sala debe estar convencida de que «(...) Hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de competencia de la Corte».

Si bien es cierto el artículo 58 del ER no hace referencia a la apertura de investigación, sí es un elemento relevante dentro de la argumentación jurídica para determinar la apertura de la situación, de conformidad con el artículo 53.2 del Estatuto. Esto, porque la Fiscalía debe llegar a la conclusión de que existe fundamento suficiente para emitir una orden de captura de conformidad con el artículo 58 para poder comenzar la investigación, como lo expone el artículo 53.2 del ER.

La Fiscalía advierte que, sin excluir otras posibles formas de participación, el señor Ntaganda es responsable como coperpetrador de conformidad con el artículo 25.3 a) del ER por los crímenes que se investigan (International Criminal Court, 2012, p. 26). Conforme a su argumentación, el señor Ntaganda ayudó a idear e implementar la política de conquista del grupo UPC en la región de Ituri por medios militares. El señor Ntaganda comandó sectores y brigadas, y todas las operaciones militares. Además reclutó soldados, visitó e inspeccionó tropas y campos de entrenamiento, procuró y distribuyó armas y municiones y estaba en constante comunicación con la cadena de mando (International Criminal Court, 2012, p. 27).

Siguiendo con un cuidadoso análisis sobre el material presentado, la Sala encuentra que hay motivos razonables para creer que el señor Ntaganda es criminal responsable como indirecto coperpetrador por los crímenes de lesa humanidad de asesinato, violación, violencia sexual, persecución; y por crímenes de guerra de asesinato, ataque contra población, violación y violencia sexual. La Sala subraya en su conclusión que esto es sin perjuicio de encontrar otros cargos o diferentes modos de responsabilidad en las siguientes etapas del proceso (International Criminal Court, 2012, p. 27).

Posteriormente, la Sala determinó los requisitos para considerar que es coperpetrador indirecto de los crímenes. La participación de un sujeto se valora desde una doble perspectiva: objetiva y subjetiva. De acuerdo a las decisiones de las Salas de Cuestiones Preliminares los elementos objetivos son: *i)* El sospechoso debe haber sido parte de un plan común o un acuerdo con una o más personas, *ii)* el sospechoso y otros coperpetradores deben haber llevado a cabo contribuciones esenciales y coordinadas, las cuales resultan en los elementos materiales del crimen, *iii)* el sospechoso debe haber tenido control articulado

sobre la organización, *iv*) la organización debe consistir en una de carácter organizado y jerarquizado, *v*) la ejecución de los crímenes debe asegurarse mediante el cumplimiento casi automático de las órdenes del sospechoso.

Por otra parte, el sospechoso debe satisfacer los elementos subjetivos de los crímenes, *i*) el sospechoso y otros cómplices deben ser mutuamente consientes y aceptar que la implementación del plan común va a resultar en el cumplimiento de los elementos materiales de los crímenes y *ii*) el sospechoso debe conocer las circunstancias fácticas que le permiten ejercer un control conjunto sobre la comisión del delito a través de otra persona.

Además, la Sala establece que debe existir conocimiento sobre los elementos de los crímenes. En lo que concierne en los crímenes de lesa humanidad el perpetrador necesita conocer que su conducta es parte o tiene la intención de que su conducta sea parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. De igual forma en los crímenes de guerra la persona necesita ser consciente de las circunstancias de hecho que establecen la existencia de un conflicto armado (International Criminal Court, 2012, p. 28).

La Sala encontró los elementos satisfechos en cuanto a que hay motivos razonables para creer que existía el plan entre el señor Ntaganda y otros altos mandos miembros de UPC/FPLC para ocupar el territorio Ituri (International Criminal Court, 2012, p. 29). Igualmente, la Sala encuentra que hay motivos razonables para creer que el señor Ntaganda hizo una contribución esencial, dado que él estuvo involucrado en la creación de UPC y jugó un rol esencial en el ataque a Mongbwalu: organizó armas y munición para el ataque, instruyó soldados antes del ataque y personalmente encabezó un grupo en uno de los ataques.

En un nivel estratégico también estuvo implicado en el planeamiento militar de las operaciones, esto, a juicio de la sala, fue suficiente para mostrar el carácter esencial de la contribución (International Criminal Court, 2012, p. 30). Así, la SCP precisó que:

*«72. The Chamber finds that there are reasonable grounds that Mr. Ntaganda made an essential contribution. He was involved in the creation of the UPC, the bearer of the policy and provided an essential contribution to the aforementioned plan. Mr. Ntaganda played an essential role in the attack on Mongbwalu: he organized weapons and ammunition for the attacks<sup>102</sup>, he instructed the soldiers himself before the attack<sup>103</sup> and personally led one group in one of the attacks.<sup>104</sup> Generally, he was also responsible for the distribution of weapons, inter alia for the attack on Kobu. On a strategic level, he was also implicated in the planning of the military operations of the UPC/FPLC.<sup>107</sup> These actions, aside from the fact of his formal position within the UPC/FPLC as the deputy chief of staff, suffice to show the essential character of his contributions.»*(International Criminal Court, 2012, p. 29)

Considerando el material presentado, la Sala encontró que hay motivos razonables para determinar que Ntaganda cumplió los elementos subjetivos de los crímenes alegados, de conformidad con el artículo 30 del Estatuto: él sabía de la ejecución de un plan común que podría resultar en la comisión de los crímenes alegados; además tenía conciencia de su control sobre la organización; de forma similar, el señor Ntaganda sabía que su conducta hacía parte de un ataque generalizado o sistemático y era consciente de la existencia de las circunstancias que establecían un conflicto armado (International Criminal Court, 2012, p. 32).

### **Cumplimiento de los requisitos para emitir una orden de arresto contra Ntaganda**

En este apartado la Sala continuó con el análisis para la satisfacción del artículo 58 del Estatuto. De conformidad con este, para que una orden de arresto sea emitida por la Sala debe tener motivos razonables para creer que la persona ha cometido el crimen dentro de la jurisdicción de la CPI. Adicionalmente, la orden de arresto debe ser necesaria para: *i)* asegurar que la persona se presente ante el tribunal, *ii)* asegurar que la persona no obstruya o ponga en peligro la investigación o los procedimientos de la Corte, *iii)* prevenir que la

persona continúe en la comisión del crimen relacionado (International Criminal Court, 2012, p. 33).

La Sala indicó que el arresto del señor Ntaganda era necesario para asegurar su aparición al tribunal, que no obstruyera o pusiera en peligro la investigación y para prevenir la comisión de crímenes dentro de la jurisdicción de la Corte. La Sala concluyó esto sobre el señor Ntaganda a pesar de que existan procedimientos penales y una primera orden de arresto en su contra en la República Democrática del Congo. De acuerdo al material presentado se reporta implicado en abusos incluidos masacres étnicas, muertes, violaciones y reclutamiento de niños soldados (International Criminal Court, 2012, p. 34).

### **Conclusión**

En vista de lo anterior la Sala encontró satisfechos los elementos exigidos y la existencia motivos razonables para creer que, entre septiembre de 2002 y el final de septiembre de 2003 el señor Ntaganda es responsable bajo el artículo 25,3 a) del Estatuto (International Criminal Court, 2012, p. 34-35). La Sala decidió, por lo anterior, publicar una orden de arresto contra el señor Ntaganda, de conformidad con el artículo 58 del ER.

- 2.1.3.2 Orden de arresto contra Joseph Kony, Vincent Otti, Dominic Ongwen, Raska Lukwiya y Okot Odhiambo (Uganda).

En este aparte, se revisan los argumentos jurídicos que se pueden extraer de la decisión de la SCP sobre la solicitud del Fiscal de las autorizaciones de detención bajo el artículo 58 del ER. Esta decisión fue tomada por la SCP II, el 8 de julio de 2005. Podemos identificar su expediente como ICC-02/04-01/05-1.

Habiendo recibido la solicitud de órdenes de arresto del Fiscal bajo el artículo 58 del ER el día 6 de mayo de 2005, corregida y suplementada por el Fiscal el día 13 de mayo de 2005 y el 18 de mayo del mismo año, y habiendo considerado los argumentos de la corrección el 18 de mayo de 2005. La solicitud del Fiscal busca autorización para la expedición de órdenes

de arresto contra Kony, Otti, Lukwiya, Odhiambo y Ongwen (International Criminal Court, 2005<sup>a</sup>, p. 2).

En el documento la SCP encuentra satisfecho -basada en la solicitud, la evidencia y otras informaciones suministradas por el Fiscal, y sin otras prejudiciales determinaciones- que los casos de los implicados, arriba mencionados, caen bajo la jurisdicción de la CPI y aparecen como admisibles (International Criminal Court, 2005<sup>a</sup>, p. 2).

No obstante, no se encuentra un análisis riguroso de conformidad con los artículos 19 y 17 del ER en cuanto a la competencia y admisibilidad de los casos. No se halla en esta decisión algún análisis medianamente detallado de las razones justificativas para una apertura de investigación, conforme lo dispuesto por el artículo 53.1 del ER y la regla 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Expone la Sala que habiendo satisfecho que, con base a la solicitud, a la evidencia y otras informaciones suministradas por el Fiscal hay motivos razonables para creer que Kony, Otti, Lukwiya, Odhiambo y Ongwen cometieron crímenes que caen en la jurisdicción de la Corte y su arresto aparece como necesario bajo el artículo 58, parágrafo 1 b) del Estatuto.

Habiendo concedido la solicitud del Fiscal para publicar órdenes de arresto contra Kony, Otti, Lukwiya, Odhiambo y Ongwen (International Criminal Court, 2005<sup>a</sup>, p. 3), la SCP decide para cada una de las personas para los cuales el arresto es solicitado por el Fiscal, la orden de arresto y las solicitudes serán publicados en documentos separados (International Criminal Court, 2005<sup>a</sup>, p. 11).

Se puede ver, entonces, que la SCP decide para este caso y, en definitiva, no entrar a hacer análisis rigurosos de la Competencia de la CPI, como lo ordena el artículo 19 del ER. Tampoco hace análisis de la admisibilidad de este, de conformidad con el artículo 17 del ER.

Por otro lado, tampoco se pueden verificar los requisitos contemplados en el artículo 53.1 del ER en tanto que no se hace un análisis sobre la competencia material, la causa admisible ni el interés de la justicia para fundamentar la apertura de investigación, de conformidad con el artículo 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Por motivos de seguridad de los testigos, las víctimas y sus familias, sobre todos los mencionados en la solicitud del Fiscal, las órdenes de captura expedidas por la Sala fueron manejadas bajo sello cerrado (International Criminal Court, 2005<sup>a</sup>, p. 10).

▪ 2.1.3.3 Orden de arresto contra Dominic Ongwen (Uganda).

A continuación, los argumentos jurídicos esgrimidos por la SCP para fundamentar la apertura de investigación en Uganda desde la orden de arresto expedida contra Dominic Ongwen. Esta providencia judicial fue emitida el 8 de julio de 2005 por la SCP II de la CPI. La identificación de su expediente es ICC-02/04-01/15-6

En primer lugar, la SCP hace referencia, brevemente, a la historia procesal del caso. En este sentido se refiere a la solicitud de autorización para la aplicación del artículo 58 del ER, que hace el Fiscal a la SCP, y a la solicitud de aumentar el número de páginas permitido en ese documento (50 páginas), las cuales fueron concedidas el 18 de mayo (International Criminal Court, 2005c, p. 2). La solicitud del Fiscal busca una orden de arresto para Dominic Ongwen y otras personas.

Expone el documento el contexto general de violencia que se ha desencadenado en la situación objeto de análisis: de conformidad con las acusaciones generales presentadas por la solicitud del Fiscal el LRA es un grupo armado que lleva a cabo una insurgencia contra el gobierno de Uganda y el ejército de Uganda (y contra el grupo Uganda People's Defence Force ("UPDF") y las unidades de defensa local (local defence units, "LDRs") desde el final de 1987.

En ese periodo, incluido el 1 de julio de 2002, el LRA ha hecho directamente ataques contra ambos, UPDF y LDU's; y contra la población civil. En la persecución de sus objetivos el LRA ha generado un ciclo de violencia y estableció un patrón de brutalización de civiles con actos incluidos el asesinato, abuso, esclavitud sexual, mutilaciones, así como quemas de casas y saqueos. Así mismo, se ha presentado reclutamiento forzado de niños como soldados y esclavos sexuales al servicio del grupo LRA y para contribuir a los ataques contra el ejército de Uganda y las comunidades civiles (International Criminal Court, 2005b, p. 3).

De esta manera, se puede perfilar el cumplimiento del requisito de contexto de los crímenes de lesa humanidad, y lo relativo a la existencia de un grupo armado organizado que pueda llevar actos subyacentes (delitos de lesa humanidad) de manera sistemática o generalizada, y cuyos involucrados conozcan de estas circunstancias. Así como la existencia de una organización jerarquizada y con capacidad de mando que lleve a cabo los actos subyacentes en el contexto determinado.

Encuentra la Corte que las fuerzas del grupo LRA están divididas en cuatro brigadas. También halla que desde julio de 2002 la jerarquía del grupo LRA es la siguiente: el mando global del grupo se encuentra en manos de Joseph Kony, el segundo al mando es Vicent Otti y uno de los cuatro comandantes de brigadas es Dominic Ongwen (International Criminal Court, 2005b, p. 4).

Por lo anterior, la SCP examinó el argumento del Fiscal que dice que, en su capacidad como comandante de la Brigada Sinia del grupo LRA, Dominic Ongwen ordenó la comisión de diferentes crímenes que caen en la jurisdicción de la CPI durante mayo de 2004 (International Criminal Court, 2005b, p. 4).

De forma similar actuó en relación con la acusación del Fiscal consistente en que alrededor de la mitad del año 2002 Joseph Kony ordenó a las fuerzas del grupo LRA empezar una campaña de ataques contra la población civil en las regiones de Lango y Testó. En o sobre junio de 2003 Joseph Kony ordenó a los soldados del LRA moverse en la región de Testó,

atacar a las fuerzas del UPDF y los poblados civiles, y abusar de los civiles con el propósito de reclutar para las filas del LRA (International Criminal Court, 2005b, p. 4).

Se halla así que, las operaciones continuaron en la región de Acholi en el último cuarto del año 2003, tiempo en el cual Joseph Kony emitió órdenes contra objetivos y población civil, incluidos campos de desplazados. Dominic Ongwen estuvo directamente envuelto en los objetivos y estrategias de la campaña, lo que mostraron grabaciones e interceptaciones de radio, y explicaciones de testigos y víctimas (International Criminal Court, 2005c, p. 5).

Se puede ver aquí que se intenta mostrar que hay una base suficiente de hecho y de derecho para solicitar una orden de arresto contra Dominic Ongwen, de conformidad con el artículo 58 del ER, notando los cargos de la solicitud del Fiscal contra Dominic Ongwen como criminal responsable por el ataque en el campo de desplazamientos Lukodi, como parte de la campaña Teso, ocurrida en mayo de 2004 (International Criminal Court, 2005b, p. 5).

### **Ataque sobre Lukodi IDP Camp**

Al respecto, se considera la acusación por un hecho específico que se atribuye a la persona contra quien se emite la orden de arresto. Observando que el Fiscal alega que en o cerca del 20 de mayo de 2004 el IDP Campo Lukodi fue atacado por un grupo armado, quien primero atacó las defensas locales y luego disparó y batió residentes civiles, incendió y saqueó las casas. De acuerdo con las Naciones Unidas el ataque resultó en 41 personas muertas y un número no conocido de personas abusadas e injuriadas (International Criminal Court, 2005c, p. 5-6). Observando que la evidencia suministrada, incluida las interceptaciones de comunicaciones de radio, sugieren que el ataque fue llevado a cabo en cumplimiento de órdenes de Joseph Kony, por las fuerzas de Dominic Ongwen, como comandante (International Criminal Court, 2005c, p. 6).

Lo anterior puede servir para fundamentar, entre otras, las causales y requisitos impuestos por el artículo 58 del ER para poder emitir una orden de arresto, entre las cuales se encuentra

que haya un motivo razonable para creer que un crimen de la competencia de la Corte se ha cometido (58.1 a); así como una referencia expresa al crimen de competencia de la Corte que presuntamente se ha cometido (58.2 b) y una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes (58.2 b) ).

Se aborda el tema de la competencia someramente, al hacer referencia al artículo 19 y abordar el tema de la activación de la jurisdicción abstracta de la Corte con la referencia de la situación por parte de las autoridades estatales (artículo 13 a ER) y la competencia temporal (artículo 12 ER). Observando que la carta de referencia, de fecha 16 de diciembre de 2003, de la autoridad general de la República de Uganda fue adjuntada y exhibida en la solicitud del Fiscal.

Se encuentra posteriormente que la conclusión del Fiscal sobre el alcance de la referencia abarca todos los crímenes cometidos en el norte de Uganda en el contexto de conflicto en curso que envuelve al grupo LRA, y el Fiscal notificó a Uganda sus conclusiones (International Criminal Court, 2005c, p. 6).

A continuación, examina la Sala los aspectos de jurisdicción: material, territorial, temporal. Así mismo examina los requerimientos del artículo 53 del ER (de conformidad con la regla 48 de las Reglas de procedimiento y prueba). Por lo tanto, este apartado es relevante para describir los argumentos jurídicos que fundamentan la apertura de investigación en Uganda por parte de la CPI.

La SCP señala que los crímenes de los que se le acusa a Dominic Ongwen caen en las previsiones de los artículos 5, 7 y 9 del ER y tales crímenes alegados tuvieron lugar después del primero de julio de 2002, y bajo el contexto de la situación en Uganda, que fue referida a la Corte (International Criminal Court, 2005b, p. 7). Sin embargo, respecto del artículo 53 del ER se limita a decir que observa que fueron satisfechos los requerimientos del artículo 53, parágrafo 1, de acuerdo con las determinaciones del Fiscal: «23. NOTING the Prosecutor's determination that the requirements of article 53, paragraph 1, of the Statute were satisfied» (International Criminal Court, 2005b, p. 7).

A renglón seguido, se encuentra un análisis sobre la admisibilidad del caso, conforme las causales del artículo 17 del ER. Señala el Fiscal en el párrafo 3 de su solicitud, que las notificaciones de la solicitud del Fiscal fueron distribuidas a todos los Estados partes, de conformidad con el artículo 18 párrafo 1 del ER, tanto como otros Estados podrían ejercer normalmente su jurisdicción, a pesar de ello, señala que no ha recibido de ningún Estado información de conformidad con el artículo 18 párrafo 2 del Estatuto (International Criminal Court, 2005b, p. 7).

La SCP analiza, además, las afirmaciones de la carta de jurisdicción del día 28 de mayo de 2004, donde se expresa que el gobierno de Uganda no ha sido capaz de arrestar las personas que pueden ser los máximos responsables por los crímenes que caen en la referida situación. Debido a esto, argumenta que la CPI es un más apropiado y efectivo foro para la investigación y persecución de aquellos que tienen la mayor responsabilidad, máxime cuando el gobierno de Uganda no ha conducido y no ha intentado conducir procedimientos nacionales en relación con los máximos responsables (International Criminal Court, 2005b, p. 8).

De esta manera se encuentra satisfecho el requisito de la admisibilidad, dando aplicación concreta al principio de complementariedad, en específico el artículo 17.1 del ER. Hallándose satisfecho -con base en la solicitud, la evidencia y otras informaciones suministradas por el Fiscal- y sin perjuicio de subsecuentes determinaciones, el caso contra Dominic Ongwen cae bajo la jurisdicción de la Corte y aparece como admisible (International Criminal Court, 2005c, p. 8).

La SCP, a continuación, hace un recuento de los crímenes presuntamente cometidos (actos subyacentes), que entran dentro de la jurisdicción de la CPI. Aquellos que constituyen crímenes de Guerra son: Asesinatos en el campo IDP Lukodi, esclavitud en el campo IDP Lukodi y actos inhumanos en el campo IDP Lukodi. Aquellos que constituyen crímenes de guerra son: Asesinato en el campo IDP Lukodi, tratamientos crueles en el campo IDP

Lukodi, ataque contra la población civil en el campo IDP Lukodi y pillaje en el campo IDP Lukodi (International Criminal Court, 2005c, p. 9-10).

Luego, la Sala se pronuncia acerca del porqué se hace necesario emitir una orden de arresto, con lo que da cumplimiento a los requisitos de fundamentación jurídica estipulados en el artículo 58.1 b) del ER. De esta forma, observa que, por las razones expuestas por el Fiscal, es necesario el arresto a saber, para asegurar la comparecencia de Dominic Ongwen al tribunal, y asegurar que no obstruya o ponga en peligro la investigación, así como para prevenir su continuación en la comisión de crímenes competencia de la Corte (International Criminal Court, 2005c, p. 11).

Finalmente, la Sala argumenta la necesidad de que el caso se mantenga bajo sello. Hace alusión a algunas razones por las cuales el caso y la orden de arresto deben mantenerse bajo sello, teniendo en cuenta el riesgo para las víctimas, testigos y colaboradores de la CPI, ante posibles retaliaciones de parte del grupo LRA (International Criminal Court, 2005c, p. 11). Por estas razones la SCP II concede la solicitud del Fiscal de ordenar el arresto contra DOMINIC ONGWEN de conformidad con el artículo 58 del ER (International Criminal Court, 2005c, p. 12).

▪ 2.1.3.4 Orden de arresto contra Bahr Idriss Abu Garda (Sudán-Darfur).

A continuación, se examina la decisión sobre la solicitud del Fiscal bajo el artículo 58 del ER, de la SCP, con el propósito de deducir los argumentos jurídicos de la CPI para fundamentar la apertura de investigación en la situación de la República de Sudán. Esta decisión fue tomada el 7 de mayo de 2009 por la SCP I, y la identificación de su expediente es ICC-02/05-02/09.

La Sala entra a examinar el tema de la admisibilidad y la competencia, dando cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 19.1 del ER. Estos son argumentos jurídicos importantes para determinar la fundamentación para la apertura de investigación en la situación de Sudan. De esta forma se satisfacen los requisitos del artículo 53.1 a) y b) del ER.

La Sala observa que: (i) aunque los eventos que forman el tema de la solicitud del Fiscal tuvieron lugar en Sudan, el cual no es un Estado Parte del Estatuto, la situación en Darfur, Sudan, fue referida a la Corte por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas bajo el artículo 13 b) del Estatuto; ii) en relación a la jurisdicción *ratione temporis*, las acusaciones contenidas en la solicitud relatan que la conducta alegada ocurrió el 29 de Septiembre de 2007 y, por lo tanto, después del 1 de julio de 2002, fecha de entrada en vigencia del Estatuto; y iii) considerando la jurisdicción *ratione materiae*, las alegaciones de hecho contenidas en la solicitud, si son probadas, podrían dar lugar a responsabilidad penal por cuanto estaban tipificadas bajo el artículo 8.2 c) i) (violencia para la vida), 8.2 e) iii) (ataque contra una misión de paz) y artículo 8.2 e) v) (pillaje) del Estatuto (International Criminal Court, 2009, p. 4-5).

Sobre esta base, y sin perjuicio de cualquier otra determinación bajo el artículo 19 del ER, la sala está completamente segura de que el presente caso cae bajo la jurisdicción de la CPI (International Criminal Court, 2009, p. 5).

Posteriormente, entra la Sala a pronunciarse sobre la admisibilidad del asunto, conforme el artículo 17 del ER. Para considerar la admisibilidad del caso la Sala observa, primero, que la inmediata solicitud fue hecha de manera confidencial y ex parte. Desde que el Fiscal ha indicado que no existen procesos nacionales con relación al caso, la sala no halla aparente causa o autoevidente factor convincente para ejercer la revisión discrecional de la admisibilidad del caso *proprio motu* en esta instancia del procedimiento. Como resultado la Sala declina usar este poder discrecional *proprio motu* para determinar la admisibilidad del caso contra Abu Garda en esta etapa (International Criminal Court, 2009, p. 5).

Como se puede observar, la Sala decide no hacer el análisis facultativo de la admisibilidad del caso del que habla el artículo 19.1 del ER, con base en que el Fiscal no mencionó alguna causal de inadmisibilidad del mismo. De esta forma, es menester preguntarse si, para casos de remisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, podría suceder que ningún

órgano jurisdiccional de la CPI se detenga a hacer un análisis riguroso acerca de la admisibilidad en abstracto de los casos de la situación. De esta manera el posible ver que no se satisface el requisito del artículo 53.1 b) del ER por parte de la SCP.

### **Competencia material en el asunto**

En la solicitud el Fiscal alega que la Misión de la Unión Africana en Sudan (AMIS), su personal y propiedades estacionadas en el sitio del grupo militar Haskanita en la localidad de Umm Kadada, norte de Darfur, fueron atacados el 29 de septiembre de 2007, y durante el ataque 12 de los integrantes del personal de AMIS fue asesinado y 8 severamente heridos. De acuerdo con el Fiscal los atacantes también se apropiaron de vehículos, refrigeradores, computadores, teléfonos celulares, botas, uniformes, gasolina y dinero, durante y después del ataque. Estos actos, para el Fiscal, constituyen crímenes de guerra, bajo los artículos 8.2 c) y 8.2 e) del ER (International Criminal Court, 2009, p. 6).

Desde la definición de todos crímenes dentro de la jurisdicción de la Corte, incluidos los elementos contextuales y específicos, la Sala primero considera si hay motivos razonables para creer que los elementos de contexto de al menos uno de los crímenes dentro de la jurisdicción se presentan. La Sala después analiza si hay motivos razonables para creer que los elementos específicos de tal crimen son encontrados (International Criminal Court, 2009, p. 6).

Se puede ver, entonces, que en este apartado la Sala examina la competencia material, en lo correspondiente a los aspectos fáctico y jurídico, de la CPI respecto de los crímenes de guerra que presuntamente se habrían cometido en la región de Darfur, entonces Sudan. Analiza tanto los elementos del contexto como los actos subyacentes específicos, pero no lo hace así con crímenes de lesa humanidad. Se destaca que en cuanto a los elementos del contexto la Sala considera que sí se cumplen los requisitos contemplados en el artículo 8 del ER respecto de la configuración de los elementos de contexto de los crímenes de guerra del literal 2 f).

La Corte también encuentra que se satisfacen las circunstancias para creer «de manera razonable» que en la situación de Sudan existía un conflicto armado de carácter no internacional y que el JEM (“Justice and Equality Movement”), a quien se atribuye el ataque, era un grupo armado organizado.

Igualmente hay que resaltar que la Sala encuentra motivos razonables para creer que Abu Garda era comandante del sector de Darfur dentro del JEM (International Criminal Court, 2009, p. 7-8). En consecuencia, sí hay motivos razonables para creer que Bahr Idriss Abu Garda es criminal responsable por los crímenes mencionados.

En este apartado se satisfacen los requisitos del artículo 58 para publicar una orden de arresto contra el presunto infractor. El Fiscal alega que Abu Garda y otros son individualmente responsables como coperpetradores o indirectos coperpetradores bajo el artículo 25.3 a) del ER, por los crímenes mencionados anteriormente (International Criminal Court, 2009, p. 14).

Como se observa, la Sala considera que hay motivos razonables para creer que el ataque a MSG Haskanita fue llevado a cabo por una escisión de la fuerzas del JEM, actuando en concierto con otras fuerzas de otros grupos armados; y que Abu Garda fue el comandante de esas fuerzas apartadas del JEM, las cuales fueron organizadas jerárquicamente (International Criminal Court, 2009, p. 14).

Además, en la vista de la Sala, el material presentado por el Fiscal provee motivos razonables para creer que un plan común para atacar MSG Haskanita existía entre Abu Garda y otros comandantes, cuyas tropas participaron en el ataque, y el plan común incluía la comisión de crímenes de guerra (International Criminal Court, 2009, p. 15).

**Si los requerimientos específicos bajo el artículo 58 del ER para la publicación de una citación de comparecencia han sido reunidos.**

En este apartado se busca satisfacer los requerimientos necesarios para que la Sala emita una orden de comparecencia. La Sala observa que el segundo requerimiento proveído por el artículo 58.7 del ER está satisfecho para la Sala dado que hay motivos razonables para creer que una citación es suficiente para asegurar la comparecencia de la persona (International Criminal Court, 2009, p. 16).

▪ 2.1.3.5 Orden de arresto contra Muhammad Harun «Ahmad Harun» (Sudán-Darfur).

A continuación, se describen los argumentos jurídicos desde el pronunciamiento de la SCP, como órgano jurisdiccional de la CPI, ante la solicitud de orden de comparecencia en el caso de Muhammad Harun, para fundamentar la apertura de investigación en la situación de la República de Sudán. Esta providencia judicial fue expedida por la SCP I de la CPI el día 27 de abril de 2007. Su identificación judicial es ICC-02/05-01/07-2-Corr.

Inicia la providencia haciendo un breve recuento de los antecedentes de la solicitud. La Sala inicia haciendo referencia a la solicitud del Fiscal, con arreglo al párrafo 7 del artículo 58 del ER, es decir una solicitud de comparecencia, contra Ahmad Muhammad Harun y Ali Muhammed Ali Abd-Al-Rahman, presentada el 27 de febrero de 2007.

Hace referencia también a una decisión previa sobre la solicitud de la Fiscalía con arreglo al párrafo 7 del artículo 58 del ER, en la que se consideró que no era suficiente una orden de comparecencia, por lo cual era necesario dictar una orden de detención con arreglo al apartado b del párrafo 1 del artículo 58 del ER (International Criminal Court, 2007, p. 3).

A continuación, la Sala hace referencia a los artículos 19 y 58 del ER. Sin embargo, no examina de fondo la admisibilidad del asunto ni la competencia que sobre el mismo tiene la Corte. Simplemente indica que, sin perjuicio de otras determinaciones que puedan hacerse más adelante: «sobre la base de las pruebas y la información proporcionadas por la Fiscalía (...) el caso contra Ahmad Harun y Ali Kushayb es de competencia de la Corte y es admisible» (International Criminal Court, 2007<sup>a</sup>, p. 2-3).

Desde este momento la Sala empieza a hacer referencia a los hechos que sustentan la solicitud:

« (...) hay motivo razonable para creer que desde aproximadamente agosto de 2002 hasta por lo menos el tiempo pertinente para la Solicitud de la Fiscalía, tuvo lugar un conflicto armado prolongado en el sentido del apartado f) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto entre el Gobierno de Sudán, incluidos combatientes de las Fuerzas Armadas del Pueblo Sudanés (“las Fuerzas Armadas Sudanesas”) y las Fuerzas de Defensa Popular (las “FDP”) junto con las Milicias/los Janjaweed, y grupos rebeldes organizados, incluidos el Movimiento/Ejército de Liberación del Sudán (SLM/A) y el Movimiento Justicia e Igualdad (JEM) en Darfur (Sudán)». (International Criminal Court, 2007, p. 3)

Hace referencia la Sala a ataques sufridos por la población civil (que constituyen Crímenes de Lesa Humanidad), para lo cual hace alusión a las circunstancias fácticas que fundamentan la creencia razonable en la comisión de delitos competencia material de la CPI. De esta forma se puede ver el sustento fáctico y probatorio que sirve para fundamentar la satisfacción de la competencia material de la CPI y, quizás, el interés de la justicia para adelantar la investigación, requisitos contemplados en el artículo 53.1 del ER.

Expone la providencia que hay motivo razonable para creer que las Fuerzas Armadas Sudanesas y las Milicias/los Janjaweed «llevaron a cabo varios ataques sobre los pueblos Kodoom, Bindisi, Mukjar, Arawala y las zonas circundantes (...) por lo menos entre 2003 y 2004»(International Criminal Court, 2007, p. 3). A renglón seguido, señala que

(...) hay motivo razonable para creer que, durante dichos ataques, las Fuerzas Armadas Sudanesas y las Milicias/los Janjaweed cometieron varios actos criminales contra civiles, principalmente de las poblaciones Fur, Zaghawa y Masalit, entre agosto de 2003 y marzo de 2004, a saber, asesinatos de civiles,

violaciones y ultrajes a dignidad personal de mujeres y niñas, ataques dirigidos intencionalmente contra las poblaciones civiles mencionadas y destrucción de bienes pertenecientes a las poblaciones mencionadas y saqueo de ciudades. (International Criminal Court, 2007, pp. 3-4)

Una vez presentados los hechos y las circunstancias fácticas y temporales de la presunta comisión de los crímenes de competencia material de la CPI la Sala entra a fundamentar la adecuación típica de los mismos con respecto a los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad: los hechos subyacentes y los elementos de contexto:

De esta manera, se tiene que, si bien el Estatuto de Roma plantea los requisitos para la determinación de la apertura de investigación en un Estado, la interpretación de cada uno de ellos resulta ambigua. Dicha ambigüedad ha permitido a las Salas de Cuestiones Preliminares y a la propia Fiscalía ajustar los requisitos a cada una de las situaciones que se han abierto. Por lo que, en términos generales, desde el aspecto jurídico para que una situación sea de conocimiento de la CPI se requiere que sea admisible y exista competencia (territorial, personal, material y temporal) de la Corte para declarar la apertura de esta.

Sin embargo, como se ha observado la existencia de flexibilidad y dinamismo en la definición e interpretación de los requisitos establecidos en el Estatuto de Roma, se hace necesario valorar la existencia de elementos extrajurídicos que influyen en la determinación de apertura de investigación. Estos factores corresponden a circunstancias políticas, económicas, culturales e incluso religiosas que han sido consideradas por la comunidad internacional para determinar la intervención en los países.

Considerando la existencia de diversas intervenciones de parte la CPI en los países se han seleccionado para el estudio de tales factores extrajurídicos Costa de Marfil, el Congo, Uganda y Sudán. La escogencia de dichos países se hizo a partir de considerar de las aperturas de investigación existentes en cuáles de ellas se había adelantado un proceso de paz previo o durante la intervención de la Corte. Ello con la finalidad de analizar la labor de

la CPI en la consolidación de la paz y la prevención de la comisión de nuevos crímenes, como uno de los postulados principales planteados en el Estatuto de Roma.

## **2.2 Intervención de la CPI durante la existencia de conflicto armado.**

Si bien es cierto que la Corte puede intervenir cuando considere que se están cometiendo crímenes de su competencia entre ellos los crímenes de lesa humanidad. Se ha advertido respecto de estos que pueden ser ejecutados tanto en conflicto armado o bien sin la existencia de este. No obstante, como se trata de indagar por la injerencia de la Corte en el marco del conflicto armado frente a la comisión crímenes de lesa humanidad es importante considerar los fines de su intervención y valorarla en cada uno de los casos previamente señalados.

De tal suerte que el principio de intervención se refiere a la reacción de la comunidad frente a una guerra. En este caso se trata del actuar de la comunidad internacional frente a los conflictos. El término de intervención en un Estado en contraposición a la soberanía fue señalado por Lassa Oppenheim y Sir Hersch Lauterpatch al terminar la segunda guerra mundial, haciendo alusión a la interferencia dictatorial por un Estado en los asuntos de otro Estado con el propósito de mantener o alterar la actual condición de las cosas (Fernández, 304).

Por regla general, se entiende que no debe existir afectación a la soberanía estatal a menos que se le dé la connotación de humanitaria. Al respecto, se comprende que su finalidad se dirige a aliviar el sufrimiento en medio del conflicto y en la que existe un «*interés de la humanidad*» porque de acuerdo a Oppenheim:

cuando un Estado comete crueldad y persecución contra sus nacionales de tal manera que niega sus derechos humanos fundamentales y conmociona la conciencia de la humanidad, el asunto deja de ser una preocupación exclusiva del

Estado y una intervención en interés de la humanidad podría ser legalmente permitida (*Chesterman, 3*).

De tales consideraciones han surgido diferentes decisiones de la comunidad internacional, especialmente desde Naciones Unidas que ha ampliado el término de intervención humanitaria al de *responsabilidad de proteger*. La intervención, sin embargo, debe ser legítima y para ello se establece el derecho internacional con la capacidad de a través de la norma revestirse de legitimidad para la intervención. Así, en el caso de interés para la investigación, se considera legítima la actuación de la CPI bajo los parámetros del derecho penal internacional.

Ahora bien, la intervención de la Corte debe ser observada desde diferentes perspectivas para considerar su amplitud. Se trata de una injerencia jurídica pero también puede considerarse como humanitaria si se atendiera a los postulados de preservación y consolidación de la paz. Bajo esta última dimensión, la interferencia es de carácter político y por ende se encuentra definida de acuerdo con argumentos de la misma naturaleza para justificar su presencia en los Estados y el uso del derecho internacional.

De tal modo, que en el marco de la geopolítica internacional lo primero que debe advertirse es la aceptación de la democracia como el modelo político a través del cual, presuntamente, se obtiene la paz. La democracia se considera como un valor esencial que deben tener todos los Estados, lo que significa que estos deben ejecutar las acciones que consideren necesarias para apoyar y presionar a los demás Estados a implantar un modelo democrático (*Chesterman, 114*). De modo que la presión o intervención necesaria para universalizar la democracia hace que la injerencia de la comunidad internacional se califique como legítima.

Si bien es cierto, que la denominada *intervención humanitaria* ha sido cuestionada, también lo es que no ha dejado de existir. En algunos casos la intervención resultó mas lesiva, pues como en el caso de Yugoslavia se adelantaba mediante operativos militares que solamente encrudecían el conflicto. Por lo que el establecimiento de una Corte Internacional denotaba una actitud más pacífica en lo concerniente a la irrupción en un Estado. En otras palabras,

se planteó el derecho penal internacional como una fórmula contra la impunidad y a favor de prevención.

La finalidad preventiva de la Corte, sin embargo, adquiere diferentes dimensiones. En primer lugar, el juzgamiento para terminar la impunidad y promover la prevención general positiva, reforzando los bienes jurídicos y la prevención general negativa para evitar que otros incurran en los mismos delitos. En segundo lugar, se pretende una intervención oportuna en situaciones de amenazas concretas de futuros delitos (la función de la Corte Olásolo p. 4).

Dicha función preventiva del derecho penal internacional, sin embargo, queda en entredicho al analizar los casos puntuales en los cuales ha iniciado investigación. En las situaciones de Costa de Marfil, Congo, Uganda y Sudán se estudia precisamente la labor de la Corte tanto en la decisión de apertura de investigación, así como su efecto en los procesos de paz allí adelantados. Para llevar a cabo dicho análisis se parte por indicar el contexto geopolítico considerando el conflicto armado de cada uno de los países, para luego describir los procesos de paz allí adelantados y finalmente hacer referencia a los factores más influyentes en la apertura de investigación.

Es importante precisar que todos los países estudiados tienen un factor transversal en la decisión adoptada por la CPI, esto es, el elemento político. En todas las decisiones adoptadas por la Corte para la apertura de investigación además de los criterios jurídicos analizados de acuerdo con el Estatuto de Roma existe un factor político que influye en dicha determinación. De tal modo que en cada Estado se hace alusión a dicho elemento y se consideran otros tales como el económico, cultural y religioso a fin de determinar cuál es el preponderante aparte del político.

### **2.2.1 Costa de Marfil: La riqueza del cacao entre la nacionalización y la intervención.**

Costa de Marfil es un país que está ubicado en África Occidental. Limita con Liberia, Guinea, Malí y Burkina Faso. Tiene una población estimada de 27 millones de personas. Su capital es Yamasukro (355.573 habitantes), pero la ciudad sede de gobierno es Abiyán (casi 5 millones de habitantes).

El idioma oficial de Costa de Marfil es el francés, sin embargo, también se pueden encontrar más de 60 idiomas de tribus nativas, siendo el Dioula el más hablado de estos. Si bien este Estado no tiene una religión oficial, el 40% de su población es musulmana y el 35% es cristiana (Long, 2015).

Esa nación depende económicamente de la agricultura: es el mayor productor de cacao en el mundo, así como uno de los mayores exportadores de café, aceite de palma y madera. Igualmente se destacan en el consumo local: la caña de azúcar, plátano, algodón, arroz, maíz y maní (Long, 2015).

Al igual que su vecino, la República Democrática del Congo, Costa de Marfil tiene indicadores sociales muy pobres: al 2016 el 46,3% de la población vivía bajo la línea de la pobreza, en el IDH ocupa el puesto 171 de 188, en el ranking de Índice Doing Business ocupa el puesto 139 de 189 y en el índice de percepción de corrupción se sitúan en la posición 108 de 175 países (Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2017<sup>a</sup>)

Si bien este país no cuenta con una historia cruenta llena de violencia y guerra como sí sucede en la RDC – y que sirve como posible explicación de la situación de austeridad de dicha nación-, en el año 2002 se presentó un conflicto armado no internacional dentro su territorio, propiciado en principio por razones políticas. A continuación, se reseñan los sucesos que posiblemente coadyuvaron dicha confrontación; también se describirá el desarrollo de dicha guerra; se relatarán los posteriores hechos que le sucedieron, principalmente el acuerdo de paz de Ouagadougou, se proseguirá con el estudio la segunda guerra civil marfileña; y, finalmente, se ahondará en la investigación por parte de la CPI al expresidente Laurent Gbagbo, su esposa Simone Gbagbo y Charles Blé Goudé.

## **Época Colonial**

Costa de Marfil fue colonizada por Francia en el siglo XX. A pesar de que el país africano fue entregado al país galo después de la Conferencia de Berlín de 1885 (conferencia en la cual se repartió el territorio de África entre las principales potencias europeas), no fue sino hasta 1904 cuando Costa de Marfil pasó a ser oficialmente colonia francesa. Esto se debió a que la ocupación de los colonos franceses tuvo que enfrentarse con la resistencia impuesta por Samory Touré, quien era un líder militar del imperio de Wasoulou (parte de Guinea, Malí y Costa de Marfil) (Thonnyen, 2012, p. 80).

Durante su imperio, el gobierno francés fomentó un sistema de agricultura que favorecía a los grandes propietarios franceses. Debido a ello, y en protesta contra la pauperización del pequeño campesino, surgió la figura pública de Felix Houphouet Boigny, quien lideró las distintas manifestaciones de los agricultores, hasta crear, en 1944, el primer sindicato de los agricultores africanos.

Dos años después, en 1946, Houphouet Boigny fue elegido presidente de la Agrupación Democrática Africana, organización que pretendía conseguir la independencia de las colonias francesas en África. Esta misma realizó a lo largo de una década varias huelgas, manifestaciones y boicots a los comerciantes europeos presentes en el continente africano (Long, 2015, p. 14)

Así, entre los años 1958 y 1960, la Agrupación Democrática Africana consiguió su objetivo, dado que la totalidad de la colonia francesa africana se independizó. Dentro de los países que consiguieron la independencia se encontraba Costa de Marfil, país que votó a favor del referéndum pro-independencia el 4 de diciembre de 1958 y sería efectivamente independiente en 1960.

## **Independencia y régimen de Houphouet Boigny**

La persona que asumiría el poder y mandato de Costa de Marfil sería el ya mencionado Felix Houphouet Boigny. Durante su mandato se presentarían varios cambios económicos que fungen como antecedente de los hechos violentos que posteriormente tendrían lugar.

Estos cambios económicos se pueden resumir en que la economía dejó de ser paternalista, pues el Estado dejó de apoyar la labor agrícola, al mismo tiempo aumentó la deuda externa, lo que permitió que se monopolizara la economía externa en favor de Estados Unidos, país que impuso una soberanía económica y presupuestaria. De forma similar sucedió con el mercado interno, que se tuvo que monopolizar y adaptar a la oferta de créditos (Thonnyen, 2012, p. 90).

Lo anterior derivó en que se decretaran medidas de austeridad que implicaron el despido de múltiples trabajadores públicos, que tuvieron que ser reincorporados en el sector agrícola que ya no era tan productivo ni rentable. Con esto incrementaron las tensiones y las crisis sociales, pero también aumentó la represión: hubo múltiples protestas sociales y sindicales que fueron fuertemente reprimidas por el Estado, además se las huelgas fueron declaradas ilegales. Como diría Thonnyen «Los derechos políticos eran sistemáticamente violados con la complicidad de los Gobiernos de los países inversores y de las Multinacionales. Las libertades sindicales, de prensa, y libertad de información y de expresión se fueron limitando» (2012, p. 94).

Otro de los elementos del gobierno de Boigny, que eventualmente influiría en las guerras civiles ocurridas en Costa de Marfil, fue el apoyo a la enorme comunidad de inmigrantes que tenía el país. Ese apoyo se evidenció principalmente en la promulgación de una Ley Electoral que permitía el voto a los extranjeros. Igualmente se exhibió en el nombramiento de Alassane Dramane Ouatara como primer ministro del Estado, este no gozaba de popularidad en la comunidad marfileña debido a sus orígenes burkineses.

El gobierno de Houphouet Boigny acabaría finalmente con su muerte el 7 de diciembre de 1993. De esta forma, siguiendo los lineamientos de la constitución marfileña, lo sucedería

interinamente Henry Konan Bedié, al ser el Presidente del Congreso de los Diputados para ese entonces (NSO, 2005).

### **Régimen de Henry Konan Bedié: institucionalización del término «Ivoirité».**

Para mantenerse en el poder, heredado de parte de Boigny, Bedié decidió reformar el Código Electoral. Así, estipuló en dicha normatividad que sería requisito, para aspirar a las elecciones de Costa de Marfil, ser marfileño de nacimiento y tener padre y madre marfileños. Esta medida sería posteriormente adecuada en la Constitución, así se modificaría el artículo 35 de la misma (Barbeito Thonon, Caramés Boada, & García Amado, 2008). Esta era una jugada en contra de Alassane Ouattara, el principal contendiente para la presidencia, que como ya se dijo, tenía orígenes burkineses.

Con esta medida Konan Bedié institucionalizó lo que se conoce como “Ivoirité”. Este término tenía la intención de unificar al pueblo marfileño, creando una identidad relacionada con ciertos valores y componentes étnicos que se supone compartían los verdaderos marfileños (Keith Campbell, 2010). No obstante, lo que realmente significó fue una política de exclusión basada en factores xenofóbicos, pues se enaltecía lo local y se discriminaba lo extranjero.

Si bien dicho término vio su auge durante la presidencia de Bedié, su génesis de remonta al período presidencial anterior. En 1974, en el periódico «Fraternité Hebdo» se utilizó por primera vez, se definía a esta término como «Ivoirité como base identitaria marfileña en relación a la nacionalidad marfileña resultando de la pertenencia auténtica y originaria al territorio marfileño» (Thonnyen, 2012, p. 130).

Lo antes mencionado sin duda fue una de las causas de los posteriores conflictos que Costa de Marfil sufriría. La imposibilidad de que Alassane Ouattara se pudiese postular a la presidencia del país fungiría como catalizador para el inicio de la guerra, dado que este

personaje gozaba de enorme popularidad y contaba con el apoyo de la mayoría del pueblo marfileño.

Ahora bien, Konan Bedié -tras seis años al mando del país africano donde sólo se destacan medidas gubernamentales xenofóbicas- fue sacado del poder cuando el 24 de diciembre de 1999 se presentó un golpe de Estado instaurado por el General Guei Robert.

### **Periodo de Transición militar y comienzo de los enfrentamientos bélicos.**

El golpe de Estado dado en navidad de 1999 tuvo la intención de instaurar un régimen de transición en el cual se asegurara la organización de elecciones democráticas dentro de los diez meses subsiguientes. Con esto, Guei aspiraba a quedarse con el cargo, sin contar con la popularidad que ostentaban personajes como Laurent Gbagbo o Alassane Ouattara.

De esta forma, la Transición duraría poco y acabaría con las elecciones presidenciales que enfrentarían a Robert Guei y Laurent Gbagbo, lo que implicó la exclusión de Alassane Ouattara, que no podría participar de los comicios por su ascendencia burkinesa. El ganador de la contienda electoral sería Gbagbo, pero su contrario negaría los resultados y con ello se presentarían varios incidentes violentos en el territorio marfileño, no obstante, dichos sucesos no le revocarían el poder a Gbagbo. Este desempeñaría efectivamente el cargo de presidente electo de Costa de Marfil.

No obstante, la elección popular de Gbagbo, un sector de la población marfileña estaba bastante inconforme con la exclusión de Ouattara de las elecciones. Así, comienza una ola de violencia en Costa de Marfil, que alcanzaría el punto máximo en septiembre de 2002 cuando miembros de tropas rebeldes llegan a Yamoussoukro y generan la huida de casi un millón de personas (NSO, 2005).

### **Primera guerra civil de Costa de Marfil.**

El 19 de septiembre de 2002 se intentó dar un golpe de Estado en Costa de Marfil, para ello se intentaron tomar las ciudades de Adidjan, Bouaké y Korhogo. Las últimas dos fueron efectivamente asaltadas después de la ejecución de varios miembros del ejército marfileño, por lo que parecía un ejército extranjero, pues la fuerza rebelde se componía en su mayoría de combatientes de otros países (principalmente de Burkina Faso, Liberia, Guinea, Malí) (Thonnyen, 2012).

Ante tal ataque, el presidente Laurent Gbagbo decidió solicitar ayuda a Francia, que en principio se negaría para posteriormente aceptar la intervención únicamente para la protección de nacionales franceses o europeos. Sin embargo, a pesar de la renuencia a la colaboración, el gobierno francés solicitaría a los otros países la no intervención en el conflicto, bloqueando ayudas armamentísticas de países como Nigeria y Angola.

Con lo anterior se sospechaba la intención que tenía Francia de que el gobierno de Gbagbo fuese derrocado, sospecha que se confirmaría con los hechos ocurridos posteriormente en Bouaké. Esta ciudad estuvo a punto de ser retomada por las fuerzas armadas de Costa de Marfil, cuando el ejército ejecutó a 320 de los 650 insurrectos. Empero, Francia apoyó al movimiento insurgente dotándolos de personal (francés y burkinés) y equipamiento militar, ayudando así a que la ciudad no estuviese nuevamente en control del gobierno marfileño. De esta manera el capital humano con el que contaban los rebeldes ascendió a 2500 (Thonnyen, 2012, p. 148).

Posterior a la derrota sufrida en Bouaké la identidad del movimiento rebelde –y de sus principales líderes- fue develada. Se trataba del Movimiento Patriótico de Costa de Marfil (en adelante MPCCI), que era dirigido por Guillaume Soro, anteriormente vinculado con Laurent Gbagbo, pero ahora vinculado con Alassane Ouattara por ser este originario de la parte norte del país. Este vínculo sería esencial para que el Estado torturara y asesinara a varios sindicalistas y estudiantes vinculados a Ouattara.

Tras meses de conflicto se celebraron los acuerdos de Linas-Marcoussis el 26 de enero de 2003. En ellos se pactaba la permanencia de Gbagbo en el poder hasta los nuevos comicios y la modificación de la Constitución Marfileña para que se permitiera a los nacionales, que no tuviesen padres marfileños, la candidatura en posteriores elecciones presidenciales (BarbeitoThonon et al., 2008).

También se estipuló en Linas-Marcoussis la creación de una zona confianza, que era una «franja de interposición bajo el control de las fuerzas imparciales de la ONUCI y las Fuerzas Licorne francesa» (García Amado, 2008). Mediante esta zona país se dividía en dos zonas que serían controladas por el gobierno marfileño y los grupos rebeldes. Con ello se pretendía evitar que el conflicto reanudara, controlando las actividades de las dos partes beligerantes. Estos acuerdos serían incumplidos, puesto que Gbagbo declararía que fue obligado a firmarlos. De esta forma, el presidente nutriría a sus fuerzas militares de poderío armamentístico (armas, aviones, helicópteros y tanques) para retomar nuevamente la guerra contra el MPCCI (Francis, 2005).

El conflicto se retomaría nuevamente el 4 de noviembre de 2004 cuando las fuerzas militares marfileñas lanzaron la «Operación Dignidad» con bombardeos sobre Bouaké. Estos bombardeos continuaron por un par de días más hasta que el 6 de noviembre, producto de estos ataques, morirían 9 soldados franceses y un civil estadounidense. Por esto, el ejército francés respondió destruyendo los medios aéreos que pertenecían al gobierno marfileño, ganándose así el repudio de la comunidad africana, el ejército de Costa de Marfil y los seguidores de Gbagbo (Thonnyen, 2012, p. 153).

La participación francesa seguiría siendo importante en el conflicto bélico, sobre todo cuando, después de varias protestas en su contra, los militares franceses atacaron civiles marfileños, matando e hiriendo a muchos de ellos. Por lo anterior los ataques contra los nacionales franceses aumentaron, obligando al gobierno francés a: evacuar a varios ciudadanos, reforzar sus tropas con personal humano, y a solicitar al Consejo de Seguridad que prohibiera el abastecimiento armamentístico en Costa de Marfil (Thonnyen, 2012, p. 154).

Los enfrentamientos continuarían por bastante tiempo, hasta que en el año 2007 se celebrarían el acuerdo político de Ouagadougou, que serían promovidos por Laurent Gbagbo y firmados en Burkina Faso.

### **Acuerdos de Ouagadougou.**

Estos acuerdos se firmaron el 4 de marzo de 2007 y significaron el final de la guerra civil marfileña. En ellos se acordó principalmente que: 1) Guillaume Soro sería el Primer Ministro del Gobierno, 2) se identificaría la población que podría votar en las siguientes elecciones, 3) los grupos armados se desarmarían y los combatientes se reintegrarían, y 4) el país se reunificaría.

Sobre el primer punto es menester decir que era la piedra angular del acuerdo, dado que esto influiría en el proceso de desarme, la identificación de la población y la reunificación del país. Igualmente era un acto simbólico mediante el cual se reconocía al antiguo enemigo como amigo y que eventualmente permitiría que se adjudicaran, a los miembros de las fuerzas rebeldes, cargos importantes en los ministerios de Justicia, Solidaridad y Comercio (Thonnyen, 2012, p. 252).

El segundo de los puntos tenía como objetivo integrar al proceso popular a aquellas personas que durante años habían sido discriminadas por su origen con base en la ideología *Ivorité*. Por ello se creó la figura jurídica conocida como «audiencia itinerante», según la cuál se considerarían marfileños a las personas nacidas en Costa de Marfil con al menos un padre de nacionalidad marfileña. A estas personas se les brindaría un juicio supletorio de nacimiento, documento de identificación y una tarjeta censal, lo que les permitiría votar en los siguientes comicios (García Amado, 2008).

Para la reintegración de los combatientes el acuerdo creó un Centro de Mando Integrado que unificaría a todos los combatientes bajo una misma institución. Respecto al proceso de

desarme, lo acordado en Ouagadougou pretendía que, para la fecha de celebración de las elecciones posteriores al acuerdo, todos los miembros de los grupos rebeldes estuviesen desmovilizados o reintegrados. No obstante, el desarme comenzaría a partir de la divulgación de los resultados de las elecciones (Caramés Boada & Sanz Delgado, 2009).

Finalmente, la unificación del país se pretendía alcanzar mediante la integración electoral, la eliminación de la «zona de confianza» y las amnistías de todos aquellos que habían sido sancionados o apresados en el conflicto con base en razones políticas (García Amado, 2008).

### **Segunda guerra civil marfileña.**

En cumplimiento de lo acordado en Ouagadougou se celebraron, el 31 de octubre de 2010 y el 28 de noviembre del mismo año, la primera y segunda vuelta (respectivamente) de los comicios que arrojarían al nuevo presidente de Costa de Marfil. Estas elecciones enfrentarían a Laurent Gbagbo y a Alassane Ouattara, arrojando como ganador, en la segunda vuelta, al último mencionado.

Sin embargo, Gbagbo se negó a ceder el poder el 4 de diciembre de 2010. Esto generó un gran número de hechos violentos en el país y significó el comienzo de una disputa entre el ejército marfileño contra las tropas aliadas a Ouattara, las Fuerzas Revolucionarias de Costa de Marfil (FRCI de ahora en adelante). En razón a esta disputa, y con la intención de debilitar las fuerzas militares del presidente de facto, los FRCI atacaron las principales ciudades del país, apoderándose fácilmente de Duékoué – lugar de la peor de las masacres de esta guerra, que dejó un saldo de 800 víctimas mortales (Jurado, 2014)- y Bondoukou, Tanda, Agnibilékro y Akoupé.

Con la misma intención los FRCI se tomaron el 30 de marzo de 2011 la capital política Yamoussoukro, e inmediatamente al otro día asediaron San Pedro, ciudad de influencia enorme en las exportaciones de Costa de Marfil, sobre todo de cacao. Esta ciudad era de importancia enorme en el gobierno de Gbagbo, tanto así que, como lo afirma Thonnyen:

La toma de esta ciudad supuso un desarme moral de todas las personas lucidas que rodeaban al presidente saliente. A partir de allí, muchas autoridades del Gobierno de Gbagbo no vieron otra opción que huir del país o encontrarse un refugio seguro para escapar (2012, p. 684).

De esta manera, un par de horas después de la toma de San Pedro, las FRCI arribaron y rodearon Abidjan, ciudad donde se encontraba refugiado Laurent Gbagbo. Con esto comenzaría la guerra de «los doce días» que tendría lugar en dicha ciudad entre el 31 de marzo del 2011 y el 11 de abril del mismo año.

Durante esos días se enfrentaron las FRCI con lo que quedaba de las fuerzas que seguían a Gbagbo. También intervinieron las Fuerzas Unicornio francesas, quienes tomarían el control del puerto y aeropuerto de Abidjan y con ello generarían una enemistad con los partidarios de Gbagbo, lo que eventualmente implicó que estos atacaran a los nacionales franceses y con ello se presentó la efectiva participación de Francia en el conflicto: envió tropas para la protección de sus nacionales, así como para la destrucción de armas pesadas y no convencionales (esto último en cumplimiento de una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas).

Empero, la participación directa de dicho ejército no se daría sino hasta el 9 de abril, cuando las Fuerzas pro-Gbagbo utilizaron armas no convencionales contra el hotel en el que se encontraba refugiado Ouattara. Así, a partir del otro día, empezarían los bombardeos por parte de las Fuerzas Francesas de Unicornio y las FRCI (argumentando la intervención para la destrucción de las armas), lo que implicaría un desbalance entre las fuerzas de los combatientes y la inminente derrota del ejército seguidor de Gbagbo.

De esta manera, fue el ejército francés y los cascos azules quienes bombardearon el 11 de abril la Residencia Presidencial, derrotaron a los últimos combatientes y sacaron a Laurent Gbagbo del bunker donde se escondía. Sólo hasta ese momento Gbagbo aceptó la derrota, y después de 13 horas de negociación, decidió entregarse junto con su familia.

Con esto Alassane Ouattara tomaría por fin el poder y fungiría a partir de ese momento como Presidente de Costa de Marfil. Aquellos funcionarios que antes le fueron fieles a Gbagbo, desde el momento de su captura, se pondrían a las órdenes del nuevo presidente, tal fue el caso de Philippe Mangou (Jefe de Estado Mayor), el General Edouard Kassaraté (Comandante Superior de la Guardia Civil) y BrindouM'Bia (el Director General de la Policía) (Thonnyen, 2012, p. 689).

De esta forma acabaría un conflicto bélico que dejó más de 2000 personas muertas y múltiples víctimas de violaciones a derechos humanos que hasta el día de hoy no han sido ni investigadas, ni sancionadas. Dejando en el aire marfileño un sabor a impunidad, dado que los pocos procesos judiciales en curso son en contra de la parte derrotada y ninguno corre en contra de la parte vencedora, a quienes se les atribuye por lo menos un saldo de 700 personas asesinadas (Thonnyen, 2012, p. 719).

### **Situación de Costa de Marfil ante la CPI.**

El 3 de octubre de 2011 el Fiscal de la CPI abrió *mutuo proprio* investigación sobre los hechos ocurridos en Costa de Marfil, ello después de la autorización de la SCP. En principio dicha investigación estaba autorizada para los hechos ocurridos a partir del 28 de noviembre de 2010, no obstante, se amplió para investigar aquellos sucedidos desde el 19 de septiembre de 2002.

Esta investigación ha arrojado hasta el momento la apertura de dos casos contra: 1) Gbagbo y Blé Goudé, y 2) Simone Gbagbo. Los dos primeros ya están en poder de la CPI desde el 2015 y por ello ya tienen un proceso en curso. El primero ha sido acusado como autor, por cometerlo a través de alguien u ordenarlo, de cuatro delitos en contra de la humanidad (homicidio, violación, otros actos inhumanos y persecución) cometidos: entre el 16 y 19 de diciembre de 2010 durante una marcha por- Ouattara, el 3 de marzo de 2011 en una demostración de mujeres en Abobo, el 17 de marzo nuevamente en aquella ciudad, y el 12 de abril de 2011 en Yopougon. Al segundo ya le han sido confirmados los mismos cargos

por los que fue acusado Gbagbo, pero por hechos ocurridos en Abidjan entre el 16 de diciembre de 2010 y el 12 de abril del 2011.

En cuanto al segundo de los casos, el de la esposa de Gbagbo, Simone Gbagbo no ha sido llevada ante la CPI por lo que no ha sido formalmente acusada. Sin embargo, en la orden de arresto emitida por la CPI, se le endilgan la autoría, por cometerlo a través de alguien u ordenarlo, de cuatro delitos en contra de la humanidad (homicidio, violación y otras violencias sexuales, persecución y otros actos inhumanos) cometidos entre el 16 de diciembre de 2010 y el 12 de abril de 2011.

Finalmente, tal y como se hizo en el análisis de la RDC, aquí es menester hacer un comentario crítico respecto a la intervención de la CPI. Al respecto es recalable que, en este caso particular, el único de la CPI, se estén juzgando altos funcionarios de los países investigados, porque efectivamente se estaría investigando por fin la autoría en crímenes de lesa humanidad por parte de las personas que ostentan el poder.

Empero, es bastante criticable el hecho de que se esté impartiendo una justicia únicamente a los vencidos, tal como ocurrió en los juicios de Núremberg, y se deseche la oportunidad de investigar en integridad los hechos cometidos por ambos bandos del conflicto. Tal como ya se mencionó, el ejército de Ouattara y el ejército francés que prestó su ayuda también cometieron un sin número de violaciones a los derechos humanos que merecen ser investigados, pero por el momento la CPI solamente tiene la intención de investigar y juzgar aquellos cometidos por la parte vencida.

### **La relevancia de los factores económicos en la política de intervención de la CPI.**

Costa de Marfil se destacó en el continente africano por ser uno de los países prósperos y sin conflictos sociales en su interior, ello dado también por el apoyo internacional. Sin embargo, como ya se relató anteriormente, el cambio de régimen y la contradicción entre las políticas nacionales y las internacionales derivó en uno de los conflictos políticos con

mayor gravedad, en el sentido de su magnitud y número de víctimas, en un lapso relativamente corto.

Pese a ello, su importancia en el contexto internacional implicó que la resolución del conflicto no se dejara a disposición del derecho nacional, sino que se recurrió al derecho internacional para su juzgamiento. De tal modo que, en este acápite se analizan los factores extrajurídicos que influyeron en la intervención de la CPI en Costa de Marfil puesto que son determinantes al momento de considerar el estudio criminológico sobre este Estado. En consecuencia, se observará que el factor político resulta transversal a toda la investigación de la CPI, destacándose junto a este la incidencia de intereses económicos.

De acuerdo con lo revisado, uno de los factores relevantes en la situación de Costa de Marfil es la influencia e injerencia permanente de Francia. Desde la colonización e incluso después de la independencia, los gobiernos procuraban políticas que fueran favorables a la intervención de Francia en las decisiones del Estado. El término acuñado para esta alianza es la «*françafrique*», que además incluía la prevalencia de Francia sobre otros Estados para participar en la administración del país (Barrios, 2014, p. 20). La economía marfileña y esta subordinación al país galo hizo que Costa de Marfil se convirtiera en uno de los países africanos más importantes; precisamente sobre esta política giró la contradicción que puso de presente el presidente Gbagbo.

Por esto mismo, es importante hacer alusión a la trayectoria e ideología política de Laurent Kudu Gbagbo, expresidente y ahora procesado ante a CPI. Se trata de un personaje de corriente socialista e independista frente a la injerencia de occidente. En la década de los noventa presionó al gobierno de Boigny a anunciar el multipartidismo en Costa de Marfil.

En el 2002 recibió, de parte de la Internacional Socialista, todo el apoyo al presidente y las medidas adoptadas (Internacional Socialista, 2002). De modo que es posible decir que aquello que le permitió tener el respaldo político de parte de la sociedad marfileña fue que su política estuviese arraigada a la denominada «izquierda política» y la oposición a la influencia francesa en la sociedad marfileña.

Una de las principales intenciones del presidente marfileño se dirigía a la nacionalización de la economía, para que fuera económicamente independiente de Francia. Pese a esto, las detracciones políticas al interior del país y por supuesto el descontento de la comunidad internacional, derivaron en conflictos internos. Estos conflictos terminarían en una guerra civil, con intervención internacional y un número significativo de víctimas.

Paradójicamente, frente a la guerra civil entre 2002 y 2007 Gbagbo acudió al apoyo francés. Primero acudió a la Comunidad Económica de Estado de África Occidental (En adelante CEDEAO) y luego, con base en el Acuerdo de Defensa de 1961, solicitó apoyo para fortalecer la defensa del país. En efecto, dicho apoyo se dio mediante la Resolución 1464 del 2003 del Consejo de Seguridad. No obstante, en el 2004 se fortalecieron los discursos antifranceses del gobierno y frente a la realización de un ataque a un campamento francés, la reacción internacional se dirigió a derrocar a Gbagbo como presidente.

Por otra parte, se puede notar que en Costa de Marfil la intervención internacional no solo provino de Francia, sino de Naciones Unidas: a través de la ONUCI. El objetivo de este cuerpo internacional se dirigió a la realización de una injerencia humanitaria y armada, esta última respaldada por la Fuerza francesa y militares marfileños. Si bien los postulados de la Organización eran vigilar el desarme, restablecer la paz y procurar la protección de civiles, el mayor efecto de su intromisión se evidenció en la fuerza armamentística. Gracias a esta, se logró el derrocamiento del gobierno marfileño y la institucionalización de la democracia.

El proceso de institucionalización de la democracia es una de las principales modificaciones establecidas en el país, resultado de la intervención internacional. La injerencia de un cuerpo militar internacional no puede considerarse como un elemento pacífico y por el contrario implicó una mayor polarización de la población marfileña. Las acciones realizadas por las fuerzas internacionales fueron parcializadas y sectorizadas, debido a que se ha cuestionado la incapacidad para prevenir masacres como la de Duékoué. Develando que el interés

humanitario era secundario frente a la intención política de militarizar Costa de Marfil (Amnistía Internacional, 2011).

Lo anterior no ha sido el único fundamento para el cuestionamiento de la intervención internacional: este ha sido calificado como un proceso de neo-colonización. Por ejemplo, durante el conflicto hubo un proceso de soberanía compartida en el que el lenguaje y discursos de democracia y mantenimiento de paz eran máscaras frente a la realidad del poder y la dominación (Piccolino, 2012, p. 4). Las víctimas continuaban aumentando y la pacificación prometida por la democracia no era visible para los marfileños.

De hecho, se ha cuestionado y juzgado, desde la política y el derecho internacional, el impedimento hecho a Ouattara para presentarse a las elecciones por no ser marfileño. Esta modificación hecha por Gbagbo para las elecciones se basó en el concepto de «*Ivrité*». No obstante, esta acción puede ser vista desde una doble perspectiva: por un lado, como una forma extrema de nacionalidad que derivó en conflicto; y de otro lado, como el medio para impedir la llegada al poder de quien había sido miembro del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, a fin de evitar un proceso de neo colonización francesa. Significando esto que, mediante la intervención internacional en el conflicto marfileño, se pretendió permitir la subida al poder a Ouattara para así fomentar la neo colonización de Costa de Marfil.(Bellamy & Williams, 2011, p. 835).

Este proceso de neo colonización, en el sentido político de imposición de un modelo democrático, tiene adicionalmente elementos económicos que demuestran la necesidad de la presencia internacional en Costa de Marfil. Por una parte, se halla la situación en el sur del país, que estaba controlado por Gbagbo. Las riquezas agrícolas hacen parte de las razones del conflicto, puesto que, previo a la década de los noventa, se mantenía un sistema agrícola de estilo feudal en el que las tierras eran heredadas de acuerdo con el linaje, sistema que cambiaría en la década de los noventa, porque el sistema se transformó y muchos de los trabajadores acudieron a su libertad, dejando la tierra sin trabajar (Initiatives pour le DEveloppement Communautaire et la conservation de la Forêt IDEF, 2017, p. 10).

Esto implicaba que existiera un interés por ocupar dichos terrenos y hacerlos productivos. De modo que se favorecería el ingreso de dueños extranjeros, haciendo más tensionante la situación por la tierra, dado que con el pasar de los años habrían un mayor número de dueños extranjeros, en comparación a los nacionales (Chauveau & Richards, 2008, p. 526). Hecho cuestionado por Gbagbo desde su política nacionalista.

De hecho, se puede observar que con el conflicto armado se presentó una crisis económica en Costa de Marfil. La producción de algodón disminuyó por la huida de los trabajadores burkinos y por la implosión interna frente al modelo económico impuesto desde la década de los setenta. Inicialmente, se había propuesto una política de orientación exterior que permitiera hacer de Costa de Marfil un país competitivo en el contexto internacional, sin embargo, el alto costo de importaciones para la infraestructura, el estilo de consumo de estándares europeos por parte de la burguesía y las desigualdades sociales hicieron que proliferara el clientelismo y el desequilibrio financiero (Bidaurratzaga et al., 2011, p. 42).

Igualmente, el modelo económico y los beneficios que poco a poco Francia percibía en menor medida fueron unos de los factores que derivaron en la intervención y derrocamiento de Gbagbo. Se ha referido que el conflicto estaba mediado por los intereses del liberalismo y la globalización frente al mercado nacional. Así, algunos líderes, como Mamadou Koulibay, consideraban a Gbagbo como el líder que tenía la intención de finalizar el proteccionismo colonial e introducir al país de manera independiente al mercado aunque fuera socialista, lo que significaba un riesgo aún mayor para los intereses de la economía francesa (Bidaurratzaga et al., 2011, p. 11).

En el marco de las dificultades económicas, que implicaba para Francia y otros países la continuidad Gbagbo en el poder, es importante resaltar el problema de los jóvenes en Costa de Marfil. Esta población, además de haber participado activamente en el conflicto, es una población fluctuante y sin muchas perspectivas a futuro. Costa de Marfil produce el 70% de cacao del mundo y los productores son niños agricultores. El 40% de la población infantil trabaja en la explotación de cacao que es aprovechada por Estados Unidos y Europa como

los mayores distribuidores de chocolate, solo que a diferencia de los vendedores que obtienen el 44% de ganancias de la venta, los agricultores reciben entre el 6 y el 7% («Pobreza, cacao y niños con machete en Costa de Marfil - La tierra esclava», s. f.). De esta forma, se evidencia que una de las intenciones claras de Gbagbo era la erradicación del trabajo infantil, lo que influiría en la economía europea y norteamericana.

Similarmente, Estados Unidos -además de intervenir para favorecer la industria del chocolate- también lo hace por la de producción alimenticia, sobre todo en aquello relacionado con las empresas Archer Daniels Midland y Cargill, multinacionales dedicadas a la industria de alimentos y carnes que tienen sus mayores inversiones en el territorio marfileño («Costa de Marfil - Relaciones con Estados Unidos», s. f.). Estas empresas en Costa de Marfil se encuentran controladas por las élites económicas del país e igualmente están relacionadas con los grupos en el poder de aquel país, hecho que es posible constatar con las políticas favorables al establecimiento de industrias estadounidenses y francesas.

La intervención de países extranjeros en el conflicto marfileño y en su remisión a la CPI denotó la incoherencia de la comunidad internacional en su discurso frente a la protección de la soberanía. Una de las discusiones del presidente Gbagbo fue por la crítica hecha por Naciones Unidas a la Constitución marfileña y la imposición del derecho internacional como uno de categoría superior, frente al hecho de que a otros Estados (potencias) se les respetaba el derecho interno frente a cualquier interferencia legal de la comunidad internacional. La labor de la Unión Africana tampoco resultó eficiente, tanto que la aplicación del principio de *«los problemas de África los resuelve África»*, demostró que solo permitía actuar con indiferencia frente a las atrocidades que ocurrían en Costa de Marfil (Apuuli, 2012).

Así mismo, se develó la ineficacia del derecho internacional tanto para la prevención de atrocidades como para la imposición de sanciones. Previo a la intromisión del derecho penal internacional, Naciones Unidas emitió resoluciones en las que sancionaba el comportamiento del Estado y de algunos de sus miembros. Empero, no lo hizo respecto de aquellos que bloquearon el proceso de paz (Hudson, 2009, p. 314); y, para confirmar todo el carácter político de las instituciones internacionales, se intentó sancionar a Mamadou

Kouli y Pascal AffiN'guessan, que habían sido Primer Ministro del régimen de Gbagbo, pero no se produjo ninguna sanción en razón a la oposición de Rusia y China, miembros del Consejo de Seguridad (Piccolino, 2012, p. 17).

Para intervenir en Costa de Marfil también se acudió al principio de precaución internacional. Bajo el cual, como se había señalado, se justifica cualquier acción internacional sobre la soberanía, en razón de acciones humanitarias. No obstante, lo hecho por el Consejo de Seguridad, a través de las fuerzas de paz, ha demostrado que no es el ser humano el foco principal de protección sino la relación del Consejo de Seguridad con los intereses de otros Estados y el mantenimiento de acuerdos internacionales (Bellamy & Williams, 2011, p. 826).

De tal modo que, la injerencia internacional, a través de la puesta en marcha de fuerzas de paz de la ONU y finalmente con la CPI, no puede ser calificada como un acto coyuntural o aislado. Por un lado, la posición del presidente Gbagbo-considerada rebelde y sublevada por no favorecer los intereses económicos de Francia en el territorio marfileños- y de otro lado, la presión de parte de los grupos económicos para que se siguiera apoyando la operación financiera de las multinacionales francesas en Costa de Marfil, fueron los factores que confluyeron para buscar el derrocamiento de Gbagbo.

Sin embargo, al considerar que el conflicto más que de carácter étnico o económico, fue uno de carácter político, es claro que el resentimiento en el país sigue presente. De una parte, existen partidarios de Gbagbo que lo observan como una víctima de la presión internacional e imperialista. De otra parte, sus detractores e incluso sus antiguos colaboradores (que ahora sirven al régimen opositor) lo han calificado como un enemigo de la democracia y el causante de las pérdidas humanas en el marco del conflicto. Con esto se quiere demostrar la persistencia de las diferencias políticas y el cultivo de un resentimiento de los radicales políticos.

## 2.2.2 República Democrática del Congo: El tesoro de las 3Ts (*Tin, Tantalum, and Tungsten*) y el oro

### Contexto histórico y político.

La República Democrática del Congo, (RPC de ahora en adelante) es un país situado en la región ecuatorial de África. Limita con Angola, la República del Congo, la República Centrafricana, Sudán, Uganda, Ruanda, Burundi, Tanzania y Zambia. Es uno de los países más poblados del mundo y del continente africano, al tener unos 95 millones de habitantes, y su capital y ciudad más poblada es Kinshasa (9.757 millones de habitantes).

La RPC no tiene una religión oficial, pero la mayoría de su población es practicante del catolicismo y el cristianismo, aunque hay una buena parte de los habitantes, sobre todo al noreste, de creencias musulmanas. Su idioma oficial es el francés, aunque hay otros cuatro idiomas nacionales: Lingala, Swahili y Kikongo.

Asimismo, esta nación tiene varios de los indicadores sociales más bajos del mundo: ocupa el puesto 176 de 188 del Índice de Desarrollo Humano (de ahora en adelante IDH); en posición similar se encuentra en el ranking de Índice Doing Business ( puesto 184 sobre 187); lo mismo ocurre con el índice de percepción de corrupción, donde ocupa el puesto 155 sobre 175 países (Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2017b).

Estos pobres indicadores pueden encontrar fundamente en que esta excolonia belga, desde finales del siglo XIX, ha estado sumergida en una constante situación de violencia. Desde el período precolonial, hasta su independencia, y después de esta, el Congo ha sufrido por culpa de los actos violentos cometidos dentro de su territorio. Ni siquiera, la culminación de un proceso de paz llevado a cabo en los años 2002 y 2003 ha traído consigo el cese de la violencia. (Calvo Rufanges & Royo Aspa, 2016, p. 7).

Por esto, en este subcapítulo se estudian los antecedentes que han derivado en los hechos que fueron objeto de estudio e investigación por parte de la Corte Penal Internacional; así como el posterior proceso de paz que se presentó después de dichos sucesos.

Antes de ser colonia belga, el Congo ya sufría las consecuencias de la violencia. Se estima que más de trece millones de personas de raza negra fueron deportados del territorio congoleño a América y Oriente Medio. Estas exportaciones fueron promovidas en un primer momento por comerciantes árabes (hacia el siglo VIII) y posteriormente por europeos desde el siglo XVI hasta el siglo XIX. (BADI, 2003, p. 8).

Fue también testigo y objeto de ataques violentos cuando el rey Leopoldo II creó el «Estado Independiente del Congo» (1885-1904). En aquella época, dicho monarca cometió actos atroces, a través de agentes estatales y compañías concesionarias, para llevar a cabo explotación en masa de productos, como el marfil y el caucho, que se encontraban dentro de las selvas congoleñas. Dentro de este balance de actos, se puede encontrar que más de la tercera parte de la población de la cuenca del río Congo fue asesinada en los 20 años de existencia del Estado, estimándose que más de diez millones de personas perdieron la vida en dicho periodo. (BADI, 2003, p. 22).

### **Época colonial.**

Debido a la presión de la comunidad internacional contra el rey Leopoldo II por la crueldad ejercida en territorio congoleño, este renunció a su propiedad sobre el Congo, anexándose el país a Bélgica por medio de un tratado firmado el 15 de noviembre de 1908 y que estaría en vigor hasta 1960.

Durante esta época colonial, la violencia continuó con la intención de obligar a la mano de obra congoleña a prestar servicios a las compañías. Tal violencia fue ejecutada por el Estado en coparticipación con la Iglesia. La primera institución ejecutó la violencia de manera física y la segunda de manera moral, inculcando en el subconsciente del congoleño la obediencia

y la sumisión. Asimismo, fue esta última institución la que promovió y dispersó el mito camítico, mito que asegura la existencia de unas tribus africanas superiores por ser más «europeas» y que le da a las mismas mayores derechos sobre las demás (Arrieta, 2003, p. 108).

El Estado además de violencia física, también limitó fuertemente los derechos políticos de los habitantes del Congo, siendo esta una de las razones por las cuales se crearon partidos nacionalistas que abogaban por la independencia del Congo (Cola Alberich, 1960). Conjuntamente fungió esta inactividad política como base de las crisis poscoloniales «pues no existían las elites capacitadas para gestionar un Estado moderno» (BADI, 2003, p. 11).

En 1960, tras innumerables diálogos y deliberaciones sobre el proceder de la independencia del Congo, se llevó a cabo en mayo una elección que dio como presidente a Joseph Kasavubu y a Patrice Lumumba como Primer Ministro, y finalmente, en junio del mismo año el Congo por fin logró su independencia respecto de Bélgica. Proceso de independencia que también estuvo influido por Estados Unidos, que había prestado a los países europeos para su reconstrucción y promovía por la independencia de las colonias.

### **Independencia de Bélgica y dictadura mobutista.**

Con el advenimiento de la independencia, se llegó a pensar que el Congo saldría del Estado deplorable en el que se encontraba y gracias a sus riquezas naturales lograría convertirse en un Estado próspero. Empero, esto realmente no sucedió, pues tan solo dos semanas después de haberse dado la independencia, se presentó una crisis debido a la sublevación del ejército colonial.

A partir de la consecución de la libertad congoleña, se pueden encontrar tres periodos distintos, señalados como «Repúblicas» por parte de la literatura experta (Alonso Blanco et al., 2009)(BADI, 2003). La primera república se dio dentro del espacio temporal de 1960

---

a 1965; la segunda se presentó entre 1965 y 1997; y la tercera, desde la última fecha referida hasta la actualidad.

La primera república se caracterizó por el fallecimiento de dos figuras de relevante importancia dentro del contexto político de la RDC: Patrice Lumumba y Dag Hammarskjöld. El primero, como ya se mencionó en párrafos precedentes, fungió como Primer Ministro después de la independencia congoleña y falleció debido a sus fuertes relaciones comunistas, ya que el presidente Estadounidense de la época - Eisenhower - ordenó su muerte. El segundo de los referidos, en cambio, encontró la muerte en un accidente de avión, cuando se dirigía a una misión para intentar poner fin a pretensiones divisionistas del Katanga. (BADI, 2003, p. 11).

Esta primera república llegó a su apogeo por la intervención anticomunista de Estados Unidos y Bélgica, que en su miedo de la implantación de un régimen comunista auspiciaron homicidios selectivos a líderes marxistas y nacionalistas. Asimismo, se apoyó desde la CIA la toma dictatorial por parte de Mobutu SeseSeko sucedida el 24 de noviembre de 1965.

Con este golpe de Estado se da comienzo a la segunda república, dentro del cual se puede encontrar un periodo de ascenso (1965-1975) y un periodo de decadencia (1975-1997). En el primero, según Young & Turner (2012), Mobutu procedió a eliminar físicamente a sus rivales; y el 4 de junio de 1969 matar un centenar de estudiantes de la Universidad Lovanium de Kinshasa; realizar reformas constitucionales para crear un partido único; entre otros. Igualmente «en el año 1971 Mobutu tomó la decisión de cambiar su nombre por Mobutu SeséSeko y cambiando también de nombre a la nación, que pasó a llamarse Zaire. En el contexto estratégico mundial de entonces, en plena guerra fría, Zaire se vio “beneficiado” por el interés de Estados Unidos y se convirtió en punto de lanzamiento de operaciones contra Angola, apoyada entonces por la Unión Soviética.»(Alonso Blanco et al., 2009, p. 21)

En el periodo de la decadencia, se presentó una inusual situación de destrucción del Estado, de la cultura y de la educación. Se fomentaron el nepotismo, y peor aún, se fomentaron conflictos étnicos que terminarían sirviendo como precedente de los genocidios de Ruanda y Burundi. (Braeckman, 1996, p. 250). También, se encuentra que, en dicho espacio temporal, se refugiaron en la RPC -desde junio de 1994, en desarrollo de la denominada Operación Turquesa- específicamente en Kivu del sur, unos 400.000 ruandeses, llegados al país huyendo de la guerra interna que vivía su país en esa época. El gran número de refugiados, y la fuerte suma dineraria invertida en su asistencia, trajeron consigo un efecto económico devastador para el Congo, y además generó fuertes tensiones entre la población local y el partido político mobutista. (Royo Aspa, 2009, p. 9).

Con lo expuesto, queda claro que el reinado del terror de Mobutu trajo nefastas consecuencias económicas, culturales y sociales al pueblo congoleño, pues este se dedicó a repetir la política violenta y explotacionista que había adoptado también Leopoldo II. Muestra de ello es que mientras en el país las personas morían de hambre, Mobutu tenía una fortuna estimada en 4 billones de dólares (Ziéglér, 2008).

La exagerada duración de su dictadura sólo encuentra sustento en el apoyo de tres potencias internacionales - Estados Unidos, Francia y Bélgica - durante la guerra fría. Sin embargo, según Kabunda Badi, Mobutu cometió dos errores que le costaron su puesto de dictador: «el abandonar en la desnudez total a su propio ejército durante los últimos años de su mandato (...) y el no haber comprendido con antelación que la guerra fría por la que Occidente le necesitaba ya había finalizado» (BADI, 2003, p. 14).

### **Dictadura de Laurent-Désiré Kabila.**

En septiembre de 1996 se desarrolló una rebelión por parte de la población tutsi ubicada en Kivu del sur (a este tipo de población se le denomina «banyamulenge»), ello con apoyo de Ruanda. Tal rebelión ayudó al golpe de Estado llevado a cabo por el grupo dirigido por Laurent Désiré Kabila -la Alianza de Fuerzas Democráticas para la Liberación del Congo-

Zaire (ADFL)-, y culminó con la cesión de poder de Mobutu y el comienzo de la tercera república congoleña. (Royo Aspa, 2009).

Dos años después, en 1998, Kabila ordena la retirada de territorio congoleño de las tropas de Burundi, Ruanda y Uganda. Esto implicó la pérdida del apoyo de estos países, la invasión en territorio de la RDC por parte de los mismos y el respaldo de grupos armados que pretendían el derrocamiento del entonces gobernante, tales como la Alianza Congoleña para la Democracia (RCD, por sus siglas en francés) y el Movimiento para la Liberación del Congo (MLC) de Jean-Pierre Bemba.

No obstante, Kabila también recibió apoyo de las milicias MaiMai, de las Fuerzas Democráticas para la Liberación de Ruanda (FDLR) y de Angola, Zimbabwe, Chad, Namibia, Sudán, y Libia. Generando así, la segunda guerra del Congo o lo que se conoció como primera guerra mundial de África.

### **Segunda guerra del Congo (Primera Guerra Mundial de África)**

Este conflicto se desarrolló entre agosto de 1998 y diciembre de 2002 (Josep María Royo, 2013), período dentro del cual se gestó la guerra con mayor número de mortandad desde la segunda guerra mundial, así como la más violenta en contra de las mujeres y los niños, dado que se estima que hubo cerca de cinco millones de víctimas mortales, y alrededor de unas 200.000 mujeres víctimas de la violencia sexual (Calvo Rufanges & Royo Aspa, 2016).

Como ya se mencionó, dicha confrontación bélica comenzó en el instante en que Kabila ordenó el retiro de las tropas que otrora habían sido sus aliadas. A partir de ese momento, los ejércitos de estos países (Burundi, Ruanda y Uganda), avanzaron imperiosamente hacia la ciudad capital de la RDC, a lo cual, el entonces presidente, respondió retirándose y refugiándose al sur del país.

Posteriormente, para controlar la opinión pública, Kabila realizó propaganda en contra de la población tutsi, para solicitar al pueblo la colaboración en la retirada de los países invasores, generando de esta manera una política en contra de la población *banyamulenge*. Población que inmediatamente fue etiquetada como criminal, al estar aliada con un ejército invasor. (Reyntjens, 2009).

Entre 1998 y 1999 la guerra continuó su sangriento curso sin novedades, hasta que en abril del 99 Kabila propuso la búsqueda de una salida pacífica, que se «materializó» con el acuerdo de cese al fuego firmado el 1º de julio en Lusaka (Zambia). Sin embargo, dicho acuerdo fue roto y los enfrentamientos prosiguieron por varios meses más. (Prunier, 2009).

La intervención de las Naciones Unidas se dio hasta finales de ese año, cuando desplegó aproximadamente 5.500 cascos azules a través de una misión nombrada «La Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo» (MONUC), que tuvo como principal propósito la asistencia para el efectivo cumplimiento de los acuerdos de Lusaka. (Weiss, 2000).

A pesar de esto, el conflicto persistió sin aparente panorama de cambio, hasta que el 16 de enero 2001 Kabila fue asesinado. Esto implicó que su hijo, Joseph, lo heredara en el poder, y este, al ver el panorama de la guerra –la miseria en la que se sumía su pueblo y la mayoría de su territorio controlado por el RCD-Goma y el Movimiento de Liberación del Congo de Bemba- (Alonso Blanco et al., 2009) decidió retomar asiduamente los diálogos de paz de Lusaka. (Vlassenroot & Raeymaekers, 2007).

Así, se procedió a implementar el inicio del «Diálogo intercongolesino» (ICD, por sus siglas en inglés), que «apuntó a normalizar la situación estatal en la RDC y además se postuló como herramienta para efectuar la transición democrática y superar la guerra» (Nahum Freixa, 2010). Al comienzo, estas conversaciones se asentaron en Addis Ababa (Etiopía), pero posteriormente fueron trasladadas a Sun City (Sudáfrica), lugar donde se llegó, el 19 de abril de 2002, a un acuerdo parcial.

Este acuerdo no tuvo repercusiones en la continuidad de los enfrentamientos, hasta que en julio y agosto de 2002 se firmaron acuerdos de paz con Ruanda y Uganda respectivamente, en donde tales compromisos implicaron el retiro, vigilado estrictamente por la MONUC, de las fuerzas armadas de dichos países del territorio congolés.

La primera guerra mundial africana encontró su apogeo oficial el 17 de diciembre de 2002, con la firma del «Acuerdo Global e Inclusivo de Pretoria», que “incluyó entre sus metas, la reunificación y reconstrucción estatal, así como la reconciliación y la formación de una fuerza armada nacional, junto a la organización de elecciones libres que procuraran la consecución de un régimen constitucional democrático y el ordenamiento de las estructuras para erigir un nuevo orden político” (Nahum Freixa, 2010, p. 16).

Así, se llegó El Acta Final de Sun City en abril del 2003, el cual reagrupaba los acuerdos previos, a saber:

la libertad de los presos y rehenes; el nombramiento de un mediador y el inicio de conversaciones; el despliegue de las fuerzas de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas; la cooperación en temas de seguridad en las fronteras comunes y la creación de una Unidad Nacional de Supervisión de los Derechos Humanos, una Comisión de la Verdad y la Reconciliación y un tribunal penal internacional (Escola de Cultura de Pau, s. f.).

Sin embargo, pese a todo aquel despliegue, no se llegó a materializar la creación de estos últimos órganos.

Del Acta Final de Sun City, que tiene su nacimiento en abril del 2002 y que culmina en 2003, diferentes autores han señalado que Joseph Kabila al firmar dicho acuerdo mostró su vulnerabilidad, por cuanto, aceptó un reparto de poder imposible de administrar con las facciones rebeldes por el sólo hecho de hacerse reconocer como presidente de la República. (Tshiyembe, Mwayila, 2003).

### **La justicia transicional en el Acta Final de Sun City**

En principio, el dialogo Intercongoleño suscitado en este acuerdo el 2 de abril del año 2003, tuvo la participación de delegados del Gobierno de la RDC; el Rally Congoleño por la Democracia; el Movimiento para la Liberación del Congo; las principales organizaciones y partidos de oposición política; así como representantes de las fuerzas vivas del país; el Rally congolés para el Movimiento Democracia-Liberación y; el Rally Congoleño para Democracy-National y Mai-Mai, entre otros. Su finalidad fue, la de «trabajar juntos para el establecimiento de una nueva política dispensa que protegería los derechos inalienables de los ciudadanos y en general promover la gobernabilidad democrática» (RDC, 2002).

Según este postulado, este diálogo no se reducía llanamente a terminar un conflicto, sino específicamente, a establecer algunas instituciones capaces de llevar a cabo una transición política interna que culminara con una democratización del país. Sin embargo, y siguiendo a Vincenc Fisas, este proceso, más allá de complementar estos propósitos, se centró en la desmovilización y reintegración de los combatientes «después de llegar a un alto el fuego, procederse a una amnistía, integrar parte de los combatientes a las Fuerzas Armadas gubernamentales, y conceder algunos privilegios políticos o económicos a los líderes de los grupos desmovilizados» (2004). Así las cosas, el acuerdo apuntaló a grandes cambios políticos, logrando solo una pacificación con base en la desmovilización.

Ahora bien, las instituciones creadas en el articulado constaban del reconocimiento de los acuerdos anteriores, entre ellos el de Lusaka de 1999 y:

1. Las 36 Resoluciones debidamente adoptadas por el Diálogo Intercongoleño, tal como se establecieron en la Lista anexa al presente Acta Final.
2. El acuerdo global e inclusivo firmado en Pretoria el 17 de diciembre 2002, junto con el Memorando Adicional sobre el Ejército y la Seguridad, firmado en Pretoria el 6 de marzo de 2003.

3. La Constitución de la transición adoptada en Sun City el 1 de abril de 2003 (RDC, 2002).

Este reconocimiento, permitía deducir que el Acta era la continuación de un proceso de diferentes etapas e intervenciones que, desembocaron en un acuerdo fundamental para una transición política construida desde bases no democráticas, pues, como se puede ver, en el Congo no existían elecciones libres por la permanencia de los gobiernos prolongados de M. Sese Seko y los de Kabila. De esta manera, se dio prioridad a la «gobernanza democrática, como requisitos previos para una paz duradera, el éxito reunificación del país y reconstrucción nacional» (RDC, 2002).

Para ello, se habilitaron los siguientes puntos:

- a. Se prohibió el acceso al poder mediante la fuerza o el uso de las armas. Por ello, se habilitaron los medios democráticos para tal fin.
- b. Se desarrolló la libertad de asociación en todo el territorio, lo cual implicó una nueva legislación en el parlamento.
- c. Se garantizó la libre circulación de personas y bienes por todo el territorio nacional, restableciendo la comunicación aérea, ferroviaria, lacustre, vial telefónica y postal.
- d. En materia de justicia, el acta tomo en cuenta los siguientes aspectos:
  1. La abolición de los tribunales especiales, especialmente los tribunales militares, en todo el territorio nacional;
  2. La reforma de los tribunales militares, especialmente porque ya no deben tener autoridad para juzgar a los civiles y debe garantizar el derecho de apelación y derecho a la defensa de las personas bajo su jurisdicción de conformidad con las disposiciones pertinentes a los instrumentos jurídicos internacionales ratificados por la República Democrática del Congo;

3. El establecimiento de canales legales que prevén la revisión, a petición de partes lesionadas, de los fallos de estos dichos tribunales especiales<sup>27</sup> (RDC, 2002)

e. Frente a los casos de las fuerzas militares, se buscó reintegrar y rehabilitar a los civiles y militares magistrados que fueron despedidos colectivamente o forzados a la jubilación, debido a intereses políticos.

f. se crear una comisión que tuvo la potestad de organizar un referéndum constitucional para preparar y organizar unas elecciones generales, no sin antes formular unas reglas éticas electorales; censar la población; elaborar listas electorales con miembros de la comunidad con base en las diferencias étnicas; entre otras.

g. Generar un incentivo para el desarme voluntario de los grupos armados en contienda, utilizando medidas coercitivas en caso contrario. De igual manera, posibilitar la salida de todos los grupos armados del territorio de la RDC recurriendo a la ayuda de las organizaciones internacionales como el Consejo de Seguridad de la ONU, la UE y la UAN.

h. Crear una Comisión Especial encargada de garantizar la publicidad para sensibilizar al público sobre la creación de la Comisión; garantizar que las peticiones de los demandantes se presenten ante la Comisión ad hoc del Parlamento de transición dentro del tiempo estipulado; hacer un inventario de los compromisos financieros adquiridos; hacer un balance de las consecuencias materiales, financieras, económicas y humanas de la guerra; presentar propuestas de compensación y reparación a favor de las personas jurídicas, así como propuestas de reglas de procedimiento (modalidades) relevantes; previendo posibles recursos a la experiencia de la organización de las Naciones Unidas para evaluación objetiva, reparto de responsabilidades y definición de modalidades de reparación. (RDC, 2002).

<sup>27</sup> Cabe destacar que, para este último punto referente a la justicia, se vio el debilitamiento de los tribunales militares en función de tribunales especiales que garantizaban la transparencia e imparcialidad de los casos, pues, es de notar que la desconfianza de las partes intervinientes era latente, amén de que estaba en juego la culminación de una guerra que dejó más de 3 millones de personas asesinadas y la toma de posiciones futuras en el gobierno de transición.

En conclusión, el Acta Final de Sun City buscó restablecer el orden constitucional destruido por la prolongación de las guerras provenientes del siglo XX. De esta manera, la intervención de actores internacionales en el conflicto, tales como las fuerzas de la ONU, las facciones de los ejércitos de países vecinos como Uganda, Sudan, Ruanda, Burundi, entre otros, determinaron el recrudecimiento de este, aunado a la intencionalidad de granjearse los recursos naturales de corte extractivista como el coltán o los diamantes en territorio congolés. Así las cosas, fue la presión internacional quien posibilitó las negociaciones que comenzaron con el acuerdo de Lusaka en 1999, y que posteriormente terminarían con las elecciones del 2006, atravesando por el Acta Final de Sun City en Sudáfrica.

Frente a los alcances de este acuerdo, se tiene de presente que logró el retorno de las fuerzas internacionales en contienda a sus países de origen, generando una pacificación en el territorio congolés, como también, generando una Constitución que adoptó una fórmula inédita la cual resumía, de forma política, el reparto del poder en un presidente y cuatro vicepresidentes, estos últimos

destinados a los diferentes componentes de la oposición y a las facciones rebeldes, se encargan de cuatro comisiones: comisión política, defensa y seguridad (RCD); comisión económica y financiera (MLC); comisión para la reconstrucción y el desarrollo (gobierno); comisión social y cultural (oposición política) (Tshiyembe, Mwayila, 2003).

### **Acuerdos posteriores y elecciones de 2006.**

En cumplimiento de todo lo pactado en Pretoria, se aprobó una nueva constitución de la RDC en 2005 y se celebraron elecciones en el 2006. La primera vuelta de los comicios tuvo lugar en julio de 2006 y con la publicación de sus resultados se presentaron graves disturbios promovidos por los simpatizantes de los dos principales candidatos (Joseph Kabila y Jean-Pierre Bemba Gombo).

La segunda, por su parte, celebrada el 29 de octubre, fue objeto de críticas por múltiples irregularidades que encontraron, tanto la Comisión Electoral Independiente, como las misiones de observación electoral internacionales. Esta vuelta arrojó como ganador final a Kabila, con un 58,05% de los votos, en contra del 41,95% de Bemba-Gombo (Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo, 2008a).

Debido al descontento por los resultados, y aunado al aparente amaño de los mismos, se generaron diversos disturbios, donde resalta el presentado en la provincia de Bas-Congo, que dejó un saldo de 100 personas muertas. Asimismo, el marzo de 2007, la guardia de seguridad del candidato perdedor y las Fuerzas Armadas de la República Democrática del Congo (FARDC) se enfrentaron por asuntos relativos al desarme de la milicia que protegía a Bemba-Gombo. Como lo resalta Royo Aspa:

estos enfrentamientos culminaron con la muerte de alrededor de 600 personas (su milicia fue completamente diezmada) y el exilio de Jean Pierre Bemba a Portugal. Estos hechos provocaron la condena internacional por el abuso de la fuerza cometido por los cuerpos de seguridad sin haber agotado previamente las vías de negociación y el inicio de una nueva etapa de crisis política como consecuencia de la ausencia de Bemba (Royo Aspa, 2009, p. 13).

Así, fue evidente que, a pesar del cumplimiento de lo acordado en Pretoria, la violencia en la RDC no iba a cesar. El país posteriormente siguió sumido en la inestabilidad política y en la violencia, que se concentraba principalmente en tres regiones geográficas: las provincias de Haut Uélé y Bas Uélé, el distrito de Ituri y las provincias de Kivu Norte y Kivu Sur (Royo Aspa, 2009, p. 12).

### **Situación del Congo ante la CPI.**

El 19 de abril del 2004, después de toda la violencia sufrida en la RDC hasta ese entonces y con ánimos de cooperación internacional, dicho Estado remitió su caso a la CPI, para que

esta juzgara todos los delitos cometidos dentro del territorio congoleño a partir de la entrada en vigor del ER, es decir, a partir del 1 de julio del 2002.

El 23 de junio de 2004 el Fiscal de la CPI informó que se iniciaría oficialmente la primera investigación que este alto tribunal llevaría. Se investigaría de manera precisa los hechos ocurridos en la provincia de Ituri, a partir del año 2003, donde al parecer se habrían cometido múltiples crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Esta investigación arrojó la apertura de seis casos, en contra de Thomas Lubanga, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui, Bosco Ntaganda, Callixte Mbarushimana y Silvestre Maducumura. De estos, al año 2019, fueron efectivamente juzgados cuatro y condenados únicamente Lubanga, Katanga y Ntaganda, puesto que Ngudjolo fue declarado inocente. Por su parte, Mbarushimana ni siquiera fue acusado y Maducumura no será juzgado hasta que la orden de captura que versa en su contra sea ejecutada.

La sentencia proferida por la CPI el 14 de marzo de 2012, en contra de Thomas Lubanga, se convirtió en la primera sentencia condenatoria que emitió dicha entidad. En esta decisión se condenó a Lubanga por el delito de “Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”. Por esta conducta, posteriormente la CPI, en una decisión de julio de 2012 lo condenó a catorce años de prisión.

Más tarde, en el mismo año (2012), la Sala de Primera Instancia número 2 absolvió a Mathieu Ngudjolo Chui de siete crímenes de guerra y tres crímenes de lesa humanidad, esto porque no se probó, más allá de toda duda razonable, la participación de Ngudjolo en la comisión de dichos crímenes. La decisión fue apelada por la Fiscalía, pero igualmente fue confirmada por la Sala de Apelaciones.

Dos años después, la misma sala que absolvió a Ngudjolo encontraría a Germain Katanga culpable de un crimen de lesa humanidad (asesinato) y cuatro crímenes de guerra

(homicidio, ataque a población civil, destrucción de propiedad privada y pillaje), todos cometidos en un ataque a la población Bogoro en el distrito de Ituri el 24 de febrero de 2003. Asimismo, fue absuelto de violación y esclavitud sexual como crímenes de lesa humanidad y reclutamiento de niños menores de 15 años, esclavitud sexual y violación como crímenes de guerra. Katanga fue condenado como «contribuidor» de estos crímenes, al ser el intermediario entre quienes distribuían el armamento y los perpetradores directos de dichos crímenes, por esto mismo su condena fue de doce años de prisión.

Bosco Ntaganda fue condenado a 30 años de prisión por crímenes en contra de la humanidad, referidos a asesinato, tentativa de asesinato, violación, esclavitud sexual, persecución y desplazamiento forzado ( *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, 2019). Se trata de la condena más alta implementada por el Tribunal Internacional, por la participación en masacres realizadas en la región de Ituri.

Por otra parte, los casos de Maducumura y Mbarushimana difieren fácticamente de los cuatro anteriores casos, al estar relacionados con hechos violentos en el año 2009 acaecidos en Kivu. El primero de estos no ha podido ser formalmente acusado, porque, como ya se mencionó, tiene una orden de captura en su contra que todavía no se ha ejecutado. En cambio, el segundo vio cerrar su caso cuando la SCP decidió no aceptar la formulación de cargos, por no haberse probado hasta ese momento alguna contribución o participación del señor Callixte Mbarushimana.

De esta manera, y como punto final, es menester recalcar que los hechos juzgados e investigados por la CPI sólo son una minúscula parte de la historia violenta que ha vivido la RDC. Así, es imposible asegurar que efectivamente se está materializando una justicia, si quiera retributiva, mediante el actuar de la Corte. Todas aquellas metas planteadas en el ER para el caso congoleño no han sido materializadas.

Además de haber transcurrido más de diez años para condenar a dos personas que tuvieron influencia en los hechos violentos que el país vivió –tal como fue lo ocurrido en Ituri- es importante resaltar que esta situación en el contexto general de violencia del país poco

influyó. Siguen impunes muchos de los millones de víctimas que la segunda guerra del Congo dejó, ya sean los que fenecieron, las mujeres que fueron abusadas sexualmente o los cientos de miles de niños que fueron reclutados y utilizados en el devenir de la confrontación bélica.

Lo particular del asunto, es que es el caso de la RDC el que mayor desarrollo ha tenido dentro de la Corte, ya que, como se verá, muchos otros casos no tienen personas formalmente acusadas. Así, es imposible dejar de cuestionarse sobre la eficiencia del alto tribunal, que gastó una década investigando un pequeño suceso violento ocurrido dentro de un enorme océano de crueldad.

### **Situación pos-proceso de paz y factores que permitieron la continuación de la violencia.**

Hoy en día es constatable que la RDC sigue sumida en la violencia y en la pobreza. Siguen sin aportar nada al contexto congoleño aquellos tratados de paz que dieron por finalizada la segunda guerra del Congo, dado que, pese a que fueron aparentemente cumplidos, los mismos no pudieron modificar cientos de años de violenta realidad.

Las razones por las cuales este país sigue en conflicto interno son varias. Empero, las de mayor relevancia y notoriedad son dos: 1) geopolíticas, ya que el país se encuentra fragmentado en varias zonas de control económico y militar; y 2) económicas, al ser el país una fuente inagotable de recursos preciosos que varias empresas pretenden explotar sin importar el precio.

En relación con la primera, dicen Vlassenroot & Raeymaekers que el país parece estar fragmentado en diversas zonas de control económico y militar, y así, diversos grupos y actores armados «han sido capaces de instituir sus propios mecanismos de control, protección y provecho, haciendo de esta parte del país un complejo de guerra que ya no puede desenmarañarse» (2007, p. 4). Lo anterior, dicen los citados autores, le da al conflicto congoleño un sabor a lucha económica, más que política.

Sumamente relacionada con la anterior, la segunda razón mencionada, es decir, la económica, se presenta por la abundancia en recursos preciosos que tiene la RDC. Así lo ha expresado Royo Aspa, pues para este autor la presencia de empresas múltiples, con intereses económicos, permite que se fomente la guerra, al intercambiarse las armas por recursos naturales o facilitando «el acceso a los recursos financieros para comprar armas» (2009, p. 11)

Al terminar el conflicto se estableció como requisito para adelantar elecciones libres la creación de *brassage*. Se trataba de la integración de los antiguos grupos armados y las fuerzas del gobierno en un nuevo ejército (Turner, 2010). Incluso este ejército serviría de apoyo a los grupos de mantenimiento de paz de la ONU. Este proceso además de no generar ninguna reconciliación, en los conflictos posteriores hizo evidente que los miembros del ejército no atacarían a sus antiguos compañeros.

### **Análisis de los factores relevantes en la intervención internacional.**

El presente apartado tiene como finalidad describir las que serían, aparentemente, las razones y motivaciones extrajurídicas que habrían incidido en la CPI para tomar la decisión de llevar a cabo su intervención en la RDC. La hipótesis de este subcapítulo es que -aparte de las razones o argumentos jurídicos de los que se vale la CPI para legitimar su intervención en una determinada situación- hay otras razones extrajurídicas, de un peso quizás más relevante, que influyen de forma determinante en la decisión tomada por la CPI, principalmente intereses geopolíticos.

Al respecto, debe precisarse que el inicio de la persecución de Thomas Lubanga no fue bien recibido por la comunidad congoleña. Primero, porque esperaban la investigación de peces más gordos. Segundo, no comprendían la relevancia dada al reclutamiento de menores, pues se trataba de una práctica generalizada de los grupos armados. Y tercero, consideraban que

la responsabilidad de Lubanga por delitos sexuales había quedado relegada (Orjuela Parra, 2015, P. 309).

En primer lugar, se analiza el rol de la economía congoleña en el ámbito internacional. Aquí, es menester decir que el conflicto en la RDC siempre ha tenido como trasfondo económico la lucha por el control de los recursos naturales y minerales del país. En este sentido, tanto los actores locales de las regiones orientales (Ituri, Kivu norte y Kivu Sur), como las multinacionales y los países extranjeros -como Ruanda, Uganda y Burundi- han estado claramente interesados en el control de la explotación ilegal de estos recursos.

La ubicación geopolítica hace de la RDC uno de los países con mayores riquezas y, por ende, con mayor interés de parte de los grupos de poder económicos. Así, después del Amazonas, contiene la segunda mayor selva tropical del mundo. Similarmente, la RDC se ha caracterizado por su riqueza mineral, que paradójicamente se ha convertido en la principal razón del conflicto y la pobreza al interior del país, bien porque las zonas sean lugares de explotación o porque sean de tránsito para el comercio de los recursos.

En el caso de Ruanda, por ejemplo, hay que decir que, con su intervención en las guerras congoleñas, siempre ha buscado obtener un beneficio de los recursos que se encuentran en la frontera entre ambos países, siendo ayudado por EEUU para tales fines. Por ello, han esgrimido una serie de excusas para intentar justificar la intromisión. (Llorente, 2009).

En contraste con las riquezas de la RDC se encuentra la situación de constante pobreza y conflicto en la que permanece: para el 2016, de acuerdo al Informe del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, la Nación se encontraba en último lugar entre 176 países en la medición del IDH (Naciones Unidas para el Desarrollo, 2018, p. 24).

Por otra parte, en cuanto al «negocio de la guerra» es prudente afirmar que la RDC se basó en la extracción ilegal de valiosos recursos naturales de la región. En este sentido, multinacionales como Debeers (diamantes), Anglo Gold Ashanti (oro en la mina

Mongbwalu) y Metalor Technologies (Suiza y su sistema de puertos libres que facilitaban el ingreso de grandes cantidades de oro provenientes de Uganda, sin tener que explicar el origen de la producción) fueron algunas de las más beneficiadas.

Desprendiéndose de esto que organizaciones internacionales, como el Banco Mundial y el FMI, no hicieron nada al respecto (Orjuela Parra, 2015). De allí se colige que, la comunidad internacional es cada vez más consciente del enorme poder que tienen ciertos actores económicos, como las empresas transnacionales, que son capaces hasta colaborar en el derrocamiento de gobiernos, para la salvaguarda de sus propios intereses, aparte de la sistemática comisión de violaciones de derechos humanos (Esteves Molotó, 2011).

Similarmente, de acuerdo con el reporte emitido por Amnistía Internacional, en el Estado pervive la situación de esclavitud respecto de los menores para la obtención de oro y coltán en las minas congoleñas. El coltán, principal mineral de la RDC, es explotado por empresas chinas, siendo una de las principales «Congo Dongfang Mininig International», subsidiada por Huayou Cobalt Company, que provee a compañías entre las que se incluye Apple, Dell, HP, Huawei, Lenovo, LG, Microsoft Corporation, Samsung, Sony y Vodafone, así como manufactureras de vehículos como Volkswagen (Amnistía Internacional, 2017, p. 11).

A pesar de este tenebroso panorama, se puede observar que hay intentos de parte de la comunidad internacional para generar mecanismos de control, seguimiento y trazabilidad de la actividad minera, de manera que se regule e impida la extracción ilegal de minerales, que financian guerras como la de la RDC. Igualmente, se ha tratado de impedir la comercialización de este tipo de productos: es el caso de la Ley Obama, que impone restricciones al comercio de minerales provenientes del oriente de la RDC, como estaño, tantalio, tungsteno y el oro (Ramírez López, 2010).

Sobre el uso de menores en las actividades de la RDC, se debe decir que ha sido marcado por el doble discurso. Teniendo en cuenta que la principal condena hecha al interior de la CPI por la situación del Congo se dirigió al reclutamiento de menores de 15 años para la participación en el conflicto armado, es pertinente analizar el hecho de que los menores de

edad durante el conflicto fueron disputados entre los grupos armados y las multinacionales extractoras de minerales.

El desarrollo de labores en las minas, por parte de los menores, ha sido justificado en la práctica tradicional del trabajo obligatorio. En la época postcolonial, el dictador Mobutu Sese Seko revivió el denominado *salongo*, que significa trabajo, consistente en servicio social obligatorio. De modo que, los grupos armados utilizaron dicha figura para mantener a los menores dentro de las minas extrayendo minerales, especialmente coltán, a su favor (Open Square, 2011, p. 13). Esta última afirmación cobija el hecho de que, en la lucha por el control minero, no solo los grupos armados eran los beneficiarios, sino que las empresas directamente buscaban obtener dicho control.

Por su parte, la CPI estaba interesada principalmente en presentar la dimensión étnica del conflicto, ignorando deliberadamente otras dimensiones como la política y la económica. En este sentido hay que resaltar que las empresas actúan impunemente: no existen mecanismos de rendición de cuentas que funcionen de forma disuasiva (Orjuela Parra, 2015). Por otra parte, es menester recalcar que detrás de los mencionados intereses económicos hay intereses políticos. El sustento económico ha sido utilizado como estrategia para estructurar verdaderas administraciones de facto en la RDC (Ramírez López, 2010).

Como factores políticos -que se presentaron en la conflictividad de la RDC en sus dos guerras- se observan factores internos y externos. Como factores internos se puede resaltar el enorme descontento que había con el dictador Mobutu Sese Seko en la RDC, quien únicamente se sostenía en el poder gracias a su condición de aliado estratégico de los Estados Unidos; pero una vez finalizada la guerra fría y ante la pérdida de la importancia estratégica de África, ya no contaría con el apoyo que necesitaba para mantenerse en el poder.

Además de lo anterior, producto del fin de la guerra fría, los países africanos entraron en un Estado de abandono, por un lado, y la presión de democratizarse por el otro. El Congo se enfrentó a la era de la globalización sin el apoyo de los países europeos, pero manteniendo

las fronteras e instituciones débiles que el colonialismo había dejado. Sumado a ello se presentaba la naturaleza personalista y patrimonial de las élites, el nepotismo, la corrupción y el endeudamiento (Cervera-Vallterra, 2014, p. 102).

Por otro lado, como factores políticos y geopolíticos internacionales se halla, como pretéritamente se destacó, el interés de Ruanda, Uganda y Burundi por controlar las riquezas del oriente de la RDC. En el caso de Ruanda había un interés, también, por perseguir a los Hutus que habían decidido refugiarse en la región oriental de la RDC luego del genocidio ruandés de 1994.

Como se ha señalado, las guerras del Congo se dan en un contexto de fragilidad estatal generalizada por el fin de la guerra fría y por la conflictividad de la región de los grandes lagos. Entre las características del periodo es posible observar: un deterioro generalizado de las estructuras sociales, políticas y jurídicas; violencia; pobreza; inoperatividad institucional y consecuencias desfavorables para la administración de justicia, entre otras (Cervera Vallterra, 2016). En este sentido se generan las dinámicas que favorecen la guerra.

De manera similar, hay que resaltar el papel que también han desempeñado las grandes potencias occidentales en el conflicto de la RDC, tales como Estados Unidos, Bélgica y los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU. En el artículo «El papel de Ruanda en las guerras del Congo» la autora propone que Ruanda ha desempeñado un papel fundamental en las últimas guerras de la RDC, sirviendo de satélite intermediario de los Estados Unidos para el control político de la RDC (Llorente, 2009).

Ruanda funge como el país elegido por los Estados Unidos y sus aliados como instrumento de control sobre la RDC. En las confrontaciones se han enfrentado guerrillas Hutu, contraguerrillas Tutsi y el ejército regular ruandés con el objetivo del expolio de las riquezas del este de la RDC (Llorente, 2009).

Muestra de lo anterior se halla en lo acontecido en la primera guerra del Congo, entre 1996 y 1997, donde se produjo la invasión de la RDC por parte de los ejércitos de Ruanda y

Uganda, en apoyo de las guerrillas AFDL lideradas por Laurent Kabila. La intervención tuvo como objetivo atacar a los refugiados Hutu responsables del genocidio Ruandés Tutsi de 1994 (cerca de 2 millones de refugiados que escaparon de Ruanda hacia la RDC y Tanzania)(Llorente, 2009).

Análogo fue lo acaecido en la segunda guerra del Congo, ya que también se produjo una invasión por parte de Ruanda a la RDC, con base en que el presidente de la RDC, Laurent Kabila, había roto los contratos mineros. Lo paradójico es que las guerrillas congoleñas se fundaron días después de iniciada la invasión de Ruanda, Uganda y Burundi. Luego se crearon, también, las guerrillas del sur de Sudán.

En aquel conflicto bélico, las tropas ruandesas alcanzaron a cercar la capital de la RDC, Kinshasa, pero la toma de la ciudad fue evitada gracias a la intervención de los aliados internacionales de RDC. Empero, las tropas ruandesas fueron ayudadas por los Estados Unidos (Llorente, 20d09). Esto permite ver hasta qué punto el tema de los conflictos étnicos se ha utilizado para legitimar el accionar ilegal de países como Ruanda y sus intereses de tomar control de los recursos mineros de la zona oriental de la RDC.

A renglón seguido, se constata que, para finales del año 2008, el gobierno del presidente Joseph Kabila se enfrenta a las fuerzas de Nkunda, cuyo financiador y abastecedor era el gobierno de Ruanda. Las guerrillas ruandesas no eran independientes, dado que las decisiones acerca de las mismas se tomaban directamente desde Ruanda. Estas guerrillas fueron RCD, RCD indash, CNDP; y muchas de las guerrillas en Ituri. En contraste las guerrillas no apoyadas por Ruanda eran más independientes, como es el caso de MLC de Bemba, apoyada por Uganda, donde las decisiones no siempre eran ugandesas (Llorente, 2009).

De todo lo atrás mencionado, se desprende que Ruanda siempre ha esgrimido excusas para poder intervenir en el conflicto de la RDC: Protección de los Tutsi congoleños, protección de fronteras con los países limítrofes frente a ataques de las guerrillas Hutu ruandesas, entre

otras. No obstante, la influencia ruandesa se ha expandido a regiones tan lejanas de su frontera y donde no hay presencia de grupos Hutu ni Tutsi como la región de Katanga. Además, se han producido combates simulados entre las guerrillas Tutsi y Hutu con el fin de legitimar la intervención Ruandesa, que busca beneficiarse de los recursos materiales que existen en la RDC (Llorente, 2009).

Las redes de poder ruandesa y ugandesa se han servido de los ingresos derivados del control estratégico, estructurado y organizado de recursos minerales para desarrollar sus agendas políticas en la región oriental del país. De manera tal que, como bien fue reiterado por el Grupo de Expertos de Naciones Unidas, el funcionamiento mismo del Estado y la toma de decisiones al interior de los gobiernos de Uganda y Ruanda se ve condicionada por el alcance de sus acciones ilegales en territorio congoleño (Ramírez López, 2010, pp. 182-183).

Ahora bien, el conflicto de la colonización de la RDC no solo incluye los actores de occidente, sino un Estado poderoso oriental: China. En mayo de 2006 se firmó el protocolo de acuerdo de extracción de diamantes por parte de la empresa *Indo Afrique Mining* a cambio de infra estructuras y telecomunicaciones (Cervera-Vallterra, 2014, p. 120). Sumada a la presencia de las empresas asiáticas en la extracción de coltán, se evidencia un interés en ejercer el poder económico y político en la RDC, por parte de China, que además de ser potencia económica tienen el suficiente poder político como miembro permanente del Consejo de Seguridad de la ONU.

Por otro lado, el análisis de la composición demográfica del Congo Democrático permite entrever las razones culturales del conflicto y de la intervención internacional en el país africano. Además de ser uno de los países con mayor densidad demográfica y tasas de fecundidad, la variedad étnica hace de la RDC uno de los países con mayor riqueza étnica en el mundo (Cervera-Vallterra, 2014, p. 98).

Dentro de los factores culturales que dieron lugar a la conflictividad de la RDC, se encuentra la presencia de luchas interétnicas como los Hutus vs Tutsi, o los Hema vs Lendu. Con anterioridad se explicó cómo los procesos de colonización influyeron en la conflictividad

étnica de la RDC y, en específico en la región de Ituri, acentuándolos. Esto, gracias a que los colonizadores belgas prefirieron a las etnias de origen neolítico, proporcionándole privilegios como acceso a la educación y a cargos de la administración local, así como el manejo de tierras. Gracias a la separación geográfica que establecieron, se implantó una etnización de los conflictos por la tierra (Orjuela Parra, 2015).

Sin embargo, la situación de conflictividad en los grandes lagos, con genocidios como el de Ruanda, aumentaron aún más las tensiones étnicas de la región. Se produjo una utilización política de la conflictividad étnica que existía en la RDC y en la región de Ituri, con el fin de legitimar un accionar violento que tenía como finalidad apropiarse de los beneficios de la explotación ilegal de recursos materiales dentro de los territorios.

Desde hace tiempo se ha dado una disputa territorial entre dos etnias en la región de Ituri: Lendu (agricultores) y Hema (ganaderos). Por parte de los primeros se crearon los grupos FNI, FRPI (este último en la región de Katanga); mientras que por parte de los segundos podemos encontrar el grupo UPC de Lubanga, con apoyo de Uganda.

Como antecedente se resalta la preeminencia de los Hema en el periodo colonial, otorgada por los belgas. Los grupos se financiaron con los recursos naturales de la región, madera, oro, diamantes, coltán, uranio y petróleo, entre otros; y exportaron armas del Reino Unido, Francia, Bélgica y Bulgaria (Calvo Rufanges & Royo Aspa, 2016, p. 20). Incluso las diferencias entre las etnias al momento de la independencia de Bélgica, cuando algunas consideraron ello como un acto de traición.

Respecto al factor religioso, es menester afirmar que no se encuentra que el conflicto en la RDC se deba a elemento religioso. Empero, el grupo ADF-NALU, que luchaba en la región de Kivu Norte, sí tenía una finalidad y un componente religioso en su accionar. Era un grupo islamista proveniente de Uganda cuyo objetivo era instaurar un Estado Islámico en Uganda. Fue utilizado por empresas de explotación de madera en Ituri (Calvo Rufanges & Royo Aspa, 2016, p. 20).

Adicionalmente, la religión desempeñaba un rol importante en el sentido de ser justificante de acciones militares y en la participación de menores y de mujeres. En el caso de estas últimas se ha cuestionado su reclutamiento y la impunidad, siendo importante aquí resaltar que no solamente las mujeres se empleaban para servicios sexuales de los combatientes, sino para que efectuaran actos religiosos que alentaran al ejército. Prefiriendo estas, debido a la estigmatización de las comunidades y de sus familias por haber sido agredidas sexualmente, mantenerse apoyando a los grupos militares (Lamadrid, 2016, p. 132).

Las primeras investigaciones de la CPI fueron las situaciones de la RDC y de Uganda. Estos Estados remitieron sus situaciones a la Fiscalía de la Corte en julio de 2003 y en el año 2004, respectivamente, en ejercicio de las facultades contempladas en los artículos 13 y 14 del Estatuto de Roma (Vacas Fernández & Pardo de Santayana, 2005). La remisión por parte de la RDC inició la investigación, a pesar de que el Fiscal tenía el material probatorio suficiente para comenzar las pesquisas *muto proprio* (Orjuela Parra, 2015, p. 307).

Esto no debe ser visto como una coincidencia, pues responde a un contexto en el que la CPI estaba interesada en buscar y ganar legitimidad entre la comunidad internacional, para lo cual tenía que mostrar resultados; a pesar de estar maniatada por una serie de presiones de intereses geopolíticos y económicos. En medio de este contexto la CPI ha buscado acomodarse y legitimar su funcionamiento.

En el caso de la RDC, según la postura que se acoge en este subcapítulo, hay dos tipos de factores, enmarcados dentro de dinámicas geopolíticas (limitaciones y los condicionamientos geopolíticos de los que es víctima como institución), que influyen de forma determinante en la decisión de apertura de investigación sobre la situación de la RDC y en la disposición de juzgamiento del señor Lubanga, por parte de la CPI. Lo fundamental en la intervención congoleña fue la economía y su riqueza natural.

Si existe un elemento coherente y recurrente al hacer alusión a la globalización es el factor económico (Findlay, 2013, p. 33). Bajo esta dimensión, las dinámicas del poder político y

cultural se dirigen a insertarse en las lógicas económicas contemporáneas. Así, en la RDC, la riqueza natural y mineral ha hecho que tanto los grupos nacionales, como las organizaciones internacionales tengan interés en que los recursos sean de utilidad para grupos económicos insertados en la perspectiva global. De modo que se para un Tribunal como la CPI se presentan las siguientes dificultades

#### **De orden político:**

- a. No intervenir en los intereses de potencias dominantes, sobre todo aquellas con asientos permanentes en el Consejo de seguridad de las Naciones Unidas; ni en los intereses de sus aliados estratégicos.
- b. Necesidad de mostrar resultados concretos y presentarse como una institución sólida dentro de la comunidad internacional y para ganar legitimidad.
- c. Falta de capacidades institucionales para llevar a cabo actividades de campo como la investigación, la captura de presuntos delincuentes, entre otras. Dificultad para llevar a cabo el juzgamiento de agentes del Estado o de involucrados que estén aliados con el gobierno.

#### **De orden económico**

Como se ha mencionado, la RDC es una de las más ricas del mundo en recursos naturales, minerales y étnicos, factor que a su vez ha sido la razón principal de la pobreza y la conflictividad. En la explotación hecha en el Congo Democrático, de parte de los actores financieros y armados, incluso se han utilizado las tradiciones culturales para justificar la violación a derechos humanos, como la explotación infantil en la labor minera.

Pese a las diferencias culturales impuestas desde occidente y los conflictos entre las etnias. Los factores económicos confluyen en todos los sentidos. Por ejemplo, las luchas interétnicas se han desarrollado en la parte oriental del país, lo que no es una simple coincidencia, ya que la mayor reserva mineral se encuentra en el lado este de la RDC:

Se puede ver que, existen presiones de parte de los Estados financiadores, entre otros, hacia la propia CPI y el hecho de que la CPI estaba ansiosa por mostrar resultados frente a la comunidad internacional (Orjuela Parra, 2015). Sin embargo, a la fecha no existe juzgamiento de actores económicos, sobre todo personas jurídicas internacionales como empresa, y su colaboración en el desarrollo del conflicto. Lo que evidencia el interés de proteger los intereses de las grandes inversiones, por lo general provenientes de los países que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU; y en este sentido, resultaba más favorable políticamente centrarse en la dimensión étnica del conflicto, sin abordar las demás.

No deja de ser esta, una intervención paradójica pues la comunidad internacional pasó de la indiferencia a la máxima injerencia. En 1998, pese al número de víctimas y múltiples llamados a la ONU, no existió ningún pronunciamiento por lo ocurrido en el Congo Democrático. Se le asumía como una guerra civil interna de interés netamente nacional. En 1999, Naciones Unidas intervino con fuerzas pacificadoras y adicionalmente la CIJ condenó a Uganda por su favorecimiento a los grupos ilegales violadores de derechos humanos en la RDC.

### **2.2.3 Uganda: El aliado de occidente y la oportunidad política de la CPI.**

Uganda es un país Ubicado en la parte oriental de África. Limita con el Lago Victoria, Kenia, Sudan del Sur, la República Democrática del Congo, Ruanda y Tanzania. Tiene una población estimada de 35 millones de personas y su capital y ciudad más poblada es Kampala, que posee más de 1 millón y medio de habitantes.

Hay dos idiomas oficiales en Uganda: el inglés y el swahili, pero también se pueden encontrar otros idiomas como el ganda, luganda, árabe y otras lenguas locales. A diferencia con el idioma, la religión no se ha impuesto de manera oficial, aunque la gran mayoría del

país es cristiana (más de las tres cuartas partes de la población total) o musulmana (12% de la población), dejando sólo un 1% de la población como practicantes de las religiones tradicionales.

La economía de esta nación en gran parte depende, históricamente hablando, de la agricultura, actividad de la que proviene el 26,3% de su PIB. Se destacan particularmente la agricultura de café, té, algodón, tapioca, paratas, maíz, entre otras. Sin embargo, en los recientes años se ha promovido la tercerización de la economía, aumentando el peso en la prestación de servicios, que ahora significa el 50% del PIB (Oficina de Información Diplomática, 2018).

De forma similar a los demás países africanos, Uganda posee varios indicadores sociales que son muestra de la gran pobreza de la nación: en el IDH que realiza la ONU para medir el progreso de los países ocupa el puesto 163 de 196. Similarmente, en el ranking de Índice Doing Business ocupaba el puesto 122 de 189 y en el índice de percepción de corrupción se sitúan en la posición 151 de 180 países (Oficina de Información Diplomática, 2018).

Uganda no sólo es similar a sus vecinos en cuanto a indicadores sociales, sino también en cuanto a su contexto violento. Desde su independencia ha estado sumido en guerras civiles y hechos violentos relativos al poder, las etnias y la participación política.

La guerra en el país no ha cesado y en parte el actuar de la CPI se tiene como fundamento de esto, ya que, con la emisión de la orden de captura en contra de los altos mandos del principal grupo rebelde del país, se ha retrasado la firma de unos acuerdos de paz celebrados en Juba, Sudán. Por ello, en este subcapítulo se estudiarán los antecedentes que han derivado en los hechos que fueron objeto de investigación por parte de la CPI.

Para esto se analizará la etapa pre Colonial, colonial e Independencia de Uganda; posteriormente se revisará lo ocurrido en regímenes que se presentaron después de la independencia; a renglón seguido se examinará la guerra que se presenta en el país desde

1986; se continuará con el estudio de los acuerdos de paz de Juba y el modelo de justicia especial que en este se propone; y finalmente se escudriñará sobre el actuar de la CPI en este caso particular.

### **Época precolonial, colonial e independencia**

Uganda estaba conformada en el siglo XVI por las dinastías Buganda, Bunyoro y Ankole. En los siglos posteriores la primera de las mencionada ser haría con el control de la mayoría del territorio que hoy integra a Uganda. De esta forma, fueron los líderes de este grupo quienes tuvieron los primeros contactos con los misioneros británicos a finales del siglo XIX, quienes para la fecha de 1894 convertirían a Uganda en un protectorado británico.

Con la creación de este protectorado se aglomeraron en un solo territorio a varias dinastías y etnias, constituidas por diferentes grupos políticos y humanos, obligándolas de esta manera a ser súbditas de un único centro de poder (Embajada de México en Uganda, 2013). Debido a que la dinastía de Buganda era la de mayor presencia en el territorio, el rey o *kabaka* de esta se mantuvo en el poder mientras Uganda era colonia Británica, beneficio que no le fue otorgado a otras comunidades de la región como los Bunyoro, Toro, Busoga y Ankole.

Esta no fue la única prerrogativa que se le otorgó a los integrantes de la etnia Buganda, dado que en general sus integrantes gozaron de mayores posibilidades para estudiar y para ascender en la escala social, mientras que los integrantes de las etnias de la parte norte del país eran utilizados como mano de obra barata e integrantes del ejército y la policía.

La independencia de Uganda se presentaría en los años sesenta del siglo pasado, justo al tiempo de la fiebre independista que aconteció en toda África. En 1962 Uganda sería por fin un territorio independiente del Reino Unido, gobernado por el rey bugandés y con Milto Obote como primer ministro del país.

### **Regímenes posteriores en Uganda**

Obote, cuatro años después, mediante un golpe de Estado se haría con el poder de Uganda. Desde esa fecha, 1966, el país africano se ha encontrado sumido en la violencia, y la salida de Obote del poder en 1971, a manos de Idi Amin, no ha significado el cese del Estado de terror (Cola Alberich, 1974).

Por el contrario, bajo el régimen impuesto por Amín, se estima que más de 300.000 personas fueron asesinadas, siendo las principales víctimas de estos crímenes las personas pertenecientes a las etnias Acholi y Lango, por ser antiguos promotores del gobierno de Obote.

El reinado del terror de Amín acabaría en 1979 gracias a la incursión de soldados provenientes de Tanzania y los propios insurgentes Ugandeses, quienes darían un golpe de Estado que desencadenaría el reinado de tres distintas personas en menos de dos años (Matata, 2016).

En diciembre de 1980 se celebrarían elecciones presidenciales que serían ganadas por el anterior presidente Obote. Este sería acusado por su contraparte, Yoweri Museveni, de haber hecho fraude electoral y por esto comenzaría una guerra civil en 1981 que significaría la muerte de otras 300.000 personas. Destaca en esta guerra el gran número de muertes de civiles perpetradas en su mayoría por el ejército ugandés, que estaba integrado en su mayoría por personas acholis (Human Rights Watch, 2003).

Cinco años después de su ascenso al poder, para julio de 1985, Obote sería derrocado nuevamente, esta vez por su propio ejército, «o más exactamente por un grupo de oficiales acholis, que se hacían eco del gran descontento de sus tropas, desgastadas y agotadas por una guerra que parecía no tener fin y que sólo provocaba muertos entre sus filas» (Rodríguez Soto, 2008, p. 150).

Con este golpe de Estado subiría al poder el general Tito Okello, quien pondría todas sus fuerzas a la orden de la finalización de la guerra civil que hasta ese entonces asolaba a

Uganda. Esto se consiguió cuando Daniel Arap Moi (presidente de Kenia para ese entonces) intervino como mediador y se firmaron los acuerdos de Nairobi en diciembre de 1985.

Este acuerdo sería irrespetado en menos de un mes, dado que Yuweri Museveni invadió Kampala y derrocó a Okello el 25 de enero de 1986. Museveni hasta ese momento era el líder del Ejército de Resistencia Nacional (NRA por sus siglas en inglés) que controlaba la parte sur y oeste de Uganda, y posteriormente, con la subida al poder de su líder, controlaría la totalidad del país (Lomo & Hovil, 2004).

En julio de 1986, después de seis meses de calma en Uganda, integrantes del nuevo ejército ugandés comenzaron a realizar atropellos en contra de la población civil que se encontraba el norte, esto promovió el regreso de los militantes de Okello para rebelarse en contra de Museveni y de esta forma se dio comienzo a una guerra que duró más de 20 años en el norte de Uganda (Rodríguez Soto, 2008, p. 149).

### **Desarrollo de la guerra en el norte de Uganda**

El primer grupo rebelde del norte se llamó Ejército Popular Democrático Ugandés (UPDA por sus siglas en inglés). Este grupo enfrentó al ejército ugandés sin tregua hasta 1988, cuando se firmó un acuerdo de paz entre ambos bandos. En el acuerdo se pactaba la integración de los miembros del UPDA al ejército de Uganda.

Empero, el conflicto no acabó, puesto que se dejó por fuera del pacto a los integrantes del Movimiento del Espíritu Santo y estos decidieron seguir la guerra bajo el mando de Joseph Kony, quien lideraría un grupo que por más de dos décadas cometería un enorme número de violaciones a los derechos humanos de la población civil de Uganda y que tendría costos económicos y sociales incontables (De Luca & Verpoorten, 2015).

El conflicto seguiría su cauce natural, hasta que en 1991 el gobierno ugandés desarrollaría la conocida «Operación Sésamo». A través de esta: se aislaría el norte del país; se restringiría la información sobre lo que ocurría en esa zona; se detendrían opositores políticos a

Musevini; y se obligaría a los campesinos a llevar en toda ocasión, junto a ellos, armas tradicionales (lanzas, flechas, etc.), para ayudar al ejército a cazar a los rebeldes (Rodríguez Soto, 2008, p. 151).

Esta última medida haría que los hombres bajo el mando de Kony se dedicaran a mutilar narices y orejas de los campesinos encontrados con armas tradicionales en su poder. Sin embargo, y a pesar de estos actos de barbarie, en agosto de 1991 el gobierno ugandés anunciaría la derrota del Movimiento del Espíritu Santo.

No obstante, Kony y sus hombres regresarían en 1993 con el nombre de Ejército de Resistencia del Señor (LRA por sus siglas en inglés). Este ejército estaba apoyado por Sudan, quien brindaba el apoyo en respuesta, y como venganza, al hecho de que Musevini había apoyado al líder del ejército rebelde de Sudan (José María Royo, 2008).

A finales del año en que regresó el ejército de Kony, se daría una iniciativa de paz que liderarían la ministra del gobierno, Betty Bigombe, y el obispo Baker Ochola. Esto condujo a un cese al fuego que duraría tres meses. Este acuerdo fracasaría porque Kony pediría que le dieran 6 meses para la reunificación de su ejército, y el 6 de febrero de 1994, como respuesta a esto, Musevini en un discurso daba un ultimátum en el que le otorgaba al bando rebelde 7 días para el desarme, o las negociaciones se acabarían. A los tres días de este aviso las confrontaciones se reanudarían (Rodríguez Soto, 2008, p. 152).

Con este fracaso en las negociaciones se daría inicio a la época más sangrienta del conflicto armado, además que se internacionalizaría oficialmente dicho conflicto, debido al apoyo de Sudan al LRA y dado que se producirían varias invasiones a los territorios de Uganda y Sudan, por parte de los ejércitos de ambos Estados (José María Royo, 2008). Además, se daría comienzo a la victimización masiva de niños y mujeres, quienes serían reclutados masivamente o violados. Al respecto, Rodríguez Soto (2008) relata lo siguiente:

Durante años se ha repetido la misma historia interminable: el LRA se infiltra en el norte de Uganda desde sus bases en Sudán, y durante varios meses se dedica a secuestrar a niños, a los que lleva atados con cuerdas y en fila a sus campos de entrenamiento en territorio sudanés donde se les adiestra en el manejo de las armas. Las muchachas, además de ser también ellas obligadas a combatir, tienen que soportar la humillación de ser repartidas entre los comandantes como esclavas sexuales. Al Gobierno de Sudán le ha venido muy bien contar con una reserva inagotable de niños soldados del LRA que han luchado en primera línea contra el SPLA, ahorrándose recursos y posibilidades de pérdidas de sus propios efectivos. De manera similar, comenta el mismo autor, el actuar del LRA se caracterizó por el ataque constante a la población civil, ejemplo de ello son los ataques en carretera que dicho ejército realizaba, o las masacres que los mismos cometieron: en 1995 fusilaron 200 personas en la orilla de un río en la localidad de Atyak; en julio de 1996, 150 refugiados sudaneses fueron asesinados en el campo de Acholi; en 1997 asesinaron 400 personas en el condado de Lamwo; en el 2002 dieron muerte a otras 90 en Mucwini; ese mismo año, en octubre, mataron 120 personas en Amyel; y en 2003 ejecutaron la masacre de Barlonyo, donde asesinaron más de 300 personas, la mayoría quemados vivos dentro de sus cabañas (Rodríguez Soto, 2008, p. 154).

Para 1999 se daría un acuerdo de paz entre Uganda y Sudán, lo que implicó que el Parlamento ugandés expidiera una Ley de amnistías para todos los guerrilleros que dejaran las armas. Para los líderes del LRA el acuerdo entre los dos países significaba una amenaza a su existencia y por ello decidieron, el 22 de diciembre del mismo año, invadir nuevamente la región Acholi (Ploughshares, 2009).

A pesar de esto, la Ley de amnistías implicaría un avance esperanzador para la consecución de la paz en Uganda, sobre todo porque sería el primer paso por parte del gobierno para la negociación con el LRA en el siglo XXI. Posteriormente esto se vería materializado en los siguientes diálogos de paz que se presentaron en Uganda (Golooba-Mutebi, 2008).

### **Proceso de paz**

En el 2004, Betty Bigombe, la ex primera ministra que en 1993 había promovido negociaciones entre el gobierno ugandés y el LRA, se comunicó nuevamente con los altos miembros del ejército rebelde. En este acercamiento consiguió que el LRA declarara públicamente que deseaba terminar el conflicto, así como la declaración de la tregua que hizo Musevini en noviembre de ese año.

A pesar de esto, el cese de las hostilidades no se realizó y dos meses de negociaciones más se desecharían por la dimisión de Sam Kolo del LRA, ya que este había sido el líder de los acuerdos por parte del grupo rebelde y era el número tres en el mando del mismo.

Un año y medio después de esto, para julio de 2006, empezarían las negociaciones entre las delegaciones del LRA y el gobierno ugandés. Estos diálogos se desarrollarían en la capital del país vecino, Sudán, es decir, en Juba. Se caracterizaron por la ausencia de los comandantes principales del LRA, incluyendo a Kony, porque tenían temor de ser arrestados por el gobierno sudanés ante la orden de captura emitida por la CPI.

Empero, igualmente se firmó a finales del 2006 un acuerdo de alto al fuego momentáneo entre ambos vados, que ha significado la consecución de una paz aparente en Uganda, permitiendo a miles de desplazados retornar a sus hogares (Oxfam Internacional, 2007). Para 2008, después de varios meses de negociación se firmaron el acuerdo de alto al fuego permanente y el acuerdo de desarme del grupo rebelde (23 de febrero y 29 de febrero respectivamente). La firma del acuerdo final, que ratificaría todo lo firmado antes, se debía dar a finales de marzo de ese año, pero se pospuso varias veces hasta el 10 de abril, puesto que Kony no se presentó (José María Royo, 2008).

La ausencia de Kony en la firma se debe a su duda respecto a varios puntos del acuerdo, pero sobre todo al temor de su seguridad personal por la ya mencionada orden de captura de la CPI en su contra. Por esto, las actividades criminales del LRA se siguen registrando en Uganda, la República Democrática del Congo y Sudan del Sur (Blattman, 2008).

## **Mato Oput**

Una de las características más relevantes de los acuerdos de paz que se intentan firmar en Juba es la inclusión de un sistema de justicia tradicional no punitiva de las etnias acholis, esto como alternativa a la justicia ordinaria que impondría un tribunal nacional o la CPI (José María Royo, 2008, p. 15).

Este sistema se conoce como *mato oput* y consiste en una ceremonia de reconciliación que reconstruye los lazos sociales mediante la reparación. Como recalca Rodríguez Soto (2008) para los acholis el homicidio implica automáticamente la separación de dos familias (asesino y víctima). Esta barrera o *ujabo* genera una enemistad que impide que: los miembros de esta familia coman o beban en la misma mesa, se casen entre ellos, o compren productos provenientes de cada familia.

Para solucionar estos problemas se utiliza el *mato oput*, que es un procedimiento en el que se paga la deuda, que se genera con la muerte, mediante una compensación. En siglos pasados la compensación consistía en la entrega de una muchacha, o dos, o suficientes cabezas de ganados que permitan el pago de una dote para comprar otra joven. Esto se hacía con la intención de que la chica nueva pudiera engendrar una nueva vida para el clan de la persona asesinada, sustituyendo así el lugar dejado por ese humano.

En la época actual se utiliza como compensación el dinero. Sobre esto, Rodríguez Soto (2008) cuenta su experiencia al presenciar uno de estos rituales:

La ceremonia tuvo lugar, como es habitual, durante la estación seca, en este caso a principios de febrero. Cada clan se sitúa en una de las orillas del lecho del arroyo, que en aquella época del año está seco. El maestro de ceremonias explicó a los asistentes el significado del ritual en el que iban todos a participar, exhortándolos a que dejaran de lado todo sentimiento de animosidad y odio. Los líderes del clan del asesino expresaron su total rechazo hacia el crimen cometido y pidieron perdón

por el crimen cometido por uno de sus miembros, por el que habían realizado el esfuerzo de reunir un dinero para pagar como indemnización (entregada ya el día anterior). A continuación, los ancianos del clan de la víctima dijeron que perdonaban al asesino y que en el futuro no habría ningún tipo de sentimiento de rechazo ni deseo de venganza.

Alguien trajo entonces una oveja, que fue sacrificada a la vista de todos en medio del lecho seco del arroyo. Se le dio muerte cortándola a lo largo en dos mitades con una afilada hoja de lanza nueva, mientras los ancianos mantenían cerrada la boca del animal para evitar que emitiera gritos o gemidos. El hígado del animal fue depositado en un fuego cercano y cortado en porciones pequeñas que fueron distribuidas a todos los presentes para ser consumidas; lo mismo se hizo a continuación con la carne de la oveja. Cada clan comió por separado su parte, que fue entregada por los miembros del otro clan. Este gesto de aceptación de alimento de la familia rival empieza a marcar el comienzo de una nueva relación. Entonces empezó la parte central del ritual. En el centro del río se colocó una enorme mitad de calabaza hueca, que fue llenada con cerveza local de mijo. Uno de los ancianos rayó con un cuchillo la raíz de un arbusto conocido como oput y lo mezcló con el brebaje. Esta raíz da a la cerveza un sabor amargo, para recordar a los participantes que así de desagradable es el sabor del Estado de enemistad entre los seres humanos, que debe durar lo menos posible. Entonces empezaron a levantarse los miembros de ambos clanes, los cuales –de dos en dos– se arrodillaron frente a la calabaza, pusieron sus manos a la espalda y bebieron juntos mientras tocaban sus cabezas. Los ancianos me explicaron que al colocar las manos a la espalda estaban expresando su sincero deseo de no luchar y de no hacerse nunca más daño. Tras aquella hermosa ceremonia, todos se dirigieron a una de las aldeas cercanas, donde se había preparado comida y bebida en abundancia, y la fiesta siguió hasta el amanecer.

A partir de este momento se rompió la enemistad entre los dos clanes y la vida volvió a la normalidad al haber concluido la animosidad que les separaba (p. 160).

### **Situación ante la CPI**

Uganda ratificó el ER en junio de 2002. En enero del 2004, después de toda la violencia sufrida en el país hasta ese entonces, dicho Estado remitió su caso a la CPI, para que esta juzgara todos los delitos cometidos dentro del territorio a partir de la entrada en vigor del ER, es decir, a partir del 1 de julio del 2002.

La investigación se abrió por aparentes crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en el contexto de guerra entre el LRA y el ejército ugandés. La CPI investiga por los siguientes crímenes de guerra: homicidio, tratos crueles a civiles, ataques dirigidos intencionalmente a la población civil, pillaje, inducción a la violación, y reclutamiento forzado de niños. Así mismo, investiga por los siguientes crímenes de lesa humanidad: asesinato, esclavitud, esclavitud sexual, violación y actos inhumanos realizados para infligir daños serios al cuerpo y sufrimiento.

Dentro de su actuar en este caso, la CPI emitió órdenes de captura contra los altos miembros del LRA: Joseph Kony, Vincent Otti, Dominic Ongwen, Raska Lukwiya y Okot Odhiambo. Como la CPI confirmó la muerte de los últimos dos –el 11 de julio de 2007 y el 10 de septiembre de 2015- la investigación en contra de ellos se cerró.

Por otra parte, el caso de Josep Kony e Vincent Otti se separó del caso de Dominic Ongwen porque este último fue capturado, mientras que los otros dos todavía siguen libres. Por lo antes mencionado, el caso de Kony e Otti no ha podido avanzar, puesto que la CPI no juzga a nadie sin estar esa persona presente en la institución.

Por el contrario, el de Ongwen sí se está desarrollando. Este es bastante paradigmático porque este es víctima y victimario al mismo tiempo, dado que fue reclutado forzosamente en 1988 por el LRA. A este la SCP II de la CPI le confirmó más de 70 cargos que la Fiscalía había formulado, por los hechos ocurridos entre el 2002 y el 2004 en la región norte de Uganda.

El caso de Uganda ante la CPI es la clara muestra de que la justicia penal internacional prefiere la justicia retributiva por encima de la paz. Por su actuar, y por la imposibilidad de asegurarle a los altos miembros del LRA que su seguridad está garantizada, los acuerdos de paz de Juba no se han firmado hasta el momento, prolongando la inestabilidad de la paz en el país africano, así como la inseguridad en este y en sus vecinos.

Es también una muestra de la intromisión en la soberanía de Uganda, porque el gobierno de este país decretó una Ley de amnistías que con la captura y posible juicio de los miembros del LRA se estaría desechando. Significando todo lo anterior que se descarte y se vuelva inútil todo el esfuerzo que ha puesto el país, a través de dos décadas, para conseguir paz en su territorio.

Igualmente, es desdeñable el actuar por parte de la CPI en cuanto a las investigaciones realizadas hasta el momento. Esto debido a que es bien sabido que los crímenes ocurridos en territorio ugandés no fueron cometidos únicamente por el LRA, sino también fueron cometidos por miembros del ejército de Uganda (Rodríguez Soto, 2008, p. 165). Lo cual demuestra una cierta polarización de la CPI en su actuar.

### **Análisis de los factores relevantes en la intervención internacional**

Desde una perspectiva economicista del crimen, en Uganda -así como en los demás Estados analizados- ocurren un mayor número de crímenes por su condición de debilidad como Estado. Considerando que existen países con estructuras menos fuertes y establecidas que otras, se ha afirmado que en lugares como Uganda, la falta de existencia de un sistema

político y militar organizado permitió el surgimiento de señores de la guerra y el establecimiento del miedo entre la sociedad civil como forma de gobernar (Ku & Nzelibe, 2006, p. 38).

Sin embargo, la intervención de la CPI en Uganda tiene una particularidad y es que el mismo gobierno refirió su situación. Este hecho es fundamental para trazar los rasgos principales de la injerencia internacional en general al país africano. A continuación, se presentan de modo descriptivo analítico elementos de orden cultural, político, económico, étnico, religioso etc., que permitan comprender el porqué del auto-referimiento. Para esto es fundamental una mirada que traslape los procesos nacionales con los internacionales.

En primer lugar, se aborda la dificultad de la construcción e institucionalización de un Estado-nación en el concierto internacional desde la perspectiva universal de la conformación estatal. En efecto, tras la independencia de Gran Bretaña el tema étnico fue una constante en la vida del país africano, puesto que, este fue el principal clivaje que impidió la posibilidad de una unificación de tipo nacional y de un fortalecimiento de las instituciones jurídico política al interior del país.

La consecuencia fundamental de la ausencia de un proyecto estatal que dé cuenta por la complejidad étnico cultural ha sido la oscilación entre democracia y dictadura que ha tenido como corolario la emergencia del conflicto bélico. En este apartado se hace especial énfasis en el periodo post-independencia hasta 1986 que permite dibujar la debilidad político institucional del país y entender la forma en que los actores han ingresado a la escena ugandesa (Ramírez Barat, 2007) .

En segundo lugar, se analiza la relación de dependencia y alineamiento con occidente y más específicamente con las instituciones financieras tras el fin de la guerra fría y la aparente consolidación de un mundo unipolar en el concierto internacional. Uganda es de los pocos países en África donde ha existido un mayor nivel de tolerancia a la violación al DDHH y DIH por parte de Occidente, puesto que se ha acogido a las políticas de ajuste económico del FMI y el Banco Mundial; además de estar alineado en la lucha contra el terrorismo. Esto

ha permitido una la construcción de una imagen positiva ante occidente que explica el importante apoyo económico al país africano.

Finalmente, a partir de los puntos anteriores se analiza el porqué de la auto-referencia ante la CPI desde la categoría amigo/enemigo. En efecto, el escalamiento responde a la posibilidad de restarle legitimidad a la guerrilla de LRA en el concierto internacional y modificar las relaciones de poder en este. Pero además a la importancia que tiene este caso para la CPI, teniendo en cuenta que es el primer caso que se somete a su jurisdicción y por ello la necesidad del órgano de justicia internacional de generar adhesión y legitimidad.

En lo concerniente a la dificultad de la construcción de un Estado-nación es imperativo llamar la atención el tema étnico como clivaje del sistema político. La coexistencia de varias etnias bajo un mismo sistema de gobierno no constituye en sí una ruptura que conlleve a un conflicto armado, por ello es importante trazar los rasgos estructurales en perspectiva histórica que llevaron a la ruptura entre el norte y el sur.

El periodo colonial británico en el territorio que actualmente se denomina Uganda congrega diferentes etnias, culturas y tribus –Langos, Acholi, Busoga, Bunyoro, Buganda, Toro, Ankole entre otros- que en algunos casos han sido antagonistas. La división territorial respondió más a procesos políticos e intereses de los países occidentales que a los procesos africanos. De hecho, los conflictos entre las diversas etnias se intensificaron tras la independencia en 1962, pero hunden sus raíces en la división del trabajo establecida por La Gran Bretaña (Juma Okuku, Anthony, 2006)

En efecto, las fronteras al interior del país se establecieron con la racionalidad económica del conquistador. Los reinos del norte se encargaron de ser una fuente de recurso humano para seguridad y defensa –policía y militares, mientras el sur fue una región económicamente más productiva alrededor de cultivos como algodón, café y té. Esta división del trabajo tuvo efectos negativos para fracturar más las dinámicas socioculturales

y económico-culturales entre el norte y el sur, puesto que este último se desarrolló alrededor de una economía agrícola, mientras el primero quedo rezagado en el subdesarrollo.

The result of this division of labour was the building of ethnic cleavages that would entrench ethnic consciousness in the long run. Therefore, through divide and rule tactics, one region was pitted against another and nationality against another (Juma Okuku, Anthony, 2006, p. 9).

La religión junto a las diferencias étnicas desempeñó un papel influyente. Otros factores que contribuyeron a la creación de una profunda ruptura sociocultural fueron la división religiosa anglicanos/católicos y el papel otorgado por la Gran Bretaña a Buganda en el concierto nacional.

Así, tras la independencia en 1962 el sistema político ugandés ha estado en un traslape entre la democracia y el autoritarismo, lo anterior se puede leer como consecuencia de la ruptura al interior del Estado-nación y del complejo mosaico étnico-cultural. En efecto, anterior a la independencia se negoció entre Londres y los distintos reinos al interior del país cada uno con interés diverso que no tendían a un mínimo de unidad nacional, sino a la fragmentación. Esto muestra la inexistencia de una nación al interior del territorio denominado Uganda, este factor como ya se ha mencionado es preponderante para entender las dinámicas del conflicto actual (Makasa Mutibwa, Phares, 1992)-

Igualmente, en este momento emergen los partidos políticos tradicionales de la política ugandesa, el partido (UPC) Uganda People's Congress liderado por Milton Obote, el Kabaka Yeka (KY) liderado por Edward Mutesa y el Democratic Party (DP). En el periodo analizado el centro del debate gira en torno a las autonomías territoriales encabezado por DP, a esto se oponen el UPC y KY que pretendían la unidad nacional por encima de cualquier autonomía (Leefers, 2003).

Esta discusión se corresponde con la configuración de un sistema federal. No obstante, en la práctica el Reino de Buganda quedó bajo la fórmula federal, mientras el resto de Los

reinos quedaron en una suerte de semi-federalismo, puesto que quedan bajo el poder central en gran medida. Así entonces, se mantuvo la relación de poderes previa a la independencia con la predominancia de Buganda y el federalismo respondió más a preservar el *statu quo* que a dar respuesta a los retos del sistema político. (Makasa Mutibwa, Phares, 1992).

Las instituciones del país africano no lograron consolidarse en un pacto nacional por ello la alternancia de líderes de corte autoritario – que violaron los DDHH-. Este proceso empieza con el primer gobierno de Milton Obote, que se caracterizó por su oposición a la autonomía de los distintos reinos, la construcción de un Estado unificado y la posición panafricana de corte socialista en el concierto internacional, con el fin de lograr estos objetivos Obote depone al presidente Mutesa. Además, es importante resaltar la alianza de UPC con el KY.

De todo este proceso se destacan dos consecuencias. Por un lado, el fortalecimiento de la figura de Obote y, por otro lado, la importancia cada vez mayor de los medios militares como posibilidad de mantener una estabilidad dentro del rico mosaico de actores en la política ugandesa. En esa medida se justificó la eliminación de los actores contrarios al proyecto de unificación. (Makasa Mutibwa, Phares, 1992).

Si bien el gobierno de Obote fue muy cercano al autoritarismo se encaminó a la construcción de un proyecto moderno para el país africano. Este hecho tuvo consecuencias para grupos privilegiados al interior del Estado. Por este motivo, un grupo de militares encabezado por Idi Amín Dada dio un golpe de Estado en ausencia de Obote, a pesar de que el primero se había desempeñado en la cúpula militar en el gobierno comenzó a generarse una distancia por la conjuración de una base de apoyo militar por parte de Amín y el apoyo a la rebelión en la zona fronteriza en el sur de Sudán.

La llegada de Amín significó la abolición de la constitución política y la emergencia de uno de los episodios más sangrientos de la historia africana. En efecto, el militar suprimió la oposición política, al igual que fomentó la eliminación de grupos étnicos del norte como los Acholi y los Lango.

He violently suppressed all political opposition and created the Public Safety Unit and the State Research Bureau to carry out this suppression. One of Amin's first acts was to separate the military along ethnic lines and have most of those in the Acholi and Lango groups killed because they were seen as opposition ethnic groups. (Leefers, 2003, p. 5).

Es importante subrayar este hecho pues ulteriormente ante la marginación de la región norte del país emergen grupos armados con el fin de reivindicar política, económica y culturalmente a estos territorios. Lo cierto es que el gobierno de Amín conjuró una oposición a su gobierno la cual se recogía principalmente en el Uganda National Liberation Front (UNFL), la oposición a Amín –liderada por Obote- logró generar apoyo internacional de la región de los Grandes Lagos en especial de Tanzania. Ante este panorama se conjuró un conflicto entre Uganda y Tanzania, en el cual el dictador ugandés busco anexionar parte del territorio ugandés en este escenario se posibilitó una alianza de la UNFL, -Uganda National Liberation Army (UNLA) - y algunos militares detractores de Amín con Tanzania lo que tuvo como consecuencia el derrocamiento del dictador para abril de 1979. (Leefers, 2003, p. 5).

Posterior a la salida de Amín de la escena política continuaron los conflictos entre políticos y militares, al igual que entre etnias en clave sur/norte. Ello explica la volatilidad de apoyo a los siguientes jefes de Estado, Yuset Lule y Godfrey Binaisa el corolario fundamental fue el reingreso Obote a la arena política apoyado por la coalición de UNLA.

Sin embargo, el tránsito a la democracia pasó por un interregno donde existía un ejecutivo plural compuesto por miembros de las etnias más importantes del país esto con el fin de evitar conflictos futuros. Pese a ello, Obote logró ganar las elecciones con un importante apoyo militar, esto forjó una futura oposición de nuevos actores políticos entre estos el (UPM) en cabeza Yoweri Muserini. El segundo gobierno de Obote se radicalizó en su postura autoritaria lo que dio lugar a la emergencia de una guerra civil, «It was estimated that Obote's government exceeded the brutality of Amin's rule when dealing with

opposition. Hundreds of thousands were killed by Obote's forces during the civil war that lasted for five years» (Leefers, 2003, p. 5).

Este periodo concluye en 1986 con la llegada del actual mandatario Yoweri Museveni tras la guerra civil de 1981-1986 donde el NRA y el UNRF se opusieron al oficialismo de Obote. La victoria de los rebeldes marca el tránsito de un periodo de fuerte autoritarismo, que como se señaló comenzó casi tras la independencia, a una democracia unipartidista. En este nuevo momento se conjura la explosión del clivaje étnico y económico norte/sur a modo de conflicto bélico que marca la incapacidad de control territorial y de institucionalización del Estado. Paralelo a esto se da el fin de la guerra fría y la emergencia del discurso de la democracia y el desarrollo a nivel global, lo que tiene como consecuencia la externalización del conflicto ugandés en el escenario internacional.

Desde finales de la década de los 80's hasta la actualidad Uganda y el gobierno del NRM en cabeza de Yuweri Musevini ha sido uno de los países receptores de ayuda internacional con el fin de consolidar la democracia y el desarrollo en África subsahariana. Sin embargo, la importancia para los donantes occidentales es mostrar la liberalización económica como un éxito y la democracia como un instrumento ideológico.

Los países tercermundistas receptores de ayuda económica han sido condicionados respecto de la posibilidad de la instauración de reformas formales democráticas. Sin embargo, en el caso ugandés no se ha configurado una presión ante la inexistencia de las reformas formales –a pesar de ciertas tensiones-. Por ejemplo, la ausencia del multipartidismo no ha dado lugar para la condicionalidad de la ayuda económica. De tal modo, es imperativo explorar la relación entre Uganda y occidente en las últimas tres décadas que permita explicar por qué este país africano no ha sido condicionado y qué intereses tiene occidente en esto.

A la llegada de Museveni Uganda tenía un sistema económico mixto entre socialismo y capitalismo, luego el pragmatismo llevaría al jefe de Estado a adoptar las reformas del consenso de Washington. A pesar de la adopción de estas reformas inicialmente hubo un

escepticismo por el modo «autocrático» de Museveni. En efecto, en la Asamblea Nacional Constituyente de 1994 se marcó un incremento en la intervención política de los donantes en Uganda, especialmente en lo referente a una apertura del sistema de partidos como reforma para profundizar la democracia. Sin embargo, los países y las instituciones donantes no generaron una presión efectiva en dicha dirección – como en el caso Kenia o Malawi-, sino que buscaron este objetivo por medio del diálogo como forma de persuasión. (Hauser, 1999).

Durante 1995 el embajador de EEUU en Kampala Michael Southwick presionó para que en la constitución quedara establecido el modelo «fully democratic system» es decir un sistema multipartidista. Si bien esta postura encontró ecos dentro del ambiente nacional ugandés e incluso dentro del NRM, también existió oposición en la medida que fueron acusados de buscar simplemente el favor del gobierno norteamericano. En contrapartida, los cuerpos diplomáticos europeos, aunque buscaron la instauración de un multipartidismo no se adscribieron a la presión estadounidense, incluso sus críticas al texto constitucional giraban alrededor de otros aspectos como en el caso de la Gran Bretaña que abogaba más por la garantía de derechos políticos que por una estructura sistémica multipartidista. (Hauser, 1999).

A pesar de las críticas al texto constitucional y de la presión para su modificación, ninguno de los países Occidentales –EEUU, Gran Bretaña y la hoy denominada Unión Europea- vieron la necesidad de establecer condicionalidad en la ayuda al país africano. Pero las diferencias respecto a qué elementos llevan a la democratización de un país generaron una presión dispersa que finalmente no resultó en un viraje al multipartidismo.

De tal suerte que, en las elecciones de 1996 tras la victoria Museveni, el candidato Semogerere buscó impugnar políticamente los comicios ante los países occidentales. Dicha acción no tuvo éxito, pero puede afirmarse que la derrota de Ssemogerere se explica por la inexistencia de maquinaria o suficiente poder para hacerle frente al NRM. La pregunta que emerge inmediatamente es por qué occidente no intervino en esto si el objetivo principal de

las ayudas económicas que en los años 90's crecieron considerablemente tenían como fin la consolidación de la democracia y el desarrollo.

Esto se explica como sostiene Hauser en la apertura de Museveni para acoger algunas reformas político-institucionales y económicas afines de los donantes occidentales. Además, los países de occidente encontraron en el gobierno Museveni un interlocutor más abierto que sus predecesores y que algunos aspectos estaban más alineados con los intereses comunes que con una perspectiva panafricana. Lo cierto es que el factor más importante fue el acoplamiento a las políticas de liberalización económica como forma de vender por parte de occidente el discurso de la democracia y el desarrollo a la población de Uganda.

Al respecto, se precisó

«The most influential factors in determining donor treatment of Uganda was undertaking and achieving great success with economic liberalization policies; the need on the part of some donor countries to promote a success story in Africa and the way in which Uganda fitted that role; and the role that President Museveni took on as a regional leader and Western reliance on Museveni to play that role.»(Hauser, 1999).

Para el presidente desde su llegada fue fundamental la alianza con occidente para lograr apoyo financiero que permitiera la reconstrucción del país. Como afirmó Hauser: «Changing from an anti-IMF stance in 1986, Museveni agreed in 1987 that Uganda would follow IMF-recommended economic policies. Museveni clearly recognised that he could not rebuild Uganda's devastated economy and infrastructure without assistance of Western donors» (1999).

Este hecho es fundamental para la comprensión del papel desempeñado por occidente en el escalamiento del conflicto entre el gobierno ugandés y la guerrilla LRA. En efecto, a pesar de la violación del DIH y los DDHH por parte del gobierno, occidente no generó una marca

negativa sobre el establecimiento, sino exclusivamente sobre la guerrilla más cuando esta recibió apoyo de Omar al Bashir –presidente de Sudán- figura negativa para occidente. Por ello no hubo presión occidental para elevar ante la CPI los hechos ocurridos en el país en los 90's y a principios de siglo, de tal modo el LRA quedó como enemigo en la guerra contra el terrorismo y en la geopolítica de occidente más cuando su accionar se ha externalizado en distintos países de la región.

En sus inicios Museveni no atendió de fondo al problema del norte en términos de políticas de seguridad e inclusión para las etnias septentrionales del país. Menos, teniendo en cuenta que el NMR, partido del gobierno era principalmente de etnias Bayankole y Buganda. A pesar de que la constitución de 1995 pretendió un avance en dirección a reconocer la diversidad étnico-cultural de país, el Gobierno tendió a centralizar el poder en términos político-administrativos. En últimas lo que se traducía en una relación centro-periferia entre algunas etnias localizadas en el centro y el sur con respecto a las del norte.

Los orígenes LRA se remontan a 1986 es decir al mismo tiempo de la llegada al poder de Museveni que no representaba los intereses del norte marginado especialmente de zonas como Acholi que había sido devastada por los años de autoritarismo. Su fundador Joseph Kony un fundamentalista cristiano de tipo mesiánico buscó dar un Golpe de Estado al nuevo gobierno, entre otros factores su emergencia se explica por la crisis de legitimidad y de institucionalización del Estado a nivel regional particularmente en el norte –Acholi- en términos de desarrollo socioeconómico. La frontera con otro territorio de conflicto como el sur de Sudán también permitió el desarrollo de esta guerrilla.

Como bien se mencionó la guerrilla del LRA en términos generales busca una reivindicación de la periferización del norte y más concretamente de la exclusión de la etnia Acholi y un golpe de Estado al gobierno de Museveni. Parece ser que no existe una agenda clara en términos políticos y económicos del grupo armado más allá de lo anterior. La táctica del grupo armado es el terror que ha usado en contra de la población civil a través de secuestro y especialmente de niños, la esclavitud sexual de mujeres entre otros crímenes que le han vaciado de legitimidad al LRA.

Sobre ello se cita:

The LRA's central strategy is the abduction of civilians, mostly children. The abducted are used to carry items looted from raided villages; most are taken to the LRA bases to be trained as combatants and deployed in the frontline while some others, especially the girls become sexual slaves and/or domestic workers. The abductees are tortured or killed if they attempt to escape. The World Development Report of 2007 estimates that 66,000 children have been abducted by the LRA since the conflict began in 1986 (Universiteit Van Pretoria, s. f.).

Sumado a lo anterior es fundamental destacar la relación entre la guerrilla de LRA y el gobierno sudanés de Omar al Bashir previamente señalada. De este fenómeno se comprenden dos elementos esenciales. Primero el vaciamiento de legitimidad del LRA y la externalización del conflicto ugandés.

En efecto, el gobierno sudanés siempre fue considerado por occidente como un gobierno patrocinador del terrorismo especialmente en la década de los 90's, tal y como se señala posteriormente. Así, al conjurarse una alianza entre el gobierno sudanés y el LRA se configuraba una importancia geopolítica del territorio del norte de los grandes Lagos para occidente. Las relaciones entre ambos actores –Sudan/LRA- de cooperación hicieron que Uganda encontrara un fuerte respaldo de occidente. En una declaración hecha por una ex combatiente de dicha guerrilla se sostiene lo siguiente:

The Arabs were bringing food and weapons by car and giving them to us at Aru Junction—sometimes ten carloads. They came every three or four months. The Arab soldiers always stay and chat.' Most deliveries were brought by land, though some former LRA members say that ammunition was usually airdropped. After 1996, the relationship slowly wanted. (Schomerus, Mareike, 2007, p. 25).

Así, para occidente era fundamental debilitar el grupo guerrillero y sus relaciones con Sudán y en consecuencia mantener la estabilidad de Museveni. Era prioritario mostrar los avances y beneficios de la liberalización económica como bandera de la democracia y el desarrollo adoptaba por Uganda. El corolario de lo anterior fue la marca de actor terrorista que se le impuso al grupo guerrillero por parte de occidente, lo anterior no debe interpretarse como la negación de las acciones de terror del LRA sino más bien resaltar la instrumentalización por parte del gobierno ugandés –aliado natural de occidente en la región con el fin de ganar más legitimidad en el concierto internacional que permitiera un mayor margen de acción contra un enemigo local. Ello, con el coincidente nacimiento del primer Tribunal Penal Internacional.

En efecto, si bien la CPI es un órgano jurídico en su actuar subyacen elementos políticos y más concretamente en la apertura de investigación. En este sentido, se conjura una *doble instrumentalización* del proceso jurídico que se adelantó en Uganda a principios de la década pasada. Ya que, por un lado, el gobierno de Museveni al escalar los crímenes del grupo armado generaba un vaciamiento total de la legitimidad del grupo ante los actores dominantes del concierto internacional. Y, por otro lado, el caso Uganda fue el primer caso de la CPI tras su creación con el Estatuto de Roma y por ende su oportunidad de legitimarse en el orden internacional.

Como se mencionó, en 2003 el gobierno de Uganda presentó ante la CPI los hechos referidos por el conflicto con LRA. En cumplimiento del Estatuto, el caso fue analizado y aceptado por la Corte. Este fue un intento de involucrar aún más a la comunidad internacional con los procesos políticos del país africano, lo que a su vez tenía un impacto sobre los supuestos beneficios de las distintas intervenciones de occidente. En esa medida se legitimaba el gobierno ugandés como los actores internacionales dominantes y se mostraba una intención para compartir los valores occidentales. Los motivos del escalamiento a la CPI por parte del gobierno Museveni fueron:

[W]hilst the national judicial system of Uganda was ‘widely recognised for its fairness, impartiality, and effectiveness’, it was the Government’s view that the

Court was ‘the most appropriate and effective forum for the investigation and prosecution of those bearing the greatest responsibility for the crimes within the referred situation’. This view was based on several considerations, including (i) the scale and gravity of the relevant crimes; (ii) the fact that the exercise of jurisdiction by the Court would be of immense benefit for the victims of these crimes and contribute favourably to national reconciliation and social rehabilitation; (iii) Uganda’s inability to arrest the persons who might bear the greatest responsibility for the relevant crimes (S. M. H. Nouwen & Werner, 2010, p. 947).

De la anterior declaración se destaca la contrariedad entre las formalidades del Estatuto y los intereses políticos. Se afirma el carácter del sistema judicial ugandés como uno justo, imparcial y eficaz, en total oposición a la incapacidad o falta de voluntad del Estado para juzgar a los responsables de los hechos cometidos, como requisito de admisibilidad conforme al Estatuto. Por ello, las razones dadas para el referimiento, si bien son válidas por la magnitud de los hechos, se saltan factores de legalidad que en principio son estrictamente exigidos por la justicia internacional.

Por otra parte, se procede desde el Estado y la CPI a estigmatizar y agravar el comportamiento del LRA, con la intención de establecer al gobierno ugandés como amigo de la humanidad mientras que el LRA se configura como un nuevo enemigo. Fue la estrategia del Estado para derrotar al LRA. En efecto, Nouwen & Werner afirman:

The Ugandan government, however, perceived the referral of the LRA to the ICC as new means to defeat the relentless Ugandan rebel movement. President Museveni had long promoted a military solution, but after 17 years of combat and aborted peace negotiations, the Ugandan government had proven unable either to vanquish or come to a settlement with the LRA (2010, p. 948).

Esta instrumentalización es claramente un factor político-militar para tener en cuenta, más cuando la guerrilla del LRA se jugó con la estrategia de guerra irregular lo cual generó que

el conflicto bélico tomará un carácter de larga duración y difícil de resolver desde el ámbito puramente militar «...the Ugandan government decided to refer the LRA to the ICC as part of a military strategy and international reputation campaign, rather than out of a conviction about law and justice» (S. M. H. Nouwen & Werner, 2010, p. 949).

De tal manera, las ulteriores órdenes de arresto expedidas por la CPI en contra de los líderes de LRA desempeñaron un papel importante en la táctica político-militar, además de involucrar más actores. En este mismo sentido, es fundamental cómo el gobierno de Uganda comienza a mostrarse como un actor protagónico en la lucha contra el terrorismo internacional fundamental en la agenda internacional de la posguerra fría.

Así, en las primeras actuaciones de la CPI en el caso ugandés se comenzó a establecer la distinción entre amigo/enemigo – categoría por antonomasia política-, pues el gobierno fue visto como un aliado de la humanidad en tanto defensor de derechos mientras la guerrilla como enemigo de toda la humanidad.

En primera instancia sólo la guerrilla fue objeto de investigaciones mientras el gobierno ugandés – que también estuvo involucrado en violaciones de DDHH durante este periodo de conflicto- no fue objeto de ninguna investigación, sin embargo, con el transcurso de la investigación esto cambio paulatinamente. Lo fundamental es que la activación del mecanismo de la CPI respondió a un criterio político, al igual que las primeras actuaciones de la Fiscalía que tenía una buena relación con Museveni.

Al respecto, se cita

At the announcement of the referral, the ICC Prosecutor presented the Ugandan government as its partner in combating international crimes when demonstratively shaking hands with President Museveni at a joint news conference. The announcement of the referral of the situation ‘concerning the Lord’s Resistance Army’<sup>53</sup> implied that only the LRA, and not the Ugandan government, would be the subject of investigations (S. M. H. Nouwen & Werner, 2010, p. 951).

En contrapunto los líderes del LRA vieron esta acción no sólo como un hecho jurídico-moral, sino político, además de ser un obstáculo para el proceso de paz. En la medida que solicitaba el arresto de Joseph Kony y Vincent Otti con ello se daba una primacía de lo jurídico sobre lo pragmático, al igual de la desconfianza inicial del grupo armado por la no investigación del órgano judicial a ambas partes del conflicto. Se debe recordar, que las órdenes de captura se efectuaron justo en el momento en el que se había planteado la posibilidad de que Kony asistiera con el gobierno a las negociaciones de paz.

Además de su consideración mesiánica y su reticencia a ciertas propuestas del gobierno ugandés, es evidente que frente a una orden internacional Joseph Kony no iba a asistir. Por otra parte, aunque en Uganda se plantearon mecanismos restaurativos para la persecución de los violadores de DDHH como el *mato oput*, como se precisó en el acápite correspondiente, el modelo de justicia no se ajustó a los parámetros internacionales de la naciente Corte Penal.

Finalmente, respecto a este es importante subrayar la necesidad de ganar legitimidad y potencializar su radio de acción como jurisdicción penal internacional de la CPI, ello explica en parte la celeridad en las órdenes de captura contra los miembros del LRA una organización que quedó con el sello de terrorista en el concierto internacional. Empero, de otra parte, a pesar de ser el primer proceso conocido por la CPI, el caso de Ongwen empezó en 2018 y el de Joseph Kony no ha iniciado por no haber sido capturado.

Aspecto sobre el cual se cuestiona la participación de la Corte, el rechazo al proceso de paz y a los modelos de justicia restaurativa. EL conflicto en Uganda permanece en la actualidad sin que haya cesado el número de víctimas. La Corte no ha demostrado eficiencia ni en la persecución ni en la prevención del los crímenes y la posibilidad de articular la justicia punitiva con la restaurativa demostró su interés de imponer moralidades universales.

En conclusión, es importante considerar en el caso Uganda, cómo su debilidad institucional desempeñó un papel importante en ser el laboratorio y la bandera de los procesos occidentales de democratización y liberalización económica a nivel global y su impacto como país aliado de occidente; aunado a esto es importante valorar la importancia geopolítica del país en el conflicto sur-sudanes para occidente en la posibilidad de desestabilización de Omar al Bashir.

De igual forma, es fundamental llamar la atención respecto de la instrumentalización por parte de las elites dominantes del país africano para ganar legitimidad en un intrincado conflicto bélico. Esto lleva a la CPI a darle el manejo inicial al proceso adelantado en contra del país dejando ver su cariz político en donde la Fiscalía parece decantarse en la categoría amigo/enemigo de tipo político. Sin perjuicio de lo anterior no se pretende restar la importancia de la CPI en la investigación de los procesos que afectan el DDHH y el DIH, sino más bien mostrar cómo los mecanismos de activación en el caso de Uganda responden a factores políticos que conjugan una relación entre procesos nacionales e internacionales.

#### **2.2.4 Sudán: El Estado “terrorista”**

Sudan es un país ubicado al noreste de África. Limita con Egipto, Eritrea, Etiopía, la República Centroafricana, Chad, Libia y Sudan del Sur. Tiene una población estimada de 39 millones de personas y su capital y ciudad más poblada es Jartum, que posee 5 millones de habitantes.

El idioma oficial de Sudan es el árabe, sin embargo, también se pueden encontrar más de 400 idiomas de etnias nativas. La religión oficial de este Estado es el islam, pero también se pueden encontrar cultos propios de las etnias, así como población cristiana.

La economía de esta nación ha dependido históricamente de la agricultura, pues el 27% de su PIB se deriva de esta actividad, a pesar de que más del 90% de su tierra no es cultivable. Pero, en los últimos años el país ha sido testigo de un furor extractivista, donde se destaca

la extracción de petróleo y oro, así como de gas, tungsteno o cinc (Oficina de Información Diplomática, 2017).

Al igual que la mayoría de los países africanos, Sudan es dueño de indicadores sociales que reflejan la pobreza de la nación: para el 2016 se estimaba que la mayoría de su población vivía bajo la línea de la pobreza, dado que en el IDH ocupaba el puesto 136 de 196 países. Similarmente, en el ranking de Índice Doing Business ocupaba el puesto 170 de 189 y en el índice de percepción de corrupción se sitúan en la posición 175 de 180 países (Oficina de Información Diplomática, 2017).

Sudan, de manera similar a la República Democrática del Congo, ha sido un país históricamente sumido en la violencia y en la guerra. Desde su etapa como colonia anglo-egipcia hasta su independencia y posterior división en dos naciones distintas -Sudan del Sur y Sudan- la violencia ha sido el pan de cada día de los sudaneses.

Aun cuando se celebraron acuerdos de paz (que derivarían en la mencionada división del país) se siguieron presentando graves hechos en el territorio sudanés, particularmente en el Estado de Darfur. Con relación a estos sucesos la CPI abriría una investigación en el país africano. Por ello, en este subcapítulo se estudiarán los antecedentes que han derivado en los hechos que fueron objeto de estudio e investigación. Para esto se analizará la etapa pre Colonial, colonial e Independencia de Sudan; posteriormente se revisará lo ocurrido en las dos guerras civiles sudanesas; a renglón seguido se examinarán los acuerdos de paz de Nairobi; se continuará con el estudio de lo ocurrido en Darfur, antes y después de los acuerdos de Abuja; y finalmente se escudriñará sobre el actuar de la CPI en este caso particular.

### **Etapas Pre Colonial, Colonial e Independencia**

Sudan logró su independencia de Reino Unido en 1956. Sin embargo, antes de esto siempre estuvo fuertemente vinculado con la colonización egipcia, ya que fue colonizado por dicho país entre 1820 y 1822. No fue sino hasta la mitad del siglo XIX donde el Reino Unido

encontró intereses en el país africano, debido al aumento del comercio en esta nación y al interés de frenar la expansión que Francia estaba llevando a cabo en África. De esta forma, para 1880 Egipto y Reino Unido compartían el control de Sudan (Sosa, 2004).

La presencia de estos dos países en territorio sudanés implicó una resistencia por parte de sus habitantes, que vería rendir sus primeros frutos entre 1883 y 1885 cuando Mahdi Mohamed Ahmed derrotaría a los ejércitos anglo-egipcios y proclamaría a Sudán como un Estado Islámico independiente.

A pesar de esta pequeña independencia, Reino Unido retomaría el control del país en 1898 y no sería sino hasta la década de los 50 del siglo XX cuando el país africano obtendría finalmente su independencia, siendo esto permitido por la muerte del Rey Faruk de Egipto, el ascenso al poder por parte del coronel Gamal Abdel Nasser (pro independista) y el referéndum que posteriormente se acordó entre Egipto y Reino Unido.

Ahora bien, con la independencia del país sudanés no se solucionaron los problemas del país. Antes del acaecimiento de esto ya había ciertos conflictos entre el norte y el sur de la nación, conflictos que se verían reforzados por la inexistencia de una identidad cultural y religiosa que unificara el país.

De esta manera el norte presionaría por el establecimiento de un Estado Islámico, con una identidad árabe y un poder centralizado en Jartum (ciudad capital); mientras que por otra parte el sur pretendía la no imposición de una identidad árabe, así como la creación un Estado federado compuesto por norte y sur (De La Parra Landa, 2008).

### **Primera Guerra Civil**

La primera guerra civil sudanesa vio su génesis cuando Ibrahim Abud subió al poder. El mandatario comenzaría un gobierno que propendería de manera feroz por la islamización y arabización de Sudan. Ante esto, la parte sur del país decidiría armarse para luchar contra parte norte (cristianos vs islámicos) y surgiría el movimiento de los *Anya-Nya*.

Este grupo sería el ejército rebelde de la parte sur del país y si bien comenzó con un pequeño equipo armamentístico, el apoyo del sur de Sudán, el Congo y comerciantes internacionales, permitiría que su poderío bélico se viera incrementado, lo que implicó el crecimiento del conflicto armado en el país.

Ante el crecimiento de este grupo rebelde, Abud ordenó al ejército sudanés atacar y controlar al grupo disidente, situación que derivó en que la población civil del sur de Sudán sufriera constantes ataques, generando esto el desplazamiento de gran número de personas a otros países o a aldeas defendidas por los *Anya-Nya* (De La Parra Landa, 2008, p. 68). .

Cuando en el año 1964 la guerra se veía inacabable, el general Abud decidió renunciar. Así, Al-Khatim Al-Khalifa tomaría el poder y comenzaría negociaciones pacíficas con la parte sur del país, que se verían infructuosas debido a que el Primer Ministro de Sudan - Ahmed Mahgoub- retomaría las operaciones militares. Gracias al enorme peso que implicó la continuación de la guerra civil, en 1969 se daría un golpe de Estado que le daría el poder del país al coronel Gaafar Mohamed al-Nimeiry.

El jefe militar, consciente de la situación que vive su país debido a la guerra promueve nuevos diálogos de paz, con los cuales se crearían en 1972 los Acuerdos de Addis Ababa. Mediante estos acuerdos se daría autonomía limitada a la parte sur de Sudán, igualmente se establecería la lengua árabe como lengua oficial, pero se aceptaría el inglés como lengua del sur. Finalmente se promulgaría una constitución que consagraría un régimen presidencialista donde sólo habría un partido político, el Partido Socialista Sudanés (De La Parra Landa, 2008, p. 68).

### **Segunda Guerra Civil**

Los Acuerdos de Addis Ababa parecían estar siendo aplicados de manera adecuada y con ello se esperaba el advenimiento de la paz en Sudán. Sin embargo las diferencias entre cada

región se siguieron notando: «mientras que el sur se regía por un sistema parlamentario y democrático, donde los procesos eran importantes y las elecciones eran respetadas; en el norte existía una dictadura controlada por un sólo partido» (2008, p. 69).

Se sumaría, a este factor, la crisis económica que viviría Sudán en los años 80. Esta crisis implicó el recorte de servicios esenciales para los habitantes del país y con ello el descontento del pueblo sudanés. Así, después de varios intentos de golpes de Estado, al-Nimeiry decidiría en 1983 introducir nuevamente las Leyes del islam. Con esta medida se reiniciaría la guerra civil en Sudán, dado que nacería el Ejército de Liberación del Pueblo de Sudán (en adelante SPLA/M por sus siglas en inglés), que lucharía por la igualdad, pluralidad política, unificación y democratización de Sudán.

Mientras el país se dividía en la lucha entre el ejército y el SPLA/M, al-Nimeiry es retirado de la presidencia del país gracias a un golpe de Estado en 1985. El año siguiente subiría al poder Sadiq al-Mahdí, elegido en las primeras elecciones multipartidistas del país, no obstante su duración en el poder sería corta ya que en 1989 Omar Hassan Ahmad al Bashir subiría al poder después de un nuevo golpe de Estado (Beltrán Guevara & Ferrufino López, 2012)(Beltrán Guevara & Ferrufino López, 2012).

Al Bashir era un fundamentalista islámico y por ende no sería aceptado por las fuerzas del sur. En la lucha entre estos y el gobierno sudanés aparecería un aliado para los últimos, los *yanyauid*, grupo que según Cools (2008):

fueron reclutados por Jartum y sus agentes entre los árabes de Darfur, de Kordofán y también del Chad. La mayoría de los darfuríes integrados en estos grupos proceden de la tribu abala rizeigat y sus subgrupos los iraygat (uno de cuyos subclanes son los mahamid), los uled zed, los mahariya, los beni huséin, los eteifat y los eregat (estos últimos habían sufrido no solo la degradación ecológica, sino también los ataques de los zagaua, recrudescidos a partir de 2003 por las incursiones de las tropas de Minaui).

Desde un punto de vista sociológico, se pueden dividir los *yanyauid* en 6 grupos: “antiguos” bandidos, soldados desmovilizados, miembros de tribus árabes que tienen una disputa sobre la tierra con grupos africanos cercanos, criminales excarcelados y perdonados con la condición de tomar parte en las milicias, fanáticos de grupos arabistas (como la Agrupación Árabe y miembros de la antigua Legión Islamista de Gadafi) y jóvenes árabes desempleados (p. 22).

La presencia de este grupo sería importante para el gobierno sudanés y marcaría el comienzo de la ejecución de actos sumamente cruentos en el conflicto del país africano, que se extendería hasta comienzos del presente siglo dejando un saldo de más de 2 millones de personas muertas, y más de 4 millones desplazadas (Lefkow, 2004).

No sería, sino hasta el año 2002 cuando por primera vez los diálogos de paz empezarían a tomar fuerza. Ese año se daría un alto al fuego de 6 meses acordado entre el SPLA/M y el gobierno y eventualmente se llegaría a un consenso entre los dos bandos, consignándose esto en los Acuerdos de Nairobi.

### **Acuerdos de paz**

Mediante los acuerdos de paz de Nairobi, firmados en el año 2005, se pactó que el sur sería una región autónoma durante seis años y después de cumplidos estos, se celebraría un referéndum de autodeterminación. Además, ese mismo año, en abril, se firmó un acuerdo definitivo de alto al fuego.

De igual forma, se pactó el desarme y la desmovilización de las milicias *yanyauid*; la restricción de movimiento de otras milicias; la integración de 4000 combatientes a las fuerzas armadas sudanesas, y otros 1000 a la policía; y la asistencia educacional a 3000 miembros de las fuerzas (Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo, 2008b).

Más allá de que lo pactado fue cumplido, pues ahora existe Sudán del Sur como nación independiente, la violencia en este territorio no ha cesado, sobre todo porque entre los dos países han surgido problemas como: la delimitación de las fronteras nacionales, la distribución económica de lo percibido mediante la explotación de petróleo, la repartición de la deuda externa, el estatus legal de los ciudadanos de ambos países y esencialmente la disputa sobre Abyei, región fronteriza rica en petróleo (Díez Alcalde, 2012, p. 26).

Igualmente, la no concretización de la paz en Sudán le es atribuible a la guerra simultánea que ocurrió y ocurre en la región de Darfur, donde se han cometido varios crímenes de competencia de la CPI y por ello, este tribunal ha comenzado una investigación en esta región. A continuación, se reseñarán los principales hechos sucedidos en Darfur.

### **Conflicto en Darfur**

Darfur es un Estado sudanés que queda ubicado en la parte occidental del país. Limita con Chad, la República Centroafricana y Libia. Este Estado se divide en las regiones oeste, sur y norte. Como en el resto del país no hay una heterogeneidad en la población, pero sí hay una preponderancia de habitantes con orígenes africanos, que están divididos principalmente en las etnias Fur, Masalit y Zhagawa. Estas etnias se pueden considerar como la parte africana del conflicto darfurí. Desde tiempos anteriores al estallido de la guerra en Darfur han tenido problemas con otras tribus árabes por la lucha de territorios, empero, dichos conflictos se solían resolver con negociaciones entre líderes.

Esto ocurrió de tal forma hasta que problemas como “sequías extendidas, la continua lucha por recursos, la falta de democracia y autoridad y el acceso fácil a armas, convirtieron en los roces en choques sangrientos y politizados” (De La Parra Landa, 2008, p. 74).

La guerra en Darfur estallaría el 26 de febrero de 2003 cuando rebeldes del grupo *Movimiento de Liberación de Sudán* (SLM en adelante) lanzaron un ataque en el principal centro militar del distrito Jebel Marra. Posteriormente lanzaron ataques en centros militares

y puertos, lo que motivaría al gobierno, desde Jartum, a desplegar bombardeos aéreos, así como también lo motivaría a fomentar el ataque de las milicias *yanyauid*.

Dos meses después, en abril, integrantes del SLM atacaron una guarnición del ejército sudanés en Al-Fashir. Este ataque evidenció la carencia de capacidad bélica que tenían las fuerzas militares de Sudan. Lo anterior sería confirmado en los meses de junio y julio de 2003, dado que el SLM ganaría 34 de los 38 enfrentamientos disputados (Villahermosa Jaén, 2007, p. 121).

Ante esto, el gobierno de Al-Bashir concentraría su estrategia bélica en los ataques aéreos, pero sobre todo en la utilización de los *yanyauid*. Si antes desde Jartum se fomentaba el uso de esta milicia, con este cambio estratégico se pasaría a organizar y a armar al grupo paramilitar, convirtiéndolo en la punta de lanza del ataque sudanés. Así, la estrategia del gobierno consistiría en bombardear las bases rebeldes e introducir a los *yanyauid* para que terminen de acabar con el enemigo cometiendo gran número de actos inhumanos (Cools, 2008).

Este enfrentamiento bélico, solo en su inicio, implicó el desplazamiento de 400,000 personas. Un año después ya se podía encontrar que en la región de Darfur se asesinaron más de 200,000 personas y se desplazaron 2 millones, generando esto una crisis humanitaria sin precedentes que sería foco del interés internacional.

Por esta razón, en abril de 2004 Chad patrocinó una negociación entre los dos frentes del conflicto, que derivó en un alto al fuego firmado el 8 de abril. Sin embargo, este alto al fuego fue violado por los *yanyauid* a lo que el grupo rebelde contestó y la guerra continuó, dándole aún más vistosidad al conflicto.

El conflicto en Darfur no mejoró con el final de la guerra civil disputada entre el sur y el norte de Sudan en 2005. Se tuvo que esperar un año, para que se firmara el primer acuerdo de paz oficial entre el gobierno sudanés y una parte del SLM. De esta forma, se firmaría el

5 de mayo de 2006, en Abuja (Nigeria), un acuerdo donde se pactaba: el desarme de los *yanyauid* –a cargo de la Unión Africana-(Laminos, 2008); el establecimiento de un Gobierno regional federal para Darfur; la implementación de un referéndum para decidir si Darfur era un Estado o estaba compuesto de tres distintos; «la atribución de distintos puestos políticos a candidatos de los movimientos; un fondo para la reconstrucción y el desarrollo de la región; y la creación de un órgano con el objetivo de lograr la reconciliación entre las partes enfrentadas» (Cools, 2008).

### **Situación Posterior a los acuerdos de Darfur**

La consecuencia directa de los acuerdos de Abuja fue la división del SLM. Esto implicó que los acuerdos no se implementaran de manera eficaz, aumentando la inseguridad en los campos de desplazados internos. Igualmente aumentó la dificultad de implementación de otros acuerdos con los grupos restantes después de la fragmentación, ya que ninguno de estos tenía la intención de firmar acuerdos por miedo a perder sus apoyos beneficiando así a otros grupos. De esta manera todos los intentos de negociación, hasta el día de hoy, fracasarían, a pesar de la constante intervención de la Unión Africana y la ONU (Laminos, 2008).

Por otro lado, tal como lo señala Cools (2008) el gobierno sudanés incumplió el acuerdo de Abuja, puesto que no desarmaría a los *yanyauid*. Contrario a esto los volvió a armar y, en las fechas posteriores a los acuerdos, los utilizó con la intención de acabar con las fuerzas rebeldes faltantes.

La situación tras los acuerdos celebrados en Abuja empeoraría aún más gracias al surgimiento de varios nuevos grupos rebeldes, que posteriormente lucharían entre sí. Empero, según Cools (2008), la violencia aumentaría en los campos debido al actuar del gobierno sudanés, por politizar y minar los campos. De acuerdo a lo dicho por este autor

aparte de una inundación de armas y criminalidad, y del crecimiento de la frustración entre los desplazados y refugiados, Jartum apoyó a grupos armados en el ataque a los campos, extendiéndose así la violencia en los mismos; el Gobierno

pensaba que esto incitaría a los habitantes a volver a sus pueblos aunque las condiciones allí fuesen críticas debido a los enfrentamientos o por tratarse de zonas ocupadas, incluso los pozos y los campos, por grupos árabes y yanyauid (Cools, 2008, p. 28).

Finalmente, otro de los fenómenos que se pueden constatar tras la firma de los acuerdos de Abuja es la lucha de los grupos árabes, que se dividieron al igual que los rebeldes, por el dominio de la tierra y el poder en Darfur. Siendo esta la situación que el país vive actualmente, donde varios grupos luchan entre sí y contra el Estado por el dominio de los recursos y de las tierras que se pueden encontrar en el territorio darfurí.

### **Acuerdos de Doha**

Para el año 2011, los equipos mediadores del SLA-Minnawi (grupo rebelde de la región) y el gobierno, después de generar una ruptura de las negociaciones en enero, decidieron volver de nuevo a las negociaciones de paz, colocando como fecha el 18 de abril en Doha. Allí, participaron el Gobierno, «los grupos armados, organizaciones de la sociedad civil, representantes de las personas desplazadas y refugiadas, líderes tribales, partidos políticos y representantes internacionales»(Human Rights Watch | 350 Fifth, 2011).

Para el mes de junio, la Conferencia de Actores de Darfur (All Darfur Stakeholders Conference, ADSC) aprobó el Documento de Paz de Doha, que pretendía servir como acuerdo marco para la resolución del conflicto (Vicenç Fisas, 2012 p. 50) y en el que también se integraba el JEM.

Frente al Documento de Doha para la paz en Darfur, si bien representa uno de los acuerdos más grandes alcanzados por el Gobierno de Sudán y las fuerzas rebeldes de la región de Darfur. No se logró alcanzar una resolución inclusiva y exhaustiva para el conflicto, ya que los principales movimientos armados de Darfur se resistieron y no firmaron (Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, 2013).

De esta manera, el acuerdo de Doha trajo consigo la adopción y reconocimiento de unos supuestos básicos para superar el conflicto de Darfur. Sin embargo, más allá de analizar si se implementaron o no a cabalidad, por la complejidad del conflicto -el contexto daba para reconocer crímenes de Genocidio, tal como lo afirma André Rangel (p. 367 - 368), el acuerdo logrado dejó entrevisto que se buscó implementar una Justicia Transicional con enfoque restaurativo, entendiendo La Justicia Transicional como:

Toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación(Carreño Gómez, Bernardo, 2015 p. 148 - 149).

En esa línea, los artículos 56 al 61 del acuerdo enfocaron su atención en unas pautas mínimas frente al desarrollo de la Justicia Transicional. Así, por ejemplo, en el artículo 56, que habla sobre *El sistema judicial nacional*, las partes convinieron en su numeral primero reconocer las instituciones judiciales por la importante función que desempeñan para el desarrollo de este (Gobierno Sudanés y Movimiento de liberación y Justicia, 2011 p. 63).

De esta manera, y partiendo del reconocimiento de una jurisdicción, se pudo prever que las partes tomarían en cuenta, tal como se señaló en los numerales siguientes del mismo artículo, lo referente a las inmunidades de los agentes que estuvieron involucrados en el proceso. Advirtiendo que estas solo se daban si, según el artículo 60, no se estaba frente a «los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de genocidio, los crímenes de violencia sexual, y las violaciones graves de los instrumentos internacionales de derechos humanos y el derecho humanitario» (Gobierno Sudanés y Movimiento de liberación y Justicia, 2011 p. 68).

También, se tiene que en el artículo 56 el Gobierno de Sudán se comprometió a facilitar el acceso a la justicia: 1. adaptando el número de tribunales (entre ellos móviles) y del personal judicial; 2. asignando recursos; 3. garantizando la protección del personal judicial, las

victimias y los testigos; y 4. garantizando que el Ministerio de Justicia haga cumplir y respalde el desempeño de las obligaciones de la Fiscalía en el marco de las investigaciones; entre otras cosas (Gobierno Sudanés y Movimiento de liberación y Justicia, 2011 pp. 63 - 64).

Se caracterizó, además, en esta implementación de Justicia Transicional, por contener elementos de una justicia restaurativa en la que se centró en las víctimas y un sistema de diálogo, de restauración del daño social y -como lo afirma Bernardo Carreño (2015) frente a la definición del concepto de Justicia Restaurativa- mecanismos innovadores que permitieron sanar las heridas sociales atendiendo las razones infraestructurales del conflicto y fortaleciendo el Estado de Derecho ( p. 152).

Las victimias en este caso, como lo señala André Rangel (2016) (para determinar su condición de tal dentro del genocidio en Darfur) deben

pertenecer a un grupo étnico, religioso o político identificable, ya sea una colectividad autodefinida o una autoritariamente definida como tal. [...] las víctimas de la campaña de contrainsurgencia llevada a cabo por el gobierno de Sudán y las milicias janjawid pertenecieron a los grupos étnicos fur, masalit y zaghawa, principalmente, englobados en la categoría más general de grupos africanos (pg. 370).

Ahora bien, por otra parte se halla que la indemnización consistió en reparar daños por la pérdida de las viviendas, tierras y propiedades; como otra clase de daños, siguiéndose que el pago se haría en una sola cuota cuando fuere posible o en dos siempre que el periodo total de abono de la indemnización no supere los dos años desde la fecha de valoración del daño (Gobierno Sudanés y Movimiento de liberación y Justicia, 2011, pg. 64).

Frente a la Verdad y la reconciliación como instrumentos necesarios para la finalización del conflicto, el artículo 58 distinguió unas disposiciones generales, las cuales, se basaron en

fomentar la reconciliación, entre ellas, asignando un día para la paz en Darfur, como también, reconocer que las causas del conflicto debían abordar: 1. La degradación del medio ambiente y acceso a los recursos naturales; 2. La tensión entre las comunidades locales (multiplicidad de etnias); 3. La debilidad de la Administración Nativa; 4. Los conflictos por la tierra; 5. La proliferación de armamentos; y, finalmente, 6. La dimensión regional del conflicto. (Gobierno Sudanés y Movimiento de liberación y Justicia, 2011, pg. 65).

Del reconocimiento de las causas del conflicto, las partes desarrollaron una ruta en la que se estableció que se debía denunciar la violencia y la exclusión, se debía fortalecer la relación entre los miembros de la sociedad en Darfur, erradicar la polarización tribal y étnica de la región, entre otras cosas.

También se tomó en cuenta una comisión para la verdad, la justicia y la reconciliación, en la que se crearon dos comités como garantía de desarrollo, estos son: el Comité de Justicia y el Comité para la Verdad y la Reconciliación. Del primero, se facultó la parte operativa para recibir e impartir justicia por medio de un Tribunal Especial que recibía las denuncias y las situaciones del conflicto que apareciesen en el transcurso de la investigación. Por ello, se tomó en cuenta en el artículo 59 la implementación de dicho Tribunal, tomando como fuentes jurídicas el Código Penal del Sudán, el Derecho Internacional Humanitario y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Frente al segundo, el Comité de la Verdad y la Reconciliación, tan propio de la Justicia Transicional, se buscó las causas fundamentales del conflicto con el fin de generar una lectura global que garantizara la no repetición de los hechos. Ahora, la verdad en este escenario como afirma Bernardo Carreño (2015), «no es sólo la experiencia suscitada en un proceso de orden jurídico, como verdad procesal. Es ante todo una elaboración de experiencias suscitadas desde los más profundo del corazón humano y que se refleja en la acción política y social» ( pg. 151).

Así, la verdad que se suscitó en este acuerdo apuntaló a crear un ambiente de reconciliación en donde el pueblo, en general, contribuyera con el diálogo y la construcción de un tejido

que había sido roto a partir de la multiplicidad de luchas étnicas, políticas y religiosas de la región.

En conclusión, el acuerdo plasmado en el Documento de Doha para la paz en Darfur entre los grupos rebeldes que participaron -entre ellos, las facciones del JEM y el SLA y el Gobierno sudanés- fue un ejemplo de Justicia Transicional en donde el enfoque principal fue la implementación de una justicia restaurativa en concomitancia con una justicia retributiva. Esto debido a que, si bien el Tribunal Especial para Darfur tenía como base perseguir las conductas violatorias de los DDHH y DIH sin aplicar las amnistías previstas en el artículo 60, el acuerdo no podía supeditar el derecho de las víctimas para obtener garantías de no repetición e indemnización, en este caso pecuniaria, de los daños ocasionados por el conflicto en la región.

### **Situación de Sudan-Darfur ante la CPI.**

Sudan no ha suscrito el ER, sin embargo, el 31 de marzo de 2005 el Consejo de Seguridad de la ONU aprobó la resolución 1593 con la votación favorable de 11 países y la abstención de otros 4 (Argelia, Brasil, China y Estados Unidos). En esta resolución se remite el caso de Sudan a la CPI, siendo esta remisión la primera hecha por el órgano de las Naciones Unidas (Villahermosa Jaén, 2007).

Hasta el momento la situación de Sudan ante la CPI ha implicado la apertura de 5 casos en contra de: Ahmad Harun y Ali Kushayb, Omar Al Bashir, Abu Garda, Abdallah Banda y Abdel Raheem Muhammad Hussein. En el primero de los casos, la SCP de la CPI emitió orden de captura, el 27 de abril de 2007, en contra de los investigados, pero hasta el momento ninguno de los dos ha sido capturado, lo que impide que siga el juicio de acuerdo a los lineamientos del ER. Ambos están siendo investigados por posibles crímenes de guerra y crímenes en contra de la humanidad: Ahmad Harun, por haber sido el Ministro de Interior de Sudan entre 2003 y 2005 y derivado de ello haber tenido el conocimiento de los crímenes cometidos por la milicia *Yanyauid*, haberlos armado y haber contribuido en la comisión de

los delitos que este grupo ejecutó; de manera similar, Ali Kushayb es investigado por ser el líder de una comunidad tribal y comandar a miles de milicianos *yanyauid* (Prendergast, Ismail, & Kumar, 2013).

En el segundo caso, el de Omar Al Bashir, se han expedido dos órdenes de arresto el 4 de marzo de 2009 y el 12 de julio de 2010. En este caso se está investigando al expresidente sudanés por posibles crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio. Al respecto, la CPI considera probable que Al Bashir, en su condición de presidente de Sudan, tuviera el control militar de todos los grupos armados estatales (ejército, policía e *yanyauid*) que atacaron, con la intención específica de destruir, a los grupos étnicos Fur, Masalit y Zaghawa.

A diferencia de los dos casos anteriores, en el caso de Abu Garda este sí acudió ante la CPI. En el desarrollo de su juicio, la SCP I decidió, el 23 de abril de 2010, no confirmar los 3 crímenes de guerra por los que la Fiscalía estaba acusando. Posteriormente esta misma sala rechazaría la apelación que hizo la Fiscalía sobre la decisión de no confirmar cargos.

El caso de Abdallah Banda es igualmente disímil a los tres anteriores, puesto que este se presentó de manera voluntaria ante la CPI y la SCP I, el 7 de marzo de 2011, decidió de manera unánime confirmar los cargos que en su contra estaba presentando la Fiscalía, por los ataques, hechos al grupo de paz de la Unión Africana, ocurridos en Haskanita. A pesar de su presencia voluntaria en la etapa previa al juicio, Banda no se volvió a presentar ante la CPI y por ello se emitió una orden de arresto y se suspendió momentáneamente el juicio.

Por último, el caso de Abdel Raheem Muhammad Hussein es similar al primer caso mencionado, dado que la CPI emitió orden de arresto el 1 de marzo de 2012, y aún no se captura al investigado. Similarmente, Hussein está siendo investigado porque en su posición destacada en el gobierno sudanés (Ministro de Interior y Representante Especial del presidente en Darfur) hizo contribuciones esenciales en la formulación e implementación de un plan común para atacar la población en Darfur.

**Análisis de los factores relevantes en la intervención internacional.**

Para una comprensión cabal de los elementos que dieron lugar a la intervención en Sudan es necesario una mirada multidimensional que ligue los aspectos políticos, económicos, culturales, religiosos y étnicos, no obstante, el hilo conductor de estos factores será el factor geopolítico el cual es determinante para el análisis. De este modo, se atiende una perspectiva intermística, donde los hechos sociales son vistos como el resultado de una conjugación entre lo nacional y lo internacional.

En primer lugar, se delinear los principales desafíos –referidos a factores políticos, económicos, culturales, étnicos entre otros- que ha tenido Sudán como Estado-nación tras su independencia en 1956 en relación con los distintos actores internacionales que han influido en su actuar como Estado con miras a establecer el lugar de Sudan en el concierto de naciones. Finalmente, a la luz de una lectura schmittiana –amigo/enemigo- se valora la intervención de la Corte Penal Internacional y cómo factores extrajurídicos desempeñaron un papel importante, con lo anterior no se pretende restar legitimidad al órgano jurídico sino más bien un análisis crítico de su actuar.

El elemento central que conjuga los desafíos de Sudán como Estado-nación y a su vez explica el porqué de la intervención de actores internacionales en su política nacional, es el hecho de una marcada *inestabilidad institucional* como Estado. Este elemento se refiere concretamente a la incapacidad de un consenso social entre los distintos actores del concierto nacional para la organización de los asuntos públicos lo que ha tenido como consecuencia un elevado índice de violencia en la resolución de conflictos. Señal de ello son: los conflictos norte-sur, la tensión izquierda secular-movimientos conservadores árabes en la región y la tensión con las zonas marginadas como Darfur.

Siguiendo a Alex de Waal se pueden caracterizar cinco elementos transversales que dan cuenta de la inestabilidad institucional de la construcción de Estado en Sudán. (1) Choque de identidades en las distintas regiones que ha tenido como consecuencia que una identidad

nacional en el seno del Estado sea algo elusivo. (2) Una marcada desigualdad en clave centro periferia al interior del Estado que ha animado los conflictos civiles. (3) Conflicto en las zonas periféricas por el acceso a recursos básicos. (4) Conflictividades dentro de las elites políticas que no permiten una cohesión de gobierno. (5) Un alto nivel de violencia tanto estatal como para estatal (de Waal, 2007b).

El aspecto problemático respecto a los anteriores elementos que han conjurado la crisis política es que ha conllevado a una *relativa*<sup>28</sup> dependencia de actores internacionales, puesto que, por un lado, la viabilidad económica de las actividades militares depende de financiamiento externo y, por otro lado, las dimensiones del conflicto han sobre pasado las fronteras nacionales lo que implica el interés de los vecinos en el conflicto (de Waal, 2007a). Así, entre los más relevantes en este itinerario están: por un lado, Estados Unidos de América y Organismos internacionales de tipo económico, y por otro lado los vecinos de Sudán que han sido fundamentales en la intervención toda vez que el conflicto ha afectado zonas fronterizas.

En lo que respecta a Estados Unidos, entender las relaciones binacionales es de vital importancia, pues ha sido uno de los principales actores que ha jugado en el radio de acción de Sudán. Si bien la influencia norteamericana es notable sobre el país africano, la relación entre estos dos países se enmarca en un vaivén, más que en la mera imposición de las políticas de Washington sobre Jartum, por ello se puede afirmar que las relaciones diplomáticas han sido turbulentas. A continuación, se hace un examen de los principales hechos en perspectiva histórica, para ello se atiende a dos momentos analíticos de las relaciones entre estos dos Estados, por un lado, de 1956 hasta 1989 y, por otro lado, de 1989 llegada de Omar al Bashir al poder hasta la actualidad.

<sup>28</sup> Es importante destacar el carácter de relativo, pues en algunos momentos históricos –como se verá más adelante- el Estado sudanés ha virado a la autonomía, hecho que ha generado tensiones con estos actores internacionales.

Respecto al primer momento es importante señalar que acaece en plena guerra fría y a pesar de que la clave geopolítica mundial era leída en clave bipolar es importante destacar que son elementos culturales e idiosincráticos los que marcan los ejes centrales de la tensión entre ambos países, sin restar importancia al ambiente bipolar en el cual se desenvuelven.

El comienzo de las tensiones se marca en la ruptura total de relaciones diplomáticas con Estados Unidos declarada por Sudan debido al apoyo norteamericano a Israel en la guerra árabe-israelí de 1967 (U.S Embassy in Sudan, 2018). Sumado a esto, la llegada al poder de Gaafar Mohamed el Nimeiry en 1969 que puso el énfasis en una retórica de lo que ha sido denominado el socialismo Árabe el cual generó un distanciamiento con occidente y en particular con los Estados Unidos, tan sólo hasta 1971 los dos Estados reestablecieron vínculos a causa al fallido golpe de Estado en contra Gaafar al-Nimeiry dado por el partido comunista sudanés y donde se presume la participación de la Unión Soviética en este hecho, lo que generó una perspectiva más pragmática con occidente y Estados Unidos (Wai, 1979).

No obstante, y a pesar del restablecimiento de las relaciones bilaterales y el pragmatismo sudanés, las relaciones no tuvieron una estabilidad en el tiempo debido al asesinato del embajador norteamericano Cleo A Noel en 1973 a manos de la organización armada septiembre negro, los responsables del hecho fueron capturados y judicializados por el Estado sudanés. Sin embargo, en 1974 fueron liberados y dados en custodia de Egipto, esto último fue percibido por Estados Unidos como un manejo deficiente del caso lo que tuvo como consecuencia una nueva tensión en las relaciones diplomáticas.

Un nuevo giro en las relaciones diplomáticas tuvo lugar hasta 1976 cuando el presidente Numeiry intervino para la liberación de secuestrados norteamericanos en Etiopia, en consecuencia, se dio una normalización de las relaciones bilaterales y el progresivo restablecimiento de la ayuda económica al país africano. Finalmente, durante este periodo las relaciones volverían a sufrir un revés desde 1986 cuando Sudán permitió la inmigración de grupos libios lo cual tuvo como corolario la reducción del cuerpo diplomático de

Washington en Jartum y ulteriormente la suspensión de la ayuda en 1989 (Malik & Malik, 2015).

En lo concerniente al segundo momento, si bien existe una continuidad con el periodo anterior se pueden rastrear tensiones cualitativamente distintas . Principalmente por el final de la guerra fría y el incipiente surgimiento de la guerra contra el terrorismo emprendida por Estados Unidos, esto último va a ser un factor fundamental en la intervención en Sudán; al igual que la llegada de Omar al- Bashir como Jefe de Estado.

En este sentido, se destacan hechos como: el apoyo que le dio el país africano a Iraq en la invasión a Kuwait, lo que desencadenó tensiones con Washington; además el papel que jugó como anfitrión del Congreso Popular Árabe e Islámico de 1991 celebrado en Jartum. Adicionalmente, en los años noventa Sudán recibió personalidades como Osama Bin Laden e Ilich Ramírez “Carlos El Chacal” (Malik & Malik, 2015). Todo lo anterior en el marco de las nuevas dinámicas geopolíticas lo cual generó que tanto las Naciones Unidas como Estados Unidos calificaran a Sudán como un patrocinador del terrorismo. Las medidas tomadas por ambas instituciones implicaron sanciones diplomáticas, económicas, comerciales y financieras, las cuales a su vez son determinantes en ulterior remisión de las Naciones para la investigación de la CPI en Sudán.

La primera forma de intervención política fue hecha por medio de la Resolución 1054/1996 de las Naciones Unidas, la cual está motivada en la negativa del gobierno sudanés a las peticiones de la Organización de Unidad Africana (OUA) para la investigación y judicialización –por medio de la extradición- de los responsables del intento de asesinato del expresidente egipcio Hosni Mubarak en Etiopia en el año 1995. El fondo del asunto está en la oposición que generaba Mubarak en movimientos políticos islámicos contracorriente -Al Qaeda y Yihad Islámico- a occidente, sumado a las relaciones diplomáticas con el Estado de Israel, en este proceso algunas organizaciones políticas no gubernamentales encontraron en el Estado de Sudán un apoyo. De tal modo, es importante resaltar el aspecto geopolítico que se juega en un hecho como este, más teniendo en cuenta el rol que juega Estados Unidos en el Consejo de Seguridad.

En esta misma dirección apunta la orden ejecutiva 13067 del 3 noviembre de 1997 del gobierno de los Estados Unidos que estableció un bloqueo a los bienes y propiedades sudanesas, pero además la prohibición de hacer transacciones comerciales estuvo motivada en la retórica de las nuevas dinámicas geopolíticas y de la lucha contra el terrorismo

President of the United States of America, find that the policies and actions of the Government of Sudan, including continued support **for international terrorism**; ongoing efforts to destabilize neighboring governments; and the prevalence of human rights violations, including slavery and the denial of religious freedom, constitute an unusual and extraordinary threat to the national security and foreign policy of the United States, and hereby declare a national emergency to deal with that threat (Federal Register, 1997)

Estos hechos dan cuenta de la fuerte tensión político-diplomática entre ambos Estados para finales de la década de los 90's. Sin embargo, los elementos político-diplomáticos no fueron los únicos que jugaron en la presión norteamericana sobre Sudán, sino también es importante valorar elementos económicos en el análisis y donde emergen otros actores como el FMI.

La economía sudanesa se puede caracterizar por su marcada debilidad y su constante déficit entre otras cosas debido a la inestabilidad institucional, pero también a que, si bien el país cuenta con recursos naturales estratégicos como el oro y el petróleo, estos no son significativos en comparación con otros países exportadores de los mismos recursos. Por esta razón el análisis económico, no debe ser leído principalmente en clave de intervención política por los recursos, sino más bien como presión económica para un mantenimiento de los intereses occidentales en una lógica geopolítica, no obstante, se atenderá de modo marginal a algunos elementos geoeconómicos especialmente en lo que concierne a la economía petrolera en los últimos años en relación a la hegemonía económica norteamericana.

La inestabilidad económico-institucional explica la dependencia a Organismos Internacionales como el FMI y algunos Estados-nación en términos de financiamiento para el funcionamiento del Estado. Pese a la inversión sudanesa durante gran parte de la era Nimeiry para el desarrollo económico, por medio de proyectos de transporte ferroviario, inversión en infraestructura agroindustrial en algodón y azúcar no fue posible establecer una base productiva sobre la que el Estado pudiera sostenerse. Por el contrario, lo único que generó fue la consolidación en términos de desarrollo socioeconómico en clave sur/norte.

Además, el viraje de 1971 que dio en sus relaciones internacionales hacia occidente implicó también un cambio en la economía pública del país, entre otros aspectos en este proceso vale la pena destacar el papel de la deuda externa como mecanismo de dependencia. Así, la consecuencia fundamental al respecto fue que la agenda macroeconómica tuvo como elementos centrales el control de la deuda al igual que la restricción del gasto público, en palabras de De Waal:

The IMF, backed by both the Paris and London clubs of creditors, insisted on an austerity package including devaluation of the Sudanese pound and expenditure cuts. For almost three decades, managing Sudan's debt has been a central preoccupation of the government. Unable to borrow any significant new funds, the increase in foreign debt from \$6 billion in 1978 to \$14 billion in 1990 and \$26 billion today has been due entirely to accumulated arrears (de Waal, 2007a).

Siguiendo a De Waal se pueden establecer cuatro periodos del manejo de la insolvencia financiera. (1) Crisis de deuda con manejo político. (2) Pragmatismo político económico. (3) Implementación parcial del consenso de Washington. (4) La alianza estratégica con China.

Primero, de 1978 a 1985 caracterizado por la postura sudanesa de imposibilidad de pago de la deuda ante sus acreedores, lo que implicó la búsqueda de nuevos acuerdos de pago. Lo anterior fue posible entre otras cosas a que no había una capacidad de presión efectiva de los acreedores sobre el país, pues el gobierno sudanés simplemente las ignoró.

Por otro lado, fue determinante la ayuda que el país africano prestó a agencias de inteligencia como la CIA, en este proceso de cooperación los organismos de inteligencia occidentales desempeñaron un papel importante ante las agencias económicas. Finalmente, es importante destacar que el gobierno sudanés encontró canales paralelos de financiación entre los que se encuentran organizaciones árabes las cuales permitieron un alivio a la crisis financiera y a que la presión económica de occidente no tuviera impactos ostensibles (de Waal, 2007a).

Este último elemento también desempeñó un papel importante durante el segundo periodo (1986-1990), pues Sudán tomo un rol pragmático estratégico en sus relaciones político-económicas con occidente. En efecto, en el conflicto entre Chad y Libia (1973-1994) por el territorio de la franja Aouzou, Sudán permitió actividades libias en el territorio fronterizo con Chad. Así, la cooperación sudanesa con occidente alineado con el gobierno de Yamena dependió de la posibilidad de un alivio temporal a la deuda en términos de incumplimiento de las responsabilidades económicas.

A pesar de esto, dicha estrategia no tuvo un impacto en el tiempo debido a la llegada del ex-secretario del tesoro James Baker al cargo de Secretario de Estado, toda vez que Estado Unidos se mostró rígido con la estrategia sudanesa (de Waal, 2007a). Además, este periodo coincide con transición de la era Nimeiry a la actual era de Omar al Bashir pasando por el inestable régimen parlamentario, durante el régimen parlamentario las relaciones de Sudán con organismos económicos internacionales tuvieron un momento álgido, pues el gobierno parlamentario fue bastante débil para dar respuesta al complejo ambiente internacional y esto explica la emergencia del gobierno islámico de Omar-al Bashir.

El tercer periodo (1991-2000) se caracterizó por una implementación parcial en términos macro-económicos de las recetas del consenso de Washington, entre estas medidas se encuentran: pagos a la deuda con FMI, la abolición de subsidios alimentarios en zonas urbanas, la devaluación de la moneda, reducción del gasto gubernamental – a excepción del gasto militar en el marco de la guerra civil- y la venta de empresas estatales; la

implementación de estas políticas macroeconómicas tuvo como consecuencia la imagen positiva ante los organismos internacionales al tiempo que la imagen política del país era vista de manera negativa en la geopolítica internacional. Sin embargo, la implementación de estas medidas por parte de Sudán responde más a un pragmatismo que a una alineación con el modelo neoliberal, puesto que, los ingresos de Sudán se dieron por canales paralelos a los institucionales, por tal razón el acoplamiento al ajuste económico no tuvo un impacto ostensible e incluso se mantuvo el gasto en grandes proyectos y en defensa. La fuente de estos ingresos fue el mundo árabe a través de intercambios comerciales, donaciones filantrópicas e incluso financiación a grupos como la *jihad* (de Waal, 2007a).

Respecto a la financiación al gobierno sudanés por parte de organizaciones islámicas llevó a una tensión con occidente que ulteriormente se materializó en sanciones económicas tomadas por Estados Unidos en contra del país africano. Además, este tipo de financiación no tenía una estabilidad que permitiera construir institucionalidad a partir de ellas, por ello fue necesario un viraje en la actitud política sudanesa para volver a contar con apoyos económicos de occidente, más teniendo en cuenta la compleja guerra que se desarrollaba contra SPML

Finalmente, el periodo que corresponde a las casi dos décadas del siglo XXI es importante destacar la irrupción fuerte de un nuevo actor económico en la órbita sudanesa, China. En efecto, para las postrimerías de los 90's e inicios del nuevo siglo se dio una importante inversión del gigante asiático sumado a boom petrolero y la emergencia de otro tipo de productos energéticos como el gas, los cuales permitieron aliviar parcialmente la presión económica de occidente.

The Asian non-Arab countries remained the main market for the Sudanese exports during the last decade and represented the main source of Sudan imports during the period (2004-2007). They constituted the largest market for the Sudanese exports (especially oil) during 2007 as they stood at 92% of the total value of exports compared to 86% in 2006. China topped the list by 82% followed by Japan by 9% of the total exports (Siddig, 2010).

Es importante agregar como este elemento económico le ha permitido un margen de maniobra al gobierno sudanés. Se ha conjurado una suerte protección diplomática por parte de China que va desde la abstención en la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad de la ONU (Keith, 2007))(Anaya López, 2015). Por ello, a pesar de las tensiones políticas con Estados Unidos, es relevante indicar que las inversiones norteamericanas en el país africano constituyen un elemento relevante para los grandes capitales de dicho país, las cuales compiten con el capital chino en las inversiones petroleras. Esto explica parcialmente un cambio de la política internacional norteamericana en términos económicos respecto de Sudán

The change in the American policy towards Sudan was mainly related to the oil related developments in Sudan. The United States attempted to reign in China's growing influence in Sudan who had benefited of the sanctions imposed on Sudan during the 1990's. Also the significant oil discoveries made in Sudan by the Asian oil companies made the American oil companies pressure the American Administration to change its policy so they could operate in Sudan and benefit of a lucrative oil industry with a promising future(Ziada, 2007).

Lo cierto en este complejo panorama económico Sudán ha podido mantenerse y además ha logrado sostener con relativo éxito para los intereses de las élites del norte la costosa guerra civil tanto la que se desarrolló con Sudán del Sur como el conflicto con Darfur. Si bien no existen elementos económicos directos que hayan llevado a referir al país africano ante la CPI, la economía ha influido en la presión contra el gobierno de Omar al Bashir. La presión de los países occidentales y principalmente de Estados Unidos ha tendido a la consecución de la paz con SPLM en el sur y en Darfur con el SLMA y JEM con el fin de garantizar condiciones para políticas y económicas para mantener a Sudán dentro de su órbita de influencia. Destacando que la principal razón de la intervención ha sido la alianza entre Sudán y los enemigos de occidente.

Los anteriores elementos permiten una comprensión del proceso de intervención en Sudán, y por ende posibilitan una mirada crítica de los elementos jurídicos. En efecto, la interferencia de la CPI y las ulteriores intervenciones humanitarias no se fundamentan exclusivamente en elementos de derecho, sino que deben ser vistas a la luz de los procesos anteriormente descritos con ello emerge que tras las actuaciones internacionales subyace una categoría de amigo/enemigo de tipo schmittiana, como se mencionó previamente. Asumiendo que la categoría schmittiana – puramente política- no significa en modo alguno restar importancia a los elementos jurídicos y morales en la crisis humanitaria en Sudán, más bien el objetivo es separar analíticamente estas dimensiones.

La distinción de Schmitt amigo/enemigo crea una etiqueta *hostis humanis generis*. El énfasis está en el papel de la Fiscalía de la CPI y cómo los investigados se convierten en enemigos de la humanidad en contraposición a los aliados de la moralidad humana, en este sentido se hace una crítica a la labor de los organismos penales internacionales como neutrales o más allá de la política. Tener en cuenta estos elementos permiten ver la instrumentalización de algunos actores de los procesos adelantados ante la CPI para ganar legitimidad en el marco de los intrincados procesos políticos y económicos.

En el caso sudanés vale la pena llamar la atención sobre los siguientes elementos:

1) El caso de Sudán fue puesto en conocimiento de la CPI por medio del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en este sentido visto desde la perspectiva del gobierno de Jartum hace parte de la presión política y económica a la que había venido siendo sometida por parte de occidente durante la década de los 90's.

“The Sudanese government considers the Security Council’s referral to the ICC just as political an instrument against it, in other words just as much an instrument to brand it an enemy of the international community, as the international condemnations, arms embargo, the obligation to disarm the Janjaweed, and the imposition of UN peacekeepers in Darfur” (S. M. Nouwen & Werner, 2010).

2) La orden de captura en contra de Omar- al Bashir, lo cual en caso de hacerse efectivo puede constituir un cambio importante en la política sudanesa. Este punto cobra una especial relevancia teniendo en cuenta las desavenencias que ha tenido el gobierno islámico de Omar al Bashir con occidente. En efecto, las medidas diplomáticas y algunas de las medidas económicas pueden leerse como una forma de desestabilización del gobierno.

3) La postura de colaboración por parte del JEM a la CPI, con miras políticas para el cambio del sistema político

We are admiring the ICC, we are fully supporting the ICC. We are ready to go to ICC including myself and we are ready to work as tool [for the] ICC to capture anybody...

The JEM leader announced that if a warrant were issued for Bashir it would be ‘an end of his legitimacy to be president of Sudan’ and his movement would ‘work hard to bring him down’, adding that if Bashir ‘doesn’t cooperate with the ICC, the war will intensify’ (S. M. Nouwen & Werner, 2010).

La consecuencia fundamental de lo anterior es que ha servido para establecer una marca de amigos a la JEM mientras al gobierno sudanés una marca de enemigos. Con lo anterior, no se pretende negar la participación del gobierno sudanés en violaciones al DIH y a los DDHH, sino más en la instrumentalización política para debilitar a un actor del concierto internacional.

De igual manera hay que subrayar que Estados Unidos ha prestado ayuda para el financiamiento del JEM durante de la década de los 90’s y la primera década del siglo XXI.

4) La distinción y el sello de enemigos queda presente con la siguiente declaración del Fiscal Ocampo en relación a las elecciones de 2010 en Sudán

Sudanese officials protect the criminals and not the victims. Denial of crimes, cover up and attempts to shift responsibility have been another characteristic of the criminal plan in Darfur. We have seen it before. The Nazi regime invoked its national sovereignty to attack its own population, and then crossed borders to attack people in other countries (S. M. Nouwen & Werner, 2010) (Kurczy, 2010).

En suma, Sudán ha tenido un lugar en el concierto internacional como nación *paria*, esto se puede evidenciar en las complejas relaciones con occidente y más concretamente con los Estados Unidos de América en el complejo devenir histórico han jugado geopolíticos y geoeconómicos que ponen de presente la importancia de un régimen que gire en torno a la órbita de los intereses occidentales; de igual modo, la funcionalidad de Sudán a los intereses chinos en los últimos años permiten valorar la postura pragmática del gigante asiático respecto del conflicto en Sudán.

### **2.3 La criminología frente a la CPI y su intervención en los Estados.**

A partir de la evaluación de los contextos bélicos, los procesos de paz y la injerencia de la CPI en los Estados de el Congo, Uganda, Costa de Marfil y Sudán se observa una dicotomía entre la definición y persecución del crimen y los criminales. De un lado, se observa que los países analizados se caracterizan por una debilidad institucional (en términos occidentales), condiciones económicas débiles y conflictos étnicos. De otra parte, los Estados tratan de elaborar normas que persigan a criminales de acuerdo con sus propios intereses y conforme al derecho internacional. Sin embargo, en su mayoría son los mismos Estados junto con aliados económicos los que terminan ejecutando crímenes internacionales.

En tal sentido se parte de tres elementos esenciales a tener en cuenta para determinar los factores extrajurídicos que influyeron en la apertura de investigación en los países africanos citados. En primer lugar la aceptación de la existencia de violaciones a derechos humanos, en los términos referidos en el primer acápite; en segundo término, la consideración de tales violaciones a derechos humanos como crímenes de poderosos que se catalogan en el marco jurídico como crímenes de lesa humanidad y tercero, desde la dimensión crítica en la cual

se emplean elementos no siempre jurídicos y que se convierten en determinantes para la injerencia internacional.

Así las cosas, la intervención internacional ha ocurrido en Estados fallidos. Esta afirmación puede ser valorada desde una doble dimensión o bien desde una meramente occidental u otra desde una crítica. La primera es bajo la cual los Estados o potencias dominantes en el contexto internacional definen un Estado como «*fallidos*» en el sentido de no ser democrático. Bajo la segunda perspectiva, se cuestiona la calificación de un Estado de este modo, afirmando que serán aquellos que los países occidentales determinen como tal, en el sentido de no ajustarse a sus estándares de democracia y el modelo económico que más los favorezca.

Lo anterior hace que la indagación sobre el crimen y su persecución no pueda ser estática sino dinámica ante la influencia de múltiples actores y perspectivas. Además de los factores que contribuyeron a la existencia de conflictos en los Estados revisados, existen elementos extrajurídicos que se utilizaron de la justicia internacional para intervenir aun cuando se hubiesen realizado procesos de paz.

En una indagación integral de los derechos humanos y la intervención de la CPI en el Congo, Sudán, Costa de Marfil y Uganda se hace relación a los factores que desde la criminología se develan en la intervención internacional. Una primera afirmación es la consideración de los derechos humanos como un discurso necesario para la gobernanza internacional (M. Findlay, 2013, p. 307). En términos de Peces-Barba (Peces-Barba, 1994, p. 523), previamente referido, se trata del uso de pretensiones morales para convertirlas en derecho.

En efecto, se presenta como ingrediente común a todos los Estados el interés político. Además de este elemento se observa que por ejemplo en la República del Congo el interés económico fue el ingrediente que influyó para su intervención. Al igual que en Costa de Marfil al efectuarse una nacionalización de la industria. Por su parte Uganda, sirvió a los

intereses de la justicia internacional y el tránsito a la democracia y finalmente, Sudán que por su colaboración a diferentes organismos fue calificado como terrorista.

De allí que se cuestione la utilidad del sistema penal y su uso selectivo en los conflictos entre individuos y ahora entre Estados. Resulta evidente como se utiliza el sistema penal internacional en contra de los Estados más vulnerables de parte de los agentes con mayor ejercicio de poder. Por lo que bajo los postulados de Becker (Becker, 1991, p. 10), se afirma que el delito es una infracción a aquellas violaciones a las reglas dominantes que en el ámbito internacional son impuestas de acuerdo con los criterios de los Estados y agencias de poder.

Ahora, el anterior cuestionamiento se refuerza en cuanto se emplea el derecho penal internacional en el marco de la terminación del conflicto armado. Partiendo de la conclusión del primer capítulo, en la que se establecen como elementos comunes a los derechos humanos, la libertad, la dignidad y la igualdad en aras del establecimiento de la paz, la intervención internacional a través del derecho penal no solo resulta ineficiente, sino que devela su servicio a intereses particulares.

Por ello, el ejercicio de la justicia penal internacional se encuentra marcada por el simbolismo, en cuanto a la significación del derecho penal para la sociedad que ha Estado involucrada en el conflicto armado. En efecto, el derecho tanto en los contextos nacionales como en el internacional representa una respuesta política, que en últimas está determinada por los requerimientos sociales y culturales de la élite poderosa (M. Findlay & Henham, 2009, p. 37). Así queda evidenciado en los Estados analizados no solo por los intereses de sus propias élites sino los de los Estados externos.

En cada uno de los Estados evaluados se observa la relevancia de la intervención internacional. Además de la intromisión de la justicia internacional con la naciente Corte Penal, la comunidad internacional a través de la ONU estableció misiones estabilizadoras, que consistían básicamente en implantar acciones de pacificación y democratización en los Estados. En otras palabras, eran las misiones civilizadoras de la contemporaneidad.

Las agencias internacionales intervinieron partiendo de una consideración bajo la cual los hombres necesitaban regulaciones por tratarse de sujetos con pulsiones destructivas y actuar instintivamente en la violación de derechos. Partiendo de una perspectiva del iusnaturalismo moderno en la explicación de los derechos humanos y la legitimidad de la intervención del poder para su protección. Parecía más un acto de «civilización» que uno de carácter humanitario.

De tal suerte, que la consideración de la falta de institucionalidad y legitimidad en las instituciones no puede ser únicamente atribuido a los propios Estados. Es innegable la participación de los Estados occidentales en los procesos de colonización y explotación de los países de el Congo, Sudán, Uganda y Costa de Marfil, modificando todos los patrones económicos, culturales y políticos de los nativos. Luego su abandono y finalmente la injerencia de los actores económicos, que se vincularon a grupos armados a fin de obtener réditos económicos de las actividades sobre los recursos naturales.

Por ello, se afirma que el proceso de internacionalización del crimen, la pacificación y la democratización en los países africanos, responde a un intento de occidentalización (M. J. Findlay, 2013, p. 20). En este sentido, la guerra ha sido útil para acelerar la democratización y la globalización en los Estados analizados además del uso del derecho para la criminalización de estos y por ende requerir la intervención de modo que se establezcan los valores de la democratización y los necesarios para que el Estado ingrese en la lógica global.

En ese sentido, el uso del derecho como una herramienta en los procesos transicionales se ha justificado en que la Ley es de carácter cambiante, en forma paralela a la sociedad, de allí la protección legal de los derechos humanos desde el derecho internacional (Balint, 1996, p. 105). Por lo que la comunidad internacional desde la simbología de la categoría de *crimen*, bajo la cual se causa miedo elabora cualquier representación de control para causar una percepción de seguridad y protección. De modo que las representaciones globales del problema del crimen se encuentran dirigidas a reafirmar los valores de la modernización a través de la negación del crimen dentro de esta (M. Findlay, 2000b, p. 57).

En otras palabras, se realiza un proceso de creación de moralidad y en consecuencia de definición del acto delictivo. De modo, que como se afirmó en los capítulos precedentes la selección de derechos humanos como esenciales para la existencia de la humanidad en su conjunto y merecedores de protección penal obedece a la propia definición de la humanidad. Punto, en el cual se realiza el enlace entre la comprensión de dicho concepto y las creencias de las comunidades existentes en los países intervenidos (M. Findlay & Henham, 2009, p. 36). Es decir, la implantación de los discursos «internacionales» dentro de las soberanías de cada Estado.

Este proceso se evidencia con la imposición del derecho penal internacional en Estados con procesos conflictivos por diversas razones. De tal suerte, que el crimen resulta como un complejo proceso de definición, identificación y reacción en el que necesariamente las agencias de control ejercen su poder de manera discrecional a partir de una decisión política en respuesta de los valores socialmente aceptados (M. Findlay, 2000b, p. 48).

Ahora bien, como se mencionó precedentemente la ejecución de violaciones masivas de derechos humanos como crímenes de lesa humanidad son ejecutadas por organizaciones con ejercicio de poder. Por lo que, en línea con la categoría de crímenes de poderosos se encuentra la de crímenes de Estado. Dicho de otro modo, se atiende a la acción cometida por individuos que emplean el uso del poder estatal para el cumplimiento de las propias metas estatales (Rothe & Mullins, 2006, p. 2) o bien en el caso de los agentes económicos para contribuir a su propio éxito, aunque el discurso se dirija a fortalecer la economía de cada país.

De acuerdo con Rothe and Mullins (2006, P. 3) los crímenes de Estado se pueden clasificar en políticos, crímenes de Estado y crímenes corporativos. Los primeros referidos a aquellos donde los individuos tienen acceso a las oficinas estatales y recursos del Estado para lograr consolidarse como fuerza política en el país. Los segundos, referidos a aquellos delitos que se enmarcan en la protección de la soberanía. Y, por último, en los que existe una colisión entre los Estados Nación y las corporaciones privadas. De tal suerte que, las categorías

pueden ser unificadas en la de *crímenes de poder*. En específico para los cuatro países estudiados donde se combinaron todas las formas de criminalidad.

Según los autores mencionados, la comprensión de dichos crímenes desde una teoría integral que atienda a aspectos como la elección racional, las técnicas de neutralización y el enfoque desde la asociación diferencial presenta una falla en cuanto a los factores de control. Para Rothe y Mullins, la comisión de crímenes internacionales también obedece a la falta capacidad coercitiva de mecanismos de control de parte de los agentes internacionales, bien sean económicos como el Banco Mundial o políticas como la ONU o la CPI. Paradójicamente, en el caso de Uganda no existió presión económica, atendiendo a la utilidad que el Estado prestaba a la comunidad internacional como un aliado en la región africana de Los lagos.

Así como la moralidad universal, la definición de la categoría de *humanidad* como víctima, también está delimitada por los intereses políticos, culturales y económicos. Desde una dimensión crítica se verifica una elaboración simbólica del concepto en las situaciones del Congo, Uganda, Sudán y Costa de Marfil. En efecto, la Fiscalía y las SCP justifican cómo la humanidad se sintió lesionada con los crímenes ocurridos dentro de los países mencionados. Sin embargo, al considerar la debilidad institucional de dichos Estados, las prácticas ocurridas al interior de estos países, en últimas solo lesiona a su población y eventualmente a los países vecinos.

Con base en dicho simbolismo, el ejercicio del poder en el derecho penal y su uso en la comisión de crímenes se discute la imparcialidad del DPI. A pesar de las declaraciones del ex Fiscal Luis Moreno Ocampo en las que afirmaba que las decisiones adoptadas por la Fiscalía y la CPI estaban exentas de aspectos políticos y se regían únicamente por factores legales. Y que por ello, a su juicio, el derecho internacional había nacido a partir de las lecciones que habían dado las violaciones masivas de la guerra y los genocidios, por lo que era la única vía eficiente para prevenir la violencia y las atrocidades (Moreno Ocampo, 2009,

p. 13). De acuerdo con lo investigado, la facultad discrecional de la Fiscalía de la CPI está marcada por diversas consideraciones políticas.

Dicha potestad puede ser clasificada en cuatro formas: apolítica, pragmática, estratégica y reservado. Bajo la primera clasificación, la Fiscalía solo hace una evaluación de la complejidad del crimen y se basa la apertura de investigación en la gravedad. En una forma pragmática, se valora la efectividad de la intervención de la justicia penal internacional. Bajo la evaluación estratégica se determina la importancia y qué fortalecimiento brinda a las relaciones diplomáticas, valorando caso a caso en la realidad geopolítica. Finalmente, la investigación más reservada, se refiere a la decisión del Fiscal de dejar las decisiones a merced de los intereses de los Estados líderes (Bosco, 2013, p. 10).

Dicho poder discrecional permite afirmar que el derecho penal internacional es un poder moral, en cuanto de la realidad y de los propios intereses de la comunidad internacional se deriva la moralidad y las conductas a perseguir y sancionar con el derecho penal en el contexto internacional (M. Findlay & Henham, 2009, p. 39).

Ciertamente, la discrecionalidad política fue evidente en cada uno de los casos analizados. Ejemplo de ello ocurrió en la RDC, donde la Fiscalía realizó su investigación solo en la región de Ituri, dejando al gobierno seguir controlando operaciones y ejecutando crímenes en el resto del país, con el fin de mantener la cooperación y las donaciones del gobierno congoleño (M. Findlay, 2013, p. 310).

Así mismo se devela en las situaciones de Uganda y Sudán. Sobre la primera con el interés de mostrar legitimidad internacional aun relegando el supuesto objetivo principal de obtención de la paz. En aras de presentarse como un cuerpo coercitivo acudió al derecho penal retributivo. A través de ello se da una forma de legitimidad y de amenaza sobre los crímenes que influye en la percepción de las víctimas y de la población legitimando el accionar de órganos como la CPI.

En el segundo caso, la oposición pública del Estado a los intereses de los Estados en ejercicio de poder marcó la discrecionalidad de la Fiscalía de la CPI. Reiterando que el control del delito en la era global, a partir de las explicaciones de Barak, se trata modelo de *sistema mundial*. En el que no solo se interviene con la retribución punitiva, sino desde la política externa. Hecho que desde la criminología crítica atiende no solo a la inequidad al interior de los Estados, sino en su interacción con la comunidad internacional.

En todos los países, pero especialmente en Costa de Marfil, se afirmó como única causa del conflicto las diferencias étnicas. Uno de los fenómenos observables es la mezcla cultural en África donde el proceso de colonización no resultó exitoso. El sincretismo se hace evidente en la cultura de las poblaciones africanas. Así se observa en Uganda y Costa de Marfil donde el elemento discursivo era respecto de la fuerza y capacidad de los miembros de los grupos armados dada por fuerzas sobrenaturales en las cuales los nativos creían y de donde derivaba la construcción de nacionalismos radicales.

Hechos que sirvieron para reducir el origen de los crímenes estudiados por el derecho penal internacional a un de carácter étnico. No solo, los países investigados por la CPI, sino Ruanda y Yugoslavia donde se establecieron los Tribunales Ad- Hoc. El reconocimiento de dicho origen ha sido utilizado como una «*táctica política de élites*», en el sentido que los grupos con mayor poder político y económico han empleado este discurso como una estrategia para la incitación a la violencia masiva (Álvarez, 1999, p. 383).

Ahora bien, con respecto al modelo económico, es palpable que el continente africano no ha dejado de tener la presencia de países industrializados y aun depende de ellos. Si bien existieron procesos de independencia, estos solo modificaron del modo de insertarse en el contexto internacional. Uno de los modos en que han intervenido y los países voluntariamente los han aceptado es la concesión económica, la firma de tratados internacionales y el compromiso de mantenimiento de paz frente a los conflictos civiles que allí se han presentado (Bidaurratzaga et al., 2011, p. 42).

Con todo lo anterior, la intervención de la justicia internacional en Estados donde han ocurrido conflictos va en detrimento de la consolidación de la paz. En los Estados investigados por parte de la CPI y donde se esperaba adelantar o habían sido llevados a cabo procesos de paz, la injerencia resultó más lesiva en tanto los sujetos investigados son aquellos que tienen capacidad de negociación y que han sido parte de una fuerza importante en el conflicto. Lo que hace que su participación en el Estado, y no su enjuiciamiento, resulte de mayor importancia para la consolidación de la paz.

En términos de prevención se ha afirmado que la justicia penal internacional puede ser valorada tanto positiva como negativamente. Los defensores del derecho penal internacional han indicado que la elaboración de procesos en contra de criminales aun cuando ya han ocurrido las violaciones a derechos humanos, son un modo de prevención a largo plazo, en el sentido de desnaturalizar la violencia y juzgarla de modo que la sociedad convierta en inaceptable lo que había asumido como normal dentro del contexto de conflicto.

Ahora, a partir de lo referido, cuando se tiene en cuenta que las violaciones de DDHH se dan por parte de los poderosos y en su mayoría con la aquiescencia estatal como ocurre en los países analizados, los procesos de transición enfrentan un reto adicional en el sentido que no se trata de perseguir únicamente individuos con la implementación de la justicia transicional sino de dismantelar la relación entre las estructuras legales, burocráticas y coercitivas de los Estados con los actores armados y la agresión a la población civil (Uprimny, Sánchez Duque, & Sánchez León, 2013, p. 111).

Al respecto se presenta una paradoja como quiera que la justicia internacional enfatiza en la responsabilidad individual mientras la comisión de los crímenes por su propia naturaleza tiene un carácter colectivo y organizado (M. Findlay & Henham, 2009, p. 45).

Por lo que bajo este objetivo se desconoce la utilidad de la imposición de modelos de justicia extraordinaria en la terminación del conflicto. La justicia transicional se posiciona en el contexto jurídico y político como uno de los términos con mayor relevancia en la resolución de conflictos. Una de las formas de medir el éxito del modelo de justicia transicional es a

partir de las reformas políticas y si estas contribuyen a la reconstrucción y consolidación de la democracia (Ambos, 2008, p. 22)

De hecho, desde una visión de costo-beneficio, la justicia penal internacional no es llamativa como medio para la terminación del conflicto. Aquellos que hacen parte del Estado y cometen atrocidades, no tienen interés en dejar de cometerlas, no solo porque la justicia penal internacional la asumen como una de carácter débil y sin la capacidad suficiente de persecución, sino porque someterse a esta no les garantiza un proceso benevolente que les permita considerar que es más benéfica la terminación de los crímenes que continuar con su comisión (Ku & Nzelibe, 2006, p. 818).

Si bien, la afirmación de la teoría economicista para la explicación de las atrocidades no es del todo aceptada, la influencia de la comunidad internacional en términos económicos si debe tenerse en cuenta. El hecho de que existan países con una organización política maleable permite a organizaciones como el Fondo Monetario Internacional aprovechar la situación y utilizar a políticos con intereses electorales pasajeros y profundizar en las crisis de los países, como en el caso de Uganda (Reyes Lugardo, 2010).

La elaboración y establecimiento de un proceso penal internacional en cada uno de los Estados señalados además de demostrar su ineficacia, devela la indiferencia por el ser humano. Así como ocurrió en Ruanda, los procesos se adelantan a una distancia considerable del país de ocurrencia de los hechos, aleja a las víctimas de tener acceso a la justicia y la verdad, dejando de lado los sentimientos locales que en últimas son aquellos con los que se puede aspirar a una reconciliación (Álvarez, 1999, p. 408).

Es por ello por lo que la perspectiva criminológica que se emplee desde el derecho internacional está marcada no solo por el contexto sino por los objetivos que la comunidad se plantee. En tal sentido, si el objetivo es la reconciliación hacia allí se direccionarán los objetivos, de otra parte, si la meta es la cohesión social y su unificación, se planteará una

reconciliación en sentido limitado referido a las organizaciones nacionales con los estándares internacionales.

Aunque los contextos de cada Estado hacen que se establezcan diferentes objetivos, desde la criminología se observa un factor común referido a la dicotomía entre justicia y paz. De tal suerte que se han establecido unas metas comunes a la sociedad en posconflicto que tienen la virtualidad de ser abordadas de manera diferente.

Así, Michael Reisman ha precisado que los siete objetivos son (i) prevenir violaciones al orden público que están a punto de ocurrir, (ii) suspender las violaciones al orden público que están ocurriendo, (iii) disuadir en general, las potenciales violaciones al orden público a futuro, (iv) restaurar el orden público después de que ha sido violados, (v) corregir el comportamiento que genera violaciones al orden público, (vi) rehabilitar a las víctimas que han sufrido daños por la violación al orden público y (vii) reconstruir un sentido social que remueva las condiciones para que aparezcan violaciones al orden público (Reisman, 1996, pp. 75-76).

Así mismo, en lo que se refiere a la intervención de la CPI en el marco de procesos de paz, el interés debe dirigirse al apoyo al Estado y la prevención de los crímenes. A saber, las acciones del derecho penal internacional en la construcción de paz principalmente deben ser: a) fortalecer los sistemas de justicia nacionales; b) vigorizar la democracia estatal; c) colaborar a los procesos de reconciliación supranacionales e intrasociales; f) ofrecer una reparación del daño causado a las víctimas y; g) prevenir la aparición de nuevas conductas ilícitas. Cada una de estas acciones serán analizadas a continuación (Servín Rodríguez, 2015, p. 150).

Lo anterior significa que la intervención del derecho internacional depende de la elección que se haga para la aplicación del derecho. Por ejemplo, qué derecho usar (nacional, internacional), qué condiciones prevalecen (reconciliación o justicia punitiva), si se prioriza la necesidad de las víctimas o el debido proceso (Uprimny et al., 2013, p. 116). Por lo que, para la resolución de cada cuestionamiento y la elección de la injerencia o no influyen los

factores institucionales e individuales, pero especialmente el denominado orden mundial que establece unos objetivos y contexto al cual deben ceñirse las prácticas estatales.

Es innegable la injerencia en la soberanía nacional en cada uno de los países analizados. Paradójicamente la comunidad internacional en decisiones estatales o conjuntas a través de organismos como la CPI interfiere en los Estados donde ocurren violaciones a derecho humanos, pero lo hace una vez los países dominantes política y económicamente han hecho intervenciones fallidas. Ejemplo de ello no solo son las dictaduras promovidas en los países africanos sino las políticas económicas favorables a sus grupos empresariales.

Reiterando la contradicción entre la protección humanitaria y la realidad. En Costa de Marfil además de institucionalizar la democracia se reclamó la violación a derechos de los niños, así como en la RDC con la explotación minera. Empero, en la actualidad la violación a los derechos de los niños y su utilización en el conflicto y los beneficios de las transnacionales sigue existiendo.

Así como lo define el construccionismo existe un nexo conceptual entre la interpretación y el significado, por lo que la realidad no está distante del discurso y del público a quien se dirige (Villa, 1999, p. 300). De tal suerte, que el discurso, uso y promoción del derecho penal internacional obedece igualmente al dinamismo que la realidad política produce y por ende se moldea para la protección y prevalencia de ciertos derechos e intereses.

### **3. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD COMETIDOS EN EL CONTEXTO DEL CONFLICTO ARMADO Y SU TRATAMIENTO EN EL PROCESO DE PAZ COLOMBIANO.**

Si bien no puede señalarse una única causa del conflicto armado colombiano, es preciso elaborar la contextualización de este. Ello no significa un análisis del mismo o su descripción detallada, sino la comprensión general del mismo para atender a la comparación con los conflictos previamente referidos. En razón de su complejidad, actores, crímenes y víctimas.

La violencia en Colombia puede ser dividida en dos fases fundamentalmente. La primera referida a aquellos conflictos campesinos y partidistas ocurridos entre 1940 y 1960. La segunda referida a la guerra contrainsurgente surgida en la década de los sesenta (Gutiérrez, 2015, p. 2). El análisis de la terminación, los crímenes y el Acuerdo de Paz pactado se refiere a esta última etapa. Pese a establecer una fecha un periodo histórico de inicio, es importante advertir que la guerra ha sido compleja por el número de actores participantes, pero especialmente por la connotación política y económica que se le ha impreso.

Al iniciar los años sesenta y desde el siglo pasado Colombia presentaba una constante violencia política entre los dos partidos tradicionales: liberal y conservador. El sectarismo y el uso de la fuerza para la imposición de una u otra ideología política era el aspecto común en la sociedad colombiana que vivía entre la muerte y el despojo de tierras. De tales circunstancias, las élites optaron por una transición política a través del gobierno militar de Gustavo Rojas Pinilla y posteriormente el establecimiento del Frente Nacional en el que

durante dieciséis años se repartían el poder (Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (Colombia), 2013, p. 115)

Esta figura favoreció el uso de la fuerza militar y la lógica anticomunista que se apoderaba del mundo en medio de la guerra fría. Con ello, la participación política de cualquier alternativa era reducida por no decir que anulada. El rezago de la violencia bipartidista, «los intentos del Ejército Nacional de recuperar el territorio, la limitada capacidad del Frente Nacional para insertar grupos organizados; y la dificultad para desvertebrar las relaciones que los gamonales y poderes locales habían mantenido con grupos armados» (Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (Colombia), 2013, p. 115) fueron los factores que influyeron para la irrupción de grupos guerrilleros.

Colombia se mantuvo en un periodo de violencia entre los grupos campesinos y el intento del Estado por retomar el control militar. En 1964 las Fuerzas Armadas ejecutaron el ataque a Marquetalia, donde se concentraban los campesinos alzados en armas. Hecho que precipitó el tránsito de las FARC-EP hacia su definición como organización guerrillera (Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (Colombia), 2013, p. 121).

En paralelo con estos hechos nacieron el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y el Ejército Popular de Liberación (EPL). Ejércitos de jóvenes educados por los lineamientos revolucionarios de Cuba y China, de donde surgió el Movimiento Revolucionario Liberal (MRL). Los miembros disidentes de este movimiento viajaron becados a Cuba donde recibieron entrenamiento militar y regresaron a organizar el grupo guerrillero que más tarde sería el ELN (Molano, 2015, p. 42). A la fecha con este grupo insurgente no existe ningún acuerdo para la terminación del conflicto.

Pese a la existencia de estos grupos armados y el surgimiento de la guerrilla urbana del Movimiento 19 de abril (M-19, en adelante) a raíz del fraude electoral de 1970, su presencia era periférica y minoritaria. La guerra de baja intensidad se vio fortalecida por el descontento generalizado de la población que derivó en la protesta social. «se registraron 9.981 protestas

sociales entre enero de 1985 y diciembre de 1990, lo que significa 302 al año; en promedio, prácticamente una por día» (Zubiría, 2015, p. 37). Ante lo cual se respondió por la fuerza y la imposición de estrategias militares para la represión de la población, lo que sumado a la crisis económica y rural derivó en el fortalecimiento de los grupos insurgentes.

Este fortalecimiento también fue motivado por la unión de los grupos armados. Las guerrillas colombianas del ELN, el EPL, el M-19, el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT, en adelante), el Movimiento Armado Quintín Lame (Quintín Lame, en adelante) y el movimiento de Integración Revolucionario Patria Libre (MIR, en adelante) constituyeron la Coordinadora Nacional Guerrillera. Posteriormente, con la anexión de las FARC-EP en el año 1987, dicha Coordinadora se pasa a llamar la Coordinadora Nacional Guerrillera Simón Bolívar (CGSM, en adelante) (Aguilera Peña, 2014, p. 153). Las confrontaciones se incrementarían en razón de ello.

De dicha respuesta es importante resaltar el proceso de estigmatización que inició hacia las organizaciones y su vinculación con el comunismo, culpándolas de la situación económica y de conflicto. De allí que, también los hacendados con base en el Decreto 3398 y la Ley 48 de 1968 promovieran grupos armados para repeler a los grupos guerrilleros, incluso en alianza el Ejército colombiano (Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (Colombia), 2013, p. 136). Hechos que serían las bases para la incursión de las autodefensas paramilitares como nuevos actores del conflicto.

La década de los ochenta se vio marcada por la presencia de todos los grupos referidos en constante conflicto, más dos elementos fundamentales: la creación de la Unión Patriótica (UP), fruto de los diálogos de La Uribe, y la presencia del narcotráfico. Sobre el primer factor, se trató de la conformación del partido político como mecanismo para crear una fuerza política de izquierda, al que diversos comandantes de las FARC-EP se adhirieron. De esta manera, La UP obtiene en poco tiempo importantes logros y, «En alianza con el Partido Comunista logra cinco curules de senador y nueve de representantes a la Cámara. En las elecciones locales de 1988, las primeras que se realizan bajo la modalidad del sufragio

universal conquistan 23 alcaldías.» (Pécate, 2016, p. 33); hechos que conmocionarían a la élite política y a las fuerzas militares.

La UP terminaría siendo eliminada a raíz de la muerte, desaparición y exilio de sus integrantes. Se trata de la razón por la cual el sistema jurídico colombiano contempla la posibilidad de perseguir penalmente el genocidio político, pues todos sus miembros fueron amenazados y vulnerados en razón a su pertenencia a dicho grupo. La persecución sistemática a la UP (a otras organizaciones de izquierda), comunidades e indígenas, con frecuencia se dio en regiones donde estas vertientes políticas habían desplazado electoralmente a la clase política tradicional (Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (Colombia), 2013, p. 140).

Sobre el segundo aspecto, el narcotráfico se presentó en una modalidad dual. De una parte, como enemigo del Estado y de otra como uno de los apoyos de las Fuerzas Armadas para la persecución de los grupos insurgentes. La fuerza del tráfico de drogas se reflejó en la potencialidad económica que ello dio a la periferia. Las demandas hechas al Estado se hicieron realidad, «crédito, vías, acceso a salud, educación, diversión, (...) los terratenientes se toparon con una demanda inusitada de tierras que valorizó sus propiedades» (Molano, 2015, p. 47). Sin embargo, la lucha contra el narcotráfico de parte de Estados Unidos puso al Estado colombiano en la tarea de perseguir a sus promotores.

Ahora, sobre la segunda perspectiva, el dinero del narcotráfico favorecía a los grupos contra insurgentes a los que patrocinaba para la erradicación de las guerrillas. Con el surgimiento de los carteles del narcotráfico la violencia se agudizó y se reflejó en las áreas urbanas. El fortalecimiento de los grupos de narcotráfico implicó violencia selectiva y la constante ejecución de actos contra la institucionalidad, aquella que apoyaba la extradición (promovida por el presidente Belisario Betancourt). De modo que, el Estado colombiano entró en una guerra contra las guerrillas y presuntamente contra los grupos narcotraficantes, mientras legitimaba la existencia de fuerzas paramilitares. Hasta antes de 1991, Colombia permaneció en constante Estado de Sitio.

Por otra parte, la década de los noventa inicia con un periodo de transición por la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente. En 1991, producto de un movimiento popular y la necesidad de cambios a la institucionalidad se firmó la Constitución de 1991, hasta hoy vigente. De un lado se dio paso a la apertura democrática, el reconocimiento de libertades y derechos fundamentales para su protección; el pluralismo étnico y religioso y la institucionalización de un Estado garante del individuo. Ello, sin embargo, no significaría el cese de la violencia.

A pesar de los postulados de la Constitución de 1991 y obtener la desmovilización de grupos como el M-19 se incrementó el conflicto entre los grupos guerrilleros, el Estado y los grupos paramilitares reunidos bajo el nombre de Autodefensas Unidas de Colombia. Los enfrentamientos se vieron agravados por la financiación del narcotráfico a todos los actores del conflicto.

Por una parte, el paramilitarismo se vio favorecido por el apoyo de algunos sectores de la Fuerza Pública y de élites políticas y sociales. Además de ser financiados por grupos económicos el discurso contrainsurgente era bien recibido por la comunidad. De hecho, la creación legal de organizaciones en las que los civiles participaran de la vigilancia a través de las Cooperativas de Vigilancia y Seguridad Privada (Convivir) en 1994 en el departamento de Antioquía por mandato del entonces gobernador Álvaro Uribe Vélez, y que posteriormente, dio lugar a la creación de más grupos de carácter privado que desembocaron en el paramilitarismo, fueron aliciente para acentuar las dinámicas complejas de la guerra. Por su parte, las guerrillas no desmovilizadas: FARC-EP, EPL y ELN también obtuvieron réditos del narcotráfico lo que fortaleció su accionar militar.

De otra parte, la irrupción de múltiples actores en la competencia política trajo como consecuencia la radicalización de la guerra, al punto que, la eliminación física tanto de las figuras directas como de las indirectas fue un hecho ostensible. La muerte de candidatos y figuras de la política marcó la transición de los años ochenta a los noventa. Sin contar con la constante presencia del narcotráfico en todas las instancias Estatales e insurgentes. Por

ejemplo, a pesar de la muerte de Pablo Escobar en 1993 se demostró cómo el dinero producto del tráfico de drogas seguía presente, lo que se tradujo en la apertura de investigación del entonces presidente Ernesto Samper por la financiación de su campaña.

El Estado continuó como una entidad ilegítima y sin presencia en todo el territorio colombiano. De ello que, «entre 1996 y 2005 la guerra alcanzó su máxima expresión. El conflicto se transformó en una disputa a sangre y fuego por las tierras, el territorio y el poder local» (Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (Colombia), 2013, p. 157). Los grupos paramilitares y guerrilleros se habían fortalecido de tal suerte que sus conflictos dejaban en medio a la población civil, que no contaba con la protección estatal, bien por su incapacidad o bien por su cooperación con los grupos paramilitares.

Con la presidencia de Andrés Pastrana Arango en el año 1998, se realizó el acuerdo de paz con las FARC-EP en la que se habilitó una zona de despeje en San Vicente del Caguán, departamento de Caquetá, el cual, resultó fallido y con resultados negativos, pues, con el otorgamiento de zonas de distensión a la guerrilla permitió su fortalecimiento militar y contribuyó a la realización de ataques a la población civil, la privación de la libertad de militares y el secuestro de civiles y miembros de la política nacional.

La terminación del periodo presidencial de Andrés Pastrana se vio marcado por el cambio de un gobierno tradicional y negociador a uno de repliegue militar en contra de las FARC-EP en cabeza del presidente dos veces electo Álvaro Uribe Vélez (2002 - 2010). Este periodo también trajo consigo la desmovilización de miembros del paramilitarismo, a través de la Ley de Justicia y Paz. De esto surgió el fenómeno denominado *parapolítica* como el intento por cooptar el poder estatal, desde el paramilitarismo en asocio con grupos políticos, económico y militares.

Ahora bien, tanto los grupos guerrilleros como los paramilitares ejecutaron actos de afectación a la política nacional y hechos de máxima crueldad. Los actos de los grupos armados se reducían a su interacción en todo el territorio nacional, en el que se colocaba a

la población civil como instrumento de uno o de otro grupo, lo que traía como consecuencia directa la violación de derechos humanos. Las guerrillas atacaban a la población civil bajo las modalidades de tomas armadas a los municipios o, poniendo como objetivos militares edificaciones de la institucionalidad, como también, realizaron masacres, aunque, en menor medida que los grupos paramilitares.

Además del desplazamiento forzado a raíz de la violencia entre los diferentes actores, la modalidad de ejecución de los crímenes fue de naturaleza atroz. Los grupos paramilitares, por ejemplo, recurrieron a la práctica del terror y crueldad extrema, con utilización de mecanismos asociados como el degollamiento, descuartizamiento, decapitación, incineración, castración, empalamiento y las quemaduras con ácidos y sopletes (Consejo Nacional de Memoria Histórica, 2015, p. 162). El ataque a los municipios, las masacres y las desapariciones que dieron como respuesta la incertidumbre de parte de la población, fueron hechos recurrentes de grupos paramilitares, guerrilleros y militares.

En síntesis, podemos señalar que el conflicto armado en Colombia no ha sido de menor envergadura que los analizados previamente. Ni por el número de víctimas ni por la clase de delitos cometidos ni por la modalidad de su comisión. La población civil fue, en la gran mayoría de enfrentamientos y acciones bélicas, la víctima principal. Además de los homicidios, la violencia sexual, la tortura, los tratos crueles e inhumanos, el secuestro y la desaparición forzada el conflicto estuvo determinado por el desplazamiento forzado y la violencia generalizada. Por ello, no es gratuito que, en el informe «¡Basta Ya!: Memorias de Guerra y Dignidad» del año 2013 se retraten las siguientes cifras en el periodo de 1985 a 2012:

	Secuestro	Asesinatos Selectivos	Masacres
Guerrillas	24.482	3.899	343
G. Paramilitares	2.541	8.903	1.166

Fuerza Pública	---	2.399	158
Grupos Armados no Identificados	---	6.406	295
Grupos Paramilitares y Miembros de la Fuerza Pública u otros grupos Armados	---	---	20
<b>Total</b>	27.023		

*Tabla 1 Número de Víctimas en Colombia. Tomado de Informe ¡Basta ya!*

### **3.1 El acuerdo de paz entre el Gobierno Colombiano y las FARC-EP-EP**

#### **3.1.1 Antecedentes y fase exploratoria**

El 4 de septiembre del año 2012, una de las noticias que más impactó al pueblo colombiano en su historia reciente fue el anuncio oficial del presidente de la República Juan Manuel Santos de iniciar el Acuerdo general para la terminación del conflicto armado entre el Gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP - EP).

En dicho anuncio, el presidente señaló que se acogería a tres principios fundamentales para emprender una negociación efectiva. El primero, fue el de aprender de los errores y aciertos del pasado para no crear falsas expectativas, pues, los intentos fallidos de las negociaciones pasadas daban para generar ciertas suspicacias respecto a estas. En segundo lugar, lograr definitivamente el fin del conflicto armado y su prolongación y; por último, no ceder territorio nacional en vista de los antecedentes de las conversaciones en los gobiernos anteriores.

Las conversaciones exploratorias, según la alocución presidencial, se llevaron de manera secreta, durante seis meses a la firma de la instalación de las negociaciones en la ciudad de La Habana, con el acompañamiento de delegados de los gobiernos de Cuba y Noruega como mediadores y, los de Venezuela y Chile, además de expertos internacionales como acompañantes. Este Acuerdo, estableció un proceso metodológico dividido en tres fases: 1. una fase exploratoria, la cual definió una agenda sintética y unas normas de procedimiento específicas; 2. unas sesiones de trabajo cerradas y directas, es decir, discusión sin interrupciones y sin intermediarios sobre los puntos pactados y; 3. la implementación simultánea de todo lo acordado con las correspondientes garantías y mecanismos de verificación y de participación ciudadana (El País, 2012b).

Los seis puntos pactados en la Agenda para la terminación del conflicto giraron en torno a seis puntos esenciales, no sin antes advertir que, no se suspenderían las acciones militares en las zonas de conflicto. Así, estos fueron los puntos:

1. El desarrollo rural, el cual tenía como fin establecer la implementación de medidas que contribuyeran al acceso a la tierra, como también llevar infraestructura a los lugares más apartados del territorio nacional.
2. Garantizar el ejercicio de la oposición política y de participación ciudadana, tanto de los miembros de las FARC-EP como de los movimientos sociales.
3. Finalizar el conflicto armado, esto es, la dejación de las armas y la reintegración de las FARC-EP a la vida civil.
4. Generar una discusión en torno al problema del Narcotráfico para su superación.

5. Satisfacer el derecho de las víctimas frente a la Verdad, Justicia, Reparación y garantías de no repetición. (El País, 2012b)

6. Monitoreo y seguimiento a los acuerdos (Santana Rodríguez, Pedro, 2014, p. 4)

Las delegaciones que estuvieron a cargo de realizar los primeros acercamientos fueron los siguientes:

Por el gobierno, el Alto Consejero de la Seguridad Nacional, Sergio Jaramillo; el Ministro de Medio Ambiente y Ex comisionado de Paz, Frank Pearl; el periodista y hermano del presidente Santos, Enrique Santos Calderón y el expresidente César Gaviria. Los delegados de las FARC-EP serían el llamado canciller de esa guerrilla, alias Rodrigo Granda; Jaime Alberto Parra, alias El Médico o Jaime Jaramillo, quien es miembro del Secretariado del grupo subversivo y Jesús Emilio Carvajalino, alias Andrés París, integrante del Frente Internacional de las FARC-EP (El País, 2012a).

Un antecedente relevante que determinó el avance del acercamiento para el proceso de paz fue, la difusión de un video en julio del año 2010 en el que Guillermo León Sáenz alias «Alfonso Cano», jefe del Estado Mayor de las FARC-EP para ese entonces, expresó su disposición para conversar con el nuevo gobierno en cabeza de Juan Manuel Santos. En dicho anuncio, señaló cinco puntos en los cuales se podría entablar dicha conversación: 1. las bases militares de Estados Unidos en territorio colombiano; 2. los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario; 3. la tierra; 4. el régimen político y; 5. el modelo económico. (Fisas, Vicenç, 2010, p. 15)

De igual manera, para el 4 de agosto de 2010, el Ejército de Liberación Nacional (ELN), por su parte, se mostró igualmente interesado en construir una salida al conflicto interno colombiano con la condición de que intervengan para un eventual diálogo los integrantes de

los países que conformaban la UNASUR y demás delegados de organizaciones internacionales. El día 7 de agosto de 2010, día de la posesión presidencial de Juan Manuel Santos, en su discurso señaló que «la puerta del diálogo no estaba cerrada con llave», agregando además lo siguiente:

Yo aspiro, durante mi gobierno, a sembrar las bases de una verdadera reconciliación entre los colombianos. A los grupos armados ilegales que invocan razones políticas y hoy hablan otra vez de diálogo y negociación les digo que mi gobierno estará abierto a cualquier conversación que busque la erradicación de la violencia, y la construcción de una sociedad más próspera, equitativa y justa. Esto sí –insisto- sobre premisas inalterables: la renuncia de las armas, el secuestro, el narcotráfico, a la extorsión, a la intimidación. Pero mientras no liberen a los secuestrados, mientras sigan cometiendo actos terroristas, mientras no devuelvan a los niños reclutados a la fuerza, mientras sigan minando y contaminando los campos colombianos, seguiremos enfrentando a todos los violentos, sin excepción, con todo lo que esté a nuestro alcance (Fisas, Vicenç, 2010, p. 15).

De estas manifestaciones, las cuales respondían más a actos protocolarios, no se tuvo ningún avance, pues, la política por la cual había sido elegido el gobierno de Juan Manuel Santos se decantaba por la lucha antiterrorista de su predecesor Álvaro Uribe Vélez quien, había desarrollado un programa específico denominado el Plan Patriota dentro de una política de Estado llamada la Seguridad Democrática.

La lucha antiterrorista del Plan Patriota de Álvaro Uribe Vélez, según Mario Aguilera, consistió en tres etapas durante el 2002 al 2008: Primero, la «ofensiva sobre Cundinamarca en la llamada Operación Libertad, para desmontar el cerco guerrillero que se estaba construyendo sobre la capital del país». En Segundo lugar, la destrucción de «[...] la retaguardia estratégica o como dice Marks, el «contra-Estado» de las FARC-EP» y; en tercer lugar, ya para el año 2007 como complemento «[...] el Plan Consolidación que continuó con las directrices anteriores y elevó el pie de Fuerza Pública de 307.703 en el 2002 a 424.873, en julio de 2008» (Aguilera Peña, Mario, 2012, p. 101,102).

Este programa antisubversivo que heredó Juan Manuel Santos, y que había dado golpes trascendentales a la estructura de las FARC-EP, vio su punto álgido en el mes de septiembre del año 2010 cuando se dio de baja al máximo jefe militar de la organización guerrillera, Jorge Briceño alias «Mono Jojoy». La muerte de este líder guerrillero, además de conmover fuertemente al grupo subversivo, precedió a un comunicado en el mes de octubre por parte de estos en el que manifestaban

su rechazo a las propuestas gubernamentales de desmovilización y rendición, afirmando que 'no iban a desistir después de más de 40 años de lucha, ni a aceptar una falsa paz'. En el comunicado señalaban no obstante que 'Acuerdos de paz sí, pero, el punto cardinal es: ¿con o sin cambios estructurales en lo político y social?' (Fisas, Vicenç, 2010, p. 16).

El rechazo a las propuestas de desmovilización y rendición con fuertes críticas desarrolladas desde la cúpula misma del grupo insurgente, venían ancladas al declive del poderío militar y político que tenía para aquel entonces. En efecto, las FARC-EP entre el año 2007 y 2011, según Mario Aguilera Peña, no solo perdieron miembros del secretariado, sino que entre el 2007 y el 2009 se presentó el periodo más alto de desmovilizaciones individuales. Aunado a lo anterior, el pie de fuerza militar insurgente generó un retroceso de la actividad territorial, pues, luego de encontrarse activos en el 2002 con presencia en 377 municipios, esta:

se redujo a 142 en el 2010, manteniendo cierta influencia particularmente en regiones relativamente pobladas y aledañas a zonas fronterizas y selváticas. [...] Y por otro es también dicente que para el periodo 2003–2006, desarrollaran 3.259 acciones armadas mientras que para el periodo 2007–2010, hayan bajado a 1.437 (Aguilera Peña, Mario, 2012, p. 102).

Pese a las cifras anteriores, según la Corporación Nuevo Arcoiris, la evolución anual de las acciones bélicas de las FARC-EP desde el 2009 hasta el 2011, fue bastante significativa,

pues, con la llegada de “Alfonso Cano” y su Plan de Reestructuración militar los ataques tomaron el siguiente resultado para los primeros 6 meses de cada año:

	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio
2009	95	139	203	121	160	137
2010	139	141	218	163	212	139
2011	169	174	239	187	182	165

(Valencia, León & Ávila, Ariel, 2011, p. 3).

Para finales del año 2010, y en esa atmósfera de fuertes confrontaciones de parte y parte se daba a entender, como señala Vicenç Fisas, que no existían las condiciones para que se iniciaran unos diálogos de paz. Sin embargo, también se observaba que, las declaraciones tanto de las FARC-EP como del ELN se dirigían hacia una salida política negociada del conflicto armado, lo cual, hacía pensar que dichas guerrillas tenían gran interés por iniciar acercamientos con el gobierno del presidente Juan Manuel Santos (Fisas, Vicenç, 2010, p. 16).

El 7 de marzo del año 2011, según fuentes periodísticas sucedió un nuevo episodio que vinculó a Cuba con unas conversaciones exploratorias entre el gobierno colombiano y las FARC-EP. Para esa fecha, el presidente Juan Manuel Santos se reunió en la Habana con su homólogo, Raúl Castro, mandatario cubano y el presidente de Venezuela, Hugo Chávez, quien se encontraba allí realizando un tratamiento contra el cáncer. Este encuentro, «sirvió para que los dos países acordaran apoyar a Colombia en este propósito y se abrió el camino para ese objetivo» (El País, 2012a).

Por ello, en mayo del 2011, se comenzó a especular que existían las intenciones del gobierno para desarrollar unos diálogos de paz con las FARC-EP, pues, fue diciente también el hecho de que se diera trámite a la Ley de Reparación de Víctimas en el Congreso. (El País, 2012a).

Sin embargo, y pese a las tratativas de paz mencionadas, las estrategias militares de los ejércitos en contienda no disminuyeron, acentuándose contrariamente desde cada una de sus

posiciones. Para el caso de las FARC-EP, el comandante «Alfonso Cano», «caracterizado por su dogmatismo ideológico logró darle al grupo guerrillero una nueva estrategia militar y un nuevo rumbo político» (Valencia, León & Ávila, Ariel, 2011, p. 14).

En efecto, recomendó prestar mucha atención al trabajo de masas. Esto implicó, la necesidad de reconstruir el PC3 y fortalecer el Movimiento Bolivariano, facciones clandestinas y urbanas que incidían en las zonas donde las FARC-EP no tenían presencia directa. Así, esta reactivación de estos movimientos se Leyeron como la consecuencia de que el ejército colombiano había ganado espacios geográficos por la mala utilización de los recursos sociales de los insurgentes (Aguilera Peña, Mario, 2012, p. 106).

Así las cosas, la FARC-EP, según Aguilera Peña, le apostaron entonces a dos situaciones contingentes, además de la mencionada, buscando re fortalecer sus condiciones político-militares: primero, que la situación social e internacional diera un vuelco a su favor; esto es, que se vieran los efectos de la crisis financiera mundial; que se desarrollara la explotación de conflictos económicos y sociales no resueltos e invisibilizados; que se agotaran los recursos para la guerra; que se llevara a cabo un eventual cambio de la política exterior por parte de los Estados Unidos de Norteamérica frente a la lucha antsubversiva y; que continuaran los gobiernos vecinos inspirados en el proyecto de integración latinoamericana (Aguilera Peña, Mario, 2012, p. 106).

En segundo lugar, le apostaron al mantenimiento del viejo Plan Estratégico concebido 30 años atrás, el cual consistía en un método organizativo en función de unas lógicas de confrontación, acumulación y sostenimiento de una economía insurgente y formas de relación entre la guerrilla y la población civil. Así, la lógica de esta apuesta concreta fue la de, «devolverles la confianza a los pesimistas al interior de sus filas, para evitar que el deterioro de la organización continuara [...] para salvaguardar cierta fuerza y cohesión que les permita sostener el pulso político en la mesa de negociación» (Aguilera Peña, Mario, 2012, p. 106).

Un hecho que repercutió sustancialmente en el advenimiento de las negociaciones de paz del año 2012 fue la muerte del jefe máximo de las FARC-EP «Alfonso Cano», el 4 de noviembre del año 2011 en manos del ejército colombiano. Su reemplazo inmediato en la estructura subversiva fue Rodrigo Londoño alias «Timochenko», quien presentó «cambios significativos al interior de las FARC-EP que de alguna manera anuncian la emergencia de una guerrilla más política que militar, es decir más preocupada por penetrar e influir en las organizaciones sociales, sin que abandone el intento de detener su retroceso militar y de recuperar el terreno perdido» (Aguilera Peña, Mario, 2012, pp. 106, 107).

Como se mencionó anteriormente, los esfuerzos de los delegados internacionales, los países garantes, las FARC-EP y el gobierno de Juan Manuel Santos permitieron que las negociaciones comenzaran en octubre de 2012, en Oslo, la capital de Noruega; para posteriormente trasladarse a la Habana, Cuba. (McDermott, 2013, p. 3).

### **3.1.2 Contexto de la mesa de negociación**

La instalación de la mesa de negociación entre la guerrilla de las FARC-EP y el Gobierno Nacional en cabeza del presidente Juan Manuel Santos, se caracterizó por las múltiples situaciones que se presentaron a lo largo de los diálogos, entre ellos, la continuidad de las hostilidades entre los bandos en contienda, como la oposición férrea que desempeñó la facción política del expresidente Álvaro Uribe Vélez, incluyendo las elecciones presidenciales del año 2014.

En el año 2013, una de las discusiones que resonó frente a las negociaciones con las FARC-EP, fue la de la posibilidad de que se fragmentara y criminalizara el ejército subversivo por la destrucción tanto de su ejército como de sus líderes más comprometidos tanto ideológica como políticamente. A lo anterior, se sumó el debilitamiento de la estructura de mando y un desglose de las unidades, a menudo en grupos de menos de seis combatientes, lo que inevitablemente tuvo un radical efecto en la disciplina que tuvo históricamente el grupo guerrillero (McDermott, 2013, p. 5).

Pese a lo anterior, las negociaciones en La Habana empezaron a dar frutos, pues, el 26 de mayo del año 2013 en rueda de prensa conjunta, los negociadores del presidente Juan Manuel Santos y los negociadores de las FARC-EP informaron a la opinión pública que habían llegado a un acuerdo sobre el problema de la tierra en Colombia. Este acuerdo, que fue titulado «Hacia un nuevo campo colombiano: reforma rural integral», se distinguió, según fue dispuesto en aquella ocasión, porque había logrado establecer una forma de acceso y uso la tierra productiva e improductiva. De esta manera, se logró acordar una manera de formalizar la propiedad, establecer la frontera agrícola y proteger las zonas de reserva campesina, entre otras cosas más (Santana Rodríguez, Pedro, 2014, p. 5).

En noviembre del 2013, continuando las conversaciones se llegó a un acuerdo sobre el segundo punto de la Agenda, esto es, sobre la participación política de los miembros de la guerrilla. El desarrollo de este punto fue clave, pues, algunos analistas anunciaron que, con la superación de estas conversaciones de paz habían entrado en una etapa irreversible, ya que, se tenía de presente que las negociaciones estaban sujetas a acontecimientos coyunturales tales como la denuncia de un supuesto complot de una columna de las FARC-EP para asesinar al expresidente Uribe Vélez o los golpes dados de parte y parte en medio de los diálogos (Wallace, Arturo, 2013).

Pero no sólo eran problemáticos la escalada de violencia presentada, incluso con la muerte de 20 guerrilleros de las FARC-EP en un operativo desarrollado en el municipio de Ricaurte, Nariño en diciembre del año 2012, sino, por la retención de soldados por parte de la guerrilla para enero del año 2013. En efecto, la guerrilla justificó dicha práctica en tanto se asumió que tenían el derecho a «capturar como prisioneros a los miembros de la fuerza pública que se han rendido en combate» (Wallace, Arturo, 2013), pues, para las FARC-EP no eran secuestrados per se, sino 'prisioneros de guerra', tal como se entiende este fenómeno en cualquier conflicto del mundo en el que se da el reconocimiento de actor armado.

Ahora bien, los gobiernos de turno, a excepción del de Juan Manuel Santos, han asumido posiciones contrarias a las tesis elaboradas por las guerrillas respecto a la lectura que se tiene

frente a la existencia o no de conflicto armado interno. Por ello, y a diferencia del anterior, el gobierno del expresidente Uribe Vélez trató de tildar a estos grupos como terroristas para negar la condición de combatientes reconocidos por el Derecho Internacional Humanitario. En ese sentido, se tiene de presente que es entonces la voluntad o ideología de los gobiernos quienes definen las categorías jurídico-políticas que influenciarán tanto las negociaciones de paz, como las responsabilidades penales de las que serían parte los combatientes. (Vargas Padilla, Sandra Patricia, Jaramillo Henao, Juliana, & Ríos Sarmiento, Melissa, 2013, p. 2).

Por otro lado, para el 16 de mayo del año 2014, se llegó a un acuerdo sobre el tercer punto de la agenda, es decir, sobre la solución al problema de las drogas ilícitas. Allí, se estableció que el Acuerdo buscaba dar un tratamiento diferenciado, «promoviendo la sustitución voluntaria de los cultivos de uso ilícito y la transformación de los territorios afectados, dando la prioridad que requiere el consumo de drogas ilícitas bajo un enfoque de salud pública e intensificando la lucha contra el narcotráfico» (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, n.d.)

La lógica por la cual basaron sus argumentos frente a lo acordado, según la revista Semana, tuvo que ver por el panorama desolador del flagelo de las drogas, de las cuales se tenía en las estadísticas de Planeación Nacional que, Colombia era el cuarto país con más consumo en América Latina, además de ocupar los primeros lugares desde hace varios años en cultivos y producción de cocaína. De esta manera, se determinaron 5 puntos por los cuales podrían llevar a cabo una política antidroga efectiva y con largo alcance:

1. Verdad exhaustiva y detallada sobre cultivos ilícitos. Este punto tendría una relación directa con los sujetos procesales de la Jurisdicción Especial para la Paz, quienes debían entregar información exhaustiva y detallada sobre siembra de cultivos ilícitos y sus derivados; zonas de cultivo; rutas empleadas; redes de lavado; entre otros.
2. Sustitución para cultivadores y no cultivadores de siembras ilícitas. Se buscaba contribuir a generar oportunidades de desarrollo rural, no solo a los cultivadores, sino a los demás campesinos en función de la igualdad.

3. Formalización de la propiedad a cambio de territorios libres de ilícitos. Se buscó con el acuerdo, que el gobierno adecuara normas para que las titulaciones de tierras se hagan bajo la condición de que no haya cultivos de uso ilícito en ellas ni resiembra.
4. Renuncia de la acción penal a favor de cultivadores. Este buscaba incentivar a los cultivadores a que se acogieran al programa de sustitución de cultivos.
5. Papel de la familia y de la religión para prevenir el consumo de drogas. Las acciones contra el consumo se harían con el concurso de la familia y la religión, dando un trato correspondiente a las realidades del consumidor (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, s. f.).

Otro de los escenarios que determinaron la continuidad de los acuerdos y un posterior punto de inflexión, fueron las elecciones presidenciales del año 2014 y el plebiscito realizado en octubre del año 2016. Para las elecciones del año 2014, la principal fuerza opositora del proceso de paz, esto es, el Centro Democrático en cabeza del expresidente Álvaro Uribe Vélez, postulan como candidato presidencial a Oscar Iván Zuluaga, quien prometía revertir las negociaciones. En este evento, el presidente Juan Manuel Santos se presenta para su reelección, ganándola en segunda vuelta por un pequeño margen de diferencia contra el candidato del Centro democrático.

Esta votación representó la continuidad del proceso de paz, pero con una fuerza opositora que desembocaría en el triunfo posterior del plebiscito en octubre del año 2016, en donde, los partidarios del «NO», hicieron modificaciones en la forma como se debía llevar a cabo el Acuerdo, pues, se legitimaba la no aceptación de lo acordado en La Habana para aquel año.

### **Antecedentes de los Acuerdos de La Habana**

La Justicia Transicional en Colombia no comenzó con la firma del acuerdo final el 24 de noviembre del año 2016 entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP. Un primer acercamiento a la Justicia Transicional en Colombia estuvo relacionado con la débil Justicia Restaurativa de la Ley 782 de 2002 o Ley de Alternatividad Penal, la cual, tenía como fin promover la desmovilización de los paramilitares que habían participado en el conflicto armado colombiano. Esta Ley, postulaba que quienes habían sido parte de una estructura paramilitar podrían acogerse a su mandato y recibir a cambio un indulto (Uprimny Yepes, R., Restrepo, E. M., & Bagley, B., 2011).

De igual manera, para los paramilitares que habían participado en crímenes de guerra y de lesa humanidad, la Ley preveía que

el paramilitar que hubiera sido condenado por esos crímenes o que los confesara, recibiría formalmente la pena ordinaria prevista por el Código Penal, que era usualmente de cuarenta años aproximadamente; pero que los jueces estaban obligados a otorgar la suspensión condicional de esa pena [...] cuando existiera un compromiso con la paz (Uprimny Yepes, R. et al., 2011, p. 94)

De esta manera, esta Ley no preveía realmente ninguna sanción penal privativa de la libertad a ningún paramilitar que se desmovilizara, ni siquiera cuando habían cometido masacres, asesinatos o desapariciones forzadas, lo que hacía deducir a algunas facciones políticas y a organizaciones nacionales e internacionales de derecho humanos que, esta era una Ley hecha para perpetuar la impunidad, reduciendo «la justicia transicional (JT) a una forma muy débil de justicia restaurativa» (Uprimny Yepes, R. et al., 2011, p. 95).

En efecto, la Justicia Restaurativa, si bien es parte de la Justicia Transicional, también da pie para que su uso, como en el caso de la Ley 782 de 2002, se instrumentalice su finalidad en función de la impunidad. Ahora bien, la Justicia Restaurativa es un paradigma alternativo y crítico del funcionamiento del sistema penal en condiciones de normalidad, lo cual, va en contravía del «carácter represivo y retributivo del derecho penal, que se nutre de gran variedad de fuentes religiosas, culturales y éticas» (Uprimny Yepes & Saffon Sanín, 2006, pág. 118).

De igual manera, la Justicia Restaurativa es un «modelo alternativo de enfrentamiento al crimen que, en lugar de fundarse en la idea tradicional de retribución o castigo, parte de la importancia que tiene para la sociedad la reconciliación entre víctima y victimario» (Uprimny Yepes & Saffon Sanín, 2006, pág. 119). Es decir, que la centralidad de la víctima y la participación del victimario son parte de esta clase de justicia. Por ello, la Ley de Alternatividad Penal o Ley 782 de 2002 fue duramente criticada, pues, no desarrolló los parámetros exigidos para ser reconocida como una Ley propia de la Justicia Restaurativa.

Posteriormente, con la Ley 975 del 2005 o Ley de Justicia y Paz, que sería el nuevo proyecto del gobierno del ex presidente Álvaro Uribe Vélez, se cambió el discurso de la Ley anterior, «que pasó del rechazo absoluto del castigo penal y del silencio del derecho de las víctimas, a la admisión de la importancia de lograr un equilibrio entre las necesidades de paz y las exigencias de justicia» (Uprimny, 2011, pág. 96).

Así, se planteó la necesidad de garantizar el derecho de las víctimas por medio de un castigo indulgente a los perpetuadores de crímenes atroces que confesaran sus delitos y se comprometieran con la reparación. En ese sentido, el desarrollo de esta Ley se basó en buscar la verdad por medio de versiones libres en las que los paramilitares contaran todo acerca de su participación, logrando a su vez, beneficios punitivos tales como condenas de entre cinco y ocho años, sin importar la gravedad del crimen.

Ante esta situación, organizaciones de víctimas, como la Comisión Colombiana de Juristas y Human Rights Watch, entre otros, presentaron críticas a esta Ley, por cuanto se consideró que establecía «requisitos poco exigentes para otorgar el generoso beneficio de la pena alternativa» (Uprimny, 2011, pág. 97). En ese sentido, la crítica se focalizó hacia la formalidad de la norma, la cual, al no especificar asuntos relevantes como las versiones libres, permitía que su aplicación no tuviera el alcance deseado.

## **3.2 Compatibilidad proceso de paz colombiano y DPI**

La primera firma de los Acuerdos de La Habana se llevó a cabo el 24 de agosto del año 2016 en el marco del fin de las negociaciones entre las FARC-EP – EP y el Gobierno del entonces presidente colombiano Juan Manuel Santos. En este primer acuerdo, que pretendió dar por terminado el conflicto armado siguiendo el curso acordado en los seis puntos de la negociación, encontró su más fuerte resistencia desde las críticas generadas por la oposición en cabeza del expresidente Álvaro Uribe Vélez, quien, a su vez, logró posicionar la reformulación de estos en noviembre del mismo año ante la decisión del pueblo de no avalar por medio de un plebiscito las propuestas de negociación acordadas en Cuba.

En efecto, la negativa popular de no permitir la implementación del primer acuerdo, y las propuestas reformativas de los promotores políticos del “NO” a este, señalaron un nuevo derrotero a lo acordado en La Habana, generando cambios en cada uno de los puntos negociados, siendo de especial trascendencia para este trabajo los establecidos en el punto quinto referente a Víctimas y Jurisdicción Especial para la Paz, es decir, el componente de justicia del Acuerdo definitivo.

### **3.2.1 Contexto general de los Acuerdos de la Habana y el Plebiscito por la Paz**

Se tiene de presente que, los Acuerdos de La Habana buscaron en primer lugar, dar por terminado el fin del conflicto armado interno entre la guerrilla de entonces Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP - EP) y el Gobierno Nacional

colombiano en cabeza de Juan Manuel Santos, en función de adecuar una solución que mitigara el problema social- político y económico diagnosticado por las partes respecto a las causas y consecuencias del conflicto interno.

En un segundo lugar, los Acuerdos buscaron después de superada la fase de guerra, desarrollar un nuevo panorama nacional en el que la integración de los territorios, la democratización y la inclusión social fueran el eje transversal de la transición hacia una paz estable y duradera en el territorio colombiano (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, s. f.).

Sin embargo, si bien el Acuerdo general firmado el 24 de agosto del año 2016 logró una aprobación tanto nacional e internacional importante, por ejemplo, como el dado por la Fiscal de la Corte Penal Internacional en la que subrayó que el Acuerdo lograba que el Estado haya afirmado su determinación para acabar con la impunidad de los crímenes más graves; que no se concedieran amnistías ni indultos para crímenes de lesa humanidad y de guerra y; que se diera una centralidad en las víctimas (Semana.com, 2016), el Acuerdo no logró superar la barrera interna de oposición al mismo, viéndose reflejado en la negativa popular en un plebiscito que preguntó por medio del Decreto 1391 del 2016 lo siguiente:

*«¿Apoya usted Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera?»*

De esta pregunta, que resultó con el 50,23% de los votos válidos a favor del NO, y el 49,76% en la opción del SÍ, ocasionó un efecto inesperado en la sociedad, pues, se presumía que la victoria por parte del SÍ sería un hecho, en tanto, el gobierno, las instituciones académicas, la prensa y organismos internacionales, entre otros, desarrollaron una confianza triunfalista en favor de los acuerdos, concluyendo de aquella manera (Universidad del Rosario & Basset, 2017, p. 243).

Del resultado anterior, nació un debate nacional respecto a la reformulación del Acuerdo, originando cambios representativos en los 6 puntos pactados, y en especial en el punto 5 sobre Víctimas y Jurisdicción Especial para la Paz.

### **3.2.2 Propuestas de los principales promotores del “NO” después del Plebiscito del 2 de octubre de 2016**

Ante los resultados del Plebiscito por la Paz, los principales promotores del NO, entre ellos el más representativo, el expresidente Álvaro Uribe Vélez, señalaron que la finalidad de su oposición al Acuerdo firmado en agosto de 2016, principalmente, era por la injusticia que propendía el Acuerdo. En efecto, el expresidente en un comunicado hecho el 2 de octubre de 2016, día en el que se desarrolló el plebiscito y se conoció su resultado inmediato, señaló lo siguiente según el portal mediático BBC Mundo: «Justicia, no derogación de las instituciones. Pluralismo político sin que pueda percibirse como premio al delito, justicia social sin poner en riesgo a la empresa honorable» (BBC Mundo, 2016).

Según esta declaración, el sector político del expresidente Uribe Vélez, además del expresidente Andrés Pastrana, el exprocurador Alejandro Ordoñez y la exministra de defensa del expresidente Uribe Vélez, Marta Lucía Ramírez, entre otros; apuntaron a restablecer la discusión sobre situaciones puntuales de los Acuerdos, entre ellos los compilados por la observación de INDEPAZ respecto a los presentes mencionados:

Propuestas del Centro Democrático en cabeza de Álvaro Uribe Vélez:

1. «ELIMINAR la denominada jurisdicción especial para la paz, para ser reemplazada por un sistema de justicia transicional al interior de la jurisdicción ordinaria de la justicia nacional.
2. «Los Magistrados y Fiscales deberán ser colombianos con edad mínima de 40 años. Se permitirá la participación de abogados extranjeros únicamente para actuar como defensores de las personas procesadas ante las Cortes de Paz.

3. «Se incluye un TRATO DIFERENCIAL para los agentes del Estado en lo concerniente al componente de justicia.
4. «Doctrina de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder para los jefes de las FARC-EP
5. «Se amplía la aplicación de la amnistía y el indulto a terceros no combatientes como colaboradores o auxiliadores, siempre y cuando se entregue cualquier material bélico que se posea. La amnistía o el indulto no hace desaparecer el compromiso con la verdad.
6. «Se permitirá la HOMOLOGACIÓN DE CONDENAS, por favorabilidad, de quienes hayan sido condenados por la justicia ordinaria a pena superior a la contemplada en el mecanismo de justicia transicional» (Vergara, Carolina & Valenzuela, Diana Paola, s. f., pp. 1-3).

Propuestas de Andrés Pastrana y Equipo Técnico:

1. «Por razones de claridad y de transparencia, se recomienda señalar las disposiciones del documento final que derogan las normas vigentes de la Constitución, en particular la representación en el Congreso y el sistema de la Jurisdicción Especial para la Paz (justicia transicional). Para este efecto, el “impulso e inicio” de los procesos competencia de esta jurisdicción se deberá producir dentro de los 2 primeros años de su existencia. Los procesos no iniciados en este periodo deberán ir a la jurisdicción ordinaria.
2. «Entendiendo las preocupaciones de las FARC-EP, se propone que todos los jueces de la justicia transicional sean nacionales y se propone introducir la figura del amicus curiae, que permite la participación de terceros, incluso extranjeros, quienes tienen la función de formular observaciones dentro un proceso o ejercer una veeduría técnica en un juicio, sin que puedan juzgar ni emitir fallos. Estas personas tendrán voz en el juicio, pero no voto. Esta figura podrá usarse a solicitud

de la parte procesada de manera extraordinaria y argumentada» (Vergara, Carolina & Valenzuela, Diana Paola, s. f., p. 4).

Propuesta de Alejandro Ordoñez:

que los responsables de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio que hayan confesado plenamente, reparado a sus víctimas y manifestado genuino arrepentimiento por las atrocidades cometidas deberán cumplir pena de reclusión por un término de 5 a 8 años (...) En caso de que el perpetrador no reconozca su responsabilidad, la sanción no será superior a 20 años de cárcel (Vergara, Carolina & Valenzuela, Diana Paola, s. f., p. 5).

Propuesta de Marta Lucía Ramírez:

1. «quienes han cometido delitos de lesa humanidad tendrán una pena de reclusión de 6 a 10 años, en colonias penales agrícolas, de los cuales serán efectivos entre 3 y 5 siempre y cuando confiesen la totalidad de las conductas y satisfagan los derechos de la víctimas y cumplan la totalidad de las condiciones del Acuerdo» (Vergara, Carolina & Valenzuela, Diana Paola, s. f., p. 5).

Estas propuestas, que fueron seriamente discutidas con el Gobierno Nacional, las FARC-EP y otros sectores, generaron un nuevo acuerdo el cual se firmó el 24 de noviembre del año 2016, dándose diferencias sustanciales que se resumirán a continuación.

### **3.2.3 Cambios en el componente de justicia en los Acuerdos de la Habana posteriores al Plebiscito**

En el Acuerdo firmado el 24 de agosto del año 2016, uno de los puntos clave respecto al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), fue el componente de Justicia demarcado en la Jurisdicción Especial para la PAZ. En ese punto específico, se observó que esta jurisdicción estaría constituida por «(...)una serie de salas

de justicia, entre las que se incluye una Sala de Amnistía e Indulto, y un Tribunal para la Paz, para administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario» (Gobierno Nacional & FARC-EP, 2016, p. 117).

De lo anterior, y con los cambios realizados por el Gobierno Nacional y las FARC-EP, este punto fue sustituido en el sentido de que lo agregado en el párrafo que lo constituyó en el nuevo acuerdo, reinterpreto la Justicia Transicional como una Jurisdicción complementaria que no sustituye a la Jurisdicción Ordinaria:

**«Jurisdicción Especial para la Paz:** Estará constituida por una serie de salas de justicia, entre las que se incluye una Sala de Amnistía e Indulto, y un Tribunal para la Paz, para administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario. La Jurisdicción Especial para la Paz hace parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, y al ocuparse exclusivamente y de manera transitoria de las conductas relacionadas directa e indirectamente con el conflicto armado, no implica la sustitución de la jurisdicción ordinaria» (Gobierno Nacional & FARC-EP, 2016, p. 129).

Un segundo cambio realizado en el acuerdo firmado el 24 de noviembre de 2016, fue el del resarcimiento a las víctimas. En ese sentido, si bien el primer acuerdo señaló la necesidad de reparar el daño causado por la violación al Derecho Internacional Humanitario y violación a los Derechos Humanos y, restaurarse cuando sea posible; en el segundo acuerdo, se observa que se incluye un párrafo en el que se menciona que, «el componente de justicia del SIVJNR será la aplicación de una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización» (Gobierno Nacional & FARC-EP, 2016, p. 144).

De lo anterior se tiene que, el nuevo acuerdo ahonda la necesidad de implementar una justicia restaurativa en función de una mejor capacidad de resarcimiento a las víctimas del conflicto.

Un tercer elemento de cambio en la JEP respecto a los acuerdos es sobre la resolución de choque de competencias entre la Jurisdicción Especial para la Paz y otras jurisdicciones. En efecto, el cambio respecto al primer acuerdo es que se especifica que, en el caso de que haya conflicto de competencia de cualquier jurisdicción, una sala incidental de la Jurisdicción Especial para la Paz nombrada por 3 magistrados del Consejo Superior de la Judicatura y otros 3 de la misma Jurisdicción de Paz lo resolverán.

De igual manera, en el mismo punto, se define concretamente lo que se entiende por delito dentro del conflicto armado:

Son delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, aquellas conductas punibles donde la existencia del conflicto armado haya sido la causa de su comisión, o haya jugado un papel sustancial en la capacidad del perpetrador para cometer la conducta punible, en su decisión de cometerla, en la manera en que fue cometida o en el objetivo para el cual se cometió. (Gobierno Nacional & FARC-EP, 2016, p. 145).

Otro elemento distintivo del mismo apartado es la determinación de un plazo para la conclusión de las funciones de la Jurisdicción Especial para la Paz, en la cual, se estableció un término de 10 años desde la entrada en vigor de la totalidad de las salas, y 5 años más, como plazo posterior cuando no se haya concluido la actividad jurisdiccional.

De igual forma, respecto a los sujetos activos de la Jurisdicción se planteó que, «los integrantes de organizaciones que suscriban acuerdos de paz con el Gobierno, el tratamiento especial de justicia se aplicará también respecto a conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas, ocurridas desde la entrada en vigor del Acuerdo Final hasta

la finalización del proceso de dejación de armas» (Gobierno Nacional & FARC-EP, 2016, p. 145).

Un cuarto cambio importante que se puede encontrar respecto a los dos acuerdos es la responsabilidad dada desde el relato de la verdad. De esta manera, en el punto 13 de la Jurisdicción Especial para la Paz del Acuerdo firmado el 24 de noviembre de 2016, se encuentra la sumatoria de una pequeña oración que se incluye en el párrafo del mismo punto: «El deber de aportar verdad no implica la obligación de aceptar responsabilidades.» (Gobierno Nacional & FARC-EP, 2016, p. 146).

Esta inclusión en el párrafo cumple con el propósito de separar el relato de la verdad manifiesta del conflicto con la declaratoria de responsabilidad en la justicia, dando por sentado que, existe la posibilidad de aceptar o no cargos con base en el deber de aporte a la verdad y la facultad del sujeto procesal de someterse a la Justicia Transicional.

Como quinto cambio, se encuentra el del reforzamiento del proceso en la Jurisdicción Especial para la Paz y la aplicación del principio de favorabilidad. También se incluye unas líneas respecto a la actuación de los testimonios de personas que busquen beneficios a cambio de estos, estando supeditados «a que el contenido del mismo sea corroborado por otros medios de prueba» (Gobierno Nacional & FARC-EP, 2016, p. 146).

En sexto lugar, en el numeral 19 del punto 5 del Acuerdo definitivo, el cambio procede respecto a la calificación jurídica propia del SIVJRN frente a las conductas, basándose en el Código Penal Colombiano y/o las normas de Derecho Internacional de Derecho Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH), o Derecho Penal Internacional (DPI), no sin efectuar la debida aplicación del principio de favorabilidad. Señala el mismo punto que, «la calificación resultante podrá ser diferente a la efectuada con anterioridad por las autoridades judiciales, disciplinarias o administrativas para la calificación de esas conductas, por entenderse aplicable como marco jurídico de referencia el Derecho Internacional» (Gobierno Nacional & FARC-EP, 2016, p. 147).

En séptimo lugar, se encuentra uno de los cambios más importantes respecto a la responsabilidad de los Agentes del Estado. El nuevo acuerdo, planteó que la Jurisdicción Especial para la Paz tomará en conocimiento las conductas delictivas de los agentes estatales cuando estuvieren involucrados directa o indirectamente, por acción u omisión, en los hechos con ocasión del conflicto armado interno.

Sin embargo, el último párrafo aclara que, la Jurisdicción Especial para la Paz no será competente para juzgar a ningún presidente de la república que estuviese involucrado en la comisión de delitos con ocasión del conflicto armado. En esa lógica, señaló que la competencia sería exclusivamente de la Cámara de Representantes tal como lo establece el artículo 174 de la Constitución política de Colombia.

Respecto a la responsabilidad de los terceros, es decir, las personas que sin ser parte de organización o grupo armado específico haya contribuido directa o indirectamente en la comisión de delitos, podrán acogerse a su arbitrio en la Jurisdicción especial para la Paz sin perjuicio de ser llamados de oficio o a petición de parte por este tribunal (Gobierno Nacional & FARC-EP, 2016, p. 167).

De igual forma, según el numeral 50 literal F del punto 5 del Acuerdo, se observa que los terceros involucrados en la comisión de delitos se les resolverá su situación jurídica, ya sea renunciando a la acción penal u otro tipo de terminación anticipada del proceso, siempre y cuando contribuyan al SIVJRNR y «se presenten voluntariamente a la jurisdicción en los 3 años siguientes de su puesta en marcha y que tengan procesos o condenas por delitos que son competencia de la JEP, cuando no hayan tenido una participación determinante en los delitos más graves y representativos» (Gobierno Nacional & FARC-EP, 2016, p. 159).

Respecto a los puntos 38,39 y 40 respecto a la conexidad, indultos y amnistías; el Acuerdo toma en cuenta que los delitos en los que se instrumentaliza el cultivo de uso ilícito como medio para los fines políticos de las acciones insurgentes, se tendrán en cuenta a partir de la

jurisprudencia interna colombiana, además de que la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP tendrá la obligación de definir cuáles son los delitos conexos según cada caso.

Por otro lado, se agrega otro punto muy importante respecto a los cambios producidos en el nuevo Acuerdo. Este cambio, es la inclusión de sujetos procesales que fueron condenados en la Jurisdicción Ordinaria, y que por motivo de su voluntad se presenten a la JEP con el fin de reconocer la verdad exhaustiva en «los supuestos que no deban ser remitidos a la Sala de Amnistía o a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas» (Gobierno Nacional & FARC-EP, 2016, p. 155).

De lo anterior, y siguiendo la misma línea, en el nuevo Acuerdo se plateó que la Jurisdicción Especial para la Paz podrá compulsar copias a la Jurisdicción Ordinaria cuando se presente el caso en que individuos elaboren falsas denuncias, o se aprecie indicios de que se consumará fraude procesal. De esta compulsión de copias y del proceso en la Jurisdicción ordinaria, se deberá remitir un informe cada 6 meses a la JEP para tener un control respecto a la información individual transferida de jurisdicción.

Por otra parte, frente a los recursos que se tienen para el reconocimiento de derechos, se implanta la acción de tutela contra las acciones u omisiones de los órganos de la JEP, que violen o amenacen los derechos fundamentales. De esta manera, «La acción de tutela en contra de las providencias judiciales que profiera la JEP procederá solo por una manifiesta vía de hecho o cuando la afectación del derecho fundamental sea consecuencia directa por deducirse de su parte resolutive y se hubieran agotado todos los recursos al interior de la Jurisdicción Especial para la Paz, no existiendo mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado» (Gobierno Nacional & FARC-EP, 2016b, p. 161).

Frente a las sanciones propias, el nuevo Acuerdo determina que la pena máxima por lo delitos cometidos será de 8 años, incluyendo los de las personas condenadas por pluralidad de delitos. De las sanciones alternativas, la máxima condena en términos de

tiempo es igualmente de 8 años. En cuanto a los que no han tenido participación determinante, la pena máxima será de 5 años, incluyendo si la persona fue condenada por pluralidad de delitos. De los casos ordinarios, la pena máxima será de 20 años (Semana, 2016).

Finalmente, Respecto a las sanciones impuestas a los Agentes del Estado, se les aplicará el fuero que les corresponda, sin perjuicio de las penas propias, alternativas u ordinarias que hubiere lugar. También, frente a las sanciones, se tiene de presente que los excombatientes que estuviesen en las Zonas Veredales de Normalización Transitoria, una vez se encuentren en la JEP, se le hará el descuento respecto a la condena por su participación en actividades dentro de estas.

### **Incompatibilidad del Acuerdo de Paz definitivo y el Estatuto de Roma**

Si bien en el Acuerdo definitivo, los artículos 25, 40 y 44 del punto quinto “Victimas” sobre la Jurisdicción Especial para la Paz, están delimitados los presupuestos que compatibilizan el Acuerdo con la normatividad internacional sobre Derechos Humanos; tales como la prohibición de amnistiar o indultar a los responsables de crímenes de guerra, de lesa humanidad, o de genocidio, como también, el de dar tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo de los Agentes del Estado involucrados en crímenes atroces; la fiscal de la Corte Penal Internacional Fatou Bensouda, mostró su opinión contraria acerca de esta compatibilidad positivizada en el Acto Legislativo 01 de 2017, enfocándose en dos aspectos relevantes: 1. La característica de “sistemático” es ambiguo, y 2, sobre la Responsabilidad de Mando hay posibilidad de que se cometa impunidad.

Frente al primer punto, Bensouda menciona que en el Acuerdo es ambiguo lo referente a la persecución penal de quienes hayan cometido crímenes contra los DDHH, pues, tendrían que ser probada su sistematicidad, lo que « “podría llevar a que se dicten amnistías u otras medidas similares a individuos responsables por crímenes de guerra que, si bien no fueron cometidos en forma sistemática, podrían no obstante estar abarcados por la jurisdicción de la CPI” » (El Espectador, 2017).

De lo anterior, lo que se vería afectado es la justicia según la Fiscal, pues, se abriría una brecha respecto a la impunidad por las amnistías o indultos al no lograr probar la sistematicidad en algunos casos, entre ellos los casos de los terceros involucrados. De igual forma, esta impunidad se vería reflejada en el segundo aspecto, según Bensouda, desde la Responsabilidad de Mando porque, «esto significaría que las personas con capacidad material de prevenir o de castigar los crímenes de los subordinados podrían quedar impunes» esos casos podrían terminar bajo estudio por el tribunal internacional, pues Colombia podría violar normas del derecho internacional, lo que iría, a toda costa, en contra del propósito del Estatuto de Roma: acabar con la impunidad de los crímenes más graves» (El Espectador, 2017).

### **La Responsabilidad de Mando**

Según el constitucionalista colombiano Rodrigo Uprimny, frente a la Responsabilidad de Mando relativa a la implementación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), se encuentra que es incompatible con el derecho internacional, entre ello, el Estatuto de Roma.

La responsabilidad de mando, según el mencionado constitucionalista es una figura del derecho internacional positivizado en el artículo 86 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra, el cual se ratificó por Colombia en 1992 y; también, previsto en el artículo 28 del Estatuto de Roma, el cual señala que, cada comandante militar debe responder por los crímenes cometidos por sus subalternos, cuando pudiendo evitarlos, aun no participando en ellos, «no evitó que estas ocurrieran o se abstuvo de sancionar a los responsables» (Uprimny Yepes, R., 2017).

La lógica de este procedimiento internacional jurídico es que, con ello se contra motive a los ejércitos, seas estatales o irregulares, a cometer atrocidades de guerra imponiendo a los comandantes el deber de prevenirlas y sancionarlas si ocurren y; también, valorar el justo

castigo «a aquel comandante que omite gravemente ese deber de prevención o sanción, pues su culpa ocasionó sufrimientos masivos inaceptables» (Uprimny Yepes, R., 2017).

La anterior aclaración, que fue realizada en una columna de opinión del portal La Silla Vacía por Rodrigo Uprimny, tuvo como propósito hacer una crítica respecto a la Responsabilidad de Mando en la JEP y su incompatibilidad con el Derecho Internacional, lo cual, generó una respuesta por parte de la Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro de las Fuerzas Militares (ACORE), quienes, señalaron que la Responsabilidad de Mando ya estatuita en el artículo 24 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 sí corresponde a los parámetros impuestos por el Derecho Internacional.

El fundamento de ACORE fue que, el artículo 28 del Estatuto de Roma, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no hace parte del Bloque de Constitucionalidad colombiano conforme a las sentencias C-578 de 2002, C-801 de 2009 y C-290 de 2012, indicando además que, el Estatuto de Roma no puede obligar a los Estados a derogar sus Leyes y a adoptarlo como código interno, pues, el artículo 25 del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000) ya prevé «responsabilizar al superior de iure o de facto por crímenes cometidos por sus subordinados, cuando teniendo el deber jurídico de evitar un delito y pudiendo impedirlo, omite hacerlo» (Espejo Muñoz, José Obdulio, 2017).

Este supuesto defendido por los retirados de las FFMM trae a colación el problema de interpretación que se ha dado del asunto, pues, según los parámetros establecidos en la normatividad internacional y los implementados por la JEP, habría discordancias sustanciales que, necesariamente, apartaría la tesis de que efectivamente el artículo 24 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 cumple con las medidas impuestas por la normatividad internacional respecto a la Responsabilidad de Mando.

Ahora bien, para que la Responsabilidad de Mando en materia internacional tenga legitimidad, se prevé unos criterios fijados por el Derecho Internacional, los cuales, resaltan tres en específicos: I) El superior debe tener conocimiento de las actividades criminales de sus subalternos; II) debe haber un goce efectivo de mando sobre ellos y; III) debe tomar

medidas necesarias y razonables para prevenir o sancionar esas conductas (Uprimny Yepes, R., 2017).

De lo anterior, Uprimny encuentra que, si bien la JEP y su regulación ajustan los tres requisitos para proceder en la implementación de justicia, señala de igual manera que, los términos fijados generan grandes inconvenientes en los dos primeros. Por ejemplo, menciona que el *quid* del asunto del primer requisito es sobre la figura del “conocimiento efectivo” propio del Acuerdo y, el “conocimiento inferido” propio del ordenamiento internacional. En efecto, según el constitucionalista, la discordancia se da en la medida que en los casos en los que, «el superior sabía, pero logra demostrarse que, dadas las circunstancias y la información que ya tenía, el superior debía haber concluido que esas atrocidades se estaban cometiendo, por lo cual también debe responder pues simplemente se ha hecho el de la vista gorda» (Uprimny Yepes, R., 2017).

En esa lógica, en la implementación interna no se está tomando en cuenta el hecho de que los crímenes ocurridos sistemáticamente también suelen ser frecuentes y notorios, lo cual, supera la tesis de que debe haber un conocimiento efectivo, pues, lo frecuente y notorio genera un conocimiento inferido en cualquiera de sus dos concepciones (Derecho Penal Consuetudinario o el Derecho Internacional Humanitario).

Un segundo aspecto, sobre el requisito de si existe control efectivo, se conoce que opera tanto la formalidad como la materialidad del mando, optando la JEP, sólo por la primera mediante 4 elementos concretos:

- i) que las atrocidades hayan sido cometidas “dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando”; ii) que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir, modificar y hacer cumplir órdenes, iii) que superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles; y iv) que “el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las

conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión (Uprimny Yepes, R., 2017).

En ese sentido, el control efectivo de mando, según Uprimny, en derecho internacional suele tomar en cuenta el control material del mando, pues, al ser obedecido quien no tenga formalmente el nombramiento no lo separa de la responsabilidad que tiene de evitar las atrocidades de sus subordinados (Uprimny Yepes, R., 2017).

### **La responsabilidad de mando en el proceso de paz**

El componente de justicia Acuerdo de Paz de La Habana se constituyó como un punto medio entre el deber jurídico de atender a las víctimas del conflicto armado, prevenir nuevos hechos de violencia y alcanzar la paz por medio de los medios que estuvieren al alcance (Mesa de Diálogos de La Habana, 2016). En este acuerdo se entendió que la sociedad es una unión de coetáneos, pero también un vínculo de generaciones que se eslabonan en el tiempo, y razón de ello se instituyó un modelo de «justicia prospectiva respetuosa de los valores del presente y a la vez preocupada por acabar con conflictos que no deben ser perpetuados, en aras de la defensa de los derechos de las futuras generaciones»(Mesa de Diálogos de La Habana, 2016, p. 144).

El Acuerdo de Paz buscó establecer un mecanismo de justicia capaz de lograr la paz de Colombia, respetuoso de los parámetros internacionales y comprometido con la reparación a las víctimas del conflicto interno, en especial las más vulnerables, y con ello, dar por terminado las razones de exclusión que llevaron a que estas víctimas estuvieran en situación especial de vulneración. Dicho mecanismo judicial fue denominado Jurisdicción Especial para la Paz, la cual es una «jurisdicción especial que ejerce sus funciones judiciales de manera autónoma y preferente sobre los asuntos de su competencia, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos» (Mesa de Diálogos de La Habana, 2016, p. 145).

Dentro de los Acuerdos de La Habana se pactó una amnistía lo *más amplia posible*, para aquellos rebeldes pertenecientes a organizaciones que hayan suscrito un acuerdo final de paz con el Estado colombiano, así como personas que hayan sido acusadas o condenadas por delitos políticos o delitos conexos al delito político por medio de providencia judicial. Esta disposición, no obstante, reconoce que existen delitos no amnistiables o indultables, entre los que se encuentran los delitos abarcados por el Estatuto de Roma, y otros que fueron definidos por la Ley 1820, Ley de Amnistía e Indulto, los cuales se presentan a continuación (Mesa de Diálogos de La Habana, 2016, p. 148):

- Delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el ECPI.
- Se entiende como grave crimen de guerra toda infracción al Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática.
- Toda sentencia penal que haya utilizado los términos de ferocidad, barbarie o equivalente, cuando únicamente sobre las conductas previamente enlistadas.
- Los delitos que no fueron cometidos en el contexto y en razón de la rebelión durante el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero.

Asimismo, aquellas personas responsables de delitos no abarcados en este tratamiento especial serán objeto de distintos tipos de penas en el marco de la justicia transicional, las cuales se determinarán con observancia al nivel de cooperación de la persona con los derechos de las víctimas del conflicto, lo cual será abordado con posterioridad en este documento.

Junto con todo lo anterior, el mismo Acuerdo estableció la competencia sobre:

- Los combatientes de grupos armados al margen de la Ley.
  - Para tal fin, su grupo armado debe suscribir un acuerdo de paz con el Estado colombiano.
  
- Agentes del Estado que hubieran cometido dichos delitos en relación con el conflicto armado y en razón a este.
  - En este caso en se hacen merecedores de un tratamiento diferenciado, equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico respecto del tratamiento de excombatientes de grupos al margen de la Ley.
  - Por agente del Estado se entiende toda persona que al momento de la comisión de la conducta ejercía como miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores del Estado o de sus entidades descentralizadas, territorialmente y por servicios, incluidos miembros de la Fuerza Pública.
  
- Civiles responsables de haber financiado o colaborado con grupos paramilitares, cuando su conducta no haya sido resultado de coacciones, y que hayan tenido una participación o determinante en la comisión de crímenes competencia de la Jurisdicción Especial de Paz.
  - Para tal efecto, no deben haber sido condenados por dichas conductas.

El Acuerdo de Paz, reconociendo las disposiciones de carácter internacional, estableció la responsabilidad de mando, y sobre la cual dispuso que «en ningún caso la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción», y como consecuencia, debe tener en cuenta el «control efectivo de la respectiva conducta, el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como los medios para su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedente»(Mesa de Diálogos de La Habana, 2016, p. 152).

Posteriormente el Acto Legislativo 01 del 2017, encargado de integrar en el texto constitucional la Jurisdicción Especial de Paz, se refirió a la responsabilidad de mando en su artículo 24, indicando que a fin de determinar la responsabilidad del mando se deberá tener en cuenta, en el caso de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a las normas de carácter legal.

En concordancia con lo dicho por el Acuerdo de Paz, la reforma constitucional estableció, en sentido negativo, que la responsabilidad de mando «no podrá fundarse exclusivamente en el rango, jerarquía o el ámbito de jurisdicción» o, en sentido positivo, que la responsabilidad deberá «fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permita, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes».

Y de acuerdo con el acto legislativo se entenderá que existe mando y control efectivo cuando concurren las siguientes cuatro condiciones<sup>29</sup>:

- Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad.
- Que el superior tenga capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir.
- Que el superior tenga capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conformes al nivel de mando correspondiente.

<sup>29</sup> En este caso se reproduce en su literalidad el contenido del Acto Legislativo.

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

Dicha comisión sugiere que la responsabilidad de mando de los grupos insurgentes es de una naturaleza distinta, por cuanto los omite de su definición, y en tal sentido, la Ley estatutaria XXXX de 2018, en su artículo 67<sup>30</sup> determinó que a responsabilidad de los mandos de los grupos insurgentes (la norma hace referencia a los mandos de las FARC-EP-EP) deberá fundarse en el «control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad de mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o jerarquía». E indicó, así mismo, que para que se pueda predicar control efectivo de la conducta, se requiere que el superior tuviera la posibilidad real de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en concordancia con lo dispuesto por el derecho internacional.

En la medida que estas disposiciones del acuerdo de paz fueron incluidas en la constitución colombiana mediante un acto legislativo, le correspondió a la Corte Constitucional pronunciarse de manera previa respecto a las mismas, previo a que comenzaran a producir efectos, y, por ende, pudieran ser implementadas. Para lo cual emitió la sentencia de constitucionalidad C-112 de 2019 y dispuso:

- Que si bien el principio de juez natural faculta la creación de tribunales especiales, así como hacer cambios de competencia, el acceso forzoso de terceros y agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública no satisface las garantías de independencia interna y externa y de imparcialidad que se requiere, de acuerdo con las disposiciones

<sup>30</sup> Congreso de la República, informe de conciliación, P. L. 08/17S-016/17C, nov. 30/17

de la Constitución de 1991, y por ello, los terceros solo accederán a la nueva jurisdicción de forma voluntaria.

- Que las normas referidas a esta participación voluntaria de terceros en la JEP debían ser reguladas por el legislador, a fin de garantizar un trato igualitario respecto a los combatientes que concurran a ella.
- Aquellos terceros que no concurran a la JEP igual siguen sometidos a la Constitución Política y la legislación ordinaria, más estricta que las normas transicionales, y por ello, la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación deberán adoptar medidas encaminadas a garantizar los derechos de las víctimas en procesos de la jurisdicción ordinaria.

En este comunicado no se pronunció sobre la responsabilidad de mando, y, por ende, se entiende que se aprueba tal cual quedó determinada en el acto legislativo. Al tiempo, dicha Corte debe pronunciarse igualmente de manera previa sobre la Ley estatutaria de la Jurisdicción Especial de Paz para que ella pueda regir, y hasta el momento, no se conoce ningún pronunciamiento de la Corte respecto a esta Ley.

### **La responsabilidad de mando en el derecho internacional**

Este modo de responsabilidad, como se sugirió con antelación, tiene su origen en el derecho internacional humanitario, y sus raíces se encuentran en el Tribunal Penal Militar para el Lejano Oriente, establecido por Estados Unidos, y el cual fue codificado por primera vez en el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, proferido en 1977 (Olásolo & Canoso, 2018).

En el artículo 86 de este protocolo se establece una obligación de reprimir las infracciones graves al derecho internacional humanitario y de adoptar las medidas necesarias para que en el marco de un conflicto armado internacional cesen todas las demás infracciones de los Convenios y de dicho Protocolo.

Para lograr esto, este convenio establece, en negativo, la responsabilidad de los superior por la comisión de infracciones a los Convenios y el Protocolo adicional cometidas por parte de su subordinados, cuando los superiores hubieran sabido o tenido la información «que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción», en el caso que no se hubieran tomado todas las medidas factibles para impedir o reprimir esta infracción.

Luego, en el artículo 87, referido a los deberes de los jefes, establece así mismo la obligación de denunciar dichas infracciones a las autoridades competentes, para lo cual se deberán tomar medidas para que los subordinados tengan conocimiento de las obligaciones de carácter internacional, y obliga a los superiores a que tengan conocimiento de las comisiones que cometan de sus inferiores, para que, si es el caso, se promuevan acciones contra los responsables.

Con posterioridad a dicho Protocolo, este modo de responsabilidad fue incluido tanto en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, en sus artículos 7(3) y 6(3) respectivamente, en el caso del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, su articulado nos dice que:

El hecho que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera a su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Se tuvo en cuenta la versión de los estatutos de ambos tribunales presente en la pagina de la Cruz Roja Internacional.

Como menciona Werle en su tratado de Derecho Penal Internacional (Werle, 2017), este modo de responsabilidad se funda en la idea de una responsabilidad basada en la lesión reprochable en los deberes de control que le son propios al superiores sobre sus subordinados, en virtud de la estructura jerárquica de la organización a la que pertenecen. Para que se presente, se requiere tres elementos:

- Una relación de superior-subordinado.
- El deber de conocimiento o la omisión imprudente de dicho conocimiento.
- La omisión en la adopción de las medidas necesarias y razonables para evitar la comisión del hecho, o para perseguir penalmente al autor.

A los cuales se les suma otro elemento de acuerdo con la descripción del ECPI, el cual es que dicho crimen debió cometerse en razón del no ejercicio de un control apropiado por parte del superior.

En últimas, la responsabilidad se funda en las medidas preventivas si el superior omitió prevenir la comisión del crimen, en el caso que el crimen aún no haya sido consumado, y comprende el tiempo desde la preparación del crimen hasta la consumación del hecho delictivo y las medidas represivas si el crimen ya ha sido cometido por el subordinado, y consiste en la omisión de la persecución del crimen por parte del superior, la cual consiste en poner en conocimiento de las autoridades competentes el asunto para su investigación y juzgamiento. Si el superior se esfuerza por castigar la comisión de un crimen internacional, pero no tomó las medidas de seguridad pertinentes, sigue siendo responsable.

No hay responsabilidad cuando el superior ha adoptado todas las medidas necesarias y razonables para cometer el crimen y aún así este se cometió, por lo que se requiere la posibilidad real de evitar el crimen o instar su persecución, y por ello el ECPI menciona tomar a cabo todas las «medidas necesarias a su alcance» (

Son las medidas necesarias aquellas que aparecen «apropiadas desde un punto de vista objetivo *ex ante*, bien para evitar la comisión del crimen por parte del subordinado, bien para incoar la acción penal», en las cuales se puede «demostrar que el superior intentó de forma seria prevenir o denunciar el crimen» (Werle, 2017, p. 398). Por el contrario, son medidas razonables las que se encuentran dentro del ámbito de actuación del superior, como el establecimiento de sistemas de información, vigilancia y amenazas de sanciones.

Con estos referentes, la responsabilidad de mando es un modo de responsabilidad penal de carácter autónomo con respecto a los demás modos de responsabilidad enlistados en el artículo 25 del ECPI, cuyo fundamento se encuentra en el derecho internacional humanitario y la estructura castrense propia de los grupos armados regulares y damos paso a mirar como estos elementos se relacionan con las recomendaciones presentadas por parte de la Oficina de la Fiscalía de la CPI en el caso colombiano.

### **3.2.4 Recomendaciones de la Fiscalía de la Corte Penal Intenacional**

El 18 de octubre de 2017, durante el periodo donde la Corte Constitucional estudiaba la exequibilidad del Acto Legislativo 01 de 2017, la Fiscalía de la CPI presentó un escrito de *amicus curiae* sobre la Jurisdicción Especial para la Paz el cual recoge la opinión de dicha oficina con respecto a la modificación a la constitución, para lo cual contrastó lo aprobado por el Congreso de la República con normas del derecho penal internacional y derecho internacional consuetudinario. Dicho escrito abordó cuatro puntos, referidos a la responsabilidad de mando, la definición de graves crímenes de guerra, la determinación de la participación o determinante en los crímenes y la restricción efectiva de libertades y derechos, de los cuales no se trabajará el segundo elemento, por cuanto no tiene una relación con la presente investigación.

Con respecto a la responsabilidad del mando, lo primero que manifestó la Fiscalía de la CPI fue que la responsabilidad por los crímenes de los subordinados no surge *de jure*, sino en cambio de las capacidades materiales de los superiores, y señaló que la aplicación estricta del artículo 24 de dicho acto legislativo podría hacer que personas con capacidad material

de prevenir o castigar los crímenes de los subordinados quedaran impunes, y en sus términos, sostuvo que

La definición de responsabilidad del mando adoptada se aparta sustancialmente de la prevista en el derecho internacional consuetudinario y de la definición del Estatuto de Roma, y por consiguiente podría frustrar los intentos de Colombia de cumplir su deber de investigar y juzgar los crímenes internacionales (Oficina de la Fiscalía, 2017, p. 4).

Para desarrollar este punto el órgano internacional desarrolló varios conceptos, el primero de ellos fue el control efectivo de la conducta criminal por parte del superior respecto de sus subordinados, punto en el cual manifestó que, mientras el Acto legislativo exige el control efectivo de la conducta criminal, el Estatuto de Roma exige el ejercicio de mando o control efectivo sobre sus subordinados que cometen los crímenes, los cuales son dos conceptos distintos, y su aplicación puede conllevar a un desconocimiento del contenido del ECPI.

Para el ente acusador, la cuestión del control efectivo de los subordinados se parte de la capacidad material de prevenir crímenes futuros o castigar crímenes pasados, y, por lo tanto, se determina en el caso concreto. Por el contrario, la redacción adoptada por el legislador colombiana parece establecer un criterio de carácter jurídico, lo cual restringe la relación entre la conducta del subordinado y el superior, como si «el subordinado actuaba o no de conformidad con sus deberes oficiales al cometer el crimen en cuestión » (Oficina de la Fiscalía, 2017, p. 6).

Por otra parte, la idea de *control sobre la conducta* adoptada por el Estado colombiano confunde la responsabilidad de mando y la figura de autoría mediata, las cuales difieren en su contenido y alcance, puesto que la responsabilidad de mando no requiere, en estricto sentido, control sobre el crimen, sino en el descuido de los deberes del jefe militar respecto del derecho internacional humanitario y consuetudinario, propios de la institución castrense.

El segundo concepto abordado gira entorno al área de responsabilidad asignada a la unidad bajo el mando del jefe militar. El acto legislativo colombiano establece como requisito para la responsabilidad de mando que las conductas enjuiciadas hayan ocurrido *dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando, según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad*, lo cual, a juicio de la Fiscalía, vuelve a establecer elementos *de jure* para determinar la responsabilidad del superior, los cuales se encuentran ausentes en el ECPI, y que limita la responsabilidad del superior al área que le hubiese sido asignada formalmente, pero no sobre la cual hubiera contado con control efectivo real sobre su tropa.

Por lo tanto, dicha discusión sobre el área de responsabilidad es un elemento de carácter probatorio, a fin de determinar el alcance real de la responsabilidad del superior militar. En esta misma línea, la Fiscalía señala que se puede presentar el caso que los subordinados estén bajo el mando de una persona que, no obstante ejercer control efectivo sobre la tropa, no contara con el control formal. Así mismo, esta figura desconoce que «la necesidad militar exige que el personal militar en servicio activo esté bajo un mando responsable en todo momento, ya sea mientras está en su área de responsabilidad militar, en el cuartel, o en ejercicio de cualquier otra actividad»(Oficina de la Fiscalía, 2017, p. 8).

El tercer concepto tratado giró sobre la capacidad legal y material de emitir órdenes, el cual es requisito del acto legislativo, pero es ausente en el derecho penal internacional y consuetudinario. A juicio del órgano internacional, y como ya ha sido manifestado, la capacidad de prevenir o castigar los crímenes de los subordinados se analiza materialmente, y no con base en un criterio de carácter jurídico, y, por ende, limita el alcance de la responsabilidad de los superiores, desconociendo la responsabilidad de los superiores de facto.

El cuarto punto tratado en el escrito tuvo en cuenta la inclusión de la frase *capacidad directa de tomar las medidas adecuadas* del Acto Legislativo 01 de 2017. A criterio de la Fiscalía de la CPI, esta disposición va en contravía de lo dispuesto por el derecho penal consuetudinario y restringe el alcance de la responsabilidad del mando, al omitir la

responsabilidad «por parte de los jefes militares de mayor rango de adoptar las medidas necesarias para prevenir o castigar los crímenes de sus subordinados también daría lugar a su responsabilidad penal» (Oficina de la Fiscalía, 2017, p. 10), y en tal sentido, resulta irrelevante que haya subordinados intermedios entre el superior y el autor del crimen, siempre que se pueda demostrar que hubo control efectivo por parte del superior, y por lo tanto, «[e]sto podría llevar al resultado paradójico de sustraer de responsabilidad penal a aquellos individuos que potencialmente tienen algunas de las responsabilidades más grandes» (Oficina de la Fiscalía, 2017, p. 11).

El último comentario se refirió al *conocimiento actual o actualizable de su comisión*, como aparece en la redacción del acto legislativo 01 de 2017, el cual es un requisito de conocimiento distinto al establecido por el Estatuto de Roma. De acuerdo con la Fiscalía, si bien el conocimiento actual es un elemento de la comisión delictiva, más exactamente del elemento subjetivo o *mens rea* de la conducta, el problema deviene con la idea de *conocimiento actualizable*.

El legislador colombiano decidió adoptar un estándar de conocimiento distinto, tanto del derecho penal consuetudinario como del derecho penal internacional, los cuales establecen los estándares de *tenía razones para saber* o *hubiera debido saber*, y en su lugar, decidió tomar el concepto, más ambiguo y restrictivo de “conocimiento actualizable”, el cual podría resultar más restringido o ambiguo una vez entre a ser aplicado.

El siguiente punto sobre el cual la Oficina de la Fiscalía se detuvo fue en la definición de crímenes de guerra. No obstante, por no tratarse de un tema que se encuentre en estrecha relación con esta investigación, será omitido, como se explicó con anterioridad.

El tercer punto del escrito fue la idea de *participación o determinante* en los crímenes competencia de la JEP. Previo a abordar este punto, es importante aclarar que este reparó se centró en los terceros que no hicieron parte de las organizaciones o grupos armados que

participaron del conflicto armado y que en su momento fue declarado inexecutable por parte de la Corte Constitucional, como referimos con anterioridad.

A ojos de la Fiscalía, si bien el proceso de paz buscaba establecer medidas especiales para aquellos particulares que tuvieron un rol periférico en los crímenes en cuestión incluidos por la Jurisdicción Especial de Paz, consideró que la redacción de dicha norma no era lo suficientemente clara, porque podría dar cabida a una amnistía generalizada para terceros responsables de crímenes competencia de la Corte Penal Internacional, pudiendo de hecho haber cumplido un rol decisivo por omisión.

Aunque se puede considerar que esta medida buscaba dejar por fuera de la jurisdicción transicional a aquellas personas que tuvieron un rol periférico en los crímenes competencia del tribunal transicional, y en tal sentido, evitaba la impunidad de los más responsables por dichos crímenes, la Fiscalía llamó la atención sobre el peligro que lleva una interpretación amplia de dicha disposición, por cuanto pudo «llevar a una amnistía generalizada para los terceros responsables de crímenes de la CPI, incluyendo a individuos que podrían haber cumplido un rol decisivo por omisión»(Oficina de la Fiscalía, 2017, p. 17 y 18).

De otra parte, la idea de que solo comparecían ante la JEP personas que hubieran tenido una participación o determinante en la comisión las conductas penalizadas podían desconocer la capacidad de comisión por omisión. A criterio del ente acusador, atendiendo a la gravedad de la contribución, «el derecho internacional consuetudinario ha equiparado desde hace mucho tiempo la responsabilidad por omisión y por comisión» (Oficina de la Fiscalía, 2017, p. 18), y por lo tanto, la responsabilidad penal depende de los hechos que se sometan a investigación, independientemente de su forma de comisión u omisión, e incluir dicha exclusión podría dejar por fuera del ejercicio judicial personas cuya contribución resultara relevante.

Al tiempo, sobre la redacción de participación determinante, la oficina del ente acusador internacional encontró que solamente las personas cuyas acciones hayan sido *eficaces* y *decisivas* se encuentran por fuera del resorte de los beneficios especiales de la JEP, y

concluyó que dicha disposición debía ser interpretada correctamente a fin de no afectar las obligaciones internacionales del Estado colombiano con el derecho internacional consuetudinario.

Esto último por cuanto la redacción adoptada, la cual sostiene que no se concederán beneficios especial a quienes hayan tenido una participación activa, por ejemplo, difería de los conceptos incluidos en el Código Penal colombiano de *acción* y *omisión*, o los conceptos de contribución *activa* o *pasiva*, por cuanto podría excluir del ejercicio de la justicia a personas que hubieren contribuido a la comisión de crímenes a través de acciones positivas, más allá de que hayan sido eficaces o decisivas, cuando no hay claridad sobre lo que implica el término *activa*, pudiendo ser entendida como *física* o *directa*, excluyendo así los casos de omisión.

De acuerdo con la Fiscalía «sobre la responsabilidad por complicidad, basta con que una persona brinde asistencia práctica, aliento o apoyo moral que tenga un efecto sustancial en la perpetración de los crímenes»(Oficina de la Fiscalía, 2017, p. 19) para determinar la responsabilidad por complicidad, esta complicidad no debe estar dirigida específicamente a apoyar la comisión de crímenes o a la supervivencia del grupo, o si el objetivo principal de la empresa era la comisión de tales, «*basta con que contribuya sustancialmente a los crímenes, en forma directa o indirecta*(Oficina de la Fiscalía, 2017, p. 19)» .

En consecuencia, de todo lo anterior, la Fiscalía de la CPI sugirió la clarificación del alcance de estas normas con el fin de garantizar que se juzgara a los responsables por graves contribuciones a graves crímenes, incluso cuando ocurrió de manera indirecta o por una omisión culpable.

El último punto sobre el cual se detiene el organismo internacional es la restricción efectiva de libertades y derechos, el cual hace parte de las penas alternativas contempladas en el acuerdo de paz. Al respecto, la Fiscalía de la CPI indicó que no existe una única forma de imponer penas acordes con el Estatuto de Roma, mientras que estas cumplan los fines de las

penas del derecho internacional, como es poner fin a la impunidad de los crímenes más graves, cumpliendo la disuasión, retribución, rehabilitación y restauración.

En todo caso, la Fiscalía manifestó que «una suspensión total de la pena sería manifiestamente inadecuada, puesto que impediría *de facto* el castigo de individuos con la mayor responsabilidad por la comisión de crímenes graves» (cursiva dentro de la cita) (Oficina de la Fiscalía, 2017, p. 21) de la mano con la posibilidad de adoptar penas no privativas de la libertad, mientras haya otro tipo de condiciones, como una intención genuina, el reconocimiento de la responsabilidad y respeto por garantías propias de la justicia transicional, como la verdad o garantías de no repetición.

### **3.2.5 La Jurisdicción Especial para la Paz y la Corte Penal Internacional desde la criminología.**

La complejidad del conflicto armado colombiano está dada por su duración, ocupación territorial y el número de actores involucrados en el mismo, dicha característica se refleja en los acuerdos y en la institucionalización de un sistema integral de justicia y reparación. Así, en el marco del conflicto se cometieron crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, sobre estos últimos se analizaron los acuerdos establecidos y su compatibilidad con el derecho penal internacional, al ser también de su competencia.

Teniendo en cuenta que los crímenes de lesa humanidad son cometidos por agencias con poder suficiente para su ejecución, resulta esencial determinar el rol de la Corte Penal Internacional en esto. De esta forma, desde las diferentes perspectivas analizadas previamente se determinan las razones por las cuales la CPI no tendrá una injerencia directa como sí ocurrió en los cuatro países analizados en el capítulo precedente.

Para hacer la correspondiente indagación desde la criminología, resultó pertinente la consideración de las razones del conflicto señalados por los doce expertos encargados para ello y el rol del Estado colombiano en el contexto nacional e internacional. De acuerdo con los informes elaborados para la determinación de las causas del conflicto, se puede afirmar

que estas se resumen en: las prácticas Estatales; el sistema productivo y uso de la tierra; y las condiciones culturales e ideológicas.

Con base en las tres causas señaladas se realizaron los Acuerdos de Paz entre las FARC-EP-EP y el gobierno nacional. Tales elementos se evaluaron en el marco de proceso de implementación de una Jurisdicción Especial para la Paz. Ahora corresponde su valoración para el análisis de la Justicia Penal Internacional en aras de establecer los factores, desde los tres elementos citados, por los que, se estima, no existirá la injerencia en la soberanía judicial, en los términos ya referidos.

Para tal fin, en un primer momento, se evalúan las prácticas estatales como una integralidad político-jurídica y su afinidad con los estándares internacionales (dentro de tal examen se incluye necesariamente el modelo de justicia integral restaurativa diseñado para el periodo de posconflicto). En la segunda parte, concerniente al sistema productivo, se indaga por la economía y su servicio a los intereses globales. Por último -en cuanto a las prácticas culturales e ideológicas- está la consideración de la multiculturalidad como válida en el concierto internacional.

De este modo, a lo largo de la investigación se ha cuestionado el papel desempeñado por el Estado. Por una parte, en su participación en la comisión de crímenes de lesa humanidad y, de otro lado, por la consideración de su deber en las prácticas judiciales para la persecución de conductas denominadas como criminales. En cualquiera de las dos perspectivas se ha indagado por la calificación de *Estado fallido*. Término que comprende no sólo la falta de prácticas democráticas, sino las carencias en términos de autoridad y legitimidad.

En el caso colombiano si bien no existe una falta de democracia en términos occidentales - y el sistema jurídico obedece a los criterios internacionales- existía un conflicto armado persistente que implicó graves violaciones a derechos humanos. Aspecto sobre el cual se advertía la necesidad de intervención internacional, para lo cual el gobierno de Estados Unidos, a través de diferentes planes, ofreció su colaboración para la derrota de los grupos

al margen de la Ley. Advirtiendo que, después del 9/11, la agenda de Estados Unidos -y en general de la política internacional- se dirigió a la persecución y eliminación de los denominados grupos terroristas.

Sin embargo, reconociendo que existen avances en otros aspectos como el repoblamiento, educación y salud, para algunos autores ya no puede calificarse a Colombia como un Estado fallido. Para Angelika Rettberg, atribuir esta naturaleza a Colombia significaría omitir todos los avances que, en diferentes materias, se han presentado. Por lo que pese a la debilidad que presenta en ciertas estructuras e instituciones, al compararlo con el contexto latinoamericano y global, considera más preciso denominarlo un «*Estado en construcción*» (F. González & Rettberg, 2010, p. 164).

Teniendo en cuenta que la democracia, la autoridad y la legitimidad son elementos con los cuales se determina que un Estado sea fallido o no, la política internacional ha elaborado metodologías que permiten calificar a los Estados y asignar un determinado puntaje. Dichas prácticas se han denominado «*poor state performance indexes*». Dentro de ellas se encuentra el informe anual llamado «*Failed & Fragile States Country Indicators*», conforme al cual Colombia se encuentra en un Estado de alerta alta con un puntaje de 76.6, en comparación con Finlandia como el más sostenible con 17.9, y Sudán del Sur en máxima alerta con 113.4 puntos (Fund for Peace, 2018). Lo que, en efecto, no deja a Colombia en una clasificación que permita considerarlo fallido.

Si bien la metodología empleada es netamente cuantitativa y acude a prácticas investigativas denominadas «*mainstream*», es considerada legítima por parte de las agencias internacionales. Tan importante es, que se emplea para establecer si existen los suficientes elementos para la concesión de créditos a los Estados, e incluso para efectuar la valoración de los países como una posible amenaza internacional.

De ello, se deriva que Colombia no sea calificado como Estado fallido por las agencias internacionales, ni considerado una amenaza para el contexto global: Colombia pasó de ser denominado un Estado en máxima alerta a uno en alerta elevada, incrementando su mejoría

en 20 puntos y siendo catalogado como uno de los países como mayor mejoría. Atribución que corresponde al hecho de que el Estado ha implementado y acogido las prácticas y recomendaciones internacionales, saliendo del espectro de necesidad de intervención externa directa.

La democracia en el contexto internacional se considera como «uno de los valores y principios básicos universales e indivisibles de las naciones unidas. Se basa en la voluntad libremente expresada por el pueblo y está estrechamente vinculada al imperio de la Ley y al ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales». Sobre tal base, de acuerdo con los índices de calificación cualitativos, pero también bajo aquellos estándares cualitativos Colombia puede ser considerado como un Estado democrático.

En lo que concierne al primer aparte, sobre la participación popular, puede afirmarse que Colombia cumple tal requisito. Al respecto, dice .... «Puede definirse como una democracia electoral bastante consolidada, que cuenta con una larga historia de elecciones y con un sufragio cada vez menos restringido»

A pesar de la incidencia del conflicto armado en las elecciones y el número de candidatos perseguidos, secuestrados y asesinados durante los últimos decenios, la comunidad internacional solamente estableció recomendaciones para fortalecer la democracia, pero no se declaró al Estado como uno de naturaleza antidemocrática.

El segundo elemento, para la determinación de un Estado como fallido, es la autoridad y su legitimidad como Estado. Este aspecto -desde la concepción de Weber- hace referencia a la capacidad de coerción de un Estado, elemento que se halla presente en el Estatuto de Roma consignado como la capacidad y voluntad del Estado de perseguir a los máximos responsables de conductas punibles. Y cuestión que se ha prestado para la discusión interna y externa sobre la imposición de la JEP y su capacidad coercitiva en el juzgamiento de los crímenes más graves.

Ahora bien, en la consideración del modelo de justicia a imponer en la situación de posconflicto, debe advertirse que se trata de uno de naturaleza extraordinaria. La escala, gravedad y participantes de los crímenes de lesa humanidad ocurridos en el territorio colombiano, y su consideración como crímenes del poder, hacen que su investigación y juzgamiento no se realice por parte de la jurisdicción ordinaria, sino que requieren de la jurisdicción extraordinaria, a través de la cual se pretende la restauración del orden jurídico masivamente afectado (Centro Nacional de Memoria Histórica (Colombia), 2014, p. 12).

Por ello, tal modelo de justicia -si bien tiene la calidad de extraordinaria- debe encontrarse acorde con las exigencias internacionales para evitar la intromisión de la justicia global. No obstante, dicha compatibilidad es cuestionable, como se pudo precisar en los acápites correspondientes.

De un lado, se encuentra un modelo de justicia que hasta ahora había sido rechazado por el derecho penal internacional y que ahora, la misma institucionalidad colombiana, rechaza su pleno carácter vinculatorio. De otro lado, la justicia restaurativa propuesta presenta elementos acordes al DPI, que impiden considerarla del todo incompatible. De allí que existan factores adicionales que evitan la injerencia directa de la CPI en la justicia colombiana.

Hay que considerar que durante los trabajos preparatorios y la Conferencia de Roma las amnistías y otros mecanismos de responsabilidad diferentes a la pena fueron deliberadamente evadidos.

Por ello, se ha admitido que en un sistema de justicia para la terminación del conflicto armado -en el que se acuerdan amnistías- solo aquellas que impliquen una auto amnistía o que sean incondicionales, pueden ser rechazadas desde la política y el derecho internacional. Para la determinación de la viabilidad de acuerdos sobre la penalización de los delitos, resulta de vital importancia la consideración de estos como políticos o en conexidad con estos. Aunque como en el caso de las agresiones sexuales, resulte discutible para diferentes sectores políticos.

Al respecto, aunque se presentan grandes controversias, es un elemento fundamental que devela el conocimiento del contexto nacional. De tal suerte, en Colombia el delito político ha pasado por diferentes fases desde su reconocimiento más amplio, e incluso la consideración de su comisión por un sentimiento altruista, hasta el rechazo absoluto de su existencia cuando los grupos armados tenían el mayor rechazo de la comunidad, al inicio del milenio. Empero, con la realización de los acuerdos de paz se puso nuevamente sobre la mesa su consideración con el fin de superar el conflicto armado y priorizar las investigaciones penales (Centro Nacional de Memoria Histórica (Colombia), 2014, p. 72).

El reconocimiento de delitos políticos y la aceptación de la comisión de otros, con razón del conflicto armado, permite un margen de negociación para la consecución de la pacificación de procesos violentos. Aspecto que parece haber sido admitido por la Fiscalía de la CPI, pero que no sustrae la imposición de una sanción que cumpla con los fines de disuasión, retribución, rehabilitación y restauración, conforme a la política criminal global, tema reiterado en los comunicados de la Fiscalía de la CPI. Dicha admisión se ajusta al sentido de los estándares diferenciados en procesos de paz, porque se busca satisfacer un interés valioso y legítimo que es precisamente el logro de la paz (Uprimny et al., 2013, p. 78).

Debido a esto, se exige la imposición de una pena proporcional basada en el criterio retributivo que debe tener la imposición de cualquier modelo de justicia. Esta pena, sin embargo, no puede estar en contra de los estándares internacionales, en el sentido en que implique una nueva violación a derechos humanos: existen modelos de responsabilidad que pueden satisfacer el test de proporcionalidad, tales como los servicios a la comunidad, reparaciones, multas, entre otros (Kai Ambos P.268). Argumentos que refuerzan el diseño de investigación y sanción elaborada por la Jurisdicción Especial para la Paz.

El sistema jurídico colombiano ha reconocido la complejidad de la investigación y persecución de los crímenes ocurridos durante el conflicto armado, en virtud de su organización. Además, de tratarse de delitos que requirieron de una concertación de

voluntades de grupos organizados, que en múltiples ocasiones contaron con la participación de agentes del Estado. De allí, que los delitos que se persiguen bajo la categoría de crímenes de lesa humanidad, como se ha insistido, son los ejercidos por agentes de poder. En el caso colombiano los tres actores principales -Estado, FARC-EP-EP y paramilitares- contaban con poder armamentístico, territorial y económico.

En efecto, tales condiciones lo hacen afín con el derecho internacional porque reconoce al derecho penal como herramienta fundamental en la persecución de los crímenes más graves. Desde el Centro Nacional de Memoria Histórica, se ha afirmado:

Que la aplicación del derecho penal es fundamental para dar respuesta a las atrocidades cometidas en medio de un conflicto armado, no solo por razones jurídicas determinadas por su forma de imputación y estructuras probatorias, sino también por razones culturales y políticas. La recuperación formal del ejercicio punitivo frente a las atrocidades contribuye a la restitución del poder y del Estado de derecho y ayuda a reponer lazos sociales de confianza (Centro Nacional de Memoria Histórica (Colombia), 2014, p. 19).

El ejercicio del derecho penal se presenta ante la comunidad como un efecto restaurador y útil en los procesos de restauración del tejido social. Citando a Hanna Arendt, Uprimny (P.106) advierte que «los juicios penales contra responsables de atrocidades masivas parecieran tener un peculiar efecto ordenador de una realidad, que, de otro modo, sería incomprensible e insoportable». Por ello, el hecho de que se establezcan procesos de investigación resulta benéfico para la consciencia social y como medio de reparación para las víctimas, en torno al acceso a la justicia y su sentimiento de compensación.

Respecto, del punto de la protección de derechos humanos como elemento de la democracia, debe ser valorado en doble perspectiva. Primero, desde el juzgamiento a aquellos que los vulneran. Segundo, a partir de la protección de los derechos de las víctimas de violaciones a derechos humanos.

De acuerdo con los requisitos analizados en el capítulo anterior, el proceso de paz adelantado por el gobierno colombiano y las FARC-EP cumplen con los mismos ya que la participación de las víctimas se adelantó en dos sentidos: de una parte, en su participación en la redacción de los acuerdos y, segundo, en el sistema integral que basa la justicia y la imposición punitiva en su efectiva reparación.

Existe una dificultad al hacer referencia a los intereses de la víctima, por la propia definición de víctima a la luz del derecho penal internacional. La concepción de víctima puede ser vista en el sentido de comprender a las víctimas directas e indirectas, del crimen internacional, como aquellas personas afectadas por la comisión del hecho dentro de la comunidad y en el marco del conflicto armado.

No obstante, al determinar que ciertos hechos no son crímenes que le competan únicamente al país en donde se cometen, sino que se catalogan como internacionales, aparece en el escenario la comunidad internacional como otra víctima de estos. Esta inclusión hace que la valoración del *interés de las víctimas* resulte difuso y ambiguo al momento de determinar la apertura de investigación.

Uno de los intereses que se han promulgado tanto de la justicia como de parte de las víctimas es la persecución y enjuiciamiento de los *máximos responsables*. La definición de dicha categoría ha tenido dificultades en el derecho penal internacional, desde los tribunales *ad hoc*, hasta las decisiones de apertura, confirmación de cargos y emisión de sentencias de parte de la CPI. Sin embargo, se puede atender a los criterios de: «liderazgo y posición de estructuras militares y jerárquicas; el grado de responsabilidad de acuerdo a su nivel y modo de participación; su contribución al crimen y la importancia de su rol» (Uprimny P. 126)

Ahora, respecto de dicho punto se presenta una de las mayores discusiones, como ha sido ampliamente explicado, respecto de la responsabilidad de mando en el derecho nacional, internacional y en la justicia extraordinaria. Empero, atendiendo a lo resuelto por la Corte Constitucional, la discusión no se enmarca en los criterios para determinar que existió un

mandato, sino que en calidad de autores -sin tener participación directa en el hecho- tuvieron el dominio de la conducta criminal y que permite un régimen punitivo simétrico entre los diversos actores del conflicto, y entre ellos, los miembros de la Fuerza Pública. Sobre los cuales se presentan las mayores dificultades en la atribución de responsabilidad.

La Justicia Especial para la Paz prevé la participación colectiva de las víctimas, como ocurre en el derecho penal internacional. De acuerdo al Proyecto de Ley de Procedimiento de la JEP, se estableció la definición de víctimas y su posibilidad de participación individual o colectiva. En este aspecto se encuentra acorde con la decisión adoptada en por la CPI en la participación de víctimas y en la decisión de reparación en el caso de Lubanga: se permite su participación y por ende reparación en forma colectiva siempre que sea suscrito voluntariamente.

Finalmente, acerca de la legitimidad del Estado, es importante ver su comportamiento frente a los nacionales y las agencias internacionales. Atendiendo al concepto como la aceptación y justificación de un modelo político. Si bien el Estado colombiano ha sido cuestionado en diferentes situaciones por falta de legitimidad, ello se vio reforzado en el contexto del conflicto armado. Sin embargo, la institucionalización de la Constitución de 1991 (en términos participativos) reforzó la confianza de la ciudadanía, al menos, temporalmente.

Además de ser producto de un movimiento social, la Constitución fue un acuerdo en el que participaron diferentes sectores políticos, étnicos y religiosos. Esta inclusión haría que la ciudadanía confiara en las instituciones que desde la voluntad acordada se habían establecido. Ello, no obstante, iría deslegitimándose por el recrudecimiento de la violencia y la persecución a líderes de izquierda y el fortalecimiento de los grupos armados a raíz del narcotráfico, frente al debilitamiento del Estado en sus ámbitos políticos, jurídicos y militares.

A pesar de lo anterior, la comunidad internacional no advirtió una falta de legitimidad de tal entidad que implicara su intervención. Esto, se da en razón de dos factores

fundamentalmente: de un lado la participación electoral y participativa; y de otro lado, por el modelo económico.

Si bien Colombia ha presentado dificultades en temas electorales y de corrupción, han existido componentes de democracia y la satisfacción de requisitos occidentales que han hecho que en el concierto internacional se considere como un Estado en construcción o desarrollo, que no requiere la violación directa a la soberanía nacional.

En ese entendido, las decisiones políticas de institucionalidad se encuentran estrechamente vinculadas a las decisiones económicas. Por lo que el segundo factor extrajurídico a tener en cuenta por la justicia penal internacional se halla en el modelo económico. Dentro de los relatos elaborados sobre las causas del conflicto, uno de ellos se refiere al modelo económico y productivo.

En este sentido, debe precisarse el Consenso de Washington como hecho fundamental en la economía global a partir de la terminación de la guerra fría. A diferencia de los países africanos, Colombia estableció desde la presidencia de Cesar Gaviria (1990-1994) «un modelo de apertura e internacionalización de la economía» (Orjuela Escobar, 1998, p. 58).

A partir de este evento, y por las obligaciones económicas adquiridas por Colombia internacionalmente, quedó adscrito al sistema imperante. Colombia tal y como los cuatro Estados africanos analizados, se caracteriza por contar con riquezas naturales, agrícolas y minerales valiosas para su desarrollo y el del mundo. Este elemento ha influido en que los países más fuertes establezcan los mecanismos para obtener los productos de Estados como Colombia, a un costo económico reducido, aunque ello implicara la afectación de la población nacional.

Por lo que el control económico, como se había indicado, también influyó en la intensificación del conflicto armado. Luego de la apertura hecha a inicios de los años noventa, la economía pasó de ser una de naturaleza agroexportadora, cuyo principal

producto era el café, a ser un exportador neto de recursos energéticos y minerales bajo el control de inversionistas y multinacionales extranjeras (Rojas, 2009, p. 113). Esta transformación trajo consigo un nuevo actor que influiría en la economía, el conflicto armado y las decisiones internacionales: las empresas.

Así, estos actores participaron de diversas formas en el conflicto armado, calificados por la JEP como terceros, que eventualmente podrían ser responsables. Sin embargo, su mayor influencia se encuentra dada en la política internacional, en el sentido de que el conflicto y el proceso de paz en los términos planteados resulta útil para sus intereses: para las multinacionales, por los procesos de desplazamiento forzado que en varias ocasiones otorgaron territorios para el desarrollo de sus actividades; y a los inversionistas, por brindar mayor seguridad en la inversión de acuerdo a la calificación internacional. Así mismo el Estado colombiano adoptó decisiones que les fueran favorables, como la criminalización de la minería hecha por nacionales y otorgando el calificativo de legal a aquella que se ejercía por multinacionales.

Muestra del interés en aumentar la calificación en los sistemas metodológicos de determinación de índices se encuentra dado con el ingreso a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). El gobierno de Juan Manuel Santos, además de abanderar el proceso de paz, promovió el ingreso a dicha organización, en aras de mejorar la calificación de riesgo y ser un destino de inversión internacional. Este hecho pretende el desarrollo desde las políticas de libre comercio, lo que obliga a la profundización de desigualdades sociales, reducción del salario o el aumento de la edad para otorgar pensiones (Sputnik, 2018).

El último factor analizado en el conflicto armado colombiano se refiere al elemento cultural. Tal y como ha sido mencionado reiteradamente, la elaboración de la Constitución de 1991 dio paso a un Estado pluralista y, al menos jurídicamente hablando, garantista y respetuoso de la diferencia cultural y religioso. A pesar de ello, además de existir situaciones de discriminación desde la propia institucionalidad a las minorías, es innegable que Colombia puede ser calificada como un Estado Occidental.

La anterior afirmación se realiza a partir de la definición del concepto de cultura. Atendiendo a la cultura «como el estilo de vida de un pueblo o un grupo humano se hacer referencia a un modo humano de habitar el mundo, de convivir con los otros y de ser sí mismo» (Zea, 1998, p. 226). Por ello, al hacer referencia al modo de vida de la nación y la relación del Estado colombiano, con las lógicas internacionales, se vislumbra un mayor acercamiento a las formas occidentales que a una de carácter autóctona.

En concordancia con ello, se encuentra el papel preponderante de la iglesia católica, atendiendo a la religión como elemento de la cultura de una nación. El proceso de conquista y colonización implicó insertar lógicas europeas que obedecían al teocentrismo desde la religión católica, y que se propagaron a lo largo del tiempo a través de las misiones religiosas.

De hecho, a pesar de la apertura a la posibilidad de consolidación de diferentes religiones con la Constitución de 1991, en el 2017 Colombia se posicionaba en el mundo como el séptimo país más católico del mundo (Tiempo, 2017).

Si bien no se puede adscribir la calificación de un país como occidental al elemento católico, si es dicente en torno a las creencias. Es decir, el catolicismo no necesariamente corresponde a la cultura dominante, pero sí se ajusta al monoteísmo implantado por Europa desde la conquista y adoptado por los países del continente americano. Factor, que evidentemente resulta diferente en la cultura colombiana y la de los países africanos analizados, en los que el teocentrismo se encuentra marcado por la inculturación. En palabras de la filosofía africana se trata de «elaborar y de perfeccionar los métodos originales para no atascarnos en una escolástica bastarda o en un hegelianismo sobreestimado. Jesucristo quiere ser Africano en África, y por ello revive con nosotros» (Ondó, 2012, p. 11).

Otro elemento cultural a considerar es la presencia y admisión de grupos indígenas en la constitución y desarrollo del Estado. Para el 2005, de acuerdo con las cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), en Colombia existían 87 grupos indígenas, con el 4.3% de la población nacional. Sin embargo, la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) sostiene que hay 102 comunidades (Ayuda en Acción, 2018).

La presencia de grupos indígenas en el territorio, en el plano cultural, se valora desde una doble perspectiva. De un lado su reconocimiento en el Estado, tanto en su presencia como en sus derechos y libre determinación, que incluso las hace vincularse de algún modo a la cultura mayoritaria. Por otra parte, se destaca su persecución individual y grupal en el marco del conflicto armado.

En efecto la Constitución de 1991, que también contó con la participación de grupos indígenas, reconoció su presencia y determinación en el territorio. Este proceso implicó que, tanto la Corte Constitucional, como la Corte Suprema de Justicia, precisaran la posibilidad jurídica de que en determinadas situaciones se rigieran conforme a su propia jurisdicción.

También la obligación de proteger los recursos naturales, y elaborar procedimientos como la consulta previa para la intromisión en su territorio, instrumento jurídico acorde al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como el mayor reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas en el concierto internacional.

Esta figura jurídica, no obstante, ha demostrado ser ineficiente, como quiera que tiene un carácter no vinculante. A través de la consulta previa, consagrada en la Constitución, se establece como deber consultar a los grupos indígenas para intervenir en su territorio, lo que no implica que la negativa de la comunidad impida injerencia alguna. Hecho que ha impulsado a las comunidades indígenas a vincularse a las lógicas políticas y económicas de occidente. Este fenómeno se denomina ecogubernamentalidad, basado en la producción y riquezas naturales de las comunidades indígenas y la utilidad de su explotación para el contexto nacional e internacional.

Este modelo, basado en la explotación ambiental y natural, lleva a las comunidades indígenas a procurar discursos que los hagan partícipes de la cultura occidental. «Esta nueva ecogubernamentalidad construye políticas, discursos y prácticas nacionales e internacionales que introducen a los pueblos indígenas en un nuevo circuito económico de producción y consumo verde» (Ulloa, 2007, p. 291). Evento en el que se han convertido en elementos útiles y necesarios para las lógicas económicas occidentales, en las que su conocimiento es vital para la generación de mayores ingresos.

Ahora bien, a pesar del reconocimiento de sus derechos en el Estado colombiano, la violación a sus derechos humanos ha sido un elemento constante. Así lo expresó la ONIC en el informe presentado a la Relatora Especial de la ONU, sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Advirtió que, de los 102 pueblos existentes, 64 se encuentran en riesgo de extinción física y cultural. Ello porque han sido víctimas de asesinatos de líderes, masacres, desplazamiento forzado, violencia sexual, amenazas, señalamientos, combates en sus territorios, desaparición forzada, confinamiento (ONIC, 2018).

Por ello, el proceso de globalización e identificación con un modo cultural ha permeado a los grupos indígenas colombianos y ha reforzado la voluntad de occidentalización de la nación colombiana. Es decir, los pueblos indígenas hacen parte del movimiento de la sociedad civil mundial.

En el proceso de interacción e interconexión que promueve el proceso global, las culturas campesinas, indígenas y afrodescendientes, intensifican su comunicación con otras culturas, lo que puede percibirse como una amenaza a la supervivencia de sus mundos, pero también como una forma de romper la exclusión (Martín-Barbero, 2003, p. 22).

Significa entonces, que el proceso cultural colombiano obedece a las lógicas de inclusión/exclusión que promueve la política internacional. En otras palabras, mientras discursivamente se admite la existencia y pluralidad de comunidades para el reconocimiento

de sus derechos en plano de igualdad, en la práctica se promueven lógicas de exclusión de la otredad y de inclusión una vez se adecúan al discurso dominante, en una clara desigualdad para el ejercicio de sus derechos.

Ello, sin embargo, no abandona la percepción de los pueblos indígenas sobre el Estado. Lo que implica que exista «una tibia lealtad nacional, una disconformidad y oposición al proyecto de Estado-Nación» (Varese, 1997, p. 28).

Con base en lo analizado se puede afirmar que «*La nación colombiana tiene pues una distribución política compleja, pero definida dentro de los parámetros occidentales, lo que inmediatamente la incluye como parte del mundo occidental auto concebido como civilizado*» (Restrepo, 2006, p. 156).

Desde la definición de civilización, aún como un Estado periférico, se develan las diferencias de percepción sobre Colombia y los Estados africanos de parte de la comunidad internacional. Efecto que se traslada al derecho internacional y por supuesto a la Corte Penal Internacional. De tal modo, que, aunque la propia Corte Constitucional afirme que el ER es solamente un mandato de criminalización, sin carácter vinculante, no será suficiente para la apertura de investigación.

Adicionalmente el rechazo de Colombia, como un Estado fallido, y su aceptación como uno en construcción proviene de diferentes elementos. Los factores a saber son los políticos, económicos y culturales. Dentro de los primeros es necesario destacar que a diferencia de los Estados donde la CPI interviene, los acuerdos de paz en Colombia no implicaron una transición o cambio de régimen político, sino la terminación del conflicto para el mantenimiento del modelo existente, en todas sus perspectivas.

De otra parte, comparte las políticas y exigencias económicas de la comunidad y los organismos internacionales. Como fue referido, frente a los cambios económicos del orden mundial el Estado colombiano ha elaborado acciones de adaptación que le permitan satisfacer los intereses económicos tanto a los Estados dominantes como a los grupos

empresariales. Sobre este aspecto no es lejana la institucionalización de la JEP, como ya fue indicado.

Finalmente, se trata de un país en proceso de occidentalización cultural en el que se contempla la exclusión de la otredad. Tal y como fue mencionado la pluralidad cultural y religiosa obedece al cumplimiento de obligaciones occidentales, impuesta desde los acuerdos internacionales, pero las prácticas corresponden a la discriminación y la intención de homogenización y civilización cultural.

De todo ello, se observa como la imposición de un sistema penal extraordinario para la terminación del conflicto armado se ajusta a los estándares internacionales. Si bien, en el acuerdo de paz y la institucionalización de la JEP, existen elementos que hubiesen podido ser considerados como causales para la apertura de investigación de parte de la CPI en un Estado, ello no ocurre en Colombia al ser un Estado afín a las prácticas jurídicas, políticas, económicas y culturales de occidente.

### **3.2.6 Un modelo de justicia extraordinaria.**

En el preámbulo del “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable duradera” del 24 de noviembre del año 2016, las FARC-EP y el Gobierno Nacional estipularon varios de los puntos en los cuales se estructuró los elementos esenciales de lo pactado. Así, se hizo un reconocimiento a los países que contribuyeron con su participación para la resolución del conflicto, entre ellos: Noruega, Cuba, Venezuela y Chile.

De igual manera, se reconoció el resultado del Plebiscito del 2 de octubre del 2016, en el que el pueblo colombiano manifestó negativamente que se llevara a cabo la implementación del acuerdo firmado el 24 de agosto del 2016. En ese sentido, se tomó en cuenta lo cambios propuestos por los representantes del “NO”, quienes con sus aportes convirtieron el Acuerdo de paz anterior en uno nuevo, legitimado por el pueblo colombiano para efectos de su implementación en el territorio nacional. También, no se hizo caso omiso a lo preceptuado

por la normatividad internacional que hace parte del Bloque de Constitucionalidad, quien, a su vez, destacó el producto final de lo pactado.

Ahora bien, el último Acuerdo de paz entre el Gobierno de Juan Manuel Santos y las FARC-EP, superó los lineamientos de la Ley de Justicia y Paz, en cuanto fue más allá del alcance y conceptualización de lo que se ha entendido en Colombia por Justicia Transicional. En efecto, el Acuerdo definitivo logró establecer un marco general que involucrara directamente a las víctimas en los cambios necesarios y la superación de las causas estructurales que han alimentado el conflicto armado interno.

Por ello, no fue gratuito el hecho de que el Acuerdo de paz apuntara a fortalecer situaciones sociales que iban más allá de un simple desarme de un grupo irregular subversivo. Se buscó, fortalecer la democracia y la inclusión social dentro del marco de las políticas necesarias, como también, se estableció respetar el derecho de las víctimas por medio de unos mecanismos institucionales que garantizaran su reparación integral, no sin tener en cuenta un enfoque de género y diferencial, en el que se reconociera, «que aunque mujeres y hombres son víctimas de violaciones a los derechos humanos, el daño sufrido, y la forma como se asume por unos y por otras, es diferente y puede afectar más a estas que aquellos, debido a las condiciones particulares en las que se encontraban antes del período o hecho de violencia» (Agencia Colombiana para la Reintegración (ACR), 2014, pág. 57)

Por otra parte, la Justicia Transicional del Acuerdo de Paz entre las FARC-EP y el Gobierno Nacional se caracterizó, porque buscó las transformaciones radicales de un orden social y político determinado para la «necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia» (Uprimny Yepes & Saffon Sanín, 2006, pág. 115). En esa medida, como instrumento o mecanismo alternativo en el escenario de la guerra interna, la Justicia Transicional apuntó a la reconciliación nacional, que, en este caso, fortalecería a la verdad como elemento necesario para cumplir con las expectativas de justicia y garantías de no repetición.

También, en el Acuerdo de Paz se adecuó las teorías del perdón, verdad y la reconciliación, teorías que se extrajeron, en su mayoría, por los discursos normativos por fuera del derecho desde la ética, la medicina y la teología. De esto que, el propósito no estuviera ligado directamente a la consecución de la justicia, sino a la paz, «tanto para los individuos como para la sociedad como un todo» (Teitel, Roti G., 2003, p. 14).

En iguales términos, se tomó en cuenta el perdón de una manera mucho más radical, puesto que se entendió como « un mecanismo que disminuye la motivación a vengarse del agresor, decrementa también la motivación a mantener distancia del victimario y estimula la reconciliación y los sentimientos de benevolencia»(Cortés et al., 2016). Esta reconciliación, que fue un proceso de aceptación de un grupo a otro, propio de la justicia restaurativa, en el que no permite que el pasado defina las relaciones del futuro, y se comience a ver a los agresores con sentido de humanidad, lo acepten y consideren la posibilidad de construir una nueva relación que los reinterprete (Cortés et al., 2016).

Aunado a lo anterior, el Acuerdo de Paz también habilitó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNJ), en el que los mecanismos judiciales y extrajudiciales se coordinarían para asegurar la rendición de cuentas de lo ocurrido; garantizar la seguridad jurídica; garantizar la convivencia y, la satisfacción de los derechos de las víctimas.

Este Acuerdo de paz, desde la formalidad en el que se inscribió, desarrolló los seis puntos de acuerdo al análisis de la revista Semana:

1. Acuerdo de tierras: En este punto, se dejó claro que la Reforma Rural Integral (RRI) no buscaría ir en contra de la propiedad privada ni el desarrollo de la libertad de empresa en el campo. Se planteó, que este acuerdo debía superar la brecha de pobreza y desigualdad que existe en las regiones y que motivaron las principales causas del conflicto armado.

Por ello, con las modificaciones hechas por las facciones que votaron “NO” en el plebiscito, se instauraron siete puntos, los cuales se clasificaron de la siguiente manera: 1. Desarrollo integral del campo; 2. Defensa de la propiedad privada; 3. Ampliación del tiempo para la aplicación de la reforma rural integral; 4. Otros mecanismo para promover el acceso a la tierra; 5. Ajustes a los planes de desarrollo con enfoque territorial (PDET); 6. Ampliación de los plazos para la aplicación de los planes nacionales para RRI y; 7. Promoción de la competitividad.

2. Participación política: Este punto versó sobre la democratización y participación política de las diferentes fuerzas y tendencias ideológicas con el fin de que pudiesen coexistir pacíficamente, en tanto, pudiesen sentar las bases para el pluralismo y disminución de la exclusión en política, dando prioridad a la participación ciudadana, las garantías para la competencia electoral y, el debate público.

En el acuerdo, se estipuló que se debían conservar la creación de 16 circunscripciones especiales en la Cámara de Representantes por dos períodos legislativos a las regiones más golpeadas por la violencia. Sin embargo, para finales del año 2017, en el mecanismo denominado Fast Track, la aprobación de este punto en el Congreso quedó en un vacío jurídico, pues, el Senado manifestó que no se alcanzó la votación mayoritaria para su aprobación, pese a que, para la fecha, los tres votos que determinaban esta decisión no se manifestaron por fuerza mayor, ya que sus representantes se encontraban en procesos penales vigentes.

Además de lo anterior, se creó un estatuto de oposición; se apuntó a la creación de medios comunitarios y la transformación de las FARC-EP hacia un partido político denominado Fuerzas Alternativas Revolucionarias del Común, quienes, a su vez, alcanzarían por medio del Acto Legislativo 03 de 2017 su participación política tanto para las elecciones presidenciales con “Timochenko” como candidato, como las del Congreso del año 2018, una cuando tenían asegurados 5 escaños para la Cámara de Representantes y 5 escaños para el Senado.

3. Cese al fuego y reintegración de las FARC-EP: Para el cese al fuego, la dejación de armas y la reintegración de los miembros de las FARC-EP, se habilitaron 20 Zonas Veredales y 7 Puntos Transitorios de Normalización, los cuales, tenían como veedores principales a la ONU y, garantes de la seguridad a las Fuerzas Armadas Colombianas, quienes tenían la obligación emanada del Acuerdo de defender la vida de los ex combatientes en las zonas asignadas, como también, impedir que aquellos se retiraran de allí o que agentes externos entraran allí.

4. Solución al problema de las drogas ilícitas: Como se mencionó anteriormente, el Acuerdo se firmó sobre las líneas principales del Acuerdo anterior, es decir, sobre generar alternativas de encarcelamiento «para los eslabones más débiles de la cadena, el consumo tratado como un problema de salud pública y llevar desarrollo integral a las regiones para desplazar una economía dependiente de los cultivos ilícitos» (Semana.com, 2018).

Uno de los factores que causó gran polémica en las discusiones de este punto fue, la suspensión de la aspersión área de glifosato. En efecto, quienes votaron por el “NO”, no consentían que la lucha contra el narcotráfico dejará de lado este método de reducción de cultivos de hoja de coca, pues, señalaban que al Estado le está permitido emplear la aspersión aérea por razones de seguridad nacional. Sin embargo, tres motivos utilizó el Gobierno Nacional para suspender esta actividad, incluso atendiendo fallos del Consejo de Estado y Corte Constitucional:

1. El concepto de la organización Mundial de la Salud en el sentido de que esta sustancia es potencialmente cancerígena.
2. El reconocimiento del daño y la reparación que causaron las fumigaciones de Colombia en territorio ecuatoriano
3. La evidencia de que las fumigaciones no son ya efectivas para la realidad de los cultivos de coca en Colombia, cada vez más dispersos. (Semana, 2018).

5. Acuerdo sobre la Jurisdicción Especial para la Paz y las Víctimas: Este es el punto esencial del Acuerdo de Paz entre el Gobierno y las FARC-EP, y el que más problemas ha encontrado hasta su implementación. Este acuerdo, que se supeditó al Fast Track y a lo ordenado por la Corte Constitucional, desarrolló las pautas para implementar funciones judiciales dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR).

La función de la Jurisdicción Especial para la Paz, que se aprobó a partir del Acto Legislativo 01 de 2017, es la de cumplir la obligación del Estado de investigar, esclarecer, perseguir, juzgar y sancionar las graves violaciones de los Derechos Humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) que tuvieron lugar en el contexto y en razón del conflicto armado interno. Por ello, su principal objetivo es satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; contribuir a la reparación de las víctimas; contribuir en la lucha contra la impunidad; contribuir a lograr una paz estable y duradera y; dar garantías a quienes participaron directa o indirectamente en el conflicto armado, es decir, seguridad jurídica (Oficina del Alto Comisionado para la Paz).

El carácter de esta jurisdicción es temporal, esto es, que cumple con un patrón de justicia aplicable a una situación que tiene un componente cronológico, pues, como señala García Amado, es el requisito esencial de la Justicia Transicional (García Amado, J. A. et al., 2015, p. 104), de lo contrario tendría un carácter de permanencia que se acercaría a una justicia ordinaria. D esto que, la Comisión Histórica del Conflicto tomara un papel relevante, pues, se encargó de indagar sobre las causas del conflicto armado en Colombia, determinando fechas concretas que explicaran su génesis. Así las cosas, entonces, la Jurisdicción Especial para la Paz, que se encuentra en el marco de la Justicia Transicional, habitó una vigencia de hasta máximo 20 años para cumplir con sus objetivos.

Los principios que rigen la Jurisdicción Especial para la Paz, tiene que ver con la centralidad de las víctimas como eje fundamental para la reparación y garantías de no repetición; la seguridad jurídica; el derecho a la paz; la prevalencia de la JEP por encima de la justicia ordinaria; el debido proceso; el enfoque diferencial; la equidad de género; y la concentración

de los casos más graves y representativos, entre otros (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, n.d.).

Con base en los principios señalados, se crearon las competencias y organismos que llevarán a cabo la función jurisdiccional del Acuerdo de Paz. Así, nacieron cinco órganos determinados de la siguiente manera:

- a. LA SALA DE RECONOCIMIENTO Y DE VERDAD Y RESPONSABILIDAD Y DE DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS Y CONDUCTAS. Esta Sala tiene el objetivo de recibir toda la información y reconocimiento de responsabilidad, seleccionando los casos más graves y representativos. También, tomará los informes, investigación y sentencias de la justicia ordinaria con el fin de clasificarlos y señalar cuáles pertenecen a esta jurisdicción.
- b. LA SALA DE AMNISTÍA E INDULTO: Se encarga de otorgar amnistía o indultos de las personas condenadas, para el segundo caso, que tengan la facultad de acobijarse por estas categorías jurídico-políticas.
- c. LA SALA DE DEFINICIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS: Esta Sala, se encargará de definir la situación jurídica de quienes no sean objeto de amnistía o indulto, ni hayan sido incluidos en la Resolución de Conclusiones de la SRVR (Oficina del Alto Comisionado para la Paz).
- d. LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN Y ACUSACIÓN: Esta Sala se encarga de los casos en los que no hay reconocimiento de responsabilidad, lo cual implica investigar y acusar ante el Tribunal para la Paz si hubiere mérito para ello. También, decidirá sobre las medidas de protección a víctimas y testigos y la adopción de medidas de aseguramiento y cautelares en caso de que se requiera.

- e. TRIBUNAL PARA LA PAZ: Es el órgano de cierre de la JEP y está dividida en cinco secciones: 1. Sección de primera instancia en los casos de reconocimiento de responsabilidad; 2. Sección de primera instancia en los casos de ausencia de reconocimiento de responsabilidad; 3. Sección de apelación; 4. Sección de revisión y, 5. Sección de estabilidad y Eficiencia.

Las sanciones que se estipularon para satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia y la consolidación a la paz se enmarcan en tres tipos: primero, sanciones propias, las cuales se caracterizan por estar en función de una justicia restaurativa y reparadora del daño causado. Así, respecto a infracciones muy graves, la pena estará oscilando entre 5 a 8 años, comprendiendo restricciones a derechos y libertades como el de movilidad y residencia. Las menos graves, serán de 2 a 5 años.

En segundo lugar, las sanciones alternativas, las cuales tendrán una función retributiva y se darán en los casos en que se reconozca la responsabilidad antes de la sentencia definitiva. Las penas, al igual que las anteriores oscilarán entre 5 y 8 años, para los casos más graves y de 2 a 5 años, pero con la diferencia de que estas son privativas de la libertad.

Finalmente, estarán las sanciones ordinarias, las cuales se impondrán a quienes no hayan reconocido responsabilidad y sean condenados por el tribunal. Las penas serán privativas de la libertad y oscilarán entre 15 y 20 años.

6. Implementación, Verificación y Refrendación: En esta parte, como se señaló anteriormente, se habilitó al Congreso para que expidiera más de 50 Leyes en un tiempo determinado, esto es, hasta noviembre de 2017. La fórmula utilizada, fue la del Fast Track, el cual logró adecuar algunas de los puntos principales del Acuerdo para la paz, como la Participación política de las FARC-EP; la Justicia Transicional; el Blindaje jurídico para la Paz y; dejó en veros, las circunscripciones para las víctimas.

En conclusión, el Acuerdo final entre el Gobierno Nacional en cabeza del presidente Juan Manuel Santos y las Fuerzas Armadas revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo

(FARC-EP-EP), hoy Fuerzas Alternativas Revolucionarias del Común, fue un éxito respecto a las negociaciones que se llevaron a cabo en la ciudad de La Habana.

Si bien, se acordaron puntos trascendentales como reformas en el campo y participación política de los miembros del grupo subversivo, como también la consolidación del desarme de la guerrilla de las FARC-EP, la implementación encontró fuerzas opositoras que impidieron que se desarrollaran los puntos tal como se pactó en el acuerdo Final.

Sin embargo, y a pesar de que el Congreso torpedeo puntos esenciales frente al caso de la Jurisdicción Especial para la Paz, no cabe duda que la Justicia Transicional lograda formalmente por las partes firmantes fue uno de los ejercicios mejor logrados en la historia de las negociaciones de paz, pues, se logró equilibrar las tensiones entre la justicia y la paz, ahondando en una Justicia Restaurativa que apuntaló a restablecer el tejido destruido por una confrontación entre el grupo subversivo, el Estado y la Sociedad.

## CONCLUSIONES

Con base en lo analizado el ámbito estudio de la criminología se amplía a la evaluación de crímenes elaborados bajo la perspectiva del derecho internacional. De tal suerte que de una parte se tienen unos hechos que resultan lesivos de derechos humanos y que su propia forma de comisión resulta cuestionable y del otro lado una institución establecida bajo un presunto consenso internacional con la meta de perseguir y prevenir los crímenes más graves, pero también de procurar la pacificación y por ende la reconciliación.

En la siguiente tabla se observa de manera comparativa el número de víctimas de cada uno de los Estados analizados, incluido Colombia, de delitos catalogados como crímenes de lesa humanidad ocurridos durante periodos de conflicto armado. Dicha comparación se presenta con el ánimo de presentar cómo estos crímenes graves y cometidos en modalidades atroces, en un cotejo cuantitativo no resultan tan disímiles que hicieran diferente su valoración ante el derecho penal internacional.

	<b>Desplazamiento</b>	<b>Asesinatos</b>	<b>Agresión Sexual</b>	<b>Reclutamiento forzado de menores.</b>
<b>Uganda</b>	2.000.000 (1986 - 2006)	200.00	Sin cifra estimada <sup>32</sup>	25.000 niños aprox. (1986 - 2006)
<b>Sudán</b>	(4.000.000 (1983 - 2005)	2.000.000 (1983 – 2005)	1000. (1983-2005)	19.000
<b>Costa de Marfil</b>	200.000 (2011)	4.000 (2002-2004)	109 (2009)	3.000
<b>RD Congo</b>	4.4 millones	3.000.000 (1998)	400.000 al año (2011)	30.000 (2011)

<sup>32</sup> De acuerdo a Amnistía Internacional el 60% de mujeres manifiestan haber sido víctimas de agresiones sexuales, sin embargo no existe cifra estimada del número de víctimas en el periodo de conflicto.

<b>Colombia</b>	7.47millones	218.000 (1985-2012)	15.076	16.000
-----------------	--------------	------------------------	--------	--------

*Tabla 2 Comparativo África- Colombia. Las cifras en los países africanos se obtuvieron a partir de documentos extraoficiales. En el caso de Colombia a través del CNMH.*

El derecho penal internacional surgió luego de los horrores de la Segunda Guerra Mundial y los Tribunales Ad-Hoc producto de violaciones masivas a derechos humanos. Sin embargo, ante la realidad que se manifiesta no sólo en cifras sino en crueldad, la institucionalizada CPI demuestra su incapacidad en la prevención de los crímenes que, a su juicio, afectan a la humanidad en su conjunto. Esta incapacidad puede estar dada por una decisión política deliberada de aceptar ciertas violaciones porque ocurren en el marco de procesos mas o menos *civilizados*.

Por ejemplo, en la actualidad existe una manipulación mediática que ha escondido la situación de conflictividad interna de Ruanda bajo la dictadura de Kagame (se le ha presentado como una democracia modelo). El Tribunal Penal Internacional ya no investiga los crímenes del régimen ruandés que siguieron al genocidio tutsi llevado a cabo por parte de los Hutu, dado que el límite temporal de su competencia es el año 1994. Investigarlos chocaría con los intereses de EU (Llorente, 2009). Se presenta el mismo efecto de intervención y abandono.

A lo largo de la evaluación de los Estados africanos y el Estado colombiano se hizo referencia a la categoría de «*Estado fallido*». El término fue acuñado a partir de los procesos de descolonización africana y la frustración por el desarrollo tardío respecto de las expectativas occidentales. De modo que en el periodo de la posguerra fría la necesidad de intervención en estos países se hizo para el establecimiento de un nuevo orden mundial, en el que la agenda global se centrara en temas ligados a la superación de la pobreza, la defensa de los derechos humanos y la protección ambiental, entre otros (Tokatlian, 2008, p. 72).

Inicialmente la intervención consistió en fortalecer la institucionalidad. Así, se apoyaron líderes autoritarios en África como Mobutu Sese Zeko, Museveni que en principio fueron efectivos pero que al degenerar en dictaduras terminaron debilitando a los Estados y convirtiéndose en la principal causa de dicho fracaso (Ruiz, 2011, p. 206).

De acuerdo con Robert Cooper, existen tres niveles evolutivos de Estado: premodernos, modernos y posmodernos. La segunda clase de Estados es aquella que promueve el expansionismo sobre los primeros y rechaza cualquier amenaza proveniente de estos. Por su parte la tercera categoría se fundamenta en la mutua vulnerabilidad y transparencia (Ruiz, 2011, p. 214).

División que es empleada por los Estados modernos para implementar todas las formas de intervención. Bajo un discurso de la moralidad universal y el interés por minimizar la militarización la comunidad internacional, desde los agentes más poderosos, interviene multilateralmente. Es decir, interfiere en la economía con el FMI y el Banco Mundial; en la protección de DDHH con los sistemas regionales para su protección y en la determinación de obligaciones a través de Convenios y Tratados.

Las políticas entonces, no se corresponden con el hecho de que la comunidad internacional no es una de carácter homogéneo, se caracteriza por la pluralidad y la conflictividad. Por ello, a partir del estudio planteado se propone el reto a los estudios criminológicos de orientar su objeto de estudio a los *crímenes de los poderosos*, con relación directa en el accionar del derecho penal internacional. En otras palabras, superar la división injustificada en la aplicación del derecho y la criminología.

Para ello, a partir del reconocimiento de que las figuras como el derecho internacional que pretenden homogenizar se pueden replantear sus esfuerzos a dos objetivos básicamente. Primero, reconocer la diferencia dentro de la universalidad y segundo, procurar alternativas para la resolución de conflicto diversas a la justicia punitiva. Ello no solo en aras de legitimarse en el concierto internacional sino de hacer una efectiva contribución a la paz y la reconciliación (M. Findlay & Henham, 2009, p. 55).

---

Reconocer la pluralidad y sus conflictos permite la inclusión y escucha de los intereses de grupos que incluso dentro del mismo Estado pueden ser minoritarios. Teniendo en cuenta que en gran parte de los lugares del mundo donde ocurren conflictos internos se presenta además de una riqueza excepcional una multiplicidad de grupos sociales, étnicos y políticos es necesario que la justicia penal internacional, también indague por sus intereses y permita armonizarlos en el contexto nacional e internacional.

Este deber ser, sin embargo, se encuentra distanciado de la actual labor de universalización y establecimiento de una única moral desde el derecho internacional en el que se reconoce un proceso de globalización cultural. A través de estos fenómenos «se pone en marcha un proceso de interconexión mundial, que conecta todo lo que instrumentalmente vale (...) al mismo tiempo que desconecta todo lo que no vale para esa razón» (Martín-Barbero, 2003, p. 20).

En últimas la intervención en la soberanía de un Estado de parte de un organismo internacional se deriva del proceso de occidentalización. Tal calificación de un proceso se adjudica en razón al fenómeno que inició con el descubrimiento de América y bajo el cual Europa inició un proceso de expansión sobre el resto de la tierra en el siglo XVI (Zea, 1998, p. 204). Situación fáctica que en la actualidad no se refiere únicamente a acciones provenientes del viejo continente sino de los países con ejercicio del poder en el contexto internacional, incluyéndose a Estados Unidos.

Así, mientras en la lógica discursiva se afirma que todos los hombres son iguales en la práctica se reconocen diferencias y la necesidad de eliminarlas bajo un mismo rasero. «Por ello, los occidentales en general, europeos y estadounidenses, consideraron que la voluntad de quienes no cumplieran con los requisitos que ellos mismos habían establecido, sería puesta en entredicho (...)» (Zea, 1998, p. 204).

El anterior argumento ha justificado la elaboración de teorías de toda clase y la intervención en aquellos Estados no acordes a la voluntad general. Advirtiéndose que no depende solo de elementos culturales, pues países como China y Rusia han demostrado su interés en participar del proceso de unificación, a favor de sus intereses. El resultado de todas las actuaciones «se ha convertido en justificador de los privilegios de una minoría humana» (Zea, 1998, p. 210).

Este mismo efecto se presenta frente a las minorías étnicas. En los procesos de unificación étnica y minimización de los conflictos étnicos se devela el doble discurso de integración. Mientras se muestra a los pueblos étnicos o indígenas la existencia de un nuevo orden social y político al que deben enfrentarse en términos de igualdad, se ha demostrado como tanto en los territorios nacionales, como en el caso colombiano, y en el espectro internacional, el ejercicio del derecho se da de forma discriminada y selectiva (Varese, 1997, p. 25).

Tal fenómeno de unificación se emplea también en el derecho penal internacional. La moralidad se define con base en la identificación de la comunidad con las víctimas y bajo el discurso de los derechos humanos. La *humanidad* se ocupa en el lugar central, sobre la cual se basa la esencia de la justicia y las decisiones de carácter político en el contexto internacional. Este concepto también involucra la cohesión social (M. Findlay & Henham, 2009, p. 43) como objeto de protección. Tal y como se señala en el preámbulo del ER al referirse a la *armonía del mosaico internacional*.

Con base en estos elementos se legitima el derecho penal internacional y la discrecionalidad en las decisiones de la Fiscalía y las Salas de Cuestiones Preliminares de la CPI. Significa que se admite que exista dicha facultad de parte de los órganos del derecho penal internacional al definir y seleccionar los países a investigar, como quiera que los intereses que se persiguen y los derechos que se espera se protejan son legítimos desde la presunción de la universalidad y moralidad a la que se ha llegado en el desarrollo del derecho internacional. La misma definición de los crímenes a perseguir, en últimas depende de los valores que el grupo mayoritario y con ejercicio del poder defina como inherentes a la humanidad.

---

Reconociendo que la CPI surgió con dificultades de todo orden. Entre otras, la falta de apoyo de los Estados Unidos, escepticismo acerca de la eficacia y posibilidades reales de llevar a cabo su labor, necesidad de mostrar resultados ante la comunidad internacional, problemas de medios para ejecutar labores de investigación y detención de sospechosos, falta de financiación para llevar a cabo sus tareas y escepticismo acerca de la objetividad a la hora de llevar a cabo sus funciones(Orjuela Parra, 2015).

Desde la perspectiva criminológica analizada la definición de crimen está revestido por los siguientes cuatro puntos: Agentes del poder (victimarios), víctimas (en doble vía, directas y la humanidad), comunidad internacional (Estados y organizaciones) y el Estado. Este último como miembro esencial del derecho penal internacional y responsable de la cooperación en la persecución de los delitos.

Además de la complejidad de los delitos por la interacción de múltiples actores la comisión desde agencias del poder dificulta aun mas su comprensión. Como se precisó, existe la paradoja entre la necesidad de los Estados de perseguir a los responsables de crímenes de poderosos y el hecho de encontrarse envueltos en sus favorecimiento o ejecución.

Por ello el derecho internacional los favorece como actores internacionales y favorece a los Estados dominantes. El accionar dentro del contexto internacional permite a los Estados legitimarse hacia el exterior, tal y como lo ha hecho Colombia en todos los aspectos. Incluso en medio del conflicto armado donde mantuvo el modelo estatal y acudió a la comunidad internacional para su colaboración. Así mismo, lo hace con la JEP, que bajo la figura de complementariedad acompaña sin intervenir.

De tal suerte, que como se ha observado en la investigación, la institucionalización voluntaria de una Corte Internacional con la capacidad de perseguir y condenar individuos de un Estado, permite la calificación de un Estado como incapaz o renuente a establecer un orden económico y democrático que le permita, de acuerdo a los estándares internacionales,

condenar a sujetos por conductas que previamente han sido calificadas como crímenes de afectación a la comunidad internacional en su conjunto.

El derecho penal internacional se presentó como una oportunidad para los Estados más poderosos. Si bien la CPI ha mostrado ineficiencia y diferentes falencias en la prevención de crímenes y la consecución de la paz, si se convirtió en una herramienta útil para los Estados más fuertes. Se trata de un control sobre el mismo poder punitivo (Feierstein, 2013, p. 47). Estados de todas las categorías, pero especialmente los más débiles en términos de presentar conflictos, suscribieron voluntariamente la posibilidad de que un agente externo impusiera un modelo de justicia conforme a lógicas internacionales y que determinara el modelo a implementar en cada uno de los Estados. Este hecho significó renunciar a optar por intervenciones militares y pasar a actuaciones más o menos jurídicas.

Sin embargo, las razones de su intervención no tienen del todo un soporte fáctico. La CPI realiza la apertura de una situación cuando además de advertir la inoperancia del Estado advierte la posibilidad de comisión de crímenes que atentan contra la humanidad como un todo. No obstante, las debilidades de los Estados en colapso o fallidos generalmente afectan solo a sus propios habitantes y ocasionalmente tienen repercusión sobre la comunidad internacional. Pero con base en la doble moralidad de integración y protección de derechos humanos, la apertura de investigación si puede resultar bastante útil a los Estados poderosos, bien sea en términos económico o geopolíticos para la homogenización.

Situación que se replica en el derecho nacional. La política criminal en los Estados se dirige a ser una de carácter retributivo y generalmente se orienta hacia las minorías sobre las cuales se impone la necesidad de que se ajusten a los parámetros de las mayorías y por supuesto, de los grupos que ejercen el poder.

En consonancia, el derecho penal internacional, pretende regular y penalizar aquellas conductas de países de la periferia que no se ajusten a las necesidades y condiciones económicas, políticas, sociales, culturales y religiosas de occidente, como régimen

---

mayoritario y con ejercicio del poder. Factor determinante en la gobernanza del derecho penal internacional que no se encuentra libre de las presiones hegemónicas.

Por lo que uno de los principales retos de la justicia penal internacional a partir del reconocimiento de la pluralidad y la conflictividad es la reconciliación. Esto no significa la despolitización del derecho penal internacional, en tanto el derecho como tal es un ejercicio político sin embargo su implementación puede ser empleada a favor del establecimiento de la paz. Aun más cuando, sus orígenes se remontan a las situaciones posconflicto, cambiando su objetivo de solo juzgamiento por el del establecimiento de la paz y la prevención de nuevos crímenes.

Para ello, al interferir en un Estado en conflicto, no se debe preguntar principalmente por los intereses de la comunidad internacional como una de carácter homogéneo sino por los intereses de los grupos en conflicto dentro del Estado, por los de las víctimas y por los contextos propios de la cultura a fin de reconciliarlos entre ellos y posteriormente armonizar la cultura y justicia nacional con la moralidad universal de los derechos humanos. A pesar de ello ha privilegiado la justicia punitiva sobre la paz y la reconciliación.

De hecho, el uso del derecho penal nacional para la persecución y juzgamiento de crímenes internacionales no deber ser sinónimo de menor efectividad. Aunque parezca que la justicia internacional contempla mayores garantías para procesados y víctimas porque su objeto de protección es la humanidad en su conjunto, es innegable la justicia local en casos de conflicto armado resulta más cercana a la realidad política y social de los actores y víctimas de este.

Significa que, a pesar de realizar un análisis crítico de la protección a DDHH desde el derecho penal internacional, no se niega la importancia de estos y establecer mecanismos efectivos para su garantía y ejercicio. En efecto, al evaluar los procesos de justicia implantada en Estados donde ocurrían o ocurren crímenes internacionales, se está acudiendo a la justicia restaurativa. A través de esta se salvaguardan tales derechos como bienes jurídicos de la humanidad y se procura la terminación del conflicto.

Al respecto, es evidencia que la justicia penal internacional promueve una justicia de carácter retributiva en contraposición a una restaurativa. En otras palabras, la metodología para la implementación de la paz y la reconstrucción de sociedades en conflicto está divorciado conceptual y prácticamente del proceso de punición en tribunales penales internacionales (M. Findlay & Henham, 2009, p. 37).

De acuerdo con el análisis hecho respecto del contexto colombiano y considerando el hecho de que los delitos y el número de víctimas no pueden ser considerados de menor entidad que los ocurridos en los Estados africanos, la cuestión recae sobre la discrecionalidad de la Fiscalía de la CPI. Órgano que como se ha reiterado no actúa de manera independiente e imparcial, sino que obedece a la política internacional, en términos gubernamentales, económicos y culturales.

De tal suerte que en principio la CPI rechazaba elementos de justicia restaurativa como sucedió en Sudán, Uganda e incluso en el Congo. Sin embargo, en la justicia transicional colombiana acepta el concepto mixto que se impone en el modelo acordado por las partes. Lo que quiere decir que la retribución y la restauración como formas de justicia son contextualmente dependientes, pero no esencialmente conceptos incompatibles (M. Findlay & Henham, 2009, p. 46). Afirmación que antes del establecimiento de la JEP no era considerada por el DPI.

Lo anterior no resulta desconocido para la CPI, sin embargo, lo emplea de acuerdo con los intereses de la política criminal internacional. La justicia penal internacional, pese a seguir siendo una elaboración más o menos reciente es consciente de las consecuencias de la retribución y cómo su uso influye en la construcción de nuevos modelos sociales. Por ello, al realizar la evaluación del proceso en Colombia y teniendo en cuenta que la sola retribución, incluso puede dividir culturalmente y fragmentar a una sociedad no hace una injerencia de la misma naturaleza que la ocurrida en el Congo, Uganda, Sudán y Costa de Marfil.

---

Ahora en lo que concierne a la responsabilidad de terceros en la comisión de crímenes de lesa humanidad durante el conflicto, es plausible aceptar una visión integrada de punición, pero se vislumbra en los cinco Estados una perspectiva de impunidad. Aunque existe la posibilidad de establecer prácticas punitivas y restaurativas que satisfagan a las partes en conflicto, en la actualidad no existe persecución y pena a los grupos empresariales.

Por lo que el sistema de justicia que se diseñe debe basarse en ciertos requisitos esenciales. Uno de ellos es la participación de las víctimas, escucharlas a ellas constituye una de las formas de establecer las medidas que consideran adecuadas para que le sean garantizados sus derechos y así mismo dotar de legitimidad al proceso, de allí que las Comisiones de la verdad desempeñen un rol esencial en la construcción de la paz (Ambos, 2008, p. 40). Tales comisiones además de ser imparciales e independientes económicamente tienen como labor esencial la determinación de las causas del conflicto a fin de prevenir su repetición y como objetivo principal garantizar la presencia de los victimarios ante ellas.

Por ejemplo, en la justicia restaurativa africana es válido que a los grupos empresariales que han financiado la realización de crímenes, además de establecerse una responsabilidad penal individual se pueda acudir a prácticas consuetudinarias como el destierro (M. Findlay, 2000a, p. 405). Es decir, la limitación o restricción de las operaciones de la persona jurídica en el contexto nacional, que derivaría en una conciliación de los intereses de las partes y tal vez un modo más efectivo de sancionar y prevenir. A la fecha, las empresas que promueven el conflicto siguen favoreciéndose de la explotación natural.

Hecho que ocurre también en Colombia. A pesar de advertirse la responsabilidad de máximos responsables, en el caso de la responsabilidad de terceros ante la JEP se admite la posibilidad de acudir voluntariamente ante la misma. Sumado a ello, aunque dichos terceros financiaron grupos armados, favorecieron el desplazamiento forzado de población civil y la comisión de masacres, continúan ejecutando labores empresariales, tal y como sucede en el continente africano.

Ahora bien, desde la comprensión del derecho penal con una dimensión no necesariamente punitiva la justicia restaurativa resulta válida. Desde esta perspectiva, en los procesos transicionales cuando se confrontan diferentes elementos es importante apelar a la justicia restaurativa como método para la consecución de la paz. De tal manera, no puede afirmarse que las amnistías en sí mismas sean contrarias a la justicia o que su simple aplicación garantice la consolidación de la paz (Ambos, 2008, p. 32). Incluso, se puede afirmar que la sola retribución no es capaz de responder a los intereses de reconciliación.

En efecto, el sistema de amnistías es un mecanismo empleado dentro de la justicia transicional con el fin de negociar entre los actores de las violaciones a derechos humanos y los intereses de las víctimas que permitan dar fin al conflicto armado. En razón a la contraposición de intereses no pueden ser absolutas, los requisitos mínimos son la cesación del fuego y la entrega de armas (Ambos, 2008, p. 66).

De allí que la pena en el contexto internacional deba ser considerada desde una dimensión diferente al referirse a ella en las sociedades post conflictuales. Como el objetivo principal es la pacificación y la reconciliación, la funcionalidad de la pena también debe estar armonizada con tales fines de modo que permita la cohesión social y la reintegración de los penados a la sociedad que ha sido quebrantada no por la comisión de un delito, sino por el contexto de conflicto armado que ha influido en la comisión de crímenes de parte de quienes ejercen el poder.

De cualquier modo, de acuerdo a la investigación hecha se demuestra como la justicia nacional, la internacional responde a los intereses de determinados grupos, tal y como lo refería Sellin y Sutherland. Por lo que intervenir en un Estado como el colombiano, implicaría dividir estructuras sociales, jurídicas, económicas y culturales que están acordes a las lógicas y presupuestos internacionales. Hecho ajeno al interés principal del derecho penal internacional. En efecto, una acción como ella podría implicar un cambio sustancial en términos de organización política, lo que no resulta conveniente para el contexto internacional. Reiterando que, a diferencia de otros procesos de negociación, el modelo de Estado no sufrió alteraciones.

---

Al respecto la discusión entre la justicia punitiva y restaurativa debe ser considerada desde una perspectiva que no implique su incompatibilidad. Si bien la retribución se basa en la proporcionalidad al acto del delincuente, la justicia restaurativa atiende al daño a la víctima, sugiriendo un proceso de intervención social que va más allá del derecho penal (M. Findlay & Henham, 2009, p. 160).

Bajo esta forma de justicia se envuelve una complejidad de elementos porque se atiende a los diferentes elementos que explican la criminalidad de poderosos dejando de lado una única razón o que se reduzca a la injusticia social para dar paso al análisis de factores estructurales y de interés político, económico y cultural como se ha mencionado reiteradamente. A pesar de ser comprobante a las propuestas africanas, la CPI las rechazó, pero admitió el concepto presentado por la JEP.

El análisis integral del crimen y el derecho penal internacional permiten develar y proponer. Por un lado, quedan al descubierto los intereses ocultos de quienes lo ejercen y de otro lado, pretender la reducción del carácter instrumental del derecho penal a dichos intereses. Sin el desconocimiento de las graves violaciones a derechos humanos que ocurren alrededor del mundo se presenta el derecho penal como un mecanismo restaurados y de reconciliación que efectivamente permita la pacificación y la prevención.

Como se puntualizó, en Colombia existieron violaciones a derechos humanos tan o más graves que las ocurridas en los Estados africanos. Sin embargo, la afectación a la humanidad no ha quedado del todo clara para la Fiscalía de la CPI que mantiene un examen preliminar y no pretende la intervención al Estado a través de la apertura de investigación preliminar.

Ello implica el cambio de objeto de estudio de parte de la criminología. Aceptando que el derecho penal internacional se rige por políticas del poder en el contexto internacional pero que mantiene su naturaleza de persecución y punición se hace necesario que los

criminólogos coloquen su visión sobre este y en consecuencia se realice el proceso de develamiento y proposición.

La criminología ha presentado un progresivo interés en las dinámicas del orden social y el ejercicio del poder. Ahora ateniendo a los procesos de interconexión en todos los ámbitos y que implican mayores violaciones a derechos humanos, que generalmente ocurren sobre población vulnerable, la valoración de nuevas formas del ejercicio del derecho penal puede también reducir la comisión de crímenes y el número de víctimas .

En últimas se tiene que los crímenes de lesa humanidad son una construcción jurídica elaborada a partir de la categoría de los derechos humanos y sus diferentes fundamentaciones, pero que desde la perspectiva criminológica se catalogan como crímenes de poderosos y que hacen difícil su persecución en términos penales.

Ahora bien, la dificultad señalada es relativa, pues como se evidenció a lo largo de la investigación depende de la influencia de factores extrajurídicos que su investigación desde el derecho penal internacional proceda. En otras palabras, son los elementos políticos, jurídicos y culturales los que hacen determinante la interferencia en la soberanía estatal, pues si se tratara únicamente de requisitos de naturaleza jurídica la CPI habría efectuado una intervención en el Estado Colombiano. Tales componentes se refieren básicamente al establecimiento de un Estado compatible con el concepto de democracia occidental en términos políticos, jurídicos, económicos y culturales.

Por ello, pese a la existencia de crímenes de lesa humanidad en Colombia y el pacto de negociación entre las partes involucradas para el establecimiento de una justicia restaurativa, la Corte Penal Internacional no intervendrá porque se trata de un Estado compatible con los intereses y dinámica del concierto internacional.



# BIBLIOGRAFÍA

## DOCUMENTOS JURÍDICOS E INFORMES

Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo. (2008a). República Democrática del Congo. Barcelona.

Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo. (2008b). Sudán.

Alonso Blanco, J., Calderón Calatayud, S., Cortés Sánchez, J., Cotillas Martínez, E., Díaz de Villegas Roig, D., & Eloy Gomes, D. (2009). El conflicto en el Congo. Boletín de Información, 310, 19-42.

Asamblea General Naciones Unidas. (1981). Third Commitee 29th Meeting (No. A/C.3/36/SR.29). New York: ONU.

AU in a Nutshell | African Union. (s. f.). Recuperado 23 de febrero de 2016, de <http://www.au.int/en/about/nutshell>

Comisión de Derecho Internacional. (1985). Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su trigésimo sexto periodo de sesiones. (Anuario No. A/CN.4/SER.A/1984/Add.1 (Part.2)) (p. 117). Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc\\_1984\\_v2\\_p2.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1984_v2_p2.pdf)

Comisión de Derecho Internacional. (1991). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (Anuario No. A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 2)). Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc\\_1991\\_v2\\_p2.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1991_v2_p2.pdf)

Comisión de Derecho Internacional. (1994). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (Anuario No. A/CN.4/SER.A/1994/Add.1 (Part 2)). Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc\\_1994\\_v2\\_p2.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1994_v2_p2.pdf)

Comisión de Derecho Internacional. (1996). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Volumen II (Anuario No. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2)). Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas. Recuperado de [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc\\_1996\\_v2\\_p2.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1996_v2_p2.pdf)

Comisión de Derecho Internacional. (2006). Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional (No. A/CN.4/L.702). Ginebra: Informe del grupo de estudios de la CDI.

Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (Colombia) (Ed.). (2013). ¡Basta ya! Colombia, memorias de guerra y dignidad: informe general (Segunda edición corregida). Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica.

Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. (2002). Examen histórico de la evolución en materia de agresión. (Trabajo preparatorio No. PCNICC/2002/WGCA/L.1) (p. 206). Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29046.pdf>

Consejo Económico y Social. (1992). Acta resumida de la 20a. Sesión Comisión de Derechos Humanos (No. E/CN.4/1992/SR.20). Ginebra: ONU.

Consejo Nacional de Memoria Histórica. (2015). Yo apporto a la verdad. Acuerdos de Contribución a la verdad y la memoria histórica. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica.

Corte Internacional de Justicia. 2016. Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament.

Corte Internacional de Justicia. Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Corte Internacional de Justicia 5 de febrero de 1970).

CPI. 2019. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda.

CPI. Fiscalía vs. Jean-Pierre Bemba Gombo. Confirmación de Cargos, No. ICC-01/05-01/08-424 (SCP II 15 de junio de 2009).

CPI. Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo., No. ICC.01/04-01/06 (SCP I. Decisión Principios y procedimientos aplicables en reparación. de agosto de de 2012). Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1447971.pdf>

Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas. (2013). Operaciones de paz de las Naciones Unidas, Resumen del año 2012. Recuperado 7 de mayo de 2018, de <http://www.un.org/es/peacekeeping/publications/yir/2012/unamid.shtml>

Fund for Peace. (2018). Fragile States Inedex 2018 (p. 48). Washington, D.C: Fund for Peace.

Gaillard, Philippe. 1994. «Ruanda: “En momentos como esos, lo más importante es, sobre todo, no mostrar que uno está muerto de miedo” - CICR». Recuperado 2 de mayo de 2020 ([/spa/resources/documents/misc/5xkca5.htm](https://www.cicr.org/es/resources/documents/misc/5xkca5.htm)).

Gobierno Nacional, & FARC. (2016a). Acuerdo Final de la Habana 24/08/2016. La Habana.

Gobierno Nacional, & FARC. (2016b, noviembre 24). Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

Human Right Watch. (2005). The meaning of «the interest of Justice» in article 53 of the Rome Statute (Policy Paper). Nueva York. Recuperado de [https://www.hrw.org/sites/default/files/related\\_material/2005\\_ICC\\_Interests\\_%20of\\_Justice.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/2005_ICC_Interests_%20of_Justice.pdf)

Human Rights Watch | 350 Fifth. (2011, mayo 31). Ruanda: El legado mixto de los tribunales comunitarios para el genocidio. Recuperado 14 de febrero de 2018, de <https://www.hrw.org/es/news/2011/05/31/ruanda-el-legado-mixto-de-los-tribunales-comunitarios-para-el-genocidio>

Human Rights Watch. (2003). ABDUCTED AND ABUSED: Renewed Conflict in Northern Uganda (No. 12) (p. 77). Estados Unidos: Human Rights Watch.

Initiatives pour le Développement Communautaire et la conservation de la Forêt IDEF. 2017. Conflictos de Tierras en Costa de Marfil. Las comunidades se defienden ante SIAT y el Estado. Costa de Marfil.

Instituto Iberoamericano de Derecho Comparado. (1920). El tratado de Versalles de 1919 y sus antecedentes. Madrid.

International Criminal Court. Corrigendum - WARRANT OF ARREST FOR AHMAD HARUN, No. ICC-02/05-01/07-2- Corr (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I 27 de abril de 2007). Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/05-01/07-2-Corr>

International Criminal Court. Corrigendum to «Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d’Ivoire», No. ICC-02/11-14- Corr (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones

Preliminares III 15 de noviembre de 2011). Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/11-14-Corr>

International Criminal Court. Decision on the prosecutor's application for the warrants of arrest under Article 58, No. ICC-02/04-01/05-1 (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II 9 de julio de 2005). Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/04-01/05-1>

International Criminal Court. Decision on the Prosecutor's Application under Article 58, No. ICC-02/05-02/09 (Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber I 7 de mayo de 2009). Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/05-02/09-1>

International Criminal Court. Public redacted version - Decision on the Prosecutor's Application under Article 58, No. ICC-01/04-02/06-36- Red (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II 13 de julio de 2012). Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/04-02/06-36-Red>

International Criminal Court. Warrant of arrest for Dominic Ongwen, No. ICC-02/04-01/15-6 (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II 8 de julio de 2005). Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/04-01/15-6>

International Criminal Court. WARRANT OF ARREST Ntaganda, No. ICC-01/04-02/06-2- tENG (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I 24 de agosto de 2006). Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/04-02/06-2-tENG>

Mesa de Dialogos de La Habana. (2016a). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

Mesa de Dialogos de La Habana. (2016b). ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA. Recuperado de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

Naciones Unidas para el Desarrollo. (2016). Informe sobre Desarrollo Humano 2016. Recuperado de [http://hdr.undp.org/sites/default/files/HDR2016\\_SP\\_Overview\\_Web.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/HDR2016_SP_Overview_Web.pdf)

Naciones Unidas. (1950). Yearbook of the International Law Commission (Yearbook No. A/CN.4/SER.A/1950). New York.

Naciones Unidas. (1998). Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional (No. A/CONF.183/2/Add.1) (p. 176). Roma: Naciones Unidas. Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/101/08/PDF/N9810108.pdf?OpenElement>

Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. (2017a). Costa de Marfil. España: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. (2017b). República Democrática del Congo (Ficha de País) (p. 10). España: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Oficina de Información Diplomática. (2017). Sudan. España: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Oficina de Información Diplomática. (2018). Uganda. España: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Oficina de la Fiscalía. (2017). Escrito de amicus curiae de la fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz. Corte Penal Internacional.

Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (s. f.). Comunicado Conjunto No 93 - 24 de agosto de 2016. Recuperado 6 de septiembre de 2018, de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/documentos-y-comunicados-conjuntos/Paginas/Comunicado-Conjunto-No-93-24-de-agosto-de-2016.aspx>

Oficina del Alto Comisionado para la Paz. s. f. «Conoce el Acuerdo sobre solución al problema de las drogas (en video)». Recuperado 10 de agosto de 2018 (<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/prensa/paginas/2016/julio/conoce-el-Acuerdo-sobre-solucion-al-problema-de-las-drogas.aspx>).

Oficina del Fiscal CPI. (2010). Prosecutorial Strategy 2009-2012 (Policy Paper). La Haya.

Oficina del Fiscal CPI. (2013a). Strategic Plan 2012-2015 (Policy Paper). La Haya.

Oficina del Fiscal CPI. (2013b, noviembre). Documento de Política General sobre Exámenes Preliminares.

Oficina del Fiscal CPI. (2015). Strategic Plan 2016-2018 (Policy Paper). La Haya.

Oficina del Fiscal CPI. (2017). Report on Preliminary Examination Activities. La Haya: Fiscalía CPI. Recuperado de <http://www.unmict.org/sites/default/files/documents/171117-progress-report-en.pdf>

ONIC. (2018). ONIC - Informe sobre criminalización y ataques contra los pueblos y comunidades indígenas que defienden sus derechos en Colombia. Recuperado 2 de noviembre de 2018, de <http://www.onic.org.co/comunicados-onic/2337-informe-sobre-criminalizacion-y-ataques-contra-los-pueblos-y-comunidades-indigenas-que-defienden-sus-derechos-en-colombia>

Open Square. (2011). The Congo Report. Slavery in Conflict Minerals. Free the Slaves.

Ploughshares. (2009). Uganda (1987- first combat deaths) (Informe Conflicto Armado). Estados Unidos: Ploughshares.

Secretario General ONU. (1992). Diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz (Informe del Secretario General presentado de conformidad con la declaración aprobada el 31 de enero de 1992 en reunión en la cumbre del Consejo de Seguridad No. A/47/277S/24111). ONU.

Sommaruga, C. (1998, junio). Alocución del Presidente del CICR. Alocución presentado en Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre la creación de un Tribunal Penal Internacional, Roma.

Trial Chamber II. Fiscalía v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, No. ICC-01/04-01/07-1213 (International Criminal Court 16 de junio de 2009).

## **LIBROS**

Aguilera Peña, Mario. (2012). Las FARC: Auge y Quiebra del Modelo de Guerra. Dossier: Conflicto y Paz. Recuperado de file:///C:/Users/Oscar%20Javier%20T/Downloads/44005-205978-1-SM%20(1).pdf

Aguirre Pabón, J. O. A. (2011). Dignidad, Derechos Humanos y la Filosofía Práctica de Kant. *Vniversitas*, 60(123), 45-74.

Alcaine, M. R. L. (2010). Europa durante la Guerra de los Treinta Años y la paz y el espíritu de Westfalia. *Revista de Claseshistoria*, (3), 36.

Ambos, K. (2008). The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC. En J. Large & M. Wierda (Eds.), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development the Nuremberg Declaration on Peace and Justice* (pp. 19-104). Springer Science & Business Media.

Anaya López, V. J. (2015). África y la Corte Penal Internacional: Logros y desafíos. Las situaciones de Darfur, Kenia y Libia. Facultad de Derecho Universidad de Málaga, Málaga. Recuperado de <http://www.observatoriodeconflictos.uma.es/wp-content/uploads/2015/07/tfgva.pdf>

Arias Holguín, D.P. (2015). ¿Reformar o abolir el sistema penal? Siglo del Hombre Editores.

Arrieta, I. R.-G. (2003). Las «buenas intenciones»: intervención humanitaria en África. Icaria Editorial.

Atienza, M. (1982). Marx y los derechos humanos. Cuadernos de la Facultad de Derecho, 1, 15-33.

Avila, Sandra. s. f. «Sección II DESARROLLO JURIDICO DEL GENOCIDIO». 17.

Barak, G. (1991). *Crimes by the Capitalist State: An Introduction to State Criminality*. SUNY Press.

Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introd. a la sociología jurídico penal*. (Á. Búnster, Trad.) (8. ed). México: Siglo XXI Ed.

Barbeito Thonon, C., Caramés Boada, A., & García Amado, P. (2008, julio). Côte d'Ivoire: retos y cuestiones pendientes un año después de Ouagadougou. *QUADERNS DE CONSTRUCCIÓ DE PAU*, 5, 48.

Bassiouni, M. C. (2011). *Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application*. Cambridge ; New York: Cambridge University Press.

Batthyány, K., & Cabrera, M. (2011). *Metodología de la investigación en Ciencias Sociales*.

Becker, H. S. (1991). *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: Free Press.

Beltrán Guevara, L. C., & Ferrufino López, J. R. (2012). *EL PERSISTENTE CONFLICTO EN EL TERRITORIO DE DARFUR, EL SURGIMIENTO DE SUDÁN DEL SUR Y LA DEGRADACIÓN ESTRUCTURAL DE LOS PAÍSES SUDANESES EN EL PERÍODO 2008 - 2012 (Para optar al grado de Licenciatura en Relaciones Internacionales)*. Universidad del Salvador, El Salvador.

Bidaurratzaga, E., Cramer, C., Freund, B., Lahiff, E., Lawrence, P., Oya, C., ... Weeks, J. (2011). *Economía política del desarrollo en África*. Ediciones AKAL.

Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís Roig. Madrid: Sistema.

Bonger, W. A. (1916). *Criminality and economic conditions*. Boston: Little, Brown.

Bosco, D. (2013). *Rough Justice: The International Criminal Court in a World of Power Politics*. Oxford University Press.

Bourgeois, B. (2003). *Filosofía y derechos del hombre: desde Kant hasta Marx*. (J. A. Díaz, Trad.). Bogotá: Siglo del Hombre : Universidad Nacional de Colombia : Embajada de Francia.

Bremer, J. J. (2010). *Tiempos de guerra y paz*. México: Penguin Random House Grupo Editorial. Recuperado de [https://books.google.com/books/about/Tiempos\\_de\\_guerra\\_y\\_paz.html?hl=es&id=fqtRDgAAQBAJ](https://books.google.com/books/about/Tiempos_de_guerra_y_paz.html?hl=es&id=fqtRDgAAQBAJ)

Carreño Gómez, Bernardo. (2015). *Hacia un Estado Social de Justicia Restaurativa*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibañez.

Centro Nacional de Memoria Histórica (Colombia). (2014). *Derecho penal y guerra reflexiones sobre su uso* (Imprenta Nacional de Colombia). Bogotá.

Clark, J. (2014). *International trials and reconciliation: assessing the impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. Milton Park, Abingdon, Oxon ; New York, NY: Routledge.

Cohen, S. (2011). *Folk devils and moral panics: the creation of the Mods and Rockers*. Abingdon, Oxon ; New York: Routledge.

Corbetta, P. (2007). *Metodología y técnicas de investigación social*. Madrid: McGraw-Hill.

Cruft, R., Liao, S. M., & Renzo, M. (2015). *Philosophical Foundations of Human Rights*. OUP Oxford.

Diccionario de Acción Humanitaria. (s. f.). Recuperado 15 de febrero de 2018, de <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/219>

Donnelly, J. (2011). The social construction of international human rights (EN INGLÉS | ENGLISH). *Relaciones Internacionales*, 0(17). Recuperado de <https://revistas.uam.es/rrii/article/view/5085>

Donnelly, J. (2013). *Universal human rights in theory and practice* (3. ed). Ithaca: Cornell Univ. Press.

Douzinas, C. (2008). El fin (al) de los derechos humanos. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC*, (22).

Downes, D. M., & Rock, P. E. (2011). *Understanding deviance: a guide to the sociology of crime and rule-breaking* (6th ed). Oxford ; New York: Oxford Univ Press.

Escola Cultura de Pau. (1995). *Bosnia y Herzegovina (1995)*. España: Agencia Española de Cooperació Internacional.

Escola de Cultura de Pau. (s. f.). REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO. Recuperado de <http://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/justicia/ficha005.pdf>

Fernández García, E. (1982). *El problema del fundamento de los derechos humanos*.

Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.

Findlay, M. (2000b). *The Globalisation of Crime: Understanding Transitional Relationships in Context*. Cambridge University Press.

Francis, D. J. (Ed.). (2005). *Civil militia: Africa's intractable security menace?* Aldershot, Hants, England ; Burlington, VT: Ashgate.

Fukuyama, F. (2006). *The End of History and the Last Man*. Simon and Schuster.

Glasius, M. (2010). Expertise in the cause of justice: Global civil society influence on the statute for an international criminal cour. En *The International Criminal Court. A global civil society achievement*. USA- Canadá: Oxford University Press.

González González, José María. (2005). *La función retributiva de la pena. El castigo como estrategia del poder político*. Cali, Colombia: Sello Editorial Javeriano.

González, F. E. G. (2014). *Poder y violencia en Colombia*. Bogotá: Odecofi Cinep.

González, N. (1998). *Los derechos humanos en la historia*. Univ. Autònoma de Barcelona.

Guariglia, F. (2009). The selection of cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court. En *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Carsten Stahn/Göran Sluiter (eds.) (pp. 209-217). La Haya.

Herrera Flores, J. (2005). *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madrid: los libros de La Catarata ;

Hobsbawm, E. (1998). *Historia del siglo XX*: Buenos Aires: Crítica.

Hobsbawm, Eric. 2014. *Sobre la historia - Eric Hobsbawm* | Planeta de Libros.

Huertas, O. (2019). *Genocidio y proceso de paz*. Bogotá: Temis.

Jupp, V., Davies, P., & Francis, P. (Eds.). (2003). *Doing Criminological Research* (Repr). London [u.a]: Sage.

Keith Campbell, C. (2010). *The Discursive Construction of the Ivorian Nation in the Period of Ivoirité* (Doctoral). University of Pittsburgh, Estados Unidos.

Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. (M. Nilve, Trad.) (Cuarta). Buenos Aires: Eudeba.

Kelsen, Hans, H. (2008). *La paz por medio del derecho*. Madrid: Trotta.

Lafuente, A. L. (2015). *El crimen contra la humanidad*. Dykinson.

Lamadrid, I. A. G. (2016). *La mujer en Guerra. Su Situación en el Conflicto y Post-Conflicto de la Región de los Grandes Lagos de África Subsahariana*. Universidad Nacional de la Plata.

- Las Casas, Bartolomé de. 1951. «Historia de las Indias». Obras completas 1.
- Leefers, K. (2003). *The Course of Political Development in Uganda and its Effect on Economic*. Michigan State University, 14.
- MacIntyre, A. C. (2004). *Tras la virtud*. (A. Valcárcel, Trad.). Barcelona: A&M Gràfic.
- Marx, K. (2012). *Páginas Malditas. Sobre la cuestión judía y otros textos*. Buenos Aires: Ediciones Anarres.
- Marx, K., & Engels, F. (1974). *La ideología alemana*. Barcelona: Grijalbo.
- Merton, R. K. (1992). *Teoría Y Estructura Sociales*. (F. M. Torner, Trad.). Mexico: Fondo De Cultura Economica.
- Mill, J. S. (2006). *Ensayo sobre la libertad*. Algete (Madrid): Mestas.
- Mir Puig, S. (2002). *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método* (2. ed). Montevideo: B de F.
- Molano, A. (2015). *Fragmentos de la historia del conflicto armado (1920-2010)*. En *Conflicto Social y rebelión armada en Colombia*. Bogotá: Gentes del común.
- Moncayo, V. M. (2015). *Hacia la verdad del conflicto: insurgencia guerrillera y orden social vigente*. En *Conflicto social y rebelión armada en Colombia. Ensayos críticos*. Bogotá: Gentes del común.
- Morrison, W. (1997). *Theoretical criminology: from modernity to post-modernism* (Reprinted with amendments). London: Cavendish Publ. Limited.
- Morrison, W. (2004). *Globalization, Human Rigths and International Criminal Courts*. En *Student Handbook of Criminal Justice and Criminology* (p. 364). Londres: Cavendis Publishing.
- Morrison, Wayne. (2012). *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. Primera Edición. Barcelona: Anthropos.
- Novoa Monreal, E. N. (1985). *¿ Desorientación epistemológica en la criminología crítica?*
- Palacios Pámanes, G. S. (2012). *Criminología contemporánea: introducción a sus fundamentos teóricos* (1a ed). México, DF: Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).

Papacchini, A. (2003). *Filosofía y derechos humanos* (2. reimpresión de la 3. ed). Cali, Colombia: Programa Editorial, Universidad del Valle.

Patiño Villa, C. A. (2013). *Guerras que cambiaron al mundo: una historia de anarquía, identidad e incertidumbre*. Bogotá, Col.: Debate.

Pavarini, M. (2002). *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina.

Pécaut, D. (2016). *Una lucha armada al servicio del statu quo social y político*, 53.

Prunier, G. (2009). *Africa's world war: Congo, the Rwandan genocide, and the making of a continental catastrophe*. Oxford ; New York: Oxford University Press.

RDC. (2002, 2003). *INTER-CONGOLESE POLITICAL NEGOTIATIONS: THE FINAL ACT*. Recuperado de file:///C:/Users/Oscar%20Javier%20T/Desktop/Tesis%20-%20Trabajo/Procesos%20de%20paz/RD%20CONGO/Acta%20SunCity%202002.pdf

Richard Mullender. (2012). *Hate speech, human rights, and G.W.F. Hegel*. En T. Cushman (Ed.), *Handbook of human rights* (pp. 45-67). London: Routledge.

Rivera Beiras, I., & Bergalli, R. (Eds.). (2014). *Delitos de los estados, de los mercados y daño social: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal* (1. ed). Barcelona: Anthropos Editorial [u.a.].

Robles, R. (Ed.). (2003). *Filosofía iberoamericana en la época del encuentro*. Madrid: Ed. Trotta : Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Rothe, D. (2009). *State Criminality: The Crime of All Crimes*. Rowman & Littlefield.

Rothe, D., & Mullins, C. W. (2006). *Symbolic Gestures and the Generation of Global Social Control: The International Criminal Court*. Lexington Books.

Rothe, D., & Mullins, C. W. (2011). *State Crime: Current Perspectives*. Rutgers University Press.

Sandoval, A. S., & Vidaurri, A. G. (2002). *Criminología: objetos y métodos de estudio*. Capítulo Criminológico, 30(4).

Santos, B. de S. (1998a). *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*. Boaventura de Sousa Santos, De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad, Bogotá, Siglo del Hombre/Universidad de los Andes, 345-367.

Santos, B. de S. (1998b). *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación* (1. ed). Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia.

Segado, F. F. (2014). *La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz: El largo y dificultoso camino previo a su legalización*. Dykinson.

Servín Rodríguez, C. (2015). *Más allá de la impunidad: Incorporando la paz en las funciones de la Corte Penal Internacional* (Tesis doctoral). Universidad de Granada, Granada. Recuperado de <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/42773/1/25721240.pdf>

Shute, J. (2013). *Cadáveres impensables, cadáveres impensados: el tratamiento de los cuerpos en las violencias de masa y los genocidios*. (E. Anstett, Ed.). Buenos Aires: Miño y Dávila Editores.

Smeulers, A., & Haveman, R. (Eds.). (2008). *Supranational criminology: towards a criminology of international crimes*. Antwerp ; Portland: Intersentia : Distribution for the USA and Canada, International Specialized Book Services.

Stahn, Carsten, ed. 2015. *The law and practice of the International Criminal Court*. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.

Sutherland, E. H. (1999). *El delito de cuello blanco*. Madrid: La Piqueta.

Swaaningen, R. van. (2011). *Perspectivas europeas para una criminología crítica*. Montevideo; Buenos Aires: B de F.

Szczaranski Cerda, C. L. (2004). *Culpabilidades y sanciones en crímenes contra los derechos humanos: otra clase de delitos* (1. ed). Santiago, Chile: Fondo de Cultura Económica.

Taylor, I., Walton, P., & Young, J. (1977). *La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu.

Tilly, C. (1992). *Coerción, capital y los Estados europeos, 990-1990*. Madrid: Alianza.

Turner, D. T. (2010). *The Congo Wars: Conflict, Myth and Reality*. Zed Books Ltd.

Uprimny, R., Sánchez Duque, L. M., & Sánchez León, N. C. (2013). *Justicia para la paz: crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada* (Primera edición). Bogotá, D.C: Dejusticia.

Vacas Fernández, F., & Pardo de Santayana, J. (2005). El conflicto de los Grandes Lagos. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos «Francisco de Vitoria» Universidad Carlos III de Madrid.

Vallarta, J. L. V. (2006). Derecho internacional público. Porrúa.

Villa, V. (2011). Constructivismo y teorías del derecho. México, D.F.: UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas.

Weiss, H. F. (2000). War and peace in the Democratic Republic of the Congo. Uppsala [Sweden]: Nordiska Afrikaninstitutet.

Werle, G. (2011). Tratado de derecho penal internacional (2. ed). Valencia: Tirant lo Blanch.

Werle, G. (2017). Tratado de Derecho Penal Internacional (3a).

Young, J. (2003). La sociedad «excluyente»: exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía. Madrid: Marcial Pons.

Zaffaroni, E. (2011). La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires: Ediar.

Zubiría, S. de. (2015). Dimensiones políticas y culturales en el conflicto colombiano. En Conflicto social y rebelión armada en Colombia. Ensayos críticos (p. 443). Bogotá: Gentes del común.

Zweigert, K., & Kötz, H. (1998). Introduction to comparative law (3rd rev. ed). Oxford : New York: Clarendon Press ; Oxford University Press.

## **ARTÍCULOS ACADÉMICOS**

Akhavan, P. (2009). Are International Criminal Tribunals a Disincentive to Peace? Reconciling Judicial Romanticism with Political Realism. *Human Rights Quarterly*, 31(3), 624-654.

Alles, D., & Egger, C. (2016). Los sistemas de protección de derechos humanos en los países del Sur: una mirada a las interacciones entre multilateralismo global y regional. *Foro internacional*, 56(1), 40-81.

Alvarez, J. (1999). Crimes of States/Crimes of Hate: Lessons from Rwanda. *Yale Journal of International Law*, 24(2). Recuperado de <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol24/iss2/2>

Ambos, K. (2003). Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 191-211.

Ambos, K. (2004). *Estudios de derecho penal internacional* (1. ed). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Ambos, K. (2010). El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma). *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 5.

Amnistía Internacional. 2011. «Ambos bandos son responsables de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad». Recuperado 2 de mayo de 2020 (<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/ambos-bandos-son-responsables-de-crimenes-de-guerra-y-crimenes-de-lesa-humanidad/>).

Aning, K., & Edu-Afful, F. (2016). African Agency in R2P: Interventions by African Union and ECOWAS in Mali, Cote D'ivoire, and Libya. *International Studies Review*, viv017. <https://doi.org/10.1093/isr/viv017>

Apuuli, K. (2012). The African Union's notion of 'African solutions to African problems' and the crises in Côte d'Ivoire (2010–2011) and Libya (2011). *African Journal on Conflict Resolution*, 12(2), 135-160.

Aragón, A., & Arnulfo, O. (2013). La deconstrucción como movimiento de transformación. *Ciencia, docencia y tecnología*, (47), 79-93.

BADI, M. K. (2003). Dimensión política y cultural de la conflictividad en la República Democrática del Congo. *Nova África*, (13).

Bailone, M. (2015). Genocidio, jurisdicción universal y criminología cautelar. Presentado en Jornadas sobre Cuestiones actuales de Derecho Penal, Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires.

Balint, J. L. (1996). The Place of Law in Addressing Internal Regime Conflicts. *Law and Contemporary Problems*, 59(4), 103-126. <https://doi.org/10.2307/1192194>

Balta, Alina, Manon Bax, y Rianne Letschert. 2019. «Trial and (Potential) Error: Conflicting Visions on Reparations Within the ICC System». *International Criminal Justice Review* 29(3):221-48.

Barak, G. (2001). Crime and Crime Control in an Age of Globalization: A Theoretical Dissection. *Critical Criminology : The Official Journal of The ASC Division of Critical Criminology*, 10(1), 57-72.

Barrios, J. A. (2014). Análisis del rol de la ONUCI en la Crisis Política de Costa de Marfil. Periodo 2010-2011. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá.

Bastida Freijedo, F. J. (2005). El fundamento de los Derechos Fundamentales. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*.

Bellamy, A. J., & Williams, P. D. (2011). The new politics of protection? Côte d'Ivoire, Libya and the responsibility to protect. *International Affairs*, 87(4), 825-850. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2346.2011.01006.x>

Benavides, M. O., & Gómez-Restrepo, C. (2005). Methods in Qualitative Research: Triangulation. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 34(1), 118-124.

Beuchot, M. (1994). Bartolomé de Las Casas, el humanismo indígena y los derechos humanos. *Anuario Mexicano de historia del derecho*, (6), 37-48.

Beuchot, M. (2004). *Filosofía y derechos humanos: (los derechos humanos y su fundamentación filosófica)*. México: Siglo XXI.

Blattman, C. (2008). *From Violence to Voting: War and political participation in Uganda* (No. 138). Estados Unidos: Center for Global Development.

Braeckman, C. (1996). *Terreur africaine: Burundi, Rwanda, Zaïre, les racines de la violence*. Paris: Fayard.

Calvo Rufanges, J., & Royo Aspa, J. M. (2016). *REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO: BALANCE DE 20 AÑOS DE GUERRA*.

Caramés Boada, A., & Sanz Delgado, E. (2009). *Côte d'Ivoire. Escola de Cultura de Pau*.

Chauveau, J.-P., & Richards, P. (2008). West African Insurgencies in Agrarian Perspective: Côte d'Ivoire and Sierra Leone Compared. *Journal of Agrarian Change*, 8(4), 515-552. <https://doi.org/10.1111/j.1471-0366.2008.00179.x>

Clark, P. (2007). Hybridity, Holism and Traditional Justice: The Case of the Gacaca Courts in Post-Genocide Rwanda (SSRN Scholarly Paper No. ID 1031739). Rochester, NY: Social Science Research Network. Recuperado de <https://papers.ssrn.com/abstract=1031739>

Clarke, K. M. (2009). *Fictions of justice: The International Criminal Court and the challenge of legal pluralism in Sub-Saharan Africa*. Cambridge University Press.

Cola Alberich, J. (1960). EL CONGO ANTE SU INDEPENDENCIA, 131-141.

Cola Alberich, J. (1974). Los acontecimientos en Uganda. *Mundo*, 114.

Cools, W. (2008). Darfur, entre la marginación y la ignorancia. *Cuadernos del iecah*, 10, 56.

Cortés, Ángela, Ana Torres, Wilson López-López, Claudia Pérez D., y Claudia Pineda-Marín. 2016. «Comprensiones sobre el perdón y la reconciliación en el contexto del conflicto armado colombiano». *Psychosocial Intervention* 25(1):19-25.

De Greiff, P. (2002). La obligación moral de recordar. En A. Chaparro Amaya (Ed.), *Cultura política y perdón* (1a. ed, pp. 160-175). Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.

De La Parra Landa, L. (2008). El concepto de soberanía como limitante para las intervenciones humanitarias: el caso de Darfur (requisito parcial para obtener el título en Licenciatura en Relaciones Internacionales). Universidad de las Américas Puebla, Puebla, México.

De Luca, G., & Verpoorten, M. (2015). Civil war, Social Capital and Resilience in Uganda. *Oxford Economic Papers*, 67(3), 661–686.

de Pisón Caverro, J. M. M. (1997). *Derechos Humanos: historia, fundamento y realidad*.

de Waal, A. (2007a). Sudan: international dimensions to the state and its crisis, 27.

Díez Alcalde, J. (2012). Sudán y Sudán del Sur: convulso proceso de paz en el continente africano. *Escenarios Actuales*, 3.

Dondé Matute, J. (2014). La política criminal de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional para el inicio de investigaciones. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 14, 31-76. [https://doi.org/10.1016/S1870-4654\(14\)70002-9](https://doi.org/10.1016/S1870-4654(14)70002-9)

Embajada de México en Uganda. (2013). República de Uganda. México.

Espejo Muñoz, José Obdulio. (2017, agosto 22). Sobre la responsabilidad del mando. Recuperado 9 de septiembre de 2018, de <http://www.acore.org.co/boletin-acore/la-responsabilidad-del-mando/>

Estrada, J. (2015). Acumulación capitalista, dominación de clase y rebelión armada. Elementos para una interpretación histórica del conflicto social y armado. En *Mesa de Dialogos de La Habana, Conflicto social y rebelión armada en Colombia. Ensayos críticos* (p. 443). Bogota: Gentes del común.

Federal Register. (1997, noviembre 5). Federal register U.S.A .The President Executive Order 13067—Blocking Sudanese Government Property and Prohibiting Transactions With Sudan. Recuperado de <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/13067.pdf>

Feierstein, D. (2013). Algunos interrogantes sobre las modalidades de juzgamiento de los crímenes estatales masivos. *Revista Crítica Penal y Poder*, 46-62.

Ferencz, B. (1979). No one can ever compensate the survivors of the Holocaust. Nevertheless, the attempt to do so by West Germany represents the first use of Conscience as an Instrument of National Policy on JSTOR. *Human Rights*, 8(3), 42-44.

Ferencz, B. (2000). Book Review: *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results.* by Roy S. Lee. *The American Journal of International Law*, 94(1), 218-221. <https://doi.org/10.2307/2555251>

Ferrajoli, L. (1998). Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global. *Isonomía*, 9, 173-184.

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* (G. P. Prados, L. Baccelli, & A. de Cabo, Trads.). Trotta.

Ferrajoli, L. (2013). Criminología, crímenes globales y derecho penal: El debate epistemológico en la criminología contemporánea. *Revista Crítica Penal y Poder*, 1-11.

Ferrer, I. (2017, diciembre 21). Las lecciones que deja el Tribunal para la antigua Yugoslavia en su despedida. *El país*.

Findlay, M. (2000a). Decolonising restoration and justice: Restoration in transitional cultures. *The Howard Journal of Criminal Justice*, 39(4), 398-411.

Findlay, M. (2013). Enunciating Genocide: Crime, Rights and the Impact of Judicial Intervention. *International Criminal Law Review*, 13(1), 297-317. <https://doi.org/10.1163/15718123-01301010>

Findlay, M. J. (2013). *Governing Through Globalised Crime: Futures for International Criminal Justice*. Willan. <https://doi.org/10.4324/9781843925620>

Findlay, M., & Henham, R. (2009). *Beyond Punishment: Achieving international criminal justice*. Springer.

Finnis, J. (2011). *Natural law and natural rights* (2nd ed). Oxford ; New York: Oxford University Press.

Fisas, Vicenç. (2010). *El proceso de paz en Colombia*. Escola de Cultura de Pau. Recuperado de <http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/cd2/import/escolaculturapau/ecp0022.pdf>

Flores, J. H. (2007). La complejidad de los derechos humanos Bases teóricas para una definición crítica. *Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global*.

Friedrichs, D. (2010). The Crime of the Last Century and of This Century? En *State Crime: Current Perspectives*. (Vols. 1–1 online resource (349 pages)., pp. 49-67). Piscataway: Rutgers University Press,. Recuperado de Ebook Library <http://public.ebib.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=816482>

Gadamer, H.-G. (1998). *Destrucción y deconstrucción*. Antonio Gómez (comp.), *Diálogo y deconstrucción*, 65-74.

Galaz, M. A. N. (1999). NOTAS PARA UN ANALISIS SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA EN EL TEXTO" FUERZA DE LEY" DE JACQUES DERRIDA. *Revista Chilena de Derecho*, 875-892.

García Amado, J. A., Bernuz Benitez, M. J., y García Inda, A. 2015. «Justicia Transicional. Enigmas y aporías de un concepto difuso». Pp. 99-154 en *Después de la violencia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

García Amado, P. (2008). EL PROCESO DE PAZ EN CÔTE D'IVOIRE: DIFICULTADES Y PERSPECTIVAS A FUTURO. Escola de Cultura de Pau, 12.

García, G. (2001). La idea de derechos en Alasdair MacIntyre y Charles Taylor: un contrapunto comunitarista. *Revista Ciencia Política*, XXI(1).

Girón, J. (2002). Los Balcanes: del Congreso de Berlín al nacimiento de Yugoslavia (1878-1918), 238-258.

Glueck, S. (1945). War Criminals - Their Prosecution and Punishment - The Record of History. *Lawyers Guild Review*, 5, 1-10.

Golooba-Mutebi, F. (2008). COLLAPSE, WAR AND RECONSTRUCTION IN UGANDA: AN ANALYTICAL NARRATIVE ON STATE-MAKING (Crisis States Working Papers No. 27) (p. 29). Uganda: Makerere Institute of Social Research.

Gómez, A. (2003). Los procesos de Nüremberg y Tokio: Precedentes de la Corte Penal Internacional. *Derecho Internacional. Temas selectos*.

González, F., & Rettberg, A. (2010). Pensando la fragilidad estatal en Colombia. *Revista de Estudios Sociales* No.37, (37), 181-184. <https://doi.org/10.7440/res37.2010.11>

Green, P. J., & Ward, T. (2000). State crime, human rights, and the limits of criminology. *Social Justice*, 101-115.

Gutiérrez, F. (2015). ¿Una historia simple? En *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia* (p. 809). Bogotá. Recuperado de [http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Informe%20Comisi\\_n%20Hist\\_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V\\_ctimas.%20La%20Habana%20C%20Febrero%20de%202015.pdf](http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%20C%20Febrero%20de%202015.pdf)

Habermas, J. (1997). La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de doscientos años. *Isegoría*, 0(16), 61-90.

Harrendorf, S. (2014). How Can Criminology Contribute to an Explanation of International Crimes? *Journal of International Criminal Justice* \$V 12, (2), 231-252.

Hassemer, W., & Muñoz Conde, F. (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*. España: Tirant lo Blanch. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=125855>

Hauser, E. (1999). Ugandan relations with Western donors in the 1990s: what impact on democratisation? *The Journal of Modern African Studies*, 37(4), 621-641.

Henríquez, A. (2011). Alasdair Macintyre y la crítica comunitarista a John Rawls.

Hudson, H. (2009). Peacebuilding Through a Gender Lens and the Challenges of Implementation in Rwanda and Côte d'Ivoire. *Security Studies*, 18(2), 287-318. <https://doi.org/10.1080/09636410902899982>

Jalloh, C. C. (2009). Regionalizing International Criminal Law? *International Criminal Law Review*, 9(3), 445-499.

Juma Okuku, Anthony. (2006). Ethnicity, state power and the democratisation process in Uganda. University of the Witwatersrand. Recuperado de [http://www.igd.org.za/jdownloads/Occasional%20Papers/op\\_33.pdf](http://www.igd.org.za/jdownloads/Occasional%20Papers/op_33.pdf)

Keith, A. (2007). THE AFRICAN UNION IN DARFUR: AN AFRICAN SOLUTION TO A GLOBAL PROBLEM? *Journal of Public & International Affairs*; Spring 2007, Vol. 18, p149, 18. Recuperado de <http://connection.ebscohost.com/c/articles/32183390/african-union-darfur-african-solution-global-problem>

Klarin, M. (2000, diciembre 1). Mirko Klarin, novinar koji je inicirao «novi Nürnberg» [Periódico]. Recuperado de <https://www.bhdani.ba/portal/arhiva-67-281/183/t18309.shtml>

Kostenwein, E. (2017). La isla desierta: el abolicionismo como un posible... *Crítica Penal y Poder*, 0(12). Recuperado de <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/17547>

Ku, J., & Nzelibe, J. (2006). Do International Criminal Tribunals Deter or Exacerbate Humanitarian Atrocities. *Washington University Law Review*, 84, 777-834.

Kurczy, S. (2010, marzo 23). Sudan vote is «a Hitler election,» says ICC prosecutor Ocampo. *Christian Science Monitor*. Recuperado de <https://www.csmonitor.com/World/Global-News/2010/0323/Sudan-vote-is-a-Hitler-election-says-ICC-prosecutor-Ocampo>

Laminos, M. Á. (2008). EL CONFLICTO DE DARFUR: UN RETO PARA LA CREDIBILIDAD DE LA UNIÓN AFRICANA. *UNISCI Discussion Papers*, 16.

Landa Gorostiza, J. M. (2004). El 'Nuevo' Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación. *Revista Penal*, 69-90.

Laub, J. H. (2006). EDWIN H. SUTHERLAND AND THE MICHAEL-ADLER REPORT: SEARCHING FOR THE SOUL OF CRIMINOLOGY SEVENTY YEARS LATER\*. *Criminology*, 44(2), 235-258. <https://doi.org/10.1046/j.1365-2281.2001.0382a.x>

Lefkow, L. (2004). Sudan Darfur in Flames: Atrocities in Western Sudan (No. 5) (p. 49). Human Rights Watch.

Lomo, Z., & Hovil, L. (2004). *Behind the Violence*. Estados Unidos.

Long, H. (2015). Costa de Marfil (p. 88). España: Comisión Española de Ayuda al Refugiado.

Lorenzo, C., Lopez, C., Reynolds, D., Carveth, H., & Dayal, S. (2011). *Unión Africana - Características Generales y Tratamiento de los Derec....* Madrid. Recuperado de <http://es.slideshare.net/CarolinaLorenzoL/unin-africana-definitivo>

Makasa Mutibwa, Phares. (1992). *Uganda Since Independence: A Story of Unfulfilled Hopes (Ilustrada)*. Treton, N.J.: Africa World Press.

Malik, M., & Malik, M. (2015). The Efficacy of United States Sanctions on the Republic of Sudan. *Journal of Georgetown University-Qatar Middle Eastern Studies Student Association*, 2015, 7. <https://doi.org/10.5339/messa.2015.7>

Márquez Cárdenas, Álvaro E. (2007). La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Prolegómenos*, 201-212.

Martín-Barbero, J. (2003). La globalización en clave cultural. Una mirada latinoamericana. *Renglones, revista del ITESO*, 53 *Los desafíos de América Latina: cultura y globalización.*, 18-33.

Matata, C. (2016). The Tanzanian-Ugandan War: Were the Just War Principles, Islamic Just War Tradition or the Catholic Social Ethics followed? *IOSR Journal Of Humanities And Social Science*, 21(7), 86-91.

Maududi, S. abul 'Ala. (1976). *Human rights in Islam*. Leicester: Islamic Foundation.

Maunganidze, O., & Du Plessis, A. (2015). The ICC and the AU. En C. Stahn (Ed.), *The law and practice of the International Criminal Court* (pp. 65-82). Oxford: Oxford Univ. Pr.

McDermott, J. (2013). Las FARC, el Proceso de Paz y la Posible Criminalización de la Guerrilla Mayo de 2013, 43.

Melo, J. O. (2002). Perdón y procesos de reconciliación. En A. Chaparro Amaya (Ed.), *Cultura política y perdón* (1a. ed, pp. 176-195). Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.

Melvern, L. (2007). *Un pueblo traicionado: el papel de occidente en el genocidio de Ruanda*. Intermón Oxfam Editorial.

Mena Lloreda, N. (2016). LA FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA PROPUESTA INTERCULTURAL Y LA HERMENÉUTICA ANALÓGICA. Universidad Santo Tomas. Recuperado de <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/3375/menanapole%C3%B3n2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Montalvo, Daniel Andrés Jiménez. 2015. «Análisis social de un genocidio: Ruanda 1994». *Conjuntura Global* 4(2).

Moreno Ocampo, L. (2009). *Building a Future on Peace and Justice: The international Criminal Court*. En *Building a Future on Peace and Justice* (pp. 9-13). Heidelberg: Springer. Recuperado de [https://books.google.com/books/about/Building\\_a\\_Future\\_on\\_Peace\\_and\\_Justice.html?id=0Z3qPIIAvD0C](https://books.google.com/books/about/Building_a_Future_on_Peace_and_Justice.html?id=0Z3qPIIAvD0C)

Morrison, W. (2009). Atrocity and the Power of the Image. *Social Justice*, 36(3 (117)), 61-77.

Nahum Freixa, O. (2010). Una verdadera catástrofe en el corazón de África y en la República Democrática del Congo. *La Primera Guerra Mundial Africana (1998-2003)*. Programa Buenos Aires de Historia Política del Siglo XX.

Nouwen, S. M. H., & Werner, W. G. (2010). Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan. *European Journal of International Law*, 21(4), 941-965. <https://doi.org/10.1093/ejil/chq064>

Nouwen, S. M., & Werner, W. G. (2010). Doing justice to the political: The international criminal court in Uganda and Sudan. *European Journal of International Law*, 21(4), 941-965.

NSO, S. (2005). LA GUERRA CIVIL EN COSTA DE MARFIL: ¿EL FIN DEL “MILAGRO AFRICANO”? (p. 11). UNISCI DISCUSSION PAPERS.

Núñez, N. T. (2016). La función de la costumbre en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 4, 105-125.

O’Fahey, R. S. (2007). DARFUR HISTORICAL AND CONTEMPORARY ASPECTS, 42.

Olasolo, H., & Canoso, J. (2018). La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional. *Política Criminal*, 13(25), 444-500.

Ondó, E. N. (2012). La perspectiva filosófica del teocentrismo africano. *Revista FAIA*, 1(2), 2.

Orjuela Escobar, L. J. (1998). El Estado colombiano en los noventa: entre la legitimidad y la eficiencia. *Revista de estudios sociales*, (1), 56-60.

Orjuela Parra, N. (2015). Ituri (R.D. Congo). Entre la colonización belga y la intervención de la CPI. *Crítica Penal y Poder*, 0(9). Recuperado de <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/11138>

Osuna Fernández-Largo, A. (2001). Teoría de los derechos humanos: conocer para practicar. Salamanca; Madrid: San Esteban ; EDIBESA.

Oxfam Internacional. (2007). Pasos hacia una paz sostenible: La voz de las personas desplazadas internas en el norte de Uganda (No. 106). Oxfam Internacional.

Peces-Barba, G. (1986). Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales. *Anuario de Derechos Humanos*, 219-258.

Peces-Barba, G. (1994). La universalidad de los derechos humanos. *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 613-635.

Piccolino, G. (2012). DAVID AGAINST GOLIATH IN CÔTE D’IVOIRE? LAURENT GBAGBO’S WAR AGAINST GLOBAL GOVERNANCE. *African Affairs*, 111(442), 1-23.

Pizarro, E. (2015). Una lectura múltiple y pluralista de la historia. En Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia (p. 809). Bogotá: Mesa de Conversaciones de la Habana. Recuperado de [http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Informe%20Comisi\\_n%20Hist\\_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V\\_ctimas.%20La%20Habana%20C%20Febrero%20de%202015.pdf](http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%20C%20Febrero%20de%202015.pdf)

Prado D, M. (2007). Limitación de los Derechos Humanos: Algunas Consideraciones Teóricas. *Revista chilena de derecho*, 34(1), 61-90. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372007000100005>

Prendergast, J., Ismail, O., & Kumar, A. (2013). The Economics of Ethnic Cleansing in Darfur. *Satelite Sentinel Project*, 1(Digital Globe).

Pulido, C. B. (2010). Metafísica de los Derechos Humanos, *La. Rev. Derecho del Estado*, 25, 117-133.

Ramírez Barat, Clara. 2007. «La Justicia en el tiempo: una aproximación al concepto de justicia en los procesos de transición a la democracia».

Ramírez López, A. M. (2010, noviembre 27). República Democrática del Congo: ¿El campo estéril de los olivos? | OASIS. Recuperado 27 de julio de 2018, de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/oasis/article/view/3167>

Rangel, A. (2016). Causas del genocidio de Darfur Un análisis basado en el modelo de Bárbara Harff. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 61(228), 365-389. [https://doi.org/10.1016/S0185-1918\(16\)30052-6](https://doi.org/10.1016/S0185-1918(16)30052-6)

Reisman, W. M. (1996). Legal Responses to Genocide and Other Massive Violations of Human Rights. *Law and Contemporary Problems*, 59(4), 75-80. <https://doi.org/10.2307/1192191>

Restrepo, N. (2006). La Iglesia Católica y el Estado Colombiano, construcción conjunta de una nacionalidad en el sur del país. *Tabula Rasa*, (5). Recuperado de <http://www.redalyc.org/resumen.oa?id=39600508>

Rettberg, A. (2005). Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional. IDRC.

Rey, S. A. (2012). Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales. ¿ Tres conceptos incompatibles. *Revista Digital de Derechos Humanos*, 1, 73-100.

Reyes Lugardo, Marco Antonio. 2010. «Economía de guerra y criminalización internacional en la zona de los grandes lagos (Congo, Uganda y Rwanda) E». *Acta Sociológica* 1(54).

Reyntjens, F. (2009). *The great African war: Congo and regional geopolitics, 1996-2006*. Cambridge ; New York: Cambridge University Press.

Rodman, K. (2009). Is Peace in the Interests of Justice? The Case for Broad Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court. *Leiden Journal of International Law*; Cambridge, 22(1), 99-126.  
<http://dx.doi.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/10.1017/S0922156508005657>

Rodríguez Soto, J. C. (2008). Conflicto y gobernabilidad en el norte de Uganda. Posibilidades y límites de los ritos de reconciliación mato oput. *REVISTA CIDOB D'AFERS INTERNACIONALS*, 87.

Rojas, D. M. (2009). El taller del imperio global: Análisis de la intervención de Estados Unidos en Colombia (1998-2008). *Análisis político*, 22(65), 111-126.

Ross, J. I., Barak, G., Rothe, D., Mullins, C., & Kauzlarich, D. (2009). That Was Then, This is Now, What About Tomorrow? Future Directions in State Crime Studies. *CRITICAL CRIMINOLOGY: AN INTERNATIONAL JOURNAL*, 17, 3-13.

Royo Aspa, J. M. (2009). La guerra de la RD Congo, más allá de sus recursos. *QUADERNS DE CONSTRUCCIÓ DE PAU*, 11.

Royo, José María. (2008). Escenarios de paz y de guerra en el norte de Uganda. *QUADERNS DE CONSTRUCCIÓ DE PAU*, 6.

Ruiz, F., & José. (2011). Estado o Concepto Fallido? Problemas Que Plantea la Noción de Falla Estatal y los Índices Que Intentan Medirla (Failed State or Failed Concept? Problems Arising from the Notion of State Failure and the Indexes That Attempt to Measure It) (SSRN Scholarly Paper No. ID 1967532). Rochester, NY: Social Science Research Network. Recuperado de <https://papers.ssrn.com/abstract=1967532>

Salvioli, F. (1997). El desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos a partir de las declaraciones Universal y Americana. *Relaciones internacionales*.

Sandoval Mesa, J. (2012). El desarrollo de la competencia internacional primeros aportes desde Nüremberg y Tokio. *Prolegómenos*, 15(29), 35-55.

Sandoval Mesa, J. (2017). Formas de autoría en la persecución de crímenes internacionales. *Prolegómenos*, 20(40), 11-26.

Schomerus, Mareike. (2007). The Lord's Resistance Army in Sudan: A History and Overview. Recuperado de <http://www.smallarmssurveysudan.org/fileadmin/docs/working-papers/HSBA-WP-08-LRA.pdf>

Schwendinger, H., & Schwendinger, J. (1970). Defenders of Order or Guardians of Human Rights. - *Issues in Criminology*, 5, 123-157.

Selden, M. (2007). Barbaries de la guerra, memoria histórica y reconciliación en Asia-Pacífico. *Anuario Asia Pacífico*, sa, 460-470.

Servín Rodríguez, C. A. (2014). La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional\*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 47(139), 209-249. [https://doi.org/10.1016/S0041-8633\(14\)70505-8](https://doi.org/10.1016/S0041-8633(14)70505-8)

Siddig, K. (2010). Economic sanctions and trade diversions in Sudan. Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/259484474\\_Economic\\_sanctions\\_and\\_trade\\_diversions\\_in\\_Sudan](https://www.researchgate.net/publication/259484474_Economic_sanctions_and_trade_diversions_in_Sudan)

Smeulers, A., & Grünfeld, F. (2011). *International Crimes and other Gross Humans Rights Violations* (Vol. 32). Martinus Nijhoff.

Sosa, R. (2004). Sudán, un conflicto sin fin. *Papeles de cuestiones internacionales*, 86, 123-137.

Soto, J. M. D. (2012). Aproximacion al Concepto de Crímenes Contra la Humanidad, Una. *Derecho Penal y Criminología*, 33, 119-152.

Spector, H. (2001). La filosofía de los derechos humanos. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 15, 7-53.

Teitel, R. G. (2003). Genealogía de la Justicia Transicional. *Harvard Human Rights Journal*, 16, 27.

---

Thonnyen, J. J. (2012). *El Conflicto Armado de Costa de Marfil: el Proceso de Paz (2002-2008) y la aplicación del Derecho Internacional Humanitario (Doctoral)*. UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA Instituto Universitario “General Gutiérrez Mellado”, Madrid, España.

Tokatlian, J. G. (2008). La construcción de un “Estado fallido” en la política mundial: el caso de las relaciones entre Estados Unidos y Colombia. *Análisis Político*, 21(64), 67-104.

Tomas Morales, S. de (Ed.). (2016). *Zonas protegidas y operaciones de mantenimiento de la paz*. Madrid: Dykinson. Recuperado de <http://public.ebib.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=4760450>

Ubah, C. B., & Nwebo, O. E. (2015). The International Criminal Court: Antecedents, History, and Prospects. *International Journal for Innovation Education and Research*, 3, 41-51.

Ulloa, A. (2007). La articulación de los pueblos indígenas en Colombia con los discursos ambientales, locales, nacionales y globales. *Formaciones de indianidad. Articulaciones raciales, mestizaje y nación en América Latina*, 287-326.

Universidad del Rosario, & Basset, Y. (2017). Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia. *Estudios Políticos (Medellín)*, (52). <https://doi.org/10.17533/udea.espo.n52a12>

Uprimny Yepes, R. (2017, febrero 27). Responsabilidad del mando y JEP: un debate complejo y polarizado. Recuperado 8 de septiembre de 2018, de <https://lasillavacia.com/blogs/responsabilidad-del-mando-y-jep-un-debate-complejo-y-polarizado-59906>

Valencia, U. de. (2001). *Problemas actuales del derecho internacional humanitario: V Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*. Universitat de València.

Varese, S. (1997). Identidad y Destierro: Los pueblos indígenas ante la globalización. *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana*, 23(46), 19-35. <https://doi.org/10.2307/4530924>

Vargas Padilla, Sandra Patricia, Jaramillo Henao, Juliana, & Ríos Sarmiento, Melissa. (2013). Tratamiento normativo al status de beligerancia y terrorismo dentro del conflicto armado en Colombia. *INCISO*, 15, 1-12.

Vera Sánchez, J. S. V. (2016). Cuatro Mitos Sobre La Justicia Retributiva Como Mecanismo de Justicia Transicional. *American University International Law Review*, 32, 469.

Vergara, Carolina, & Valenzuela, Diana Paola. (s. f.). Análisis «Jurisdicción Especial para la Paz» Completado en ejercicio colectivo INDEPAZ, 6.

Villa, V. (1999). Constructivismo y teoría del derecho. *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 285-302.

Villahermosa Jaén, J. R. (2007). ANÁLISIS DEL CONFLICTO DE DARFUR EN SUDÁN. *Boletín de Información*, 301, 113-142.

Vlassenroot, K., & Raeymaekers, T. (2007). ¿El retorno del leopardo? Patrimonialismo y crisis post-transición en la República Democrática del Congo, 6.

Wai, D. M. (1979). The Sudan: Domestic Politics and Foreign Relations under Nimiery. *African Affairs*, 78(312), 297-317.

Weber, M. (1904). La objetividad cognitiva de la ciencia social y de la política social. *Ensayos sobre metodología sociológica*, 39-101.

Wippman, David. 2004. «No sobreestimar la Corte Penal Internacional». *Isonomía*, abril.

Young, C., & Turner, T. (2012). *The rise and decline of the Zairian state*. Madison, Wis.; London: University of Wisconsin Press ; Eurospan [distributor].

Zea, L. (1998). Cultura occidental y culturas marginales. *Filosofía de la cultura*, 197-212.

Ziégler, J. (2008). *La Suisse, l'or et les morts*. Paris: Éd. du Seuil.

## **PÁGINAS WEB**

ACNUR. (2017, marzo 30). Genocidio en Ruanda la historia de los hutus y los tutsis. Recuperado 7 de febrero de 2018, de

<https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/eventos/genocidio-de-ruanda-la-historia-de-los-hutus-y-los-tutsis>

Ayuda en Acción. (2018, agosto 1). Las 102 comunidades indígenas en Colombia. Recuperado 2 de noviembre de 2018, de <https://ayudaenaccion.org/ong/blog/america-latina/comunidades-indigenas-colombia/>

BBC Mundo. (2016, octubre 2). Colombia: ganó el «No» en el plebiscito por los acuerdos de paz con las FARC. BBC News Mundo. Recuperado de <https://www.bbc.co.uk/mundo/noticias-america-latina-37537187>

Cervera Vallterra, M. (2016, mayo 14). La fragilidad de la República Democrática del Congo: Problemas y soluciones a la posesión de recursos minerales. Recuperado 26 de julio de 2018, de <http://www.reei.org/index.php/revista/num31/notas/fragilidad-republica-democratica-congo-problemas-soluciones-posesion-recursos-minerales>

Cervera-Vallterra, M. (María). (2014). El caso de la República Democrática del Congo: efectos perversos de la globalización en un estado fallido. Recuperado de <http://dadun.unav.edu/handle/10171/40075>

Costa de Marfil - Relaciones con Estados Unidos. (s. f.). Recuperado 2 de mayo de 2018, de <https://www.globalsecurity.org/military/world/africa/iv-forrel-us.htm>

Cumiz, J. (s. f.). Estándares de prueba en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Recuperado de [https://www.academia.edu/27501667/Est%C3%A1ndares\\_de\\_prueba\\_en\\_la\\_jurisprudencia\\_de\\_la\\_Corte\\_Penal\\_Internacional](https://www.academia.edu/27501667/Est%C3%A1ndares_de_prueba_en_la_jurisprudencia_de_la_Corte_Penal_Internacional)

El Espectador. (2017, octubre 20). Los “peros” de la fiscal de la CPI a la Jurisdicción Especial de Paz | Colombia 2020. Recuperado 8 de septiembre de 2018, de <https://colombia2020.elespectador.com/jep/los-peros-de-la-fiscal-de-la-cpi-la-jurisdicion-especial-de-paz>

El Pacto Briand-Kellogg 1928. (s. f.). Recuperado 5 de diciembre de 2017, de <http://www.historiasiglo20.org/GLOS/pactobriandkellogg.htm>

El País. (2012a, 28). ¿Cómo fue el proceso que llevó al acercamiento del Gobierno con las Farc? Recuperado 13 de junio de 2018, de

<http://www.elpais.com.co/colombia/como-fue-el-proceso-que-llevo-al-acercamiento-del-gobierno-con-las-farc.html>

El País. (2012b, 04). Presidente Santos anuncia inicio de diálogos con las Farc. Recuperado 13 de junio de 2018, de <http://www.elpais.com.co/multimedia/videos/presidente-santos-anuncia-inicio-de-dialogos-con-las-farc.html>

Gobierno Sudanés y Movimiento de liberación y Justicia. (2011). Documento de Doha para la paz en Darfur. Recuperado de [https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SD\\_110531\\_DohaDocumentPeaceDarfur%28esp%29.pdf](https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SD_110531_DohaDocumentPeaceDarfur%28esp%29.pdf)

Hodžić, R. (2015, julio 30). Veinte años después de Srebrenica: No hay reconciliación, seguimos en guerra | ICTJ. Recuperado 11 de abril de 2018, de <https://www.ictj.org/es/news/veinte-anos-srebrenica-reconciliacion-guerra-bosnia>

Internacional Socialista. (2002). Políticas Progresistas Para un Mundo Más Justo. Abidjan: Internacional Socialista. Recuperado de <http://www.internacionalsocialista.org/viewArticle.cfm?ArticleID=245>

Jurado, Á. (2014, abril 23). Tres años después de Duékoué (1). El País. Recuperado de [https://elpais.com/elpais/2014/04/23/africa\\_no\\_es\\_un\\_pais/1398243461\\_139824.html](https://elpais.com/elpais/2014/04/23/africa_no_es_un_pais/1398243461_139824.html)

Llorente, I. (2009, marzo 17). El papel de Ruanda en las guerras del Congo | UMOYA. Recuperado 28 de julio de 2018, de <https://umoya.org/2009/03/17/el-papel-de-ruanda-en-las-guerras-del-congo/>

Pobreza, cacao y niños con machete en Costa de Marfil - La tierra esclava. (s. f.). Recuperado 1 de mayo de 2018, de <https://latierraesclava.eldiario.es/cacao/>

Santana Rodríguez, Pedro. (2014, agosto). Los diálogos de paz en La Habana: una salida negociada al conflicto en Colombia. Recuperado de [http://viva.org.co/attachments/article/315/Ponencia\\_Pedro\\_Santana\\_Conflicto\\_Armado.pdf](http://viva.org.co/attachments/article/315/Ponencia_Pedro_Santana_Conflicto_Armado.pdf)

Semana. (2016, noviembre 14). Los 68 cambios del acuerdo en materia de justicia. Recuperado 10 de agosto de 2018, de <https://www.semana.com/nacion/articulo/acuerdo-de-paz-yesid-reyes-explica-68-cambios/505392>

Semana. (2018, marzo 31). El pecado francés en el genocidio en Ruanda. Recuperado 11 de abril de 2018, de <http://www.semana.com/mundo/articulo/genocidio-en-ruanda-nuevas-revelaciones-sobre-el-rol-de-paris/561891>

Semana.com. (2016, septiembre 3). Corte Penal Internacional se declaró satisfecha con el acuerdo final entre Gobierno y Farc. Recuperado 6 de septiembre de 2018, de <https://www.semana.com/nacion/articulo/corte-penal-internacional-se-declaro-satisfecha-con-el-acuerdo-final-entre-gobierno-y-farc/492263>

Semana.com. 2018. «Solución al Problema de Las Drogas Ilícitas». Solución al Problema de Las Drogas Ilícitas. Recuperado 10 de agosto de 2018 (<http://especiales.semana.com/nuevo-acuerdo-para-la-paz/drogas.html>).

Sputnik. (2018, mayo 22). Ingreso de Colombia a la OCDE: ¿solución o problema? Recuperado 2 de noviembre de 2018, de [https://mundo.sputniknews.com/radio\\_contante\\_y\\_sonante/201805221078889523-ingreso-colombia-ocde/](https://mundo.sputniknews.com/radio_contante_y_sonante/201805221078889523-ingreso-colombia-ocde/)

The trial of German major war criminals : proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg Germany. (s. f.). [Text]. Recuperado 16 de enero de 2018, de <http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>

Tiempo, C. E. E. (2017, abril 12). Colombia, entre los diez países más católicos del mundo. Recuperado 2 de noviembre de 2018, de <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/colombia-es-uno-de-los-diez-paises-mas-catolicos-del-mundo-77648>

Tshiyembe, Mwayila. (2003). Dura transición en el Congo. Recuperado 10 de junio de 2018, de <https://www.insumisos.com/diplo/NODE/2821.HTM>

U.S Embassy in Sudan. (2018, septiembre 9). U.S. - Sudan Relations. Recuperado 9 de septiembre de 2018, de <https://sd.usembassy.gov/our-relationship/policy-history/us-sudan-relations/>

Valencia, León, & Ávila, Ariel. (2011). La nueva realidad de las FARC. Observatorio del Conflicto Armado, Corporación Nueva Arcoiris. Recuperado de [http://www.cedema.org/uploads/Farc\\_analisis-2011\\_primer\\_semestre.pdf](http://www.cedema.org/uploads/Farc_analisis-2011_primer_semestre.pdf)

Wallace, Arturo. (2013, noviembre 19). Colombia: los cinco momentos más tensos del proceso de paz - BBC News Mundo. Recuperado 21 de junio de 2018, de

[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/11/131114\\_colombia\\_aniversario\\_proceso\\_paz\\_farc\\_momentos\\_criticos\\_aw](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/11/131114_colombia_aniversario_proceso_paz_farc_momentos_criticos_aw)

Ziada, I. (2007, enero 27). Oil industry in Sudan. Recuperado de [https://www.sudantribune.com/IMG/pdf/Oil\\_industry\\_in\\_Sudan.pdf](https://www.sudantribune.com/IMG/pdf/Oil_industry_in_Sudan.pdf)