

¿Lucha de soberanías?
Dimensiones hegemónica y contrahegemónica de los
derechos humanos y jurisdicción complementaria de la
Corte Penal Internacional*

Struggling for Sovereignty? Hegemonic and Counter-
hegemonic Dimensions of the Human Rights and
Complementary Jurisdiction of the International
Criminal Court

Luta pela soberania? Dimensões hegemônico e
contra-hegemônico de direitos humanos e jurisdição
complementar do Tribunal Penal Internacional

Fecha de recepción: 2 de febrero de 2012

Fecha de evaluación: 3 de mayo de 2012

Fecha de aprobación: 19 de julio de 2012

SANDRA ROCÍO GAMBOA RUBIANO**

RESUMEN

Se ha aludido que la jurisdicción complementaria que define a la Corte Penal Internacional vulnera el ejercicio de la soberanía estatal. No obstante, tratándose de crímenes de Estado en tanto crímenes contra la humanidad, bien puede sostenerse que la jurisdicción complementaria podría llegar a constituir un retroceso. Esto, entre otras razones, por no ser coherente con la lógica de protección eficaz de bienes jurídicos de especial valía para la humanidad, en cuya congruencia en el pasado se estableció la jurisdicción concurrente que definió los tribunales internacionales de Yugoslavia y Ruanda.

** Candidata a doctora en Derecho. Magíster en Defensa de los Derechos Humanos. Investigadora de la Comisión Colombiana de Juristas. Correo electrónico: darziag@gmail.com

En dichas condiciones resulta interesante revisar este fenómeno a partir de la constitución contrahegemonía de los derechos humanos, reconociéndose, como lo hace Sousa Santos, la existencia, vinculaciones e implicaciones de las formas de poder en las sociedades capitalistas, al igual que sus profundos mensajes en relación con los crímenes de Estado. Ello, con mayor razón, cuando se ha establecido que la discusión de la contrahegemonía –que inicia con Gramsci y que en parte desarrolla Sousa Santos desde la perspectiva de la dominación de la globalización neoliberal– propugna, como lo señala Bonet (2010), por un “nuevo contrato social global más solidario e incluyente que el hoy en crisis contrato social de la modernidad occidental”.

Palabras clave: soberanía, contrahegemonía, Corte Penal Internacional, crímenes de Estado, derechos humanos, jurisdicción complementaria, jurisdicción concurrente.

ABSTRACT

It has been mentioned that the complementary jurisdiction which defines the ICC prevents the exercise of state sovereignty. However, for state crimes as crimes against humanity, it can be argued that supplemental jurisdiction could eventually form a setback. This, among other reasons, because it is not consistent with the logic of effective protection of legal interests of particular value to humanity, whose congruency was established in the past, defining the concurrent jurisdiction of the international tribunals in Yugoslavia and Rwanda.

In these conditions it is interesting to check this phenomenon from the counter-establishment of human rights, recognizing as Boaventura de Sousa Santos does, existence, linkages and implications of the forms of power in capitalist societies, like their deep messages concerning state crimes. This, even more so when it has been established that the discussion of counter-hegemony, beginning with Gramsci and partly developed by Sousa Santos under the perspective of domination of neoliberal globalization, calls for a “new global social contract more caring and inclusive than today social contract crisis of Western modernity” (Bonet, 2010).

Keywords: sovereignty, counter-hegemony, ICC, state crimes, human rights, complementary jurisdiction, concurrent jurisdiction.

RESUMO:

Foi mencionado que a jurisdição complementar define o ICC impede o exercício da soberania do Estado. No entanto, para crimes de estado como crimes contra a humanidade, pode-se argumentar que a competência suplementar poderia, eventualmente, formar um revés. Isto, entre outras razões, porque não é coerente com a lógica de protecção eficaz dos interesses jurídicos de especial valor para a humanidade, cuja congruência foi estabelecido no passado, que define a competência concorrente dos tribunais internacionais na Iugoslávia e Ruanda.

Nessas condições, é interessante verificar esse fenômeno a partir do contador-establishment dos direitos humanos, reconhecendo como faz Boaventura de Sousa Santos, a existência, as ligações e as implicações das formas de poder nas sociedades capitalistas, como suas mensagens profundas sobre crimes de Estado. Isto, ainda mais quando foi estabelecido que a discussão da contra-hegemonia, começando

com Gramsci e Boaventura desenvolve em parte sob o domínio da globalização neoliberal, apela para um “contrato social nova crise global de contrato de mais carinho e inclusiva do que hoje social modernidade ocidental” (Bonet, 2010).

Palavras-chave: soberania, contra-hegemonia, o ICC, os crimes de Estado, os direitos humanos, a jurisdição complementar, competência concorrente.

INTRODUCCIÓN

Al Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (MÓVICE), especialmente a su Capítulo Estado Español. La semilla, la memoria, “el sol que nace de la impunidad”.

Una de las características de los tribunales penales internacionales de Yugoslavia¹ y Ruanda² es la jurisdicción concurrente por la cual podrían asumir un caso independientemente de que en el orden nacional se adelantara un juicio de responsabilidad penal individual. Dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (en adelante C.P.I.), el Estatuto de Roma (en adelante E.R.) –particularmente en sus artículos 15, 17 y 20– establece,

aparentemente a tono con su primordial función preventiva, la existencia de una jurisdicción complementaria, igualmente adoptada en el tribunal de Sierra Leona³, lo que implica que la potestad inicial para el adelantamiento de un caso en sede de responsabilidad penal individual por crímenes de competencia de la C.P.I. radica en los Estados.

Al mismo tiempo, en términos de discusión de la soberanía del Estado se ha querido presentar a la C.P.I. y a sus instituciones como escenarios de “excesiva concesión” de soberanía (Bazan, 2008). En dicho orden, tratadistas como Cassese (2004, pp. 25 y ss.) toman partido por una limitación de la jurisprudencia de la C.P.I., ampliando la consideración del principio de complementariedad y señalando que en materia de crímenes internacionales debe reforzarse la competencia de los jueces nacionales en protección del principio de soberanía. Posiciones como estas, presentadas igualmente en relación con la justicia universal, son usadas por Cassese para plantear que se ha

1 “Article 9. Concurrent jurisdiction. 1) The International Tribunal and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1 January 1991; 2) The International Tribunal shall have primacy over national courts. At any stage of the procedure, the International Tribunal may formally request national courts to defer to the competence of the International Tribunal in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal” (United Nations, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. Documento en línea recuperado de http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf).

2 “Article 8: Compétences concurrentes. 1) Le Tribunal international pour le Rwanda et les juridictions nationales sont concurremment compétentes pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de telles violations commises sur le territoire d’États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994; 2) Le Tribunal international pour le Rwanda a la primauté sur les juridictions nationales de tous les États. A tout stade de la procédure, il peut demander officiellement aux juridictions nationales de se dessaisir en sa faveur conformément au présent Statut et à son Règlement de procédure et de preuve”.

3 Tampoco se incluyen tribunales como el de Sierra Leona, en cuanto igualmente aplican lógicas de complementariedad (Naciones Unidas - Sierra Leona, 2000, Resolución 1315 de 14 de agosto de 2000). El artículo 2 de dicho tribunal establece en sus parágrafos 2 y 3: “2) Any transgressions by peacekeepers and related personnel present in Sierra Leone pursuant to the Status of Mission Agreement in force between the United Nations and the Government of Sierra Leone or agreements between Sierra Leone and other Governments or regional organizations, or, in the absence of such agreement, provided that the peacekeeping operations were undertaken with the consent of the Government of Sierra Leone, shall be within the primary jurisdiction of the sending State; 3) In the event the sending State is unwilling or unable genuinely to carry out an investigation or prosecution, the Court may, if authorized by the Security Council on the proposal of any State, exercise jurisdiction over such persons” (United Nations, 2010, Tribunal Pénal International Pour Le Rwanda; documento recuperado de <http://www.unict.org/Portals/0/English/Legal/Statute/2010.pdf>).

generado una nueva discusión sobre el debate de legitimidad y conveniencia de los tribunales penales internacionales. No obstante, al tiempo son profundamente contradictorias con la crisis del modelo clásico de Estado moderno, donde se ha mostrado la ruptura del principio de soberanía como una consecuencia lógica y necesaria del desarrollo de la economía.

Otros análisis resaltan que la concepción de soberanía del Estado moderno, específicamente en su acepción de “soberanía jurídica internacional” (Krasner, 2001, p. 22) o desde un “concepto funcional de soberanía” (Sepúlveda, 2009, p. 83), implica la posibilidad de un tribunal internacional como la C.P.I., incluso en posición de concurrencia. Igualmente se ha observado que tratándose de bienes jurídicos como la dignidad humana y la paz, y en atención a la simple idea de supervivencia de la especie, también es inaplazable el funcionamiento de un tribunal penal internacional, con la posibilidad de supuestas restricciones en la soberanía, como las que originarían, en sus diferentes grados, las jurisdicciones complementaria y concurrente. Ello, desde luego, bajo una visión contrahegemónica esencial de los derechos humanos, por oposición a su concepción como instrumento hegemónico, esto es, la paradoja de los derechos humanos.

De conformidad con lo anteriormente señalado, este análisis pretende: a) observar si las supuestas limitaciones de soberanía son aparentes, con mayor razón en la crisis de la concepción moderna de Estado; de contera se restaría uno de los elementos que se presentaron como cruciales en el debate sobre legitimidad y pertinencia de este tipo de tribunales; b) determinar si la supuesta limitación de la soberanía a partir de la jurisdicción complementaria resulta un paso atrás en las consideraciones de protección frente a crímenes internacionales, donde la jurisdicción concurrente puede ser necesaria, más aún cuando se trata de perseguir crímenes de Estado.

LA SOBERANÍA EN EL ESTADO MODERNO Y EN EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La soberanía es un constructo propio, una característica central de la forma política de la construcción histórica denominada “Estado moderno”, y es, junto con el territorio y el pueblo, uno de sus elementos clásicos fundamentales (Bavaresco, 2003, p. 56). Bodin, en una de las primeras concepciones expuestas, determina la soberanía como “el poder absoluto y perpetuo de la República”; por lo tanto, la concibe como un atributo ilimitado en poder, en responsabilidad y en tiempo (Bodin, *Los seis libros de la República*).

Por su parte, Rousseau consideraba a la soberanía como un atributo esencial derivado del contrato social (Bobbio, Matteucci y Pasquino, 2005, p. 456) enmarcado dentro del concepto de soberanía popular:

No siendo más que el ejercicio de la voluntad general nunca se puede enajenar; [...] el soberano, que es un ente colectivo, solo puede estar representado por sí mismo: el poder bien puede transmitirse, pero la voluntad no (Rousseau, *El contrato social*).

Hegel, partiendo de su diferenciación entre Estado y sociedad civil, separa la soberanía del monarca de la del pueblo, estimando que “también se puede decir que la soberanía respecto a lo interno reside en el pueblo cuando se habla solo en general del todo” (citado en Gómez, 1993, p. 288). Bobbio et al. (2005) considera a la soberanía como la racionalización jurídica del poder, por lo que presenta caracterizaciones diferentes en correspondencia con las expresiones de su organización y distingue entre titularidad de la soberanía y su ejercicio. Se resalta este último concepto en cuanto se expresa como ejercicio del poder del Estado, pero además racionalizado. De allí que la lógica de límite al poder sería –por lo menos conceptualmente– inherente a la definición de soberanía en

el Estado moderno, pues no en vano establece que su surgimiento es producto de la “constante tentativa de conciliar el poder supremo de hecho con el de derecho” (Bobbio et al., 2005, p. 1483).

Por lo tanto, la soberanía está limitada por los derechos humanos en un análisis fundamental para comprender la relación soberanía - derechos humanos, aun sin determinarlo en lógica hegemónica o contrahegemónica: “La soberanía, en cuanto poder de mando, está estrechamente conectada con la realidad esencial primordial de la política: la paz y la guerra” (Bobbio et al., 2005, p. 1483).

La discusión de la soberanía, en cuanto atributo del poder sobre el territorio, arranca de manera previa a la constitución del Estado moderno, en la medida en que todos sus elementos consolidan construcciones históricas que están permanentemente en tensión; reflexión que como se observará es central en este análisis. En dicho orden, Harvey (2000) señala que “los cambios en la territorialización muestran claramente que no hay nada natural en los límites políticos, aunque a menudo las características naturales hayan desempeñado un cierto papel en su definición” (p. 66). De ahí que los componentes del Estado moderno hayan permanecido en discusión constante, y la soberanía, a su vez, haya sido un concepto en permanente cambio, aunque restringido en su función de límite al poder.

No obstante, en tiempos de crisis de la concepción de Estado moderno se hace aun más discutible la clásica noción de soberanía, aunque se mantienen algunos criterios. Por consiguiente, tiene lugar un fenómeno más profundo, como en efecto señala Bavaresco (2003), pues la globalización rompe con la teoría de la soberanía moderna en cuanto a dos dinámicas: a) el Estado ya no puede ni controlar ni proteger su territorio; b) el Estado tampoco puede garantizar la legitimación de sus decisiones y poder para desarrollar un proyecto político (Bavaresco, 2003, p. 55).

Este último análisis obliga a recordar a Mann, quien sujeta la determinación de Estado como un conjunto diferenciado, en el que las relaciones políticas irradian y abarcan un territorio demarcado sobre el cual se reivindica el monopolio de la formulación vinculante y permanente de normas (Mann, 1997, p. 85). En dicho orden, deviene la globalización como fenómeno que pone en crisis la “teoría soberana” clásica. Pero dicho trance, como señala Bavaresco, es el resultado de una nueva hegemonía y, por tanto, de una nueva visión de soberanía. Entonces, lo que está en crisis es el concepto tradicional de Estado moderno, mas no el concepto de Estado.

Para tal efecto debe recordarse, con Fariñas (2000), que dentro de la globalización se enmarcan dimensiones que iniciaron en el ámbito de las telecomunicaciones y de las técnicas de información, tras las cuales –por el auge de las relaciones económicas capitalistas y de producción transnacionales– se presentó el predominio de la globalización económica y del neoliberalismo como su versión política. Con posterioridad, los procesos de integración económica y política que se desarrollaron en regiones globales

pusieron de manifiesto la posibilidad de desarrollar también una “globalización política” e, incluso, una “globalización jurídica” o un “derecho global” sin Estado, capaz de hacer frente o de gestionar las consecuencias a veces negativas de la “globalización económica” (Fariñas, 2000, pp. 178-179).

No obstante, este proceso va a la par de un proceso de localización o de fragmentación. Continúa argumenta Fariñas (2000):

Así, Boaventura de Sousa Santos establece una intrínseca relación entre el proceso de “globalización” y el proceso de “localización”, como las dos caras contrapuestas de una misma moneda; distinguiendo entre lo que denomina el “localismo globalizado”, que consiste en un proceso por el cual un fenómeno local dado es globalizado con éxito, por

ejemplo, la operación mundial de las empresas transnacionales (la *lex mercatoria* o el derecho transnacional de las transacciones económicas), y el “globalismo localizado”, que consiste en el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales, que deben ser desestructuradas y reestructuradas con el fin de responder a dichos imperativos. Es decir, las empresas transnacionales, que producen y comercializan sus productos globalmente en cualquier parte del globo terráqueo, se ven obligadas al mismo tiempo a establecer algún tipo de relaciones locales, basadas normalmente en normas de derecho consuetudinario tradicional, en los países periféricos donde establecen su producción, lo cual les permite “jugar” con las diferentes legislaciones nacionales (p. 179).

Persiste entonces la validez de una observación del mundo desde hegemonía y contrahegemonía, donde el modelo hegemónico actual es el estadounidense (Singh, 2006, p. 136), bien sea como sistema de imperio o como sistema de autoritarismo de Estado. Sobre el primero, señala Bavaresco (2003), recogiendo a Negri y Hardt:

Según los autores, el imperialismo es un fantasma del pasado. Hoy se asiste al dominio del sistema del imperio, es decir, la configuración adaptada al modelo político de los EE.UU., hegemónico a partir de 1991, después de la caída del Muro de Berlín. La diferencia fundamental entre el imperialismo y el imperio ha de ser entendida en el paso de la soberanía moderna hacia la soberanía postmoderna.

En dicha forma Bavaresco encuentra estas soberanías como expresiones de lógicas de imperialismo y de imperio. La primera, en cuanto poder centralizado que permitía monopolios en límites establecidos, rompiendo los símbolos locales y llevando a la prolongación del poder nacional hacia otras áreas del planeta, aunque también con fronteras delimitadas. Mientras tanto, la soberanía en la dominación del imperio parte de fronteras

flexibles, similares a la dominación típica del Imperio romano:

Los EE.UU. encarnan el actual Imperio mundial y representan la soberanía postmoderna. “Es evidente la supremacía militar de los Estados Unidos sobre los demás, principalmente después que la Unión Soviética ha dejado de existir, poniendo fin a la rivalidad imperialista. El proceso de descolonización, iniciado con el fin de la Segunda Guerra Mundial, ha puesto en marcha una transformación de la dinámica imperialista, antes incluso que el desaparecimiento de la única potencia capaz de rivalizar con los EE.UU.” (Singer, 2000, p. 11).

Al final, desde el punto de vista de Michael Hardt, “el imperio es ilimitado en el sentido espacial, no hay fronteras para su dominio; no hay nada de externo a su poder. El imperio domina la totalidad; es ilimitado en el sentido temporal, una vez que su dominio es proclamado como necesario y eterno, y no como algo temporal y transitorio. Por fin, el imperio es ilimitado en un sentido social, pues busca controlar toda experiencia social; el objeto del imperio es la propia forma de vida”. Añade aún el autor: “En el imperio, ningún Estado-Nación puede funcionar como centro del poder”, porque después del desmoronamiento del bloque soviético, ya nada ha impedido a los Estados Unidos ejercer, en nombre incluso de la ONU, el papel de policía de la Tierra, lo que impide hoy el desarrollo de proyectos imperialistas de expansión territorial (Bavaresco, 2003, pp. 57-58).

Es indiscutible por tanto que persiste una centralidad en el poder y en la dominación, pero referida a territorios y dinámicas más extensas, como lo encuentra Galindo (2007) al llamar la atención sobre el fortalecimiento del autoritarismo de Estado, el hiperpresidencialismo y los escenarios como la última guerra de Irak. Para dicha autora, esto se ha traducido en un fortalecimiento de la figura chomskyana de los *rogue states* (Chomsky, 1998). Ello a su vez se expresa consecuente con la idea de imperio, como cuando Chomsky cita a Clinton y a su ex secretaria de Estado, la señora Albright:

Its position was forthrightly articulated by Secretary of State Madeleine Albright, then UN Ambassador, when she informed the Security Council during an earlier U.S. confrontation with Iraq that the U.S. will act "multilaterally when we can and unilaterally as we must", because "we recognize this area as vital to U.S. national interests" and therefore accept no external constraints. Albright reiterated that stand when UN Secretary-General Kofi Annan undertook his February 1998 diplomatic mission: "We wish him well", she stated, "and when he comes back we will see what he has brought and how it fits with our national interest", which will determine how we respond. When Annan announced that an agreement had been reached, Albright repeated the doctrine: "It is possible that he will come with something we don't like, in which case we will pursue our national interest". President Clinton announced that if Iraq fails the test of conformity (as determined by Washington), "everyone would understand that then the United States and hopefully all of our allies would have the unilateral right to respond at a time, place and manner of our own choosing", in the manner of other violent and lawless states.

Se comprende así la razón que asiste a Galindo (2007, p. 158) cuando percibe un crecimiento del Estado, sobre todo en el control de la seguridad, mientras que se mantiene como eje regulador fundamental de la vida social. Al tiempo, se refuerza la idea de que la economía ha venido determinando, entre otros aspectos, las conexiones entre "guerra, construcción del Estado y surgimiento de instituciones democráticas", como lo señaló González (2004, p. 38) en interpretación de Bates, en referencia a las guerras civiles de la primera mitad del siglo XIX y sobre los vasos comunicantes entre guerra y construcción del Estado.

Tilly (2006) resalta que durante el periodo de consolidación de los Estados nacionales en los países occidentales, "el capitalismo mercantil y la construcción del Estado se reforzaron mutuamente". Evidentemente, la corrección de estas

consideraciones no permite soslayar posiciones como las de Amín (2002), que encuentran que el proceso de globalización seguirá profundizando la crisis del Estado, a la vez que constituye un error estratégico para el propio capitalismo; discusiones centrales de las cuales no se ocupará este trabajo por cuanto superan los límites del análisis asumido.

Para Bavaresco (2003), el centro de la discusión está en "cómo garantizar la inserción soberana de todos los Estados en la nueva soberanía global, de tal modo que todos ellos puedan autoafirmarse interna y externamente" (p. 58). En dicho orden retoma a Hegel, buscando la articulación de la soberanía interna y externa en una relación de mediación, y a Krasner (2001, p. 22), en el sentido de la crítica relativa a la aparente sorpresa por el rompimiento de una concepción de soberanía, que en realidad nunca ha sido tan estricta como se ha promocionado.

Para los efectos de este trabajo, el discurso de los derechos humanos, más que considerarse como un mecanismo que necesariamente coloque en crisis la lógica de soberanía que se expresó en el Estado moderno, es un escenario que puede robustecerla, pues precisamente a menudo es utilizado como discurso hegemónico. Pero ni aun su posibilidad hegemónica puede implicar una concepción de la soberanía por encima de los derechos humanos, sin el reconocimiento de la trascendencia de las garantías inalienables como lógica mínima de convivencia bajo el discurso liberal. Verbigracia, el artículo 5 de la Constitución Política de la República de Chile señala: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". En aplicación de dicho artículo, la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, en decisión del 16 de noviembre de 2006, estimó:

También siguiendo los razonamientos expuestos, resultan inatinentes las normas de derecho interno previstas en el

Código Civil, sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, invocados por el fisco de Chile, al estar en abierta contradicción con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen el derecho de recibir una reparación correspondiente a víctimas y familiares de estas, estatuto normativo internacional reconocido por Chile⁴.

Con anterioridad al fenómeno que ha sido descrito como “la crisis del Estado-Nación”, se dio la razón de que los derechos humanos revalidaban y constituían una limitante del principio de soberanía. Así, considerando a las naciones como iguales, como pueblos que “deben” tener su libre determinación, se aceptó que poseen intereses particulares en “fortalecer” la paz universal, los derechos humanos y las libertades individuales. Los artículos 1, 2 y 55 de la Carta de la ONU, evidente consecuencia de las difíciles enseñanzas de las guerras mundiales, establecen las notas básicas de la comprensión contemporánea de soberanía. Entonces, al estar estos derechos congregados en los Estados en la ONU y al ser obligados a través de tratados, se acude a un escenario de revalidación de la soberanía.

Para algunos, dicha cuestión ha ocurrido necesariamente en vinculación con lo que se ha denominado una “ideología esencialmente liberal”, lo que explica por qué con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y hasta la actualidad el discurso de derechos humanos podría llegar a hacer parte de lógicas hegemónicas de poder. Al respecto, Ayuso (2006) señala que desde dicho momento histórico surgieron organizaciones internacionales, unas que buscaban una unión institucional abierta con regímenes tan diversos como los liberales y los comunistas (ONU); y otras centradas en los países liberales (OTAN), que ahora se observan supera-

das a través de la globalización y las acciones de unificación política del mundo:

A lo anterior ha de añadirse todavía, para completar el cuadro, dos fenómenos. En primer término, la incidencia de la “globalización”, esto es, la creciente expansión, más allá de los confines territoriales y los vínculos del derecho positivo de los Estados, de las actividades de la economía, producción, circulación, cambio y consumo de bienes. Y, en segundo lugar, la supremacía de los Estados Unidos, sustentada por una poderosa fuerza armada, y concretada en un “magisterio” ético-político que reivindica el derecho a enjuiciar la fidelidad de los demás gobiernos a los principios liberal-democráticos, así como el respeto a las condiciones de paz, de donde resulta la función de policía en todo el globo. Pero todo ello, aunque significativo, es todavía insuficiente para determinar la denominada “exportación universal del modelo occidental” de constitucionalismo, sino que, a tales efectos, se hace necesaria, conforme Carl Schmitt había anunciado en los cincuenta, “una organización unitaria del poder humano” con capacidad de decisión política y un derecho público propios [...] Ahora, con la crisis del Estado el gobierno parece querer tornar, pero –en pleno apogeo del nihilismo– no halla la comunidad sobre la que arraigar. Otra más de las contradicciones de este tiempo nuestro postmoderno (Ayuso, 2006).

En dicho entorno, aun con un análisis diverso, Habermas (1989) reconoce la especial significación, por lo menos en la revisión del Estado constitucional, de los derechos humanos como herencia de la Revolución francesa:

Solo un candidato parece restar para una respuesta afirmativa a la pregunta acerca de la actualidad de la Revolución francesa: aquellas ideas que inspiraron al Estado constitucional democrático. La democracia y los derechos humanos conforman el núcleo universalista del Estado constitucional que, en sus distintas variantes, tiene su origen en la Revolución norteamericana y en la francesa.

4 Corte de Apelaciones de Santiago de Chile (2006, noviembre). Rol. No. 4.464-2001, Ruz Castillo, Pedro Edgardo contra Fisco de Chile, Apelación. *Gaceta Jurídica*, 317, pp. 88-93.

Este universalismo ha conservado su fuerza explosiva y su vitalidad, no solo en los países del Tercer Mundo y en el ámbito de dominio soviético, sino también en las naciones europeas, donde la vía hacia un cambio de identidad adjudica al patriotismo constitucional una nueva significación [...]

Pero si la única idea todavía orientadora fuera la de la institucionalización de la igualdad de libertades, bastaría –como muchos lo piensan– con vivir de la herencia de la Revolución norteamericana: podríamos así salir de la sombra del terror.

Von Thadden no saca esta consecuencia; y sí echa mano de ideas específicamente francesas [...] Contrapone, en el sentido de Rousseau, el *citoyen* al *bourgeois*; conecta, en el sentido de la tradición republicana, los derechos civiles y la participación con la fraternidad o solidaridad. El gesto recoge todavía el débil eco de viejas consignas revolucionarias (p. 55).

Lo anotado por Habermas permitiría concluir que aun dentro de la crisis de la concepción moderna de Estado, los derechos humanos siguen siendo un discurso universalista. Esta consideración se suma a la de autores que encuentran que en realidad este discurso hace parte del dictado hegemónico del Consenso de Washington. Todo ello permitiría concluir que no obstante las afirmaciones contradictorias al respecto, aun dentro de la crisis del concepto tradicional de Estado los derechos humanos siguen siendo una alocución universalista. Esto es, a pesar de que por una parte se admiten, desde la hegemonía, como legítimas y plausibles las supuestas exigencias generadoras de la globalización y de “un mundo sin fronteras”, incluso con limitación de la aplicación de justicia nacional en relación con las transacciones económicas, al tiempo se discute la visión universalista de los derechos humanos.

Ello, desde luego, en una visión utilitarista, como tácitamente anota Fariñas (2000) cuando alude a

los objetos de la globalización. Así, a la globalización del régimen político (democracias representativas neoliberales), al fortalecimiento de una economía capitalista y de libre mercado, a la concentración de poder y de capital transnacional en manos de las empresas transnacionales y a la afirmación como global de una nueva división internacional del trabajo se suma el hecho de que

se consolida como global el respeto universal y formal de los derechos humanos y especialmente de los derechos humanos de carácter individual y liberal, que no atenten contra el principio básico de la libertad del mercado, y que sean compatibles, por tanto, con la ideología del mercado (Farinas, 2000, p. 156).

La corrección de dichas afirmaciones se comprueba al recordar las limitaciones que se han tenido en la redacción de la Convención Americana, como también en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este punto es importante señalar que los derechos económicos, sociales y culturales constituyen parte de los derechos humanos y necesariamente deberían ser interpretados en una lógica universalista. No en vano Gramsci (2005) anotó sobre la identificación del programa liberal, en una cita de absoluta pertinencia frente a la posición de Habermas:

En cuanto idea-límite, el programa liberal crea el Estado ético, o sea, un Estado que idealmente está por encima de la competición entre las clases, por encima del vario entrelazarse y chocar de las agrupaciones que son su realidad económica y tradicional. Ese Estado es una aspiración política más que una realidad política: solo existe como modelo utópico, pero precisamente esa naturaleza de espejismo es lo que le da vigor y hace de él una fuerza conservadora. La esperanza de que acabe por realizarse en su cumplida perfección es lo que da a muchos la fuerza necesaria para no renegar de él y no intentar, por tanto, sustituirlo (p. 19).

LOS DERECHOS HUMANOS COMO DISCURSO CONTRAHEGEMÓNICO FRENTE A LOS CRÍMENES DE ESTADO

La anterior visión innegable sobre la utilización hegemónica de los derechos humanos no oculta posibilidad de que constituyan un espacio de contrahegemonía. Ello puede ocurrir, *v. gr.*, tanto con la reivindicación jurídica de derechos en espacios de dictadura como con el ejercicio de los profesionales del derecho antifranquistas:

En las condiciones impuestas por una dictadura como la franquista, la presencia de profesionales del derecho que anteponen la justicia a la ley y ofrecen cobertura a quienes arriesgan su libertad –cuando no su propia vida– al servicio de ideas proscritas, ejerciendo de *facto* derechos que les están vedados, tiene un valor incalculable. Su esfuerzo por buscar resquicios que minimicen el coste pagado por los militantes contribuye en lo inmediato a ensanchar los estrechos márgenes de las libertades y sienta bases en el largo plazo para el desarrollo de una cultura democrática (Gómez y Vega, 2010, p. 16).

Debe recordarse que ahora el discurso hegemónico suele presentar los derechos humanos como absolutamente relativos, lo que constituye un franco lugar común en hegemonía, con mayor fuerza luego del 11 de septiembre de 2001. Así, resalta Zaffaroni (2007):

El World Trade Center, a diferencia del Empire State Building –que es un alarde imperial– era la representación del mundo funcional y utilitarista de la globalización. Su construcción [...] simbolizó al mismo tiempo un renacimiento de New York [...], que fue paralela a la instalación del tristemente célebre lema político de la tolerancia cero, que [...] se convirtió en la criminología de café [...] predilecta de los comunicadores sociales y políticos de la demagogia vindicativa de nuestros márgenes latinoamericanos. El WTC era el máximo exponente de la tecnología y la seguridad. El ataque convirtió de repente en tercermundial

(*third-worldish*) al espacio civilizado. Morrison afirma que muchos desposeídos pudieron lamentar las vidas humanas perdidas, pero gozar del espectáculo de un poder invadido [...]

A partir del 11 de septiembre, la administración de Bush reforzó su escaso prestigio originario con un discurso en el que la guerra y el crimen se mezclan y, por consiguiente, los límites entre el control interno y el externo se vuelven porosos [...] Una cosa es la pauta de conducta frente a otros civilizados, y otra diferente la que debe tenerse con los incivilizados, esto es, en la lucha de la jungla (p. 308).

En la misma vía, señala Sanahuja (2003) sobre las implicaciones de las guerras hegemónicas en las políticas de ayuda al desarrollo:

Los atentados del 11-S, las “guerras hegemónicas” de Afganistán e Irak y el retorno de la seguridad a la agenda internacional han alterado los términos del debate sobre los efectos sociales de la globalización [...] La primacía de la seguridad y las “guerras hegemónicas” afectan a las políticas de ayuda al desarrollo de varias formas: [...] el retorno de la seguridad nacional como justificación de la ayuda externa [...], el “coste de oportunidad” del aumento del gasto militar [...], cambios en las prioridades geográficas [...], creciente politización de la ayuda humanitaria [...], nuevas necesidades de reconstrucción de postguerra [...]

El 11-S ha vuelto a plantear el dilema “libertad *versus* seguridad”, dando paso a restricciones a las libertades democráticas. Este dilema también se plantea en la cooperación internacional, como ya ocurrió en la guerra fría, de forma que la democracia y el “buen gobierno” pueden perder peso frente a la seguridad como criterio en la asignación de la ayuda. Aparece así una “nueva condicionalidad” vinculada a objetivos como el antiterrorismo o la inmigración [...]

La Unión Europea es un ejemplo significativo de la reevaluación de las cuestiones migratorias en el escenario posterior al 11-S. Estas se perciben cada vez

más como un problema de seguridad nacional para los estados de acogida. En el Consejo Europeo de Sevilla de junio de 2002, la Presidencia española, con el apoyo del Reino Unido, propuso ampliar la condicionalidad de la ayuda comunitaria al “control en origen” de la inmigración y a la aceptación de la readmisión de los inmigrantes ilegales expulsados de la UE.

Resurge entonces la visión contrahegemónica de los derechos humanos, de la cual puede inferirse que la defensa de instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instituciones tan antiguas como el *habeas corpus* o instituciones básicas como la prohibición de la tortura en sede de *ius cogens* también pueden consistir en luchas contrahegemónicas. Por ejemplo, respecto de la primera de las instituciones es fácil advertir que en la jurisprudencia colombiana no se constatan los contenidos de la acción-recurso de *habeas corpus*, lo que revela el nivel de acatamiento y de comprensión sobre el bloque constitucional; también muestra cómo la figura es profundamente desagradable para la hegemonía.

En relación con la lucha contra la tortura es conocido el retorno que se hizo a ella en el discurso hegemónico, que ahora la denomina “técnicas de interrogatorio mejoradas” (Amnistía Internacional, 2009), y nuevamente las enlaza dentro de la denominación de “lucha contra el terrorismo”. En definitiva, el panorama, en principio, es desalentador; simplemente recuérdese que Bobbio consideró en su momento que la lucha contra la tortura era uno de los escenarios que demostraban alguna figuración del “lado claro de la historia”, llegando a afirmar que la proscripción de esta lamentable práctica constituye un derecho humano absoluto:

Lo que caracteriza a los llamados derechos fundamentales, entre los que está, ciertamente, el derecho a la vida, es su universalidad, el valor para todo hombre, independientemente de su raza, nacionalidad, etc., y no necesariamente el valer sin excepciones. Con esto no

se pretende afirmar que no existan derechos absolutos (en la conciencia contemporánea entiendo que son tales, por ejemplo, el derecho a no ser torturado o el de no ser mantenido en la esclavitud), sino simplemente que lo absoluto del derecho a la vida no entra normalmente (y, por otro lado, sería difícil hacerlo entrar) como argumento a favor de la abolición de la pena de muerte (Bobbio, 1991, p. 228).

Fácil es concluir que en el escenario actual de la denominada “lucha contra el terrorismo” se precisa insistir en la conceptualización y efectividad de los derechos humanos, pues la práctica de su desconocimiento desde la hegemonía ha rayado en la tendencia hacia su desnaturalización.

Otra forma del discurso de contrahegemonía de los derechos humanos podría encontrarse en la visión de democracia contrahegemónica o emancipatoria de Sousa Santos (2006):

Y aquí concluyo: si estos son los retos y los avances que es posible tener en cuenta, tenemos que ver cómo articular la teoría que estamos intentando desarrollar con una nueva política, y en un contexto donde solo nos quedan instrumentos hegemónicos. Estamos en un contexto donde legalidad, derechos humanos, democracia son realmente instrumentos hegemónicos, y por lo tanto no van a lograr por sí mismos la emancipación social; su rol, por el contrario, es impedirla. Lo central en nuestra cuestión es saber si los instrumentos hegemónicos pueden tener un uso contrahegemónico.

¿Cómo crear y hacer un uso contrahegemónico de la legalidad? ¿Cómo hacer un uso contrahegemónico de los derechos humanos y de la democracia? (p. 58).

Sousa Santos (2005, pp. 151-154) postula inicialmente su comprensión de la teoría hegemónica de la democracia, o de democracia autoritaria (Bobbio, 2000, p. 387), con dos elementos básicos: a) un Estado débil, resultado del antagonismo Estado/sociedad civil; concepción divisoria entre

el espacio público y el privado; b) la democracia liberal representativa, democracia como mercado político, esto es, una concepción minimalista de la democracia consistente en procedimientos y mecanismos técnicos para la elección de representantes y decisores. Ahora bien, a dicha estructura se le opone una nueva teoría: la democracia contrahegemónica, apoyada en el concepto de “demodiversidad”, cuyos parámetros basilares son descritos por Aguiló y Antonicos (2009a) en los siguientes términos:

Para mí, los parámetros que definen la nueva teoría democrática articulada por Boaventura de Sousa Santos son principalmente dos: 1) un firme compromiso normativo con lo que puede llamarse un ideal político democrático, emancipador e igualitario, que el propio Santos (1993) llama democracia radical socialista; y 2) la búsqueda o invención de alternativas y categorías epistemológicas [...], sociales y políticas [...] que encarnen este ideal democrático-radical, comprometiéndose con las víctimas y preocupándose por devolverles la esperanza de su emancipación y la utopía realista de un mundo mejor.

Desde este punto de vista, Santos concibe la democracia contrahegemónica como un conjunto amplio y diverso de concepciones y proyectos políticos surgidos en la segunda mitad del siglo XX tanto en los países del Norte como en los del Sur. Estas corrientes de pensamiento democrático contrahegemónico tienen en común el hecho de entender la participación directa como un elemento imprescindible de la vida política y la plena ciudadanía y están comprometidas con la inclusión y la emancipación política y social de las personas; por eso están abiertas a las propuestas de los movimientos sociales de ampliar los espacios políticos y apuestan por establecer un nuevo contrato social caracterizado por la institucionalización de la diversidad cultural, el aumento de la ciudadanía y la prevalencia del principio de comunidad, en detrimento del protagonismo adquirido por el principio de mercado, especialmente en la época de

la globalización económica neoliberal (pp. 379-380).

Como se observa, permitir un lugar de intervención central a las víctimas en sistemas como el de la Corte Penal Internacional constituye un ejercicio contrahegemónico, que además coincide con otra idea boaventuriana consistente en reconocer una teoría política contrahegemónica que rescate voces silenciadas: “Dar voz a los que no la tienen y aclarar teóricamente muchas de las causas del sufrimiento humano en este mundo globalizado e injusto en el que vivimos”.

Igualmente se encuentra la visión contrahegemónica de los derechos humanos en relación con los crímenes de Estado. Así, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y con mayor fuerza en la posición dentro del tribunal interamericano del ex juez Cançado Trindade, se debatió a profundidad lo que en términos generales se denomina “crímenes de Estado” y en específico la Corte Interamericana relaciona como “terrorismo de Estado”. Es amplio el universo de casos donde se ha tratado el concepto, pero se puede delimitar como procesos relativos a crímenes internacionales. Se resalta que en la comprensión de Cançado, estos crímenes de los Estados implican una de las más fuertes conexiones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional. Asimismo, a partir de los conceptos desarrollados en los tribunales penales internacionales de Yugoslavia y Ruanda, Cançado entiende que los crímenes de Estado son reflejo de políticas sociales, ejecutados por individuos y que tienen en sí la expresión de una política del Estado que utiliza recursos estatales.

El ex juez agrega que estos crímenes son “fríamente calculados, planificados y ejecutados”⁵; idea de

5 OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid, Arellano et al. vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; Sentencia de 26 de septiembre de 2006; Voto razonado de A. A. Cançado Trindade; Serie C No. 154, pár. 26. Ver igualmente: Caso de las Masacre de Ituango vs.

la instrumentalización del Estado presente en las definiciones al respecto de la Corte Interamericana. Así, esta Corte de responsabilidad de los Estados concibe el terrorismo de Estado como “una violación grave del derecho internacional perentorio (el *jus cogens*)”, donde se ha establecido la intención, tolerancia, aquiescencia, negligencia u omisión del Estado sobre “violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario perpetradas por sus agentes, inclusive en nombre de una política de Estado”. Por su parte, en la república de Argentina, al declararse la inconstitucionalidad de unos indultos provistos en lógica de ley de autoamnistía, el juez Rafecas estableció:

El terrorismo de Estado representa la forma más grave de terrorismo que pueda conocerse, y excede las siempre repudiables acciones de idéntica índole llevadas a cabo por particulares o un conjunto de particulares, justamente por el hecho de presentarse a nivel de acciones del primero, quien posee a su vez el monopolio del poder de castigar.

Este fenómeno implica siempre la amenaza o el uso de la violencia con fines políticos y, en general, en contra de civiles no combatientes, pero cuando el terror es sembrado por el aparato de poder, por el Estado que por principio debería velar por la seguridad de las personas de la Nación, su mayor gravedad ontológica no encuentra retorno, al provenir de parte de quien debe ser ejemplo del cumplimiento del derecho y de parte de quien tiene la mayor capacidad de provocar daño [...]⁶

En dicho orden es lógico advertir que el derecho penal internacional podría llegar a conocer de la responsabilidad individual de los más graves perpetradores de crímenes internacionales que

no hayan sido procesados según los estándares establecidos tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como particularmente en los procesamientos internos⁷. Así, ha señalado Otero (2007, pp. 301-302), citando a Huhle, Cassese y Ackerman, que la mayoría de las violaciones de los derechos humanos son verificadas por los Estados o con su colaboración, y que en situaciones de conflicto armado, en muchas ocasiones los Estados no procesan los crímenes por el temor de exponer los de sus dirigentes. De ahí que podría llegarse a concluir que un caso tratado en sede de responsabilidad estatal internacional cumpliría uno de los requisitos en la discusión de complementariedad de la C.P.I., como parece compartirlo Cançado en su voto de la sentencia del caso *Goiburú vs. Paraguay*:

El establecimiento de una jurisdicción penal internacional es vista en nuestros días como un elemento que fortalece el propio derecho internacional, superando insuficiencias básicas del pasado en cuanto a la incapacidad de enjuiciar y sancionar perpetradores de crímenes contra la humanidad. Dichos avances, en nuestros días, se deben a la intensificación del clamor de toda la humanidad –a la conciencia jurídica universal como fuente material última de todo el derecho– contra las atrocidades que en las últimas décadas han victimizado millones de seres humanos en todas partes, atrocidades estas que no más pueden ser toleradas y que deben ser combatidas con determinación [...]

En un planteamiento que discute, desde el centro hegemónico, la supuesta relativización de los derechos humanos, en los discursos institucionales se ha llegado a una pretensión formal de su protección definitiva en la gran mayoría de países del mundo, entre ellos Colombia, y dentro de los

Colombia; Decisión de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148. Caso de La Cantuta vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 153.

6 Argentina, juez Daniel Rafecas, Sentencia de 25 de julio de 2006: Inconstitucionalidad del indulto a José Nino Gavazzo, Jorge Alberto Silveira, Juan Manuel Cordero y Hugo Campos Hermida. Recuperado de <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/vaello.html>

7 En esta consideración y en la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional profundiza la tesis de Maestría en Defensa de los Derechos Humanos de la autora del presente artículo: Gamboa Rubiano, S. (2011). *Colombia: dos de las excepciones al principio de la cosa juzgada en la Corte Penal Internacional*. Bogotá.

organismos, tribunales y órganos desarrollados a partir de la acción de los Estados para la protección de estos derechos. No obstante, la interrelación hegemonía-contrahegemonía igualmente ha puesto de manifiesto que la protección, si bien se presenta en pretensión de efectividad, es claramente parcial y dependiente de los intereses de la hegemonía.

Ello explica cómo elementos evidentes en términos de universalidad y efectividad de los derechos humanos, como los derechos económicos, sociales y culturales, han sido segmentados y colocados, en el mejor de los casos, en una postura de franca ilusión, rompiéndose además con su esencia de universalidad. Pero al mismo tiempo esta dicotomía explica la pretensión de transmutación de figuras como la legítima defensa y la protección de la paz, en manifestaciones de perversión como la legítima defensa “preventiva” y la puesta en discusión sobre la conceptualización en el E.R.: nada menos que el crimen de agresión como antiguo integrante del derecho consuetudinario, sobre el cual apenas en el 2010 se logró alcanzar el consenso para iniciar su puesta en vigor.

De ahí que los aportes de Rajagopal (2005, p. 35) respecto a la hegemonía frente al derecho internacional sean fundamentales. Lo primero que debe aclararse en relación con este autor es que considera, con razón, que la idea de resistencia no es siempre una reacción contra la hegemonía, “sino que en realidad es una multitud compleja de visiones alternativas sobre las relaciones sociales y, por lo tanto, de la historia de la humanidad” (Rajagopal, 2005, p. 35). A lo cual agrega que no existe una dicotomía absoluta entre hegemonía y resistencia y que tampoco se precisa que las formas de resistencia deban formular un novedoso paradigma universal para ser válidas. En atención a ello describe que la única atención que el derecho internacional daba a la acción de masas era si acaso en la creación de Estados o frente a “movimientos que afirmaran el derecho

a la autodeterminación”. Por ello se trataron como actos criminales fenómenos como la resistencia anticolonial, que eran fácilmente legitimados por el derecho internacional. Entonces lo que distinguió buena parte del derecho internacional fue el reconocimiento de los derechos individuales. Así, Rajagopal (2005) llega a concluir:

La idea de derechos humanos ha demostrado ser ciega a la enorme variedad de las luchas por los derechos humanos que se encarnan bajo la forma de la resistencia de los movimientos sociales en el Tercer Mundo, al mismo tiempo que se ha demostrado que la idea de desarrollo está asociada con la represión de la resistencia de masas [...] y con una modernidad destructiva (p. 42).

Así, en otra definitiva lectura del análisis de la soberanía en la crisis de la concepción de Estado moderno, Rajagopal (2005, p. 45), con fundamento en Gramsci, revela la hegemonía como un proceso activo que involucra la producción, reproducción y movilización del consentimiento popular, que está al alcance de cualquier grupo dominante que se apodere y use dicho proceso. En dicho orden, no obstante que parte del reconocimiento de la versión hegemónica de los derechos humanos, Rajagopal encuentra fundamentos de esperanza en el momento histórico actual:

Así, hoy en día encontramos que se busca justificar los intereses del gran poder mediante el lenguaje de “la intervención humanitaria” y que la represión de la resistencia de las masas se justifica mediante el “alivio de la pobreza”. Como tal, el “consentimiento” dado por la sociedad internacional de Estados a la dirección general impuesta en los asuntos mundiales es una función de la dominación de la fuerza y las ideas de Occidente. Hasta tiempos recientes, esa hegemonía era inalterable. Sin embargo, después de la descolonización y el surgimiento del poder económico de Asia, al igual que de la aparición de múltiples voces de desacuerdo dentro de las sociedades occidentales, existen las oportunidades políticas desde hace

varias décadas para que se den estrategias legislativas y políticas creativas para el Tercer Mundo (p. 45).

Dentro de esta dialéctica, señala la importancia de la relación que debe ser simbiótica entre las masas y los intelectuales en el desarrollo de una teoría de la resistencia, donde estos últimos median ante la clase cosmopolita global; relación que debe construirse, pues muy pocos internacionalistas están asociados con los movimientos sociales. Finalmente, junto a Partha Chatterjee, señala:

El llamamiento a favor de una teoría de la resistencia que aborde la necesidad de comprender la acción de los movimientos sociales no debería malentenderse como un llamamiento al rechazo del orden jurídico internacional. Por el contrario, las instituciones y el derecho internacionales proporcionan un espacio importante para la acción de los movimientos sociales, que ensanchan así el espacio político disponible para sus políticas transformativas. En lo que atañe a los internacionalistas, la capacidad de comprometerse con la producción académica de los movimientos sociales y con el desarrollo de una sensibilidad como activistas preocupados, motivados por los más altos ideales cosmopolitas en la disciplina, todavía está por verse. La acción de masas es una realidad social de la sociedad contemporánea, y los internacionalistas no pueden permanecer ajenos a ella (Rajagopal, 2005, p. 45).

Punto que Rajagopal cierra con una afirmación de trascendencia para la comprensión de las lógicas de contrahegemonía en el derecho penal internacional, en lo atinente a los crímenes de Estado:

Una nueva aproximación al derecho internacional en el Tercer Mundo tendrá que comprometerse con los movimientos sociales para superar el estancamiento en el que se encuentra. Este nuevo derecho internacional tiene el potencial de contribuir a un nuevo entendimiento no solo de sus doctrinas e ideas, sino también del mismo propósito ético de la disciplina [...] Durante demasiado tiempo, prácticamente durante

toda su existencia, el derecho internacional ha permanecido excesivamente occidentalizado, elitista, centrado en lo masculino e imperial, y el encuentro con los movimientos sociales le ofrece una oportunidad para transformarse fundamentalmente (p. 45).

Otra posibilidad de desarrollo contrahegemónico puede llegarse a encontrar frente al desarrollo actual del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ante la postura de animadversión que ha planteado respecto a ella el gobierno estadounidense. En dicho orden Dionis (2008) ha encontrado:

El final de la Conferencia Diplomática de Roma sobre el estatuto definitivo del TPI ha producido una serie de comentarios que van desde el asombro de aquellos que no se podían creer que Estados Unidos se hubiera quedado aislado [...]

La postura pública de Jesse Helms, verdadero artífice de la política de USA sobre el TPI y "Chairman" de la comisión de exteriores del Senado norteamericano, no deja lingüísticamente ninguna duda. Utiliza una expresión que solo se puede traducir como "hay que descuartizar el TPI". Para el viejo jefe de operaciones clandestinas de la CIA y antiguo agente, el TPI viene a presentar un "enorme peligro para la política exterior norteamericana" y no basta con haber votado en contra, sino que hay que desmantelarlo.

Esta postura tiene algo de razón, si bien el TPI no podrá juzgar los delitos que se han cometido antes de su fundación, con lo que deja un margen de "años de impunidad" está claro que su jurisdicción internacional queda reconocida y el Consejo de Seguridad ve limitada sus funciones por primera vez desde la fundación de la ONU [...]

El verdadero triunfo ha sido el de los activistas y organismos de derechos humanos norteamericanos, europeos, latinoamericanos, africanos y asiáticos que han conseguido, por primera vez en una conferencia de este tipo, montar una coordinación (un *lobby*, dirían los norteamericanos) que ha obligado

a muchos gobiernos a cambiar su voto ante la presión y difusión de sus propias posturas. Más de 800 organismos de todo el mundo rompieron con el discurso de que este tribunal solo importaba al Norte y que los activistas de derechos humanos del norte no cuentan con el apoyo de sus hermanos del Sur.

Muchas cancillerías vieron con asombro que esta coordinación existía, que por primera vez las redes de información vía Internet fueron capaces de coordinar a miles de activistas y organismos a lo largo y ancho del globo y de dar una información precisa, oportuna y eficaz que rompió el silencio informativo de las grandes agencias de prensa y de los medios de masas que ocultaron esta conferencia basados en la falta de interés. A través de cuatro canales (todos en inglés por desgracia) se informó día a día de todo lo que pasaba en Roma y de la postura de cada país [...]

La lucha por la aplicación universal de los derechos humanos ha logrado convertirse en un discurso autónomo de un gran poder de convencimiento por su racionalidad política y ética. Es muy difícil no entender que algo ha cambiado cuando se lee el enorme enojo de Jesse Helms, uno de los obreros de la guerra fría, de la dialéctica de amigo-enemigo y de los grupos encubiertos de represión. Para él no cabe duda: Estados Unidos tiene por primera vez una limitación a su política exterior de gran gendarme del mundo.

Como se ve, confirmado queda el discurso de Sousa Santos respecto a la utilización de escenarios e instrumentos hegemónicos en posición contrahegemónica, al tiempo que se reitera a Gramsci (1918) en su comprensión de dialéctica permanente:

Por razones de estudio, al analizar un fenómeno nos vemos obligados a reducirlo a los llamados elementos que

constituyen ese fenómeno. Dichos elementos, cada uno de ellos, no son sino el fenómeno mismo visto en un momento más que en otro, con la preocupación de un fin particular determinado y no de otro. Pero la sociedad, al igual que el hombre, es siempre y solamente una unidad histórica e ideal que se desarrolla superándose continuamente. Política y economía, ambiente y organismo social, siempre forman una sola cosa, y uno de los grandes méritos del marxismo consiste en la afirmación de esa unidad dialéctica.

Así, en este escenario, la defensa de los derechos humanos, en clave de búsqueda de procesamiento de los más altos responsables de crímenes internacionales, también constituye un escenario de contrahegemonía. Ello resulta un fenómeno al menos curioso, pues el derecho internacional si bien constituye un escenario de hegemonía y un contexto típico de exposición y desarrollo de lógicas de dominación, igualmente puede convertirse en variante contrahegemónica a través de la acción de los movimientos sociales y, muy particularmente, de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos.

De contera, un desarrollo legítimo del derecho internacional, en lógica de derechos humanos, debe implicar la valoración de los movimientos en contrahegemonía, con mayor razón frente a crímenes cometidos por los Estados, que desde luego procurarán la impunidad en escenarios como los que reclama la intervención de la Corte Penal Internacional, esto es, de gravedad, de sistematicidad y de relación con altos responsables, entre ellos, gubernamentales. Así, el escenario del derecho penal internacional puede convertirse en uno de desarrollo contrahegemónico y, por ende, en uno de definición, en efectividad y completud, de los derechos humanos.

CONTRAHEGEMONÍA Y JURISDICCIONES CONCURRENTES Y COMPLEMENTARIAS EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

*El problema que se nos presenta en efecto no es
filosófico,
sino jurídico y, en sentido más amplio, político.
No se trata tanto de saber cuáles son y cuántos son
estos derechos,
cuál es su naturaleza y fundamento, si son derechos
naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál
es el modo más seguro de garantizarlos,
para impedir que, a pesar de las declaraciones
solemnes,
sean continuamente violados*

(Bobbio, 1991, p. 64).

Como se habrá podido concluir, no es difícil sustentar la existencia del derecho penal internacional como discurso contrahegemónico, pero ello depende de la acción de los movimientos sociales y de la interrelación de los intelectuales con dichos movimientos. No deberá olvidarse, por ejemplo, qué tiempo ha pasado desde la expedición del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), resaltado por Bobbio (1991) como un momento importante en cuanto se daba a luz “una jurisdicción nueva y más elevada, de una verdadera tutela judicial de alcance internacional, que sustituye a la tutela nacional cuando esta es insuficiente o ni siquiera existe” (p. 78). No obstante lo anterior, el autor agrega:

Solo se podrá hablar de tutela internacional de verdad cuando una jurisdicción internacional consiga imponerse y superponerse a las jurisdicciones nacionales, y se realice el paso desde la garantía dentro del Estado –que todavía caracteriza predominantemente la fase actual– hasta la garantía contra el Estado [...]

Aun cuando siempre deba tomarse con mucha cautela cualquier analogía histórica, es probable que la lucha por la afirmación de los derechos humanos

también contra el Estado presuponga un cambio que de hecho está ya en marcha, aunque es lento, acerca de la concepción del poder externo del Estado respecto a los demás Estados y un aumento del carácter representativo de los organismos internacionales (Bobbio, 1991, p. 78).

Ninguna dificultad tendrá advertir que la lógica del derecho internacional de derechos humanos frente a los crímenes de Estado se acerca, desde su génesis, más a una lógica de complementariedad que a una lógica de concurrencia. En este sentido, Bobbio (1991) continúa aludiendo a los Estados que no son de derecho:

Pero estos Estados son precisamente los menos inclinados a aceptar las transformaciones de la comunidad internacional que deberían abrir la vía a la institución y al buen funcionamiento de una protección jurídica plena de los derechos humanos. Dicho drásticamente, respecto a la tutela internacional de los derechos del hombre nos encontramos hoy en una fase en la que allí donde sería posible, no es quizá del todo necesaria, y donde sería necesaria, es menos posible (p. 79).

En el caso de la Corte Penal Internacional ocupan un lugar destacado las acciones de las organizaciones de víctimas que, de manera indudable y como lo anotase Dionis, tuvieron incidencias relevantes en el seno de lo que posteriormente se denominaría el “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, compartiendo una posición, si se quiere bobbiana, en el desarrollo de la efectividad de los derechos humanos. Así, señala Conso (2007), citando a Bobbio:

Bobbio subrayaba cómo, tras “pasar de un sistema de derechos en sentido débil, recopilados en códigos de disposiciones naturales o morales, a un sistema de derechos en sentido fuerte, como los sistemas jurídicos de los Estados nacionales”, ha tenido lugar, “mediante las distintas cartas de derechos, en el ámbito internacional, la evolución opuesta, es decir, de un sistema más sólido y no

despótico como el nacional a un sistema más débil como el internacional, en el que los derechos proclamados se apoyan casi exclusivamente en la presión social, tal y como suele ocurrir con los códigos morales, y se violan continuamente sin que tales violaciones sean sancionadas salvo con una condena moral.

Por eso en el momento actual se concibe, tras la postura de Estados Unidos frente a la Corte Penal Internacional, que el derecho penal internacional puede llegar a tener una vocación de contrahegemonía. Obsérvese, y es un punto sobre el que resulta preciso llamar la atención, que no se está convocando la idea de finiquitación de la soberanía como paso a un sistema jurídico universalista o a un “ordenamiento jurídico mundial centralizado” que trascienda a los derechos humanos, como llegó a anunciar Bobbio con fundamento en Kelsen. Se alude a la existencia actual de un escenario de fraccionamiento de la soberanía, entendida en la visión tradicional, aunque no realista, del Estado moderno, donde ahora los derechos humanos constituyen un discurso contrahegemónico.

Esta situación concreta y actual explica la posición del gobierno de Estados Unidos en relación con la C.P.I., pretendiéndola reintroducir en un escenario hegemónico. El entonces subsecretario de Estado para Asuntos Políticos, Marc Grossman, partió de la determinación de cuatro puntos como dictado formal hegemónico para la C.P.I.: a) justicia y promoción del Estado de derecho; b) castigo a quienes cometen los crímenes más graves “a los ojos de la comunidad internacional”; c) Estados como responsables iniciales de garantizar la justicia en el sistema internacional; d) enfrentamiento de los crímenes graves, construyendo sistemas judiciales a nivel nacional, reforzando la voluntad política y promoviendo la libertad humana (Grossman, 2002).

Esto último representa un desarrollo de importancia para comprender la trascendencia de la com-

presión contrahegemónica que puede contener la Corte Penal Internacional. Así, se expresan las razones por las cuales dicho organismo no contribuiría a los principios importantes para el gobierno estadounidense:

Creemos que la C.P.I. socava el papel que tiene el Consejo de Seguridad de la ONU en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Creemos en el sistema de contrapesos. El Estatuto de Roma crea un sistema de fiscalía con un poder ilimitado.

Creemos que para vincularse a un tratado, un Estado ha de ser parte de tal tratado. La C.P.I. despliega su competencia sobre ciudadanos de Estados que no han ratificado el tratado. Esto constituye una amenaza a la soberanía de los Estados Unidos [...]

El Presidente Bush ha llegado a la conclusión de que los Estados Unidos no pueden seguir siendo parte de este proceso. Para dejar claras nuestras objeciones, tanto en términos filosóficos como de principios, y para no generar expectativas no deseadas acerca de la participación de los Estados Unidos en la Corte, el Presidente considera que no tiene más elección que informar a las Naciones Unidas, en cuanto depositarias del Tratado, de nuestra intención de no ser parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional [...]

No hemos llegado a la decisión de tomar esta rara, si bien no sin precedentes, iniciativa aleatoriamente. Pero tras años de trabajo para intentar corregir este defectuoso estatuto, y tras haber sido rechazadas nuestras constructivas propuestas, es nuestra única alternativa (Grossman, 2002).

Es indefectible comprender que este escenario de la C.P.I. –si bien de surgimiento estatal y, en la actualidad, de imposición sobre el Tercer Mundo– constituye un espacio de limitación al poder tantas veces discutido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, lo que se evidencia con mayor fuerza en el procesamiento del crimen de

agresión. En relación con este, se disminuyeron las posibilidades de dicho consejo, de conformidad con la definición del delito y su procesamiento, discutidas finalmente en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma realizada en Kampala. En esta se resaltó que la posición del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no podrá implicar una sentencia en uno u otro sentido de responsabilidad en la Corte Penal Internacional⁸.

Incluso podría pensarse en ubicar las posibilidades del movimiento de víctimas, en relación con el sistema de la Corte Penal Internacional, dentro de las acciones contrademocráticas que describe Rosanvallón (2007, p. 281), que a su vez constituyen lugar de democracia. No obstante, Rosanvallón llama a una redefinición de las posibilidades del “poder de juicio” dentro de su lectura de contrademocracia, entre otras razones porque en muy pocas ocasiones los tribunales internacionales se desarrollan de manera directa y con la intervención de jurados populares. Así, destaca que “a la inversa del movimiento de profesionalización de la justicia que se dio en todas partes a fines del siglo XIX, uno puede preguntarse si no ha llegado la hora de efectuar un movimiento contrario” (Rosanvallón, 2007, p. 293).

A pesar de ello, la intervención activa de las víctimas ante estos tribunales, rompiendo con la lógica de intervención especial de los Estados, puede permitir considerar que así como ocurre con la dimensión de contrademocracia, los tribunales penales internacionales pueden constituir mecanismos a través de los cuales las sociedades hagan presión formal e informal sobre los gobernantes o, incluso, en términos de corrección como instituciones *ad hoc*.

Además se ha señalado, como aporte de los tribunales internacionales desde Nuremberg, la posibilidad de determinación de una responsabilidad penal individual de carácter internacional, rompiendo con la idea de los Estados como únicos sujetos del derecho internacional (Restrepo, 2007, p. 433). En dicho orden, resulta posible y trascendente que las víctimas puedan tener un papel central en dichos tribunales internacionales y, con mayor razón, busquen el procesamiento y sanción de los más altos responsables de crímenes de Estado, que frecuentemente gozan de la impunidad en sus respectivos países. Diría Van Boven (1995) que lo anterior constituiría un “reconocimiento de los individuos como sujetos emergentes del derecho internacional” (p. 475), junto con una suerte de coexistencia entre la responsabilidad de Estados e individuos, en sus específicas y respectivas competencias:

In the history of the United Nations there is a notable trend from standard-setting towards implementation and from non-conflictual monitoring towards enquiry into violations of human rights involving State responsibility. State practices and State responsibility are usually the central focus. Recent developments now hint in the direction of focusing not only on States and on State practices but also on individual persons and criminal acts committed by them. These developments are in line with the recognition of individuals as emerging subjects of international law.

De ahí que esta visión contrahegemónica, que busca generar espacios de prevención real de los crímenes, pueda convertirse en algo más que una aspiración, con mayor razón frente a la concreción de la responsabilidad internacional de Estado e individuos. Por lo menos, el desarrollo del derecho penal internacional ha dado fundamentales pasos en dicho sentido, al haber establecido al respecto y con anterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma lo siguiente:

8 Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de Kampala, Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13ª. sesión plenaria el 11 de junio de 2010. Documento en línea recuperado de http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf

Not only from the perspective of rendering justice in cases of serious criminal behaviour by agents of non-State actors, but also for the sake of supplementing State responsibility with criminal responsibility of State officials, is it noteworthy that the UN has now made significant steps in the direction of establishing international criminal jurisdiction in order to bring to trial persons responsible for the commission of crimes under international law, notably genocide and other gross violations of human rights. The Nuremberg Judgment affirmed that crimes are committed by men, and not by abstract entities. The recent establishment by the Security Council of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and of the International Tribunal for Rwanda may be considered as a breakthrough with regard to the enforcement of international humanitarian law. The eventual setting up of a permanent international criminal court could constitute a further step in the same direction, but for the time being these developments are more illustrative of a broadly felt wish to affirm principles of international criminal responsibility than a will to translate these concerns into effective tools.

Debe retornarse en este momento a una discusión ya emprendida en la revisión hegemónica de los derechos humanos. Lógico es concluir un discurso dicotómico –esquizofrénico– en relación con procesos de globalización en pugna con el universalismo de los derechos humanos. Así, al tiempo que se relativiza la soberanía en cuanto a los factores económicos, buscando un “desarrollo” hegemónico global, también se pretende discutir la condición de universalidad de los derechos humanos, pues se entiende que la visión que se presenta en la protección de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos –que procura el procesamiento de los más altos responsables, incluyendo los más graves responsables de los crímenes de Estado– es necesariamente contrahegemónica.

Ello ocurre con mayor razón cuando se comprende que las víctimas y sus organizaciones deben y deberán interrelacionarse, en difíciles condiciones, con la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, que ha dispuesto como guía una visión de complementariedad positiva en cercana y permanente discusión –¿o acuerdo?– con los Estados. De ahí que en un escenario inicialmente dispuesto por estos como el derecho internacional –y su subespecie: el derecho penal internacional, posición evidentemente discutida– debe cobrar fuerte figuración el reconocimiento de los derechos humanos en su visión contrahegemónica y luego, entonces, el reconocimiento del límite al poder.

En realidad, la lógica de complementariedad es antigua en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, si se tiene en consideración la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 2 (segundo párrafo) del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 46.1-a de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No obstante, dicha dinámica no había sido aplicada tradicionalmente en los tribunales penales internacionales, particularmente en los de Yugoslavia y Ruanda, lo cual es dable anotar aun a pesar de la juventud de dichas cortes internacionales. En segundo lugar, las cuestiones de derechos humanos no hacen parte del denominado “dominio reservado de los Estados” (Bazán, 2008, p. 5), por lo cual la soberanía entra a discutirse con fuerza superior, con mayor razón en un escenario de crisis del modelo tradicional de Estado-Nación como el ya descrito.

De ahí que no asista razón en posiciones como las de Bazán, a quien no le sorprende la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional, pues es coherente con una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos (Bazán, 2008, p. 8). Innegablemente, una vez se ha implantado y reiterado hasta la saciedad una

lectura de complementariedad en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, resulta evidente que en su discusión de límite al poder en un entorno contrahegemónico, dicha asimilación es particularmente estricta en los crímenes de Estado; esto es, el cumplimiento de los requisitos establecidos a partir del sistema de la Corte Penal Internacional deben ser detenidamente revisados en lo que concierne a los crímenes de Estado.

En este orden, como lo ha reconocido la doctrina internacionalista, el fundamento de la Corte Penal Internacional es una autolimitación judicial penal convenida entre los Estados en relación con los delitos más graves, pero en clave de complementariedad (Bazán, 2008, p. 4). Lo que aquí se destaca es que esa autorrestricción debe ser especialmente rigurosa en los crímenes de Estado, precisamente por el sentido de mayor gravedad que dichas formas contienen, pero adicionalmente porque de no hacerlo así constituiría espacio de prolongación de las vulneraciones, bajo la lógica de basilar prevención que pretende aplicar dicho sistema⁹. A partir de los artículos 1 y 17 del Estatuto de Roma se desarrollan los requisitos de admisibilidad, coherentes con el sistema de complementariedad de la C.P.I., también coincidente con la Resolución No. 1/03 sobre Crímenes Internacionales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁰; sistema que no constituye un principio de *ius cogens*, como lo advirtió el Tribunal Supremo Español en la definición del caso

Ríos Mont¹¹, aun cuando ha sido ratificado en el seno del sistema de la C.P.I.¹².

Así, en las normas de complementariedad se advierten las profundas diferencias existentes con los Tribunales Ad Hoc, en específico frente a la jurisdicción concurrente de estos últimos. Obsérvese la dimensión de dicha implicación, pues en tribunales que podrían denominarse “de crisis” se permitió lo que bajo lectura de los opositores al desarrollo del derecho penal internacional constituye un exceso en la limitación del concepto tradicional de soberanía, pues la jurisdicción concurrente permitía que la justicia internacional pudiese llegar a imponerse sobre la nacional. Las lógicas argumentativas de dicho momento eran la defensa de la paz mundial y la supervivencia de la especie humana en condiciones de dignidad.

Innegablemente, estas dimensiones también estructuran el sistema de la Corte Penal Internacional, pero ahora se presentan en sentido de restricción al modo en que operan las jurisdicciones nacionales. Evidentemente se puede oponer que dicha situación surge al constatar que es imposible que un solo tribunal mundial pudiese procesar las más graves violaciones de derechos humanos del convulsionado orbe. No obstante, de aceptarse esta situación, igualmente debe reconocerse que la complementariedad frente a los crímenes cometidos por el ente en quien reposa la primordial función de procesamiento debe ser más estricta por la implicación que tiene. Esto último tiene mayor impacto si se demuestra –como lo exige el Estatuto de Roma– que se trata de “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad

9 Esta argumentación se desarrolla, como dice Bazán (2008), a partir de los párrafos sexto y décimo, así como del preámbulo y el artículo 1 del Estatuto de Roma.

10 OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución No. 1/03: Sobre juzgamiento de crímenes internacionales. Washington, D.C., 24 de octubre de 2003.

11 Reino de España, Tribunal Supremo Español, Sentencia de 22 de febrero de 2003, párrafos 4-6. Véase igualmente la decisión de casación, con la ponencia de Enrique Bacigalupo Zapater del 20 de junio de 2006; documento en línea recuperado de <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

12 Resolución sobre el principio de complementariedad aprobada en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma (Resolución RC/Res.1), aprobada por consenso el 8 de junio de 2010, en la novena sesión plenaria.

internacional en su conjunto”¹³, con mayor razón cuando se exige generalización y sistematicidad para la configuración de los crímenes de lesa humanidad¹⁴, al igual que existencia de un plan o política “como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”¹⁵, respecto de los crímenes de guerra, solo por citar dos ejemplos en relación con los crímenes determinados en el E.R.

Entonces, retomando la Resolución No. 1/03 sobre Crímenes Internacionales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se parte de la idea de que los más graves crímenes si bien atañen a toda la comunidad internacional en cuanto su gravedad y bienes jurídicos atacados, afectan principalmente al Estado en cuya jurisdicción ocurrieron, por lo cual cuando haya conflicto de jurisdicciones debe prevalecer el principio de territorialidad. Ahora bien, los crímenes de Estado no afectarían principalmente al Estado, sino también a los ciudadanos y a la comunidad internacional, por lo que la lógica de complementariedad debe hacerse –se insiste– más estricta. Esta conclusión se corrobora cuando se tiene en consideración el artículo 20 del Estatuto de Roma, en el que si bien se parte de la fuerza de cosa juzgada de las decisiones penales nacionales, al tiempo se reconoce la

existencia de excepciones establecidas a partir de la imposibilidad de que los Estados procesen estos crímenes, o de su pretensión de dejarlos en la impunidad. La constatación de esta hipótesis se encuentra en algunas de las posiciones de la Oficina del Fiscal de la C.P.I.:

National investigations and prosecutions, where they can properly be undertaken, will normally be the most effective and efficient means of bringing offenders to justice; States themselves will normally have the best access to evidence and witnesses. To the extent possible the Prosecutor will encourage States to initiate their own proceedings. As a general rule, the policy of the Office of the Prosecutor will be to undertake investigations only where there is a clear case of failure to act by the State or States concerned.

Esta perspectiva es reiterada en el último documento político sobre complementariedad de dicha oficina (*Report on Preliminary Examination Activities*, 2011):

Complementarity involves an examination of the existence of relevant national proceedings in relation to the potential cases being considered for investigation by the Office, taking in consideration the Office’s policy to focus on those who appear to bear the greatest responsibility for the most serious crimes. Where relevant domestic investigations or prosecutions exist, the Prosecution will assess their genuineness.

Pero, en franca contradicción, igualmente se advierte en dicho documento:

Where the Prosecutor has initiated the preliminary examination process *proprio motu* and determined a reasonable basis to proceed, the Office has adopted a policy of inviting the State(s) concerned to refer the situation to the Court in order to promote cooperation. As in all other situations, such a referral will have no impact on preliminary examination activities.

13 ONU, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Documento A/CONF.183/9 de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002 (artículo 5).

14 ONU, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Documento A/CONF.183/9 de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002 (artículo 7).

15 ONU, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Documento A/CONF.183/9 de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002 (artículo 8).

Como se observa, la Fiscalía asume una posición de discusión, aunque anterior a la solicitud de autorización para proceder a una investigación, que se edifica cuando ya la Fiscalía de la Corte ha realizado un intenso trabajo de recolección que habilitaría la procedencia de dicha permisión, de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma y la regla 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. En esta vía son cuando menos imprudentes los llamados “hechos”, desde algún sector de la doctrina –entre ellos Kai Ambos–, para que se proceda a una discusión permanente de la complementariedad con anterioridad al inicio de los juicios, a fin de dar “más oportunidades a los Estados”. Esto se daría, evidentemente, en un escenario hegemónico que nuevamente rompe tanto con los derechos de las víctimas de crímenes de Estado como con la función preventiva de la Corte Penal Internacional. Así lo señala Ambos (2009a):

El test de complementariedad es un *proceso en curso* y puede ser renovado varias veces antes de comenzar el juicio. La Sala Preliminar en el caso Pony dejó en claro la naturaleza continua del test, destacando la posibilidad de “determinaciones múltiples” y de “impugnaciones múltiples” a la admisibilidad en un caso dado¹⁶.

El autor en mención concluye:

Considerado en su conjunto, el cuerpo de estas disposiciones delinea un sistema por el cual la determinación de la admisibilidad está destinada a ser un proceso continuo en toda la fase previa al juicio, el resultado del cual es objeto de revisar en función de la evolución del escenario de los hechos relevantes. Dicho de otro modo, el Estatuto en su conjunto conserva la idea que un cambio en las circunstancias permite (o incluso en algunos escenarios, obliga) a

la Corte a determinar nuevamente la admisibilidad¹⁷.

De lo anterior se deduce que la complementariedad, dentro de la admisibilidad de una situación, debe ser examinada en una etapa muy temprana durante las fases pre-procesales o, más exactamente, durante las investigaciones preliminares, esto es, la etapa pre-investigativa del procedimiento. En efecto, una vez que la División de Jurisdicción, Complementariedad y Cooperación (JCCD) de la Oficina del Fiscal ha corroborado la jurisdicción de la C.P.I. en todos sus aspectos (*ratione temporis*, *personae* y *materiae*), debe analizarse la complementariedad. Solo si una situación es considerada admisible, el fiscal está en condiciones de determinar con mayores detalles si debe abrir una investigación formal en el sentido del artículo 53.

De hecho, este artículo exige una decisión positiva respecto de la jurisdicción y de la admisibilidad antes de llegar a los criterios de naturaleza más política y discrecional de los subparágrafos (c) de los párrafos 1 y 2. La decisión que se debe tomar en virtud del artículo 53 es tan compleja como la que resulta del artículo 17, y el criterio que debe aplicarse, especialmente en el test del “interés de la justicia” (artículo 53.1-c y 53.2-c), puede incluso ser considerado más relevante en relación con los desafíos específicos que plantean los procesos de justicia transicional¹⁸. Esto es especialmente cierto para la situación en Colombia, donde es posible

16 Véase también: Stingen (2008, p. 45), quien habla del doble sentido del carácter dinámico del principio de complementariedad frente a los Estados y frente a la C.P.I.; Olásolo (2009, p. 279); ICC-PTC II, Prosecutor vs. Kony et al., Decision on the admissibility of the case under article 19.1 of the Statute, 10 de marzo de 2009 (ICC-02/04-01/05), párrafos 25 y 26.

17 Prosecutor vs. Pony et al.: “Considered as a whole, the corpus of these provisions delineates a system whereby the determination of admissibility is meant to be an ongoing process throughout the pre-trial phase, the outcome of which is subject to review depending on the evolution of the relevant factual scenario. Otherwise stated, the Statute as a whole enshrines the idea that a change in circumstances allows (or even, in some scenarios, compels) the Court to determine admissibility anew” (pp. 25 y ss.). Respecto de la posibilidad de una supresión retroactiva del fundamento de la admisibilidad por una actividad del Estado, posterior al inicio de la investigación por el fiscal, véase: Pichon (2008, pp. 199-200).

18 Para un análisis de la cláusula del interés de la justicia, véase: Ambos (2009b, pp. 82 y ss.). A favor de una amplia discreción del fiscal, teniendo en cuenta el contexto político, véase: Rodman (2009, pp. 99 y ss.).

que una situación o caso pueda ser considerado admisible, pero respecto del cual aún no se ha abierto formalmente una investigación en virtud de los criterios indicados en el artículo 53.1 o 53.2 (Ambos, 2009a).

Ante esto surge, con elocuencia, la indirecta respuesta de Cançado Trindade, juez de un tribunal de derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos), que sostuvo en la sentencia de fondo del caso de la Cantuta:

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

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

58. En casos como el presente, en que el aparato del poder estatal fue indebidamente utilizado para cometer crímenes de Estado (en una chocante distorsión de los fines del Estado), constituyendo violaciones inadmisibles del *jus cogens*, y para después encubrir dichos crímenes y mantener sus agentes, perpetradores de los mismos, en la impunidad, y los familiares de las víctimas (también victimados) en la más completa desolación

y desesperación –en casos como los de *La Cantuta* y de *Barrios Altos*, en que los crímenes contra los derechos humanos fueron perpetrados en el marco de una comprobada práctica criminal del Estado–, las pacientes reconstitución y determinación de los hechos por esta Corte constituyen, ellas propias, una de las formas de proveer satisfacción –como forma de reparación– debida a los familiares sobrevivientes de las víctimas (quienes también son víctimas), y de rendir honor a la memoria de las víctimas fallecidas¹⁹.

CONCLUSIONES

- a) La limitación de la soberanía es una realidad inmanente a su concepción moderna, en cuanto ejercicio racional del poder, y se conecta, como lo resalta Bobbio, con la paz y la guerra en tanto realidades esenciales de la política. De ahí que bien puede ser limitada por el discurso de los derechos humanos tanto en su dimensión hegemónica como contrahegemónica.
- b) La soberanía es un concepto en permanente cambio y actualmente se ha transformado en atención del proceso de globalización o dinámica de imperio. No obstante, la soberanía permanece como concepto. En dicho orden es posible un análisis desde la hegemonía y la contrahegemonía, donde la defensa de los derechos humanos se desarrolle en cuanto atributo de la limitación del poder. Asimismo, llama la atención que los contradictores de la justicia penal internacional continúen estableciendo una suerte de discusión en términos de legitimidad de dicho sistema, al tiempo que se han considerado naturales las limitaciones del concepto tradicional de soberanía, pero en cuanto hegemonía.

¹⁹ Corte Internacional de Derechos Humanos, Caso *La Cantuta vs. Perú*, Fondo et. al., voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párrafos 38-59.

c) Permitir un lugar de intervención central a las víctimas en el sistema de la Corte Penal Internacional constituye un justificado ejercicio contrahegemónico, con mayor razón cuando se trata de las víctimas de crímenes de Estado, es decir, graves violaciones de derechos humanos que tienden a la impunidad en los procesos internos, como se ha evidenciado históricamente. Frente a dicho fenómeno, y en lo atinente al sistema de la Corte Penal Internacional, implicar una revisión permanente de la complementariedad con anterioridad al juicio rompe con la pretensión de ser instrumento preventivo de crímenes internacionales bajo el cual fue concebido este tribunal internacional; con mayor razón cuando la propia idea de una jurisdicción complementaria, por oposición a la concurrente, implica un retroceso en la lucha contra la impunidad.

REFERENCIAS

- Aguiló, B. y Antoni, J. (2009a). La democracia contrahegemónica en la teoría política de Boaventura de Sousa Santos: notas sobre un proyecto emancipador para el siglo XX. En *Presente, pasado y futuro de la democracia*. Recuperado de <http://congresos.um.es/sefp/sefp2009/paper/viewFile/3511/37611>
- Aguiló, B. y Antoni, J. (2009b, julio-diciembre). El concepto de "poder" en la teoría política contrahegemónica de Boaventura de Sousa Santos: una aproximación analítico-crítica. *Nómadas*, 24. Universidad Complutense de Madrid. Recuperado de <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/181/18112178004.pdf>
- Ambos, K. (2009a). *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*. Bogotá: Embajada de la República Federal de Alemania, Georg-August-Universität Göttingen, Temis.
- Ambos, K. (2009b). The legal framework of transitional justice. En Ambos, Large y Wierda (Eds.). *Building a future on peace and justice*. *Studies on transitional justice, peace and development*. The nuremberg declaration on peace and justice. Berlín: Springer.
- Amin, S. (2002). *El capitalismo en la era de la globalización*. Barcelona: Paidós.
- Amnistía Internacional (2009, 23 de abril). Nuevas revelaciones sobre torturas de Estados Unidos evidencian la necesidad de una comisión de investigación independiente. Recuperado de <http://www.amnesty.org/es/news-and-updates/news/nuevas-revelaciones-torturas-estados-unidos-necesidad-comision-investigacion-independiente-20090423>
- Argentina, juez Daniel Rafecas, Sentencia de 25 de julio de 2006: inconstitucionalidad del indulto a José Nino Gavazzo, Jorge Alberto Silveira, Juan Manuel Cordero y Hugo Campos Hermida. Recuperado de <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/vaello.html>
- Ayuso, M. (2006). El derecho político realista de Pietro Giuseppe Grasso. *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, 12, 147-155. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2865447>
- Bavaresco, A. (2003). La crisis del Estado nación y la teoría de la soberanía en Hegel. *Recerca, Revista de pensament i anàlisi*, 3, 56. Universitat Jaume I, Departament de Filosofia, Sociologia i Comunicació Audiovisual i Publicitat. Recuperado de <http://www.raco.cat/index.php/RecercaPensamentAnalisi/article/view/106716/153085>
- Bazán Chacón, I. (2008, mayo). La complementariedad del Estatuto de Roma y soberanía del Estado. *Revista del Observatorio Regional sobre Corte Penal Internacional y Derecho Penal Internacional*, 2. Recuperado de http://www.observatoriodpi.org/_data/spda/contenido/20080506124745_.pdf
- Blondel, J. L. (2004, septiembre). La globalización: análisis del fenómeno y de sus incidencias para

la acción humanitaria. *Revista Internacional de la Cruz Roja*.

Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.

Bobbio, N., Matteucci, N. y Pasquino, G. (2005). *Diccionario de política* (14ª. ed.). México: Siglo XXI.

Bodin, J. (s.f.). *Los seis libros de la República*.

Cassese, A. (2004). ¿Hay un conflicto insuperable entre soberanía de los Estados y justicia penal internacional? En A. Cassese y M. Delmas-Marty (Eds.). *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Bogotá: Norma.

Chavarría, M. y García, F. (s.f.). Otra globalización es posible. Diálogo con Boaventura de Sousa Santos. *ICONOS, Revista de Ciencias Sociales*, 19. Recuperado de <http://www.flacso.org.ec/docs/entrevista19.pdf>

Chile, Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, Rol No. 4.464-2001, Ruz Castillo, Pedro Edgardo contra Fisco de Chile. Apelación. Publicado en *Gaceta Jurídica*, Año 2006, noviembre, 317, pp. 88-93.

Chomsky, N. (1998). Rogue states. *Z Magazine*. Recuperado de <http://www.chomsky.info/articles/199804-.htm>

Chomsky, N. (2002). *El nuevo humanismo militar. Lecciones de Kosovo*. México: Siglo XXI.

Conferencia de Revisión de la C.P.I., Resolución RC/Res. 6, Aprobada por consenso en la 13ª. sesión plenaria el 11 de junio de 2010. Recuperado de http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf

Conso, G. (2007, junio). Bobbio y la temática de los derechos humanos. *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, 17, 45-55.

Sousa Santos, B. (2000). *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia* (vol. I). Bilbao: Desclée de Brouwer.

Sousa Santos, B. (2005). *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. Madrid: Trotta - ILSA.

Sousa Santos, B. (2006, agosto). Una nueva cultura política emancipatoria. En *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social*. Recuperado de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/edicion/santos/Capitulo%20II.pdf>

Dionis, G. (2008, septiembre). El TPI, un avance de los derechos humanos frente al poder hegemónico de las grandes potencias. *Revista Mundo Obrero*, 85. Recuperado de <http://www.derechos.org/nizkor/dionis/tpi.html>

Fariñas Dulce, M. J. (2000, enero-junio). De la globalización económica a la globalización del derecho: los nuevos escenarios jurídicos. *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, 8, 179-194. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10016/1380>

Galindo Hernández, C. (2007). La teoría del Estado en la era de la globalización: algunas aproximaciones y problemas pendientes. En *Filosofía y teorías políticas: entre la crítica y la utopía*. CLACSO.

Gómez Alén, J. y Vega García, J. (2010, octubre). *Materiales para el estudio de la abogacía antifranquista* (vol. 1). Fundación Abogados de Atocha - Ediciones GPS.

Gómez, L. T. (1993). El Estado: Hegel y Marx. En *Estado, derecho y sociedad* (Seminario sobre la Filosofía del Derecho de Hegel). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

González, F. (2004, julio-diciembre). A propósito de "Las palabras de la guerra": los comienzos

conflictivos de la construcción del Estado-nación y las guerras civiles de la primera mitad del siglo XIX. *Estudios Políticos*, 25, 37-70.

Gramsci, A. (1918, 9 de febrero). *La organización económica y el socialismo*. Recuperado de <http://www.gramsci.org.ar/2/3.htm>

Gramsci, A. (2005). Tres principios, tres órdenes. En *Antología* (15ª. ed.). México: Siglo XXI.

Grossman, M. (2002). Política exterior norteamericana y Corte Penal Internacional. Recuperado de <http://www.derechos.org/nizkor/impu/tpi/cpiusa5.html>

Habermas, J. (1989, mayo-agosto). La soberanía popular como procedimiento. *Cuadernos Políticos*, 57, 55. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <http://www.cuadernos-politicos.unam.mx/cuadernos/contenido/CP.57/CP57.7JurgenHabermas.pdf>

Harvey, D. (2000). *Espacios de esperanza*. Madrid: AKAL.

Internacional Criminal Court, Office of The Prosecutor (2010). *Policy Paper on Preliminary Examinations*.

Internacional Criminal Court, Office of The Prosecutor (2003). *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*. Recuperado de <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/4780FCDE-7428-455A-BE01-E3BEE06920B4/248462/372619.PDF>

Krasner, S. (2001). *Soberanía, hipocresía organizada*. Madrid: Paidós.

Mann, M. (1997). *Las fuentes del poder social* (vol. I). Madrid: Alianza.

Naciones Unidas - Sierra Leona (2000, 14 de agosto). Resolución 1315.

OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2003, octubre). Resolución No. 1/03: Sobre juzgamiento de crímenes internacionales. Washington.

OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso de La Cantuta vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C No. 162.

OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia, Decisión de 1 de julio de 2006, serie C No. 148.

OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006, 16 de septiembre). Caso Almonacid, Arellano y otros vs. Chile, voto razonado de A. A. Cançado Trindade, serie C No. 154

Olásolo, H. (2009). Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la C.P.I. En Almqvist y Espósito (Eds.). *Justicia transicional en Iberoamérica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ONU, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, documento A/CONF.183/9 de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002.

Otero, J. M. (2000). ¿Más derecho penal? El desarrollo actual del derecho penal internacional. *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?* Buenos Aires.

Pichon, J. (2008). The principle of complementary in the cases of the Sudanese nationals Ahmad Harun and Alir Kushayb before the Internacional Criminal Court. Incorporated Council of Law Reporting (ICLR).

Rajagopal, B. (2005, febrero). Incorporando la resistencia del Tercer Mundo al derecho internacional. En *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*. Bogotá: ILSA.

Reino de España, Tribunal Supremo Español, Sentencia de 22 de febrero de 2003. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

Reino de España, Tribunal Supremo Español, Casación del 20 de junio de 2006, ponencia de Enrique Bacigalupo Zapater. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

Restrepo Montoya, H. (2007). Derecho penal internacional: entre garantismo y eficientismo. *Revista Criterio Jurídico*, 7. Santiago de Cali.

Rodman (2009). Is peace in the interest of justice? The case for broad prosecutorial discretion at the ICC. *Leiden Journal of International Law*, 22.

Rosanvallón, P. (2007). *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Manantial.

Rousseau, J. J. (s.f.). *El contrato social*.

Sanahúja, J. A. (2003, octubre). *Guerras hegemónicas y ayuda al desarrollo*. Madrid: Le Monde Diplomatique. Recuperado de <http://www.choike.org/nuevo/informes/1427.html>

Sepúlveda, C. (2009). *Derecho internacional* (26ª ed.). México: Porrúa.

Singh, H. (2006, julio). Asia-Pacífico en el nuevo orden mundial (norteamericano). En *Política y movimientos sociales en un mundo hegemónico. Lecciones desde África, Asia y América Latina*. CLACSO. Recuperado de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/sursur/politica/PICcuatro1.pdf>

Stingen (2008). *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*. Boston: Martines Nijhoff Publishers.

Tilly, C. (2006, noviembre). Guerra y construcción del Estado como crimen organizado. *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, 5. UAM-AEDRI.

United Nations (2009). *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Recuperado de http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf

United Nations (2010). Tribunal Pénal International Pour Le Rwanda. Recuperado de <http://www.unict.org/Portals/0/English/Legal/Statute/2010.pdf>

Van Boven, T. (1995). Human Rights and Rights of Peoples. *European Journal of International Law*, 6(3).

Zaffaroni, E. R. (2007). *Un replanteo epistemológico en criminología (a propósito del libro de Wayne Morrison)*. Argentina: Editores del Puerto.