

Ricardo Garzón Torres

200416199

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho

Monografía de Grado

**Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, a la luz de la criminología
crítica**

Director: Manuel Iturralde

Abril 29 de 2013

Bogotá D.C.

Tabla de Contenido

Introducción	3
Capítulo 1. La criminología crítica	9
Capítulo 2. Los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad	14
<i>Los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad: su justificación teórica.</i> ..	14
<i>Los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad en la práctica</i>	21
Capítulo 3. La responsabilidad criminal como medio para promover el cumplimiento de las disposiciones de lesa humanidad y derechos humanos	36
<i>La idoneidad y la eficacia de la responsabilidad criminal como instrumento para prevenir violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>	37
<i>El camino para convertirse en victimario</i>	46
Capítulo 4. El punitivismo de las disposiciones internacionales de derechos humanos y en las de crímenes de lesa humanidad	55
<i>Punitivismo en violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>	55
<i>Alternativas al punitivismo</i>	61
Conclusiones	72
Bibliografía	77

Introducción

Amparado en la defensa de los derechos humanos y del Estado de Derecho, Estados Unidos interviene en países como Iraq, Afganistán o Libia, pero no interviene en otros en los que ocurren crímenes de lesa humanidad - como es el caso del genocidio en Ruanda-. Así mismo, a pesar de cometer infracciones graves como indica el caso de Guantánamo, el país norteamericano tampoco se somete a jurisdicciones internacionales que verifiquen su cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, tales como la Corte Penal Internacional o el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Por otro lado, aunque los países europeos sí se someten a la jurisdicción de tribunales internacionales -como la Corte Europea de Derechos Humanos-, el Parlamento de la Unión Europea adopta normas en materia de inmigración que pueden ser consideradas violaciones de los derechos humanos -como la Directiva de Retorno 2008/115/CE, que dispone la posibilidad de detener a las personas por períodos superiores a seis meses solamente por ser inmigrantes, y que ha sido criticada por instancias tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por considerar que no garantiza los derechos humanos de los migrantes¹-. Es necesario mencionar que, a pesar de lo precedente, la Unión Europea sí exige a países como Colombia el cumplimiento integral de los derechos humanos.

Todo lo anterior sirve para ilustrar, a partir de algunos casos específicos, diferentes maneras como son adoptadas en la actualidad las disposiciones sobre derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. De la disparidad en sus usos se infiere que estas disposiciones no son implementadas solamente en virtud de su objetivo primario, a saber, la protección de derechos presuntamente intrínsecos de los seres humanos, sino, por el contrario, sirven para justificar una larga lista de intereses particulares, como es el caso de los intereses relacionados con potencias, con países que requieren cooperación internacional, o con movimientos políticos, solo por dar los ejemplos más sobresalientes. A partir de esto, cabe preguntarse: ¿es este el uso correcto y adecuado de dichas disposiciones? ¿Están cumpliendo con los objetivos propuestos inicialmente en

¹ CIDH. Derechos Humanos de Migrantes, Estándares Internacionales y la Directiva de Retorno de la UE. Resolución N°03/08.

su creación? ¿Aplicarlas de esta forma es efectivo para vigilar su cumplimiento por parte de todos los Estados?

La normatividad internacional sobre derechos humanos tiene como objetivo otorgarle a todas las personas -por su condición humana- derechos mínimos e inalienables que no pueden ser infringidos bajo ninguna circunstancia y por ninguna razón. De este modo, su pretensión es que este conjunto básico de prerrogativas sea un freno ante cualquier abuso, ya sea por parte de los gobiernos, de grupos armados, o de otras personas u organizaciones particulares. El marco normativo sobre crímenes de lesa humanidad, por su parte, constituye el instrumento creado para enfrentar -y de algún modo prevenir-, desde una perspectiva punitiva, violaciones tan graves a los derechos humanos que puedan llegar a considerarse agraviantes no solo para la víctima o las víctimas sino para la humanidad en su conjunto.

Las disposiciones sobre derechos humanos y crímenes de lesa humanidad ostentan sin duda una importancia fundamental y tienen un poder de gran magnitud dado que constituyen la protección mínima a la dignidad humana de toda persona y porque son las llamadas a enfrentar cualquier violación a la condición humana de un individuo. Teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario evaluar la eficacia de las disposiciones y de los instrumentos internacionales de los derechos humanos y de los crímenes de lesa humanidad en la actualidad. Es pertinente determinar lo que se ha logrado a través de la creación y aplicación de estos marcos normativos, reconocer sus fallas susceptibles de corrección y establecer sus límites para no exigirles más de lo que fáctica y simbólicamente pueden ofrecer. Para realizar este análisis los postulados básicos de la criminología crítica pueden convertirse en valiosas herramientas, especialmente si se considera que hasta la fecha el problema no ha sido abordado desde esta perspectiva. Dichos postulados, a partir de los cuales es pertinente realizar el examen, son: el análisis del contexto en el que se encuentran aquellas personas consideradas como delincuentes, a partir de los criterios de una sociedad específica y de la creación y tipificación de lo que es considerado como delito en dicho contexto. Así lo explican Taylor, Walton y Young en *The New Criminology, For a Social Theory of Deviance* (1973), al analizar las bases de la llamada “nueva criminología”, y postular que se debe ir más allá del correccionalismo y analizar (y modificar) los acuerdos sociales propios de un momento y de un lugar determinados:

*It should be clear that a criminology which is not normatively committed to the abolition of inequalities of wealth and power, and in particular of inequalities, in property and life-chances, is inevitably bound to fall into correctionalism. And all correctionalism is irreducibly bound up with the identification of deviance with pathology. A fully social theory of deviance must, by its nature, break entirely with correctionalism (even with social reform of the kind advocated by the Chicagoans, the Mertonians and the romantic wing of Scandinavian criminology) precisely because, as this book has attempted to show, the causes of crime must be intimately bound up with the form assumed by the social arrangements of the time. Crime is ever and always that behavior seen to be problematic within the framework of those social arrangements: for crime to be abolished, then, those social arrangements must also be subject to fundamental social change.*² (Subrayado fuera del texto)

En el mismo sentido de lo que se explicó previamente, el pilar fundamental de esta nueva criminología, como se aprecia en la cita, es el de considerar que el hecho de etiquetar un acto como un crimen está inevitablemente unido al contexto y los contratos sociales acordados para un momento y un lugar. Esos delitos existen como producto de ese contexto social. Si cambia el contexto, necesariamente tiene que cambiar el delito, pues cada uno depende del otro. No se trata de etiquetar lo que es crimen dentro de la sociedad, sino de entender que lo que es considerado crimen dentro de una sociedad depende de ella misma y de sus arreglos sociales. El crimen no es una entidad con una esencia o naturaleza propias, sino una construcción social que depende de diversas relaciones dentro de una sociedad, como las relaciones sociales o las de poder.

Así, la criminología, y especialmente la criminología crítica, pueden aportar elementos muy valiosos al análisis de las graves violaciones de derechos humanos y de los crímenes de lesa humanidad:

*“As we have already noted, much academic discussion of human rights has been dominated by lawyers. Until recently, criminologists, with one or two notable exceptions, had paid relatively little attention to the subject.”*³

² TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The New Criminology. For a social theory of deviance*. Londres: International Library of Sociology, 1973. P. 281.

³ NEWBURN Tim. *Criminology*. Willan Publishing, 2007. P. 890.

El mayor aporte que hace la criminología crítica consiste en su perspectiva: ni el criminal ni el delito son entidades que existen en estado puro, no son una esencia que se encuentra en estado natural y a la cual el legislador y el juez se limitan simplemente a reconocer y dar expresión legal. La criminología crítica entiende al delito y al delincuente como creaciones subjetivas producto de un juego de poder, de una tendencia de la sociedad, de una imposición de una perspectiva subjetiva y coyuntural. No son entes a los cuales se les pueda adjudicar una esencia pura ni una entidad: se trata de postulados que son producto de intereses puntuales.

De este modo, el objetivo de este trabajo, por un lado, consiste en contrastar los postulados de la criminología crítica, descritos anteriormente, acerca de la accidentalidad de las categorías de delincuente y delito según cada contexto social –en lugar de ser tenidas como categorías necesarias y preexistentes- con el estudio crítico de delitos (como las graves violaciones a los derechos humanos y a los crímenes de lesa humanidad) que no parecen ser del mismo tipo a los que se refieren inicialmente, a saber, delitos comunes, sino a delitos que protegen derechos considerados inmanentes a cada ser humano. En este sentido, la pregunta que surge sería: ¿puede explicar la criminología crítica los discursos y los usos que se han impuesto en la criminalización de las graves violaciones de derechos humanos y de los crímenes de lesa humanidad? Si estos discursos y usos responden a intereses particulares antes que a la protección de los derechos mínimos que pretenden proteger a toda la humanidad, la criminología crítica podría llevar a cabo el mismo análisis crítico que hace frente a los delitos comunes. En principio se podría pensar que la criminología crítica apoyaría la criminalización de delitos de lesa humanidad, pues es una forma de hacer responsables a los poderosos por sus abusos sobre los débiles. Sin embargo, lo que se pretende mostrar es cómo la criminología crítica también puede ser, como su nombre lo indica, ‘crítica’ frente a esta postura, pues consiste en la expansión de una visión punitivista para resolver conflictos sociales que, además, en su aplicación, sigue jugando a favor de los poderosos.

Por otro lado, volviendo a los objetivos, el texto también buscará hacer un aporte a la criminología de los crímenes de Estado y de lesa humanidad -un campo en el que todavía hay grandes vacíos- a partir de la criminología crítica. En este sentido, el texto reflexionará alrededor de preguntas como ¿en qué circunstancias ocurren los crímenes de lesa humanidad? ¿Quiénes son los que cometen estos crímenes? ¿La implementación de la normatividad sobre crímenes de lesa humanidad es por sí misma un camino

suficiente para evitar que ocurran las graves violaciones que pretenden proteger? ¿Actualmente es manipulado el discurso de los derechos humanos con otros fines diferentes a los trazados en su origen? ¿Es posible compaginar los crímenes de lesa humanidad y las violaciones a los derechos humanos con procesos de justicia transicional que no apliquen justicia retributiva? Y finalmente, como pregunta Costas Douzinas, “¿Son los derechos humanos una herramienta efectiva en la defensa contra la opresión y la dominación, o se trata tan solo de la imagen decorativa de un imperio emergente?”⁴

Adicionalmente, es pertinente analizar el proceso de tipificación y criminalización de la violación de los derechos humanos. La criminología crítica, desde su perspectiva relativa del delito y el delincuente, podría dar cuenta del proceso de criminalización de los derechos humanos por parte de los Estados o de los grupos de poder con la influencia suficiente para hacerlo, y responder así a las razones por las cuales lo hacen, sus fines, las funciones que cumplen respecto a sus intereses, si hay beneficiados y afectados, y cuál es su objetivo final.

Teniendo en cuenta lo anterior, la hipótesis de la monografía consiste en afirmar que al analizar el discurso sobre las graves violaciones de derechos humanos y su criminalización principalmente a través de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, a la luz de postulados básicos de la criminología crítica, se hace evidente que estos discursos y prácticas, contrario a sus fines declarados de dignidad y solidaridad humana, y de proteger a todas las personas, han servido en cambio para defender intereses particulares (hegemónicos o económicos, entre otros) de los países que pueden instrumentalizarlos de esa manera, como es el caso de las potencias o de los países que obtienen recursos de cooperación internacional por el cumplimiento de las disposiciones de derechos humanos, y que además han reproducido elementos del correccionalismo como su sanción eminentemente retributiva. En este sentido, se trata de un análisis de los discursos que le otorgan el sentido comúnmente aceptado en la actualidad a las disposiciones de derechos humanos, de crímenes de guerra –inclusión justificada por el sustento común de proteger unos mínimos de humanidad- y de crímenes de lesa humanidad. Así mismo, también se trata de analizar los cambios que sufre ese sentido común según el contexto, la coyuntura o las diferentes interpretaciones que de dichos

⁴ DOUZINAS, Costas. *El fin de los derechos humanos*. Bogotá. Legis, 2008. Prefacio a la edición en español, p. xv.

discursos se puede hacer. Así, no se trata de realizar un estudio de dogmática penal, sino de generar un mapa del sentido común contemporáneo del discurso y de sus justificaciones y dificultades teóricas y prácticas.

Como corolario de la hipótesis, es pertinente decir que en principio la criminología crítica no tendría elementos para atacar el discurso de violaciones a los derechos humanos y las disposiciones adoptadas en consecuencia, ya que estas tienen como presupuesto no incurrir en los ‘etiquetamientos sociales’ que cuestiona la criminología crítica, y además comparten su carácter humanista, emancipador y reivindicador de los débiles. Posteriormente, sin embargo, al considerar los derechos humanos en la práctica, la criminología crítica logra desvirtuar las pretensiones teóricas del discurso, debido a la falta de concordancia. Ejemplo de la incoherencia entre la teoría de los derechos humanos y su aplicación en la práctica es el hecho de que para justificar intervenciones o conflictos armados las partes con intereses particulares (por ejemplo, hegemónicos), algunos países sí suelen etiquetar de cierta manera las posiciones contrarias para desvirtuarlas o deslegitimarlas a priori, como es el caso de la categoría “terrorista”. Así, el uso en la práctica recurre al etiquetamiento en el que supuestamente no debería incurrir.

Con esto en mente, este texto presenta cuatro capítulos, además de un breve aparte de conclusiones. En el primer capítulo se realiza una breve descripción del contenido conceptual de la criminología crítica y la perspectiva de análisis que puede ofrecer respecto de las violaciones de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad.

El segundo capítulo contiene un análisis del discurso sobre la justificación teórica de los derechos humanos y de los crímenes de lesa humanidad, así como su aplicación práctica. Para esto, el capítulo se divide en dos acápite: en primer lugar se analizará la teoría de los derechos humanos y de los crímenes de lesa humanidad, para posteriormente analizar cómo son usados y aplicados en la práctica.

El tercer capítulo trata sobre el rol de la responsabilidad criminal como medio para promover el cumplimiento de las disposiciones en contra de los crímenes de lesa humanidad y de derechos humanos. La responsabilidad criminal como consecuencia única de las violaciones de derechos humanos hace incurrir a este discurso en el correccionalismo y el castigo que la criminología crítica ataca y pretende eliminar, y va en contra de su objetivo emancipador. Por lo tanto, cabe preguntarse sobre su

pertinencia en el cumplimiento de dichas disposiciones y la justificación de su existencia dentro del discurso. En este sentido, el primer aparte del tercer capítulo examinará los principales tipos de responsables criminales o ‘victimarios’ y la manera como una persona común puede transformarse en uno de ellos. Entre tanto, el segundo aparte analizará la idoneidad de la justicia retributiva y de la responsabilidad criminal en la prevención de las graves violaciones de derechos humanos y de los crímenes de lesa humanidad, considerando tanto su coherencia como el efecto que puede tener dicha responsabilidad sobre los victimarios o perpetradores.

Posteriormente, y como corolario del aparte anterior, el cuarto capítulo versará sobre el punitivismo excesivo dentro de las violaciones de derechos humanos. En otras palabras, el capítulo analizará las razones por las cuales la respuesta a las graves violaciones de derechos humanos y a los crímenes de lesa humanidad consiste solamente en penas de tipo retributivo. En concordancia con lo anterior, en este capítulo se explorarán soluciones alternativas al punitivismo en el contexto global actual -tales como elementos de justicia restaurativa propios de la justicia transicional-, que hagan más coherente la teoría del discurso de los derechos humanos (el cual es emancipador y es concordante con los postulados de la criminología crítica) con su práctica (punitivista, correccionalista, etiquetadora y basada en intereses particulares, elementos que la criminología crítica le reprocha a los delitos comunes). Por último, después de los cuatro capítulos ya descritos, se presentará un breve aparte de conclusiones sobre lo analizado anteriormente y el nivel de coherencia interna y externa del discurso de los derechos humanos.

Capítulo 1. La criminología crítica

El objetivo de la criminología crítica, en oposición a las criminologías positivistas, ha sido desvirtuar la pretensión ontológica que se le ha otorgado al delito, según la cual el delito es un fenómeno presente en el mundo físico, como una entidad independiente, y que puede ser encontrado empíricamente y por medio del método científico. Así, considera que el delincuente simplemente existe y se revela, y no puede evitar actuar de manera tal:

“Where the classicist –as armchair scholar- adjudged the criminality of particular acts in terms of his view of the moral calculus implicit in the social contract, assuming that the criminal thus adjudged was necessarily either wicked or ignorant; the positivist asserted that the criminal automatically revealed himself by his actions and that the criminal was propelled by forces of which he was himself unaware. There was no responsibility to judge, or, therefore, to investigate questions of motivation. Unlike the classicists who endowed the actor with considerable knowledge of his action, the positivists were concerned, as Durkheim put it, that social life should be explained, not by notions of those who participate in it, but by more profound causes which are unperceived by consciousness.”⁵

Así, la criminología positivista considera que mediante la observación científica y objetiva de la realidad puede obtener la información sobre los delitos y los delincuentes. La premisa de la que parte es que el crimen y el criminal son hechos sociales observables, en lugar de verlos como construcciones sociales que sirven a ciertos intereses o cumplen determinadas funciones. En este sentido, excluye condiciones variables fundamentales que deben ser tenidas en cuenta.

Respecto de la aplicación del método científico para entender el delito y al delincuente:

“The positivist attempts the scientific explanation of crime by social action as having the qualities (no more and no less) of things –or objects in the natural world. With this in mind he denudes action of meaning, or moral choice and of creativity. For human behaviour to be studied scientifically it must be akin to the non-human world, it must be reified-have the quality of ‘things’. This, then, is at the centre of the positivist hopes for a science of a crime and it is in this respect that its theoretical approach stands or falls.

Thus, from the initial three premises of the scientific method –measurement (quantification), objectivity (neutrality), and causality (determinism)- are derived a number of postulates: a consensus view of the world, a focus on the criminal actor rather than the criminal act, a reification of the social world, a

⁵ *Ibidem*, p.22.

*doctrine of non-responsability for actions, the inapplicability of punishment, and a faith in the superior cognitive ability of the scientific expert”.*⁶

Lo anterior muestra con mayor claridad la manera como las criminologías positivas entienden el delito y al delincuente, en tanto entidades preexistentes socialmente que se encuentran en el mundo físico, sin consideración alguna sobre las razones de esa existencia, o sobre la creencia en esa existencia como algo dado, natural, y no una construcción social. La criminología crítica, por otro lado, considera que el delito, al igual que las personas que lo cometen, no es algo que existe en el mundo como una entidad independiente, sino que es producto de un contexto. De este modo, el delito y el delincuente no son categorías necesarias que se encuentran en la naturaleza, sino condiciones contingentes que dependen de diversas variables, tal y como los bienes jurídicos tutelados en determinadas épocas dependían de los lugares, la cultura o la ideología imperante⁷. También, según la criminología crítica, las categorías de *delito* y *delincuente* pueden surgir a partir de la opresión a grupos tradicionalmente discriminados, como es el caso de la exclusión por clase social, por género, por raza o por orientación sexual.

La criminología crítica no es un movimiento homogéneo, lo que quiere decir que no se puede determinar la existencia de una única corriente de pensamiento. Ahora bien, sí hay unos postulados básicos que son comunes en esta llamada ‘nueva criminología’, como lo afirma Alessandro Baratta:

“El salto cualitativo que separa la nueva de la vieja criminología consiste, empero, sobre todo, en la superación del paradigma etiológico, que era el paradigma fundamental de una ciencia entendida naturalistamente como teoría de las ‘causas’ de la criminalidad. La superación de este paradigma comporta también la de sus implicaciones ideológicas: la concepción de la desviación y de la criminalidad como realidad ontológica preexistente a la reacción social e institucional, y la aceptación acrítica de las definiciones legales como principio de individualización de aquella pretendida realidad ontológica; dos actitudes, aparte de todo, contradictorias entre sí.(...)Con la perspectiva de la criminología crítica, la criminalidad no es ya una cualidad ontológica de determinados comportamientos y de determinados individuos, sino que se revela

⁶ Ibídem, p. 23.

⁷ TAYLOR. Op.Cit.

más bien como un estatus asignado a determinados individuos por medio de una doble selección: en primer lugar, la selección de los bienes protegidos penalmente, y de los comportamientos ofensivos a estos bienes considerados en las figuras legales; en segundo lugar, la selección de los individuos estigmatizados entre todos los individuos que cometen infracciones a normas penalmente sancionadas”⁸.

De lo anterior es posible inferir varias conclusiones. En primer lugar, bajo esta teoría, ni el delito -entendido como la expresión de la criminalidad- ni el delincuente son considerados como entidades preexistentes. Para la criminología crítica es importante entender esos conceptos como construcciones o creaciones sociales mediante las cuales se etiquetan ciertos bienes como protegidos, y como consecuencia al acto que vulnera y al sujeto que vulnera se les asigna la calificación de delito y delincuente, respectivamente. En este sentido, no se trata de categorías intrínsecas de la sociedad, sino que son creadas estratégicamente según los intereses y la ideología de una sociedad específica para proteger lo que eligió proteger y castigar al que etiquetó como contrario a sus principios.

En segundo lugar, debido a que la criminología crítica entiende las categorías de ‘delito’ y ‘delincuente’ como construcciones sociales, no las acepta sin un análisis previo. De este modo, se preocupa por buscar, conocer y entender las razones e intereses que llevan a tipificar una conducta como delito, así como los motivos - pasados por alto por las criminologías positivistas- que llevan a que una persona sea etiquetada como delincuente. En el mismo sentido, también juzga importante tener en cuenta y considerar seriamente la motivación de quien comete actos considerados como criminales, ya que la motivación siempre estará mediada por un contexto y una cultura, y no se puede subestimar o dejar de lado. Así, la criminología crítica se pregunta por las razones por las cuales se protegen determinados bienes y no otros, y cómo esta protección termina afectando a ciertos sectores poblacionales vulnerables y tradicionalmente excluidos socialmente que ven de este modo perpetuada su situación de exclusión. Todo esto para intentar responder a la pregunta de ¿quiénes son señalados como criminales, en qué tipo de contextos y siguiendo cuáles intereses?

⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico-Penal*. Bogotá. Siglo XXI Editores, 1986. P.166.

En ese sentido, la criminología crítica opera un cambio radical al pasar de un enfoque concentrado en unas supuestas causas objetivas del delito –propio de la criminología positivista- a una mirada que se centra en el acto de criminalizar –propio del Estado y de las clases dominantes-. La mejor manera de ejemplarizar este cambio es recurrir a la tesis de la forma más extrema de esta postura, la cual dice que de hecho el delito no existe, sino que surge con el acto de etiquetamiento o criminalización⁹.

Las características anteriormente presentadas constituyen los postulados de la criminología crítica, y son la base a partir de la cual este texto llevará a cabo el análisis de las disposiciones de graves violaciones de derechos humanos, de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. La criminología crítica aboga por un enfoque que no entienda los conceptos de crimen y criminal como categorías preexistentes en la realidad, sino como construcciones sociales y contingentes de un determinado momento y lugar que son resultado de intereses de las clases dominantes, construcciones que generalmente traen como consecuencia que determinado sector de la sociedad sea etiquetado, excluido y oprimido. Y si bien en principio los derechos humanos alegan tener un carácter *iusnaturalista*, emancipador y protector de cada ser humano, en la práctica tienen las características que cuestiona la criminología crítica de los delitos comunes, a saber: servir intereses particulares, etiquetar, caer en el punitivismo exclusivo o no tener en cuenta los contextos.

Con base en lo anterior, en el siguiente capítulo se presentarán las características de las disposiciones de los derechos humanos, analizando esa dualidad teoría/práctica de los mismos, y revisando cómo pueden ser analizados a través de la perspectiva de la

⁹ La teoría del etiquetamiento o de la reacción social consiste en esto: “*Their emphasis is on the nature of social rules and the labels or social reaction aimed at individuals who contravene such rules. They are, therefore, sociological relativists, insisting that what is deviant for one person may not be deviant for another, and perhaps more importantly, what is treated as deviant at one time and in one context, may not necessarily always be treated as deviant.*

At its simplest, the suggestion is that the attempt to deter, punish and prevent deviation can actually create deviation itself. The statement that social control leads to deviance, or social control creates deviance can mean at least three different things:

a. *It can simply mean that whilst massive amounts of rule-breaking goes on in our society, this is not really deviant behavior, or is not to be regarded as deviant behavior until some social audience labels it deviant.*

b. *It can be possibility that an actor will become deviant as a result of experiencing the social reaction to an initial rule-infracton. In short, reaction by ‘social control agencies’ to an initial deviant act is so powerful in its implications for self that an individual comes to see himself as deviant and becomes increasingly committed to deviation.*

c. *It can mean that the everyday existence of social control agencies produces given rates of deviance. In this sense it is obvious that actual indices of crime or deviation are produced as a result of the everyday workings of the police, courts, social workers, etc., which probably do not reflect actual amounts of deviance, but merely indices of the deviance, which is processed or handled by the social control agencies themselves.” TAYLOR. Op.Cit., p.140.*

criminología crítica, teniendo en cuenta que ostentan características muy similares a las que tienen los delitos convencionales.

Capítulo 2. Los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad

Los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad: su justificación teórica

Los derechos humanos parten de la base teórica e ideológica de que todas las personas nacen con determinados derechos que son intrínsecos a ellas, y que por lo tanto constituyen los derechos mínimos que deben ser respetados en cualquier situación. Así queda claro en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas:

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;”¹⁰

En este sentido, son derechos intrínsecos a todos, cuyo objetivo es garantizar la dignidad humana:

“(…) En este sentido, el punto culminante lo constituyó la Carta UN de 1945, pues, como veremos, es el primer tratado internacional que afirma

¹⁰ Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Preámbulo.

solemnemente la fe en los derechos fundamentales de todos los seres humanos, en la dignidad y en el valor de la persona humana.”¹¹

Pero su positivización ocurrió a causa de las graves violaciones que tuvieron lugar en el marco de la Segunda Guerra Mundial:

“El paso decisivo a la internalización definitiva de los derechos humanos en la Carta de 1945 cristaliza gracias a una serie de factores que concurrieron al final de la Segunda Guerra Mundial, que pusieron en evidencia la insuficiencia de la protección nacional: el repudio contra los crímenes nazis, el deseo de paz, la afirmación de la supremacía de los valores democráticos, la refundación de la sociedad internacional organizada con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU); el peso específico de la opinión pública a través de las ONG; y, sobre todo, la voluntad decidida de los Estados fundadores de la ONU de conseguir un consenso político que hiciera posible la construcción de un sistema universal de protección de los derechos humanos, aun en contra de los intereses inmediatos de esos mismos Estados.”¹²

Así, a pesar del proclamado carácter inherente a todos los seres humanos que promulgan estos derechos, la declaración nació no solamente por la necesidad de que el Derecho y los Estados la reconocieran, sino además como producto de un contexto social/mundial donde fue necesario crear instrumentos que evitaran actos tan graves y atroces como los cometidos en la Segunda Guerra Mundial, especialmente por parte del gobierno nacional-socialista alemán. Lo anterior no es necesariamente un aspecto negativo. Precisamente esta justificación coyuntural de la gravedad de los actos presenciados (a saber, el Holocausto) y la necesidad de emprender acciones para reducir la posibilidad de que situaciones semejantes vuelvan a ocurrir, son justificaciones muy serias que legitiman su creación, más aún si se tiene en cuenta que estos actos recaen generalmente sobre poblaciones tradicionalmente oprimidas y vulnerables.

De manera similar a los derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad fueron una categoría creada para tipificar graves violaciones a los derechos humanos, consideradas de tal gravedad que cometerlas agravia al conjunto de seres humanos:

¹¹ VILLÁN DURÁN, Carlos. *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2002. P. 69.

¹² *Ibíd.*

*“Todos los delitos atentan ‘contra la humanidad’, porque ningún delito es aceptado por el hombre o por la comunidad: es la razón para que se tipifiquen las conductas. Pero hay ciertos delitos que, al ser cometidos como parte de un plan mayor, por parte de ciertos agentes determinados y contra ciertas personas determinadas, adquieren el nivel de crimen contra la humanidad. Es toda la humanidad la que se ve damnificada, aunque el acto en cuestión sea contra una sola persona”.*¹³

La base de estos crímenes está en los “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad” de 1973¹⁴. Posteriormente, el Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia los definió de la siguiente manera:

“...serios actos de violencia que dañan a los seres humanos golpeando lo más esencial para ellos: su vida, libertad, bienestar, físico, salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también

¹³ BOLÍVAR MOJÍCA, Eyder. Crímenes de lesa humanidad en el derecho penal internacional. Cita incompleta.

¹⁴ “En 1973, la Asamblea General, convencida de que existía la necesidad de desarrollar una acción internacional adicional para lograr la persecución y el castigo de personas culpables de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, aprobó y proclamó nueve “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”:

1. Los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, donde quiera que sean cometidos, quedarán sujetos a investigación y las personas contra las cuales existan pruebas de que han cometido tales crímenes serán objeto de búsqueda, arresto, proceso y castigo, si se las encuentra culpables;
2. Todos los Estados tienen el derecho a juzgar a sus propios ciudadanos por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad;
3. Los Estados cooperarán unos con otros sobre una base bilateral y multilateral, con vistas a detener y evitar los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, y tomarán las medidas domésticas e internacionales para tal objeto;
4. Los Estados se ayudarán, unos a otros, en la identificación, detención y presentación para proceso, de personas sospechosas de haber cometido tales crímenes y, si se las encuentra culpables, a aplicarles el castigo;
5. Las personas contra las cuales existan pruebas de que han cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad estarán sujetas a proceso y, de encontrárselas culpables, a castigo, como regla general en el país en el cual hayan cometido esos crímenes. En conexión con ello, los Estados cooperarán en lo relacionado con la extradición de tales personas;
6. Los Estados cooperarán entre ellos en la recopilación de información y de pruebas que ayudarían a someter a proceso a las personas indicadas antes e intercambiarán tal información;
7. De acuerdo con el art. 1º de la Declaración sobre Asilo Territorial, los Estados no concederán asilo a ninguna persona respecto a la cual existan razones serias para considerar que haya cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad;
8. Los Estados no tomarán ninguna medida legislativa, o de otra índole, que pudieran ser perjudiciales para las obligaciones internacionales que han asumido en relación con la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad;
9. En la cooperación con fines de identificación, detención y extradición de las personas contra las cuales existan pruebas de que han cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad y, de encontrárselas culpables, a aplicarles su castigo, los Estados actuarán en conformidad con la disposición de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional, relativas a las relaciones amistosas y cooperación entre Estados, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas.” LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. Tomo III. *El Derecho Penal Internacional*. P. 442.

trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima”.¹⁵

Así, la criminalización de estas conductas busca proteger condiciones inherentes a todas las personas, tan fundamentales que su violación implica un ataque a la humanidad entera, por lo cual se encuentra revestida de un carácter necesario por proteger bienes inmanentes al ser humano. El artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece que los crímenes de competencia de la Corte, dentro de los cuales se encuentran los crímenes de lesa humanidad, tienen la siguiente condición: “(...) los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”¹⁶. Los caracteres generales que deben reunir esos delitos, según el artículo 7 del Estatuto de Roma, son los siguientes:

“i) Que ese ataque se realice contra una población civil (párr. 1 del artículo)

ii) Que lo sea de conformidad con una política de cometer ese ataque o para promover esa política (párr. 2 del artículo, inc. a)

iii) Que esa política sea de un Estado o de una organización (párr. 2 del artículo, inc. a)

*iv) Que el autor tenga conocimiento de aquel ataque (párr. 1 del artículo)”*¹⁷

De este modo, es posible afirmar que los crímenes de lesa humanidad, al menos en su origen, están revestidos por un carácter *iusnatural*, ya que afectan a cualquier individuo de la población civil y se consideran tan graves que agravan al conjunto de la humanidad, lo cual puede implicar que todas las personas deberían nacer con el derecho de no ser víctimas de estos crímenes. Así mismo, se constituye una obligación vinculante para todas las organizaciones, ya sean de carácter estatal o no, el respetar a la población civil, según se deriva del literal a) del numeral 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma:

“a) Por ‘ataque contra una población civil’ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra

¹⁵ Fiscal v. Erdemovic, 29/11/1966, punto 28.

¹⁶ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Art. 5.

¹⁷ D’ALESSIO, Andrés J. *Los Delitos de Lesa Humanidad*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2008. P. 19.

una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política;”

En este sentido, el ataque puede provenir de agentes estatales o no estatales, indistintamente. Adicionalmente, es pertinente afirmar que en la definición de los crímenes de lesa humanidad no se precisa en ningún requisito el hecho de que los actos deban cometerse necesariamente dentro de un conflicto armado, por lo cual se asume que un crimen de lesa humanidad puede ser perpetrado en cualquier circunstancia, ya sea en época de paz o de conflicto.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante recoger tres puntos que dan cuenta de la naturaleza de las disposiciones cuyo análisis ocupa al presente texto: (i) los crímenes de lesa humanidad protegen a cualquier individuo; (ii) en cualquier momento o circunstancia, ya sea de guerra o de paz; y (iii) hacen responsable a cualquier sujeto activo, sin importar que sea calificado o no. Sobre este último punto se hará más énfasis a continuación, para dejar claro que estas disposiciones generan una obligación *erga omnes*, es decir, tienen efectos para todas las personas y por lo tanto son oponibles frente a toda la humanidad.

Que un crimen de lesa humanidad pueda ser cometido por cualquier persona, sin importar la calificación del sujeto, lo confirma la siguiente afirmación de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

“El Estatuto de Roma, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba serán los documentos que se utilizarán en la investigación y el juzgamiento de un caso ante la Corte Penal Internacional. Además, el propio Estatuto menciona importantes principios de derecho internacional como los siguientes:

- *La competencia de la Corte recae en las personas naturales por igual sin distinción alguna basada en el cargo oficial.(...)”*¹⁸.

Y en el mismo sentido, se hace énfasis en los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg:

¹⁸ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Compilación de Derecho Penal Internacional. El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional*. Bogotá, 2003. P. 8. Subrayado fuera del texto.

“Principio I

Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.”¹⁹

En ese sentido, no es necesario un sujeto activo calificado, lo que implica que las disposiciones de graves violaciones de derechos humanos, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad obligan a todas las personas, indistintamente, frente al resto de la humanidad. Ahora bien, sobre la posibilidad de cometer un crimen de lesa humanidad en cualquier momento, tal postura ha sido reafirmada por la interpretación que llevó a cabo la Corte Constitucional en la Sentencia C-578 de 2002, en la cual se hizo control de constitucionalidad al Estatuto de Roma, al afirmar que la definición de crímenes de lesa humanidad está conformada por seis elementos, siendo el sexto de ellos que la circunstancia dentro de la cual ocurre un crimen de lesa humanidad puede ser en tiempos de paz, de guerra internacional o de conflicto interno, y no necesariamente debe cometerse en conexión con otro crimen²⁰.

A partir de lo descrito anteriormente sobre los crímenes de lesa humanidad, es posible afirmar que la tipificación de estos delitos, en teoría, no responde a cuestiones contingentes, es decir, a un contexto social particular, sino que su objetivo es precisamente proteger de cualquier vulneración y en todo momento a todo ser humano. En el mismo sentido, los delincuentes –los criminales de lesa humanidad- pueden provenir de cualquier grupo social. Así, su condición de delincuentes no existe por ser ellos oprimidos o excluidos sociales, sino precisamente por perseguir población civil, cualquiera que esta sea. En otras palabras, la relevancia de estos delitos consiste en que su objetivo principal es el de perseguir a actores (que pueden ser organizaciones o estados) que ejercen su poder sobre sectores vulnerables y amplios de la sociedad civil.

Lo anterior implica que, al menos en teoría, para la aplicación de los crímenes de lesa humanidad es indiferente el sujeto activo, el pasivo o la circunstancia. Por tanto, en la práctica también debería ser indiferente el sujeto activo que los cometa, la población civil sobre la cual se cometan, las circunstancias del momento o la posible conexión con otros crímenes. Su justificación y su aplicación obligan y vinculan al conjunto de la

¹⁹ *Ibidem*, p. 9.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

humanidad a proteger a la población civil de graves y atroces violaciones a sus derechos, sin excepción y sin lugar a interpretaciones.

En lo que respecta a su tipificación, lo que se buscaba, entre otras cosas, era hacer que los Estados, o al menos sus representantes de más alta jerarquía, respondieran penalmente ante alguna instancia por cometer graves violaciones a los derechos humanos; llevar ante la justicia maquinarias delictivas organizadas que amenazaran a grupos vulnerables en esas circunstancias; y evitar que vuelvan a ocurrir tragedias como la del Holocausto, o al menos tener un mecanismo jurídico para enfrentarlas.

Así, podría pensarse que la criminología crítica no reprocharía los objetivos y la naturaleza de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ni de los crímenes de lesa humanidad, al menos en lo que respecta a su justificación teórica y a su propósito humanista y emancipador. En primer lugar, porque, como ya se analizó, no tienen objetivos de dominación y control social, sino que, al contrario, ostentan una connotación de liberación y dignidad humana²¹. En segundo término, porque su razón de ser es la de servir de mecanismo protector de todas las personas (Una crítica tradicional de la criminología crítica es justamente que los sistemas penales tienden a dejar en la impunidad los crímenes de Estado y de los poderosos, para centrarse en los delitos cometidos por los pobres y los excluidos. En este sentido, los crímenes de lesa humanidad responderían a esa crítica). Y por último, porque buscan proteger a la sociedad civil, particularmente a grupos tradicionalmente vulnerables o discriminados, a diferencia de la criminología positivista que presuntamente intentaría controlar a dicha sociedad. De este modo, el rol de la criminología crítica sería examinar el contexto de aplicación y protección de los derechos humanos:

“Al atribuir al hombre cualidades intrínsecas, los filósofos han tratado de superar los temas polémicos planteados por la conculcación de los derechos humanos. Sus principios de derecho natural, sin embargo, no pueden sustituirse por ninguna interpretación sustantiva e históricamente fundada de los derechos humanos que tome en consideración los ideales políticos que los hombres sustentan, así como las clases de instituciones sociales capaces de realizar o de

²¹ “Los derechos humanos se han convertido en el principio que libera de la opresión y la dominación, grito que aglutina a los indigentes y a los desposeídos, el programa político de revolucionarios y disidentes.” Douzinas, Op. cit. P. 1. Y en el mismo sentido: “No obstante, los derechos humanos son el arma de la resistencia ante el poder omnipotente del Estado y el antídoto más importante a la habilidad inherente del poder soberano para negar la autonomía de los individuos en cuyo nombre nacieron y existen”.

anular esos ideales. No basta con suministrar buenas razones para el logro de derecho humanos más amplios, ni con catalogar esos derechos. Los criminólogos deben poder identificar las formas de conducta individual y las instituciones sociales que han de defender los derechos humanos. Para defender los derechos humanos, los criminólogos deben poder identificar las violaciones de esos derechos: por quién y contra quién; cómo y por qué.”²²

En este sentido, corresponde analizar lo que ocurre con la protección de los derechos humanos en la práctica. En el siguiente apartado se llevará a cabo este análisis.

Los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad en la práctica

En la práctica el discurso de los crímenes de lesa humanidad y de las violaciones a los derechos humanos funciona de manera diferente a lo planteado teóricamente. Este discurso es usado generalmente por conveniencias o intereses particulares, más que como una herramienta de protección universal para la humanidad. Las potencias usan el discurso para controlar a otros países y proteger sus intereses hegemónicos, pero no se someten ellas mismas a un control de cumplimiento. Cada país usa el discurso según su interés particular: una potencia interviene un país en el que tiene intereses alegando que en él se están presentando violaciones a los derechos humanos, o deja de intervenir en uno en el que se estén presentando dichas violaciones debido a que no tiene intereses en ese país o porque se trata de un socio estratégico. E incluso, cuando la intervención está justificada para evitar violaciones graves a los derechos humanos, muchas veces dicha intervención implica un mayor número de violaciones. Sin embargo, no se puede hacer nada porque las potencias -como Estados Unidos o Rusia, por ejemplo- no se someten a ninguna jurisdicción internacional. Por su parte, otros países se esfuerzan por cumplir ciertas exigencias en materia de derechos humanos para obtener cooperación económica y financiera internacional, y no por un compromiso ni una comprensión real de las disposiciones de los derechos humanos. Además, es evidente que la persecución a los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad ocurre de manera selectiva, y por tanto no hay una protección universal. En

²² SCHWENDINGER, H. Y J. *¿Defensores del orden o custodios de los derechos humanos?*. en TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. “Criminología Crítica en Gran Bretaña: reseña y perspectivas”. *Criminología crítica*. México: Siglo XXI editores, 1988. P.183.

este sentido, el discurso ciertamente no funciona como se pretendía en teoría (esto se analizará más adelante con mayor profundidad).

Teniendo en cuenta lo anterior, la criminología crítica sí tendría algo que decir sobre el tema, ya que si bien en su origen las disposiciones de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad fueron creados para proteger a las personas (especialmente a las más vulnerables), en la práctica son usados para fines muy diferentes. De este modo, un aporte de la criminología crítica a la criminología de los crímenes de lesa humanidad consistiría en entender estos últimos y las violaciones de derechos humanos como un asunto coyuntural y maleable en su puesta en práctica y su aplicación. En ese sentido, surge la siguiente pregunta: ¿qué son los derechos humanos en la realidad y para qué es usado su discurso? Douzinas dice lo siguiente al respecto:

“Desde el punto de vista político, la retórica de los derechos humanos parece haber triunfado en la medida en que puede ser adoptada por la derecha o por la izquierda, el norte y el sur, el estado y el púlpito, el ministro de estado y el rebelde. Esta es la característica que hace de los derechos humanos la última ideología en pie, la ideología tras el fin de las ideologías, la ideología al final de la historia (...) Los derechos naturales y humanos fueron concebidos como una defensa contra las dominaciones del poder y la arrogancia opresiva de la riqueza. Tras su inauguración institucional, fueron secuestrados por los gobiernos, que adivinaron más tarde que temprano, los beneficios de un discurso moral que rodease a las prescripciones políticas.”²³

El problema es que dicho secuestro ideológico se dio principalmente por parte de las grandes potencias mundiales, las cuales se supone que eran las llamadas a proteger y garantizar los derechos humanos:

“La Carta UN completa sus disposiciones en materia de derechos humanos con la referencia que hace el artículo 73 a la responsabilidad de las potencias administradoras en reconocer el principio de que los intereses de los habitantes de los territorios no autónomos están por encima de todo, por lo que deberán promover el bienestar de los habitantes de esos territorios. En particular, tales potencias se obligan a: ‘asegurar, con el debido respeto a la cultura de los

²³ DOUZINAS. Op. Cit. p.xv.

pueblos respectivos, su adelanto político, económico, social y educativo, el justo tratamiento de dichos pueblos y su protección contra todo abuso”²⁴.

Si bien la anterior cita se refiere en principio a los territorios no autónomos, es claro que los presuntos garantes de la paz y la seguridad mundial son las potencias mundiales, a través del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas:

“Conforme a la Carta, el Consejo de Seguridad tiene la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales. El Consejo de Seguridad tiene 15 miembros y cada miembro tiene un voto. De acuerdo con la Carta, todos los Miembros de la ONU convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad. Éste es el único órgano de la ONU cuyas decisiones los Estados Miembros, conforme a la Carta, están obligados a cumplir.”²⁵

De los 15 miembros del Consejo de Seguridad, 5 son permanentes: Estados Unidos, China, Rusia, Francia y Reino Unido. Esto es, las 5 potencias más grandes del mundo, y los únicos con poder del voto dentro del Consejo. En este sentido, son garantes del orden mundial y de vigilar que no ocurran graves violaciones de derechos humanos, so pena de verse obligado a intervenir.

No obstante, justamente la mayoría de ejemplos que sirven para ilustrar el uso de los derechos humanos como herramienta para cumplir fines distintos de los propios a sus objetivos declarados, involucran a potencias con pretensiones hegemónicas, como Estados Unidos, China o Rusia. La primera primero de estas, por ejemplo, se ha negado a firmar y ratificar el Estatuto de Roma, se negó a aceptar la competencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre posibles violaciones que puedan ser cometidas en su territorio y a ratificar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de la ONU en 1976. Así mismo, se tardó en ratificar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la ONU en 1966 y ratificado por Estados Unidos en 1992) y la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (adoptada por la ONU en 1965 y ratificada por Estados Unidos en 1994). Esto permite inferir la intención de

²⁴ VILLÁN DURÁN. Op.cit., p. 72.

²⁵ Organización de las Naciones Unidas. El Consejo de Seguridad [En línea]. Fecha de consulta: 17 de abril de 2013. Disponible en: <http://www.un.org/es/sc/>

dicha potencia de no ser juzgada por una jurisdicción diferente a la interna, sean cuales fueren los hechos cometidos. Estados Unidos llegó incluso al punto de aprobar en 2002 el “*American Service-Members’ Protection Act*” que prohíbe, entre otras cosas, colaborar con la Corte Penal Internacional o aceptar cualquier requerimiento de su parte²⁶.

Esta decisión no es exclusiva de esta potencia hegemónica. Es pertinente aclarar que la Unión Europea y el Reino Unido también suelen manejar discursos ambivalentes sobre el tema²⁷. Otros países que le disputan esta hegemonía, y que también conforman el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas como miembros permanentes²⁸, se han rehusado a suscribir y ratificar el Estatuto de Roma y por tanto, a someterse a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, como es el caso de Rusia y

²⁶ Entre las prohibiciones incluidas en el “*American Service-Members’ Protection Act* es posible encontrar las siguientes:

“ [...] **SEC. 2004. PROHIBITION ON COOPERATION WITH THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT.**
[...]

- b. *PROHIBITION ON RESPONDING TO REQUESTS FOR COOPERATION-* Notwithstanding section 1782 of title 28, United States Code, or any other provision of law, no United States Court, and no agency or entity of any State or local government, including any court, may cooperate with the International Criminal Court in response to a request for cooperation submitted by the International Criminal Court pursuant to the Rome Statute.
- c. *PROHIBITION ON TRANSMITTAL OF LETTERS ROGATORY FROM THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT-* Notwithstanding section 1781 of title 28, United States Code, or any other provision of law, no agency of the United States Government may transmit for execution any letter rogatory issued, or other request for cooperation made, by the International Criminal Court to the tribunal, officer, or agency in the United States to whom it is addressed.
- d. *PROHIBITION ON EXTRADITION TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT-* Notwithstanding any other provision of law, no agency or entity of the United States Government or of any State or local government may extradite any person from the United States to the International Criminal Court, nor support the transfer of any United States citizen or permanent resident alien to the International Criminal Court.
- e. *PROHIBITION ON PROVISION OF SUPPORT TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT-* Notwithstanding any other provision of law, no agency or entity of the United States Government or of any State or local government, including any court, may provide support to the International Criminal Court.
- f. *PROHIBITION ON USE OF APPROPRIATED FUNDS TO ASSIST THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT-* Notwithstanding any other provision of law, no funds appropriated under any provision of law may be used for the purpose of assisting the investigation, arrest, detention, extradition, or prosecution of any United States citizen or permanent resident alien by the International Criminal Court.
- g. *RESTRICTION ON ASSISTANCE PURSUANT TO MUTUAL LEGAL ASSISTANCE TREATIES-* The United States shall exercise its rights to limit the use of assistance provided under all treaties and executive agreements for mutual legal assistance in criminal matters, multilateral conventions with legal assistance provisions, and extradition treaties, to which the United States is a party, and in connection with the execution or issuance of any letter rogatory, to prevent the transfer to, or other use by, the International Criminal Court of any assistance provided by the United States under such treaties and letters rogatory.
- h. *PROHIBITION ON INVESTIGATIVE ACTIVITIES OF AGENTS-* No agent of the International Criminal Court may conduct, in the United States or any territory subject to the jurisdiction of the United States, any investigative activity relating to a preliminary inquiry, investigation, prosecution, or other proceeding at the International Criminal Court.”

²⁷ DOUZINAS. Op. cit, p.151.

²⁸ El Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas está conformado por 5 miembros permanentes –Estados Unidos, China, Rusia, Reino Unido y Francia- y 10 miembros electos por la Asamblea General por periodos de 2 años.

China. Del mismo modo, otros países considerados emergentes y que también tienen gran influencia en el ámbito internacional, como Israel e India, tampoco hacen parte del Tratado.

Es claro que estas decisiones en muchos casos responden a intereses políticos que pueden tener múltiples interpretaciones. Pero algunas conclusiones de estos hechos son al menos preocupantes. En primer lugar, es el Consejo de Seguridad de la ONU una de las tres instancias que puede presentar un caso ante la Corte Penal Internacional, como lo dispone el numeral dos del artículo 13 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²⁹. En otras palabras, una de las tres instancias facultadas para presentar un caso ante la Corte Penal Internacional por posibles violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario está conformada por al menos tres integrantes que no se someten a ella, así cometan las mismas infracciones que están investigando o de las que acusan a otros países que sí se someten a la jurisdicción de la CPI.

En segundo lugar, Estados Unidos va más allá y se adjudica la capacidad de juzgar e intervenir en otros países en los cuales considera que se están violando los derechos humanos, como fue el caso de Iraq. La intervención en este último fue justificada oficialmente basándose en el régimen déspota que lo gobernaba y que violaba los derechos humanos de sus ciudadanos, y la guerra que ocurrió con posterioridad a esta decisión debió respetar las normas del derecho internacional humanitario. Empero, como Estados Unidos no está sometido a la jurisdicción de la CPI, puede (y en este caso, pudo³⁰) cometer las infracciones que desee a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario mientras afirma defenderlos³¹. De este modo, este país tiene

²⁹ Lo siguiente dice el artículo 13 del Estatuto de Roma:

“Ejercicio de la competencia

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;

b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o

c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.” (Subrayado fuera de texto).

³⁰ Un ejemplo de esto son las ampliamente documentadas torturas que ocurrieron en Abu Ghraib, centro penitenciario ubicado en el oeste de Bagdad, cometidas por soldados americanos dentro del marco de la intervención a dicho país. Trascendieron fotografías tomadas por los mismos soldados, en las cuales se retrataban sonrientes al lado de las personas torturadas.

³¹ Al respecto, Douzinas afirma que “*Cuando las razones detrás de los argumentos de auto-defensa preventiva se vuelven risibles, quienes defienden estas políticas recurren a instancias de cambio de régimen, lucha por la democracia, y ‘guerras justas’ para liberar a los Afganos o los Iraquíes de dictadores y señores de la guerra [...] El Fin de los Derechos Humanos había predicho que la extravagancia de los clamores acerca del amanecer de una nueva era humanitaria estaría acompañada de un sufrimiento indecible. Las ‘victorias para la libertad y la*

la posibilidad de controlar a los demás países, pero, alegando principios de soberanía y de intereses nacionales, no permite que nadie lo controle a él. Tampoco permite que se interfiera en sus asuntos internos, por más violatorios de los derechos humanos que puedan llegar a ser, como ha ocurrido en los casos de Abu Ghraib y de la base naval de la Bahía de Guantánamo. De lo anterior es posible concluir que Estados Unidos puede intervenir -como lo hace efectivamente- en otros países en nombre de la protección de los derechos humanos y la prevención de crímenes de lesa humanidad, pero no acepta ninguna verificación que se refiera a su propio cumplimiento de dichas disposiciones.

Volviendo con Iraq, el ejemplo más relevante y notorio de lo dicho anteriormente fue precisamente la invasión que Estados Unidos realizó en ese país en 2003. En primera instancia, el Consejo de Seguridad expidió una resolución³² (presionado por Estados Unidos) para que se investigara la existencia de armas de destrucción masiva en Iraq. La otra intención de la resolución era, según su introducción, proteger a la población civil en Iraq, y emprender en ese país acciones humanitarias para atenderla³³. No obstante, a pesar de que no hubo ninguna resolución del Consejo de Seguridad en el sentido de intervenir militarmente a Iraq, ni hallazgos concluyentes sobre la presencia de armas de destrucción masiva, Estados Unidos, con la oposición de los otros miembros permanentes del Consejo de Seguridad, decidió emprender acciones militares en territorio iraquí, justificado en la presunta presencia de las armas de destrucción masiva

democracia' en Irak y Afganistán lo han confirmado. El entusiasmo por tales victorias palidece en medio de desastre provocado sobre estas poblaciones y sus derechos humanos". DOUZINAS. Op. Cit. Prefacio a la edición en español. P.xi.

³² Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas,

1. Decide que Iraq ha incurrido y sigue incurriendo en violación grave de sus obligaciones con arreglo a las resoluciones en la materia, entre ellas la resolución 687 (1991), en particular al no cooperar con los inspectores de las Naciones Unidas y con el OIEA y no llevar a cabo las medidas previstas en los párrafos 8 a 13 de la resolución 687 (1991);

2. Decide, al tiempo que reconoce lo indicado en el párrafo 1 supra, conceder a Iraq, en virtud de la presente resolución, una última oportunidad de cumplir sus obligaciones en materia de desarme con arreglo a las resoluciones pertinentes del Consejo; y decide en consecuencia instaurar un régimen de inspección reforzado con el objetivo de llevar a una conclusión cabal y verificada el proceso de desarme establecido por la resolución 687 (1991) y las resoluciones ulteriores del Consejo;

3. "Decide que, a fin de comenzar a cumplir sus obligaciones en materia de desarme, además de presentar las declaraciones semestrales requeridas, el Gobierno de Iraq deberá proporcionar a la UNMOVIC, el OIEA y el Consejo, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la presente resolución, una declaración que a esa fecha sea exacta, cabal y completa de todos los aspectos de sus programas para el desarrollo de armas químicas, biológicas y nucleares, misiles balísticos y otros sistemas vectores como vehículos aéreos no tripulados y sistemas de dispersión diseñados para ser utilizados en aeronaves, incluidas todas las existencias y ubicaciones precisas de este tipo de armas, componentes, subcomponentes, reservas de agentes, y del material y equipo conexo, de las ubicaciones y la labor de sus instalaciones de investigación, desarrollo y producción, así como de todos los demás programas químicos, biológicos y nucleares, incluidos aquellos que, según afirme, obedecen a fines no relacionados con material para armamentos o la producción de armamentos; (...)" Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución 1441 de 2002. P. 3.

³³ "Deplorando también que el Gobierno de Iraq no haya cumplido los compromisos que contrajo en virtud de la resolución 687 (1991) con respecto al terrorismo, en virtud de la resolución 688 (1991) de poner fin a la represión de su población civil y dar acceso a las organizaciones humanitarias internacionales a todos los que necesitaran asistencia en Iraq (...)" Ibidem., p. 2.

y en la situación humanitaria de la población civil en ese país. En este sentido, Estados Unidos pasó por alto todos los procedimientos establecidos en el derecho internacional y, esgrimiendo como una de las justificaciones de su ataque la situación humanitaria de la población civil, decidió emprender las acciones militares. Así, los derechos humanos le sirven a Estados Unidos como una de las banderas para realizar ataques militares en países que requieren necesariamente de los mismos, según su criterio.

Ahora bien, se puede conceder, para continuar el argumento, que las preocupaciones de Estados Unidos hayan sido válidas y que la intervención militar fuera necesaria. ¿Y qué pasa en aquellas ocasiones en las cuales también se hacía necesaria una intervención militar y no ocurrió?³⁴ ¿Qué fue diferente en este caso? En primer lugar, desde la Guerra del Golfo Pérsico, que tuvo lugar entre 1990 y 1991, las relaciones entre los gobiernos de Estados Unidos (liderado en ese entonces por el republicano George Bush padre) e Iraq (liderado por Saddam Hussein) quedaron muy deterioradas. Iraq se convirtió en una de las principales amenazas geopolíticas de la región para Estados Unidos, especialmente desde la perspectiva de los sectores más conservadores de este país. Y en segundo lugar, la invasión a Iraq tenía muchas implicaciones económicas para los Estados Unidos, no solamente debido a que Iraq cuenta con grandes reservas petroleras³⁵, sino porque además se generaron negocios para muchas empresas privadas estadounidenses. En este sentido, Estados Unidos tenía intereses claros en intervenir Iraq que no tenían que ver con los alegados objetivos humanitarios. Esos intereses explicarían que le haya dado tanta importancia a intervenir este país, y tan poca a la intervención urgente en otros como Ruanda.

Hay otras intervenciones más sutiles que también instrumentalizan las disposiciones de derechos humanos con intereses políticos. Estados Unidos usa la presión del cumplimiento de estas disposiciones para proteger sus intereses y para controlar a países más débiles que estén dispuestos a someterse a este control, como sucede en Colombia. Por ejemplo, Estados Unidos condiciona determinadas ayudas económicas y militares al cumplimiento por parte de Colombia de las convenciones y los pactos sobre derechos

³⁴ Como es el caso del Genocidio en Ruanda.

³⁵ Iraq cuenta actualmente con 141.35 billones de barriles de reserva de crudo, y sus exportaciones de petróleo ascienden a 83 billones de dólares, según la página web de la OPEP. Ver: Organization of the Petroleum Exporting Countries. [En línea] Consultada el 16 de abril de 2013. Disponible en <<http://www.opec.org/opec_web/en/about_us/164.htm>>

humanos, y amenaza con sanciones -por ejemplo, comerciales- en caso de violaciones³⁶. Es así que el gobierno estadounidense exige el cumplimiento de unas normas que no son vinculantes para él. Algo similar ha ocurrido con la Unión Europea³⁷. Y aún más, Colombia puede terminar cumpliendo ciertas obligaciones de derechos humanos no por considerarlas un imperativo moral, sino por entenderlas como un medio para alcanzar ciertos fines políticos (como, por ejemplo, la aprobación de tratados de libre comercio, o ser considerado un socio estratégico) o económicos (como las ayudas económicas que se reciben producto de la cooperación internacional). Es de este modo que en situaciones como la descrita anteriormente el espíritu de los derechos humanos termina deformado en la realidad y en la práctica. Una de sus características principales, la de obligar a todos los seres humanos a respetar, cuidar y proteger ciertos mínimos que se asumen parte intrínseca de cada uno mediante una ficción jurídica, queda reducida en muchas ocasiones a un instrumento para alcanzar determinados fines dentro del ámbito internacional. En este sentido, la pretensión de proteger a todas las personas -y especialmente a las más vulnerables- de ciertas prácticas que se considera sobrepasan unos mínimos de dignidad humana que son naturales a cualquier persona, puede terminar fracasando en la práctica y convertida en un medio para perpetuar posiciones hegemónicas dentro de las luchas de poder globales. Douzinas dice lo siguiente cuando se refiere a la finalidad de los derechos humanos:

“El argumento es simple: los derechos humanos pierden su finalidad cuando dejan de ser un discurso y una práctica de resistencia a la opresión y la

³⁶ Por ejemplo, ver: U.S. Department of State. *Certification of the Colombian Government with Respect to Human Rights Related Conditions*. Agosto 30 de 2012. [En línea] Consultada el 10 de febrero de 2013. Disponible en <<<http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/08/197406.htm>>>. Estados Unidos certifica a Colombia en el cumplimiento de los derechos humanos. Esta certificación le puede permitir a Colombia acceder a recursos de cooperación por parte de Estados Unidos. No obstante, por su parte, Estados Unidos no acepta que nadie verifique su cumplimiento de las disposiciones de los derechos humanos.

³⁷ “Los europeos y su Unión no han salido mejor librados. La Unión Europea lanzó en 1997 una iniciativa titulada ‘La agenda de Derechos Humanos para el Nuevo Milenio’. Se le solicitó a un sanedrín o comité de ‘sabios’ que redactara unas políticas europeas sobre derechos humanos para conmemorar los 50 años de la Declaración. Así, un grupo de activistas y de académicos fue reunido bajo el auspicio del Instituto de la Universidad Europea, su misión consistía en elaborar reportes detallados acerca de algunas preocupaciones concernientes a los derechos humanos y aconsejar al sanedrín. En el mes de octubre de 1997, durante una reunión del grupo de asesores en la ciudad de Florencia, y como parte del programa, un prestigioso investigador presentó un borrador del reportes que estaba elaborando a petición del sanedrín, en el aparte concerniente a los ‘órganos de supervisión’ europeos, el reporte propuso indagar dentro de la Convención Europea de Derechos Humanos, la Convención Europea en contra de la Tortura y la Declaración en Contra de la Discriminación Racial y la Xenofobia para resumir los problemas identificados por los órganos europeos respectivos. En este momento los representantes de la Comisión Europea objetaron de manera dura la inclusión de un reporte de este tipo, aun cuando éste estuviera basado en materiales oficiales, públicos y ampliamente disponibles (...) Fue un hecho ampliamente difundido que los gobiernos europeos se movilizaron, antes de la publicación del reporte, para desestimar la propuesta según la cual la Unión Europea debería tener un departamento especial dirigido por un comisionado para coordinar la labor de derechos humanos a lo largo y ancho de Europa. Del mismo modo, toda referencia al trato inhumano y degradante de los detenidos y cualquier referencia a las muertes de personas que buscaban asilo mientras permanecían en custodia policíaca, que estaba en el informe original, fue borrada completamente de la versión final.” DOUZINAS, op.cit., p. 152.

dominación pública y privada, y se convierten en la herramienta de la política exterior de los superpoderes del mundo actual, la ética de una ‘misión civilizadora’ contemporánea cuyo objeto es la extensión del capitalismo y la democracia a las tinieblas más oscuras del planeta”³⁸.

Como bien lo explica Douzinas, el discurso de los derechos humanos pierde de vista su objetivo principal al convertirse en una herramienta de política internacional para proteger intereses políticos o económicos. Si la criminalización de las conductas violatorias de derechos humanos se convierte en una herramienta estratégica de política internacional, ya no será un discurso de liberación, sino que al ser usado para proteger intereses privados de dominación y control, cumplirá un objetivo muy similar al de la criminología positivista. En este sentido, la criminología crítica podría responder que esta situación es una criminología de control.

El discurso de los derechos humanos y la criminalización de las conductas violatorias del mismo tienen objetivos pretendidamente universales, científicos y objetivos, al igual que ocurre con la criminología positivista. Se supone que castigan conductas determinadas sin importar quién las cometa, y protegen a todas las personas de ciertas acciones. No obstante, al igual que la criminología positivista, esconden un carácter contextual y contingente, que surge y se usa en defensa de intereses y visiones del mundo que son particulares de los distintos actores, y que sirven para reproducir, incluso inconscientemente, relaciones de poder y dominación. Su aplicación es selectiva, así como su castigo, y a su autoridad no se someten las potencias más importantes del mundo. En este sentido, es un instrumento de poder que usan los países poderosos sobre aquellos que no lo son, teniendo como brújula sus intereses y el contexto específico en el que desean aplicarlo, o dejar de hacerlo.

Ahora bien, es necesario analizar el propósito con el cual se usa el discurso de los derechos humanos en cada momento específico, ya que lo anterior no quiere decir que las intervenciones que aleguen como objetivo proteger el espíritu de los derechos humanos y de castigar los crímenes de lesa humanidad tengan siempre una connotación de intereses privados respaldándolas. El problema, en todo caso, consiste en la recurrencia de las ocasiones en las cuales se usen con objetivos diferentes.

³⁸ DOUZINAS. Op.cit., Prefacio a la edición en español, p. xi.

En 1994, en Ruanda, miembros de la etnia Hutu intentaron exterminar a las personas de etnia tutsi, llegando a asesinar a 800 000. Los hutus moderados, que no apoyaban el genocidio, también fueron masacrados. Es considerada la masacre más eficiente del siglo 20. Además de las personas asesinadas, produjo 3 millones de refugiados y 4 millones de personas desplazadas internamente. Lo anterior es especialmente escalofriante si se tiene en cuenta que en ese momento la población total de Ruanda era de 7.7 millones de personas. Esto implica que casi el total de la población de dicho país fue afectada por el Genocidio emprendido³⁹. En este sentido, todos los actores, tanto Estados como organizaciones internacionales que pudieron haber intervenido (como es el caso del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas), tenían la obligación de realizar una intervención que nunca ocurrió.

Surge entonces la pregunta obvia: ¿Por qué nadie intervino? Uno de los argumentos que se esgrimió con más frecuencia fue aquel de la neutralidad, esto es, que ni la ONU ni otros Estados querían involucrarse en un conflicto interno. No obstante, la ‘neutralidad’ no puede usarse como un pretexto para no actuar cuando se está en presencia de hechos tan graves como los que ocurrieron en Ruanda. Si la neutralidad fuera siempre el factor más importante en las consideraciones de las potencias mundiales a la hora de intervenir o no en un conflicto interno por razones humanitarias, la intervención nunca tendría lugar. Según Kimberley A. Ducey, es posible otorgarle responsabilidad moral y política a las potencias, incluyendo a la ONU, por su omisión de actuar justificada en una neutralidad estéril. Es por esto que se propone en este caso un punto de vista no neutral frente a los crímenes de lesa humanidad, como también lo sostienen la criminología crítica y la sociología de la liberación.

No obstante lo anterior, sí ha habido intervenciones (las más recientes son las realizadas sobre Iraq, Afganistán o Libia) como respuesta a hechos que en principio son menos graves que el exterminio de todo un grupo poblacional. ¿Cuál es la diferencia? Que en las tres intervenciones mencionadas, Estados Unidos y la Unión Europea tenían intereses directos (políticos y económicos). En cambio, en Ruanda no. En este sentido, lo que mueve a las potencias a intervenir (o abstenerse de intervenir) es el interés propio y no razones altruistas acerca del bienestar de la humanidad o el cumplimiento de los derechos humanos.

³⁹ DUCEY, Kimberley A. “Using the 1994 Rwanda Genocide to integrate Critical Criminology and Liberation Theology”. *Critical Criminology* 16 (2008).

Al pedir la ‘humanización’ de la alteridad se busca precisamente que a través de principios como la solidaridad y la identificación con la humanidad del otro se actúe frente a situaciones de este tipo. Pero lo valioso de abordar este punto es hacer un análisis crítico que pueda distinguir entre las actuaciones que responden estrictamente al espíritu humanitario y solidario, y otras que se deben solamente a alguna agenda política (sobre la cual tampoco debe recaer necesariamente un juicio de valor negativo). Esto debido a que, como se ha visto, los derechos humanos pueden usarse -y son usados- para que países poderosos tengan influencia y control sobre países más débiles.

Así mismo, con respecto a sus usos y efectos, es pertinente discutir la eficacia del discurso supuestamente emancipador y protector de los crímenes de lesa humanidad y de los derechos humanos. La Declaración de los Derechos Humanos comenzó a aplicarse en la segunda mitad del siglo XX, y el Estatuto de Roma en la última década del mismo. Sin embargo, no se puede afirmar que a partir de la entrada en vigencia de ninguno de los dos documentos la situación de derechos humanos en el mundo se haya resuelto de manera al menos significativa, ya que incluso el siglo XXI sigue viendo un sinnúmero de crímenes atroces. La violación de los derechos civiles y políticos de la población continúa ocurriendo en muchos países, y no solamente en aquellos que no han suscrito los tratados. Además, prácticas contrarias al derecho internacional humanitario se siguen presentando, como se evidencia en el caso del genocidio (Ruanda), la tortura (Abu Ghraib), las masacres (Colombia) y de otros hechos semejantes. Teniendo en cuenta esto, la pregunta sobre si “¿[s]on los derechos humanos una herramienta efectiva contra la opresión y la dominación, o se trata tan solo de la imagen decorativa de un imperio emergente?”⁴⁰ cobra gran validez y pertinencia.

Lo anterior no quiere decir que el simbolismo del discurso y de la justificación teórica de la persecución de los crímenes de lesa humanidad y de los derechos humanos no tenga valor en sí mismo. Las palabras tienen un peso importante en el discurso de la política exterior de todos los países. No es lo mismo un presidente de Estados Unidos que condene enfáticamente cualquier violación a los derechos humanos (así maneje una doble moral en la práctica), que uno que justifique en determinados casos la tortura. Pero la cuestión central es si su importancia se queda solamente en el papel y no se

⁴⁰ DOUZINAS, op. cit. p.xiv. En el mismo sentido, Douzinas afirma lo siguiente: “Si el siglo XX es la época de los derechos humanos, su triunfo es, por decir lo menos, una paradoja. Nuestra época ha presenciado más violaciones de sus principios que cualquier otra época ‘menos iluminada’. El siglo XX es el siglo de la masacre, el genocidio, la limpieza étnica, es la edad del Holocausto. En ningún otro momento de la historia humana ha existido un abismo tan formidable entre los pobres y los ricos en el mundo occidental, y entre Norte y Sur en el mundo global”. Ibidem, p. 2.

traduce en ningún momento a la práctica. Y más aún, si la práctica termina invirtiendo los propósitos teóricos y hace que el discurso se vuelva uno de control y protector de determinados intereses hegemónicos.

Entonces, si se habla de un posible fracaso en la práctica, también es importante preguntarse ¿qué tanto se les puede pedir a las normas internacionales sobre derechos humanos en lo que se refiere a sanciones por violaciones a dichos derechos, con todas las limitaciones de las cuales adolecen? Sobre este punto, Douzinas afirma que

“Los apologetas esperan de los derechos humanos más de lo que es realísticamente posible, y cierran los ojos a sus efectos secundarios. Pero tampoco es posible ‘deshacerse de los derechos humanos’ como insisten los críticos radicales y más simpatéticos con mi posición”⁴¹.

Ahora bien, más allá de los crímenes de guerra y de los de lesa humanidad, la criminología crítica plantea que hay otras violaciones a los derechos humanos creadas por el mismo sistema que no son tenidas en cuenta:

“Resulta totalmente intrascendente, en vista de esto, considerar si los dirigentes de las naciones imperialistas son criminales de Guerra por virtud de precedentes legales o por fallos de tribunales militares. Tampoco tiene importancia que los derechos de la propiedad privada que apuntalan las prácticas racistas estén garantizadas por la ley. Ni la tiene el que la desigualdad sexual en profesiones tales como la sociología se sustente con referencias al peso de la tradición. Tampoco puede excusarse el desempleo persistente porque esté ostensiblemente fuera del control del Estado. Lo que cuenta es que a cientos de miles de indochinos se les está negando el derecho a la vida; que millones de negros están sometidos a condiciones inhumanas que, en término medio, les privan de diez años de vida; que la mayoría de los habitantes de este planeta está sometida en razón de su sexo; y que un número aún mayor en todo el mundo está privado de los bienes y servicios que les pertenecen por derecho. Y ningún sistema social que sistemáticamente abroga estos derechos puede justificarse.”⁴²

Y en el mismo sentido:

⁴¹ Ibídem, Prefacio a la edición en español, p.xii.

⁴² SCHWENDINGER, op. cit., p. 187.

“¿Puede sorprender que hayamos planteado problemas sobre las definiciones legalistas del delito, una vez que se compara la magnitud del “daño social” causado por el imperialismo, la miseria, la discriminación racial y sexual, con el que generan los actos individuales que el Estado define jurídicamente como delitos?”⁴³

¿Qué hacer entonces con los derechos humanos? En primer lugar, no parece viable acabar con el derecho internacional de los derechos humanos y de los crímenes de lesa humanidad en la actualidad. A pesar de que esta normatividad se aplica haciendo un uso desviado de su propósito, en muchos lugares es la única contención disponible para evitar hechos graves de vulneración de derechos de la población civil. Eliminarla crearía un vacío en el derecho internacional, dejando a las personas sin herramienta alguna para evitar los excesos de los gobiernos. Y en el horizonte no se vislumbra una propuesta diferente que pueda cumplir de manera más eficiente con sus objetivos. Pero entonces, ¿es inevitable resignarse a que el derecho internacional de los derechos humanos tenga estas fallas? ¿Es viable mejorarlo? Y más aún, más allá de la posibilidad de mejorar o de suplir a los derechos humanos, cabe cuestionarse, como pregunta Douzinas, si *“¿Existe alguna relación interna entre el discurso y la práctica de los derechos humanos y las recientes guerras catastróficas que han tenido lugar en su nombre?”⁴⁴*. En otras palabras, ¿el uso que se le da a las disposiciones y los instrumentos sobre derechos humanos puede causar justamente lo que deben prevenir? En este sentido, al menos indirectamente, en la guerra de Iraq el discurso de los derechos humanos sirvió como justificación para una intervención armada que produjo muchas más violaciones.

Es claro, como se muestra en lo expuesto anteriormente sobre la dualidad teoría/práctica, que los derechos humanos y la persecución de los crímenes de lesa humanidad pueden revestir muchas facetas. Pueden ser legitimadores de la gestión de un Estado ante la comunidad internacional, o de un proyecto político que derroque un gobierno y los use para darle buena imagen al nuevo régimen; también se pueden constituir en herramientas para mantener hegemonías o justificar intervenciones militares debido a intereses particulares, en bandera de los oprimidos para reivindicar sus reclamos ante los organismos multilaterales, en elementos de presión para que los países poderosos obtengan determinadas acciones de otros países o en barreras para la

⁴³ *Ibidem.*, p. 188.

⁴⁴ DOUZINAS, *op.cit.*, Prefacio a la edición en español, p. xiv.

comisión de actos atroces en contra de la población civil, entre otros. En este sentido, ¿cuál faceta es la predominante? ¿Pesan más los aspectos liberadores del discurso de los derechos humanos y de los crímenes de lesa humanidad, o tienen más efectos los que esconden otros intereses?

Una de las paradojas de los derechos humanos, y que mejor puede explicar sus facetas negativas, es el hecho del doble papel que juegan los Estados: por un lado, son los mayores violadores de derechos humanos y los que más cometen crímenes de lesa humanidad, y simultáneamente son los encargados de proteger el cumplimiento de dichos derechos. Y es aún peor en el caso de los países que son considerados potencias a nivel global, como ya se analizó en el caso de Estados Unidos. “*El ratón cuidando al queso*”, afirma Douzinas en su texto:

“Pero los gobiernos están en el negocio de gobernar y no en el de seguir principios morales. Las acciones gubernamentales en el campo internacional están determinadas por los intereses nacionales y las consideraciones políticas, y la moralidad siempre entra en escena tardíamente, precisamente cuando el principio invocado condena las acciones de un adversario político [...] el derecho internacional de los derechos humanos dirigido por los gobiernos es el mejor ejemplo del ratón cuidando al queso.”⁴⁵

En otras palabras, lo importante es analizar la verdadera función que cumple la tipificación y persecución de los crímenes de lesa humanidad y otras disposiciones de derechos humanos. Su justificación teórica dice que deberían considerarse elementos mínimos que son intrínsecos e inmanentes al ser humano (en un sentido objetivo), y que deben ser garantizados a través de una convicción ideológica en ellos y un compromiso moral permanente, con el fin de garantizar la dignidad humana. Ahora bien, desde la perspectiva de la criminología crítica es claro que no hay nada inherente u objetivo, sino construcciones subjetivas. No obstante, a esto se podría responder que si bien sí se trata de una construcción, es un discurso construido que vale la pena defender por razones políticas (para que ningún Estado tenga la capacidad de actuar sobre otro, o sobre sus propios ciudadanos, y las disputas no se resuelvan mediante soluciones que impliquen violaciones a los derechos humanos), éticas (que aseguren unos límites de respeto en el comportamiento de todos los Estados y organizaciones respecto de todas las personas),

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 145.

e incluso de conveniencia (por la practicidad de acordar unos mínimos supuestamente inquebrantables).

Pero sus usos en la práctica son muy diferentes a los pretendidos en la teoría -así se trate de un discurso con pretensiones objetivas y de cientificidad, o de uno construido-, a tal punto que el objetivo emancipador de los derechos humanos queda convertido en un discurso que también se usa para el control, ahora en un escenario internacional. Las razones políticas no han pesado, pues los Estados (especialmente las potencias) siguen actuando contra otros según lo marquen sus intereses, y otros Estados actúan en contra de sus propios ciudadanos; los límites en el comportamiento que fundamentan las razones éticas se perdieron, pues las vulneraciones a los derechos humanos continúan y se protegen selectivamente; y la practicidad ha jugado más a favor de los intereses de cada Estado que de los mínimos sobre los cuales se deben construir los comportamientos.

Ahora bien, es importante reconocer que en muchas ocasiones la eficacia de los derechos humanos y de los crímenes de lesa humanidad se encuentra limitada por la soberanía de los Estados, la cual constituye frecuentemente un obstáculo para que los organismos internacionales puedan ejercer un control sobre su cumplimiento. Varias potencias, por ejemplo, no cumplen con disposiciones de derechos humanos cuya observancia sí exigen a otros Estados. Otros países, por una agenda política, deciden no respetar las decisiones de dichos organismos. Así mismo, es posible encontrar casos en los cuales los Estados alegan circunstancias internas para hacer reservas a los tratados y de esa manera impedir, así sea temporalmente, que las instancias internacionales de crímenes de lesa humanidad y de derechos humanos tengan jurisdicción sobre casos ocurridos en su territorio. Y si bien en ningún momento se está afirmando que los Estados deban entregar totalmente su soberanía, sí se puede decir que la capacidad de actuación de los organismos mencionados es directamente proporcional a lo que estén dispuestos a ceder dichos Estados.

Pero el discurso no solamente es manipulable en la práctica en las relaciones interestatales. En el conflicto armado colombiano, los diferentes actores (guerrillas, paramilitares y hasta el Estado) usan el discurso a su antojo para justificar sus acciones:

“Durante los últimos quince años, y dentro del contexto del conflicto armado colombiano, el Estado, los grupos alzados en armas y la sociedad civil han

usado de manera profusa el discurso de respeto a los derechos humanos; sin embargo, este discurso ha tendido a vaciarse de contenido al enfrentarse a un escenario donde su vulneración es continua y reiterada en medio de una gran impunidad.

La brecha entre la teoría y la práctica de los derechos humanos deja la sensación de que este discurso es utilizado por los grupos alzados en armas para la consecución de fines e intereses estratégicos más que por un compromiso real con dicho ideal humanitario. Tal uso estratégico ha dado lugar a una pérdida de confianza de la sociedad colombiana en el carácter emancipador de los derechos humanos y en su capacidad de transformar la realidad.»⁴⁶

En este sentido, es claro que en su paso de la teoría a la práctica, el discurso de los derechos humanos no solo puede perder eficacia en la consecución de sus objetivos, sino que además es usado para fines contrarios a los que le son propios. En la práctica se encuentra limitado por razones como los intereses particulares de las potencias o por la soberanía de cada Estado, o de cada actor dentro de un conflicto. En otras palabras, es claro que el propósito no se está realizando, ni tampoco lo hacen sus objetivos iniciales de protección y emancipación de las personas. ¿Cómo lograr el cumplimiento de estos objetivos? Generalmente, la respuesta ha sido usar las penas retributivas para prevenir que se cometan los delitos y para aplicar castigos ejemplarizantes. No obstante, es posible que el castigo retributivo no solamente no logre el objetivo de prevenir que ocurran estos crímenes, sino que además, por sus características propias, también vaya en contra de un discurso emancipador. En el siguiente capítulo se abordará este tema.

Capítulo 3. La responsabilidad criminal como medio para promover el cumplimiento de las disposiciones de lesa humanidad y derechos humanos

Ya se vio que los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad pueden ser usados, en la práctica, con fines totalmente diferentes a aquellos para los que fueron creados. Ahora bien, más allá de la falta de coherencia entre la teoría y la práctica,

⁴⁶ SCHLENKER, Juana y ITURRALDE, Manuel A.. *El uso del discurso de los derechos humanos por parte de los actores armados en Colombia: ¿humanización del conflicto o estrategia de guerra?* En Revista Análisis Político, v.19, n.56.

también es pertinente preguntarse si la forma elegida para hacer efectivo el discurso (esto es, la criminalización de las violaciones a los derechos humanos), es la más adecuada (y eficaz) para hacerlo. Lo anterior debido a que esta herramienta también lleva a que los derechos humanos tengan, en la práctica, efectos diferentes a los pretendidos en la teoría. Ejemplo de esto es que en virtud de los derechos humanos, y desde la perspectiva de la criminología crítica, se han ampliado el sistema penal y la justicia retributiva, lo que conlleva más control social, y finalmente va en contra de sus objetivos emancipadores.

La idoneidad y la eficacia de la responsabilidad criminal como instrumento para prevenir violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad

El análisis del potencial de los procesos penales internacionales que determinan responsabilidades criminales para promover el cumplimiento de las disposiciones de derechos humanos internacionales y para desestimular la comisión de crímenes de lesa humanidad, también es un punto fundamental en el análisis que ocupa al presente texto. Esto con el fin de establecer claramente los objetivos con los que estos tribunales e instancias penales internacionales cumplen en la práctica (y que tienen en la teoría), ya que no se les puede reclamar el cumplimiento de funciones que no se les asignaron, pero tampoco se les pueden reconocer logros que no cumplen. Adicionalmente, es relevante estudiar la conveniencia de que se utilicen los procesos de responsabilidad criminal con estos fines.

Sobre el efecto de disuasión que pueda tener el castigo criminal sobre aquellos que cometan crímenes de lesa humanidad, o que sean responsables de violaciones graves a los derechos humanos, la Organización de las Naciones Unidas afirma lo siguiente a propósito del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional:

“Como entidad permanente, su sola existencia será un factor para disuadir a los posibles perpetradores y enviarles un mensaje de advertencia. También estimulará a los Estados para que investiguen y enjuicien los crímenes graves que cometan sus habitantes en su territorio, ya que si se abstienen de hacerlo la Corte Penal Internacional estará allí para ejercer su jurisdicción.

[...]

*La disuasión no la realiza solamente la pena de muerte. Es consecuencia del proceso de justicia penal en su totalidad que incluye la investigación, el enjuiciamiento, el juicio, la entrega del fallo, la sentencia y el castigo. La publicidad asociada con el juicio tendrá un efecto disuasivo adicional.*⁴⁷

A partir de lo anterior, se puede concluir que uno de los objetivos de la Corte Penal Internacional, al menos desde la perspectiva de la ONU, es el generar un efecto de disuasión para evitar que se cometan crímenes de lesa humanidad y violaciones graves al derecho internacional humanitario, así como promover que éstos se investiguen y se juzguen internamente. Esto quiere decir que los procesos de responsabilidad criminal individual que lleva la Corte Penal Internacional, así como el Estatuto de Roma que la creó, sí son entendidos como promotores de la agenda de protección de derechos humanos a nivel internacional. El punto central entonces será saber si son efectivos en el cumplimiento de este propósito. Douzinas afirma que no:

*“El castigo criminal, como todo proceso legal individualizado, tiene pocas oportunidades de tener efecto sobre violaciones masivas de derechos humanos, aún más si se considera el cubrimiento mínimo de la prensa a los tribunales de Yugoslavia y la falta total de cubrimiento al de Ruanda, que son indicativos del interés popular por el tema”*⁴⁸.

Y también afirma lo siguiente sobre el caso de los kurdos:

*“Así los norteamericanos y las fuerzas de la OTAN guiadas por Gran Bretaña se preparan para tomar acciones militares en contra de Irak y de los serbios de Kosovo. Mientras que poca bulla se hizo para protestar por la matanza de 25 000 kurdos por parte de fuerzas turcas en los últimos 25 años, o por el genocidio del pueblo de Timor Oriental a manos de las fuerzas indonesias en los últimos 30 años, o por la limpieza étnica de los serbios de Croacia.”*⁴⁹

Teniendo en cuenta el hecho de que dos de los actos más atroces que ocurrieron en la segunda mitad del siglo XX no atrajeron la atención que merecían ni generaron un interés que fuera coherente con su gravedad, como es el caso de la Guerra de Yugoslavia de 1990 y el subsecuente Tribunal Penal Internacional para la antigua

⁴⁷ ONU. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Preguntas y respuestas. [En línea] . Consultada el 21 de octubre de 2011. Disponible en << <http://www.un.org/spanish/law/cpi.htm>>>

⁴⁸ DOUZINAS, op.cit.,p.147.

⁴⁹ Ibídem, p. 154.

Yugoslavia (TPIY), y del Genocidio de Ruanda en 1994 y el posterior Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), Douzinas concluye que, en la práctica, los procesos de responsabilidad criminal individual no evitan ni previenen violaciones graves de derechos humanos o crímenes de lesa humanidad. Si bien los tribunales se crearon con posterioridad a la ocurrencia de los crímenes, el de la antigua Yugoslavia pudo haber servido como disuasorio en el Genocidio de Ruanda. En este sentido, los objetivos de estos procesos de persecución criminal, que consistirían en castigar a los responsables de las violaciones, y en prevenir que estos hechos vuelvan a ocurrir, no se están cumpliendo.

Y más aún, estos tribunales internacionales pueden traer consecuencias negativas como la posibilidad de que se conviertan en “*show trials*”. Así lo dice Martti Koskeniemi sobre el caso de Yugoslavia y el juzgamiento de Slobodan Milosevic:

*“At the same time, his manoeuvre highlights, once again, the difficulty of grappling with large political crises by means of individual criminal responsibility and gives reason to question the ability of criminal trial to express or conserve the ‘truth’ of a complex series of events involving the often erratic action by major international players, Great Powers, the European Union, the United Nations, and so on. The Milosevic trial – like international criminal law generally – oscillates ambivalently between the wish to punish those individually responsible for large humanitarian disasters and the danger of becoming a show trial”*⁵⁰.

De este modo, la responsabilidad penal individual que persigue el Estatuto de Roma frente a los crímenes de lesa humanidad terminaría siendo contraproducente respecto del objetivo de prevención, ya que en muchos casos este tipo de procesos puede terminar convirtiéndose en un espectáculo donde incluso se le da la oportunidad al victimario de debatir públicamente sus argumentos e incluso de justificar sus actos. De este modo, no es posible afirmar que estos tribunales cumplan necesariamente con uno de sus fines, el cual es prevenir que estos hechos ocurran. Para su efectividad se requieren otros elementos:

⁵⁰ KOSKENIEMI, Martti. “*Between Impunity and Show Trials*”. Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor. La Haya. 5 de agosto de 2004. P. 1.

*“Whether these new judicial institutions will actually be effective depends ultimately on whether they can obtain and sustain the estate cooperation needed to carry out investigations, locate witnesses, and bring suspects to trial. The striking scene on the airport tarmac in Kigali shows how much tribunals must look to the targeted states because it is these states that often control the most vital aspects of cooperation.”*⁵¹

Así, con independencia de la aplicación y eficacia del discurso, el planteamiento del mismo es problemático pues termina por expandir el derecho penal al criminalizar violaciones de derechos humanos. En este punto es aplicable la crítica de la criminología crítica a la criminología positivista y al castigo como forma de control social, pues se tiende a individualizar la responsabilidad penal de los perpetradores, ignorando el contexto social, las estructuras y relaciones de poder, las motivaciones de los perpetradores, etc. Así, se ignoran las causas profundas que dan lugar a dichas violaciones, con lo que el ciclo de violaciones se puede seguir repitiendo mientras aumentan los poderes punitivos de los estados y sobre todo, en el derecho penal internacional, el poder de las potencias sobre países periféricos.

Ahora bien, ¿ocurre lo mismo con todas las graves violaciones de derechos humanos? Según lo analizado sobre el rol de los derechos humanos y de los crímenes de lesa humanidad en la práctica, habría que afirmar que el cumplimiento en virtud de las obligaciones adquiridas en sede internacional depende de los intereses de cada Estado u organización. Si un gobierno tiene interés en tener una buena imagen internacional en materia de cumplimiento de derechos humanos para recibir determinados beneficios o certificaciones, o para evitar sanciones previstas con la ratificación del tratado, es pertinente afirmar que habrá incentivos para su observancia. En este sentido, estas disposiciones sí promoverán su cumplimiento, aunque dependerán de que la comunidad internacional las exija. Y adicionalmente, ese gobierno cumpliría las disposiciones por su interés particular, y no por un compromiso moral con la agenda de derechos humanos.

También ocurre que no sea necesario que dicho país cumpla con esas disposiciones, sino que al menos dé esa imagen. Colombia puede ofrecer un buen ejemplo de esto. Su

⁵¹ PESKIN, Victor. *Internacional Justice in Rwanda and the Balkans. Virtual Trials and the struggle for state cooperation*. Cambridge University Press, 2008.

imagen internacional en el cumplimiento de los derechos humanos ha mejorado, hasta el punto de llegar a ser certificado por el Departamento de Estado de Estados Unidos, como ya se mencionó anteriormente. Además, sigue de manera rigurosa los procedimientos consignados en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), razón por la cual el Gobierno colombiano está atento a responder todos los requerimientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). Colombia tampoco ha mostrado intención alguna de denunciar la Convención, como sí lo hizo efectivamente Venezuela.

No obstante, lo que efectivamente ocurre en el Sistema Interamericano contradice esta imagen de obediencia en el cumplimiento de las disposiciones de derechos humanos. En primer lugar, Colombia sigue siendo frecuentemente condenada por la Corte IDH. En los últimos 5 años el Estado colombiano ha sido condenado por los siguientes casos en dicho Tribunal debido a violaciones de derechos humanos: Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, Sentencia de 11 de mayo de 2007; Caso Escué Zapata vs. Colombia, Sentencia de 4 de julio de 2007; Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, Sentencia de 27 de noviembre de 2008; Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, Sentencia de 26 de mayo de 2010; Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia, Sentencia de 3 de septiembre de 2012; y Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Sentencia de 30 de noviembre de 2012.

La CIDH, entre tanto, ha emitido en los últimos años los siguientes informes de artículo 51 de la CADH⁵²: Informe No. 43/08, Caso 12.009, Leydi Dayán Sánchez; Informe No. 44/08, Caso 12.448, Sergio Emilio Cadena Antolínez; Informe No. 79/11, Caso 10.916, James Zapata Valencia y José Heriberto Ramírez Llanos. Esto sin contar los casos ya admitidos para estudio por la CIDH, los cuales son relevantes para el argumento porque para admitirlos, la petición (o demanda) debe contener hechos violatorios de la Convención, en virtud del literal b del artículo 47 de la misma. Y si bien no hay posibilidad de hacer referencia a los casos que actualmente cursan su trámite ante la

⁵² Los informes de artículo 51 son aquellos en los que la CIDH determina que el Estado incurrió en violaciones a la CADH pero no envía el caso a la Corte, sino que se limita a emitir una serie de recomendaciones a cuyo cumplimiento le hace seguimiento periódico.

CIDH, es bien sabido que muchos de los casos relacionados con Colombia se refieren a ejecuciones extrajudiciales ocurridas en las últimas dos décadas⁵³.

Adicionalmente, la línea de defensa del Estado Colombiano en algunos casos que actualmente cursan en la CIDH contradice la postura de un Estado garantista en materia de Derechos Humanos. Es lo que ocurre en el caso del Palacio de Justicia⁵⁴, en el cual se investigan denuncias por presuntas desapariciones de personas en la retoma del Palacio de Justicia en noviembre de 1985 en Bogotá, posterior a una toma guerrillera. La contestación de la demanda fue enviada por el Gobierno de Colombia el 24 de noviembre de 2012. No obstante, dicha contestación negó que, salvo una excepción, hubiera algún desaparecido. Lo anterior a pesar de sentencias del Consejo de Estado y de una Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia, la cual emitió un informe estableciendo la desaparición forzada de varias personas, de la cual presuntamente serían responsables miembros de las fuerzas militares, según es posible concluir a partir de varias condenas penales. En otras palabras, en lugar de admitir ciertos hechos probados y proponer consecuentemente una reparación adecuada de las víctimas, Colombia se limita a negar los hechos.

Esto quiere decir que si bien el Gobierno de Colombia ha estado presto a responder y atender todos los requerimientos de las instancias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, (i) siguen ocurriendo numerosas y graves violaciones a los derechos humanos y (ii) la línea argumental que en muchas ocasiones usa Colombia en su defensa no es necesariamente coherente con una política de defensa y garantía de los derechos humanos. En este sentido, termina siendo más importante mostrar una imagen a nivel exterior que promover cambios significativos en la defensa de los derechos humanos y la prevención de crímenes de lesa humanidad.

⁵³ ALSTON Philip. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. 31 de marzo de 2010. P.8: “*The phenomenon of so-called “false positives” (falsos positivos) — unlawful killings of civilians, staged by the security forces to look like lawful killings in combat of guerrillas or criminals — are well known to Colombians. While there are examples of such cases going back to the 1980s, the evidence indicates that they began occurring with a disturbing frequency across Colombia from 2004.*” Y en el mismo sentido, en la página 9: “*I have seen no evidence to suggest that these killings were committed as part of an official policy or that they were ordered by senior Government officials. However, I did receive detailed and credible reports of such killings from across the country, committed in numerous departments and by a large number of different military units. It is clear from my investigations that members of Colombia’s security forces have committed a significant number of unlawful killings and that the falsos positivos pattern has been repeated around the country. There have been too many killings of a similar nature to characterize them as isolated incidents carried out by individual rogue soldiers or units, or ‘bad apples’*”.

⁵⁴ El nombre oficial del caso en la CIDH es Caso Rodríguez Vera y otros.

La presión que Colombia recibe por parte de Estados Unidos se puede evidenciar con el ejemplo del Caso de la Masacre de Santo Domingo. En el año 2002, la entonces Embajadora de Estados Unidos en Colombia, Anne Paterson, pidió por medio de una carta dirigida al Departamento de Estado suspender la ayuda que su país le daba a un escuadrón del Primer Comando Aéreo de la Fuerza Aérea Colombiana -presuntamente implicado en la muerte de 17 personas que fallecieron a causa de una bomba arrojada por dicha unidad- y revocar la certificación de derechos humanos concedida a Colombia. Todo lo anterior a partir de una investigación adelantada por el FBI⁵⁵. Este es un ejemplo de cómo el comportamiento de Colombia sí está condicionado por parte de países como Estados Unidos, quienes a su vez no están sometidos a ningún tipo de control. En este sentido, este tipo de ‘certificaciones’, supuestas herramientas para hacer cumplir las disposiciones de derechos humanos, terminan convertidas en instrumentos de control y de continuación de relaciones de poder mundial.

Corresponde ahora analizar el caso contrario, a saber, el del Estado que no tenga ningún interés en mostrar determinada imagen internacional -como en muchas ocasiones es el caso de China-. En esta situación, las disposiciones de derechos humanos no tendrán ningún efecto de prevención o de disuasión. China ha sido continuamente presionada por la ONU y la comunidad internacional para que cumpla con la protección de derechos humanos dentro de su país, pero a nivel interno continúan ocurriendo masivas violaciones a los derechos humanos, entre las cuales son muy notorias las de los derechos políticos y civiles de la población, las normas de debido proceso legal, las condiciones de los reclusos y las fuertes limitaciones a la libertad de expresión⁵⁶. Por lo tanto, las disposiciones de derechos humanos han tenido como efecto que China se comprometa simbólicamente e internacionalmente a cumplirlas, pero no ha acatado esta obligación en la práctica. Además, el compromiso de China parece responder más a una actitud diplomática que a una convicción real de cumplimiento y garantía de los

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Sentencia de 30 de noviembre de 2012 [En línea]. Fecha de consulta: 17 de abril de 2013. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf

⁵⁶ “En una reunión el 11 de junio del Consejo de Derechos Humanos para adoptar el “Informe de Resultados sobre China”, parte de un proceso de revisión requerido para todos los Estados miembros, el Gobierno chino rechazó, sin excepción, 70 recomendaciones hechas por Estados miembros de la ONU relacionadas con violaciones de derechos humanos en China. Esto incluye todas las recomendaciones relativas a la libertad de expresión y la libertad de asociación, la independencia del poder judicial, las garantías de la profesión jurídica, protección de los defensores de derechos humanos, los derechos de las minorías étnicas, la reducción de la pena de muerte, la abolición de la reeducación mediante el trabajo, la prohibición de la tortura, la libertad de los medios de comunicación y soluciones eficaces para la discriminación.”. En: Human rights Watch. China: El Gobierno rechaza al Consejo de Derechos Humanos de la ONU. 11 de Junio de 2009. [En línea]. Consultada el 17 de abril de 2013. Disponible en <<<http://www.hrw.org/es/news/2009/06/11/china-el-gobierno-rechaza-al-consejo-de-derechos-humanos-de-la-onu>>>

derechos humanos. O simplemente no les preocupa tener una buena imagen internacional frente a la protección de los derechos humanos.

¿Ocurriría lo mismo en el caso de los crímenes de lesa humanidad? Es claro que se trata de un análisis hipotético, puesto que, como ya se vio, China no ratificó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Pero es plausible pensar que así como China incumple de manera campante sus compromisos en derechos humanos, no tendría problemas en incumplirlos en materia de crímenes de lesa humanidad. Además, cabe preguntarse qué pasaría si el Gobierno chino cometiera un crimen de lesa humanidad habiendo ratificado el tratado: ¿se atrevería la Organización de las Naciones Unidas, a través del Consejo de Seguridad, a intervenir el país? ¿Emprendería Estados Unidos una acción armada justificada en contra de un gobierno que manifiestamente cometa o promueva dichos crímenes? ¿El Consejo de Seguridad de la ONU o el fiscal de la CPI iniciarían un proceso de responsabilidad criminal internacional en contra del Gobierno chino? Si la respuesta a alguno de estos interrogantes es no, la aplicación de los crímenes de lesa humanidad se convierte automáticamente en selectiva. Se aplica rigurosamente a países que no son potencia a nivel internacional, y prueba de ello es que las únicas 8 situaciones a raíz de las cuales se han llevado casos ante la Corte Penal Internacional son: Uganda, Congo, Sudán, República Centroafricana, Kenia, Libia, Costa de Marfil y Malí. En este sentido, no es claro que la tipificación de los crímenes o la difusión de los procesos tenga necesariamente un efecto importante de disuasión o de promoción de los derechos humanos.

En cualquier caso, el anterior análisis crítico no busca legitimar de modo alguno tales violaciones, o defender algún tipo de abolicionismo de derecho penal internacional. No obstante, si es posible concluir que las herramientas (el discurso de las violaciones de derechos humanos y su criminalización) no están alcanzando los objetivos que se pretenden:

Mientras que los derechos humanos no se conviertan en una práctica cotidiana de las personas, mientras el entorno no haga posible dicha práctica, aquéllos seguirán siendo un discurso no interiorizado por quienes participan del conflicto como víctimas o victimarios. Para que un discurso sea parte de nuestras experiencias vitales, debe ser construido gradualmente en un proceso de dimensiones históricas. Los derechos humanos y el DIH pueden ser recursos

*valiosos para desarticular los ciclos de terror que acompañan al conflicto armado, pero por sí solos, y mientras sean presentados como un discurso impuesto que se limita a presentar unos códigos jurídicos y éticos de conducta, es poco lo que pueden hacer para transformar una realidad que se nutre de unas premisas diferentes.*⁵⁷

En este sentido, para construir este discurso ‘con dimensiones históricas’, la propuesta de la criminología crítica es muy valiosa, ya que busca que el discurso no sea entendido como una realidad que se encuentra dada, sino como una construcción que, de seguir sus objetivos teóricos, busca proteger a todas las personas y evitar abusos de poder. Por lo tanto, cumplirlo es conveniente para todos. Para esto, en su aplicación se debe tener en cuenta el contexto específico de cada lugar. Las violaciones, las víctimas y los victimarios son producto de determinadas circunstancias, por lo cual no se les puede aplicar una categoría como si fuera algo que se encuentra fijo en la naturaleza. La crítica de la criminología crítica no es que toda construcción es mala, sino que los discursos que se construyan no perpetúen relaciones de poder y de opresión, y que siempre se tenga en cuenta que se aplican dentro de un lugar y un momento determinados.

Habiendo visto ya que las disposiciones de derechos humanos y de crímenes de lesa humanidad pueden tener efectos diferentes a los planteados inicialmente (como en el caso de Colombia, con objetivos de control y de intereses particulares), o incluso nulos (como en el caso de China), es pertinente también preguntarse cuál es el efecto que su implementación tiene en las personas que directamente cometen las violaciones de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad. Esto es visible, por ejemplo, en el caso de Ruanda. Puede que los políticos y los militares conocieran las consecuencias de cometer crímenes de lesa humanidad, pero la gran mayoría de personas comunes que cometieron ese genocidio seguramente no sabían de las disposiciones internacionales de derechos humanos, ni de los procesos de responsabilidad criminal internacionales y, seguramente, de haber existido en ese momento, tampoco habrían conocido la existencia del Estatuto de Roma. Por lo tanto, el efecto disuasorio que puedan tener los derechos humanos y las disposiciones contra los crímenes de lesa humanidad no tendría lugar, y sus fines emancipadores y protectores de las personas no se cumplirían. Lo

⁵⁷ SCHLENKER, Juana; ITURRALDE, Manuel A.. *El uso del discurso de los derechos humanos por parte de los actores armados en Colombia: ¿humanización del conflicto o estrategia de guerra?* En Revista Análisis Político, v.19, n.56. [En línea]. Consultada el 19 de abril de 2013. Disponible en <<http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47052006000100002&lng=es&nrm=>>

anterior no solo por desconocimiento de la normatividad (que en cualquier caso no es excusa) sino porque dentro del contexto étnico, con todas sus connotaciones históricas, sociales, económicas, culturales y políticas, dicho discurso de derechos humanos puede tener poco peso frente a las motivaciones y a la visión del mundo que tienen las personas ubicadas en ese contexto.

El camino para convertirse en victimario

En este punto es importante recordar, como se dijo anteriormente, que no solamente los Estados pueden cometer hechos tipificados como crímenes de lesa humanidad o violaciones a los derechos humanos. En el genocidio de Ruanda, por ejemplo, fueron personas comunes que no pertenecían ni representaban a ningún gobierno quienes cometieron los actos más atroces. Aunque bien se puede argumentar que fueron manipulados por determinadas ideologías políticas que incluso les sembraron la idea de que sus víctimas podían ser sus futuros victimarios si no actuaban preventivamente, la mayoría de los hechos no fueron cometidos por agentes de ningún Estado, sino por personas comunes.

Para la criminología crítica es tan importante el contexto en el que los delitos ocurren, como el contexto del delincuente y sus circunstancias. En este sentido es importante analizar cómo una persona puede convertirse en un perpetrador de crímenes de lesa humanidad y de graves violaciones de derechos humanos. También, en los términos de la criminología crítica, es pertinente analizar las razones por las cuales estas personas actúan de esta manera, sus motivaciones y sus justificaciones: si responde a un etiquetamiento social, o a un contexto en el cual ellos mismos pueden haber sido víctimas (o al menos creer que lo fueron). En otras palabras, responder a la pregunta ¿cómo llegan estas personas a cometer graves violaciones y crímenes de lesa humanidad? Mientras estas razones no se investiguen, encuentren y entiendan, no se podrá hallar una forma de prevenir que estos hechos no vuelvan a ocurrir en el futuro. En este sentido, el etiquetamiento de criminales, monstruos, e inhumanos -o terroristas- puede servir para ciertos fines de control social (al igual que la criminología positivista), pero es poco efectivo para prevenir la repetición de estas violaciones.

También es importarse preguntarse, entre otras cosas, si los crímenes de lesa humanidad fueron creados para juzgar representantes de gobiernos y Estados o también son

adecuados para procesar personas comunes que no pertenecen a ninguna organización política. Esta inquietud es pertinente si se tiene en cuenta que cualquier persona puede cometer este tipo de actos, y por tanto debe haber una respuesta ante este tipo de situaciones por parte del derecho penal y de las disposiciones que protegen los derechos humanos. ¿Cuáles son las motivaciones de estas personas? ¿Los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma tienen en cuenta las motivaciones, las actuaciones y el contexto de personas particulares? Y teniendo en cuenta que estos perpetradores de graves violaciones contra los derechos humanos son en muchos casos personas comunes, ¿qué las lleva a convertirse en este tipo de victimarios?

La autora Alette Smeulers, en su texto *What transforms ordinary people into gross human rights violators?*⁵⁸, comienza preguntándose ¿qué clase de gente cometería actos tan atroces como el Holocausto?, y ¿qué clase de gente tortura, trata a otra gente como animales, y los mata en nombre del Estado? La respuesta que da el texto es que se trata de gente común que en circunstancias ordinarias no cometería estos actos, ya que según la autora las personas no son sádicas por naturaleza (con los problemas que implica afirmar que algo es o no es natural en una persona). De este modo, estas preguntas la llevan a hacerse el cuestionamiento central sobre el cual gira su tesis: ¿Cuáles son las circunstancias extraordinarias que llevan a la gente a cometer estos actos?

A continuación se llevará a cabo un breve recorrido del texto mencionado, con el fin de entender un poco más el proceso y las razones por las cuales una persona común y corriente puede llegar a cometer delitos atroces. Al entender las razones, es posible saber, entre otras cosas, qué efectos podrían tener las disposiciones de derechos humanos y de crímenes de lesa humanidad en estas personas y en su proceso de convertirse en victimarios, cómo los ha afectado su entorno y contexto social, y qué relación tienen con las convenciones sociales de un momento histórico determinado.

Sobre el tema, vale la pena tener presente el Experimento de Milgram⁵⁹ (el experimento de la obediencia), el cual mostró que el 65 % de las personas torturarían a una persona si fueran obligadas por una autoridad, siempre y cuando se les asegurara que era necesario y que ellos no serían responsabilizados por las consecuencias. Otros estudios señalan

⁵⁸ SMEULERS, Alette. *What transforms ordinary people into gross human rights violators??* [En línea] ECPR Turín, Marzo 2002. Disponible en <<<http://www.stolaf.edu/people/huff/classes/social.2010/Reports/Alette.Smeulers.pdf>>>

⁵⁹ Experimento realizado por el psicólogo Stanley Milgram sobre el cumplimiento de órdenes de una autoridad por parte de una persona normal. Dicho experimento se encuentra resumido en su libro *Obedience to authority. An experimental view*. New York. Harper & Row. 1974.

que las personas se ven obligadas a actuar de esta manera en ciertas circunstancias porque creen que no tienen otra opción. Así mismo, el ambiente también es muy importante para que se cometan estos actos. Los estudiantes que hacen de guardias en experimentos se transforman en personas crueles y brutales. Es por cuestiones como las anteriores que autores como Haritos-Fatouras afirman que *“casi cualquier persona puede convertirse en un torturador si se le da el entrenamiento apropiado”*⁶⁰.

En la fase de preparación del perpetrador ⁶¹, según Smeulers, la mayoría de perpetradores son miembros de alguna unidad militar o de seguridad. Estas unidades se caracterizan por un esquema jerárquico muy marcado de funciones claramente definidas. Hay además un principio de obediencia debida y cadena de mando. Solamente los líderes tienen la facultad de definir la ideología. Los demás deben simplemente cumplir sin cuestionar o reflexionar sobre ninguna orden. Además de lo anterior, en estos grupos la individualidad de los miembros desaparece. Son llamados por su rango, no por su nombre, y se visten de la misma manera. Se crea entonces un grupo de “autómatas” separados del mundo exterior que crean sus propios códigos, tienen sus principios particulares, valores específicos y se blindan de cualquier posible intromisión externa. Y en esta intromisión externa también se cuenta aquella influencia que puedan tener los derechos humanos o los crímenes de lesa humanidad.

En estos grupos los individuos reciben entrenamiento militar. También aprenden a obedecer, a ser leales y a no hacer preguntas. Con esto hay un cambio en la moralidad de aquellos que han recibido entrenamiento militar: ya no tienen que ser responsables de sus propios actos o tomar decisiones, y por tanto no deben asumir las consecuencias de las mismas. Ahora simplemente deben obedecer lo que les ha sido ordenado. Es en este punto en el cual la reflexión moral o el efecto disuasivo de la sanción por la comisión de crímenes han sido eliminados.

En el caso colombiano, por ejemplo, cuando se trata del Ejército Nacional, en su entrenamiento los miembros de las fuerzas militares reciben lecciones sobre derechos humanos. Sin embargo, como se vio anteriormente, constantemente ocurren violaciones a los derechos humanos en Colombia, como es el caso de las ejecuciones extrajudiciales producto de la presión para obtener resultados. En este sentido, sus prioridades militares

⁶⁰ SMEULERS. Op. Cit. p.2.

⁶¹ Ibídem, p.4.

los hacen olvidar, o minimizar, la importancia de la protección de los derechos humanos.

Empero, esta explicación no sirve para casos como el de Ruanda, ya que allí fueron personas comunes y corrientes, quienes sin pertenecer a estructuras militares realmente organizadas o jerarquizadas, llevaron a cabo actos atroces de forma masiva. Así, se vuelve relevante de nuevo, como lo es transversalmente cuando se mira a través de la criminología crítica, la importancia del contexto y las motivaciones de los victimarios, también cuando ocurren graves violaciones a los derechos humanos. En este caso, lo que llevó a que personas normales realizaran este tipo de conductas atroces fue el complejo y profundo conflicto étnico presente en Ruanda; por lo tanto, dichas violaciones no se pueden explicar con independencia de este contexto. En el mismo sentido, cuando ocurran crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos, será imperativo analizar el contexto.

Ahora bien, volviendo a Smeulers, hay entrenamientos que van más allá y emplean tácticas extremas de humillación y violencia física y psicológica. De este modo, los reclutas aprenden que el único modo de sobrevivir es la obediencia absoluta. En este sentido, la reacción de los individuos se asemeja a un instinto de supervivencia o autoconservación. Debido a este instinto, a partir de ese momento, aceptarán irreflexivamente las órdenes que reciben, no apelarán en ningún momento a una voluntad propia o personal, ni a una reflexión.

Para Smeulers estas son circunstancias extremas que cambian a las personas. No solamente aprenden a obedecer siempre, sino que también se acostumbran a la violencia, a la brutalidad y a un nuevo conjunto de normas y valores. Puede que no estén cómodos con órdenes como las de llevar a cabo torturas, pero de todas maneras las realizarán porque se sentirán obligados a cumplir y a ignorar cualquier posible sentimiento de culpa: habrán aprendido que no es su posición ni su función analizar la conveniencia o la moralidad de la acción.

Así, las personas cambian, por lo cual no es posible encontrar a los delincuentes en el mundo físico y mediante un método de cuantificación del comportamiento, pues se trata de un proceso con unas fases que llevan a los perpetradores a cometer esos actos. En este sentido, es imperativo que en el análisis que se haga de los sujetos activos que cometan las violaciones de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad se

tenga en cuenta cómo llegaron a cometer esos actos, qué los llevó a adoptar ese comportamiento, y cuál fue el contexto que los rodeaba. No se puede prescindir de estos elementos contextuales.

Ahora bien, en esa circunstancia también es importante el grado de responsabilidad de cada uno de los sujetos activos. La persona que tiene la idea y obliga a otro a cometer los actos tiene un mayor grado de responsabilidad. Aquellos que ostentan posiciones de poder dentro de organizaciones de este tipo constituyen otro tipo de victimarios, y por lo tanto las consecuencias de sus actos deben ser mayores y su aplicación prioritaria. Empero, normalmente se termina condenando a mandos medios o a quienes están más abajo dentro de las cadenas de poder. En este sentido, en cuanto a los casos específicos de aquellos que toman las decisiones, la justicia retributiva sí se les podría aplicar, imponiéndoles castigos severos, ejemplarizantes y viables de aplicar; por otro lado, quienes están en niveles inferiores podrían entrar en procesos de justicia restaurativa. De este modo, habría priorización y selección de casos, según el grado de responsabilidad. Así, el punitivismo de las disposiciones de derechos humanos estaría muy limitado a este tipo de circunstancias. Este argumento se continuará desarrollando en el siguiente capítulo.

Continuando con el proceso de Smeulers, en la fase de iniciación⁶² los perpetradores son entrenados específicamente para realizar crímenes que constituyen graves violaciones de derechos humanos. En otras palabras, los acostumbran a este tipo de actos: les muestran videos, los rodean de un ambiente violento y los obligan a presenciar los actos que posteriormente tendrán que llevar a cabo, para que se habitúen a la situación y estén adaptados una vez sea su turno de llevarlos a cabo. En este sentido, con estas estrategias ocurren dos cosas: los individuos temen que ellos también sean víctimas si desobedecen las órdenes (aunque las amenazas ya no están presentes, el miedo se ha interiorizado) y asumen la idea de que las víctimas correrán el mismo destino sin importar que ellos se nieguen a cometer los crímenes. No obstante, hay excepciones y no todos pasan por esta etapa de transición. Muchas veces los perpetradores comienzan a serlo abruptamente y sin planearlo: se encuentran frente a la situación y cometen los delitos casi sin darse cuenta.

⁶² *Ibidem*, p.5.

Lo anterior lleva inevitablemente al resultado buscado por los entrenadores: una vez la orden sea emitida por el superior, el perpetrador cometerá el crimen⁶³. Este acto se constituirá como la primera ocasión en la que realizan una acción semejante, y por lo tanto implicará cruzar una línea importante. Empero, Smeulers se sorprende de que, a pesar de haber sido entrenados para actuar de esta manera, los individuos sientan –al menos inicialmente- empatía con su víctima y por tanto repulsión por lo que han hecho. Y aunque ya en este punto son perpetradores, todavía no hay certeza sobre si reincidirán. Hay dos posibilidades: o se rehúsan a obedecer este tipo de órdenes en el futuro -caso poco probable debido al entrenamiento que recibieron y a sus inevitables consecuencias- o racionalizan y justifican el crimen -la reacción más probable si se tiene en cuenta su entrenamiento, en el que aprendieron que no son responsables de los actos que cometen bajo órdenes-. Si se racionaliza, el acto no se verá ya como un crimen, sino como un acto necesario para alcanzar ciertos fines. Además de lo anterior, al justificarse a sí mismo el acto realizado, el perpetrador se librará de parte o de la totalidad de la culpa mediante este mecanismo de defensa, por lo cual no deberá lidiar con el hecho de que actuó de una manera en la que la gente ‘buena’ no lo hace. Debido a esto, a que el crimen ahora está justificado y a que se libró de la culpa, el perpetrador volverá a hacerlo: ya no hay nada que se lo impida: es más, cada vez le será más fácil.

Posteriormente, los perpetradores se habitúan⁶⁴ y se acostumbran a usar los mecanismos de defensa, de justificación y de racionalización de los crímenes para evitar sentirse culpables o con remordimiento. Algunos ejemplos de esto son argumentos como que no tenían control alguno; que no hubiera habido ninguna diferencia si se hubieran negado a actuar; que es culpa de la víctima; distorsión de la realidad, etc. Otro mecanismo de defensa consiste en que cuando en el grupo hay un alto nivel de organización, se minimiza la participación de cada individuo y también puede dispersar o disminuir la culpa. Todas estas estrategias son las que permiten que los perpetradores se habitúen a cometer crímenes. Y una vez en este punto, estarán preparados para cometer los crímenes de lesa humanidad.

Uno de los más fuertes mecanismos de defensa de los perpetradores es la deshumanización de las víctimas. Este acto consiste en no otorgarles a las víctimas el estatus de personas con los mismos derechos: al considerar que son algo ‘inferior’,

⁶³ *Ibidem*, p.6.

⁶⁴ *Ibidem*, p.8.

resulta más fácil cometer dichos actos. La deshumanización fue lo que ocurrió, por ejemplo, en el genocidio de 1994 en Ruanda, abordado en este trabajo con anterioridad. Ducey explica que⁶⁵, en el Genocidio de Ruanda, generalmente se le ha atribuido la indiferencia de los espectadores pasivos a dos factores: el primero, a que los Tutsis no eran vistos como pertenecientes al mismo grupo, al colectivo del que los espectadores sí hacían parte; el segundo, a que la violencia étnica en África era vista como un problema recurrente y propio de su idiosincrasia. De este modo, los espectadores, grupo dentro del cual se incluye a la comunidad internacional, decidieron no intervenir de ninguna manera, resultando como consecuencia los hechos ya mencionados. El texto de Ducey considera que si los espectadores hubieran ‘humanizado’ a las víctimas, no se hubieran quedado impasibles.

Lo anterior implica que las disposiciones de derechos humanos y de crímenes de lesa humanidad han fracasado en su intención de otorgarle a todas las personas unos mínimos de protección. Tampoco ha alcanzado sus fines emancipadores, pues las personas siguen siendo objeto de control por medio de violencia, como ocurrió en el caso de Ruanda. Así mismo, no ha logrado crear empatía ni solidaridad entre las personas, pues en Ruanda los perpetradores entendieron a sus víctimas como inferiores a ellos mismos.

Adicionalmente, el recorrido de Smeulers sobre uno de los caminos posibles a través de los cuales una persona puede convertirse en un perpetrador muestra una conclusión congruente con los postulados de la nueva criminología: la criminalidad se presenta por cuestiones contingentes. El perpetrador llega a serlo por unas circunstancias específicas, y corresponde a un análisis criminológico crítico analizarlas.. En otras palabras, no existe ‘el criminal’ como un concepto en sí mismo, sino que existe según las creencias y circunstancias en determinado momento y lugar. Así mismo, no existe ‘el crimen’, ya que dependerá enteramente de la perspectiva de la situación puntual. Sin embargo, y como se mencionó anteriormente, la construcción de un discurso que prevenga y evite estos crímenes atroces es muy importante. En este sentido, dicho discurso debe tener siempre en cuenta que no se trata de categorías preexistentes en el mundo empírico y que por lo tanto es necesario analizar el contexto en el cual las violaciones a los derechos humanos pueden ocurrir y las circunstancias en las cuales se puede encontrar la persona que las cometa.

⁶⁵ Ducey, op.cit.

A pesar de que puede haber otros caminos para convertirse en perpetrador, con el descrito anteriormente se aclara que se trata de una cuestión que depende de circunstancias específicas; es decir, no es algo que se pueda encontrar y cuantificar sin más en el mundo físico a través de un método científico. Es necesario que una criminología sobre derechos humanos y crímenes de lesa humanidad analice y tenga en cuenta todas estas especificidades, en lugar de pretender que mediante un discurso universal se logren los objetivos. Es imperativo analizar al denominado delincuente, conocer su contexto y entender cómo llegó a actuar de esa manera, para de este modo establecer caminos que impidan que las violaciones de derechos humanos ocurran en el futuro.

En el genocidio de Ruanda, por ejemplo, múltiples factores intervinieron en lo que ocurrió:

“Any adequate account of the 1994 genocide does have to acknowledge manipulation by external forces, domestic pressures and psychological factors such as obedience. But the nature of the Rwandan state must be seen as absolutely central. However externally influenced or motivated by atavistic loyalties, however obedient to outside forces, the genocide took place under the aegis of the Rwandan state, and Rwandan subjects and citizens were the main actors in the genocide (Mamdani 1996). A range of public and private institutions were responsible for the critical task of planning the genocide in advance, and for ensuring its subsequent implementation through the participation of most Rwandan people, resulting in the victimization of a significant minority.”⁶⁶

En este sentido, en Ruanda tuvieron que ver fuerzas externas, presiones internas, factores psicológicos y las características propias del Estado. Así, sin analizar en cada caso específico el contexto social en el cual los hechos ocurrieron, o las razones por las cuales las personas actuaron de esa manera, no se obtendrá la información completa. Adicionalmente, los derechos humanos pierden efectividad si no tienen la capacidad de aplicarse según cada contexto específico.

⁶⁶ HINTJENS, Helen M.. *Explaining the 1994 Genocide in Rwanda*. The Journal of Modern African Studies , Vol. 37, No. 2 (Jun., 1999), pp. 241-286. [En línea] Published by: Cambridge University Press. Disponible en <<<http://www.jstor.org/biblioteca.uniandes.edu.co:8080/stable/161847>>>

En Colombia, entre tanto, se ha hablado de la aparición de una nueva figura de victimario, llamado ‘vengador’, debido a las características específicas del conflicto armado, en el que uno de los grupos (los paramilitares) justifica sus actos como respuesta a los actos de otros grupos (las guerrillas), quienes atribuyen la supuesta necesidad de su nacimiento a la violencia del Estado:

*“A través de diferentes canales de información se va construyendo el estereotipo del enemigo que, bien sea de uno u otro bando, coincide en los rasgos: un ser frío, cruel, calculador que solo puede generar rechazo y repulsión. Por esto, siguiendo a Bandura, los llamados morales en contra de la violencia (el discurso de los derechos humanos es uno de ellos) caen usualmente en oídos sordos; los combatientes santifican sus actos de guerra y condenan los del enemigo. Así surge la figura del vengador : la víctima-victimario que se siente justificada para exterminar al otro en retaliación y como afirmación material y simbólica de su propia identidad. Según Orozco, en la guerra entre guerrillas y paramilitares, donde la población civil es el principal blanco militar y víctima, los combatientes no se representan a sí mismos como victimarios sino ante todo como víctimas que se vieron obligados a ejercer el papel de victimarios ante la injusticia y la impunidad. El conflicto se transforma así en una guerra punitiva donde los vengadores de ambos bandos tienen una justificación retributiva para sus crímenes”.*⁶⁷

Así, para superar este tipo de violencia en Colombia, es imperativo entender el contexto específico. Como bien se afirma en la anterior cita, el discurso de los derechos humanos no ha tenido efecto alguno en los diferentes actores del conflicto armado, quienes son los que al final cometen los hechos atroces. Tampoco ha tenido ningún efecto la entrada en vigor para Colombia, desde el año 2009, del Estatuto de Roma, el cual, como se analizó anteriormente, establece la responsabilidad criminal para este tipo de actos.

En este sentido, es esencial entender cómo y por qué los victimarios llegan a cometer esos actos. ¿Qué hubiera podido detener a los hutus en Ruanda? ¿Qué podría detener el proceso descrito por Smeulers respecto a cómo una persona común se convierte en un perpetrador? ¿Cómo evitar el círculo vicioso víctima-victimario colombiano? De

⁶⁷ SCHLENKER; ITURRALDE Op Cit. *El uso del discurso de los derechos humanos por parte de los actores armados en Colombia: ¿humanización del conflicto o estrategia de guerra?* En Revista Análisis Político, v.19, n.56.

estudiarse los contextos que dan origen a estos hechos, no solo se lograría una mayor comprensión de las violaciones, sino que habría más probabilidad de prevenirlas en ocasiones futuras, al eliminar circunstancias que potencialmente puedan llevar a estas situaciones. Las graves violaciones de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad siempre han radicado sus intenciones de prevención exclusivamente en la justicia retributiva. ¿Es este el camino adecuado? ¿Tuvo esto algún efecto en Ruanda? ¿Tendría algún efecto en el proceso de Smeulers? Y por último, ¿por qué no se han contemplado otros tipos de pena para este tipo de hechos, como es el caso de la justicia restaurativa? Este tema se abordará en el capítulo siguiente.

Capítulo 4. El punitivismo de las disposiciones internacionales de derechos humanos y en las de crímenes de lesa humanidad

Punitivismo en violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad

Como se mencionó al final del capítulo precedente, las sanciones para las graves violaciones de derechos humanos y para los crímenes de lesa humanidad son eminentemente retributivas. Consisten en penas pecuniarias o de privación de la libertad como las que generalmente se aplican a los delitos comunes. ¿Es coherente con un discurso de emancipación y de liberación usar las penas de delitos que se han usado como forma de control social según la criminología crítica? Además, ¿es este el camino adecuado para detener graves violaciones de derechos humanos de ‘tracto sucesivo’ como las que ocurren en un conflicto armado como el colombiano?

Otro tema de discusión que se debe abordar con respecto a la criminología de los crímenes de lesa humanidad es la tensión que hay entre los procesos de paz (o de justicia transicional) que contemplan tipos de justicia diferentes a la retributiva (como la restaurativa) y la responsabilidad por crímenes de lesa humanidad ante la Corte Penal Internacional. Un ejemplo de esto es el caso de Colombia:

“La creación de la CPI ha traído un nuevo escenario para los países que, como Colombia, enfrentan conflictos internos y crisis humanitarias. Ahora, en el momento de negociar una posible solución pacífica, las partes tienen que considerar sus obligaciones internacionales. Así, el estudio de las amnistías en

el derecho penal internacional y en virtud del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es pertinente”⁶⁸.

Las disposiciones de derecho internacional que versan sobre los crímenes de lesa humanidad limitan el castigo al punitivismo y a la justicia retributiva, justificado bajo la bandera de no-impunidad de los crímenes de lesa humanidad. Es improbable encontrar a alguien que cometa el error de abogar por la impunidad de este tipo de crímenes, por lo menos oficialmente. Empero, la asimilación inmediata que se hace de la no-impunidad con el punitivismo en el contexto de los crímenes de lesa humanidad es susceptible de ser cuestionada, ya que la justicia retributiva no sería el único camino que garantice evitar la impunidad. El artículo 77 del Estatuto de la CPI⁶⁹ ilustra de manera adecuada el punto al que se quiere llegar. Las penas principales que contempla la Corte Penal Internacional en caso de condenar a alguien son exclusivamente de reclusión. Si bien se contemplan penas accesorias que no implican prisión, estas dependen de las principales. No existe la posibilidad, dentro de los procedimientos de la CPI, de imponer penas principales alternativas a la prisión. Es posible concluir entonces que se hace un énfasis absoluto en un tipo de justicia retributiva, y no se contemplan posibilidades de aplicar justicia restaurativa. Contra esta conclusión se podría afirmar que el artículo 75 del Estatuto de Roma contempla mecanismos para la reparación de las víctimas por vía de la Corte⁷⁰. No obstante, estas reparaciones pueden ser insuficientes si el victimario no

⁶⁸ URIBE BURCHER, Catalina. “Amnistías y responsabilidad ante la Corte Penal Internacional. Lecciones del proceso de paz con las AUC”. En GALLEGO GARCÍA, Gloria María y GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José (coord.), *Conflicto armado interno, derechos humanos e impunidad*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores, Universidad EAFIT, Universidad de Zaragoza, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo. 2011. P. 168.

⁶⁹ Así están establecidas las penas que puede imponer la CPI en el artículo 77 de su Estatuto:

“1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años;

o

b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.”

⁷⁰ El Artículo 75 del Estatuto sobre la reparación a las víctimas contempla lo siguiente:

“**Reparación a las víctimas.** 1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.

2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79.

cuenta la verdad sobre lo ocurrido. La verdad ha sido considerada como uno de los pilares de la reparación integral de las víctimas: permite conocer lo que realmente ocurrió y cerrar un capítulo; así mismo, hace posible crear una memoria colectiva que determine la verdad sobre lo ocurrido y dé pie a garantías de no repetición. De la misma manera, las reparaciones podrían ser más adecuadas si los victimarios realizan un acto de contrición y de perdón frente a las víctimas. En suma, se ignora que el victimario puede tener un rol importante dentro de un proceso integral de reparación y de reconciliación.

Si bien la no-impunidad para los victimarios que cometan este tipo de crímenes debe ser uno de los objetivos fundamentales de cualquier sociedad, recurrir siempre y necesariamente a la justicia retributiva puede llegar a constituirse en un obstáculo para superar situaciones de conflictos armados. Si un conflicto armado tiene como bandera real alguna lucha social que implique defender derechos humanos de la población (como el acceso a una vida digna), ¿la respuesta debe ser exclusivamente la justicia retributiva? La criminología crítica diría que, al analizar el contexto del delito y del delincuente, debería buscarse otra salida que responda a las violaciones del conflicto armado, pero también a las inequidades sociales que dieron lugar en primer lugar a los reclamos.

Este es el caso de Colombia, un país claramente inequitativo con un grave conflicto armado. Un proceso de transición que solamente admita elementos de justicia retributiva tiene pocas probabilidades de éxito. En primer lugar, porque no superaría el contexto social en el cual el delito y los delincuentes surgieron. Y en segundo lugar, por la imposibilidad del aparato judicial para procesar al gran número de combatientes que integran a los grupos armados al margen de la ley y que son actores del conflicto armado colombiano. Incluso si el sistema penal fuera capaz de procesarlos, difícilmente la infraestructura carcelaria del Estado podría asumir semejante carga de reclusos. Así lo describe Alejandro Aponte Cardona:

3. La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre.

4. Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 90.

5. Los Estados Partes darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 se aplicaran al presente artículo.

6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.”

“En cualquier caso, el dilema surgido por la pregunta sobre a quién se castiga y a quién no, con recursos limitados, es ciertamente casi una aporía. Pero no se resuelve discursivamente. Es común oír, por ejemplo, cuestiones como “es necesario llenar las lagunas de impunidad”. De acuerdo con ello, habría que perseguir hasta el último delincuente y el último delito: pero esto, incluso si es de muy buena fe en juristas, no es coherente con la realidad, con ninguna realidad de la persecución penal nacional de crímenes internacionales.

[...]

Todo esfuerzo acotado y realista se ve ciegamente tan sólo como ejemplo de impunidad. Obligar a un fiscal a reconstruir cada hecho de los miles que se confiesan, a establecer incluso, en un hecho ocurrido hace 10 o 20 años, si se disparó con un arma corta o de largo alcance, o si se mató con un arma blanca grande o pequeña [...] es totalmente irresponsable y crea, eso sí, impunidad, en la medida en que condena a lo imposible al sistema judicial; parece más una conspiración contra el proceso mismo, a nombre de las víctimas y de la lucha contra la impunidad.”⁷¹.

Aponte Cardona ilustra perfectamente la imposibilidad fáctica de procesar a través de la justicia retributiva ordinaria a actores dentro de un conflicto armado, y además reafirma el argumento de que cualquier propuesta en un sentido alterno es vista como una ‘laguna de impunidad’, para usar los mismos términos del texto precitado. En una situación como la colombiana, insistir en un juicio ordinario para cada uno de los victimarios es condenar al aparato judicial penal a una tarea irrealizable, y a Colombia a un conflicto armado que no tiene perspectivas de superación. En situaciones de conflictos armados en países con recursos limitados, la teoría y la dogmática deben dejar un espacio suficiente para la realidad. Así lo afirman también Libardo Ariza y Manuel Iturralde sobre el contexto específico colombiano:

“Los serios problemas del sistema penitenciario y carcelario colombiano, aquejado por altísimos índices de hacinamiento, infraestructura deficiente y carencia de servicios básicos y de programas de resocialización, han llevado a una violación masiva y sistemática de los derechos humanos de la población

⁷¹ APONTE, Alejandro. *Persecución penal de crímenes internacionales. Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana: Fundación Konrad Adenauer, 2011. P. 248.

*reclusa (Ariza 2011a; Iturralde 2011). Bajo estas condiciones, es evidente que la pena de prisión en Colombia no cumple con buena parte de las funciones que le son asignadas. Esta carencia del sistema se hace aún más evidente en un contexto de justicia transicional, en el que la prisión está lejos de responder a las expectativas de las víctimas y a las necesidades y promesas de la justicia transicional. Si el sistema es incapaz de controlar y resocializar a personas que han cometido delitos comunes, aún más lejos está de cumplir sus fines frente a personas que dirigen estructuras criminales poderosas, y quienes además han cometido delitos de suma gravedad en contra de miles de personas.*⁷²

Así, es claro que el sistema penitenciario colombiano no tiene la capacidad de responder ante una eventual llegada de tantos prisioneros, tanto quienes dirigen las estructuras criminales como los encargados de cumplir las órdenes. En este sentido, es poco realista pretender que a cada uno de los miembros de los grupos guerrilleros se les aplique el régimen de justicia retributiva ordinario.

Más aún, es poco probable que los integrantes de grupos guerrilleros al margen de la ley se desmovilicen si lo que obtendrán posteriormente serán duras condenas en prisión. Esto también haría inviable un proceso de paz y dejaría como única opción la vía militar, con lo que implica tanto para la reparación de las víctimas por los victimarios como para el alcance de la verdad. Además, resolver el conflicto por la vía armada puede resultar en una asimetría, ya que en estos contextos es aún más probable que se nieguen o se oculten los crímenes de Estado, pero sí es probable que se conozcan algunos crímenes cometidos por los demás actores. Tampoco hay certezas de una salida exclusivamente militar dentro de un conflicto que lleva muchos años sin solución a la vista. En otras palabras, el discurso exclusivamente retributivo hace que el conflicto continúe, y en ese mismo sentido las violaciones. Por tanto, los derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, al enfocarse solamente en la justicia retributiva, no logran prevenir ni detener los conflictos. Al contrario: mientras continúe el conflicto habrá más violaciones; de este modo, la única manera de detener a los victimarios será por medio de la fuerza, es decir, mediante más violencia (situación evidentemente contradictoria con los propósitos de los derechos humanos); y los

⁷² ARIZA, Libardo; ITURRALDE, Manuel. *Desmovilizados y régimen penitenciario*. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. [En línea]. Fecha de consulta: 19 de abril de 2013. Disponible en: <<http://derecho.uniandes.edu.co/images/stories/pdf/castigo_y_paz.pdf>>

problemas contextuales que dieron lugar en primer lugar a los delitos y a los delincuentes no encontrarán respuesta.

Por otro lado, con elementos de justicia restaurativa dentro de un proceso de paz, las probabilidades de cesar el conflicto y de ofrecer verdad, justicia y reparación para las víctimas son muy superiores⁷³. En primer lugar, porque los miembros de los grupos armados al margen de la ley tendrán una motivación para desmovilizarse si es a cambio de contar la verdad y pedir perdón por sus crímenes, y no a cambio de cumplir una pena de privación de la libertad muy extensa. En ese sentido, las víctimas conocerán la verdad de lo ocurrido y además obtendrán explicaciones y disculpas por parte de los victimarios, elementos esenciales de la reparación. Es este el caso de Sudáfrica, en el cual la justicia restaurativa reconcilió a toda una sociedad dividida por brechas mucho más hondas que las colombianas. La justicia restaurativa, de manera análoga a la criminología crítica, obliga a considerar el contexto de los delitos, de los victimarios y de las víctimas.

Adicionalmente, si se aplica solamente justicia retributiva se mantiene el problema de la reintegración de los victimarios a la sociedad. A menos que se planea aplicar cadena perpetua a cada uno de los miembros de los grupos armados al margen de la ley dentro del conflicto colombiano, estas personas necesitarán un proceso especial de resocialización y reintegración. Sin embargo, los juicios penales y las condenas ordinarias en un sistema carcelario que no presenta condiciones adecuadas ni está en concordancia con los estándares internacionales conllevan serios perjuicios a considerar: en lugar de contribuir a la superación de situaciones de desigualdad, que también son violatorias de los derechos humanos, un sistema carcelario hacinado y en condiciones inferiores a los estándares mínimos de dignidad humana perpetúa la situación de contexto que desde el inicio dio lugar al conflicto, como también lo afirman Ariza e Iturralde:

“Lo anterior no quiere decir que se deba renunciar a los fines que persigue el modelo rehabilitador y que en consecuencia la prisión se convierta únicamente en un mecanismo de retribución e incapacitación. Esta perspectiva, unida a las condiciones indignas de las prisiones colombianas, va en contravía de los

⁷³ No se ahondará en el tema porque desviaría el hilo conductor. No obstante, sobre el tema, es pertinente revisar el documento Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report, Volume One. El informe fue presentado al ex presidente Nelson Mandela el 29 de Octubre de 1998.

*objetivos de la justicia transicional pues, lejos de contribuir a la reconciliación social, reproduce ciclos de injusticia y resentimiento, al convertir a los victimarios en víctimas del Estado y la sociedad.”*⁷⁴

Es claro que el enfoque exclusivo de los derechos humanos en una justicia retributiva trae efectos contrarios a los propósitos de su discurso, tales como la imposibilidad de superar conflictos armados internos que impliquen graves violaciones a los derechos humanos, la incapacidad de dar respuesta a profundas inequidades sociales que se encuentren presentes en una sociedad, y el uso de métodos de los sistemas penales tradicionales, que dan lugar a exclusión y discriminación. ¿Cuáles son las alternativas? El siguiente aparte se ocupará del tema.

Alternativas al punitivismo

El enfoque exclusivamente punitivista de las graves violaciones de derechos humanos y de los crímenes de lesa humanidad, como ya se vio, deja sin alternativas a países que enfrentan problemas como conflictos armados internos o una situación de graves violaciones de derechos humanos. Además, continúa con el discurso penal tradicional, con implicaciones de control social, contrario a lo que deberían ser sus fines emancipadores, igualitarios y de libertad. Por tanto, es pertinente explorar otros caminos que no descarten la justicia retributiva, pero que la complementen o la suplan cuando esta no puede dar respuesta, como ocurre en las situaciones de conflictos armados o graves violaciones de derechos humanos mencionadas. Es decir, un camino alternativo, que incluso puede contemplar uno intermedio.

Uno de estos caminos, ensayado en diferentes lugares del mundo con buenos resultados y otros mejorables, es el de la justicia transicional. Esta justicia se ha definido como “*aquel conjunto de mecanismos y herramientas que permitan hacer tránsito de una situación de graves y masivas violaciones de derechos humanos, hacia la reconciliación nacional y, eventualmente, hacia la paz*”⁷⁵. Iván Orozco Abad define la justicia transicional como la expresión que “*se usa para designar aquellos procesos de rendición de cuentas que adelantan las sociedades estatales en relación con crímenes políticos y de masas perpetrados en el pasado, en situaciones de turbulencia política*

⁷⁴ ARIZA; ITURRALDE. Op.cit.

⁷⁵ Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia y Unión Europea. *Justicia Transicional. Aportes para construir un lenguaje unificado de transición en Colombia*. Bogotá, 2011. P. 11.

como las que son propias de las transiciones de la guerra a la paz y de la dictadura a la democracia”⁷⁶. En otras palabras, la justicia transicional se refiere no solamente a una transición de un marco jurídico a otro diferente –como lo sería, por ejemplo, una sustitución constitucional-, sino también al paso de una situación fáctica en la cual se están cometiendo graves violaciones de derechos humanos –lo cual incluye los crímenes de lesa humanidad- a una en la cual esta situación cesa. Así también lo establece el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la justicia transicional:

“...abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”⁷⁷.

Esta cita, además de confirmar lo inicialmente mencionado, también plantea tres preguntas sobre los responsables: ¿cómo pueden estos rendir cuentas sobre sus actos? ¿De qué manera pueden servir a la justicia? ¿Cómo pueden reconciliarse con sus víctimas?

Sobre la primera de estas inquietudes, se debe anotar que para la sociedad en general la única manera en la cual un victimario puede pagar por sus actos es la pena privativa de la libertad. Y por eso, uno de los principales retos de la justicia transicional, en Colombia y en cualquier otro lugar, es el de demostrar que existen penas alternativas a la de prisión, y que procesos diferentes a los penales ordinarios no son equivalentes a la impunidad. Orozco dice lo siguiente al respecto:

“En palabras de Elster, la justicia transicional debe, por ejemplo, soportar y resolver las tensiones que se generan entre los ‘cortocircuitos’ demandados por las pasiones retribucionistas, por el sentido de oportunidad y de conveniencia y por los principios de necesidad y de eficiencia (razón del Estado), por un lado, y las exigencias propias del garantismo liberal, de la democracia y del Estado de Derecho (razón jurídica) por el otro.”⁷⁸

⁷⁶ OROZCO, Iván. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá, Temis, 2009, p.9.

⁷⁷ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Reporte del Secretario General sobre el Estado de derecho y Justicia Transicional en sociedades en conflicto y posconflicto. (S/2004/616). 3 de agosto de 2004. Citado por: Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia y Unión Europea. *Justicia Transicional. Aportes para construir un lenguaje unificado de transición en Colombia*. Bogotá, 2011. P. 11.

⁷⁸ OROZCO, Op.Cit., p. 75.

Por tanto, se debe entender que existen otros tipos de pena que no son retributivas, pero que tampoco implican impunidad. El trabajo comunitario, el trabajo social, el perdón a las víctimas o el aporte a la construcción de verdad y memoria histórica sobre lo ocurrido también pueden constituirse en una manera de rendir cuentas sobre sus actos, entre otros muchos que vale la pena considerar:

“Segundo, el enfoque retributivo propio del régimen de reclusión puede ofrecer mecanismos alternativos para lograr la reparación de las víctimas y la reconciliación entre estas y sus victimarios. Así, es posible diseñar un régimen penitenciario que, de manera similar al modelo rehabilitador, permita redimir penas si los condenados cumplen con la ejecución de medidas de satisfacción y restauración de los derechos de las víctimas. Esto puede suceder a través de la realización de actos donde los victimarios pidan perdón a las víctimas, y las reparen instrumental y simbólicamente.

Pero también, y especialmente, se pueden utilizar mecanismos y procedimientos propios de la justicia restaurativa para que los victimarios rediman penas por medio de su participación en programas estatales de restitución, donde se reparen los daños causados a las víctimas y se restablezca el tejido social a través de actividades que se desarrollen con dichas comunidades y en beneficio de éstas. En el proceso, el contacto entre victimarios y víctimas, bajo el control del Estado, puede dar lugar a dinámicas de reconciliación social; esto, aunque sea difícil de lograr, resulta imposible en un régimen de exclusión e incapacitación donde el victimario no tiene ningún contacto con la víctima ni los incentivos para reconocer el daño que ha causado y pedir perdón.”⁷⁹

Pedir perdón a las víctimas es un primer paso en la reparación y la restauración de sus derechos. Contar la verdad sobre lo ocurrido con los familiares de una persona puede otorgar paz y certeza sobre lo que realmente pasó con ella, además de contribuir en la construcción de la memoria histórica que con justicia retributiva ordinaria no es posible lograr. Y tanto el perdón como la verdad constituyen pilares fundamentales en el proceso de reconciliación posterior a un conflicto armado que ha visto delitos tan graves. Sobre la reparación a las víctimas, lo siguiente dice Orozco:

⁷⁹ ARIZA; ITURRALDE. Op. Cit.

“[...] las comisiones de la verdad deben no solo acogerse a la perspectiva altamente subjetivante y libertaria de la memoria individual y colectiva –en cuanto subjetivante, altamente compatible con el paradigma judicial de aproximación a la conducta individual-, sino abrirse además a la necesidad de interpretar contextos en los términos objetivantes e impersonales de modelos estructuralistas, y en general, inter-accionales, como los que son propios de la sociología histórica (Elias) y de la historia estructural (Braudel), capaces de autorizar la explicación causal y, en último término, la imputación de responsabilidades por lo menos parciales a las situaciones y no solo a los individuos.”⁸⁰

Se debe aclarar también que en ningún caso la justicia transicional pretende remplazar a la justicia penal ordinaria. La Justicia Transicional está para ser aplicada cuando ocurren violaciones graves y extraordinarias de derechos humanos. Además, se puede aplicar de manera que se otorguen penas alternativas a las privativas de la libertad solamente a algunos de los perpetradores, como aquellos que simplemente obedecían órdenes y que no eran los que estaban en posiciones de poder o encargados de impartir dichas órdenes.

Por tanto, se trata de un régimen excepcional que se aplicaría solamente en violaciones graves, manifiestas y masivas de los derechos humanos⁸¹. Frente a estos hechos ningún aparato judicial ordinario, así como ningún sistema penitenciario, tiene la capacidad de responder, teniendo en cuenta la magnitud, la gravedad y la cantidad de hechos. En este sentido, el aparato judicial colombiano es uno de los que presenta fallas graves. Por eso es imperativo explorar otros caminos en este tipo de situaciones, y el de la Justicia Transicional aparece como uno de los más viables.

Lo anterior tiene que ver con aquello que tiene por aportar la justicia transicional en un contexto de conflicto o de transición. Pero la justicia retributiva también tiene elementos importantes para aportar, ya que si bien puede ser contraproducente que sea impuesta a

⁸⁰ OROZCO, Op.Cit, p. 133. Y en el mismo sentido: *“En cualquier caso, es más fácil fundamentar la reparación como una obligación del Estado, o de la sociedad en su conjunto, si –escapando de los excesos del individualismo liberal- se entiende que una concepción balanceada de la justicia transicional implica llegar a un cierto equilibrio entre las responsabilidades colectivas, políticas y legales, sincrónicas y diacrónicas, y las individuales.”* Ibidem, p. 140.

⁸¹ *“Acaso la justicia extraordinaria y de emergencia ha devenido justicia transicional, precisamente en la medida en que se ha vuelto cada vez un poco más legal, más verdadera, más memoriosa y más reparadora.”* OROZCO, Op.Cit., p. 57. Y en el mismo sentido: *“Si la justicia penal ordinaria, por lo menos en la tradición europea-continental, es igualitaria en su aplicación, de manera que su selectividad es sobre todo un problema de hecho, asociado a asuntos como la ‘tasa de la criminalidad’, la justicia extraordinaria, en cambio, es conscientemente selectiva, debido a su masividad, y, en general, a los constreñimientos fácticos que enfrenta”.* Ibidem, p. 67.

todas las violaciones de derechos humanos dentro un conflicto, sí puede ser dirigida a los casos más graves dentro de un conflicto armado, aplicando criterios de priorización y de selección:

“La justicia retributiva también juega un importante papel simbólico en contextos de justicia transicional pues la condena y castigo de delitos atroces simboliza la desaprobación pública de este tipo de conductas, lo cual reivindica a las víctimas y el sufrimiento que han padecido, y se constituye en una promesa de no repetición. El Estado, a través del castigo, expresa que en el futuro no tolerará este tipo de conductas, lo cual no es sólo una forma de disuasión, sino que se constituye en una garantía de no repetición para las víctimas, que a su vez hace más plausible la reintegración de los victimarios a la sociedad. En este sentido, el castigo no solo simboliza una forma de justicia socialmente aceptada, sino que refleja y reafirma la perspectiva moral de una sociedad, que se ha visto debilitada durante el conflicto.”⁸²

Y en el mismo sentido, lo siguiente dice Orozco:

“En lo que atañe a la persecución penal de las cabezas de la macrocriminalidad, me parece que capturan mejor la realidad de los monopolios de violencia fragmentados y de las constituciones semánticas y de papel, y permiten hacer imputaciones más justas, figuras como la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder, que la posición de garante.”⁸³

Así, la idea es buscar que los dos tipos de justicia se complementen. La justicia retributiva castigaría a los más altos responsables, a aquellos encargados de dar las órdenes, lo cual además tendría una importante carga simbólica en cuanto a las consecuencias de este tipo de actos violentos. Además, cumpliría con obligaciones internacionales y normas como el Estatuto de Roma, a través de criterios de selección y priorización de la acción penal⁸⁴. La justicia transicional, entre tanto, se encargaría de las lagunas que quedan: ofrecería penas alternativas a las privativas de la libertad a los desmovilizados que no tenían posiciones de poder; facilitaría la decisión de

⁸² ARIZA; ITURRALDE. Op.cit.

⁸³ OROZCO, Op.Cit., p. 138.

⁸⁴ “El hecho de que la justicia transicional tenga que ver con fenómenos de criminalidad política y de masas en relación con los cuales se deben tomar decisiones colectivas sobre su juzgamiento, etc., determina que se trate de un fenómeno sometido a múltiples constreñimientos en materia de tiempo, dinero, personal y demás recursos requeridos para hacerla operar. Ello la hace inevitablemente parcial y selectiva”. (Subrayado fuera del texto). OROZCO, Op.Cit, p. 87.

desmovilizarse; y ayudaría a la construcción de una memoria histórica y a la reconciliación.

Este es justamente el objetivo que se persigue actualmente en Colombia, mediante la expedición del Acto Legislativo 1 de 2012, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 1.

(...)

Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección.”⁸⁵ (Subrayado fuera del texto)

En este sentido, el llamado ‘Marco para la paz’ en Colombia constituiría el camino intermedio que se ha propuesto: se facilitaría la reinserción a la sociedad de grupos armados al margen de la ley estableciendo penas alternativas a la privativa de la libertad, pero también se condenaría a aquellos que tuvieran posiciones de poder o fueran los encargados de tomar decisiones dentro de los respectivos grupos, aplicando criterios de selección y priorización para centrar los capacidades del sistema penal y del

⁸⁵ Congreso de la República. Acto Legislativo 1 de 2012, Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

sistema penitenciario en los más graves responsables. Es decir, en los casos más graves, elegidos con criterios especiales por la Fiscalía General de la Nación, aplicaría la justicia retributiva; en los demás, la restaurativa, la cual ayudaría además a reconciliar la sociedad y a reconstruir el tejido social.

Ahora bien, al aplicar justicia de tipo restaurativa hay que tener en cuenta contextos de victimarios y víctimas, en el mismo sentido que la criminología crítica lo sugeriría. Y en estos contextos, las emociones están inevitablemente vinculadas. Jon Elster afirma⁸⁶ que las emociones y los intereses personales tienen un rol determinante dentro de la concepción subjetiva de justicia, debido a que se relacionan directamente con la intensidad con la que se exige la retribución en un proceso de justicia transicional⁸⁷. Hay factores que pueden aumentar esta intensidad – lo odioso de los crímenes, cantidad absoluta y relativa de los crímenes, identificación social con las víctimas de los abusos, régimen predemocrático impuesto por un poder extranjero, difusión y conocimiento de los abusos, prosperidad relativa o absoluta de los victimarios después de la transición – o disminuirla – tiempo pasado entre los crímenes y el juicio, identificación social con los perpetradores de los abusos, difusión de la responsabilidad, crímenes cometidos por los opositores del régimen y por los agentes del régimen, tiempo transcurrido entre la transición y los juicios- según sea el caso.

Las emociones consideradas son provocadas por creencias acerca de alguien o de alguna acción. Además son moduladas por cómo están relacionadas las víctimas con los victimarios. Entre las emociones que considera Elster⁸⁸, con sus tendencias de acción, es posible encontrar la ira o la indignación, que causan que el objeto de la emoción sufra; el odio, que causa que el mismo objeto de odio deje de existir; el desprecio, que causa ostracismo o anulación; la vergüenza, que produce ganas de huir o de suicidarse; la culpa, que provoca confesiones, intención de realizar reparaciones o de lastimarse a sí mismo; la envidia, que causa tendencia a destruir el objeto envidiado a su dueño; el miedo, que provoca voluntad de pelear; el amor, que induce anhelos de acercarse o ayudar al otro; y la lástima, que induce la tendencia de aliviar el dolor del otro.

⁸⁶ ELSTER, Jon. *Closing the books: transitional justice in historical perspective*. New York, Cambridge. 2004. Part II, p. 136.

⁸⁷ En el mismo sentido: “*Las dinámicas políticas y judiciales de la justicia transicional son altamente pasionales. Son la ocasión para el despliegue de fuertes sentimientos morales como la culpa y la vergüenza, así como la disposición ocasional al perdón.*” OROZCO, Op.Cit., p. 76.

⁸⁸ *Ibidem*.

Dentro de este marco, es necesario que se definan y analicen todos los componentes que se ven involucrados en los procesos de justicia transicional y sus respectivas consecuencias, para determinar unas directrices específicas y generales que puedan servir como pauta para los procesos futuros. Todo esto, por supuesto, dentro del marco del contexto específico en el cual se pretenda llevar a cabo la transición. La diferenciación de las motivaciones y de los victimarios también puede ayudar a que la justicia actúe de manera más eficaz y más acertada: que existan distintos tipos de castigo y que a cada culpable le corresponda el castigo adecuado según su falta. No obstante, queda por determinar si es plausible encontrar un modelo o esquema con las mismas directrices y que sea aplicable a diferentes casos y situaciones, o si de cualquier forma hay que diseñar uno específico en cada proceso.

También es importante considerar el contexto para la elección de los mecanismos mediante los cuales se implementará el proceso de justicia transicional. De estos puede depender el nivel de justicia y reconciliación que se obtenga:

“Precisamente porque la justicia transicional es trágica, transaccional, parcial, y al menos en parte –en lo que atañe al universalismo humanitario- contrahegemónica, debe contar con un amplio repertorio de instrumentos, que va desde los procesos penales hasta las comisiones de la verdad, pasando por toda suerte de dispositivos de purga administrativa, pedido de perdón, reconocimiento de memoria histórica y reparación, de manera que refleja en la realidad un sentido múltiple de justicia que incluye, por lo menos, elementos de justicia retributiva, preventiva, ejemplarizante, distributiva, representacional y restaurativa.”⁸⁹

Carlos Nino, en su libro *Juicio al mal absoluto*, hace un análisis favorable del proyecto de justicia transicional del Gobierno de Raúl Alfonsín, que tenía como objetivo superar el gobierno de facto de la Junta Militar en Argentina. Nino considera plausible que dicho proyecto hubiera podido ser entendido como un ‘óptimo de Pareto’ superior, es decir, un equilibrio en el cual no es posible beneficiar más a una parte sin perjudicar a la otra (teniendo como partes a las Fuerzas Armadas Argentinas y las organizaciones de derechos humanos argentinos). El problema del Gobierno de Alfonsín, para Nino, fue no saber comunicar sus argumentos.

⁸⁹ OROZCO, Op. Cit., p. 90.

Uno de las razones principales para que Alfonsín haya buscado un escenario similar a un ‘óptimo de Pareto’ mediante un equilibrio de concesiones y sacrificios entre las organizaciones de derechos humanos y las Fuerzas Armadas, en vez de castigar a todos los responsables por el terrorismo de Estado de manera integral, es la creencia del expresidente argentino –reseñada por Nino- de que las violaciones de derechos humanos eran posibles solamente por fuera de una democracia. De este modo, para él era imperativo trabajar por la supervivencia de la incipiente democracia existente en el momento, y uno de los caminos para protegerla era evitar que fuera nuevamente atacada por militares inconformes. La inconformidad, en este caso, podría surgir de castigos que ellos consideraran excesivos, o por el simple hecho de ser castigados.

Sin embargo, sobre este argumento, es pertinente decir en primer lugar que en un sistema democrático también pueden existir violaciones masivas de derechos humanos. Para no ir tan lejos, se puede traer a colación el caso colombiano, en el cual el Estado infringe o permite violaciones de los derechos humanos de muchos ciudadanos (como en casos de masacres que involucran a las Fuerzas Armadas). Indultar toda violación grave de derechos humanos, y especialmente aquellas cometidas por las personas en posiciones de poder, puede ser contraproducente para la futura protección de los derechos humanos. Una manera de consolidar un sistema democrático que actúe de conformidad con las disposiciones de derechos humanos puede ser la de castigar de manera ejemplar a aquellos que promovieron desde posiciones jerárquicas las graves violaciones de derechos humanos.

En cualquier caso, para conocer el contexto y las causas por las cuales esos hechos ocurrieron, y por qué los victimarios los cometieron, es imperativo conocer la verdad. Y conocer la verdad a través de procesos de justicia restaurativa es mucho más posible que conocerlos a través de procesos de justicia retributiva. David Crocker dice lo siguiente al respecto:

“1. Truth. To meet the challenges of transitional justice, a society should investigate, establish, and publicly disseminate the truth about past atrocities. What Alex Boraine calls “forensic truth” or “hard facts” is information about whose moral and legal rights were violated, by whom, how, when, where and

why. Given the moral significance of individual accountability, the identity of individual perpetrators should be brought to light. [...]”⁹⁰

Crocker afirma que la sociedad que se encuentre en proceso de transición debe buscar la verdad sobre lo que ocurrió, entendiendo por esta los hechos puros, las violaciones cometidas, la manera en la cual cometieron, los momentos y los lugares, las víctimas y los victimarios, y las razones que llevaron a que todo esto ocurriera. Sin embargo, entendiendo la dificultad de esta tarea, el autor explica que algunos factores, como un lapso muy breve, pueden llevar a que las Comisiones de la Verdad no abarquen todos los hechos ocurridos.

Autores como Orozco también afirma que los mecanismos de la justicia transicional contribuyen a la producción de verdad:

*“Dicho en el lenguaje más subjetivante y escéptica de la modernidad y la posmodernidad, cabe afirmar, así mismo, que tales instituciones construyen verdad. A la preferencia un tanto anacrónica por el término destape contribuye no solamente el hecho de que con frecuencia lo que se revela son fosas y con ello huellas materiales y vestigios ocultos (hechos verificables) de asesinatos, masacres y desapariciones forzadas, sino acaso también que la idea de una verdad objetiva que se descubre –y no que se construye– confiere mayor seguridad de juicio a quien debe hacer imputaciones de responsabilidad, así como a quien, después de conocer, debe ‘reconocer’ oficialmente lo sucedido.”*⁹¹

No obstante, Crocker no tiene en cuenta en su análisis el origen de la legitimidad de las Comisiones de la Verdad. Como es bien sabido, los hechos están sujetos a interpretaciones de todos los actores, y este inconveniente se agudizará al tratarse de hechos que involucran conflictos y bandos opuestos. Por tanto, en muchas ocasiones los informes de las Comisiones de la Verdad podrán ser objetados por el bando que resulte menos favorecido mediante acusaciones de manipulación, incluso tratándose de ‘resultados forenses’. De este modo, la elección de los miembros de las Comisiones de Verdad y su legitimidad frente a las víctimas, los victimarios y la sociedad civil, será clave para que los informes tengan peso y valor.

⁹⁰ CROCKER, David A. “*Truth Commissions, Transitional Justice, and Civil Society*” en Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions (Rotberg & Thompson eds. Princeton University Press, 2000). P.3.

⁹¹ OROZCO, Op.Cit., p.93.

Otra dificultad de la labor de las Comisiones de la Verdad radica en conocer la verdad acerca de los crímenes cometidos por agentes estatales:

“Algunos en el campo de los derechos, sin embargo, han querido proponer una distinción tajante entre la verdad y la justicia y un modelo único para las comisiones de verdad. El problema con este modelo es que requiere un respaldo político que es difícil en situaciones de transición y, por eso, puede terminar con un acceso muy limitado a la información relevante. Adicionalmente, los objetivos más difusos y amplios exigen más recursos económicos y tiempo, que son incluso más escasos cuando se trata de una transición.

El caso colombiano ha mostrado, interesantemente, lo difícil que puede ser investigar violaciones de derechos humanos cometidas por miembros del mismo gobierno. En medio de todas las audacias que ha mostrado el diseño institucional de la transición, esperamos que la Comisión de Verdad anunciada por el artículo constitucional que promovió el mismo gobierno que lleva adelante las negociaciones de paz, se diferencie del Centro de Memoria Histórica existente constituyéndose en una Comisión que investigue las violaciones de derechos humanos del gobierno colombiano durante el conflicto armado para su futura judicialización.”⁹²

Y más allá de la dificultad de conocer estos hechos, la pregunta sería: ¿se le aplicarían a los agentes estatales el mismo marco transicional y los mismos criterios?

Por último, la justicia restaurativa permite también comprender mejor el contexto de las víctimas, y por tanto de su situación. En este sentido, la justicia transicional también propendería por el objetivo de análisis contextual de la criminología crítica. Es necesario analizar a la víctima y sus circunstancias, y generalmente el énfasis de la justicia retributiva está en otro punto. Elster dice lo siguiente al respecto de la importancia del enfoque a partir de las víctimas:

“By and large, courts and agencies tend to demand strict, individualized evidence before they authorize compensation. The burden of proof is on the person making the request. In criminal cases, the law is usually concerned with

⁹² JARAMILLO, Isabel C. y RINCÓN, Juan C.. *Las comisiones de verdad y el derecho a la verdad*. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho [En línea]. Fecha de consulta: 19 de abril de 2013. Disponible en: <<http://derecho.uniandes.edu.co/images/stories/pdf/comisiones_de_verdad.pdf>>

avoiding false convictions. Wrongdoers are given the benefit of the doubt because it is better for ten guilty to be let free than for one innocent to be convicted. There is no equally explicit principle underlying administrative decisions, but the main emphasis has usually been on the need to avoid paying compensation to those not entitled, rather than to avoid denying them to those who are entitled. [...]".⁹³

En este sentido, la justicia transicional puede permitir comprender de manera mucho más precisa la perspectiva de la víctima, la razón por la cual fue victimizada, y el tipo de reparación que requiere. La justicia no se limitará simplemente a imponer una pena retributiva a su victimario, sino que buscará entender el contexto social en la cual los hechos ocurrieron, para repararla de manera adecuada y para que nunca vuelva a ocurrir. El análisis crítico del discurso de los derechos humanos muestra que deben tener un cambio drástico en la práctica, y que este cambio debe incluir una perspectiva que implique otros tipos de justicia, como la restaurativa.

Esta perspectiva diferente se puede conciliar, como se vio, con los reclamos de una justicia retributiva para evitar una presunta impunidad. La acción y la investigación penal tendrán lugar cuando se trate de personas que hayan ocupado posiciones de poder, desde los mandos medios hasta las cabezas de la organización. Entre tanto, los mecanismos de la justicia restaurativa aplicarán para el resto de actores, y en beneficio de las víctimas, de la reconciliación y de la reconstrucción del tejido social. Debido a esto, la implementación de estos mecanismos deberá tener en cuenta el contexto específico de víctimas, victimarios y violaciones. De esta manera se logrará también restringir el punitivismo exclusivo del discurso de los derechos humanos, y hacer su práctica más coherente con sus pretensiones teóricas.

Conclusiones

La criminología crítica surge como respuesta a la criminología positivista, la cual consideraba que delito y delincuente eran categorías dadas, que era posible encontrarlas en el mundo físico y que bastaba con identificarlas y cuantificarlas. En este sentido, se entendió este tipo de derecho como un modelo de control social, debido a que a través

⁹³ ELSTER. Op.cit. p. 183.

del etiquetamiento de delincuentes y la elección subjetiva de lo que era delito y contrario a los valores de la sociedad, se alcanzaban unos fines específicos y particulares. Es decir, la apariencia de objetividad del método científico realmente escondía la imposición de un modelo económico y de sociedad específico.

La criminología crítica (o nueva criminología) debe tener en cuenta siete aspectos: los orígenes mediatos⁹⁴ –los cuales se refieren a las contingencias económicas y sociales de la actual sociedad- e inmediatos⁹⁵ –el espectro de opciones disponibles para las personas y el reconocimiento de que se puede elegir conscientemente el acto desviado-; el acto en sí mismo⁹⁶, que debe explicar la racionalidad o las limitaciones a la hora de elegir, y las dinámicas sociales que rodean los actos; los orígenes mediatos⁹⁷ –la posición y las características de aquellos que reaccionan frente al delincuente- e inmediatos⁹⁸ –las opciones inmediatas de reacción de la sociedad- de la reacción social; la influencia de la reacción social sobre la conducta ulterior del desviado⁹⁹, es decir, la conciencia de la reacción social que tendrá su actuar desviado; y la naturaleza del proceso de desviación en su conjunto¹⁰⁰: los acuerdos sociales, el cambio social y las contradicciones de la sociedad capitalista se encuentran en una relación compleja que afecta al individuo.

En este sentido, la criminología crítica aplicada a las violaciones de derechos humanos y a los crímenes de lesa humanidad deberá tener en cuenta los contextos y las contingencias de la actual sociedad, deberá considerar el espectro de opciones para los victimarios, las dinámicas sociales que rodean los actos y la elección de cometer las violaciones, el origen y las circunstancias del victimario, la influencia de la reacción social al momento de tomar la decisión, y todo el proceso que llevo a ese victimario a cometer esa violación dentro de esa sociedad.

Entre tanto, la normatividad sobre los derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, apareció con el objetivo de fomentar el respeto y la protección de los derechos y libertades que presuntamente se reconocen universalmente, de proteger unos mínimos de dignidad humana, y en general de evitar hechos atroces que se pudieran cometer en contra de la población civil. Ni su origen, ni su aplicación,

⁹⁴ TAYLOR, Op.Cit., p. 270.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 271.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*, p.273.

⁹⁸ *Ibidem*, p.272.

⁹⁹ *Ibidem*, p.275.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.276.

en principio, deberían depender de contexto social alguno, sino que deberían ser universales; sin embargo, esto no ocurre en la práctica.

En primer lugar, es claro que actualmente las disposiciones sobre derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra son usadas con fines distintos para los que fueron creadas. Sus fines emancipadores, humanizadores y protectores de la población en general quedan generalmente opacados por la aplicación selectiva en virtud de intereses de los países. Un ejemplo de esto son las certificaciones en derechos humanos que Estados Unidos otorga a ciertos países, de las cuales dependen ayudas económicas e inversión extranjera, y que países como Colombia buscan obtener con el único propósito de lograr los auxilios. Es decir, Estados Unidos usa esas certificaciones para ejercer control sobre ciertos países, y Colombia para obtener determinados beneficios.

En segundo lugar, las intervenciones en situaciones humanitarias críticas se realizan según el interés (o desinterés) de alguna potencia. Estas intervenciones selectivas pueden dar lugar en muchas ocasiones a violaciones graves de derechos humanos, como las torturas de Iraq mencionadas en el presente texto, las cuales quedan en la impunidad absoluta, ya sea porque países como Estados Unidos u otras grandes potencias no se someten a la jurisdicción de ninguna entidad internacional, o porque son consideradas necesarias para alcanzar los fines que dicho país determinó como fundamentales. En este sentido, lo que es una violación de los derechos humanos, o un crimen de lesa humanidad, será relativo según quién lo cometa y contra quién. La universalidad queda de lado y da paso a la subjetividad del sujeto activo, del sujeto pasivo y del contexto en el cual se comete el delito. La perspectiva de la criminología crítica permite concluir que al final los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad son también usados como los delitos comunes, y sirven como medio de control social para mantener un *status quo* determinado.

También parece existir una priorización implícita de las graves violaciones de derechos humanos. ¿Por qué los Estados dicen ser intolerantes -al menos en apariencia- con las torturas, pero toleran las desigualdades sociales internas? ¿Una intervención humanitaria en África en virtud del problema del hambre no es tan urgente como una de tipo militar en un conflicto armado interno? ¿Es intolerable una ejecución extrajudicial, pero es tolerable la pobreza extrema? La criminología crítica diría: al final, los derechos

humanos son usados para mantener un modelo social y económico, de manera análoga al derecho penal ordinario.

Adicionalmente, los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad parecen carecer de herramientas que realmente eviten que los perpetradores cometan este tipo de actos. Incluso después de la creación del Estatuto de Roma, han seguido ocurriendo graves violaciones de derechos humanos. Por tanto, estas disposiciones no parecen haber tenido un efecto disuasivo. El análisis de la autora Alette Smeulers, acerca de cómo una persona ordinaria llega a ser un criminal de lesa humanidad, evidencia que los derechos humanos no tienen ninguna influencia en estas personas. Esto también se hace claro en situaciones como la del caso colombiano, en la cual los militares reciben lecciones sobre derechos humanos, derecho internacional humanitario y crímenes de lesa humanidad, y a pesar de eso siguen cometiendo ejecuciones extrajudiciales.

Tampoco parece ser coherente con el discurso analizado (al menos en la teoría) el hecho de enfocarse exclusivamente en una justicia retributiva. En primer lugar, porque reproduce elementos de la pena como manera de control social. Y en segundo lugar, porque limita el uso de otros tipos de justicia como la restaurativa, la cual puede dar una respuesta más idónea a situaciones complejas como las que surgen de los conflictos armados, y las cuales la justicia retributiva no tiene la capacidad de enfrentar. Adicionalmente, la posición de la justicia restaurativa también puede ayudar a dar respuesta a las circunstancias sociales que pudieron dar origen al conflicto, como la no garantía de derechos fundamentales. En el sentido de garantizar derechos y libertades, la justicia restaurativa tiene mucho más en común con el discurso de los derechos humanos que la retributiva.

Lo anterior se hace evidente especialmente en el caso de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en el marco de un conflicto armado. La verdad que se consigue a través de justicia retributiva puede estar incompleta, o viciada por la obtención de beneficios de rebaja de pena. Y no hay reparación completa sin verdad. Además, la reparación también contempla políticas públicas que hagan frente a problemas estructurales, y no solo a individuales¹⁰¹. La justicia restaurativa, entre tanto, al ofrecer penas alternativas a la privativa de la libertad, puede exigirle a los victimarios que cuenten la verdad sobre lo ocurrido, reparen a las víctimas y les pidan perdón, a

¹⁰¹ En el caso de Sudáfrica, muchas reparaciones a la población de raza negra fueron a través de políticas públicas que garantizaran la satisfacción de muchos derechos fundamentales.

cambio de no aplicar la acción penal ordinaria. En este sentido, la justicia restaurativa tiene muchas más probabilidades de garantizar los derechos de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad.

A partir de lo anterior, es posible concluir que el discurso de los derechos humanos, de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es uno en la teoría y otro en la práctica. En muchas ocasiones, los derechos humanos están siendo usados para proteger intereses particulares, o como medio de control y manipulación, o para mantener un determinado orden económico y social vigente. Adicionalmente, usan herramientas inadecuadas para sus propósitos teóricos, ya que no solo no consiguen persuadir a los perpetradores de no llevar a cabo los actos, sino que además las limitaciones propias de la justicia retributiva pueden obstaculizar la superación de situaciones de violaciones generalizadas de derechos humanos y de inequidades sociales.

En este sentido, se hace imperativo replantear el discurso para alcanzar sus fines teóricos. Debe ser realmente universal en la práctica, y por tanto ninguna nación debería estar exenta de la obligación de cumplirlos. La intervención militar en virtud de la responsabilidad de proteger los derechos humanos debe contemplar también una responsabilidad mientras se protege, para que así la solución no termine siendo más gravosa que el problema. Se deben contemplar otros tipos de justicia que no impliquen de manera exclusiva la pena privativa de la libertad, como lo hacen los sistemas penales tradicionales, y que permitan garantizar derechos y libertades. De otro modo, estaremos ante lo que Douzinas anuncia en el título de su libro: el fin de los Derechos Humanos.

Bibliografía

- APONTE, Alejandro. *Persecución penal de crímenes internacionales. Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana: Fundación Konrad Adenauer, 2011.
- ARIZA, Libardo; ITURRALDE, Manuel. *Desmovilizados y régimen penitenciario*. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico-Penal*. Bogotá. Siglo XXI Editores, 1986.
- BOLÍVAR Mojica, Eyder. *Crímenes de lesa humanidad en el derecho penal internacional*.
- COHEN, David. "Beyond Nuremberg: Individual Responsibility for War Crimes" in *Human Rights in Political Transition: Gettysburg to Bosnia* (Hesse & Post eds., Zone Books 1999)
- CROCKER, David A. "Truth Commissions, Transitional Justice, and Civil Society" en *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions* (Rotberg & Thompson eds. Princeton University Press, 2000).
- D'ALESSIO, Andrés J. *Los Delito de Lesa Humanidad*. Abeledo Perrot. Barcelona, 2008.
- DAWN L. Rothe et al. "That was then, this is now, what about tomorrow? Future directions in State Crime Studies". *Critical Criminology* 17 (2009).
- DOUZINAS, Costas. *El fin de los derechos humanos*. Bogotá. Legis, 2008.
- DUCEY, Kimberley A. "Using the 1994 Rwanda Genocide to integrate Critical Criminology and Liberation Theology". *Critical Criminology* 16 (2008).
- GARLAND, David. *Oxford Handbook of Criminology*, tercera edición, Oxford, Oxford University Press. 2002
- ----- *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*. Chicago. The University of Chicago Press. 2001.
- GALLEGO GARCÍA, Gloria María y GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José (coord.), *Conflicto armado interno, derechos humanos e impunidad*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores, Universidad EAFIT, Universidad de Zaragoza, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo. 2011.

- ELSTER, Jon. *Closing the books: transitional justice in historical perspective*. New York, Cambridge. 2004.
- HINTJENS, Helen M. *Explaining the 1994 Genocide in Rwanda*. The Journal of Modern African Studies, Vol. 37, No. 2 (Jun., 1999), pp. 241-286. Published by: Cambridge University Press. Ver en: <<<http://www.jstor.org/biblioteca.uniandes.edu.co:8080/stable/161847>>>
- JARAMILLO, Isabel C. y RINCÓN, Juan C.. *Las comisiones de verdad y el derecho a la verdad*. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho [En línea]. Fecha de consulta: 19 de abril de 2013. Disponible en: <<http://derecho.uniandes.edu.co/images/stories/pdf/comisiones_de_verdad.pdf>>
- KOSKENIEMI, Martti. “*Between Impunity and Show Trials*”. Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor. La Haya. 5 de agosto de 2004
- MCLAUGHLIN, Eugene et al. *Criminological Perspectives. Essential Readings*, London, Sage. 2003.
- Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia y Unión Europea. *Justicia Transicional. Aportes para construir un lenguaje unificado de transición en Colombia*. Bogotá, 2011.
- MINOW, Martha. “*Breaking the Cycles of Hatred*” en *Breaking the Cycles of Hatred: Memory, Law, and Repair* (Princeton University Press 2002)
- MORRISON, Wayne. “*Criminology, Genocide and Modernity: remarks on the companion that criminology ignored*”. En Colin Sumner, ed. *The Blackwell Companion to Criminology*. Londres: Blackwell
- NEWBURN, Tim. *Criminology*. Willan Publishing, 2007.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Compilación de Derecho Penal Internacional. El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional*. Bogotá, 2003.
- ORENTLICHER, Diane. “*Settling Accounts: The Duty To Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*” en *Yale Law Journal* 100 (8): 2537-2615 (1991)
- OROZCO, Iván. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá, Temis, 2009.

- PESKIN, Victor. *International Justice in Rwanda and the Balkans. Virtual Trials and the struggle for state cooperation*. Cambridge University Press, 2008.
- RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S.; BISCHOFF, James L. *Accountability for Human Rights atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*. Oxford University Press. Oxford. 2009.
- SMEULERS, Allete. *What transforms ordinary people into gross human rights violators?* ECPR Turín, Marzo 2002. En línea. Disponible en <<<http://www.stolaf.edu/people/huff/claes/social.2010/Repors/Smeulers.pdf>>>
- SCHLENKER, Juana; ITURRALDE, Manuel A.. *El uso del discurso de los derechos humanos por parte de los actores armados en Colombia: ¿humanización del conflicto o estrategia de guerra?* En Revista Análisis Político, v.19, n.56. [En línea]. Consultada el 19 de abril de 2013. Disponible en <<http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47052006000100002&lng=es&nrm=>>>>
- TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The New Criminology. For a social theory of deviance*. Londres: International Library of Sociology, 1973.
- ----- “Criminología Crítica en Gran Bretaña: reseña y perspectivas”. En Ian Taylor, Paul Walton, Jock Young, eds. *Criminología crítica*. México: Siglo XXI editores, 1988.
- THALIA Anthony, ed. *The Critical Criminology Companion*. Londres: Hawking Press, 2008.
- Truth and Reconciliation Commission of South Africa. *Report, Volume One*.
- NEWBURN, Tim. *Criminology*. Willan Publishing, 2007.
- VILLÁN DURÁN, Carlos. *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2002.
- YOUNG, Jock. “*Breaking Windows: situating the new criminology*”. En Paul Walton & Jock Young, eds. *The new criminology revisited*. Nueva York: St. Martin’s Press, 1998.