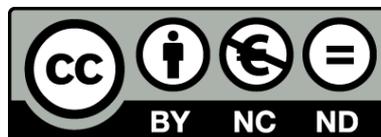




UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La configuración jurídica internacional de la persecución como crimen contra la humanidad

Rosa Ana Alija Fernández



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- NoComercial – SenseObraDerivada 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - NoComercial – SinObraDerivada 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 4.0. Spain License.**



UNIVERSITAT DE BARCELONA



LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LA PERSECUCIÓN COMO CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD

Tesis presentada para aspirar al Título de Doctora
por:

ROSA ANA ALIJA FERNÁNDEZ

Realizada bajo la dirección del Profesor Dr. JORDI BONET I PÉREZ,
Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona

Barcelona, enero de 2010

CAPÍTULO II

EL PROCESO DE CONFIGURACIÓN DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN

En la segunda mitad del siglo XX, las persecuciones dejan de ser sólo un fenómeno con incidencia en las relaciones entre Estados para pasar a ser en sí mismas objeto de regulación jurídico-internacional como una práctica prohibida cuya comisión acarrea la responsabilidad penal de su autor. Su tipificación¹ como crimen de Derecho internacional está siendo sin embargo un proceso largo y poco lineal; como apunta CERONE, “for much of the twentieth century, despite its prevalence in fact, persecution as a crime under international law escaped precise definition”². De hecho, es discutible que dicho proceso de tipificación haya concluido ya, pues si bien la prohibición de cometer persecuciones parece bien establecida, los elementos de la conducta prohibida todavía no están claramente delimitados, y ello pese a que en los últimos años se han producido algunos intentos en la esfera internacional de describir su contenido, siendo el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI) el más destacable.

¹ Es decir, la descripción legal de los comportamientos antijurídicos merecedores de pena (*vid.* JESCHECK, H.-H. y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. de M. Olmedo Cardenete), Granada: Comares, 2002 (5ª ed. corr. y ampl.), p. 261.

² CERONE, J., “Persecution”, en: SHELTON, D. (ed.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, vol. 2, Detroit: Thomson Gale, 2005, p. 795; también DE THAN, C. & SHORTS, E., *International Criminal Law and Human Rights*, London: Sweet & Maxwell, 2003, p. 105.

Prácticamente hasta la adopción del ECPI, la ausencia de precisión respecto del contenido de la persecución como crimen contra la humanidad provocó que con cierta frecuencia surgieran dudas respecto de si la misma constituía realmente una modalidad criminal autónoma dentro de la categoría de los crímenes contra la humanidad. La causa de esta incertidumbre hay que buscarla en el hecho de que, pese a su caracterización como crimen contra la humanidad en el ETMIN, el contenido jurídico de la categoría como tal y del tipo de persecución en particular parecían coincidir.

En efecto, durante mucho tiempo imperó el criterio de que las conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad, si bien estaban ya incriminadas en los ordenamientos jurídicos internos (como el homicidio intencional o la esclavitud), pasaban a tener trascendencia internacional cuando se cometían por motivos discriminatorios. Pero, al mismo tiempo, se admitía que esa nota discriminatoria era la que a su vez caracterizaba a la persecución, que además podía llevarse a cabo mediante los más variados comportamientos (incluidas aquellas otras conductas recogidas dentro de la categoría de los crímenes contra la humanidad). En la práctica, ello resultaba en un solapamiento entre la persecución -entendida bien como un contexto de discriminación en el que se cometían diferentes actos criminales, bien como la comisión de actos criminales con ánimo discriminatorio- y la categoría de crímenes contra la humanidad -que englobaba diversos delitos de Derecho común incriminados internacionalmente por atender a una motivación discriminatoria-. Esta evidencia condujo a la disyuntiva de tener que decidir entre negar a la persecución el carácter de modalidad criminal específica y considerarla en sí el contexto propio de los crímenes contra la humanidad, o bien respetar lo establecido en el ETMIN y aceptar que se trataba de una incriminación específica, aunque su contenido no estuviera claramente delimitado.

En uno y otro caso, la decisión estaba condicionada por el contenido jurídico que se decidiera dar a la noción de *crimen contra la humanidad*, una noción que, pese a haber gozado de la inmediata aceptación por parte de los Estados a partir de 1945, carecía de definición en el ordenamiento jurídico internacional. Y es que, aunque a día de hoy se puede decir que existe un mínimo consenso sobre el contenido jurídico de los elementos que caracterizan a la categoría criminal integrada por los crímenes contra la humanidad, su delimitación no se logró tan rápidamente como podía haberse previsto en los primeros años de la segunda posguerra mundial.

Tras el proceso seguido por el TMIN contra los grandes criminales nazis, la voluntad de los Estados de profundizar en el desarrollo de un Derecho internacional penal³ se hizo patente en las tempranas iniciativas en la materia acometidas por la AGNU, que ya en su primer período de sesiones adoptó la resolución 95 (I), relativa a la *Confirmación de los principios de Derecho internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg*, de 11 de diciembre de 1946, en la cual se confirmaban “los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal”⁴. Con esta resolución se puso fin al

³ Procede hacer aquí una precisión conceptual que sirva ya para el resto del trabajo, en relación con el uso a lo largo del mismo de la expresión *Derecho internacional penal*, en lugar de *Derecho penal internacional*. Mientras que la primera suele referirse al conjunto de normas jurídicas internacionales que rigen la incriminación y la represión de infracciones que ellas mismas definen, la segunda se utiliza habitualmente para aludir a normas jurídicas (internas o internacionales) de delimitación de la competencia de los Estados en materia penal en supuestos en los que existe algún elemento ajeno al derecho nacional (vid. LA ROSA, A.-M., *Dictionnaire de Droit International Pénal. Termes choisis*, Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 36; RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de Derecho Internacional. Tipificación y Represión Internacional*, Barcelona: Bosch, 2001, p. 108).

El debate terminológico podría ampliarse con expresiones tales como “Derecho penal interestatal”, “Derecho penal de los pueblos”, “Derecho penal *iuris gentium*”,... (POKLEWSKI-KOZIELL, K., “L'évolution du droit pénal international”, en: MAKARCZYK, J. (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1996, p. 959), aunque, como apunta MARTÍN MARTÍNEZ, a día de hoy resulta un debate estéril y superado, ya que, en definitiva, “lo importante es el análisis de un mismo proceso, de internacionalización del Derecho Penal y de penalización del Derecho internacional” (MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “La configuración del principio de legalidad penal en el Derecho internacional contemporáneo”, en: CUERDA RIEZU, A. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2009, p. 372), de tal manera que “el orden de los factores internacional/penal o penal/internacional resulta condicionado por el enfoque metodológico y la formación académica, pero no altera el producto final, que no es otro que la aparición y consolidación de un conjunto de normas, sustantivas y procesales, a través de las cuales se materializa y concreta [...] la responsabilidad penal del individuo” (*ibid.*; vid. también BASSIOUNI, M. C., “The Penal Characteristics of Conventional International Criminal Law”, *Case W. Res. JIL*, vol. 15 (1), 1983, p. 27). Así pues, en la medida en que la disciplina de estudio en la que este trabajo pretende encajarse es el Derecho internacional público, se optará por dar preponderancia al carácter internacional del Derecho objeto de estudio, y por tanto a lo largo de este estudio se preferirá la expresión *Derecho internacional penal*.

⁴ La resolución 95 (I) resultó de una propuesta estadounidense (ONU, Doc. A/C.6/69, *Delegation of the United States. Resolution relating the codification of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal*, 15 de noviembre de 1946), remitida a la Sexta Comisión para su estudio, que, a su vez, la envió a su Subcomisión I, encargada de la cuestión de la codificación del Derecho internacional. El informe que ésta presentó fue adoptado por unanimidad por la Sexta Comisión (ONU, Doc. A/C.6/116, *Draft report and proposed resolution relating to the affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal*, 4 de diciembre de 1946), la cual sometió a la consideración de la Asamblea General un proyecto de resolución (ONU, Doc. A/236, *Informe de la Sexta Comisión*, 10 de diciembre de 1946). Un estudio pormenorizado de los trabajos previos, junto con la reproducción de los documentos aquí citados, se encuentra en: ONU, Doc. A/CN.4/5, *Le Statut et le Jugement du Tribunal de Nuremberg. Historique et analyse (Mémoire du Secrétaire général)*, 3 de marzo de 1949, pp. 15-16.

cuestionamiento de la idoneidad de los principios observados por el TMIN⁵, y muy especialmente de la aplicabilidad de los crímenes contra la humanidad, cuya inclusión en el ETMIN, como se vio en el capítulo precedente, había sido muy criticada por estimarse contraria al principio de legalidad penal⁶. En particular, debe tenerse muy en cuenta el hecho de que la resolución 95 (I) se adoptara por unanimidad⁷, dato del que se puede deducir el acuerdo de los Estados miembros de la ONU respecto a la vigencia de dichos principios en el ordenamiento jurídico internacional, y, por consiguiente, su voluntad de considerar los crímenes contra la humanidad recogidos en el ETMIN como fuente de responsabilidad internacional del individuo⁸.

De esta forma se declaraba la existencia en el ordenamiento jurídico internacional de un principio general que establecía la responsabilidad penal internacional del individuo por la comisión de determinadas conductas. Ahora bien, la consagración de este principio resultaría ineficaz si no se concretaba a través de normas que regularan las cuestiones relativas a: (i) la descripción de los comportamientos prohibidos cuya inobservancia acarrearía como consecuencia la responsabilidad del individuo, (ii) las cuestiones relativas a la determinación de la pena, y (iii) los mecanismos para hacer efectiva esa responsabilidad y los aspectos procesales correspondientes⁹. Y es que, como afirmara CARNELUTTI, “las tres nociones fundamentales del Derecho penal” son

⁵ PIGNATELLI Y MECA, F., “La Corte Penal Internacional”, en: RAMÓN CHORNET, C., *Problemas actuales del derecho internacional humanitario: V Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*, Valencia: Universidad de Valencia, DL 2001, p. 12.

⁶ *Vid. supra* Capítulo I, apartado 3.1.B.a).

⁷ *Vid. ONU, Doc. A/PV.55, Actas taquigráficas de la 55ª sesión plenaria*, en: NACIONES UNIDAS, *Actas taquigráficas de las Sesiones Plenarias de la Asamblea General (23 de octubre-16 de diciembre de 1946), Documentos Oficiales del primer período de sesiones de la Asamblea General*, segunda parte, Nueva York: Naciones Unidas, 1947, p. 214.

⁸ Esa voluntad ya había sido manifestada en las semanas previas a la adopción de la resolución 95 (I) por varios de los Estados miembros de la ONU en sus discursos ante la AGNU. En la sesión de apertura de la segunda parte de la primera sesión de la AGNU, el 23 de octubre de 1946, recordaba el Presidente TRUMAN que “veintitrés Miembros de las Naciones Unidas han prestado adhesión en virtud de la Carta Constitutiva del Tribunal de Nuremberg al principio de que la preparación, iniciación o práctica de una guerra de agresión es un delito de lesa humanidad, por el cual tanto los individuos como los Estados serán juzgados ante el tribunal de justicia internacional” (ONU, Doc. A/PV.34, *Actas taquigráficas de la 34ª sesión plenaria*, p. 4). China afirmó que este principio constituía “una gran contribución a la causa de la paz y es digno de que se consagre” en el Derecho internacional (ONU, Doc. A/PV.39, *Actas taquigráficas de la 39ª sesión plenaria*, pp. 45-46). Ambos documentos están recogidos en NACIONES UNIDAS, *Actas taquigráficas de las Sesiones Plenarias de la Asamblea General (23 de octubre-16 de diciembre de 1946), Documentos oficiales del primer período de sesiones de la Asamblea General*, segunda parte, Nueva York: Naciones Unidas, 1947.

⁹ *Vid. ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité internationale de l’individu”, RCADI*, tomo 280, 1999, p. 180.

“delito, pena y proceso”, tres términos que “son rigurosamente complementarios”¹⁰. Esta afirmación es también válida para la configuración de un Derecho internacional penal, que pasa necesariamente por la definición de reglas relativas a esas tres nociones, con el fin de tipificar los comportamientos ilícitos, describir y fijar la forma de imposición de las correspondientes penas, y determinar el funcionamiento de una jurisdicción penal con competencias para hacer efectiva la responsabilidad exigible¹¹.

Respecto de los aspectos procesales, la AGNU adoptó en sus primeros años dos resoluciones que se ocupaban sectorialmente de la cuestión –resoluciones 3 (I), sobre *Extradición y castigo de criminales de guerra*, de 13 de febrero de 1946, y 170 (II), sobre *Extradición de delincuentes de guerra y traidores*, de 31 de octubre de 1947-; además, la resolución 260 (III), de 9 de diciembre de 1948, contenía un mandato para que la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI) estudiara la deseabilidad y posibilidad de establecer un órgano judicial internacional penal.

Por su parte, el estudio de los aspectos materiales o sustantivos fue encomendado a la CDI por la AGNU a través de la resolución 177 (II), relativa a la *Formulación de los principios reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg*, en la que se le encargaba la formulación de los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del TMIN, así como la preparación de un proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad.

Sin embargo, el enorme impulso que inicialmente había recibido la idea de avanzar en la tipificación de los comportamientos que acarrearán la responsabilidad internacional del individuo se fue diluyendo a medida que se constataron las dificultades para alcanzar una definición de determinados crímenes de Derecho internacional que contara con el beneplácito de los Estados. El ejemplo más evidente

¹⁰ CARNELUTTI, F., *Teoría General del Delito* (trad. de W. Roces), Madrid: Editorial Reus, DL 2007, pp. 61-62.

¹¹ Estas tres funciones (“la tipificación de determinados comportamientos como ilícitos, la asignación y descripción de las sanciones penales correspondientes a la realización de dichos ilícitos y [...] la existencia de una jurisdicción penal con competencias para hacer efectiva la responsabilidad exigible”) son consideradas por RUEDA FERNÁNDEZ las tres condiciones fundamentales “para que pueda hablarse de un auténtico sistema de responsabilidad penal” (RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de Derecho Internacional. Tipificación y Represión Internacional*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 109; vid. asimismo BASSIOUNI, M. C., *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 9; CARACCILO, I., *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale. Il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2000, p. 38; HUESA VINAIXA, R., “El «Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia» y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1994, pp. 160-161).

fue –y sigue siendo- el crimen de agresión, pero tampoco fue pacífica la definición de los crímenes contra la humanidad. En el caso concreto de esta segunda categoría criminal, dos eran los principales obstáculos a superar:

(i) por una parte, era necesario identificar algún aspecto específico que justificara la incriminación internacional de delitos tradicionalmente considerados de Derecho común¹²;

(ii) por otra parte, a los problemas de técnica jurídica que dicha identificación planteaba se añadían consideraciones de índole política, puesto que el castigo de estos crímenes, cuando hubieran sido cometidos por un Estado contra sus nacionales, tenía pocas posibilidades de prosperar en una sociedad internacional que hasta poco tiempo antes había considerado el trato debido a los propios nacionales una cuestión de la jurisdicción interna.

Las dificultades de los Estados para llegar a un acuerdo en relación con la tipificación de los crímenes de Derecho internacional se refleja en la escasa práctica convencional en la materia. Desde 1945 hasta la actualidad sólo han sido adoptados ocho tratados internacionales de ámbito universal en este ámbito, que definen convencionalmente el genocidio (Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948¹³; en adelante “Convención contra el Genocidio”), los crímenes de guerra (cuya tipificación se ha beneficiado de los desarrollos convencionales experimentados por el Derecho internacional humanitario ya desde el siglo XIX, y concretados en el siglo XX en las cuatro Convenciones de Ginebra, de 1949¹⁴, y los dos Protocolos Adicionales a las mismas, de 1977¹⁵) y el *apartheid* (Convención

¹² ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité...”, *cit.*, p. 323.

¹³ Adoptada en Nueva York el 9 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) mediante su resolución 260A (III).

¹⁴ Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio I), Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar (Convenio II), Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III) y Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), aprobados el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra.

¹⁵ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo Adicional I) y Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo Adicional II), ambos aprobados el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados.

internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, de 1973¹⁶). Por el contrario, no existe ningún tratado internacional que codifique específicamente la definición legal de *crimen contra la humanidad*. No obstante, la falta de normas convencionales no ha impedido la formación de normas consuetudinarias que tipifican determinados crímenes cuya comisión acarrea la responsabilidad penal internacional de sus autores, como lo demuestra la práctica internacional desde 1945 hasta la actualidad, particularmente intensa en las dos últimas décadas¹⁷, en comparación con los lentos avances realizados en el desarrollo del Derecho internacional penal durante el prácticamente medio siglo precedente. En este sentido, la costumbre internacional ha resultado particularmente útil para la tipificación de los crímenes contra la humanidad¹⁸, así como para proceder a la ampliación de las conductas incriminadas a título de crímenes de guerra¹⁹.

En la configuración de una norma consuetudinaria de tipificación de los crímenes contra la humanidad ha incidido decisivamente la variedad de manifestaciones de la práctica internacional sobre este particular²⁰. Así, aunque la práctica interna de los Estados ha sido más bien escasa hasta tiempos recientes (y es esencialmente consecuencia de la necesidad de adaptar sus ordenamientos jurídicos a los desarrollos

¹⁶ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la AGNU en su resolución 3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973.

¹⁷ SUNGA, L. S., *The Emerging System of International Criminal Law. Developments in Codification and Implementation*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1997, p. 2; RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos...*, cit., p. 109; BAGARIC, M. & MORSS, J., "In Search of Coherent Jurisprudence for International Criminal Law: Correlating Universal Human Responsibilities with Universal Human Rights", *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 29 (2), 2006, pp. 158-159.

¹⁸ Vid. KATAMALI, J.-M., "Accountability for genocide and other gross human rights violations: the need for an integrated and victim-based transitional justice", *JGR*, vol. 9 (2), 2007, pp. 278-279.

¹⁹ Así ha ocurrido, por ejemplo, con la violación, cuya incriminación se ha derivado del artículo 3 común a las cuatro Convenciones de 1949 (ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, caso n° IT-95-17/1-T, sentencia de instancia, 10 de diciembre de 1998, párr. 172-173). El carácter consuetudinario de dicho precepto ha sido reconocido por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, junto con la responsabilidad penal individual que se deriva de la grave inobservancia de esta norma (vid. ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-AR72, decisión relativa a la apelación de la defensa concerniente a la excepción judicial de incompetencia, 2 de octubre de 1995, párr. 134; *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, sentencia de instancia, 3 de marzo de 2000, párr. 166-168; *Prosecutor v. Mucić et al.*, caso n° IT-96-21-A, sentencia de apelación, 20 de febrero de 2001, párr. 173). Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, caso n° IT-96-23-T, sentencia de instancia, 22 de febrero de 2001, párr. 408: "it is not clear from the Appeals Chamber's Jurisdiction Decision in the *Tadić* case whether all violations of common Article 3 would be serious. [...]. However, there can be no doubt whatsoever that rape, torture and outrages upon personal dignity [...] are serious offences".

²⁰ Vid. HUESA VINAIXA, R., *El nuevo alcance de la "opinio iuris" en el Derecho internacional contemporáneo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1991, p. 139; MILLÁN MORO, L., *La "opinio iuris" en el Derecho internacional contemporáneo*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 155.

jurídicos internacionales que se han ido produciendo en la materia), existe una significativa práctica institucional -básicamente centralizada en la ONU-, convencional -cuyo máximo exponente es el Estatuto de la Corte Penal Internacional- y jurisprudencial -fruto de la labor de las diversas instancias judiciales internacionales de orden penal que se han ido creando a lo largo de estos años-, que además encuentra apoyo en la doctrina (como lo corrobora la abundante literatura en esta materia²¹).

Respecto de la práctica institucional, no está de más insistir en el activo papel desempeñado por la AGNU desde el inicio de su andadura en la confirmación del carácter delictivo internacional de los crímenes contra la humanidad, así como el respaldo que en esta misma sede recibieron los trabajos desarrollados por la CDI para la elaboración de un proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

En relación con la práctica convencional se ha de tener presente que, aun en ausencia de un tratado internacional que tipifique con alcance general esta categoría criminal, la noción aparece recogida en diversos instrumentos convencionales, poniendo de manifiesto la convicción de los Estados respecto de la existencia de una norma de Derecho internacional general que prohíbe y considera punible la comisión de crímenes contra la humanidad.

²¹ Entre las aportaciones clásicas, se pueden destacar los estudios siguientes: MEYROWITZ, H., *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1960; ARONEANU, E., *Le crime contre l'humanité*, Paris: Librairie Dalloz, 1961; GRAVEN, J., "Les Crimes contre l'Humanité", *RCADI*, tomo 76, 1950-I, pp. 433-605; SCHWELB, E., "Crimes Against Humanity", *BYIL*, vol. 23, 1946, pp. 178-226. Entre los autores contemporáneos, hay que mencionar los trabajos de BASSIOUNI, y en particular su obra monográfica sobre los crímenes contra la humanidad (BASSIOUNI, M. C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999 (2ª ed. rev.)). Sin ánimo alguno de exhaustividad, *vid.* también YUROVICS, Y., *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Paris: LGDJ, 2002; GRYNFOGEL, C., "Un concept juridique en quête d'identité: le crime contre l'humanité", *RIDP*, vol. 63 (3/4), 1992, pp. 1027-1048; ZOLLER, E., "La définition des crimes contre l'humanité", *JDI*, vol. 120 (3), 1993, pp. 549-568; CHESTERMAN, S., "An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes Against Humanity", *Duke JCIL*, vol. 10 (2), 2000, pp. 307-343; ZAKR, N., "Approche analytique du crime contre l'humanité en droit international", *RGDIP*, tomo 105 (2), 2001, pp. 281-306; METTRAUX, G., "Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda", *HIJL*, vol. 43 (1), 2002, pp. 237-316. Entre la doctrina española, pueden señalarse por ejemplo las obras de CAPELLÀ I ROIG, M., *La Tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005; TORRES PÉREZ, M., *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008; VIVES CHILLIDA, J., "La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2003, pp. 329-383; MÁRQUEZ CARRASCO, C., "Los elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en Derecho Internacional penal", *RGDP*, n° 9, 2008, pp. 1-56, y "Los elementos específicos de las conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad en derecho internacional penal", *RGDP*, n° 10, 2008, pp. 1-69.

En lo que a la práctica jurisprudencial se refiere, conviene recordar que el desarrollo del ordenamiento penal internacional durante mucho tiempo ha adolecido de una falta de instancias jurisdiccionales de naturaleza internacional que pudieran aplicar el Derecho material²². Esta carencia comenzó a solventarse a partir de la década de los 90, con la adopción de los Estatutos de los Tribunales Penales *ad hoc* para Yugoslavia (en 1993) y Ruanda (en 1994) por parte del Consejo de Seguridad de la ONU. Tal iniciativa constituía una solución novedosa para evitar la impunidad de los autores de graves violaciones del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, pero resultaba una medida evidentemente insostenible como respuesta a todos los crímenes de Derecho internacional que se pudieran cometer en el mundo. Esta constatación sirvió de catalizador para que una vieja idea volviera a ganar fuerza: la necesidad de establecer una jurisdicción internacional penal de carácter permanente.

La Corte Penal Internacional (CPI) vio la luz en 1998, y se convirtió en una realidad en 2002, con la entrada en vigor de su Estatuto, que, sin constituir un código penal internacional, vino a confirmar la incriminación internacional de los crímenes contra la humanidad. La punibilidad de estos crímenes fue reafirmada con el posterior impulso dado al establecimiento de jurisdicciones penales de naturaleza mixta o híbrida (interna e internacional) en Kosovo, Camboya, Timor Leste, Bosnia y Herzegovina y Sierra Leona.

En el proceso de configuración de los crímenes contra la humanidad, y dentro de estos de la persecución, fue decisiva la desvinculación de la categoría de los crímenes contra la humanidad de la exigencia de una motivación discriminatoria en su comisión, ya que sólo entonces se pudo avanzar en la configuración de la persecución como crimen autónomo. Este cambio de perspectiva comenzó a fraguarse en los años 90 en el seno de la CDI, aunque necesitó de la adopción de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacional *ad hoc* y de su jurisprudencia para consolidarse. Su inclusión entre los crímenes contra la humanidad que entran dentro de la competencia de la CPI confirma la vigencia de una norma consuetudinaria conforme a la cual la persecución es una conducta prohibida por el ordenamiento penal internacional cuya comisión genera responsabilidad penal para el

²² SUR observa en el proceso de desarrollo de un Derecho internacional penal un claro reflejo de la propia evolución del Derecho internacional público, a través de tres etapas que, superponiéndose, van de la distribución de competencias a la elaboración de normas, para llegar al establecimiento de instituciones (SUR, S., "Vers une Cour Pénale Internationale: la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité", *RGDIP*, tomo 103 (1), 1999, p. 30).

autor²³. Por el contrario, la falta de acuerdo sobre el contenido jurídico de la persecución en Derecho internacional penal ha incidido negativamente en el establecimiento de una definición precisa de la noción como modalidad criminal específica. En ese sentido, el contenido de la norma que establece cuál es el comportamiento prohibido en el crimen contra la humanidad de persecución del que se deriva la responsabilidad internacional del individuo es, en el mejor de los casos, difuso²⁴.

Estos extremos se ponen de manifiesto en el análisis de las diversas iniciativas acometidas en el ámbito internacional tanto para el desarrollo normativo como para la aplicación de los crímenes contra la humanidad. En este capítulo se estudiará en primer lugar la evolución en la caracterización jurídico-internacional de los crímenes contra la humanidad en el marco de los trabajos de la CDI para la elaboración de un proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, y su incidencia en la configuración de la persecución como una modalidad criminal autónoma (§ 1). A continuación se expondrá la existencia de una práctica convencional por parte de los Estados que refleja su convicción respecto de la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad, culminando esta aportación convencional a la cristalización de una norma jurídica consuetudinaria con dicho contenido con la adopción en 1998 del ECPI, en el cual se ofrece una descripción de los elementos de los crímenes contra la humanidad y, además, se trata de definir la noción de *persecución*, por todo lo cual será objeto de una especial atención (§ 2). Por último, y puesto que los problemas en la aplicación de la persecución como crimen contra la humanidad se han planteado principalmente en el ámbito de diferentes jurisdicciones penales internacionales no permanentes (tribunales *ad hoc* y tribunales de naturaleza mixta interna-internacional), se presentará una sistematización de las mismas conforme a las peculiaridades tipológicas que presentan y de acuerdo a un criterio cronológico, analizando cómo se caracterizan los crímenes contra la humanidad -y dentro de estos la persecución- en las respectivas normas de atribución de competencia, así como, en su caso, el alcance de la delimitación jurisprudencial de los crímenes contra la humanidad (§ 3).

²³ Vid. CERONE, J., "Persecution", *cit.*, p. 795.

²⁴ TDD-SECG, *Prosecutor v. Alarico Mesquita et al.*, caso n° 28/CG/TDD/2003, sentencia de instancia, 6 de diciembre de 2004, párr. 69: "The crime of persecution, though generally accepted in International Criminal Law as a form of Crime Against Humanity, is surprisingly ill defined by doctrine and jurisprudence, and the understanding of its elements differ from one scholar or tribunal to another".

1. LA INCIDENCIA DE LOS TRABAJOS DE LA CDI EN EL DESARROLLO DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

En la medida en que la CDI centralizó durante medio siglo la discusión sobre el contenido jurídico de los crímenes contra la humanidad, su labor es un significativo reflejo de los problemas que la tipificación de dicha categoría criminal ha planteado; asimismo, en la búsqueda de una definición satisfactoria, sus sucesivas propuestas han incidido decisivamente en la configuración consuetudinaria de la categoría en general y de la persecución en particular. El estudio de esta cuestión se llevó a cabo esencialmente en el marco de la elaboración del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (“el proyecto de Código”), encomendado a la CDI en 1947 por la AGNU. Este tema permaneció cincuenta años en la agenda de la CDI, si bien se vio paralizado durante tres décadas por la falta de acuerdo entre los Estados sobre la definición de la agresión²⁵, interrupción que permite delimitar dos claras fases de los trabajos: una etapa inicial que va de 1949 a 1954 y una segunda etapa de 1983 a 1996.

La delimitación del contenido propio y característico de los crímenes contra la humanidad se encontraba con dos importantes obstáculos: (i) en primer lugar, para garantizar la entrada en vigor de un eventual tratado internacional por el que se adoptara un código de crímenes de Derecho internacional, había que tener presentes las posibles reticencias de los Estados frente a una modalidad criminal destinada a castigar ataques contra cualquier persona (incluidos los propios nacionales), lo cual favorecía que los miembros de la CDI tendieran hacia una tipificación restrictiva; (ii) en segundo lugar, la mayoría de las conductas que de acuerdo con el ETMIN entraban dentro de esta categoría eran a la vez delitos de Derecho común. En consecuencia, era preciso determinar en qué circunstancias concretas tales comportamientos generarían una respuesta internacional, para evitar la intrusión del ordenamiento jurídico internacional en un ámbito propio del Derecho interno de los Estados.

(i) La primera cuestión enlaza con el problema de fundamentar la necesidad de una incriminación internacional de los comportamientos incluidos en la categoría: toda vez que los Estados habían admitido la responsabilidad penal de los individuos por la

²⁵ BASSIOUNI apunta que estas razones técnicas encubrían la verdadera razón: la guerra fría (BASSIOUNI, M. C., “International Crimes: The *Ratione Materiae* of International Criminal Law”, en: BASSIOUNI, M. C. (ed.), *International Criminal Law*, vol. I (“Sources, Subjects, and Content”), Leiden: Martinus Nijhoff, 2008 (3rd ed.), p. 131).

comisión de determinadas conductas, la criminalización de éstas debía venir motivada por el perjuicio que las mismas pudieran causar a la sociedad internacional. Dada la escasez de antecedentes y la ausencia de criterios claros de los que poder deducir normas jurídicas concretas, se hacía preciso identificar un interés de una relevancia tal para el conjunto de la sociedad internacional que justificara la intervención del Derecho internacional penal.

Sin embargo, en la primera fase de los trabajos no se alcanzó el acuerdo necesario para acometer la identificación del bien jurídico específicamente protegido por los crímenes contra la humanidad. Muy probablemente, la proximidad en el tiempo del juicio de Nuremberg determinó la indecisión de los miembros de la CDI para abordar el estudio de la tipificación de los crímenes de Derecho internacional de una manera realmente innovadora y creativa, así como las escasas tentativas de desembarazarse del lastre que en este sentido podía suponer el ETMIN. Ello se tradujo en una tensión manifiesta en el seno de la CDI entre dos tendencias opuestas respecto de cómo tipificar los crímenes contra la humanidad: la posición dominante era más conservadora, favorable a una tipificación ajustada a lo previsto en el ETMIN y en la Convención contra el Genocidio (lo que constituía una garantía de que una eventual convención sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad contaría con el beneplácito de los Estados); en contraposición, algunos miembros mantenían una postura más ambiciosa que, tomando los derechos humanos como objeto de protección, estimaba necesario superar esas limitaciones para lograr un resultado verdaderamente progresista²⁶.

Por el contrario, los avances experimentados en la segunda mitad del siglo XX en materia de derechos humanos y, en general, la creciente tendencia a la humanización del Derecho internacional contemporáneo, otorgando una mayor relevancia a la posición del individuo dentro del ordenamiento jurídico internacional, influenciaron de forma decisiva la segunda etapa de trabajo, que concluyó en 1996 con la aprobación del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad que la AGNU le había solicitado.

(ii) Respecto del segundo problema, para evitar que los crímenes contra la humanidad fueran una mera duplicación de crímenes ya sancionados en los ordenamientos jurídicos

²⁶ Vid. UN, Doc. A/CN.4/SR.60, *Summary Records of the 60th meeting. Preparation of a Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind: Report by Mr. Spiropoulos*, párr. 38-48, en: UN, *YILC*, 1950, vol. I, pp. 151-152, donde el debate entre el relator especial, Jean SPIROPOULOS (cuya posición se circunscribiría dentro de la primera tendencia indicada), y el Presidente de la sesión, Georges SCALLE (defensor de una tipificación más audaz), es ilustrativo de esta divergencia de criterios.

internos, su tipificación tenía que incorporar algún elemento que justificara que tales delitos acarrearán a su vez responsabilidad penal internacional. La CDI barajó varios criterios. Así, en los primeros años del mandato el marcado apego a los términos del ETMIN la llevó a optar por exigir un nexo entre estas conductas y la situación de conflicto armado, aunque pronto fue abandonado. En la segunda fase, por el contrario, la constatación de que los crímenes contra la humanidad consistían en violaciones graves de derechos humanos orientó la búsqueda de criterios que permitieran filtrar aquellos comportamientos que deberían ser considerados criminales internacionalmente frente a las violaciones de derechos humanos que no acarrearán consecuencias penales. Dos fueron los principales criterios barajados: el móvil discriminatorio y la masividad y/o la sistematicidad.

En lo que a la persecución se refiere, los trabajos de la CDI hicieron patente que su tipificación quedaba necesariamente supeditada al alcance y contenido que finalmente se diera a los crímenes contra la humanidad. De ahí que las modificaciones experimentadas por la categoría también incidieran en la configuración de esta modalidad criminal.

A continuación se profundizará en el análisis de estas cuestiones, comenzando por evaluar la influencia del artículo 6.c) ETMIN en los trabajos de la CDI durante la primera etapa de elaboración del proyecto de Código (§ 1.1) y plantear el cambio de enfoque que se produjo en este tema en la segunda etapa de estudio como consecuencia de la incidencia del desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos en la tipificación de los crímenes contra la humanidad (§ 1.2). Finalmente, se repasará el tratamiento dado por la CDI a la modalidad de persecución como crimen contra la humanidad (§ 1.3).

1.1. LA INFLUENCIA DEL ARTÍCULO 6.C) ETMIN EN LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO JURÍDICO DE LA NOCIÓN DE *CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD*: LA RELEVANCIA DEL NEXO CON UNA SITUACIÓN DE CONFLICTO ARMADO.

Entre 1947 y 1948, la AGNU decidió encomendar a la CDI diversas tareas orientadas a la concreción y elaboración de principios y normas jurídico-internacionales relativas al surgimiento de la responsabilidad internacional del individuo y a los mecanismos para exigirla.

Los trabajos acometidos en los primeros años para dar cumplimiento a estos mandatos ponen de manifiesto dos circunstancias que incidieron necesariamente en su tratamiento inicial del contenido jurídico de los crímenes contra la humanidad: (i) de una parte, la ausencia de precedentes en la materia llevaron a la CDI a decantarse por un tratamiento de la cuestión que se ceñía rigurosamente a lo previsto en el ETMIN, tal y como había sido aplicado por el TMIN; (ii) de otra parte, este hecho determinó que el primer criterio elegido para caracterizar internacionalmente los crímenes contra la humanidad fuera el nexo con una situación de conflicto armado -aunque luego fuera rápidamente descartado-.

Seguidamente se analizará la formulación de los principios contenidos en el Estatuto y la sentencia de Nuremberg (§ A), así como el alcance de la inicial exigencia del nexo con un conflicto armado como elemento distintivo de la categoría (§ B).

A) El inicio de los trabajos: el Estatuto y la sentencia de Nuremberg como criterios de referencia para la tipificación de los crímenes contra la humanidad.

En 1946, mediante su resolución 95 (I), la AGNU dio instrucciones al Comité de codificación de Derecho Internacional²⁷ para que tratara “como un asunto de importancia primordial, los planes para la formulación, en una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de un Código Criminal Internacional, conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en las sentencias de dicho Tribunal”. En respuesta, el Comité propuso a la AGNU que solicitara a la CDI la elaboración de un proyecto de convención que recogiera los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto y la sentencia del TMIN, así como de un proyecto de codificación de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad; a la vez, sugirió considerar la posibilidad de establecer un órgano jurisdiccional internacional competente para conocer de dichos crímenes²⁸.

Sin embargo, al año siguiente, en la resolución 177 (II), relativa a la *Formulación de los principios reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de*

²⁷ Dicho Comité fue establecido por la resolución 94 (I) de la AGNU, relativa al *Desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación*, 11 de diciembre de 1946.

²⁸ *Vid.* ONU, Doc. A/AC.10/52, 17 de junio de 1947, *Rapport de la Commission sur les projets visant à formuler les principes reconnus dans le Statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal*, en: ONU, Doc. A/CN.4/5, *cit.*, pp. 20-21 y 26-32. Este informe fue enviado a la AGNU, que a su vez lo reenvió a la Sexta Comisión, la cual lo pasó de nuevo a la Subcomisión I. Sin embargo, en el seno de esta última se decidió que era preferible no regular la cuestión por el momento (*ibid.*, p. 33).

Nuremberg, las sugerencias del Comité sólo fueron parcialmente recogidas, y la AGNU se limitó a encargar a la CDI que: a) formulara “los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg”, y b) preparara “un proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”, en el que se indicara claramente la función que correspondía a tales principios. Por el contrario, la propuesta de valorar el establecimiento de un órgano jurisdiccional internacional competente en la materia se dejó momentáneamente de lado²⁹, y hubo que esperar un año más para que la AGNU decidiera encomendar a la CDI el estudio de la deseabilidad y posibilidad de establecer un órgano judicial internacional penal (resolución 260 (III), de 9 de diciembre de 1948³⁰). La CDI se encontró así con un triple mandato en materia de responsabilidad penal internacional, que incluía una primera aproximación a la cuestión mediante la formulación de los principios consagrados en Nuremberg, la posterior elaboración de un proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, y el estudio de la posibilidad de establecer un órgano internacional estable con jurisdicción penal.

La CDI comenzó a abordar los aspectos materiales del Derecho internacional penal en el marco de los trabajos de formulación de los principios subyacentes al Estatuto y la sentencia del TMIN, iniciados en su primer período de sesiones (1949). Con el fin de concretar el alcance del mandato que se le había encomendado, la CDI decidió en 1949³¹ que éste se refería a la formulación de principios sustantivos, excluyendo los procesales, y que no incluía la valoración de la naturaleza jurídico-internacional de

²⁹ *Vid. ibid.*, p. 33.

Apunta BASSIOUNI que en la sociedad internacional de la época existía la convicción de que aún no había llegado el momento para dar ese paso y establecer una instancia judicial internacional penal de carácter permanente (BASSIOUNI, M. C., “The History of the Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind”, *Israel Law Review*, vol. 27 (1/2), 1993, pp. 251-253). Esa fue la posición adoptada también por Emil SANDSTRÖM, segundo Relator nombrado por la CDI para estudiar la cuestión conjuntamente con el Relator inicialmente designado, Ricardo ALFARO, pese a que este último había estimado en su primer informe que eran necesarios tanto un código penal como un estatuto para una corte penal internacional que se complementaran (*vid. respectivamente* ONU, Docs. A/CN.4/20, *Report on the Question of International Criminal Jurisdiction by Emil Sandström, Special Rapporteur*, 30 de marzo de 1950, párr. 15, en: UN, *YILC*, 1950, vol. II, p. 20, y A/CN.4/15 y Corr. 1, *Report on the Question of International Criminal Jurisdiction by Ricardo J. Alfaro, Special Rapporteur*, 3 de marzo de 1950, párr. 106 y 128, en: UN, *YILC*, 1950, vol. II, pp. 14 y 16).

³⁰ La resolución 260 (III), de 9 de diciembre de 1948, relativa a la *Prevención y sanción del delito de genocidio*, se dividía en tres partes: A. Aprobación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y texto de la misma; B. Estudio por la Comisión de Derecho Internacional de la cuestión de una jurisdicción penal internacional; C. Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio a los territorios no autónomos.

³¹ UN, Doc. A/CN.4/13, *Report to the General Assembly on the work of the first session*, 12 de abril de 1949, párr. 26-27, en: UN, *YILC*, 1949, p. 282.

dichos principios, sino exclusivamente su formulación, puesto que los principios ya habían sido confirmados por unanimidad por los Estados Miembros de la ONU en la resolución 95 (I) de la AGNU³².

Como resultado, en 1950 la CDI presentó a la AGNU una propuesta de formulación de los Principios de Nuremberg, consistente en siete principios³³, entre ellos uno, el VI, que especificaba tres modalidades de comportamiento criminal que generaban responsabilidad internacional penal: los delitos³⁴ contra la paz, los delitos de guerra y los delitos contra la humanidad, es decir, las tres categorías criminales que se recogían en el artículo 6 ETMIN. En consecuencia, se consideraba que constituían *delitos contra la humanidad* (apartado c):

“El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él”³⁵.

³² Para PLAWSKI, la resolución 95 (I) de la AGNU tuvo un carácter declarativo: “[...] c’est-à-dire qu’elle confirme les principes de droit international qui existaient déjà dans le domaine des relations internationales et constate leur existence. Ces principes étaient *reconnus* par le Statut du Tribunal et par son jugement c’est-à-dire que le Tribunal de Nuremberg n’a pas créé de nouvelles normes de droit mais dans son jugement a constaté leur existence antérieure” (PLAWSKI, S., *Étude...*, *cit.*, p. 43; *vid.* también BROWNLIE, I., *International Law and the Use of Force by States*, Oxford: Clarendon Press, 1963, pp. 188-194, así como la posición de SCHELLE en la CDI, defendiendo que la literalidad de la resolución 177 (II) – que encomendaba a la CDI la formulación de los principios reconocidos por Estatuto y la sentencia del TMIN- implicaba que “in the opinion of the General Assembly itself, the Charter and judgment had not created but had confirmed principles already existent in positive international law or still in the process of development” (UN, Doc. A/CN.4/SR.26, *Summary Records of the 26th meeting. Formulation of the principles recognized in the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal*, párr. 13, en: UN, *YILC*, 1949, vol. I, p. 186. Entre la doctrina hay incluso quien va más allá y no duda en afirmar que por esta vía la AGNU reconoció el carácter de normas consuetudinarias de las disposiciones del ETMIN (NGUYEN QUOC, D., DAILLIER, P. et PELLET, A., *Droit international public*, Paris: LGDJ, 1999 (6ª ed. ref.), p. 677; GREPPI, E., “The evolution...”, *cit.*, p. 539).

³³ Los siete Principios de Nuremberg se encuentran reproducidos en ONU, Doc. A/1316, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. Periodo comprendido entre el 5 de junio y el 29 de Julio de 1950*, párr. 98-127.

³⁴ Aunque, con carácter general, en este estudio se ha preferido utilizar el término “crímenes”, en coherencia con la terminología consolidada en la actualidad, se respetará la referencia a “delitos” cuando así conste en la versión oficial en español de los documentos. Cuál es el término adecuado ha sido una cuestión no exenta de debate, que la propia CDI no pudo eludir en el inicio de sus trabajos sobre el tema, debate por demás inevitable cuando debían armonizarse dos ordenamientos penales distintos formal y conceptualmente como el continental y el *common law*. El principal problema lo plantea la inexacta equiparación de los conceptos de “offence” y “crime” en los sistemas anglosajones a los de “delito” y “crimen” de los sistemas continentales (a título ilustrativo, *vid.* UN, Doc. A/CN.4/SR.46, *Summary Records of the 46th meeting. Formulation of the principles of international law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal: Report by Mr. Spiropoulos*, párr. 23-42, en: UN, *YILC*, 1950, vol. I, p. 38; UN, Doc. A/CN.4/SR.55, *Summary Records of the 55th meeting. Preparation of a Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind: Report by Mr. Spiropoulos*, párr. 16-18, en: *ibid.*, p. 108).

³⁵ Principio VI, letra c) (ONU, Doc. A/1316, *cit.*, párr. 120-124).

Como se puede observar, esta formulación se ceñía a lo previsto en el artículo 6.c) ETMIN, según la interpretación que del mismo había hecho el TMIN, introduciendo apenas las modificaciones estrictamente necesarias para darle mayor claridad y coherencia.

En paralelo a la formulación de los principios de Nuremberg, la CDI inició también en 1949 el estudio de la segunda parte del mandato establecido en la resolución 177 (II) de la AGNU: la preparación del proyecto de Código³⁶. Sin embargo, más allá de estos principios que ella misma había formulado, la CDI disponía de escasas referencias normativas para elaborar el contenido sustantivo de los crímenes de Derecho internacional: de forma sintomática, optó por abordar la materia como una cuestión de desarrollo progresivo del Derecho internacional³⁷, lo que evidenciaba la inexistencia de normas —o al menos de normas suficientemente desarrolladas— sobre las que apoyar su trabajo.

Esta ausencia de antecedentes se hacía especialmente patente respecto de los crímenes contra la humanidad. Para codificarlos, los miembros de la CDI contaban básicamente con el ETMIN, los principios de Nuremberg³⁸, las observaciones que algunos Estados habían presentado en relación con los aspectos que ese código debería regular y los crímenes que debería tipificar³⁹, y la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio⁴⁰, que había sido adoptada un año antes del inicio de sus

³⁶ Para racionalizar el estudio, y dada la evidente conexión entre ambos temas, la CDI nombró en su primera sesión a Jean SPIROPOULOS Relator Especial tanto para la formulación de los principios de Nuremberg como para la elaboración de un proyecto de código de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad (UN, Doc. A/CN.4/SR.34, *Summary Records of the 34th meeting. Appointment of Rapporteurs*, párr. 13, en: UN, *YILC*, 1949, p. 238).

³⁷ UN, Doc. A/CN.4/SR.30, *Summary Records of the 30th meeting. Preparation of a Draft Code against the Peace and Security of Mankind*, párr. 23-34, en: UN, *YILC*, 1949, pp. 216-217. Cabe recordar que, según el artículo 15 del Estatuto de la CDI, “[...] la expresión «desarrollo progresivo del derecho internacional» es utilizada, por comodidad, para designar la elaboración de proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional o respecto a los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas” (Estatuto de la CDI, anexo a la resolución 174 (II), relativa al *Establecimiento de una Comisión de Derecho Internacional*, 21 de noviembre de 1947).

³⁸ Principios que para 1951 ya se reconocía que eran “existing law”, *vid.* UN, Doc. A/CN.4/SR.89, *Summary Records of the 89th meeting. Preparation of a draft code of offences against the peace and security of mankind: report by Mr. Spiropoulos*, párr. 21, en: UN, *YILC*, 1951, vol. I, p. 57 (intervención de SPIROPOULOS).

³⁹ ONU, Doc. A/CN.4/19 y Add.1 y 2, *Draft code of offences against the peace and security of mankind. Replies from Governments to Questionnaires of the ILC*, 23 de marzo de 1950, en: UN, *YILC*, 1950, vol. II, pp. 249-253.

⁴⁰ Resolución 260A (III) de la AGNU, *cit.*

trabajos, y que, lejos de allanar el camino, vino a sembrar más confusión, debido a la evidente relación entre esta modalidad criminal y los crímenes contra la humanidad⁴¹.

Prueba de esta afirmación es que, en un primer documento de trabajo, el Relator incluyó los comportamientos propios de la categoría de *crímenes contra la humanidad* (pero sin utilizar expresamente esta terminología) como una extensión del crimen de genocidio⁴², que abarcaría una serie de conductas (las contenidas en el artículo 6.c) ETMIN) constitutivas de crímenes de Derecho internacional aun cuando no alcanzaran a ser actos genocidas (Crimen n° VIII)⁴³, siempre que tales conductas fueran llevadas a

⁴¹ En efecto, aunque en ningún momento la Convención califica el genocidio de crimen contra la humanidad, existía el convencimiento entre algunos miembros de la CDI de que ambas incriminaciones eran equiparables. Por ejemplo, SPIROPOULOS -después Relator Especial sobre la materia (*vid. supra* nota 36)-, afirmaba en una de sus intervenciones en el debate que: “The code should further mention «use of methods of extermination, enslavement or persecution of certain civilian populations, whether in peace or war, and consisting in actions directed against life, bodily integrity, health or liberty, on racial, political or religious grounds». Then genocide” (UN, Doc. A/CN.4/SR.30 *Summary Records of the 30th meeting. Preparation of a Draft Code against the Peace and Security of Mankind*, párr. 36, en: UN, *YILC*, 1949, p. 217).

La confusión conceptual era palmaria, como consecuencia de la caracterización de los crímenes contra la humanidad como crímenes discriminatorios, caracterización ésta que seguirá vigente en el debate teórico hasta la adopción del ECPI (*vid. infra* apartado 1.2 y Capítulo III, apartado 3.3.B). Al respecto se puede afirmar que el genocidio nació al abrigo de la categoría de crímenes contra la humanidad, y si la Convención guardó silencio sobre este particular no fue sino por el temor de los redactores a someter este “crimen de crímenes” a las limitaciones que el ETMIN imponía para aquellos (SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 10-11; JØRGENSEN, N. H. B., “The definition of Genocide: Joining the dots in the light of recent practice”, *JCLR*, vol. 1 (3/4), 2001, p. 287).

Su ulterior desarrollo, sin embargo, indicaría una escisión entre ambas categorías (*vid. GIL GIL, A., El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia: UNED Alzira –Valencia, 1999, p. 133). El tratamiento separado que la propia CDI hizo de ambas modalidades criminales desde 1991, así como la inclusión dentro del ECPI en dos artículos diferentes -artículos 6 (genocidio) y 7 (crímenes contra la humanidad)- sustentan esta última opinión. Igualmente, la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales *ad hoc* han evolucionado en esta dirección; por ejemplo, pese a algunas manifestaciones inequívocas del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en favor de considerar que el genocidio es un crimen contra la humanidad, y en concreto “the most egregious form of crimes against humanity” (*vid. ICTY, Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, sentencia de instancia, 7 de mayo de 1997, párr. 655), de otras afirmaciones del Tribunal se infiere lo contrario, al rechazar que los requisitos de generalidad o sistematicidad característicos de la configuración actual de los crímenes contra la humanidad alcancen también al crimen de genocidio (*vid. ICTY, Prosecutor v. Jelisić*, caso n° IT-95-10-T, sentencia de instancia, 14 de diciembre de 1999, párr. 100).

⁴² En el documento de trabajo se reproducía el contenido de la definición de genocidio recogido en la Convención de 1948, aunque sin calificarlo expresamente como tal.

⁴³ El Crimen n° VIII sugerido por el Relator presentaba la siguiente redacción:

“1. The commission of any of the following acts committed with the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group.
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group.
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part.
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group.
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group.

2. The commission of any the following acts in so far as they are not covered by the foregoing paragraph: Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against a

cabo en ejecución o en conexión con alguno de los crímenes contra la paz o de guerra definidos por el ETMIN⁴⁴. Pese a todo, el Relator justificaba la distinción entre el genocidio y estas otras conductas, en base a razones tanto de técnica jurídico-penal como de oportunidad legislativa y política: por un lado, estimaba que la conexión con el crimen contra la paz o los crímenes de guerra no era precisa en el caso del genocidio, pero sí respecto de los crímenes contra la humanidad; además, mientras que el genocidio iba dirigido contra grupos, no ocurría lo mismo en el caso de los crímenes contra la humanidad⁴⁵; por otro lado, pese a que su tipificación era deseable, admitía la posible reticencia de los Estados a incluir en el código los actos constitutivos de crímenes contra la humanidad tal y como habían sido definidos en el ETMIN, exclusión que sin embargo consideraba inadmisibles en relación con el genocidio⁴⁶.

B) La caracterización de los crímenes contra la humanidad conforme al ETMIN y la cuestión del nexo con una situación de conflicto armado.

El que el principal antecedente para la tipificación de los crímenes contra la humanidad fuera el artículo 6.c) ETMIN determinó que la discusión sobre la caracterización de esta categoría criminal se centrara esencialmente en la necesidad de mantener la conexión con la situación de conflicto armado en él exigida, el alcance de la misma y los términos en que debía quedar plasmada tal vinculación⁴⁷. Fue por ello que

civilian population or persecutions on political, racial or religious grounds when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connexion with any crime against peace or war crimes as defined by the Charter of the International Military Tribunal”

(UN, Doc. A/CN.4/25, *Draft code of offences against the peace and security of mankind. Report by J. Spiropoulos, Special Rapporteur*, 26 de abril de 1950, en: UN, *YILC*, 1950, vol. II, pp. 277-278).

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 65, p. 263.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 66, p. 263.

⁴⁷ La exigencia del nexo se había empero suprimido en la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado. No obstante, al aplicar dicha ley, los tribunales militares estadounidenses mantuvieron posiciones contradictorias (*vid.* IMT, *The Justice Case*, “Judgment”, en: IMT, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law Nº 10. Nuernberg, October 1946-April 1949*, vol. III, Washington: U.S. Government Printing Office, 1951, p. 974; *The Einsatzgruppen Case*, en: *ibid.*, vol. IV, 1950, p. 499, donde se rechaza la necesidad de conexión, pero *cfr.* *The Ministries Case*, “Order of the Tribunal Dismissing Count Four. and Tribunal Memorandum Attached Thereto”, en: *ibid.*, vol. XIII, 1952, pp. 112-114) y *The Flick Case*, “Opinion and Judgment”, en: *ibid.*, vol. VI, 1952, p. 1213, exigiéndola).

La doctrina de la época, sin embargo, se mostraba favorable a un tratamiento de los crímenes contra la humanidad autónomo y separado de los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra (*vid.* DONNEDIEU DE VABRES, H., *Traité de Droit Criminel et de Législation Pénale Comparée*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 1017; CORNIL, L. (dir.), PELLA, V. et SASSERATH, S., *VIII Conférence*

en 1949 la decisión inicial⁴⁸ fue conservar el criterio de que los crímenes contra la humanidad sólo serían apreciados si se cometían en conexión con crímenes contra la paz o crímenes de guerra, aunque se prefirió suprimir la referencia del ETMIN a que su ejecución se hubiera producido antes o durante la II Guerra Mundial⁴⁹.

Durante el segundo período de sesiones de la CDI (1950), el tema de la conexión de los crímenes contra la humanidad con la situación de conflicto armado se volvió a poner sobre la mesa⁵⁰. Los debates de ese año dejan entrever que la disyuntiva a la que se enfrentaban los miembros de la CDI a la hora de optar por mantener o suprimir ese nexo iba más allá del mero respeto a las previsiones del ETMIN, y se enmarcaba dentro del problema de la caracterización jurídico-internacional de los crímenes contra la humanidad. En efecto, el principal inconveniente que se encontraba a la supresión de la conexión entre los crímenes contra la humanidad y los crímenes contra la paz o de guerra era que con ello las conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad perderían su carácter internacional y se convertirían en delitos comunes⁵¹. Así, se entendía que era precisamente esa vinculación la que los dotaba de una nota de internacionalidad de la que de otra forma carecerían, puesto que los comportamientos incluidos en la categoría estaban por lo general tipificados en los ordenamientos penales internos⁵².

Internationale pour l'Unification du Droit Pénal. Bruxelles, 10 et 11 juillet 1947. Actes de la Conférence, Paris: Éditions A. Pedone, 1949, pp. 224-225).

⁴⁸ Vid. UN, Doc. A/CN.4/SR.28, *Summary Records of the 28th meeting. Formulation of the principles of international law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal*, párr. 1-50, en: UN, *YILC*, 1949, pp. 200-203.

⁴⁹ En coherencia con el criterio jurisprudencial seguido por el TMIN, que, aplicando una interpretación restrictiva, decidió no tener en cuenta los crímenes contra la humanidad cometidos antes del 1 de septiembre de 1939 (vid. IMT, "Judgment", *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946*, vol. I ("Official documents" – Official text in the English language), Nuremberg: IMT, 1947, pp. 186, 254, 262 y 273).

⁵⁰ Vid. la propuesta de tipificación presentada por el relator en su primer documento de trabajo *supra* nota 43.

⁵¹ Vid. UN, Doc. A/CN.4/SR.48, *Summary Records of the 48th meeting. Formulation of the principles of international law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal: Report by Mr. Spiropoulos*, párr. 94, en: UN, *YILC*, 1950, vol. I, p. 56 (intervención de Amado).

⁵² Como señala GIL GIL, desvincular el crimen contra la humanidad "del Derecho de la guerra en el que lo envolvió el proceso de Nuremberg, exigía la elaboración de un concepto nuevo, diferente del originario", en el sentido de que "el nuevo crimen contra la humanidad independiente de la situación de guerra debía ser dotado de una sustantividad propia que lo distinguiese de los delitos comunes de Derecho interno y que legitimase su adopción por el Derecho penal internacional" (GIL GIL, A., *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid: Tecnos, 1999, p. 117).

No obstante, el objeto de debate lo constituía sobre todo el primer grupo de conductas criminales incluidas en el artículo 6.c) ETMIN, la denominada *categoría "actos inhumanos"*⁵³ (el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil). Por el contrario, respecto de la *categoría "persecución"* (que abarcaba genéricamente las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos) se admitía que desvincularla de esa conexión no alteraba su carácter internacional, en la medida en que las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos podían constituir una amenaza a la paz⁵⁴.

A falta de alternativas satisfactorias para superar estos inconvenientes, la propuesta de formulación de los Principios de Nuremberg que la CDI presentó ese mismo año 1950 consideró que constituían *delitos contra la humanidad* "el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos" cuando tales actos eran cometidos o tales persecuciones eran llevadas a cabo "al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él"⁵⁵. Salta a la vista que la fórmula elegida por la CDI prácticamente se limitaba a reproducir el artículo 6.c) ETMIN, pero lo cierto es que suponía ya una ampliación del alcance de la categoría con respecto a lo previsto en Nuremberg, al no requerir que los actos criminales hubieran sido cometidos antes o durante la II Guerra Mundial⁵⁶.

Tras haber examinado la formulación elaborada por la CDI, la AGNU aprobó su resolución 488 (V)⁵⁷, por la que se invitaba a los Estados a presentar observaciones acerca

⁵³ Vid. *supra* apartado 3.1.B.a) del Capítulo I.

⁵⁴ Vid. UN, Doc. A/CN.4/SR.48, *cit.*, párr. 95, p. 56 (intervención de Hudson).

Entre la doctrina, esta posición fue también mantenida por algunos de los autores de la época. MEYROWITZ, por ejemplo, recordaba que las conductas punibles a título de persecución no necesariamente constituían delitos de derecho común en todos los ordenamientos (MEYROWITZ, H., *La répression...*, *cit.*, p. 250). PELLA, por su parte, estimaba que: "On doit également considérer comme internationalement dangereuses les méthodes de gouvernement qui consistent à exterminer ou à asevir certaines collectivités (notamment nationales, religieuses ou politiques), au moyen de crimes dirigés contre la vie, l'intégrité corporelle, la santé ou la liberté de leurs membres. De semblables actes [...] ne sont pas de simples crimes de droit commun susceptibles d'une répression normale, qui serait assurée par les législations nationales, mais des manifestations d'une *politique d'État offensant l'universalité du sentiment humain, et troublant profondément les relations internationales*" (PELLA, V. V., *La guerre-crime et les criminels de guerre*, Neuchatel: Éditions de Baconnière, 1964, p. 49).

⁵⁵ Principio VI, letra c) (*vid.* ONU, Doc. A/1316, *cit.*, párr. 120-124).

⁵⁶ Vid. *ibid.*, párr. 123; JOHNSON, D.H.N., "The Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind", *ICLQ*, vol. 4 (3), 1955, p. 450.

⁵⁷ Resolución 488 (V) de la AGNU, *Formulación de los principios de Nuremberg*, 12 de diciembre de 1950.

de dicha formulación, y a la CDI a tener éstas en cuenta “al preparar el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad”, tema en el que la CDI focalizaría su trabajo en materia de Derecho internacional penal sustantivo durante los años siguientes. Aunque la respuesta de los Estados fue escasa⁵⁸, aquellos que abordaron específicamente la cuestión de la tipificación de los crímenes contra la humanidad (por ejemplo Francia⁵⁹ y Países Bajos⁶⁰) se mostraron favorables a superar las limitaciones establecidas en Nuremberg, sosteniendo, en contra de lo previsto en el ETMIN, que tales crímenes deberían apreciarse tanto en tiempo de paz como de guerra.

Pese a estas opiniones, el Relator Especial conservó en su informe el requisito de conexión con alguno de los crímenes contra la paz o de guerra definidos por el ETMIN en la primera sistematización que realizó de las conductas que en Nuremberg se habían calificado de *crímenes contra la humanidad*⁶¹. Si bien es cierto que no podía inducirse de las dos observaciones citadas una opinión general entre los Estados contraria a mantener el nexo entre la comisión de crímenes contra la humanidad y la situación de conflicto armado, la decisión del Relator se basaba en que este requisito era el que distinguía a los crímenes contra la humanidad del genocidio⁶².

⁵⁸ Los comentarios presentados por los Estados aparecen recogidos en UN, Doc. A/CN.4/19 y Add.1 y 2, *Draft code of offences against the peace and security of mankind. Replies from Governments to Questionnaires of the ILC*, en: UN, *YILC*, 1950, vol. II, pp. 249-253, donde se recogen las observaciones de Francia, Polonia, Unión Sudafricana, Reino Unido, EUA, Países Bajos y Pakistán.

⁵⁹ La posición de Francia resultaba particularmente valiosa, puesto que en el momento de la elaboración y adopción del ETMIN no se había opuesto a la inclusión del nexo con una situación de conflicto armado, posiblemente para evitar que los abusos que se cometían en sus colonias pudieran también ser calificados de crímenes contra la humanidad (*vid.* SCHABAS, W. A., “Problems of International Codification – Were the Atrocities in Cambodia and Kosovo Genocide?”, *New Eng. L. R.*, vol. 35 (2), 2001, p. 299). Su propuesta era reprimir como crímenes contra la humanidad “toute extermination de collectivité humaine et d’individus pour cause de nationalité, de race, de religion, d’appartenance à une catégorie politique ou sociale, etc., et de réaliser ainsi, en temps de paix aussi bien qu’en temps de guerre, la protection pénale des civils dont les conventions conclues à Genève, sous les auspices du Comité international de la Croix-Rouge, le 12 août dernier, marquent un heureux développement” (ONU, Doc. A/CN.4/19, *cit.*, p. 250, apartado 4).

⁶⁰ En la nota explicatoria a la propuesta de código que presentaron se afirmaba con carácter general que “[...] the code shall apply both in war-and in peace-time, unless the text provides otherwise” (apartado 4), mientras que respecto de los crímenes contra la humanidad se indicaba específicamente que: “According to the Charter of Nürnberg, the «crimes against humanity» are only then prosecutable when committed in execution of or in connexion with the crimes against peace as mentioned in the Charter of Nürnberg. The Netherlands Government are of the opinion that the crimes against humanity to be enumerated in the code shall under all circumstances be punishable” (apartado 7) (ONU, Doc. A/CN.4/19/Add.1, *cit.*, p. 252).

⁶¹ *Vid. supra* nota 43.

⁶² *Ibid.*, párr. 65, p. 263.

Sin embargo, durante la discusión del informe presentado por el Relator varios miembros de la CDI manifestaron sus discrepancias sobre la oportunidad de mantener la categoría criminal así configurada, aunque por motivos diversos: para algunos era discutible que los crímenes contra la humanidad cometidos en un contexto de guerra o en conexión con un crimen de guerra constituyeran propiamente crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, sino que era en tiempo de paz cuando verdaderamente podían conducir a una guerra o aumentar la inseguridad⁶³; otros estaban convencidos de que tales crímenes eran tan atroces que debían estar incluidos en el proyecto de Código aunque fuera conservando la conexión con la situación de conflicto armado⁶⁴. Finalmente, no se logró llegar a un acuerdo sobre este extremo.

En 1951 el Relator Especial presentó su segundo informe, que enumeraba en el artículo I los delitos tipificados⁶⁵. La categoría *crímenes contra la humanidad* del ETMIN fue sustituida por el tipo de *actos inhumanos* (apartado 9), en los siguientes términos⁶⁶:

“9. Inhuman acts committed by the authorities of a State or by private individuals against any civilian population, such as mass murder, or extermination or enslavement, or deportation, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts committed in execution of or in connexion with the offences defined in Nos. 1, 2, 5, 7 and 10”⁶⁷.

⁶³ UN, Doc. A/CN.4/SR.59, *Summary Records of the 59th meeting. Preparation of a Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind: Report by Mr. Spiropoulos*, párr. 85-95a, en: UN, *YILC*, 1950, vol. I, pp. 144-146, y en particular p. 145, párr. 85 (intervención de HUDSON) y 86 (intervención de BRIERLY).

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 87 (intervención de SANDSTRÖM), párr. 88 (intervención de ALFARO). También SCALLE se mostró favorable a considerar las conductas objeto de discusión crímenes contra la humanidad tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, en conexión con la protección de los derechos humanos (*ibid.*, párr. 90).

⁶⁵ La propuesta del relator se basaba en el anteproyecto de código elaborado por el Comité de Redacción que la CDI había designado para sistematizar el resultado de las deliberaciones sobre el informe que Spiropoulos había presentado en el período de sesiones anterior. El texto propuesto para el artículo I por dicho Comité era el siguiente: “The following acts are offences against the peace and security of mankind, and are punishable as crimes under international law: [...] 9. Inhuman acts committed by the authorities of a State or by individuals against any civilian population, such as mass murder, or enslavement, or deportation, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are committed in execution of or in connection with the offences defined in Nos. 1, 2, 5 and 7” (UN, Doc. A/CN.4/SR.72, *Summary Records of the 72th meeting. Preparation of a Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind. Text prepared by the Drafting Committee (A/CN.4/R.6)*, en: UN, *YILC*, 1950, vol. I, pp. 257-258, nota 3).

⁶⁶ ONU, Doc. A/CN.4/44, *Draft code of offences against the peace and security of mankind. Second report by Mr. J. Spiropoulos, Special Rapporteur*, 12 de abril de 1951, en: UN, *YILC*, 1951, vol. II, p. 59.

⁶⁷ Se refiere a modalidades específicas de crimen contra la paz (nº 1: “The employment or threat of employment, by the authorities of a State, of armed force against another State for any purpose other than national or collective self-defence or execution of a decision by a competent organ of the United Nations”; nº 2: “The planning of or preparation for the employment, by the authorities of a State, of armed force against another State for any purpose other than national or collective self-defence or

Esta propuesta sirvió de base para el artículo 2.10 del primer proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad que la CDI elaboró, presentado ese mismo año a la consideración de la AGNU para que fuera sometido a los comentarios de los Estados⁶⁸. El texto finalmente adoptado mantuvo la categoría de *actos inhumanos*, punibles cuando fueran cometidos en ejecución de o en conexión con los demás delitos definidos en dicho artículo 2⁶⁹. En consecuencia, el nexo exigido para considerar los actos inhumanos crímenes de Derecho internacional ya no se determinaba por remisión al ETMIN, sino respecto de otros delitos definidos en ese mismo artículo⁷⁰. Si bien se seguía fundamentando la incriminación internacional de los comportamientos recogidos en la categoría en su vinculación a otros crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, al menos de esta forma se daba coherencia al conjunto de los tipos penales que se pretendía incluir en el proyecto de Código, al evitar la remisión a otro cuerpo normativo para determinar cuándo tales comportamientos constituían crímenes de Derecho internacional⁷¹.

A la espera de las observaciones de los Estados, los trabajos de elaboración del proyecto de Código se aplazaron hasta 1953, año en que la CDI solicitó al Relator Especial un nuevo informe a partir de tales observaciones para su siguiente período de

execution of a decision by a competent organ of the United Nations”; n° 5: “The undertaking, encouragement or toleration by the authorities of a State of organized activities intended or calculated to create a state of terror in the minds of particular persons or a group of persons or the general public in another State”; n° 7: “Acts by authorities of a State resulting in or directed toward the forcible annexation of territory belonging to another State, or of territory under an international regime”; y n° 10: “Acts committed in violation of the laws on customs of war” (*ibid.*, pp. 58-59).

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 57-60.

⁶⁹ “10) Los actos inhumanos perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares contra cualquier población civil, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones por motivos políticos, raciales, religiosos o culturales, cuando esos actos se cometan al perpetrar otros delitos definidos en el presente artículo o en conexión con los mismos” (ONU, Doc. A/1858, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su tercer período de sesiones, 16 de mayo a 27 de julio de 1951*, párr. 59).

⁷⁰ Comentario al artículo 2.10) del proyecto (*ibid.*, párr. 59). El artículo 2 incluía la agresión y amenaza de agresión (apartados 1 y 2); la preparación del empleo de la fuerza armada contra otro Estado (apdo. 3); la incursión de bandas armadas en el territorio de otro Estado (apdo. 4); emprender, estimular o tolerar luchas civiles o actividades terroristas en el territorio de otro Estado (apdos. 5 y 6); otros actos que violen las obligaciones establecidas por un tratado internacional destinado a garantizar la paz y la seguridad internacionales (apdo. 7); anexión de un territorio de otro Estado o bajo régimen internacional (apdo. 8); genocidio (apdo. 9), y violaciones de las leyes o usos de la guerra (apdo. 11).

⁷¹ Con todo, *vid.* PELLA, V. V., *La codification du Droit Pénal International*, Paris: Éd. A. Pedone, 1952, pp. 65-68, criticando no sólo a la conservación del nexo entre los crímenes contra la humanidad y otros crímenes, sino también que “les rapports qu’on veut établir entre ces crimes et le crime contre l’humanité ne sont pas toujours facilement concevables” (*ibid.*, p. 68).

sesiones⁷². Sin embargo, el Relator no propuso ningún cambio en ese tercer informe, por entender que los comentarios de los Estados eran contradictorios⁷³.

Ello no obstó para que la CDI llevara a cabo enmiendas en el proyecto durante el período de sesiones de 1954. Sin duda, la más relevante fue la decisión de suprimir la exigencia de conexión con otros crímenes incluidos en el proyecto para apreciar la comisión de los actos inhumanos recogidos en el citado artículo 2.10, con el objeto de “ampliar aún más el alcance de este párrafo a fin de que el castigo de los actos inhumanos que en él se enumeran no dependa ya de la cuestión de saber si han sido o no cometidos en relación con otros delitos definidos en el proyecto de Código”⁷⁴. No obstante, la adopción de esta enmienda no fue pacífica⁷⁵: quienes defendían la necesidad de esa conexión insistían en que, sin ella, los actos inhumanos perderían su carácter de crímenes contra la paz y la seguridad internacionales y serían meros delitos comunes⁷⁶; los partidarios de suprimirla aducían, entre otros argumentos, que ese tipo de prácticas habían dado lugar en el pasado a intervenciones de humanidad, y que criminalizando su comisión en tiempo de paz se impedía la acción individual de los Estados⁷⁷; otros miembros de la

⁷² ONU, Doc. A/2456, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su quinto período de sesiones, 1 de junio a 14 de agosto de 1953*, párr. 169.

Cabe destacar entre éstas la presentada por el Gobierno de Yugoslavia, que consideraba que los crímenes contra la humanidad debían ser castigados con independencia de su comisión en conexión con otros crímenes siempre que fueran perpetrados de forma sistemática (UN, Doc. A/CN.4/85, *Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind. Troisième rapport de J. Spiropoulos, rapporteur spécial*, en: UN, *YILC*, 1954, vol. II, p. 118, apdo. XI.b).

⁷³ *Ibid.*, apdo. XI.c).

⁷⁴ Comentario al párrafo 11 del artículo 2 (*vid.* ONU, Doc. A/2693, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su sexto período de sesiones, 3 de junio a 28 de julio de 1954*, párr. 50).

⁷⁵ Como se deduce de las discusiones y del hecho de que la enmienda, propuesta por HSU, se adoptara por la mínima, con 6 votos a favor, 5 en contra y una abstención (UN, Doc. A/CN.4/SR.267, *Summary Records of the 267th meeting. Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind*, párr. 40-62, en: UN, *YILC*, 1954, vol. I, pp. 131-133).

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 42 (intervención de AMADO), p. 132, y párr. 54, p. 133 (intervención de SPIROPOULOS).

⁷⁷ Sobre esa base argumentaba SCALLE su posición (*vid. ibid.*, párr. 48, p. 132). Aunque no lo indicara expresamente, es evidente que, al pasar a ser considerada una cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la reacción frente a estas prácticas en tiempo de paz exigía la intervención del Consejo de Seguridad. ZOUREK, en contrapartida, alegaba que “the so-called interventions for humanitarian reasons referred to by Mr. Scelle were a valid precedent”, pues tales intervenciones “had never been dictated by genuinely humanitarian motives, but had most often taken place for political or economic purposes, while humanitarian considerations had merely served as a pretext” (*ibid.*, párr. 53, p. 133).

CDI, por el contrario, estimaban que la redacción propuesta era insatisfactoria en la medida en que no definía suficientemente los crímenes contra la humanidad⁷⁸.

Pese a todo, el artículo resultante se incluyó finalmente como n° 2, párrafo 11, del proyecto de Código revisado que fue presentado a la AGNU, con el siguiente contenido:

“Los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones, contra cualquier población civil por motivos políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia”⁷⁹.

Así pues, la exigencia de un nexo con una situación de conflicto armado como elemento de internacionalidad de los crímenes contra la humanidad (entonces englobados en la categoría denominada *actos inhumanos*, entre los que se encontraba la persecución) quedaba descartada en el marco de los trabajos de la CDI sobre el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad desde 1954, año en que estos se vieron paralizados por la decisión de la AGNU de aplazar el examen de la cuestión a la espera de que la Comisión Especial para la Cuestión de la Definición de la Agresión presentara su informe, aplazamiento que se reiteró en 1957 y en 1968⁸⁰.

1.2.LA INCIDENCIA DEL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA TIPIFICACIÓN DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: CRITERIOS DE DELIMITACIÓN DE LA CATEGORÍA.

La aprobación en 1974 de la resolución 3314 (XXIX), relativa a la *Definición de la agresión*, permitió relanzar la discusión sobre la tipificación de los crímenes contra la paz y la seguridad en el seno de la AGNU. Así, en 1978, mediante su resolución 33/97⁸¹, la AGNU solicitó al Secretario General que invitara a los Estados y a las organizaciones

⁷⁸ Así lo manifestó ZOUREK en la explicación de su voto negativo a la propuesta. Además, criticó que se estableciera una distinción que él consideraba bastante injustificable entre actos inhumanos cometidos por motivos políticos, raciales, religiosos o culturales y aquellos cometidos por otros motivos (*vid. ibid.*, párr. 62, p. 133).

⁷⁹ ONU, Doc. A/2693, *cit.*, párr. 50.

⁸⁰ *Vid.* Resoluciones de la AGNU 897 (IX), *Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, 4 de diciembre de 1954; 1186 (XII), *Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, 11 de diciembre de 1957; y 2392 (XXIII), *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad*, 6 de noviembre de 1968. Sobre la incidencia que la indefinición de la agresión tuvo en la elaboración del Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, *vid.* JOHNSON, D.H.N., “The Draft...”, *cit.*, pp. 448-449 y 451-453.

⁸¹ ONU, Doc. A/RES/33/97, *Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, 16 de diciembre de 1978.

internacionales intergubernamentales pertinentes a presentar sus comentarios y observaciones sobre el proyecto presentado por la CDI en 1954 y que preparara un informe para presentárselo en su trigésimo quinto período de sesiones, en cuyo programa provisional incluyó el tema⁸². La solicitud se reiteró en 1980⁸³, y en el siguiente período de sesiones el Secretario General presentó un informe a la AGNU⁸⁴.

Por fin, en 1981 la AGNU renovó el mandato de la CDI, instándola a tener en cuenta “los resultados logrados por el proceso de desarrollo progresivo del derecho

⁸² ONU, Doc. A/35/210, *Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad. Informe del Secretario General*, 11 de junio de 1980; Add. 1, 15 de septiembre de 1980; Add. 2, 30 de septiembre de 1980; y Corr. 1, 1 de octubre de 1980. En estos documentos el Secretario General se limitó a recoger las respuestas de los Estados. En concreto presentaron comentarios Botswana, Checoslovaquia, Chile, Finlandia, Guatemala, Hungría, Países Bajos, la República Socialista Soviética de Bielorrusia, Senegal, Suecia, Yugoslavia (para este Estado, “[...] la formulación de los crímenes de lesa humanidad debe tener por finalidad indicar su carácter concreto y la gravedad de las consecuencias que trae aparejadas para las poblaciones civiles la perpetración frecuente de dichos delitos” -Doc. A/35/210, *cit.*, párr. 7, pp. 21-22-), EUA, Mongolia, Noruega (Doc. A/35/210/Add.1, *cit.*, p. 8, párr. 22-24, donde criticaba la redacción del artículo 2.10, por estimar que “ofrece algunas ambigüedades”, como el alcance de la referencia a la “población civil” o la cuestión de las personas “que pueden estar sujetas a sanciones”), Reino Unido, República Democrática de Alemania (*ibid.*, p. 12, párr. 10, en el que parecía sugerir la necesidad de una definición más exacta de los elementos constitutivos de los crímenes contra la humanidad, entre otros), Canadá (Doc. A/35/210/Add.2, *cit.*, p. 3, párr. 6, admitiendo que muchos de los delitos recogidos en el proyecto de Código podían “ser considerados violaciones en gran escala de los derechos humanos”) y la República Socialista Soviética de Ucrania, así como de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Esta organización abogaba por hacer mención expresa dentro del Código a la violación de los derechos humanos en los siguientes términos: “Las violaciones masivas, flagrantes y sistemáticas de los derechos humanos cometidas por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen a instigación de esas autoridades o con su consentimiento” (Doc. A/35/210, *cit.*, p. 27, párr. 23).

⁸³ ONU, Doc. A/RES/35/49, *Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, 4 de diciembre de 1980, solicitando al Secretario General que reiterara su invitación, que elaborara un documento analítico con las respuestas recibidas de los Estados y las organizaciones internacionales, y que le presentara un informe en el siguiente periodo de sesiones.

⁸⁴ ONU, Doc. A/36/416, *Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad. Informe del Secretario General*, 22 de septiembre de 1981. Este documento únicamente recoge las respuestas de los Estados, y no el documento analítico que le había sido solicitado. Presentaron observaciones la República Federal de Alemania, Chile, Filipinas, México, Polonia, Qatar, la República Democrática de Alemania, Rumanía y Túnez, así como el Consejo de Europa.

En general, las observaciones de los Estados contenidas tanto en este documento como en ONU, Doc. A/35/210, *cit.*, reconocían el valor que el proyecto de 1954 presentaba como documento de trabajo para continuar las labores de definición de los crímenes de Derecho internacional, y daban por supuesto que las conductas incriminadas en el mismo ostentaban esta condición. No obstante, existía acuerdo sobre la necesidad de actualizar el texto del proyecto a la luz de algunos instrumentos jurídicos internacionales que se habían adoptado en el interin y que podían tener relevancia en la cuestión. Asimismo, se sugería la ampliación de los tipos que el Código debía regular y se apuntaba la necesidad de abordar diversas cuestiones prácticas, como la de su aplicación por órganos judiciales competentes (incluida la posibilidad de establecer un órgano judicial penal internacional) o la fijación de las penas. La observación presentada por el Consejo de Europa indicaba además la necesidad de incluir en el ámbito de aplicación del Código la violación sistemática de los derechos humanos, ya que “su violación en forma repetida y sistemática debe en todo caso considerarse como un delito contra la humanidad” (ONU, Doc. A/36/416, *cit.*, apdo. 7.d), p. 16).

internacional”, y dar al examen de la cuestión un carácter prioritario⁸⁵. Consecuentemente, durante su 34º período de sesiones (1982), la CDI nombró a Doudou THIAM Relator Especial para el tema y creó un grupo de trabajo⁸⁶, y a partir de 1983, retomó la discusión en torno al contenido del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad sobre la base de los informes presentados por el nuevo Relator⁸⁷. Se iniciaba así una segunda fase de los trabajos sobre esta materia en la que la tipificación de los crímenes contra la humanidad iba a presentar diferencias sustantivas respecto de la anterior, como consecuencia de los avances experimentados por el Derecho internacional público en materia de derechos humanos⁸⁸.

En efecto, durante las casi tres décadas que el tema del proyecto de código había estado fuera de la agenda de la CDI, el establecimiento de normas jurídicas internacionales de derechos humanos había recibido un impulso considerable⁸⁹. Ello favoreció un cambio de perspectiva en la tipificación de los crímenes contra la humanidad, al aparecer con mayor nitidez un nuevo valor que la sociedad internacional consideraba meritorio de protección: la dignidad humana. Así pues, a medida que el respeto a la dignidad humana iba cristalizando como un principio estructural del ordenamiento jurídico internacional⁹⁰, se confirmaba también la necesidad de protegerlo

⁸⁵ ONU, Doc. A/RES/36/106, *Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, 10 de diciembre de 1981. Sobre este mismo tema la AGNU adoptó con posterioridad las resoluciones 37/102, 16 de diciembre de 1982; 38/132, 19 de diciembre de 1983; 39/80, 13 de diciembre de 1984; 40/69, 11 de diciembre de 1985; 41/75, 3 de diciembre de 1986; 42/151, 7 de diciembre de 1987; 43/164, 9 de diciembre de 1988; y 44/32, 4 de diciembre de 1989.

⁸⁶ ONU, Doc. A/37/10, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones, 3 de mayo a 23 de julio de 1982*, párr. 252.

⁸⁷ Vid. UN, Doc. A/CN.4/364, *Draft code of crimes against the peace and security of mankind. First report on the draft code of offences against the peace and security of mankind, by Mr. D. Thiam, Special Rapporteur*, en: UN, *YILC*, 1983, vol. II (1), pp. 137-152.

⁸⁸ Vid. ONU, Doc. A/CN.4/SR.1964, *Actas resumidas de la 1964ª sesión. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, párrs. 18-23 (intervención de ILLUECA), en: ONU, *ACDI*, 1986, vol. I, pp. 146-147.

⁸⁹ En particular, se habían adoptado en 1966 el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de otros tratados internacionales, como la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (1956), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979). Dentro de esta misma corriente de humanización del Derecho internacional se enmarcaría también la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y el Protocolo que amplía su ámbito de aplicación (1967), así como numerosas declaraciones en materia de derechos humanos adoptadas en esa misma época.

⁹⁰ Afirma CARRILLO SALCEDO que “a partir de la Carta de las Naciones Unidas, la comunidad internacional experimentó una auténtica revolución jurídica: *reconocer los derechos fundamentales de la persona, universales e indivisibles, como uno de sus intereses fundamentales y uno de los principios*

incluso penalmente. De esta forma se pudo concretar mejor el bien jurídico *a priori* lesionado por los crímenes contra la humanidad (la dignidad humana, a través de la violación de derechos fundamentales), y sobre todo se atenuó cualquier controversia sobre la obligatoriedad de los Estados de salvaguardarlo⁹¹.

El crimen contra la humanidad pasaba a ser entonces la modalidad criminal que castigaba violaciones de derechos humanos particularmente graves, y, a diferencia de la etapa anterior, resultaba mucho más evidente la trascendencia de estos derechos en la tipificación internacional de la categoría⁹². En consecuencia, se abandonó definitivamente la idea de conectar su comisión con una situación de conflicto armado para justificar su incriminación internacional, innecesaria toda vez que se había replanteado el objeto de protección de esta categoría criminal.

Ahora bien, la protección penal no se podía otorgar únicamente en razón de una violación individual de derechos humanos, puesto que ese era el ámbito de actuación propio del Derecho internacional de los derechos humanos⁹³. Se estimó entonces necesario establecer algún criterio para concretar en qué casos procedía la intervención del Derecho internacional penal⁹⁴, y se optó por exigir, con carácter general, la **gravedad extrema** del comportamiento⁹⁵. Pero su apreciación no estaba exenta de

constitucionales del orden internacional” (CARRILLO SALCEDO, J. A., *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid: Trotta, 1999, p. 19).

⁹¹ Vid. MCCORMACK, T. L. H. & SIMPSON, G. J., “The International Law Commission’s Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: An Appraisal of the Substantive Provisions”, *Criminal Law Forum*, vol. 5 (1), pp. 14-15.

⁹² Aunque, como RATNER ha señalado, “the law’s progress regarding accountability for human rights atrocities in peacetime” ha sido problemático y poco sistemático (RATNER, S. R., “Why only war crimes? De-linking human rights offenses from armed conflict”, *Hofstra Law & Policy Symposium*, vol. 3, 1999, pp. 75-76).

⁹³ Al respecto, vid. GRAVEN, J., “Les Crimes...”, *cit.*, pp. 549-550; DE FROUVILLE, O., “Les atteintes massives aux droits de l’homme”, en: ASCENSIO, H., DECAUX, E. et PELLET, A., *Droit international pénal*, Paris: Éditions A. Pedone, 2000, p. 417.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 418; vid. también ONU, Doc. A/CN.4/SR.1819, *Actas resumidas de la 1819ª sesión. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, párr. 20, en: ONU, ACIDI, 1984, vol. I, p. 22 (intervención de MAHIOU): “No se puede afirmar, desde un punto de vista jurídico, que todo atentado contra los derechos humanos es un atentado contra la humanidad. Quizás sea preciso, para que haya crimen contra la humanidad, que se hayan perpetrado un número determinado de violaciones de los derechos humanos. En todo caso, es evidente que ciertas violaciones de los derechos humanos pueden constituir crímenes contra la humanidad y que deberán ser tomadas en consideración en el proyecto de código. Pero tendrá importancia buscar los criterios más apropiados para distinguirlas”. Sobre la dificultad para delimitar el ámbito del Derecho internacional penal a este respecto, vid. ROHT ARRIAZA, N., “Institutions of International Justice”, *JIA*, vol. 52 (2), 1999, pp. 475-476.

⁹⁵ *Cfr.* críticas de CALERO RODRIGUES a la consideración de la gravedad como único criterio delimitador de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (ONU, Doc. A/CN.4/SR.1817, *Actas resumidas de la 1817ª sesión. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la*

dificultades, puesto que, como el Relator reconocía, era un criterio “eminente subjetivo”⁹⁶. Señalaba THIAM que respecto de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad la gravedad “se aprecia teniendo en cuenta si afectan a pueblos, naciones, etnias, Estados, valores, creencias, civilizaciones o bienes comunes de la humanidad”, y añadía que:

“[...] los delitos de esta categoría se caracterizan por la amplitud de sus consecuencias destructivas y desastrosas. Así, el criterio de la gravedad entra en juego necesariamente en la determinación de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, pero esta gravedad presenta un carácter particular debido a su dimensión internacional”⁹⁷.

En definitiva, como un miembro de la CDI apuntara, la gravedad es un criterio cambiante que “se aprecia en función de las circunstancias y, en especial, del número de sus víctimas o de la amplitud de las consecuencias devastadoras”⁹⁸.

Respecto de los crímenes contra la humanidad, la aplicación de este criterio facilitaba la delimitación del ámbito de actuación del Derecho internacional penal, ya que permitía circunscribir la intervención penal sólo a aquellas violaciones de derechos humanos que tuvieran “un carácter de gravedad extrema” y fueran “contra la conciencia de la humanidad”⁹⁹. Sin embargo, también eran extrapolables las dificultades que surgían al intentar concretar la noción de *gravedad*, por lo que la mayoría de los miembros de la CDI se mostraron cautos al entender que, más que la gravedad *per se*, debería buscarse alguna manifestación específica de la misma para incorporarla como un elemento característico de la categoría. En suma, habría que identificar el criterio que permitiera determinar a partir de qué punto las violaciones de derechos humanos adquirirían una entidad suficiente para constituir crímenes contra la humanidad¹⁰⁰.

humanidad, párr. 13, en: ONU, *ACDI*, 1984, vol. I, p. 15) y de MCCAFFREY (ONU, Doc. A/CN.4/SR.1818, *Actas resumidas de la 1818ª sesión. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, párrs. 31-39, en: *ibid.*, pp. 18-19).

⁹⁶ ONU, Doc. A/CN.4/SR.1816, *Actas resumidas de la 1816ª sesión. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, párr. 5, en: ONU, *ACDI*, 1984, vol. I, p. 6; también ONU, Doc. A/CN.4/SR.1961, *Actas resumidas de la 1961ª sesión. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, párr. 23, en: ONU, *ACDI*, 1986, vol. I, p. 120 (intervención de OGISO).

⁹⁷ ONU, Doc. A/CN.4/SR.1816, *cit.*, párr. 5, p. 6.

⁹⁸ Intervención de SUCHARITKUL (ONU, Doc. A/CN.4/SR.1818, *cit.*, párr. 12, p. 21).

⁹⁹ ONU, Doc. A/CN.4/SR.1816, *cit.*, párr. 9, p. 7 (intervención del Relator THIAM). Para ARANGIO-RUIZ, “la gravedad de ciertos crímenes, que sin ese factor serían de derecho común, hace que también sean crímenes contra la humanidad” (ONU, Doc. A/CN.4/SR.1962, *Actas resumidas de la 1962ª sesión. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, párr. 54, en: ONU, *ACDI*, 1986, vol. I, p. 131).

¹⁰⁰ *Vid.* ONU, Doc. A/CN.4/SR.1816, *cit.*, párr. 42, pp. 12-13 (intervención de RAZAFINDRALAMBO); *ibid.*, párr. 34, p. 11 (intervención de MALEK). Para ZHENGYU NI, “las violaciones de los derechos

Dos fueron las posibilidades que se barajaron¹⁰¹: la concurrencia de *motivos discriminatorios* en la comisión de los actos tipificados contra un grupo humano determinado como fundamento de la incriminación (§ A), o bien la *masividad* en la comisión de las violaciones de derechos humanos, criterio al que posteriormente se sumaría el de la *sistematicidad*, terminando ambos por imponerse al móvil discriminatorio como elemento de los crímenes contra la humanidad (§ B).

A) Los motivos discriminatorios como elemento distintivo de los crímenes contra la humanidad.

La caracterización de los crímenes contra la humanidad como comportamientos discriminatorios fue una opción que tomó mucha fuerza al volver sobre los trabajos de elaboración del proyecto de Código. Es significativo a este respecto el que, al analizar en el segundo de sus informes (1984)¹⁰² los crímenes recogidos en el proyecto de 1954, el Relator THIAM concluyera que tanto las conductas que se correspondían con el crimen de genocidio como las calificadas por el proyecto de *actos inhumanos* (“tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones, contra cualquier población civil por motivos políticos, raciales, religiosos o culturales”) constituían crímenes contra la humanidad¹⁰³.

No se trataba ni mucho menos de un planteamiento novedoso, puesto que, como ya se indicó con anterioridad, desde la adopción en 1948 de la Convención contra el Genocidio la relación entre ambas modalidades criminales nunca había estado totalmente clara, y dado que el genocidio estaba tipificado convencionalmente se consideraba un punto de partida adecuado para construir la definición de *crimen contra la humanidad*¹⁰⁴. En

humanos, desde el momento en que adquieren cierta importancia y alcanzan determinado grado de frecuencia, pueden convertirse en crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad” (ONU, Doc. A/CN.4/SR.1817, *cit.*, párr. 23, p. 17). *Vid.* también ONU, Doc. A/CN.4/SR.1963, *Actas resumidas de la 1963ª sesión. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, párr. 77 (intervención de KOROMA), en: ONU, *ACDI*, 1986, vol. I, p. 144.

¹⁰¹ A modo de ejemplo, ONU, Doc. A/CN.4/SR.1961, *cit.*, párr. 24, p. 120 (intervención de OGISO).

¹⁰² ONU, Doc. A/CN.4/377 y Corr.1, *Segundo informe sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial*, 1 de febrero de 1984, en: ONU, *ACDI*, 1984, vol. II (1), pp. 97-98.

¹⁰³ *Ibid.*, párr. 29, p. 97.

¹⁰⁴ *Vid.* ONU, Doc. A/CN.4/SR.1959, *Actas resumidas de la 1959ª sesión. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, párr. 23 (intervención de CALERO RODRIGUES), en: ONU, *ACDI*, 1986, vol. I, p. 109.

consecuencia, ya desde el inicio de sus trabajos la CDI había partido de una concepción unitaria del genocidio y de los actos inhumanos, ambos integrados en la categoría de crímenes contra la humanidad¹⁰⁵. Esta perspectiva se hizo particularmente manifiesta en 1951 durante la discusión del segundo informe del Relator Especial, en la que, pese a que el Comité de Redacción había propuesto tipificar separadamente ambas modalidades, se evidenció la reticencia de alguno de los miembros de la CDI a considerar los actos inhumanos como un tipo distinto del genocidio¹⁰⁶, mientras que otros reconocían algunos elementos diferenciadores, como el ánimo especial exigible en esta última modalidad criminal¹⁰⁷.

¹⁰⁵ De acuerdo con el Relator Especial, la CDI “atribuyó un contenido bipartito a esta noción al distinguir el crimen de genocidio de los demás «actos inhumanos»” (vid. ONU, Doc. A/CN.4/398, *Cuarto informe sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial*, 11 de marzo de 1986, párr. 28, en: ONU, *ACDI*, 1986, vol. II (1), p. 60).

¹⁰⁶ Por ejemplo CÓRDOVA (vid. ONU, Doc. A/CN.4/SR.90, *Summary Records of the 90th meeting. Preparation of a draft code of offences against the peace and security of mankind: report by Mr. Spiropoulos*, párr. 84-86, en: UN, *YILC*, 1951, vol. I, p. 68).

¹⁰⁷ Así lo recordó AMADO, que insistió en la necesidad de un *dolus specialis* referido a la voluntad de destruir un grupo como tal para poder hablar de genocidio, mientras que las conductas recogidas en el párrafo 9 propuesto “related to a political massacre without any question of the group” (*ibid.*, párr. 87, p. 68); vid. asimismo la intervención de SCALLE (*ibid.*, párr. 105, p. 69).

El debate sobre este particular todavía no está totalmente cerrado en la actualidad y la doctrina aparece dividida en relación con el engarce del crimen de genocidio en el conjunto de crímenes de Derecho internacional, pese a su regulación separada en los estatutos de los tribunales penales internacionales.

Entre los autores que con posterioridad a 1998 lo incluyen dentro de los crímenes contra la humanidad se pueden mencionar, por ejemplo, a LÓPEZ DE LA VIESCA, E., *El delito de genocidio. Consideraciones penales y criminológicas*, Madrid: Edersa, 1999, p. 85; SCHABAS, W. A., *Genocide...*, cit., p. 11; BAZELAIRE, J.-P. et CRETIN, T., *La justice pénale internationale. Son évolution, son avenir. De Nuremberg à La Haye*, Paris: PUF, 2000, p. 77; BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para la represión*, Bilbao: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2004, pp. 59-60; LÓPEZ GARRIDO, D., “La represión de los crímenes contra la humanidad en el derecho internacional”, en: GARCÍA ARÁN, M., LÓPEZ GARRIDO, D. (coords.) *et al.*, *Crimen internacional y jurisdicción universal (El Caso Pinochet)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 44; SHRAGA, D. & ZACKLIN, R., “The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *EJIL*, vol. 5 (1), 1994, p. 368; ZAKR, N., “Approche analytique du crime contre l’humanité en droit international”, *RGDIP*, tomo 105 (2), 2001, p. 303; MORTON, J. S. & SINGH, N. V., “The international legal regime on genocide”, *JGR*, vol. 5 (1), 2003, p. 51; JONES, J. R. W. D., “«Whose intent is it anyway?» Genocide and the Intent to Destroy a Group”, en: VOHRAH, L. C., POCAR, F., FEATHERSTONE, Y. *et al.* (eds.), *Man’s Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2003, p. 468.

Entre quienes abogan por considerarlos dos crímenes diferentes se encuentran, por ejemplo, BETTATI, M., *Droit humanitaire*, Paris: Éditions du Seuil, 2000, p. 226; QUEL LÓPEZ, F. J., “Los Tribunales Penales Internacionales «ad hoc»”, en: FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid: Dilex, 2003 (2ª ed.), p. 363; RUEDA FERNÁNDEZ, C., “Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿por fin la esperada definición?”, en: CARRILLO SALCEDO, J. A. (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 320-323; AKSAR, Y., “The “victimized group” concept in the Genocide Convention and the development of international humanitarian law through the practice of *ad hoc* tribunals”, *JGR*, vol. 5 (2), 2003, pp. 213-214.

Una posición intermedia es la de GARRETÓN MERINO, quien entiende que algunos instrumentos internacionales incluyen el genocidio (y otros crímenes como el *apartheid* o la tortura) dentro de “un

Fuera como fuese, la nota común a las dos modalidades criminales que el Relator THIAM estimaba constitutivas de crímenes contra la humanidad era el consistir en violaciones de derechos humanos, aunque no se podía establecer una total equiparación entre violaciones de derechos humanos y crímenes contra la humanidad, puesto que las primeras atentaban “contra el ser humano en su calidad de individuo o, más exactamente, de persona humana titular de derechos imprescriptibles”¹⁰⁸, mientras que los segundos atentaban “contra conceptos diferentes: raza, nacionalidad, entidades políticas o religiosas”¹⁰⁹ y, por consiguiente, “contra la totalidad de los seres humanos”¹¹⁰. Así concebidos, los crímenes contra la humanidad se caracterizaban entonces por atentar contra los derechos de los individuos en razón de su adscripción a un determinado colectivo, y en consecuencia presentaban un carácter discriminatorio, rasgo también propio del genocidio.

Ciertamente, el requisito de la discriminación está presente en el artículo II de la Convención contra el Genocidio¹¹¹ -aunque ni los motivos (nacionales, étnicos, raciales

concepto amplio de crimen contra la humanidad” (GARRETÓN MERINO, R., “La protección de los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad y el genocidio. La responsabilidad del individuo”, en: DIRECCIÓN GENERAL DE LA GUARDIA CIVIL/UNED, *XII Seminario “Duque de Ahumada”: Crímenes contra la humanidad y genocidio (10 y 11 de mayo de 2000)*, Madrid: Ministerio del Interior, 2001, p. 28). CLAVERO, por su parte, señala la configuración jurídico-internacional separada de ambas modalidades criminales, pero criticándola duramente (CLAVERO, B., *Genocide or Ethnocide, 1933-2007. How to make, unmake, and remake law with words*, Milano: Giuffrè Editore, 2008, pp. 80-84), mientras que TORRES PÉREZ estima que el genocidio es “un subtipo de los crímenes de lesa humanidad [...] que goza de gran autonomía” (TORRES PÉREZ, M., *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 229).

¹⁰⁸ ONU, Doc. A/CN.4/377 y Corr.1, *cit.*, párr. 32, p. 97.

¹⁰⁹ *Ibid.* Esta concepción de los crímenes contra la humanidad permitía a la CDI enlazarla con una perspectiva amplia del concepto de *paz y seguridad de la humanidad*, que abarcaría relaciones “que comprenden no sólo a los Estados sino también a grupos étnicos, poblaciones civiles, ideologías, creencias, etc.” (ONU, Doc. A/40/10, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 37º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1985*, párr. 78), integrando “valores que hacen del derecho internacional un derecho cada vez más humanizado” (*ibid.*).

¹¹⁰ ONU, Doc. A/CN.4/377 y Corr.1, *cit.*, párr. 33, p. 97. Sólo “cuando la violación de un derecho humano dentro de un Estado alcanza cierta *magnitud* o cierto grado de *crueledad*, repugna a la conciencia universal y tiende a entrar en el ámbito del derecho internacional” (*ibid.*, párr. 34) se puede apreciar en esencia una equiparación con los crímenes contra la humanidad (*vid.* párr. 37, p. 98).

¹¹¹ *Artículo II de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*: “En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo.
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial.
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

o religiosos) coinciden exactamente con los recogidos en el ETMIN¹¹² ni éste último exigía un ánimo especial respecto del grupo discriminado (como sí hace la Convención de 1948, al requerir el ánimo de destruirlo)-. Además, conviene recordar que, con base en la corrección del artículo 6.c) ETMIN operada por el Protocolo de Berlín (1945) -que sustituyó el punto y coma que originalmente separaba las conductas encuadradas en la categoría *actos inhumanos* de las persecuciones por una coma-, existía la opinión generalizada de que el requisito de la discriminación por motivos políticos, raciales o religiosos era aplicable a todos los crímenes contra la humanidad. Es por ello que el Secretario General de la ONU indicaba en su memorando sobre el ETMIN y el juicio de Nuremberg que tal vez se podría entender que la referencia a los motivos políticos, raciales o religiosos era aplicable no sólo a la categoría “*persecución*” sino también a la categoría “*actos inhumanos*”, aunque a continuación ponía en tela de juicio que esa fuera la interpretación más idónea, puesto que la misma “ne semble guère justifier le texte anglais, moins encore le texte français cité plus haut”¹¹³, además de que en la parte de la sentencia relativa a los cargos contra Von Schirach el TMIN había aludido separadamente a una y otra categoría, reservando los motivos discriminatorios para la persecución¹¹⁴. En consecuencia, concluía que la restricción “qu’expriment les mots «pour des raisons politiques, raciales ou religieuses» vise donc seulement la deuxième catégorie de crimes contre l’humanité: les persécutions”¹¹⁵.

¹¹² La Convención de 1948 amplía la protección a los grupos nacionales y étnicos, pero excluye a los políticos. Aunque estos últimos aparecían originariamente entre los grupos protegidos en el proyecto de convención elaborado por el comité *ad hoc* (vid. ONU, Doc. E/794, *Comité Spécial du Génocide: Rapport du Comité et Projet de Convention élaboré par le Comité*, 24 de mayo de 1948, pp. 11-12), finalmente se eliminó toda referencia a los mismos.

¹¹³ ONU, Doc. A/CN.4/5, *Le Statut et le Jugement du Tribunal de Nuremberg. Historique et analyse (Mémoire du Secrétaire général)*, 3 de marzo de 1949, p. 72.

¹¹⁴ IMT, “Judgment”, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946*, vol. I (“Official documents” – Official text in the English language), Nuremberg: IMT, 1947, p. 319: “As a result, «murder, extermination, enslavement, deportation and ether inhumane acts» and «persecutions on political, racial or religious grounds» in connection with this occupation constitute a crime against humanity under that Article [6.c ETMIN]”.

¹¹⁵ ONU, Doc. A/CN.4/5, *cit.*, p. 73. También se excluye que los motivos discriminatorios deban informar todos los crímenes contra la humanidad en UNWCC, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, London: H. M. Stationery Office, 1948, p. 194; MEYROWITZ, H., *La répression...*, *cit.*, p. 289; GRAVEN, J., “Les Crimes contre l’Humanité”, *RCADI*, tomo 76, 1950-I, p. 465 (aunque critica la exclusión del carácter discriminatorio, de hecho *cf.* pp. 546-547); GIL GIL, A., *Derecho penal...*, *cit.*, p. 115. Paradójicamente, la tendencia a considerar que la motivación discriminatoria era un elemento de los crímenes contra la humanidad se volvió a poner de manifiesto en los años 90, en el contexto de los Tribunales Penales creados *ad hoc* por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, como se refleja en el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y en la primera sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (vid. ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso nº IT-94-1-T, *cit.*, párr. 716); sobre los Tribunales *ad hoc*, vid. *infra* apartado 3.1.

Aunque la extensión del ánimo discriminatorio a todos los comportamientos de la categoría carecía, pues, de fundamento, esa interpretación logró afianzarse con el paso de los años¹¹⁶, y seguía vigente en la década de los 80, como se puso de manifiesto cuando en su 38º período de sesiones (1986) la CDI estudió el cuarto informe presentado por el Relator Especial sobre la materia, en el que proponía tipificar como *crímenes contra la humanidad* (artículo 12) los siguientes¹¹⁷:

- (i) El genocidio, conforme a la definición dada por la Convención de 1948.
- (ii) El *apartheid*, remitiendo a la definición del artículo II de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* (1973), o bien reproduciéndola íntegramente.
- (iii) Los actos inhumanos, “tales como, sin que la enumeración sea exhaustiva, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones, contra cualquier población civil por motivos políticos, raciales, religiosos o culturales”.
- (iv) Toda “violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la preservación del medio humano”.

Además, al abordar en el informe el contenido jurídico del crimen contra la humanidad se subrayaba la falta de unanimidad sobre la definición de sus elementos esenciales –que iban desde el carácter del crimen hasta la escala del mismo, pasando por el bien lesionado–, para llegar a la conclusión de que “el único elemento objeto de consenso es el *móvil*”¹¹⁸. De esta forma, se identificaba como bien jurídico protegido en los crímenes contra la humanidad el que PELLA ya había identificado en 1950: la diversidad del género humano, “qui est formé de races, nationalités et religions différentes

¹¹⁶ Entre la doctrina *vid.* por ejemplo DONNEDIEU DE VABRES, H., *Traité...*, *cit.*, p. 1017 y DONNEDIEU DE VABRES, H., “Le procès de Nuremberg devant les principes du droit pénal international”, *RCADI*, tomo 70, 1947-I, p. 521; HAZAN, E. T., *L'État de Nécessité en Droit Pénal Intérétatique et International*, Paris: Editions A. Pedone, 1949, p. 141; PLAWSKI, S., *Étude...*, *cit.*, pp. 100 y 102.

¹¹⁷ ONU, Doc. A/CN.4/398 y Corr. 1 a 3, *Cuarto informe sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial*, en: ONU, *ACDI*, 1986, vol. II (1), pp. 88-89. El informe estaba dividido en cinco partes: I. Crímenes contra la humanidad; II. Crímenes de guerra; III. Otras infracciones (infracciones conexas); IV. Principios generales; y V. Proyecto de artículos.

¹¹⁸ *Ibid.*, párr. 21-25, p. 60. A la vista de las conductas incriminadas en el artículo propuesto por el Relator, resulta muy criticable que este fuera el único denominador común que se encontrara respecto de todas ellas, en particular si se tiene en cuenta que en la recogida en el apartado d), relativa a atentados contra el medio humano, no aparece como un elemento relevante.

et qui presente une pluralité de conceptions philosophiques, sociales et politiques”¹¹⁹. Así concebidos, los crímenes contra la humanidad no buscarían proteger al individuo como tal, sino en tanto que miembro de una colectividad¹²⁰, lo que se traducía en la exigencia de un móvil discriminatorio para apreciar un crimen contra la humanidad.

En el seno de la CDI hubo acuerdo sobre este extremo, que se estimó “fundamental para la tipificación del hecho como crimen contra la humanidad”¹²¹. Mientras que en la redacción del ETMIN la referencia a los “motivos políticos, raciales o religiosos” parecía aplicarse únicamente a las persecuciones, entre los miembros de la CDI no cabía duda de que los motivos discriminatorios eran aplicables a todos los crímenes contra la humanidad, puesto que –estimaban– ése era su rasgo característico¹²². No obstante, también se matizó que “la intención no puede ser un elemento constitutivo del crimen contra la humanidad si no está ligada al elemento material”¹²³. Asimismo, había discrepancia sobre los motivos que debían considerarse relevantes, puesto que podía haber otros más allá de los motivos étnicos, raciales, religiosos o políticos¹²⁴.

La constatación de que el criterio discriminatorio planteaba diversos inconvenientes ya había llevado a sugerir la posibilidad de utilizar otros criterios caracterizadores de los crímenes contra la humanidad, como la *masividad* o el *designio sistemático*, los cuales,

¹¹⁹ ONU, Doc. A/CN.4/39, *Mémoire présenté par le Secrétariat*, 24 de noviembre de 1950, párr. 138, en: ONU, *YILC*, 1950, Vol. II, p. 348. En los mismos términos intervino BALANDA, observando “la especial concepción de los crímenes contra la humanidad consistente en tener en cuenta los actos que atentan contra el género humano” (ONU, Doc. A/CN.4/SR.1960, *cit.*, párr. 31, en: ONU, *ACDI*, 1986, vol. I, p. 114).

¹²⁰ ONU, Doc. A/CN.4/39, *cit.*, párr. 138, p. 348; HUET, A. et KOERING-JOULIN, R., *Droit pénal international*, Paris: PUF, 1994, p. 105.

¹²¹ ONU, Doc. A/41/10, *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 38º periodo de sesiones, 5 de mayo a 11 de julio de 1986*, párr. 88.

¹²² *Vid.* ONU, Doc. A/CN.4/SR.1958, *Actas resumidas de la 1958ª sesión. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, párr. 11 (intervención de MALEK), en: ONU, *ACDI*, 1986, vol. I, p. 102. MALEK ya se había mostrado un firme defensor de este criterio un par de años antes. Para él, lo característico del crimen contra la humanidad era “el motivo, es decir, el hecho de que las víctimas pertenezcan a tal religión, a tal raza, a tal cultura, etc.” (ONU, Doc. A/CN.4/SR.1816, *Actas resumidas de la 1816ª sesión. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, párr. 33, en: ONU, *ACDI*, 1984, vol. I, p. 10); era ahí donde había que buscar “el elemento esencial del crimen contra la humanidad”, y no en criterios tales como la gravedad de la violación de derechos humanos que, si bien le podía conferir el carácter de un crimen internacional, no la convertía en un crimen contra la humanidad (*ibid.*, párr. 34, pp. 10-11).

¹²³ ONU, Doc. A/CN.4/SR.1960, *Actas resumidas de la 1960ª sesión. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, párr. 32 (intervención de BALANDA), en: ONU, *ACDI*, 1986, vol. I, p. 114.

¹²⁴ Incluso se argumentó que podían venir motivados únicamente por el beneficio propio (A/41/10, *cit.*, párr. 91).

sin embargo, no encontraron inicialmente el mismo apoyo entre los miembros de la CDI¹²⁵. En el mejor de los casos, si bien no se excluía totalmente su operatividad, se entendía que debían apreciarse en concurrencia con el móvil discriminatorio¹²⁶. Siguiendo ese planteamiento, el Relator insistía en su séptimo informe (1989) en que:

“Lo que distingue los actos inhumanos de los crímenes de derecho común es su móvil. Son actos inspirados por la intolerancia ideológica, política, racial, religiosa o cultural y que afectan a lo más íntimo de la persona, es decir, a sus convicciones, sus creencias o su dignidad”¹²⁷.

Pero, además, argüía la necesidad de que concurriera un criterio de masividad o de sistematicidad para poder apreciar la comisión de un crimen contra la humanidad¹²⁸.

Sobre estas premisas, propuso una nueva redacción para el artículo relativo a los crímenes contra la humanidad (artículo 14), en el que, junto con el genocidio, el *apartheid*, la esclavitud, la expulsión de poblaciones, el establecimiento de colonos y la modificación de la composición demográfica de un territorio extranjero, se incluían en el apartado 5:

“5. Cualesquiera otros actos inhumanos perpetrados contra los elementos de una población o contra individuos por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o

¹²⁵ Se estimaba que la inclusión de estos elementos “podría perjudicar la eficacia del proyecto de código y que había que mantener cierta flexibilidad para que pudieran quedar también comprendidos ciertos actos cometidos contra individuos” (ONU, Doc. A/CN.4/SR.1960, *cit.*, párr. 89, en: ONU, *ACDI*, 1986, vol. I, p. 121).

¹²⁶ Por ejemplo, OGISO identificaba dos elementos “decisivos”, la masa y la intención: “En primer lugar, está el elemento de masa, lo que quiere decir que es preciso: a) que el crimen haya sido cometido contra un grupo o un número determinado de individuos dentro del grupo, de suerte que, con frecuencia, el acto criminal tiene consecuencias muy amplias; b) que el acto mismo haya sido organizado y ejecutado de manera sistemática. Sin el elemento de masa, el proyecto de código podría interpretarse como si fuera aplicable a un delincuente aislado. El segundo elemento, la intención, es igualmente esencial: aun cuando haya un gran número de víctimas, el acto no puede ser definido como crimen contra la humanidad si su autor no tenía la intención de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso” (ONU, Doc. A/CN.4/SR.1961, *cit.*, párr. 24, p. 120).

Para RAZAFINDRALAMBO: “La gravedad y el carácter masivo, en particular, son totalmente característicos de los crímenes contra la humanidad. Es evidente que todos esos crímenes suponen una intención delictiva pero su calificación depende en definitiva del móvil que, como el Relator Especial subraya, constituye una intención especial, distinta, incorporada en el crimen” (ONU, Doc. A/CN.4/SR.1963, *Actas resumidas de la 1963ª sesión. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, párr. 26, en: ONU, *ACDI*, 1986, vol. I, p. 138). No obstante, no parece considerar que el carácter masivo sea un elemento esencial, como si lo sería el móvil, puesto que estimaba que “todos los crímenes contra la humanidad [...] que no presenten en particular un elemento masivo, deben ser calificados de actos inhumanos” (*ibid.*, párr. 28).

¹²⁷ ONU, Doc. A/CN.4/419, *Séptimo informe sobre el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, del Sr. Doudou Thiam, Relator Especial*, 24 de febrero de 1989, párr. 45, en: ONU, *ACDI*, 1989, vol. II (1), p. 91 (*cf.* ONU, Doc. A/44/10, *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 41º período de sesiones, 2 de mayo a 21 de julio de 1989*, párr. 154-156).

¹²⁸ ONU, Doc. A/CN.4/419, *cit.*, párr. 59-67, p. 93.

culturales, en especial, el asesinato, la deportación, el exterminio, las persecuciones o la destrucción masiva de sus bienes”¹²⁹.

Esta nueva propuesta no sería objeto de debate en el seno de la CDI hasta 1991. Sin embargo, para esa fecha la exigencia de un móvil discriminatorio había sido definitivamente sustituida por la exigencia de masividad y/o de sistematicidad, como se verá a continuación.

B) La afirmación de la masividad y/o la sistematicidad como elementos de los crímenes contra la humanidad.

A mediados de los 80 se hizo evidente que el carácter masivo o no de los crímenes contra la humanidad era una cuestión que la CDI debía concretar¹³⁰. Para algunos de sus miembros, la necesidad de un cierto carácter masivo se presentaba como un requisito ineludible, que ya era posible inducir en el proyecto de 1954 de las referencias a “grupo” y a “población civil”¹³¹; pero otros, por el contrario, aprobaban la supresión de la exigencia de masividad de la definición¹³², y también había quien apelaba a la prudencia ante el riesgo de ampliar excesivamente la exigencia de masividad respecto de crímenes imputables a los individuos¹³³. Por otra parte, además de la masividad, los miembros de la CDI comenzaban también a sugerir la posibilidad de caracterizar los crímenes contra la humanidad en función de su comisión de forma sistemática y planificada¹³⁴.

¹²⁹ *Ibid.*, párr. 30, p. 90.

¹³⁰ ONU, Doc. A/CN.4/SR.1958, *cit.*, párr. 20, p. 104 (intervención de FLITAN).

¹³¹ *Vid.* ONU, Doc. A/CN.4/SR.1960, *cit.*, párr. 10 (intervención de SINCLAIR), en: ONU, *ACDI*, 1986, vol. I, p. 111. Por ejemplo, SINCLAIR entendía que, al dotar de contenido autónomo al concepto de *crimen contra la humanidad*, era “importante que el contenido que se le dé corresponda, no a actos dirigidos contra un individuo, sino a actos múltiples dirigidos contra un grupo o un pueblo”, para evitar toda confusión entre los delitos comunes y los crímenes contra la humanidad (*ibid.*, párr. 11). Por su parte, ROUKOUNAS estimaba que la esencia de los crímenes contra la humanidad, “que forman una categoría de crímenes surgida después de perpetrarse atrocidades masivas contra civiles”, se encontraba “en su amplitud” (ONU, Doc. A/CN.4/SR.1961, *cit.*, párr. 54, p. 124).

¹³² Ese era el caso de BALANDA, quien consideraba que, dada “la especial concepción de los crímenes contra la humanidad consistente en tener en cuenta los actos que atentan contra el género humano como tal, no es necesario determinar si se trata de actos aislados o masivos” (ONU, Doc. A/CN.4/SR.1960, *cit.*, párr. 31, p. 114).

¹³³ *Vid.* ONU, Doc. A/CN.4/SR.1959, *cit.*, párr. 3, p. 107 (intervención de FRANCIS).

¹³⁴ *Vid.* ONU, Doc. A/CN.4/SR.1963, *cit.*, párr. 43, p. 140 (intervención de RIPHAGEN). KOROMA sostendrá, en relación con los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, que, además de grave, “es necesario que haya un elemento de masa salvo para ciertos tipos de crímenes donde la existencia de un comportamiento sistemático puede bastar, aunque también ahí sea necesario que haya una intención criminal (o al menos una acción que vaya en desprecio de la ley)” (*ibid.*, párr. 77, p. 144).

Entre 1987 y 1991 fue posible la progresiva aprobación provisional de un nuevo texto del proyecto de Código¹³⁵. Ese último año se aprobaron provisionalmente en primera lectura los artículos relativos a los crímenes tipificados, con un nuevo enfoque, ya que se prescindía de la clasificación tradicional entre crímenes contra la paz, de guerra y contra la humanidad¹³⁶. En su lugar, los tipos que hasta entonces aparecían agrupados en esta última categoría fueron desglosados en tres artículos diferentes, que regulaban respectivamente el genocidio (artículo 19), el *apartheid* (artículo 20) y lo que hasta entonces venían siendo calificados de “actos inhumanos”, y que ahora pasaban a considerarse “violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos” (artículo 21)¹³⁷, puesto que “la violación grave de ciertos derechos humanos fundamentales”

¹³⁵ En 1987 se aprobaron los artículos 1 a 3, 5 y 6 (definición y tipificación; principios generales: responsabilidad y castigo, imprescriptibilidad y garantías judiciales) -*vid.* ONU, Doc. A/42/10, *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 39º periodo de sesiones, 4 de mayo a 17 de julio de 1987*, párr. 66-; en 1988, los artículos 4, 7, 8, 10, 11 y 12 (principios generales: *aut iudicare, aut dedere*; cosa juzgada; irretroactividad; responsabilidad del superior jerárquico; carácter oficial y responsabilidad penal; y actos que constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad: crimen de agresión) -*vid.* ONU, Doc. A/43/10, *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 40º periodo de sesiones, 9 de mayo a 29 de julio de 1988*, párr. 280-; en 1989, los artículos 13, 14, y 15 (actos que constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad: amenaza de agresión; intervención; y dominación colonial y otras formas de dominación extranjera) -*vid.* ONU, Doc. A/44/10, *cit.*, párr. 217-; en 1990, los artículos 16, 18 y X (actos que constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad: terrorismo internacional; reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios; y tráfico ilícito de estupefacientes) -*vid.* ONU, Doc. A/45/10, *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 42º periodo de sesiones, 1 de mayo a 20 de julio de 1990*, párr. 158-.

¹³⁶ Al respecto la Comisión concluía que, si bien tal distinción había sido útil “para determinar el planteamiento que ha de adoptarse en relación con cada crimen”, había llegado a una fase de sus trabajos en la que podía prescindir de ella, “puesto que se ha llegado a una solución con respecto tanto a los elementos constitutivos como a la atribución de cada crimen” (ONU, Doc. A/46/10, *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones, 29 de abril a 19 de julio de 1991*, “Apartado D.2 (Proyecto de artículos sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Texto de los artículos 3, 4, 5, 11, 14, 19, 20, 21, 22 y 26, con los comentarios correspondientes y el comentario a la parte II en su conjunto, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 43º periodo de sesiones): Parte II”, párr. 2).

¹³⁷ *Ibid.*, “Apartado D.1 (Proyecto de artículos sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura)”: *Artículo 21.- Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos*: “El que ejecute u ordene que sea ejecutada cualquiera de las siguientes violaciones de los derechos humanos:

- asesinato
 - tortura
 - establecimiento o mantenimiento de personas en estado de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso
 - persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales de una manera sistemática o masiva; o
 - deportación o traslado forzoso de poblaciones
- será condenado, después de ser reconocido culpable, [a...]

había sido identificado como el elemento común de todos los hechos constitutivos de esta modalidad criminal¹³⁸.

Pero además había otras dos novedades muy relevantes en la nueva redacción, comunes a las conductas previstas en el artículo 21: de una parte, la exigencia de que su comisión cumpliera el **criterio de sistematicidad o de masividad**¹³⁹ y, de otra parte, la *supresión como elemento de la categoría de la motivación discriminatoria*, que ahora quedaba exclusivamente circunscrita al crimen contra la humanidad de persecución. De esta forma, se abandonaba el móvil discriminatorio como criterio que justificaba la incriminación internacional de los crímenes contra la humanidad para, en su lugar, fundamentar la necesidad de la intervención del Derecho internacional penal en la gravedad de las violaciones de derechos humanos¹⁴⁰, gravedad que podía traducirse tanto en un criterio cuantitativo, derivado de la masividad del ataque, como cualitativo, por la sistematicidad del mismo¹⁴¹.

Estos criterios no eran, sin embargo, totalmente novedosos, al menos en lo que a la masividad se refiere. Cuarenta años antes, el entonces Relator Especial sobre la materia, Jean SPIROPOULOS, ya los había introducido en su propuesta de tipificación de lo que él dio en llamar *actos inhumanos* “committed by the authorities of a State or by individuals against any civilian population”, al considerar que los mismos incluían conductas como “mass murder, or extermination or enslavement, or deportation, or persecutions on

¹³⁸ ONU, Doc. A/CN.4/SR.2239, *Actas resumidas de la 2239ª sesión. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, párr. 61 (intervención de PAWLAK, Presidente del Comité de Redacción), en: ONU, *ACDI*, 1991, vol. I, p. 231; ONU, Doc. A/46/10, *cit.*, comentario al artículo 21, párr. 2.

¹³⁹ Aunque respecto de la deportación o traslado forzoso de poblaciones se excluía la concurrencia de estos dos criterios, es evidente que la configuración de este tipo únicamente respecto de “poblaciones” implicaba necesariamente la satisfacción del requisito de masividad (*ibid.*, comentario al artículo 21, apdo. 11).

¹⁴⁰ Se evidencia en este punto la incidencia de los avances en materia de derechos humanos, y la influencia mutua entre la nueva perspectiva seguida por la CDI y los trabajos desarrollados por Stanislav CHERNICHENKO, relator de la ya extinta Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, quien presentó en 1993 su informe sobre la definición de las violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos como crímenes internacionales (ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/10, *Definición de las violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos como crímenes internacionales. Documento de trabajo presentado por el Sr. Stanislav Chernichenko de conformidad con la decisión 1992/109 de la Subcomisión*, 8 de junio de 1999, párr. 44), en el que se refería al proyecto de 1991 de la CDI (*ibid.*, párr. 34-36), y cuyos trabajos indudablemente ayudaron a afianzar el cambio de criterio que se estaba operando en el seno de la CDI (*vid.* DE FROUVILLE, O., “Les atteintes...”, *cit.*, pp. 420-422).

¹⁴¹ La exigencia de que la violación de derechos humanos fuera “sistemática o masiva” pretendía “excluir del campo de aplicación del artículo los actos aislados que constituyen una violación de los derechos humanos” -ONU, Doc. A/CN.4/SR.2239, *cit.*, párr. 62, p. 231 (intervención de PAWLAK, Presidente del Comité de Redacción)-.

political, racial or religious grounds” (artículo I.9)¹⁴². Esa referencia a la masividad fue objeto de un intenso debate en el seno de la CDI, principalmente porque no quedaba claro si tal criterio se aplicaba sólo al homicidio intencional o a todos los comportamientos recogidos en el artículo¹⁴³. Su inclusión también planteaba reticencias en la medida en que el artículo 6.c) ETMIN no lo preveía¹⁴⁴. Aunque hubo acuerdo sobre la necesidad de que las conductas tipificadas tuvieran un carácter masivo, y que un único acto no bastaba para considerarlas crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, finalmente se decidió suprimir el término “*mass*”¹⁴⁵, por entender que esa idea ya subyacía a la exigencia de que los actos se cometieran contra una población civil¹⁴⁶. En consecuencia, el proyecto aprobado en 1954 no introdujo referencia alguna a la masividad.

También se evidencia en este punto la incidencia de los avances en materia de derechos humanos, y la influencia mutua entre la nueva perspectiva seguida por la CDI y los trabajos desarrollados por Stanislav CHERNICHENKO, relator de la ya extinta Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la ONU (desde 1999 denominada “Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos”), quien presentó en 1993 su informe sobre la definición de las violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos como crímenes internacionales¹⁴⁷, y cuyos trabajos indudablemente ayudaron a afianzar el cambio de criterio que se estaba operando en el seno de la CDI¹⁴⁸.

El Relator presentó una nueva versión del artículo 21 en 1995, en el que retomaba la calificación de *crímenes contra la humanidad* para las anteriormente denominadas

¹⁴² ONU, Doc. A/CN.4/44, *cit.*, p. 59.

¹⁴³ ONU, Doc. A/CN.4/SR.90, *cit.*, párr. 93 y 95, p. 68 (intervenciones de BRIERLY y de CÓRDOVA, respectivamente).

¹⁴⁴ *Ibid.*, párr. 94 (intervención de LIANG) -*cfr.* párr. 95 (intervención de BRIERLY)- y párr. 108 (intervención de SPIROPOULOS), pp. 68-69.

¹⁴⁵ En su lugar, se conservó la conexión con una situación de guerra para distinguir las conductas incriminadas de los delitos comunes. En palabras de BRIERLY, “the deletion of the word “mass” made it necessary to retain those reservations, since otherwise a whole series of domestic crimes would be converted into crimes under international law” (*ibid.*, párr. 137, p. 70).

¹⁴⁶ *Vid.* en particular *ibid.*, párr. 98, 99 y 108-111, pp. 68-69.

¹⁴⁷ ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/10, *Definición de las violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos como crímenes internacionales. Documento de trabajo presentado por el Sr. Stanislav Chernichenko de conformidad con la decisión 1992/109 de la Subcomisión*, 8 de junio de 1999, párr. 44. Aunque el trabajo de Chernichenko se centraba en los crímenes internacionales, también se refería en su informe al proyecto de 1991 de la CDI (*ibid.*, párr. 34-36).

¹⁴⁸ *Vid.* DE FROUVILLE, O., “Les atteintes...”, *cit.*, pp. 420-422.

violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos. Además, eliminaba el carácter masivo como un criterio relevante para su apreciación¹⁴⁹, decisión ésta que no fue bien recibida por varios miembros de la CDI, por considerarlo un criterio clave en la caracterización de la categoría¹⁵⁰.

Por fin, en 1996 la CDI aprobó en segunda lectura los artículos del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad¹⁵¹. Los crímenes contra la humanidad aparecían regulados en el artículo 18, conforme al cual se entendía por crimen contra la humanidad “la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo” de cualquiera de los actos enumerados en el artículo¹⁵².

¹⁴⁹ Conforme al texto propuesto (ONU, Doc. A/CN.4/466, *Decimotercer informe sobre el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, del Sr. Doudou Thiam, Relator Especial*, 24 de marzo de 1995, párr. 81, en: ONU, *ACDI*, 1995, vol. II (2), p. 25, nota 53): “Se entenderá por crimen contra la humanidad el hecho de cometer, de manera sistemática, cualquiera de los actos siguientes:

- Asesinato;
- Tortura [...];
- La reducción a la esclavitud;
- La persecución;
- La deportación o el traslado forzoso de poblaciones;
- Cualesquiera otros actos inhumanos”.

¹⁵⁰ ONU, Doc. A/50/10, *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 47º periodo de sesiones, 2 de mayo a 21 de julio de 1995*, párr. 90.

¹⁵¹ ONU, Doc. A/51/10, *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º periodo de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, párr. 50.

¹⁵² Artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (*ibid.*, “Parte II. Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”): “Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Tortura;
- d) Sujeción a esclavitud;
- e) Persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos;
- f) Discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que suponga la violación de los derechos y libertades fundamentales y entrañe graves desventajas para una parte de la población;
- g) Deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario;
- h) Encarcelamiento arbitrario;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) Violación, prostitución forzosa y otras formas de abuso sexual;
- k) Otros actos inhumanos que menoscaben gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves”.

La sistematicidad o la masividad -criterio al que alude la referencia a la escala de su comisión- de determinados actos criminales se afianzaban así como criterios característicos del crimen contra la humanidad, transformando comportamientos delictivos de Derecho común en infracciones de Derecho internacional. Posteriormente, ambos criterios han sido incorporados al artículo 7 ECPI y su vigencia ha sido reconocida por la jurisprudencia internacional, aunque, a diferencia de la propuesta de la CDI, no se exige que la comisión de los actos criminales *per se* sea sistemática o masiva, sino que sea el ataque en el marco del cual se cometen los crímenes contra la humanidad el que presente alguna de esas dos notas, como se tendrá la oportunidad de ver en el Capítulo III.

1.3.LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO JURÍDICO DE LA NOCIÓN DE PERSECUCIÓN.

De lo expuesto hasta ahora, resulta evidente que la preparación de un proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad en el seno de la CDI no fue una tarea ni sencilla ni lineal. Si bien el establecimiento de una responsabilidad penal internacional por determinados comportamientos se consideraba un gran avance, era difícil saber hasta dónde estaban dispuestos a llegar los Estados en la definición de los tipos. Esa incertidumbre era aún mayor en relación con los crímenes contra la humanidad, condicionados por la ausencia de normas en la materia y por la similitud de las conductas incriminadas con los delitos comunes previstos en los ordenamientos jurídicos internos.

Así las cosas, la persecución resultaba ser el único crimen contra la humanidad que no parecía plantear ese problema de superposición, pues no se correspondía con ninguna modalidad criminal recogida en el Derecho penal de los Estados. Sin embargo, esta constatación representaba un nuevo inconveniente, ya que la situaba en un lugar separado del resto de comportamientos incriminados a título de crímenes contra la humanidad. Por una parte, no existía una definición comúnmente aceptada en Derecho internacional de lo que era una persecución, puesto que ni el Estatuto ni la sentencia del TMIN y/o la ulterior jurisprudencia resultante de los juicios contra los criminales de guerra nazis la habían dado. Los principios de Nuremberg propuestos por la CDI no habían aportado ninguna luz a la cuestión, y tampoco la noción había sido objeto de ulteriores desarrollos convencionales; ni siquiera la Resolución de la AGNU 103 (I), de

19 de noviembre de 1946, sobre la *Persecución y discriminación raciales* ofrecía datos más precisos sobre lo que se debía entender por *persecución* conforme al Derecho internacional, ya que se limitaba a declarar que:

“está entre los intereses superiores de la humanidad el poner fin inmediatamente a las persecuciones y manifestaciones de prejuicio religioso como del que se ha dado en llamar racial, e invita a los gobiernos y autoridades responsables a que actúen de acuerdo tanto con el espíritu como con la letra de la Carta de las Naciones Unidas y tomen con este fin las medidas más rápidas y enérgicas”.

Por otra parte, no se podían encontrar referencias en los ordenamientos penales internos de los Estados, ya que ninguno la había tipificado como un delito común.

Volviendo al artículo 6.c) ETMIN, éste ofrecía una enumeración ejemplificativa¹⁵³, más que una definición, de los crímenes contra la humanidad, y, en lo que se refiere a la persecución, se limitaba a expresar con un término del lenguaje común las aberraciones que los nazis habían cometido¹⁵⁴, siendo ese recurso al lenguaje cotidiano para referirse a un concepto jurídico la principal fuente de los inconvenientes que han surgido y surgen al intentar definir la noción de *persecución*. Así, GIL GIL ve en la “confusa redacción” del artículo 6.c) ETMIN, cuyo contenido apenas fue aclarado por la sentencia del TMIN, el origen de muchos de los problemas de definición que ha planteado concepto de *crimen contra la humanidad*; al respecto considera que “quienes se sienten obligados en dicha tarea a respetar la definición dada en Londres [...] se encuentran con numerosos problemas”¹⁵⁵, aclarando que la mayoría de ellos son debidos “a dos errores iniciales: querer conjugar el desarrollo posterior del concepto con la redacción literal del artículo 6c e intentar interpretar como si de un tipo penal se tratase lo que no constituye tal tipo, sino una categoría de delitos”¹⁵⁶.

¹⁵³ DELMAS-MARTY, M., “Le crime contre l’humanité, les droits de l’homme, et l’irréductible humain”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, nº 3, 1994, p. 479; GLASER, S., *Droit International Pénal Conventionnel*, vol. I, Bruxelles: Bruylant, 1970, p. 112, § 85.

¹⁵⁴ LOMBOIS, C., “Un crime international en droit positif français. L’apport de l’affaire Barbie à la théorie française du crime contre l’Humanité”, en: AA.VV., *Droit Pénal Contemporain. Mélanges en l’honneur d’André Vitu*, Paris: Éditions Cujas, 1989, p. 375; GRYNFOGEL, C., “Un concept juridique en quête d’identité: le crime contre l’humanité”, *RIDP*, vol. 63 (3/4), 1992, pp. 1030 y 1038. HUET y KOERING-JOULIN justifican esta falta de precisión en la definición de cada crimen por la necesidad de conciliar “le pragmatisme de la Common Law et la rigueur du droit écrit” que llevó a prohibir “des comportements universellement réprouvés à défaut d’être précisément définis dans chacune de leurs composants” (HUET, A. et KOERING-JOULIN, R., *Droit pénal international*, Paris: PUF, 1994, p. 104).

¹⁵⁵ GIL GIL, A., *Derecho penal...*, cit., p. 113.

¹⁵⁶ *Ibid.*

Precisamente, la voluntad de respetar los términos del ETMIN y las categorías criminales establecidas en el mismo fue lo que llevó a la CDI a conservar la persecución dentro de los crímenes contra la humanidad. Y sin llegar aquí a calificar esa decisión de errónea, puesto que la CDI se limitó a trabajar sobre las normas y principios existentes en el ordenamiento jurídico internacional del momento, lo cierto es que ello acarreó no pocos problemas a la hora de tipificar la persecución como crimen contra la humanidad. Es innegable que una revisión de las consecuencias que las persecuciones habían tenido a lo largo de la Historia bastaba para justificar su caracterización como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, pero a la hora de sistematizar los elementos que debían concurrir para caracterizar una conducta como crimen contra la humanidad resultaba complicado encajar en ellos a la persecución, pues a ella resultaban reconducibles todos los demás comportamientos criminales incluidos en la categoría. En consecuencia, durante buena parte del tiempo que la CDI estuvo trabajando en el proyecto de Código, la persecución fue vista como una práctica con una doble naturaleza: se admitía que era una modalidad criminal, pero a la vez podía servir como contexto en el cual la comisión del resto de crímenes contra la humanidad tendría necesariamente un alcance internacional.

El punto de partida para la tipificación específica de la persecución fue la vaga referencia a las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos que hacía el ETMIN en su artículo 6.c). En consecuencia, la única cuestión clara respecto a la caracterización de la persecución como crimen de Derecho internacional parecía ser que formaba parte de la categoría de los crímenes contra la humanidad, por lo que requería haber sido cometida en conexión con otro crimen, y que dentro de esta categoría se distinguía de otro grupo de conductas, calificables de forma general como *actos inhumanos*.

La primera modificación de esta caracterización se produjo en el segundo informe del Relator Especial de la CDI sobre el tema, presentado en 1951. En el artículo I (apartado 9) de su propuesta se englobaban bajo la calificación de *actos inhumanos* todos aquellos comportamientos que se habían incluido en el artículo 6.c) ETMIN, incluida la persecución¹⁵⁷. Ésta pasaba por tanto a ser considerada un acto inhumano, como los asesinatos en masa, el exterminio, la esclavitud o la deportación, conductas

¹⁵⁷ ONU, Doc. A/CN.4/44, *cit.*, p. 59.

todas ellas (y no solamente la persecución) penalmente reprochables siempre que se hubieran cometido por motivos políticos, raciales o religiosos. Sin embargo, la principal consecuencia de exigir un ánimo discriminatorio para todos los actos inhumanos era que, pese a que la persecución pasaba a compartir su principal rasgo diferenciador con el resto de conductas incluidas en la categoría, no se ofrecía a cambio una definición de la persecución que identificara sus elementos privativos y que justificara suficientemente su tipificación internacional, por lo que se mantenía su indefinición como conducta criminal específica.

La propuesta del Relator sirvió de base al primer proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad que la CDI presentó a la AGNU, en el que se conservó en su artículo 2.10 la categoría de *actos inhumanos*¹⁵⁸, incluida la persecución, aunque con una variación, ya que los motivos que determinaban que la comisión de estos actos fuera punible se habían ampliado: a los tres del ETMIN y del texto propuesto por el Relator (políticos, raciales o religiosos), la CDI decidió añadir los motivos culturales¹⁵⁹. Esta ampliación venía justificada, según se indica en el comentario al artículo 2.10) del proyecto aprobado por la CDI, por el hecho de que tales actos “no son menos perjudiciales para la paz y la seguridad de la humanidad que los mencionados en el citado Estatuto”¹⁶⁰.

La revisión del proyecto llevada a cabo por la CDI en 1954 no introdujo alteraciones significativas de los términos concretos en los que se regulaba la persecución, a no ser la supresión para el conjunto de la categoría de la necesidad de un nexo con la situación de conflicto armado, de la que, evidentemente, también se beneficiaba la persecución¹⁶¹. Y, como ya se comentó con anterioridad, tras los años de receso en el estudio de este tema, la CDI retomó los trabajos más preocupada por identificar las notas características de la categoría que por establecer los elementos específicos de los comportamientos incriminados dentro de la misma.

¹⁵⁸ ONU, Doc. A/1858, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su tercer periodo de sesiones, 16 de mayo a 27 de julio de 1951*, párr. 59 (reproducción del proyecto de artículos).

¹⁵⁹ La inclusión del criterio cultural estuvo precedida de un amplio debate, condicionado por la negativa de los Estados a incorporar el genocidio cultural en la Convención de 1948. Otros dos criterios sugeridos por el Relator fueron el nacional y el étnico, con vistas a dotar a esta categoría de mayor coherencia con el genocidio. Los miembros de la CDI optaron por dejar en sus manos la decisión de incluirlos o no, cosa que finalmente no hizo (*vid.* ONU, Doc. A/CN.4/SR.90, *cit.*, párr. 84-135, pp. 68-70).

¹⁶⁰ ONU, Doc. A/1858, *cit.*, párr. 59.

¹⁶¹ ONU, Doc. A/2693, *cit.*, párr. 50; *vid. supra* apartado 1.2.

Hubo que esperar hasta 1991 para que se produjeran cambios en la configuración de la persecución como un crimen de Derecho internacional propuesta por la CDI. Tres fueron las modificaciones más destacables:

(i) En primer lugar, se modificó su caracterización como un acto inhumano, para pasar a ser considerada una conducta que implicaba una violación de derechos humanos, y como tal aparecía en el artículo 21 del proyecto aprobado ese año en primera lectura por la CDI¹⁶².

(ii) En segundo lugar, se configuraba como la única modalidad criminal dentro de ese artículo para la que se exigía expresamente un ánimo discriminatorio, basada en motivos políticos, raciales, religiosos o culturales, a los que se añadía uno nuevo: los sociales. Así pues, al desaparecer el requisito del móvil para el conjunto de la categoría, la persecución volvía a presentar el rasgo específico que tradicionalmente se había considerado su rasgo característico: su carácter discriminatorio.

(iii) Pero, además, por primera vez desde el inicio de sus trabajos sobre la materia, la CDI hizo una tentativa de definición de lo que se entendía por *persecución*, señalando que:

“La persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales [...] se refiere a violaciones de los derechos humanos distintas de las comprendidas en los párrafos precedentes cometidas de forma sistemática o masiva por funcionarios del Estado o por grupos que ejercen un poder de hecho sobre un territorio determinado con objeto de someter a individuos o grupos de individuos a una forma de vida en la que se les niegue de forma repetida o permanente el goce de algunos de sus derechos fundamentales”¹⁶³.

¹⁶² ONU, Doc. A/46/10, *cit.*, p. 104: *Artículo 21.- Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos*: “El que ejecute u ordene que sea ejecutada cualquiera de las siguientes violaciones de los derechos humanos: [...] persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales de una manera sistemática o masiva [...]”.

¹⁶³ Asimismo, tras admitir que la persecución podía “adoptar múltiples formas”, ofrecía diversos ejemplos de prácticas persecutorias, como “la prohibición de la práctica de determinados cultos religiosos; la detención prolongada y sistemática de individuos que representan un grupo político, religioso o cultural; la prohibición de usar un idioma nacional, incluso en privado; la destrucción sistemática de monumentos o edificios representativos de un grupo social, religioso, cultural, etc.”, actos todos ellos que podían “caer dentro del ámbito del artículo cuando son ejecutados de manera sistemática o masiva” (*ibid.*, p. 112, apdo. 9 del comentario al artículo 21).

Durante la sesión, el Presidente del Comité de Redacción, PAWLAK, indicó que en el seno del Comité de Redacción muchos miembros habían estimado que: “[...] numerosos seres humanos han sido y son todavía perseguidos por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales. La persecución va contra los derechos humanos básicos que constituyen los fundamentos de la civilización humana y que permiten a los seres humanos organizarse en comunidades y vivir todos juntos en paz. Es, por tanto, apropiado que la persecución sistemática o masiva constituya un crimen según el código”, pese a la ausencia de una definición convencional de la noción, por lo que sugirió que el comentario al artículo profundizara en su significado y en las formas que podría adoptar. No obstante, también recordó las reticencias de algunos miembros del Comité a incluirlo en el Código precisamente por la falta de una definición jurídica del término (ONU, Doc. A/CN.4/SR.2239, *cit.*, párr. 68-69, p. 232).

La persecución se definía, en consecuencia, por exclusión. Abarcaba, de acuerdo con la CDI, todas aquellas violaciones de derechos humanos distintas del asesinato, la tortura, la esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, o la deportación o traslado forzoso de poblaciones¹⁶⁴. Además, se requería un especial ánimo persecutorio, ya que la violación de derechos humanos debía atender a la voluntad de someter a los individuos o grupos de individuos a una forma de vida en la que se les negara el goce de algunos de sus derechos fundamentales, y ello por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales.

No obstante, la conservación de esta modalidad criminal dentro de la categoría no estuvo exenta de discusión, hasta el punto de que algunos miembros de la CDI consideraron que era preferible dejarla fuera del proyecto, ante la falta de una “definición universalmente aceptable de la persecución”¹⁶⁵. En efecto, pese al intento de definición, necesario para poder justificar su conservación como una modalidad criminal específica dentro de la categoría, la noción continuaba siendo demasiado vaga e imprecisa.

Este extremo fue también puesto de relieve por algunos Estados en sus observaciones al texto propuesto. Australia, por ejemplo, manifestó su preocupación por “la falta de definición de los elementos de los crímenes” del artículo 21, que la CDI había estimado innecesaria por estar tales crímenes definidos en otros instrumentos internacionales, pues “no existe en ningún instrumento internacional una definición aceptada de la persecución”¹⁶⁶. Para EUA, el “crimen de «persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales», en particular, es tan vago que podría significar casi cualquier cosa”¹⁶⁷. También Reino Unido fue muy crítico con un artículo que consideraba “incompleto e insatisfactorio”, y que no contenía “ninguna definición precisa de la

¹⁶⁴ Pero, como criticara SUNGA, el artículo 21 no aclaraba “what kinds and what degree of seriousness of persecution lead to individual criminal responsibility”, pues la persecución “may be extremely serious, or it may be frivolous and insignificant (relative to other crimes against the peace and security of mankind)” (SUNGA, L. S., *The Emerging...*, cit., p. 148). En su opinión, esta previsión no parecía aportar nada a las disposiciones del proyecto en relación con el resto de violaciones específicas de derechos humanos (*ibid.*, p. 149).

¹⁶⁵ *Ibid.*, pp. 112-113, apdo. 9 del comentario al artículo 21. Esta posición estaba fundamentada en el hecho de que “la propia palabra “persecución” no está definida jurídicamente y su sentido no es totalmente claro”, mientras que “el código debería referirse tan sólo a los delitos que puedan ser definidos claramente” (*vid.* ONU, Doc. A/CN.4/SR.2239, cit., párr. 69, p. 232). Algunos miembros de la CDI cuestionaban su encaje dentro de los crímenes contra la humanidad, como PELLET al afirmar que “no está claro que el crimen de persecución [...] sea también por naturaleza de carácter masivo” (ONU, Doc. A/CN.4/SR.2240, *Actas resumidas de la 2240ª sesión. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, párr. 13 (intervención de PELLET), en: ONU, *ACDI*, 1991, vol. I, p. 236).

¹⁶⁶ ONU, Doc. A/CN.4/448 y Add.1, *Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos*, 1 de marzo y 19 de mayo de 1993, párr. 32, en: ONU, *ACDI*, 1993, vol. II (1), p. 73.

¹⁶⁷ *Ibid.*, párr. 14, p. 94.

conducta criminal ni ningún concepto unificador claro”¹⁶⁸. Por el contrario, Países Bajos se mostró partidario de que el término *persecución* se interpretara “del mismo modo que el término incorporado a la Convención sobre el estatuto de los refugiados”, entendiendo que era “de hecho, una interpretación más estricta de la que figura en el comentario al artículo”¹⁶⁹. Bulgaria, por su parte, propuso completar la referencia a la persecución con la expresión “*incluidos los tratos inhumanos y degradantes basados en esos motivos*”¹⁷⁰.

Frente a estas críticas por la ausencia de una definición precisa de la persecución como crimen contra la humanidad, el Relator se limitó a invocar la tradición, argumentando que:

“[...] la palabra «persecución» se utilizó en los tres textos básicos relativos a los estatutos de los tribunales militares internacionales, que definieron los crímenes contra la humanidad. Se utilizó igualmente en los fallos de los tribunales internacionales encargados de juzgar los crímenes contra la humanidad después de la segunda guerra mundial”¹⁷¹.

En la nueva versión del artículo 21 que el Relator presentó en 1995¹⁷², sorprendentemente, se desproveía a la persecución de la intención discriminatoria como elemento del crimen, sin alegar ningún motivo concreto para ello. Esta versión no fue bien acogida entre los miembros de la CDI, al considerar que resultaba una mención “vaga y demasiado general”¹⁷³. Algunos abogaron por mantener la redacción anterior¹⁷⁴, que para otros sobrepasaba sin embargo lo previsto tanto en el ETMIN, donde se exigía una conexión con otro crimen bajo la jurisdicción del Tribunal, como en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, “que no se aplicaba a esos actos más que en el caso de que fueran cometidos en el marco de un conflicto armado”¹⁷⁵. Una propuesta para solventar esa vaguedad fue que sólo se penara cuando se

¹⁶⁸ *Ibid.*, párr. 26, p. 117.

¹⁶⁹ *Ibid.*, párr. 61, p. 102).

¹⁷⁰ *Ibid.*, párr. 9, p. 84.

¹⁷¹ ONU, Doc. A/CN.4/466, *cit.*, párr. 81-82.

¹⁷² *Ibid.*, párr. 81, p. 25, nota 53: “Se entenderá por crimen contra la humanidad el hecho de cometer, de manera sistemática, cualquiera de los actos siguientes: [...] - La persecución [...]”.

¹⁷³ De hecho, se estimaba que la inclusión de la persecución, así como de los actos inhumanos, era lo que provocaba que la categoría de crímenes contra la humanidad estuviera definida en términos muy amplios (*vid.* ONU, Doc. A/CN.4/SR.2384, *Actas resumidas de la 2384ª sesión. Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, párr. 17, en: ONU, ACIDI, 1995, vol. I, p. 37; asimismo la intervención de TOMUSCHAT, ONU, Doc. A/CN.4/SR.2385, *Actas resumidas de la 2385ª sesión. Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, párr. 6, en: *ibid.*, p. 47).

¹⁷⁴ ONU, Doc. A/CN.4/SR.2384, *cit.*, párr. 64, p. 44 (intervención de AL-BAHARNA).

¹⁷⁵ ONU, Doc. A/50/10, *cit.*, párr. 93, p. 26.

cometiera en relación con otros crímenes recogidos en el Código¹⁷⁶. También hubo partidarios de suprimir la persecución, dado su carácter genérico¹⁷⁷.

Cuando en 1996 la CDI finalmente aprobó en segunda lectura el proyecto de artículos de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, la persecución aparecía entre los crímenes contra la humanidad regulados en el artículo 18 en los siguientes términos:

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

b) Persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos [...]”.

En su comentario, la CDI caracterizaba la persecución como un acto inhumano que podía adoptar muchas formas cuya característica común era “la denegación de los derechos humanos y libertades fundamentales que corresponden a todas las personas sin distinción, como reconocen la Carta de las Naciones Unidas (Arts. 1 y 55) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2)”¹⁷⁸. Asimismo, lo distinguía del genocidio afirmando que este tipo se aplicaría a aquellos actos de persecución en los que “no existiera la intención específica” requerida para el crimen de genocidio¹⁷⁹. Por lo demás, se observa una reducción sustancial de los motivos discriminatorios relevantes para apreciar la comisión del crimen, al haber desaparecido los motivos sociales y culturales presentes en anteriores versiones.

Evidentemente, la redacción definitiva continuaba siendo demasiado escueta como para lograr resolver los problemas de definición de la persecución. En el fondo, pese a los sustantivos avances logrados en la tipificación de la categoría de crímenes contra la humanidad, la configuración legal de la persecución como crimen contra la humanidad era un mero regreso a las previsiones del ETMIN, con las únicas diferencias de que ahora también se tomaban en consideración los motivos étnicos y no se requería que se cometiera en conexión con una situación de conflicto armado o con otros crímenes de Derecho internacional. Sin embargo, la vaguedad tantas veces criticada del término resultó ser el único punto de acuerdo. En cincuenta años no había sido posible definir y

¹⁷⁶ ONU, Doc. A/CN.4/SR.2384, *cit.*, párr. 67, p. 45 (intervención de ROSENSTOCK).

¹⁷⁷ ONU, Doc. A/CN.4/SR.2381, *cit.*, párr. 28, pp. 18-19 (intervención de VARGAS CARREÑO).

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 53, apdo. 11 del comentario al artículo 18.

¹⁷⁹ *Ibid.*

concretar el alcance de un concepto sobre cuya caracterización como crimen contra la humanidad existía un claro consenso (al menos por tradición), pero cuyo contenido jurídico seguía siendo una gran incógnita que la CDI no había podido resolver y que, por tanto, quedaba pendiente de ulteriores desarrollos¹⁸⁰.

2. LA INCIDENCIA DE LA PRÁCTICA CONVENCIONAL EN EL DESARROLLO DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN

Junto a la labor desarrollada en el seno de la ONU –y especialmente de la CDI-, también ha coadyuvado a la formación de la norma consuetudinaria de tipificación de los crímenes contra la humanidad la interacción con diversas normas convencionales recogidas en varios tratados internacionales que de forma más o menos expresa incorporan referencias a la definición de los crímenes contra la humanidad y/o a la existencia de una norma jurídica internacional tipificadora de dichos crímenes.

Estos instrumentos convencionales se pueden sistematizar en dos grupos:

(i) El primero presenta una cierta heterogeneidad, pues abarca a su vez dos tipos de tratados internacionales: por una parte, ciertas convenciones que prohíben determinadas prácticas particularmente aberrantes atentatorias contra los derechos humanos (como la Convención contra el *apartheid* o diversos instrumentos sobre desapariciones forzadas), y, por otra parte, convenios en materia procesal (específicamente, los relativos al principio de imprescriptibilidad de los crímenes de Derecho internacional). La nota común a unos y otros es que en ellos se alude a los crímenes contra la humanidad dando por supuesta su prohibición, y por tanto demostrando la convicción de los Estados Partes respecto de la existencia de una norma jurídica con ese contenido.

(ii) El segundo grupo está integrado por instrumentos de atribución de competencia a órganos jurisdiccionales internacionales; en consecuencia no se limitan a afirmar la prohibición de estos comportamientos, sino que además asignan a la norma un alcance

¹⁸⁰ Al aprobar el proyecto de código la CDI declaró que: “Con el fin de llegar a un consenso, la Comisión ha limitado considerablemente el alcance del proyecto de código. [...] Queda entendido que la inclusión de ciertos crímenes en el código no modifica la calificación de otros crímenes en derecho internacional, y que la aprobación del código no prejuzga en modo alguno el ulterior desarrollo de esta importante esfera del derecho” (ONU, Doc. A/51/10, *cit.*, párr. 46, p. 19).

preciso que facilite su aplicación en el ámbito jurisdiccional específico que constituye el objeto de regulación del tratado internacional. De esta forma han ayudado a definir los elementos de la categoría, cristalizando su contenido, como es el caso del ECPI en particular. Otros instrumentos convencionales, como el propio ETMIN -cuyo artículo 6.c) ha servido de inspiración y punto de partida para la posterior definición de los crímenes contra la humanidad- o los acuerdos internacionales por los que se crean algunos tribunales híbridos también entrarían dentro de esta clasificación.

Además de las diferencias en cuanto a su objeto general, estos dos grupos de tratados internacionales se distinguen por un aspecto de relevancia fundamental para este estudio, cual es la regulación que hacen de la persecución como crimen contra la humanidad: mientras que los tratados del primer grupo no pretenden enumerar todas las modalidades específicas que se integran en la categoría de los crímenes contra la humanidad -y, por ende, poco o nada aportan al desarrollo consuetudinario de sus elementos-, los segundos sí identifican los comportamientos concretamente prohibidos, llegando incluso a definirlos -práctica ésta que, por supuesto, también alcanza a la persecución-.

Se entrará ahora a analizar con más detalle cada uno de estos grupos de tratados internacionales, comenzando por aquellos que se limitan a hacer una referencia a la noción de *crímenes contra la humanidad* (§ 2.1) para, a continuación, profundizar en el contenido de aquellos otros que definen los crímenes contra la humanidad y las conductas que merecen esta calificación, de los cuales el único de carácter universal es el ECPI, y por ello será el instrumento en el que se centre el estudio (§ 2.2).

2.1. REFERENCIAS CONVENCIONALES A LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD.

Si bien no existe ningún tratado internacional que tenga por objeto la tipificación con alcance general de los crímenes contra la humanidad, ello no ha impedido que la noción haya sido utilizada ocasionalmente en el ámbito convencional¹⁸¹, inserta en diversos

¹⁸¹ Hay además otros instrumentos internacionales de carácter no vinculante que pueden ser relevantes a los efectos de probar la existencia de una norma jurídica consuetudinaria de prohibición de los crímenes contra la humanidad, como los Principios de cooperación internacional en la identificación, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, aprobados por la AGNU mediante su resolución 3074 (XXVIII), 3 de diciembre de 1973. Asimismo, y sin ánimo de exhaustividad, *vid.* las resoluciones de la AGNU 2184 (XXI), *Cuestión de los territorios bajo administración portuguesa*, 12 de diciembre de 1966, apdo. 3; 2202 (XXI), *La política de apartheid del gobierno de la República de Sudáfrica*, 16 de diciembre de 1966, apdo. 1; 2583 (XXIV), 2712 (XXV) y 2840 (XXVI), *Cuestión del*

tratados internacionales cuyo objeto de regulación no es, sin embargo, la definición de esta categoría criminal. Con todo, el tratamiento que en ellos se da a la noción refleja que se le está atribuyendo un contenido jurídico concreto: el surgimiento de responsabilidad penal por la realización de los comportamientos calificados de *crímenes contra la humanidad*, responsabilidad de la cual cada uno de estos tratados internacionales deriva en su caso unas determinadas consecuencias jurídicas¹⁸².

Por consiguiente, se puede afirmar el reconocimiento convencional de una norma internacional que vincula a la comisión de ciertas conductas englobadas bajo la noción de *crímenes contra la humanidad* la exigencia de responsabilidad individual, siendo entonces deducible la existencia de una norma primaria de prohibición de tales comportamientos. Sin embargo, dado que no existe ningún tratado internacional específicamente dirigido a regular esta categoría criminal que ofrezca una noción jurídica convencional de referencia, habrá que concluir que la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad está desarrollada en una norma jurídica creada mediante otro procedimiento de producción normativa.

Es interesante señalar a este respecto que los debates protagonizados por los Estados en torno a las diferentes definiciones de los crímenes contra la humanidad recogidas en estos tratados internacionales ponen de relieve dos extremos:

(i) El consenso entre los Estados en relación con la vigencia del principio de responsabilidad penal internacional del individuo por la comisión de crímenes contra la humanidad se manifiesta sin cuestionamientos en todos estos instrumentos, con independencia de su fecha de adopción.

(ii) Por el contrario, la definición de los crímenes contra la humanidad se antoja con frecuencia una cuestión altamente controvertida, pues genera una clara confrontación entre aquellos Estados partidarios de ceñirse a lo que consideran la definición vigente en

castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, 15 de diciembre de 1969, 15 de diciembre de 1970 y 18 de diciembre de 1971; y 3020 (XXVII), *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad*, 18 de diciembre de 1972; también las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX), 28 de julio de 1965, y 1158 (XLI), 5 de agosto de 1966, ambas relativas a la *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad*.

¹⁸² Sobre la relevancia de estos tratados sobre la configuración de la noción de *crímenes contra la humanidad*, *vid.* SUNGA, L. S., *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 50.

el Derecho internacional general y los que entienden que la noción debe actualizarse. En cualquier caso, la actitud de unos y otros denota la convicción de todos ellos en cuanto a la vigencia de un contenido mínimo –y con un alcance impreciso- de la categoría en el ordenamiento jurídico internacional.

A continuación se procederá al estudio detallado de las referencias que se pueden encontrar en distintos tratados internacionales de ámbito universal -en concreto, y en orden cronológico, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (§ A), la Convención contra el Apartheid (§ B) y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (§ C)-, dedicando además un apartado específico a revisar también las previsiones que sobre los crímenes contra la humanidad aparecen en tratados internacionales de ámbito regional (§ D).

A) Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968).

La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad fue adoptada por la AGNU en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, y entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. En ella se regula un aspecto procesal clave para evitar la impunidad de los presuntos autores de crímenes de Derecho internacional -entre los cuales se incluyen los crímenes contra la humanidad-, cual es la eliminación de cualquier restricción temporal para su enjuiciamiento, conforme al principio de imprescriptibilidad.

Así, de conformidad con su artículo I.b, son imprescriptibles:

“b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

Durante las discusiones previas a la adopción de la Convención, se puso de manifiesto que, si bien existía acuerdo entre los Estados en cuanto al surgimiento de responsabilidad

para los autores de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, no se podía decir que hubiera el mismo consenso en relación con la definición de estas categorías criminales¹⁸³. De hecho, los Estados se dividían en torno a dos posiciones: la defendida por aquellos que consideraban que la adopción de la Convención era una buena ocasión para actualizar la definición de estos crímenes y la de los que estimaban que el instrumento que estaban elaborando debía ocuparse única y exclusivamente de la regulación del principio de imprescriptibilidad¹⁸⁴.

Pese a que en sentido estricto la Convención de 1968 no tipifica los *crímenes contra la humanidad*¹⁸⁵, puesto que no fija los elementos que deberían concurrir para apreciar una conducta criminal, lo cierto es que la literalidad del artículo I sí supone una actualización de la noción con respecto al ETMIN, ya que introduce algunas novedades en cuanto a los comportamientos constitutivos de crimen contra la humanidad. En concreto, se utilizan dos técnicas para definir esta categoría¹⁸⁶:

(i) En primer lugar, se incorporan por remisión comportamientos que ya habían sido previamente establecidos por vía convencional¹⁸⁷. Es el caso de los crímenes contra la humanidad, según la descripción que de ellos hace el ETMIN, si bien no se requiere el

¹⁸³ Vid. ONU, Doc. A/7342, *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad. Informe de la Tercera Comisión*, 21 de noviembre de 1968, párr. 26; MILLER, R. H., "The Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity", *AJIL*, vol. 65 (3), 1971, p. 477; MERTENS, P., *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité. Étude de droit international et de droit pénal comparé*, Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1974, pp. 160-161.

¹⁸⁴ ONU, Doc. A/7342, *cit.*, párr. 31-32; Doc. E/CN.4/906, *Question de l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Étude soumise par le Secrétaire général*, 15 de febrero de 1966, párr. 201; MILLER, R. H., "The Convention...", *cit.*, p. 485. Entre los primeros estaba, por ejemplo, Bulgaria, (ONU, Doc. A/PV.1727, *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad. Informe de la Tercera Comisión (A/7342)*, 26 de noviembre de 1968, párr. 56 y 57), la U.R.S.S. (*ibid.*, párr. 123), o la República Árabe Unida (*ibid.*, párr. 156); entre los segundos, Estados como Bélgica, Países Bajos, Reino Unido, Francia, EUA, Australia o Italia (*vid. infra* nota 190). Asimismo, *vid.* la enmienda del artículo 1.b) propuesta por EUA en nombre de las delegaciones de EUA, Francia, México y los Países Bajos, que limita la definición de los crímenes contra la humanidad a lo previsto en el ETMIN y en la Convención contra el Genocidio (ONU, Doc. A/7342, *cit.*, párr. 19), y las enmiendas de Reino Unido proponiendo hacer una remisión genérica a "los crímenes de lesa humanidad tal como se definen en el derecho internacional" (*ibid.*, párr. 21-22).

¹⁸⁵ *Cfr.* MILLER, R. H., "The Convention...", *cit.*, p. 488. MILLER considera que el artículo 1 de la Convención sí define el crimen contra la humanidad, en línea con el planteamiento seguido durante los trabajos preparatorios, en que los Estados consideraron que sí se estaba definiendo la categoría (*vid.* por ejemplo, las posiciones sobre la formulación de definiciones de los crímenes en ONU, Doc. A/7342, *cit.*, párr. 33-34).

¹⁸⁶ Dando lugar a una definición de *crimen contra la humanidad* calificada por MERTENS de amalgama de "caractère effectivement diffus" (MERTENS, P., *L'imprescriptibilité...*, *cit.*, p. 165).

¹⁸⁷ *Vid.* MILLER, R. H., "The Convention...", *cit.*, pp. 488-489.

nexo con el conflicto armado que aparecía en éste¹⁸⁸ (se recoge, por consiguiente, el criterio seguido por la CDI en su proyecto de 1954). Igualmente, se incluye dentro de los crímenes contra la humanidad el crimen de genocidio, tal y como se define en la Convención contra el genocidio de 1948.

(ii) Además, se incluyen dentro de los crímenes contra la humanidad dos grupos de actos que en 1968 no estaban regulados convencionalmente: la “expulsión por ataque armado u ocupación” y los “actos inhumanos debidos a la política de *apartheid*”. La inclusión de la “expulsión por ataque armado u ocupación” atendía a la preocupación de los países árabes por lo que consideraban crímenes contra la humanidad cometidos como resultado de la ocupación de los territorios árabes por parte de Israel¹⁸⁹, mientras que la referencia a la política de *apartheid* buscaba ejercer presión para poner fin a la política sudafricana de segregación racial.

A principios de 2010 eran 53 los Estados Partes en la Convención. Llama la atención el “boicoteo” de los Estados occidentales a la misma, aunque de los debates previos a la adopción de la Convención es fácil deducir que ello se debe a la incorporación de nuevos comportamientos dentro de los crímenes contra la humanidad en torno a los cuales no se logró el consenso suficiente. En consecuencia, es posible afirmar que con su rechazo expresamente dirigido no al principio de imprescriptibilidad regulado en este tratado, sino a los nuevos comportamientos que se pretendieron incluir en la categoría de los crímenes contra la humanidad, los Estados occidentales obstaculizaron la consecución de la generalidad necesaria para poder operar por esta vía una modificación de la noción consuetudinaria de *crimen contra la humanidad* vigente en 1968 (derivada de las previsiones del ETMIN y la Convención contra el Genocidio de 1948)¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Vid. *ibid.*, p. 481.

¹⁸⁹ Vid. *ibid.*, p. 490.

¹⁹⁰ Por ejemplo, el delegado belga fue claro al explicar que el sentido de su abstención se debía esencialmente a que el artículo I “erige en «crímenes contra la humanidad» nuevas infracciones cuya definición continúa siendo peligrosamente imprecisa” (ONU, Doc. A/PV.1727, *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad. Informe de la Tercera Comisión (A/7342)*, 26 de noviembre de 1968, párr. 17) y a que se hubiera “creído necesario asimilar a los “crímenes de lesa humanidad” ciertos actos de carácter esencialmente político que el código penal belga no considera delitos” (*ibid.*, párr. 19); en consecuencia, no podían “aceptar el texto actual como instrumento jurídico que define nuevas normas válidas en derecho internacional” (*ibid.*, p. 20). El delegado neerlandés también destacó negativamente el que se hubieran “introducido en el texto ciertos elementos especialmente en el artículo I, que sobrepasan el mandato original de los encargados de preparar la convención”, además de estimar que “el texto de la convención en su conjunto no satisface las normas de precisión jurídica a que debe ajustarse un instrumento jurídico” (*ibid.*, párr. 49); en consecuencia, y dado que

B) Convención contra el Apartheid (1973).

La Convención contra el *apartheid*, adoptada por la AGNU en su resolución 3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973, y en vigor desde el 18 de julio de 1976, califica expresamente el *apartheid* de “crimen de lesa humanidad” (artículo I.1). Esta calificación, sin embargo, resultó bastante controvertida, al igual que ya había ocurrido respecto de la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, así que la inclusión de dicha práctica dentro de esta última categoría motivó la oposición de los Estados occidentales a la adopción de la Convención, alegando razones de técnica jurídica¹⁹¹. Se confirma así la tendencia ya

la redacción de la Convención era controvertible, la delegación de Países Bajos dudaba que la misma pudiera “contribuir satisfactoriamente a la codificación del derecho internacional”, lo que motivaba también su abstención (*ibid.*, párr. 50).

Para Reino Unido, la Asamblea General se había apartado de su propósito original “al tratar de redefinir esos crímenes, en el artículo I del proyecto de convención”. Además, estimaba que la enumeración de los crímenes de lesa humanidad en el artículo 1.b) iba “más allá del ámbito de las normas existentes de derecho internacional”. En consecuencia, se abstuvo (*ibid.*, párr. 61; *vid.* también párr. 62-63).

También Francia se abstuvo por causa de la falta de rigor en la definición de los crímenes previstos en la Convención (*ibid.*, párr.72). En particular, destacó que: “[...] los actos calificados en este artículo de «expulsión por ataque armado u ocupación» no han recibido aún ninguna definición precisa en derecho internacional. Lo mismo ocurre con los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid*, cuya calificación se deja enteramente a las autoridades nacionales. Una definición tan imprecisa de los crímenes de lesa humanidad es inaceptable” (*ibid.*, párr. 73).

Igualmente, el proyecto de Convención no obtuvo el voto de los EUA, que se habían opuesto “al uso de esta Convención como medio para tratar de volver a definir los crímenes de lesa humanidad” (*ibid.*, párr. 105), pues consideraban inaceptable la inclusión de nuevos elementos a las definiciones ya existentes en los instrumentos convencionales citados (*ibid.*, párr. 106).

Australia, por su parte, manifestó expresamente no oponerse al principio de imprescriptibilidad, sino a que se hubiera tratado de “ampliar las categorías de crímenes existentes con arreglo al derecho internacional” (*ibid.*, párr. 115), mientras que Italia entendía que tal ampliación “y de la dificultad de lograr una definición generalmente aceptable de los crímenes a que se aplicará, el campo de aplicación de la Convención carece de precisión y de rigor jurídico” (*ibid.*, párr. 131). Por su parte, Dinamarca se abstuvo por la “incorporación en la definición de los crímenes de lesa humanidad dada en el párrafo *b*) de conceptos políticos que en nuestra opinión están fuera de lugar en un texto jurídico de derecho penal” (*ibid.*, párr. 148).

Evidentemente, Sudáfrica también se opuso a la ampliación de los crímenes contra la humanidad, y en particular a la inclusión de los actos de *apartheid* (*ibid.*, párr. 135-137). Similares argumentos utilizó la delegación portuguesa (la Convención se había apartado de “su objetivo inicial por razones puramente políticas referentes a países determinados”, *ibid.*, párr. 150).

¹⁹¹ Así, EUA votó en contra sobre la base de que no podía aceptar “desde un punto de vista jurídico que el *apartheid* pueda ser definido, en esta forma, como un crimen de lesa humanidad”, ya que los crímenes contra la humanidad “son tan graves en su naturaleza que deben ser determinados meticulosamente e interpretados estrictamente en virtud del derecho internacional existente, como se advierte en la Carta del Tribunal de Nuremberg y en las medidas tomadas por ese tribunal” (ONU, Doc. A/PV.2185, *Proyecto de convención sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid. Informe de la Tercera Comisión*, 30 de noviembre de 1973, párr. 24). La votación del proyecto de convención en el seno de la Tercera Comisión ya había puesto de relieve el desacuerdo de los Estados occidentales, que mayoritariamente se abstuvieron (*vid.* ONU, Doc. A/9233/Add.1, *Proyecto de convención sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid. Informe de la Tercera Comisión (Parte II)*, 19 de noviembre de 1973, párr. 60).

No obstante, el principal escollo era la inserción de la obligación de “perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas” de actos de *apartheid*, “independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado o sean personas apátridas”, estableciendo así la aplicabilidad del principio

demostrada en los años 60 por ese bloque de Estados a rechazar cualquier definición amplia de los crímenes contra la humanidad, por entender que ello contrariaba la regulación vigente en el Derecho internacional general¹⁹².

A día de hoy, la oportunidad de incluir el *apartheid* entre los crímenes contra la humanidad conforme al Derecho consuetudinario sigue sin ser una cuestión pacífica. Al respecto se puede señalar que, en el plano convencional, el artículo I.b) de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad mencionada en el apartado precedente considera que son crímenes contra la humanidad “los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid*” (lo que debe interpretarse con todas las reservas, a tenor de lo indicado en el apartado precedente), e igualmente el artículo 7 del ECPI lo incluye entre las conductas que integran dicha categoría penal, aunque con una terminología que difiere de la utilizada con el resto de comportamientos incriminados, pues se refiere al “*crimen de apartheid*” (cursiva añadida)¹⁹³.

La doctrina adopta por lo general una posición más bien matizada, al entender que las prácticas llevadas a cabo bajo un régimen de *apartheid* son subsumibles en modalidades concretas de crímenes contra la humanidad, como la persecución o los actos inhumanos¹⁹⁴; por lo tanto, más que considerarlo una modalidad específica de

de jurisdicción universal para los actos de *apartheid* (vid. las posiciones de EUA en ONU, Doc. A/PV.2185, cit., párr. 23, y Reino Unido en *ibid.*, párr. 45).

¹⁹² A principios de 2010, la Convención contaba con 107 Estados Partes, a los que hay que añadir Kenya como Estado firmante que no la ha ratificado. Entre ellos no hay un solo Estado del bloque de Europa occidental y otros.

¹⁹³ Artículo 7.1.j) ECPI. En el apartado 2.h) del mismo artículo se indica que: “Por «el crimen de *apartheid*» se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen”. En todo caso, téngase en cuenta que la incorporación del *apartheid* a la categoría de los crímenes contra la humanidad no fue pacífica, dada la falta de antecedentes convencionales que establecieran responsabilidad penal del individuo por su comisión (BOOT, M., *Genocide, crimes against humanity, war crimes*, Antwerpen: Intersentia, 2002, § 448, p. 472).

¹⁹⁴ Vid. SLYE, R. C., “Apartheid as a Crime Against Humanity: A Submission to the South African Truth and Reconciliation Commission”, *Mich. JIL*, vol. 20 (2), 1999, pp. 279-283 (este artículo reproduce el memorando presentado a la Comisión Sudafricana de la Verdad y la Reconciliación por dos instituciones (Allard K. Lowenstein International Human Rights Law Clinic y Lawyers Committee for Human Rights) y una veintena de profesores de Derecho internacional, entre los que se encuentran M. Cherif BASSIOUNI, Philip ALSTON, Thomas BUERGENTHAL, John DUGARD, Richard FALK, Steven R. RATNER y Anne-Marie SLAUGHTER, entre otros); NAGAN, W. P. & ALBRECHT, L. G., “Judicial Executions and Individual Responsibility under International Law: The Case of the Sharpeville Six”, *Notes and Documents - United Nations Centre Against Apartheid*, nº 6/88, New York: United Nations, april 1988, p. 6. ROBINSON, por su parte, da por buena la calificación de *crimen contra la humanidad* de la Convención de 1973 (ROBINSON, D., “Defining «Crimes against Humanity» at the Rome Conference”, *AJIL*, vol. 93 (1), 1999, p. 45).

crimen contra la humanidad, parece más adecuado concebirlo como un contexto particular que favorece la comisión de crímenes contra la humanidad¹⁹⁵.

La práctica tampoco permite aclarar el estado de la cuestión. El informe final de la Comisión Sudafricana de la Verdad y la Reconciliación, presentado el 21 de marzo de 2003, aborda someramente la cuestión, por entender que está fuera de su mandato. En él se destaca que el *apartheid* ha sido caracterizado en el ámbito internacional como un crimen contra la humanidad, aunque parece atribuirle más la naturaleza de crimen que genera la responsabilidad del Estado que de un crimen de Derecho internacional, al equipar su tratamiento al de otros crímenes internacionales, como el colonialismo¹⁹⁶.

En todo caso, a los efectos de este estudio no interesa debatir la naturaleza jurídico-penal del *apartheid*, sino poner de relieve cómo la Convención reconoce la vigencia de la categoría misma, algo que parece quedar fuera de toda discusión.

En contra de su caracterización como crimen contra la humanidad se manifiesta CASSESE, para quien resulta discutible que de su comisión se derive responsabilidad penal individual conforme al Derecho internacional consuetudinario, dado que la resistencia de los Estados occidentales a ratificar la Convención contra el *Apartheid* parece limitar su alcance al ámbito de la responsabilidad estatal, en tanto que crimen de Estado; no obstante, admite que su inclusión en el ECPI podría impulsar la formación de una norma consuetudinaria en otro sentido (CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 25). BASSIOUNI, por su parte, no entra a valorar si en la actualidad constituye un crimen contra la humanidad según la costumbre internacional, pero sí opina que el crimen de *apartheid* está bien establecido y definido en Derecho internacional, y por tanto ante la inclusión sin precedentes del *apartheid* entre los crímenes contra la humanidad enumerados en el artículo 7 ECPI no se puede alegar falta de especificidad de dicha modalidad criminal (BASSIOUNI, M. C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, The Hague: Kluwer Law International, 1999 (2ª ed. rev.), p. 364). Mientras, BANTEKAS, NASH y MACKAREL valoran la coherencia del artículo 7 ECPI con las Convenciones de 1968 y 1973, aunque entienden que en realidad el *apartheid* entraría en el ámbito de los actos inhumanos, y que la razón de su incorporación como modalidad criminal específica fue “to reaffirm universal condemnation of this practice” (BANTEKAS, I., NASH, S. & MACKAREL, M., *International Criminal Law*, London/Sidney: Cavendish Publishing Ltd., 2001, p. 127).

¹⁹⁵ Vid. por ejemplo el artículo 607bis.1.2 del Código Penal español, conforme al cual se considerará en todo caso delito de lesa humanidad la comisión de alguno de los hechos previstos en el apartado siguiente “en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen” (vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de justicia penal internacional*, Valencia: Grupo de Estudios de Política Criminal/Tirant lo Blanch, DL 2002, p. 44, criticando la inclusión del *apartheid* como una conducta punible en el ECPI y sugiriendo a cambio su configuración como una especificación del marco que describe el ataque).

¹⁹⁶ TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, Cape Town: Formeset, 2003, párr. 19, p. 593: “The classification of apartheid as a crime against humanity has been confirmed, and apartheid has been treated as similar to other egregious crimes such as genocide, slavery and colonialism”. También BULLIER, A. J., “L’Apartheid”, *L’Afrique et l’Asie modernes*, n° 140, 1984, p. 17.

C) Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006).

En el Preámbulo de la Convención contra las desapariciones forzadas, adoptada por la AGNU en su resolución 61/177, de 20 de diciembre de 2006, y que aún no ha entrado en vigor¹⁹⁷, se afirma la “extrema gravedad de la desaparición forzada”, la cual constituye, “en determinadas circunstancias definidas por el derecho internacional, un crimen de lesa humanidad”, constatación que se repite posteriormente en su parte dispositiva. Así, el artículo 5 establece que:

“La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable”.

Hasta la fecha, se trata de la única remisión expresa dentro de un tratado internacional de ámbito universal a la definición de los crímenes contra la humanidad conforme al Derecho internacional general¹⁹⁸. Sin embargo, al mismo tiempo, la redacción de esta disposición resulta cuestionable desde el punto de vista de la definición de los crímenes contra la humanidad, y ello por dos razones: (i) en primer lugar, por la desconexión de la específica conducta prohibida (las desapariciones forzadas) del contexto más amplio característico de la categoría de los crímenes contra la humanidad (la existencia de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, al cual subyace una política organizada)¹⁹⁹, y, (ii) en segundo lugar, por la exigencia de que las desapariciones forzadas se cometan de forma generalizada o sistemática.

(i) Sobre el primer aspecto, la Convención utiliza una definición particularmente laxa de *crimen contra la humanidad* (la “práctica generalizada o sistemática” de desaparición forzada), en la que sólo se exigiría generalidad o sistematicidad en la comisión del acto para apreciar un crimen contra la humanidad -y por tanto menos

¹⁹⁷ De conformidad con el artículo 39.1, la Convención entrará en vigor “el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas”. A principios de 2010, 18 Estados habían ratificado la Convención, y había sido firmada por otros 65.

¹⁹⁸ Se entiende que hoy por hoy esa remisión sólo se puede referir al Derecho internacional general, en la medida en que no existe un tratado internacional cuyo objeto sea establecer una definición general del crimen contra la humanidad.

¹⁹⁹ *Vid. infra* Capítulo III.

requisitos de los exigidos conforme a la norma consuetudinaria, que serán objeto de estudio en el Capítulo III²⁰⁰-. .

Ello generó cierta controversia durante los debates del Grupo de trabajo encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Así, hubo delegaciones que señalaron que la definición de crimen contra la humanidad del artículo 5 no se correspondía con la que se deriva del Derecho internacional en vigor, manifestando además su preocupación por que pudiera afectar a esta última, debilitándola, ya que a tenor de este precepto “un solo caso de desaparición forzada podría constituir un crimen de lesa humanidad si se perpetrara en el marco de un ataque sistemático o generalizado”²⁰¹. Por su parte, la delegación estadounidense estimaba que esta disposición podía interpretarse como generadora de la obligación para los Estados de “tipificar en sus legislaciones penales la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad”²⁰².

Sin embargo, el Grupo de Trabajo consideró innecesario modificar el texto, al entender que el mismo “es neutro, en ningún caso resta fuerza a las normas jurídicas internacionales relativas a los crímenes de lesa humanidad” y tampoco “crea nuevas obligaciones para los Estados de adherirse a ciertos instrumentos ni de modificar su legislación nacional”²⁰³.

(ii) En relación con el segundo elemento de crítica, hay que convenir que la redacción del artículo 5 no es demasiado afortunada, en la medida en que parece reducir los elementos necesarios para apreciar la comisión de un crimen contra la humanidad,

²⁰⁰ La noción de *crimen contra la humanidad* de la Convención recuerda a la propuesta por la CDI en su proyecto de 1996 (“la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo” de determinados actos; *vid. supra* apartado 1.2), aunque aquella es más amplia en la medida en que no exige que concurra una política organizada. De acuerdo con la noción consuetudinaria, serían asimismo requisitos de la categoría la existencia de un ataque y de una conexión entre el acto criminal y dicho ataque, además del conocimiento y la intención de actuar en el marco de ese ataque (*vid. infra* Capítulo III).

²⁰¹ ONU, Doc. E/CN.4/2006/57, *Informe del Grupo de Trabajo entre periodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, 2 de febrero de 2006, párr. 105. El informe de la reunión no indica expresamente cuál fue la delegación que hizo estas observaciones, que en todo caso no resultan muy acertadas, en la medida en que de, acuerdo con la definición consuetudinaria, un único caso de desaparición forzada podría efectivamente ser considerado un crimen contra la humanidad si se comete en el marco de un ataque sistemático o generalizado. Sobre este extremo nos remitimos al análisis de los elementos de la categoría, *infra* Capítulo III.

²⁰² *Ibid.*, párr. 104.

²⁰³ *Ibid.*, párr. 106.

limitándolos a la sistematicidad o generalidad de la práctica de las desapariciones forzadas. En realidad, la definición consuetudinaria no requiere que se cometa repetidamente o planificadamente una conducta determinada (como la desaparición forzada en este caso)²⁰⁴, sino la existencia de un *ataque*, esto es, una línea de conducta caracterizada por la violencia, que puede suponer la comisión de diferentes atentados contra los derechos humanos. Y es precisamente de este ataque (y no de una concreta práctica en sí) del que se predica la sistematicidad o la generalidad. Además, otros elementos adicionales que no aparecen en la Convención son el dirigir dicho ataque contra una población civil (a tenor del artículo 5 pueden ser víctimas de la desaparición forzada personas con estatuto militar) y el conocimiento de dicho ataque.

Se puede comprender esta falta de rigor en la medida en que esta Convención no pretende establecer normas de Derecho internacional penal, sino que se enmarca en el Derecho internacional de los derechos humanos²⁰⁵. Con todo, hubiera sido preferible eliminar toda mención a las características que ha de presentar la práctica de las desapariciones forzadas para ser considerada un crimen contra la humanidad, pues con ello se habría evitado cualquier confusión. Ciertamente es, empero, que la referencia que hace al Derecho internacional general a los efectos de la definición del crimen permite solventar las dudas sobre el alcance de la noción, al incorporar por remisión los elementos ausentes (la necesidad de un ataque contra una población civil, o el conocimiento del mismo). Aun así, durante la discusión del proyecto, algunos Estados declararon que interpretaban tanto este precepto como la Convención en general “en el sentido de que no afecta a la definición del crimen de lesa humanidad en el derecho internacional”²⁰⁶; por el contrario, ninguno de los Estados que hasta la fecha ha ratificado este tratado ha estimado necesario hacer una declaración en este sentido.

Más allá de estas cuestiones, la Convención contra las desapariciones forzadas presenta un evidente valor a los efectos de este estudio, pues refleja la convicción de los Estados en relación con la vigencia en el momento actual de una definición de los

²⁰⁴ Conviene recordar que los crímenes contra la humanidad se configuraban también así en el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad aprobado por la CDI en 1996.

²⁰⁵ Además, retoma la terminología previamente utilizada en sus antecedentes más inmediatos: la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, a las que se hará referencia a continuación (*vid. infra* apartado d).

²⁰⁶ ONU, Doc. E/CN.4/2006/57, *cit.*, párr. 107. Ese fue, por ejemplo, el caso de Irlanda y de Canadá.

crímenes contra la humanidad conforme al Derecho internacional general, a cuya cristalización habría ayudado decisivamente la adopción del ECPI, como se tendrá oportunidad de ver en el apartado 2.2.

D) Tratados internacionales de ámbito regional.

También en el ámbito regional se han adoptado tratados internacionales que hacen referencia a los crímenes contra la humanidad, y aunque su impacto sea más limitado a los efectos de favorecer el desarrollo y consolidación de una norma de Derecho internacional general en materia de crímenes contra la humanidad, lo cierto es que confirman determinadas tendencias apuntadas por algunos grupos de Estados que pueden resultar de interés.

Dos son los tratados internacionales de ámbito regional que serán comentados aquí, por ser los únicos que aluden expresamente a los crímenes contra la humanidad: la Convención Europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra (§ a) y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (§ b).

a) La Convención Europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra (1974).

Adoptada en Estrasburgo el 25 de enero de 1974, y en vigor desde el 27 de junio de 2003²⁰⁷, la propuesta de elaborar esta Convención fue lanzada ya en 1965 (es decir, mientras en el seno de la ONU se llevaban a cabo iniciativas para elaborar una convención sobre la materia) por la resolución 415 (1965) de la Asamblea Parlamentaria sobre prescriptibilidad y su aplicación a los crímenes contra la humanidad²⁰⁸. Sin embargo, el Comité de Ministros consideró que era más apropiado esperar al resultado

²⁰⁷ COE, *European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to Crimes Against Humanity and War Crimes*, CETS n° 82.

²⁰⁸ COUNCIL OF EUROPE PARLIAMENTARY ASSEMBLY, *Recommendation 415 (1965) on statutory limitation as applicable to crimes against humanity*, 28th January 1965. De hecho, fue en el seno del Consejo de Europa donde por primera vez se llevó a cabo un análisis sistemático y en profundidad del problema de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad (MERTENS, P., *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité. Étude de droit international et de droit pénal comparé*, Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1974, pp. 113 y 128).

de los trabajos en la ONU, al entender que sería mejor establecer una regla internacional de aplicación general que un texto de aplicación restringida a Europa²⁰⁹.

La idea volvió a ponerse sobre la mesa a la vista del escaso predicamento que la Convención de 1968 había tenido entre los Estados miembros del Consejo de Europa, que la consideraban inaceptable, no porque los Estados se opusieran al principio de imprescriptibilidad, sino por la falta de precisión de la Convención²¹⁰. Así pues, era de esperar que el nuevo instrumento tratara de superar las objeciones que los Estados occidentales habían hecho a la Convención de 1968²¹¹, prestando en consecuencia una particular atención a la definición de los crímenes de Derecho internacional²¹². Y, en efecto, se observan dos grandes variaciones en la definición de los crímenes contra la humanidad con respecto a la Convención de 1968²¹³:

²⁰⁹ Vid. ASSEMBLEE CONSULTATIVE DU CONSEIL DE L'EUROPE, Doc. 2506, *Rapport sur la prescription des crimes contre l'humanité* (Rapporteur: M. MARQUE), 15 janvier 1969, párr. 6-16, pp. 7-11; COUNCIL OF EUROPE PARLIAMENTARY ASSEMBLY, *Recommendation 549 (1969) on statutory limitation as applicable to crimes against humanity*, 30th January 1969, párr. 3; MERTENS, P., *L'imprescriptibilité...*, cit., pp. 120-122.

²¹⁰ Vid. *ibid.*, párr. 4; ASSEMBLEE CONSULTATIVE DU CONSEIL DE L'EUROPE, Doc. 2506, cit., párr. 22, 23 y 35, pp. 13 y 16; COUNCIL OF EUROPE PARLIAMENTARY ASSEMBLY, *Resolution 401 (1969) on statutory limitation as applicable to crimes against humanity*, 30th January 1969, párr. 7.

²¹¹ KOK, R. A., *Statutory Limitations in International Criminal Law*, The Hague: T.C.M. Asser Press, 2007, p. 101; ASSEMBLÉE CONSULTATIVE DU CONSEIL DE L'EUROPE, Doc. 2506, cit., párr. 40, p. 18.

²¹² Concretamente, corrigiendo la excesiva amplitud que en opinión de los Estados miembros del Consejo de Europa se había dado a la noción de *crímenes contra la humanidad* en la Convención de 1968 (ASSEMBLÉE CONSULTATIVE DU CONSEIL DE L'EUROPE, Doc. 2506, cit., párr. 25, pp. 13-14).

²¹³ Vid. artículo 1 de la Convención Europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra: "Each Contracting State undertakes to adopt any necessary measures to secure that statutory limitation shall not apply to the prosecution of the following offences, or to the enforcement of the sentences imposed for such offences, in so far as they are punishable under its domestic law:

1. the crimes against humanity specified in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide adopted on 9 December 1948 by the General Assembly of the United Nations;

2.

a. the violations specified in Article 50 of the 1949 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Article 51 of the 1949 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Article 130 of the 1949 Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War and Article 147 of the 1949 Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War,

b. any comparable violations of the laws of war having effect at the time when this Convention enters into force and of customs of war existing at that time, which are not already provided for in the above-mentioned provisions of the Geneva Conventions,

when the specific violation under consideration is of a particularly grave character by reason either of its factual and intentional elements or of the extent of its foreseeable consequences;

3. any other violation of a rule or custom of international law which may hereafter be established and which the Contracting State concerned considers according to a declaration under Article 6 as being of a comparable nature to those referred to in paragraphs 1 or 2 of this article".

(i) En primer lugar, llama la atención que el tratado de referencia utilizado en su artículo 1.1 para la definición de los crímenes contra la humanidad sea única y exclusivamente la Convención sobre la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio (1948), y que no se haga remisión alguna al ETMIN. Se trata de una noción restringida de crímenes contra la humanidad²¹⁴, circunscrita a los actos de genocidio expresamente descritos en el artículo II de la Convención de 1948, porque en el momento de adopción de la Convención se estimó que se trataba de la definición convencional más precisa y que mejor reflejaba la gravedad de estos crímenes²¹⁵.

(ii) En segundo lugar, es por el contrario destacable la ampliación que se opera de los posibles tipos penales afectados por la Convención con la referencia del artículo 1.3 a “any other violation of a rule or custom of international law which may hereafter be established”, que también será considerada imprescriptible siempre y cuando el Estado Contratante implicado declare que considera ese comportamiento de una naturaleza comparable a los recogidos en los párrafos 1 y 2 del artículo 1²¹⁶. El alcance de esta previsión a los efectos de la definición de los crímenes contra la humanidad es incierto, ya que esa irretroactividad que expresamente se proclama podría apuntar en dos direcciones: o bien se está excluyendo del ámbito de aplicación de la Convención aquellos crímenes que estaban regulados por vía consuetudinaria en el momento en que ésta se adopta, o bien se parte de la premisa de que cuando se adoptó la Convención no había aún

²¹⁴ RATNER, S. R. & ABRAMS, J. S., *Accountability for human rights atrocities in international law: beyond the Nuremberg legacy*, Oxford: Oxford University Press, 2001 (2nd ed.), p. 55.

²¹⁵ Esta cuestión se aborda en el informe correspondiente al Protocolo Adicional a la Convención Europea sobre Extradición (COE, *Additional Protocol to the European Convention on Extradition, CETS n° 86*), cuyo artículo 1 toma como referencia el artículo 1 de la Convención Europea sobre imprescriptibilidad. Al respecto se indica que: “16. [...] When that convention was drafted, it was recognised that its scope *ratione materiae* had to be very precisely defined [...]; the conclusion was reached that there was no purpose in establishing a new list of concepts or offences which might not accord with those already recognised in international law and that the best course was to define the offences by reference to what was already established in international law. It was also considered that the crimes listed in the United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide were all of sufficient gravity to justify a departure from the rule of statutory limitation and that the desire to keep to an already existing definition in international law could best be met by making reference to this Genocide Convention”.

²¹⁶ Ejemplifica esta posibilidad la declaración de los Países Bajos hecha en el momento de depósito de su instrumento de aceptación (25 de noviembre de 1981), en virtud de la cual: “The offences specified in Article 85 of the Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I) of 12 December 1977 are, for the purposes of Article 1, paragraph 3, to be regarded as violations of a nature comparable to those referred to in Article 1, paragraph 2, where these offences are particularly serious in view of the actual circumstances and measure of intent on the part of the perpetrator, and of the extent of the foreseeable consequences” (en: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=082&CM=8&DF=11/5/2008&CL=ENG&VL=1>, consultada el 15/1/10).

elementos suficientes para apreciar la existencia de normas consuetudinarias que definieran comportamientos internacionalmente criminales, posibilidad ésta que pondría en entredicho la existencia de una auténtica convicción jurídica de los Estados sobre la criminalidad de las conductas calificadas de crímenes contra la humanidad en el ETMIN.

En cualquier caso, tampoco estos cambios fueron suficientes para lograr que los Estados europeos aceptaran el contenido del tratado: a mediados de 2009, sólo cinco lo han ratificado (Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Países Bajos, Rumanía y Ucrania), a los que hay que añadir Francia, que fue el primero (y único) en firmarlo en el momento de la adopción en 1974, pero no lo ha ratificado²¹⁷. Una vez más, esta falta de apoyo no parece atender a un rechazo al principio de imprescriptibilidad, aunque tampoco a un desacuerdo con la definición de los crímenes, como ocurría con la Convención de 1968. En este sentido, KOK apunta como posibles razones de este desinterés el que los Estados ya hayan adoptado previsiones sobre imprescriptibilidad en su ordenamiento jurídico interno y el que el ECPI también incluya una disposición a este respecto²¹⁸.

b) *La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (1994).*

Adoptada en Belém do Pará el 9 de junio de 1994²¹⁹ y en vigor desde el 28 de marzo de 1996, en su Preámbulo se reafirma que “la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad”.

Este tratado internacional, el primero que tuvo como objeto la prohibición de esta práctica, recoge algunos aspectos que con anterioridad habían sido incorporados a la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, aprobada por la AGNU en 1992²²⁰. A los efectos que aquí interesan, cabe destacar que en

²¹⁷ Es revelador que, aunque sólo requería 3 ratificaciones para entrar en vigor, se tardaron 29 años en conseguirlas. A principios de 2010 contaba con 5 ratificaciones y un Estado firmante (Francia).

²¹⁸ KOK, R. A., *Statutory...*, cit., p. 102.

²¹⁹ OEA, *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas*, n° A-60. A principios de 2010, la Convención contaba con 13 Estados Partes y 3 firmantes.

²²⁰ ONU, Doc. A/RES/47/133, *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, 18 de diciembre de 1992. Los trabajos preparatorios de la Declaración de la ONU y de la Convención americana fueron prácticamente simultáneos, por lo que se influenciaron mutuamente. De hecho, la propuesta inicial americana, de 1988, dio impulso a los trabajos en el seno de la ONU, que concluyeron antes con la adopción de la Declaración, en la que se incluían ideas originalmente provenientes del proyecto de la OEA. Éste, que se había quedado estancado, se benefició a su vez de la adopción de la Declaración, que sirvió de catalizador para relanzar y concluir los trabajos preparatorios de la Convención (vid. BRODY, R. & GONZÁLEZ, F., “Nunca Más: An Analysis of International Instruments on ‘Disappearances’”, *HRQ*, vol. 19 (2), 1997, pp. 371-375).

su Preámbulo se declara que la “práctica sistemática” de las desapariciones forzadas “constituye un crimen contra la humanidad”, caracterización que posteriormente será reconocida dentro del ámbito regional americano por la Convención Interamericana²²¹.

Tanto del texto de la Convención como de la Declaración llama la atención que sólo califiquen de crimen contra la humanidad la “práctica sistemática” de las desapariciones forzadas, y no la práctica masiva o generalizada de las mismas. Siendo ambos textos de principios de los 90, esta carencia indicaría que en ese momento la norma consuetudinaria de prohibición de los crímenes contra la humanidad estaba aún en fase de desarrollo, de manera que los elementos del tipo no habían sido aún definitivamente fijados²²². Para ello hubo que esperar a la adopción y entrada en vigor del ECPI, que es el primer tratado internacional de ámbito universal que describió los elementos de los crímenes contra la humanidad.

2.2. EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

En los años 90 se intensificaron las iniciativas para la creación de una jurisdicción penal internacional. La CDI comenzó a trabajar el tema en 1990, en paralelo a la discusión sobre el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad²²³, y, en 1994, el Grupo de Trabajo creado por la CDI para estudiar esta materia²²⁴ presentó ya un proyecto de estatuto²²⁵. Ese mismo año la AGNU adoptó la

²²¹ La Convención no era el primer documento adoptado en el seno de la OEA que afirmaba que la desaparición forzada constituía un crimen contra la humanidad: diversas resoluciones de la Asamblea General de esta organización venían calificando las desapariciones forzadas de *crimen contra la humanidad* desde los años 80 (vid. OEA, Docs. AG/Res. 666 (XIII-0/83), *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights*, 18 de noviembre de 1983, párr. 4, y AG/Res. 742 (XIV-0/84), *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 17 de noviembre de 1984, párr. 4, ambas señalando que “la práctica de la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad”; AG/Res. 1022 (XIX-0/89), *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 18 de noviembre de 1989, párr. 7, y AG/Res. 1044 (XX-0/90), *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 8 de junio de 1990, párr. 6, condenando “enérgicamente la práctica de las desapariciones forzadas por constituir un crimen de lesa humanidad”).

²²² Recuérdese que en 1995 el Relator de la CDI sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad presentó una versión del artículo relativo a los crímenes contra la humanidad en el que también había suprimido el criterio de la masividad (vid. *supra* apartado 1.2).

²²³ Sobre los antecedentes, vid. *supra* apartado 1.1.A.

²²⁴ ONU, Doc. A/48/10, *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 45º período de sesiones*, 3 de mayo a 23 de julio de 1993, párr. 96-97.

²²⁵ ONU, Doc. A/49/10, *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones*, 2 de mayo a 22 de julio de 1994, párr. 42-76.

resolución 49/53, por la que se creaba un Comité Especial sobre el establecimiento de una corte penal internacional, “para examinar las principales cuestiones sustantivas y administrativas derivadas del proyecto de estatuto preparado por la Comisión de Derecho Internacional y [...] considerar los arreglos necesarios para convocar una conferencia internacional de plenipotenciarios”²²⁶.

El Comité Especial se reunió ese mismo año. Entre las principales cuestiones sustantivas derivadas del proyecto que fueron objeto de estudio se encontraba la inclusión de los crímenes contra la humanidad en el proyecto de Estatuto, que contaba con el apoyo mayoritario de las delegaciones, aunque en ese momento aún no había acuerdo sobre su posible comisión en tiempo de paz²²⁷. Tampoco era pacífico el tema de la concreción de los crímenes, tanto en lo relativo a la identificación de los elementos comunes a todos los crímenes de la categoría como a las conductas criminales que debían ser incluidas en la misma²²⁸, ante la ausencia de un tratado internacional que contuviera “una definición jurídica generalmente reconocida y suficientemente precisa”²²⁹.

Una vez estudiado el informe del Comité Especial, la AGNU, mediante su resolución 50/46, decidió establecer un Comité Preparatorio que continuara la labor iniciada por aquel, basándose en el proyecto de estatuto preparado por la CDI y teniendo en cuenta el informe del Comité Especial, así como las observaciones escritas presentadas por los Estados al Secretario General sobre el proyecto de estatuto de una corte penal internacional²³⁰.

Los trabajos del Comité Preparatorio desembocaron en la celebración en 1998 de la Conferencia de Roma en la que se adoptaría el ECPI, primer tratado internacional de ámbito universal en el que se recoge una definición de los crímenes contra la humanidad y, dentro de estos, de la persecución, si bien su finalidad no es la de tipificar los crímenes de Derecho internacional en él incluidos, sino únicamente delimitar el ámbito

²²⁶ ONU, Doc. A/RES/49/53, *Establecimiento de una corte penal internacional*, 9 de diciembre de 1994, párr. 2.

²²⁷ ONU, Doc. A/50/22, *Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una corte penal internacional*, 6 de septiembre de 1995, párr. 77 y 79.

²²⁸ En este sentido, se llegó a sugerir no incluir la persecución, por considerarla excesivamente vaga (*ibid.*, párr. 78).

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ ONU, Doc. A/RES/50/46, *Establecimiento de una corte penal internacional*, 11 de diciembre de 1995, párr. 2.

de competencia *ratione materiae* de la CPI. En todo caso, el ECPI ocupa ciertamente un lugar central entre los instrumentos convencionales que han incidido en la tipificación consuetudinaria de los crímenes contra la humanidad²³¹, pudiéndose identificar al menos dos puntos de interacción entre ambos procedimientos de creación de normas:

(i) A la luz de su artículo 7, que incluye dentro de la competencia material de la CPI el enjuiciamiento de los crímenes contra la humanidad, es posible afirmar que el ECPI ha tenido el efecto de favorecer la cristalización²³² del contenido jurídico de la noción de *crimen contra la humanidad*, al reflejar el consenso de los Estados sobre los elementos que integran la cláusula general de la categoría, cuestión que durante mucho tiempo no había sido pacífica y que por esta vía recibió el respaldo necesario para su confirmación²³³. Sintomático del grado de *opinio iuris* existente sobre el valor jurídico de las disposiciones del artículo 7 es el hecho de que incluso aquellos Estados que se niegan

²³¹ De acuerdo con MARTÍN MARTÍNEZ, el ECPI se puede calificar de “tratado multilateral general con vocación «normativa»”, carácter que se deduce: “1) de la universalidad tanto en el proceso de conclusión como en su carácter abierto a la participación de cualquier Estado; 2) de la no admisión de reservas (artículo 120 del Estatuto), y 3) de la intención de responder a los intereses de la comunidad internacional en su conjunto” (MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “La lucha contra la impunidad en el Derecho Internacional: La Corte Penal Internacional”, *Papeles y Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 10, 2001, pp. 39-40).

²³² El efecto cristalizador supone la preexistencia de una norma consuetudinaria en formación con un contenido más o menos definido y consolidado que termina de configurarse gracias a la adopción de un tratado internacional en la materia que es objeto de dicha norma (*vid. CIJ, Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, párr. 61, p. 38*).

²³³ HUESA VINAIXA planteó en su momento que: “Si no un efecto declarativo, ¿no habrá que reconocer, al menos, que el hecho de que 120 Estados hayan votado a favor de la adopción del Estatuto ha de tener un efecto cristalizador de la tipificación internacional de esas conductas? Indudablemente, un rápido proceso de ratificación y la pronta entrada en vigor del Estatuto no haría sino reforzar la hipótesis...” (HUESA VINAIXA, R., “Incrimación universal y tipificación convencional (La paradójica relación tratado-costumbre en el ámbito del Derecho internacional penal)”, en: ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, nº 4, Madrid: BOE, 2000, p. 112). En aquel entonces esta autora manifestaba su pesimismo respecto de que ello fuera a ocurrir, como sin embargo pasó contra todo pronóstico, lo que confirmaría la existencia de una *opinio iuris* en esa dirección. Sobre la cristalización de las conductas prohibidas, *vid. asimismo* CONDORELLI, L., “La Cour Pénale Internationale: Un pas de géant (pourvu qu’il soit accompli...)”, *RGDIP*, tomo 103 (1), 1999, p. 9; MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “La lucha...”, *cit.*, p. 41; MERON, T., “War Crimes Law Comes of Age”, *AJIL*, vol. 92 (3), 1998, p. 464. MERON se muestra sorprendido por la disponibilidad que muchos gobiernos mostraron en la Conferencia de Roma a aceptar “an expansive conception of customary international law without much supporting practice” (*ibid.*, p. 467). QUESADA ALCALÁ estima que la lista del artículo 7 ECPI es “comprensiva de los crímenes contra la humanidad aceptados generalmente”, reflejo de “la tendencia de la Conferencia de Roma hacia [...] la consolidación en un texto convencional del derecho internacional consuetudinario existente” (QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 251; también LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona: Ariel, 2001, p. 125; MCCORMACK, T. LH., “Crimes...”, *cit.*, p. 201). *Vid. también* ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, caso nº IT-95-17/1-T, *cit.*, párr. 227, afirmando que en muchas áreas el ECPI “may be regarded as indicative of the legal views, i.e. *opinio iuris* of a great number of States”.

a ser parte del ECPI aceptan los términos en que tipifica los crímenes contra la humanidad, como es el caso de EUA²³⁴.

(ii) Asimismo, el ECPI es declarativo de la incriminación internacional a este título de buena parte de las conductas recogidas en dicho artículo 7 –que se vienen incluyendo en la categoría desde el ETMIN–, e incluso no podría descartarse un cierto efecto generador respecto de algunos comportamientos incluidos en el mismo, como el embarazo forzado o la esterilización forzada²³⁵.

²³⁴ En este sentido, *vid.* AA.VV., “Developments in International Criminal Law. Foreword”, *AJIL*, vol. 93 (1), 1999, p. 1. Sobre la oposición de EUA al ECPI, *vid.* SCHABAS, W., “United States Hostility to the International Criminal Court: It's All About the Security Council”, *EJIL*, vol. 15 (4), pp. 701-720, y SCHEFFER, D. J., “The United States and the International Criminal Court”, *AJIL*, vol. 93 (1), 1999, pp. 12-22 (en particular pp. 14 y 16, corroborando el apoyo de los EUA a la definición de los crímenes contra la humanidad contenida en el artículo 7 ECPI).

²³⁵ Esa posibilidad no se puede descartar si se defiende la vocación normativa del Estatuto (*vid. supra* nota 231; CLARK, R. S., “Crimes Against Humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court”, en: POLITI, M. & NESI, G. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Challenge to Impunity*, Aldershot/Burlington: Ashgate, 2005 (reprint.), p. 79). Sin duda, uno de los grandes avances alcanzados en la Conferencia de Roma fue la inclusión de crímenes especialmente dirigidos contra las mujeres, un problema tradicionalmente desatendido. En general, el ECPI refleja una nueva sensibilidad favorable a la protección de grupos especialmente vulnerables, en particular las mujeres y los niños, que hasta ahora no había realmente recibido un trato específico en el ámbito del Derecho internacional penal. Así, en el ECPI aparecen por primera vez incriminados determinados ataques dirigidos contra estos grupos, respecto de los que parece haber un reconocimiento generalizado de su carácter criminal. Es en este sentido en el que se puede esperar un efecto generador de normas consuetudinarias relativas a la responsabilidad internacional de la persona por tales comportamientos.

En el caso del embarazo forzado y la esterilización forzada, no se puede obviar que ambos tipos han sido recogidos ya en otros instrumentos normativos, como el Estatuto del Tribunal Especial Iraquí (adoptado el 10 de diciembre de 2003 por el Consejo de Gobierno Iraquí, *vid. infra* nota 326). En esta misma línea, la voluntad internacional de prestar especial atención a los ataques contra mujeres se puso de manifiesto en la propuesta de la Fiscalía de la Corte Especial de Sierra Leona de considerar el matrimonio forzoso un crimen contra la humanidad en tanto que acto inhumano, admitida por la Sala de Instancia I en los casos *RUF* y *AFRC* (*vid.* SCSL, *Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao*, caso n° SCSL-04-15-PT-108-5971-5985, Decisión de la Sala de Instancia sobre las solicitudes de la Fiscalía para enmendar las actas de acusación, 6 de mayo de 2004, párr. 57, y *Prosecutor v. Brima, Kamara & Kamu*, caso n° SCSL-04-16-PT-070-5330-5344, Decisión de la Sala de Instancia sobre las solicitudes de la Fiscalía para enmendar las actas de acusación, 6 de mayo de 2004, párr. 48. Si bien la Sala de Instancia II estimó en el caso *AFRC* que el matrimonio forzoso era una forma de esclavitud sexual y por tanto quedaba subsumido en este segundo crimen (SCSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara & Kamu*, caso n° SCSL-04-16-T, sentencia de instancia, 20 de junio de 2007, párr. 704-714), la Sala de Apelación corrigió estas apreciaciones, considerando en su lugar que el matrimonio forzoso presentaba rasgos que lo distinguían de la esclavitud sexual (SCSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara & Kamu*, caso n° SCSL-04-16-A, sentencia de apelación, 22 de febrero de 2008, párr. 190-196; también *Prosecutor v. Sesay, Kallon & Gbao*, caso n° SCSL-04-15-T, sentencia de instancia, 2 de marzo de 2009, párr. 2307).

Respecto de las conductas específicamente dirigidas contra niños, es particularmente significativa la tipificación del reclutamiento de menores de 15 años como crimen de guerra, cuyo carácter criminal ha sido corroborado también por el Estatuto de la Corte Especial de Sierra Leona. El Preámbulo del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, en vigor desde el 12 de febrero de 2002 y que cuenta con más de 120 Estados signatarios, hace referencia expresa a “la inclusión entre los crímenes de guerra en conflictos armados, tanto internacionales como no internacionales, del reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años o su utilización para participar activamente en las hostilidades” dentro del ECPI (ONU, Doc.

A lo largo del proceso de adopción del ECPI se observa una evolución en la delimitación del contenido jurídico tanto de la categoría de crímenes contra la humanidad como de la modalidad de persecución, lo que una vez más prueba la ausencia de un consenso sobre la definición precisa de estas nociones en la década de los 90. Puesto que el resultado final en cuanto a la tipificación de la categoría será objeto de análisis en el Capítulo III, aquí se optará por concentrar el estudio específicamente en el proceso de delimitación del crimen contra la humanidad de persecución, revisando las diferentes propuestas que se barajaron durante los trabajos preparatorios y en los debates durante la Conferencia de Roma (§ A) y haciendo una primera aproximación a los problemas jurídicos que plantea la modalidad criminal resultante, tal y como ha quedado plasmada en el ECPI y concretada en los Elementos de los Crímenes aprobados por la Asamblea de los Estados Partes (§ B).

A) La delimitación de los elementos del crimen contra la humanidad de persecución durante los trabajos preparatorios del ECPI (Comité Preparatorio y Conferencia de Roma).

En las primeras sesiones del Comité Preparatorio, celebradas en 1996, se confirmó que había un acuerdo general sobre la oportunidad de incluir los crímenes contra la humanidad en el Estatuto. Cómo definirlos, sin embargo, era una cuestión que seguía en el aire, dada la ausencia de una previa definición convencional generalmente aceptada²³⁶. Respecto de algunos aspectos existía ya cierto consenso, como el carácter

A/RES/54/263. *Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, 25 de mayo de 2000), en lo que parece un claro reconocimiento de la existencia de una norma consuetudinaria en la materia.

Junto al embarazo forzado, cabe destacar también la inclusión explícita por primera vez dentro de los crímenes contra la humanidad de la prostitución forzada y las desapariciones forzadas (CASSESE, A., "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections", *EJIL*, vol. 10 (1), 1999, p. 150). En el caso de este último comportamiento, su carácter de crimen contra la humanidad ha sido expresamente afirmado, con los matices antes señalados, en la Convención de 2006 sobre la materia (*vid. supra* apartado 2.1.C).

²³⁶ ONU, Doc. A/51/22. *Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional*, vol. I: "Actuaciones del Comité Preparatorio en los periodos de sesiones de marzo y abril y de agosto de 1996", 13 de septiembre de 1996, párr. 82-83.

sistemático o generalizado de los crímenes²³⁷, pero también marcadas discrepancias respecto de otros, como el nexo con un conflicto armado²³⁸ o la motivación²³⁹.

También se pusieron de manifiesto las dificultades conceptuales que planteaba la persecución como crimen contra la humanidad. A lo largo de los trabajos preparatorios y hasta su definitiva inclusión en el ECPI, la opinión de que la noción de *persecución* carecía de concreción era generalizada, si bien las posturas de los Estados ante esta constatación diferían, y aunque muchos se mostraban favorables a aclarar mejor la noción y limitarla a los casos más repugnantes, otros abogaban directamente por su supresión²⁴⁰.

Tres fueron las principales concepciones en torno a la naturaleza de la persecución dentro del ordenamiento jurídico internacional penal que se barajaron:

(i) considerarla un **crimen autónomo dentro de la categoría de los crímenes contra la humanidad**, es decir, mantener su carácter de crimen contra la humanidad y, dentro de estos, su especificidad como conducta que exige un especial ánimo discriminatorio, en cuyo caso era necesario clarificar mejor su contenido y alcance²⁴¹;

(ii) considerarla un **criterio de política general**, entendiendo por tal un conjunto de circunstancias determinadas, específicamente descritas en el Estatuto, en las cuales los actos cometidos se presumiría *iuris et de iure* que eran crímenes contra la humanidad²⁴²;

²³⁷ *Ibid.*, párr. 85.

²³⁸ *Ibid.*, párr. 88-90.

²³⁹ En relación con esta última, hubo delegaciones favorables a incluir los motivos “para demostrar los tipos de situaciones en que se cometían crímenes de lesa humanidad”, así como propuestas de incorporar “una referencia general a la comisión de los crímenes por razones discriminatorias”, frente a otras que, además de oponer diversas consideraciones prácticas, alegaron que no era un criterio exigido por el Derecho internacional consuetudinario (*ibid.*, párr. 87).

²⁴⁰ Cuba (ONU, Doc. A/CONF.183/C.1/SR.3, *Actas resumidas de las sesiones de la Comisión Plenaria. Tercera sesión*, 20 de noviembre de 1998, párr. 102); México (*ibid.*, párr. 125); Colombia (*ibid.*, párr. 133); Israel (ONU, Doc. A/CONF.183/C.1/SR.4, *Actas resumidas de las sesiones de la Comisión Plenaria. Cuarta sesión*, 20 de noviembre de 1998, párr. 26). Otros, como la Federación Rusa, abogaban por su supresión como conducta específica, por entender que quedaba subsumida en la referencia a “actos inhumanos” (*ibid.*, párr. 6).

²⁴¹ Incluso, se llegó a plantear si no se trataría de un **delito separado**, distinto de los crímenes contra la humanidad (ONU, Doc. A/51/22, *cit.*, vol. I, párr. 99).

²⁴² *Vid.* el tratamiento de la cuestión en el TMIN (*supra* Capítulo I, apartado 3.1.B.b); BASSIOUNI, M. C. & MANIKAS, P., *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Irvington-on-Hudson: Transnational Publishers, 1996, pp. 491, 546 y 548; BASSIOUNI, M. C., *Crimes...*, *cit.*, p. 327; YUROVICS, Y., *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Paris: LGDJ, 2002, p. 81.

Ésa es la naturaleza que se ha atribuido a la persecución en el Código Penal español, de acuerdo con cuyo artículo 607 *bis*:

(iii) considerar la **discriminación como un elemento propio de la categoría de crímenes contra la humanidad**, incluyéndolo en la cláusula general de la categoría (lo que privaría a la persecución de su rasgo distintivo, ya que originalmente había sido la única modalidad criminal de carácter discriminatorio incluida en el ETMIN, aunque ciertas interpretaciones ulteriores extendieran ese carácter a todos los crímenes contra la humanidad²⁴³).

Estas opciones no son sino un reflejo de las dos concepciones tradicionales de la persecución, como un **comportamiento criminal autónomo** caracterizado por su ánimo discriminatorio, reflejada en la primera propuesta, o como un **contexto más amplio**, plasmada en las otras dos formulaciones (bien presentando la persecución como un contexto necesariamente caracterizador de los crímenes contra la humanidad, bien exigiendo que todo crimen contra la humanidad se cometa con ánimo discriminatorio, rasgo este por el que tradicionalmente se ha singularizado la modalidad criminal de persecución -con lo que quedaría privada de su elemento diferenciador, lo cual, unido a la ausencia de una noción jurídica de *persecución*, haría poco viable la conservación de la persecución como un comportamiento criminal autónomo-).

Todas estas perspectivas aparecían recogidas entre las distintas propuestas y sugerencias de definición de los crímenes formuladas en el Comité Preparatorio²⁴⁴. Por ejemplo, el **texto oficioso del Presidente** ofrecía las siguientes alternativas de redacción:

“Por “crímenes de lesa humanidad” se entenderán los siguientes [crímenes] [actos], cuando se cometan como parte de un ataque generalizado [y] [o] sistemático [en una escala masiva] contra la población civil:

[...] h) Persecución por motivos políticos, [nacionales, étnicos] raciales o religiosos [en relación con cualquier [otro] crimen que sea de la competencia de la corte]”²⁴⁵.

“1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”.

²⁴³ *Vid. supra* apartado 1.2.A).

²⁴⁴ *Vid.* ONU, Doc. A/51/22, *cit.*, Vol. II: “Compilación de propuestas”, pp. 66-70.

²⁴⁵ ONU, Doc. A/AC.249/1, *Resumen de las actuaciones del Comité Preparatorio durante el periodo comprendido entre el 25 de marzo y el 12 de abril de 1996*, 7 de mayo de 1996, Anexo I (“Definición de crímenes”), p. 69, apartado IV.A (“Texto oficioso del Presidente sobre los crímenes de lesa humanidad”).

Como se puede observar, en esta propuesta la persecución se configuraba, en esencia, como una modalidad criminal separada, caracterizada por un especial ánimo discriminatorio, y era en la concreción de sus términos donde se abría un amplio abanico de posibilidades, que iban desde reproducir las previsiones del ETMIN (exigiendo la conexión con otros crímenes y limitando los motivos persecutorios a los políticos, raciales o religiosos, con lo que se desmarcaba de los trabajos de la CDI en la materia²⁴⁶) hasta una versión que permitía la apreciación autónoma del crimen y que ampliaba los motivos persecutorios también a los nacionales o étnicos.

También las diversas **propuestas de los Estados** eran mayoritariamente favorables a incluir la persecución como un crimen autónomo. Por el contrario, la referencia a los motivos discriminatorios como elemento de la *cláusula general* de los crímenes contra la humanidad quedó como una sugerencia residual²⁴⁷. Igualmente minoritaria fue la propuesta de configurar la persecución como un criterio de política general cuya verificación bastaría para estimar que determinados actos eran constitutivos de crímenes contra la humanidad²⁴⁸. Ello propiciaba la inclusión de la persecución como una conducta criminal específica dentro de la categoría, cuyo rasgo distintivo sería justamente la exigencia de un ánimo discriminatorio especial. De optarse por esta perspectiva, se proponía redactar la referencia a la persecución en los siguientes términos:

“h) La persecución por motivos políticos, raciales y religiosos [o culturales] [se base o no en leyes o prácticas dirigidas a determinados grupos o a sus miembros de forma que afecten gravemente a su vida étnica, cultural o religiosa, a su bienestar colectivo o a su capacidad de mantener su identidad de grupo]”²⁴⁹.

²⁴⁶ Conviene recordar que la conexión con otros crímenes había ya sido excluida con carácter general para todos los crímenes contra la humanidad por el Tribunal *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia en su decisión de 2 de octubre de 1995 sobre la excepción judicial de incompetencia en el asunto *Tadić* (ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-AR72, *cit.*, párr. 138-142).

²⁴⁷ Sólo en una de las variantes (variante A) se preveía esta posibilidad, recogiendo dos alternativas: una genérica (“por razones de discriminación”) y otra específica por motivos tradicionalmente prohibidos (“por razones de nacionalidad, políticas, étnicas, raciales o religiosas”) -*vid.* ONU, Doc. A/AC.249/1, *cit.*, Anexo I (“Definición de crímenes”), pp. 70-71, apartado IV.B (“Recopilación de propuestas y sugerencias con respecto a la definición de crímenes de lesa humanidad”).

²⁴⁸ *Vid.* ONU, Doc. A/AC.249/1, *cit.*, Anexo I (“Definición de crímenes”), p. 70, apartado IV.B. En concreto, la propuesta era la siguiente: “[221. Cometerá crímenes de lesa humanidad, ya sea en tiempo de paz o de conflicto armado, toda persona que: [...]

d) Cometa deliberadamente los actos que se describen a continuación con la intención de llevar a cabo una política de persecución sistemática contra un sector de la población civil sin tener la opción moral de no hacerlo.]”

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 72, apartado IV.B.

Adicionalmente, se sugería incluir un anexo en el que se especificara el sentido dado a los términos utilizados, y en el que se indicara que: “i) Por persecución se entenderá la privación intencional y grave de los derechos fundamentales sin justificación legal”²⁵⁰. De esta forma, se corroboraba la convicción de los Estados de que la persecución era un crimen autónomo, caracterizado por una motivación discriminatoria, y además se abrían las puertas a la posibilidad de alcanzar por primera vez una definición convencional de la noción.

En 1997, el Comité Preparatorio presentó un **proyecto de texto consolidado** en el que las alternativas respecto de la naturaleza jurídico-penal de la persecución quedaban reducidas a dos: (i) incorporar el elemento discriminatorio a la cláusula general de los crímenes contra la humanidad (aunque manteniendo en principio la modalidad específica de persecución), o (ii) exigir un ánimo discriminatorio únicamente respecto del crimen contra la humanidad de persecución²⁵¹. La opción de considerarla una política general quedaba, por tanto, excluida.

Esta concreción de los términos del debate se mantuvo en el texto del proyecto de Estatuto adoptado por el Comité Preparatorio junto con el proyecto de Acta Final de la Conferencia²⁵² en 1998. Las alternativas propuestas se recogían en los siguientes términos, como parte del artículo 5 del proyecto, sobre los crímenes de la competencia de la CPI:

“Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, es “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa

[como parte de la comisión generalizada [y] [o] sistemática de tales actos contra cualquier población]:

[como parte de un ataque generalizado [y] [o] sistemático contra una población [civil]] [en escala masiva] [en un conflicto armado] [por motivos políticos, filosóficos, nacionales, étnicos o religiosos o por cualquier otro motivo arbitrariamente definido]:

Nota: De escogerse la segunda de las opciones debe examinarse su relación con el inciso h) del párrafo 1.

[...] h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales o religiosos [o de género] [u otros motivos similares] [y en relación con otros crímenes de la competencia de la Corte]: [...]

[2. A los efectos del párrafo 1: [...]

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 73, apartado IV.B.

²⁵¹ ONU, Doc. A/AC.249/1997/WG.1/CRP.5, *Proyecto de texto consolidado. Crímenes contra la humanidad*, 20 de febrero de 1997.

²⁵² ONU, Doc. A/AC.249/1998/CRP.19, *Draft Final Act of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*, 31 de marzo de 1998.

d) Por “persecución” se entiende la privación intencional y grave de los derechos fundamentales en contravención del derecho internacional [llevada a cabo con intención de perseguir por motivos determinados]: [...]”²⁵³.

Aunque en ambos casos la persecución conservaba su carácter de crimen específico dentro de la categoría, y en ambos casos se presentaba como una tarea ineludible el avanzar en el desarrollo de la noción por motivos de seguridad jurídica, el segundo supuesto presentaba una clara ventaja respecto del primero. En efecto, el conservar específicamente para la persecución el ánimo discriminatorio, rasgo que tradicionalmente la había caracterizado, permitía fundamentar la criminalización internacional de la conducta precisamente en su naturaleza discriminatoria. Por el contrario, si se extrapolaba la exigencia de un móvil discriminatorio a todos los crímenes contra la humanidad²⁵⁴ se confundiría la categoría con la modalidad específica de persecución, de manera que sería necesario precisar claramente en qué tipo de comportamiento consistiría la persecución para justificar su conservación como modalidad criminal específica y la intervención penal cuando se cometiera.

Ante esta tesitura, no sorprende que la opción preferida por la mayoría de los Estados en la Conferencia de Roma fuera la de incluir la persecución como una modalidad específica de crimen contra la humanidad. Pero con esa decisión sobre la naturaleza jurídico-penal de la persecución sólo se resolvía parte del problema, pues quedaban por concretar otros extremos relativos a la configuración del crimen contra la humanidad de persecución, y en particular dos aspectos: (i) los motivos discriminatorios relevantes y (ii) la conexión o no de la persecución a otros crímenes de Derecho internacional.

(i) Por lo que respecta a los **motivos discriminatorios** sobre los que podía construirse el crimen contra la humanidad de persecución, el Comité Preparatorio había propuesto una lista en la que se conjugaban criterios tradicionales, provenientes tanto del proyecto de Código de la CDI como de la Convención sobre el genocidio (motivos políticos,

²⁵³ ONU, Doc. A/CONF.183/2/Add.1, *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional*, 14 de abril de 1998, pp. 25-27.

²⁵⁴ En la Comisión Plenaria sólo Francia defendió esta variante (*vid.* ONU, Doc. A/CONF.183/C.1/SR.3, *cit.*, párr. 96), en línea con la literalidad del Código Penal francés de 1994 (actualmente vigente), cuyo artículo 212-1 dispone que: “La déportation, la réduction en esclavage ou la pratique massive et systématique d’exécutions sommaires, d’enlèvements de personnes suivis de leur disparition, de la torture ou d’actes inhumains, inspirées par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux et organisées en exécution d’un plan concerté à l’encontre d’un groupe de population civile sont punies de la réclusion criminelle à perpétuité [...]”.

Otros Estados, por el contrario, no vieron la necesidad de introducir una referencia a los motivos por los que se lleva a cabo un ataque contra una población -*vid.* la posición de Jordania (*ibid.*, párr. 106) y de Irlanda, favorable a limitar esa referencia al crimen de persecución (*ibid.*, párr. 169)-.

raciales, nacionales, étnicos, culturales o religiosos). Pero, además, había sugerido la posibilidad de añadir los motivos de género, e incluso introducir una cláusula de cierre que operara por analogía y así dotara de flexibilidad al tipo (“[u otros motivos similares]”)²⁵⁵.

(iii) En relación con **conexión de la persecución a otros crímenes de Derecho internacional**, conviene aclarar que durante la Conferencia esta cuestión se volvió a plantear a un nivel más amplio, en relación con el conjunto de la categoría, y se discutió la necesidad o no de conectar los crímenes contra la humanidad con otros crímenes de Derecho internacional, bien configurándola como una categoría totalmente autónoma (apreciable en todo momento), o bien vinculándola a un contexto de conflicto armado (de forma que las conductas tipificadas sólo constituirían crímenes contra la humanidad en tiempo de guerra). En todo caso, si bien parecía claro el acuerdo sobre la desconexión de la categoría respecto de otros crímenes, en relación con la conducta específica de persecución se dejaba abierta la vía a la posibilidad de criminalizarla sólo cuando estuviera relacionada “con otros crímenes de la competencia de la Corte”²⁵⁶.

B) La persecución como crimen contra la humanidad en el ECPI: aproximación a los problemas jurídicos que plantea la configuración resultante.

El ECPI aprobado en la Conferencia de Roma (y en vigor desde el 1 de julio de 2002) establece en su artículo 7.1 que es un crimen de lesa humanidad, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, la

“h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo

²⁵⁵ ONU, Doc. A/CONF.183/2, *cit.*, p. 21. La misma amplitud estaba prevista (aunque la delimitación era más vaga) si se hubiera optado por exigir un ánimo discriminatorio común a todos los crímenes contra la humanidad.

²⁵⁶ La propuesta de EUA, por ejemplo, que preconizaba la autonomía de los crímenes contra la humanidad y su punibilidad tanto en tiempo de guerra como de paz, estimaba sin embargo que la persecución debía estar necesariamente vinculada a otros crímenes de la competencia de la Corte (ONU, Doc. A/CONF.183/C.1/L.10, *Estados Unidos de América: propuesta relativa a un anexo sobre elementos de la definición de crímenes comprendidos en la Parte 2*, 19 de junio de 1998).

Israel, por el contrario, se manifestó favorable a la supresión de la referencia a esa conexión en el caso de la persecución si se llegaba al acuerdo de que tal nexo no era necesario para los crímenes contra la humanidad (ONU, Doc. A/CONF.183/C.1/SR.4, *cit.*, párr. 26).

al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”²⁵⁷.

La mera inclusión de esta modalidad criminal en el ECPI resulta ya relevante, puesto que refleja la opinión de los Estados de que la persecución es una conducta que genera responsabilidad penal en tanto que crimen contra la humanidad, y confirma la vigencia en el Derecho internacional general de una norma consuetudinaria que, de una parte, la considera un crimen contra la humanidad específico y, de otra, prohíbe su comisión. Pero, además, el ECPI precisa en el apartado 2.g) de dicho artículo 7 que se entenderá por *persecución* la “privación intencional y severa de los derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”, evidenciando la convicción de los Estados de que era necesario aclarar el alcance del término para que el crimen sea aplicable.

Sin duda, el intento de describir²⁵⁸ convencionalmente el término supone un gran paso adelante y, en ausencia de un tratado internacional que tipifique los crímenes contra la humanidad, el ECPI resulta ser el texto que mejor puede servir de referencia para individualizar los elementos de la persecución como crimen contra la humanidad en el plano convencional, no sólo por su carácter universal²⁵⁹, sino porque además participa de todos los trabajos anteriores en la materia y es el reflejo más reciente de la evolución experimentada por la sociedad internacional en este ámbito²⁶⁰. No obstante, es preciso mantener todas las reservas, ya que el ECPI no pretende tipificar los crímenes en él contenidos (es decir, no es una suerte de “código penal internacional”²⁶¹), sino que su

²⁵⁷ Esta redacción se tomó sin apenas modificaciones del articulado elaborado por la Comisión Plenaria establecida en la Conferencia de Roma de 1998. Así, en lo que habría de ser el artículo 7 o 5 *ter*, el texto de la Comisión incluía entre los *crímenes de lesa humanidad* la “h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, sexuales u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”, entendiéndose por *persecución* la “privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad” (ONU, Doc. A/CONF.183/8, *Informe de la Comisión Plenaria*, 17 de julio de 1998, Capítulo II (“Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional”), proyecto de artículo 7 [5 *ter*], apartado 2. letra g), p. 98).

²⁵⁸ Pues, como MCCORMACK indica, más que una definición es una aclaración del sentido que se ha de dar al término (MCCORMACK, T. LH, “Crimes...”, *cit.*, p. 183).

²⁵⁹ *Vid.* HUESA VINAIXA, R., “Incrimination...”, *cit.*, p. 112.

²⁶⁰ Para CRAWFORD, la de los crímenes contra la humanidad en el ECPI es “the very first authoritative treaty definition” (CRAWFORD, J., “The drafting of the Rome Statute”, en: SANDS, P. (ed.), *From Nuremberg to The Hague. The Future of International Criminal Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 152).

²⁶¹ CARDONA LLORENS, J., “Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales y los crímenes internacionales: ¿tipificación o delimitación competencial?”, en: CUERDA RIEZU, A. y JIMÉNEZ GARCÍA,

inclusión atiende a exigencias de delimitación competencial del Derecho sustantivo aplicable. Por tanto, los elementos requeridos para apreciar el crimen en sede de la CPI no pueden considerarse estrictamente elementos del crimen, sino **requisitos de delimitación de la competencia**, que determinarán si los hechos que se le planteen entran o no dentro de su jurisdicción.

Además, la definición del artículo 7.2.g) dista mucho de ser el remedio para delimitar una noción jurídica precisa de *persecución*, ya que sigue adoleciendo de una destacable falta de concreción en relación con diversos aspectos de la definición²⁶², por lo que resulta bastante insatisfactoria. Un somero análisis de los elementos que integran el crimen permitirá entender la crítica a esta definición.

Con carácter general, se apreciará un crimen contra la humanidad de persecución cuando concurren: (i) los elementos que integran la cláusula general del crimen contra la humanidad, junto con (ii) los elementos específicos de la persecución como crimen contra la humanidad. De acuerdo con los Elementos de los Crímenes adoptados en septiembre de 2002 por la Asamblea de los Estados Partes para ayudar a la CPI a interpretar y a aplicar los artículos relativos a su competencia material²⁶³, la persecución se verifica siempre:

- “1. Que el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del derecho internacional.
2. Que el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas en razón de la identidad de un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales.
3. Que la conducta haya estado dirigida contra esas personas por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, según la definición del párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto, o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.
4. Que la conducta se haya cometido en relación con cualquier acto de los señalados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto o con cualquier crimen de la competencia de la Corte.
5. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
6. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”.

F. (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2009, p. 198.

²⁶² En general, el artículo 7.1 ECPI adolece de imprecisión en la definición de los crímenes contra la humanidad, lo que plantea un serio inconveniente de cara a garantizar la seguridad jurídica necesaria en la aplicación de los tipos penales (*vid.* SUR, S., “Vers...”, *cit.*, p. 41).

²⁶³ CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *Parte II.B: Elementos de los Crímenes*, 9 de septiembre de 2002, p. 125.

Los tres primeros apartados se refieren a elementos específicos de la persecución como crimen contra la humanidad, mientras que los apartados 5 y 6 recogen los elementos comunes a todos los crímenes contra la humanidad. Sobre estos dos últimos apartados se tendrá la oportunidad de volver en el próximo capítulo, en el que se analizarán detalladamente los elementos de los crímenes contra la humanidad. Baste de momento una aproximación crítica a los demás apartados –que serán ulteriormente desarrollados en el Capítulo IV- para señalar someramente los aspectos más controvertibles de la definición de *persecución* propuesta por el ECPI y concretada por los Elementos de los Crímenes, tanto en su elemento objetivo como en el subjetivo.

(i) En cuanto al elemento objetivo, y de acuerdo con el ECPI, la acción típica en el crimen contra la humanidad de persecución es la **privación grave a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del Derecho internacional**.

El primer problema de aplicación que se plantea es que ni el ECPI ni los Elementos de los Crímenes especifican en qué consiste lo que *a priori* sería la acción típica, esto es, la **privación internacionalmente ilícita de derechos**. Por consiguiente, habrá que remitirse a otros sectores del ordenamiento jurídico internacional, y en particular al Derecho internacional de los derechos humanos, para establecer cuándo se produce²⁶⁴.

También por vía de remisión habrá que resolver qué **derechos son fundamentales**, y no es una cuestión totalmente pacífica cuáles en concreto ostentan tal condición. De acuerdo con BASSIOUNI, surge además una pregunta esencial respecto de esta exigencia, cual es si cabe apreciar persecución cuando la privación afecta a un derecho que no sea considerado fundamental²⁶⁵.

Otro aspecto controvertido es la determinación de la **gravedad** que debe caracterizar la privación de derechos. No hay indicación alguna sobre qué se entiende por “grave” y, por consiguiente, vuelven a plantearse los problemas que la CDI intentó evitar suprimiendo toda referencia a la gravedad como criterio característico de los crímenes contra la humanidad, por estimar que se trataba de una noción demasiado subjetiva²⁶⁶.

²⁶⁴ *Ibid.*, “Introducción general”, p. 116, párr. 6.

²⁶⁵ BASSIOUNI, M. C., *Crimes...*, *cit.*, p. 330.

²⁶⁶ *Vid. supra* apartado 1.2.A. Los Elementos de los Crímenes adoptados por la Asamblea de los Estados Partes reconocen expresamente que la gravedad es un elemento que entraña un juicio de valor (CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *cit.*, “Introducción general”, p. 116, párr. 4).

Además, se ha de señalar que la descripción de la acción típica de la persecución propuesta en el ECPI no aporta **ningún aspecto distintivo respecto de los demás crímenes contra la humanidad**, de los que en general se puede afirmar que consisten en violaciones graves de derechos humanos fundamentales. Antes al contrario, las conductas que pueden ser constitutivas de persecución pueden serlo también de otros crímenes contra la humanidad, lo que genera más confusión en torno al alcance de la autonomía del tipo.

Si acaso, la única diferencia con el resto de conductas incriminadas en la categoría es la incorporación del **requisito de conexión** de la conducta con cualquier crimen de la competencia de la CPI, ya sea otro de los actos que constituyen crímenes contra la humanidad, o bien genocidio, crímenes de guerra o crimen de agresión²⁶⁷. Esta exigencia es en realidad una consecuencia directa de la vaguedad de la noción, y habría buscado asegurar que la CPI conocerá sólo de casos graves de persecución²⁶⁸. Sin embargo, supone introducir un elemento ya excluido del contenido de la norma consuetudinaria de tipificación de los crímenes contra la humanidad. En consecuencia, se puede afirmar que la descripción convencional del crimen contra la humanidad de persecución es más restrictiva de lo previsto en el Derecho internacional general en el momento de adopción del ECPI²⁶⁹.

²⁶⁷ Recuérdese que la definición y aplicación del crimen de agresión ha sido objeto de una moratoria en tanto en cuanto no se produzca la revisión del ECPI (artículo 5.2), prevista a los siete años de la entrada en vigor del mismo (artículos 121 y 123), es decir, en 2009, y que ha sido pospuesta hasta 2010.

²⁶⁸ Así se reconoce en un documento de discusión preparado por EUA durante los trabajos preparatorios del ECPI, en el que se propone la siguiente literalidad en lo referente al crimen contra la humanidad de persecución –si es que se decidía conservar el tipo, pues el mismo se presentaba entre corchetes–: “[i. Persecution, meaning the international and severe deprivation of fundamental rights, without lawful justification, on a national, political, ethnic, racial, or religious group [in connection with any other crime within the jurisdiction of the court].]”. Y en nota al pie se aclara que: “A core problem in finding an adequate definition for persecution is to exclude acts which, although they may constitute a reprehensible deprivation of rights and may even have been committed on a systematic basis, nonetheless do not rise to such a level of egregious conduct that they should constitute “crimes against humanity.” If this problem is not carefully addressed, the “persecution” prong of crimes against humanity could criminalize discrimination or human rights violations not previously contemplated as being “crimes against humanity”. The double-bracketed language, which requires a nexus between the conduct of “persecution” and some other crime within the Court’s jurisdiction, has been suggested as one way of narrowing the definition of persecution to address such concerns” (UNITED STATES DELEGATION, *Discussion Draft. For Annex to Statute: Elements Related to Article on Crimes Against Humanity*, 2 de abril de 1996, nota 11, en: ICC-LEGAL TOOLS, <http://www.legal-tools.org>, LT-Database Record Number: 51427, consultada el 15/1/10).

²⁶⁹ Esta cuestión ha sido extensamente abordada por la jurisprudencia, y en particular por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. De acuerdo con la Sala de Instancia en el asunto *Kupreškić*, “an examination of customary international law indicates that as customary rules on crimes against humanity gradually crystallised after 1945, the link between crimes against humanity and war crimes disappeared” (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, sentencia de instancia, 14 de enero de 2000, párr. 577), de manera que, en lo que a la modalidad criminal de persecución se refiere, the Trial Chamber finds that although the Statute of the ICC may be indicative of the *opinio juris* of many

(ii) Por lo que respecta al elemento subjetivo, además de la intención de llevar a cabo la conducta incriminada, en el caso de la persecución se exige un **especial ánimo discriminatorio**, consistente en que el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas en razón de la identidad de un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales, **por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional.**

Otra vez el ECPI y los Elementos de los Crímenes recurren a una cláusula abierta, que deja sin precisar todos los motivos discriminatorios que pueden acarrear la responsabilidad penal del individuo. Su alcance deberá, por tanto, determinarse por remisión a otros sectores del Derecho internacional, remisión por lo demás condicionada a la exigencia de universalidad en la prohibición, lo que hace aún más complicada su concreción.

De nuevo BASSIOUNI es crítico con el elemento subjetivo, y en concreto con la vaguedad con que se establece la imputabilidad de la intención, y plantea si hay un punto “where intent can be imputed based on the foreseeable outcome or based on what should have been the foreseeable outcome”²⁷⁰. Este problema está estrechamente conectado con la cuestión de la definición misma de la persecución, y es que no es fácil deducir la intención de perseguir cuando no está establecido con exactitud en qué consiste la persecución, más allá de que se considere una violación de derechos humanos fundamentales, pero sin que se indique cuáles. No deja de ser un absurdo pretender que exista la voluntad de hacer algo que en apariencia no se sabe a ciencia cierta lo que es. En este mismo orden de cosas, surgen otros interrogantes, como si es posible castigar la tentativa de persecución, o si basta la existencia de indicios de que la persecución puede llegar a producirse para poder apreciar la responsabilidad penal del individuo.

Como se observa, la persecución así configurada plantea numerosas dudas que llevan a cuestionar la especificidad de esta modalidad criminal, además de que la práctica

States, Article 7(1)(h) is not consonant with customary international law” (*ibid.*, párr. 280). En el mismo sentido, *vid.* MÁRQUEZ CARRASCO, C., “Los elementos específicos de las conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad en derecho internacional penal”, *RGDP*, nº 10, 2008, pp. 50-51.

²⁷⁰ BASSIOUNI, M. C., *Crimes...*, *cit.*, p. 330.

demuestra que no resulta fácilmente aplicable. En consecuencia, se plantea la paradoja de que, si bien los Estados parecen estar de acuerdo en que la persecución es un crimen contra la humanidad específico, con elementos propios que lo distinguen de los demás crímenes contra la humanidad, la delimitación de dichos elementos se hace de tal forma que la persecución se confunde a menudo con la categoría, además de resultar excesivamente imprecisa.

Falta por ver ahora cómo la CPI aplicará el tipo en los pocos casos en los que hasta la fecha habido imputados, y que se circunscriben a la situación en Darfur (Sudán). En todo caso, las órdenes de detención emitidas por la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso seguido contra Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") y Ali Muhammad Ali Abd-al-Rahman ("Ali Kushayb")²⁷¹ ofrecen ya alguna pista sobre cuál puede ser el tratamiento que reciba el crimen contra la humanidad de persecución en la jurisprudencia de la CPI, y todo apunta a que, además de ser apreciado como un crimen autónomo, operará también como un contexto discriminatorio en el que se cometen otros crímenes de la competencia de la Corte. Al menos, así parece deducirse de la sistemática seguida por la Sala en estas órdenes. Ésta consiste en imputar un cargo de persecución como crimen contra la humanidad, especificando cuáles fueron los actos mediante los que esa persecución se llevó a cabo (y que sólo podrán ser otros crímenes de la competencia de la CPI, a tenor del artículo 7.1.h de su Estatuto); a continuación, esos mismos actos son imputados autónomamente -bien como crímenes de guerra o bien como crímenes contra la humanidad en aquellos supuestos en que el mismo acto puede merecer ambas calificaciones jurídicas- y se van desglosando a lo largo de los sucesivos cargos. Es decir, el cargo por persecución como crimen contra la humanidad no absorbe otros posibles cargos basados en los mismos actos que fundamentan al primero, sino que se superponen, con lo que la persecución se presenta en la práctica como un contexto en el que se cometen los demás crímenes y a los que -al menos en teoría- aporta el elemento de discriminación, del que carecen el resto de comportamientos imputados.

A la espera de las sentencias que resuelvan este caso, y con el fin de disponer de más elementos de juicio de cara a confirmar estas primeras valoraciones, se abordará a continuación el tratamiento dado al crimen contra la humanidad de persecución en otras

²⁷¹ CPI, *Fiscal c. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") y Ali Muhammad Ali Abd-al-Rahman ("Ali Kushayb")*, caso nº ICC-02/05-01/07, Orden de detención de Ahmad Harun, 27 de abril de 2007, y Orden de detención de Ali Kushayb, 27 de abril de 2007, cargos 1, 10, 21 y 39, en ambos casos.

sedes jurisdiccionales. En concreto, se verá cómo se ha recogido esta modalidad criminal en las distintas normas de atribución de competencia a los tribunales penales no permanentes tanto de carácter internacional (los Tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad) como de naturaleza mixta interna-internacional.

3. LA INCIDENCIA DEL ESTABLECIMIENTO DE TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES *AD HOC* E HÍBRIDOS EN EL DESARROLLO DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN

La conclusión, en los años 90, de los trabajos de la CDI de elaboración del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad vino marcada, paradójicamente, por la urgencia de aplicar lo que había sido el objeto de estudio durante décadas: los tipos punibles conforme al ordenamiento jurídico internacional. En efecto, el escenario de paz y seguridad que se auguraba tras el fin de la Guerra Fría resultó ser erróneamente optimista²⁷², dada la proliferación en todo el mundo de conflictos armados caracterizados por violaciones constantes y masivas del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en el marco de enfrentamientos a menudo originados por motivos étnicos y nacionales²⁷³. La sociedad internacional se encontró así frente a una realidad inesperada que ponía en serio peligro la paz y la seguridad internacionales, y frente a la cual las respuestas tradicionales resultaban no sólo insuficientes, sino sobre todo insatisfactorias ante la ingente cantidad de víctimas²⁷⁴.

²⁷² En la declaración hecha por el Presidente del Consejo de Seguridad tras la reunión celebrada el 31 de enero de 1992, por primera vez a nivel de Jefes de Estado y de Gobierno, para examinar el tema de *La responsabilidad del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales* (ONU, Doc. S/23500, 31 de enero de 1992), se resaltaban las “nuevas circunstancias internacionales favorables” que se estaban dando “en un momento de cambios trascendentales”, puesto que “el fin de la guerra fría ha dado lugar a esperanzas de un mundo más seguro, más equitativo y más humano” (p. 2). De ahí que los miembros del Consejo convinieran “en que el mundo tiene ahora ante sí la mejor oportunidad de lograr la paz y la seguridad internacionales desde la fundación de las Naciones Unidas” (p. 6), si bien también reconocían que “la ausencia de guerra y de conflictos militares entre Estados no asegura por sí misma la paz y la seguridad internacionales” (p. 3).

²⁷³ Sobre la incidencia del nuevo orden mundial resultante del fin de la Guerra Fría en la aparición de órganos jurisdiccionales penales de carácter internacional, *vid.* CASSESE, A., “On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law”, *EJIL*, vol. 9 (1), 1998, pp. 7-8; ROHT ARRIAZA, N., “Institutions...”, *cit.*, pp. 483-484.

²⁷⁴ GAMBLE, J. K., KU, C. & STRAYER, C., “Human-centric International Law: A Model and a Search for Empirical Indicators”, *Tul. JICL*, vol. 14 (1), 2005, pp. 67-68.

Enseguida se hizo evidente la necesidad de superar las reticencias de épocas anteriores para establecer órganos jurisdiccionales que, representando a la sociedad internacional en su conjunto, juzgaran y sancionaran a los presuntos culpables de los graves atentados contra la dignidad de las personas que se estaban produciendo²⁷⁵. Esta nueva filosofía condujo en primer lugar al establecimiento de los Tribunales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda, respectivamente, y favoreció la consecución del acuerdo que más tarde permitió crear en 1998 una instancia jurisdiccional permanente, la CPI²⁷⁶. No obstante, con posterioridad al establecimiento de la CPI y hasta tanto alcanzara su plena operatividad, ha habido algunos casos (Kosovo, Timor Leste, Sierra Leona, Camboya y Bosnia y Herzegovina) para los que se ha considerado preferible articular procedimientos penales que atienden a una fórmula mixta o híbrida, interna e internacional²⁷⁷.

²⁷⁵ La ausencia de órganos jurisdiccionales penales internacionales obligaba a situar en los Estados la persecución y castigo de los crímenes de Derecho internacional, como responsables primeros de hacer respetar las normas internacionales (vid. JURISTES SANS FRONTIERES, *Le Tribunal Pénal International de La Haye: le droit à l'épreuve de la "purification ethnique"*, Paris: L'Harmattan, 2000, p. 53). Se producía así lo que SCELLE calificara de "desdoblamiento funcional" (SCELLE, G., "Règles générales du droit de la paix", *RCADI*, tomo 46, 1933-IV, pp. 358-359): el Derecho internacional fija los tipos penales pero son los Estados los que han de completar esta acción señalando las penas y llevando ante sus tribunales nacionales a los responsables, o bien entregándolos, en determinados casos, a otros Estados para que los juzguen, conforme al principio *aut iudicare aut dedere* (sobre la aplicación del Derecho internacional penal en el Derecho interno y la delimitación de la competencia estatal, vid. ABELLÁN HONRUBIA, V., "La responsabilité...", *cit.*, pp. 361-380).

Precisando esta idea, se puede decir que tradicionalmente ha correspondido al Derecho internacional "definir las conductas punibles" y "articular mecanismos de coordinación de la persecución internacional", mientras que los Estados desarrollan y ejecutan "normas que garanticen la efectiva persecución y el procesamiento de los presuntos responsables de dichos delitos" (PIGRAU SOLÉ, A., "La Corte Penal Internacional Posible", *Agenda ONU*, n° 1, 1998, p. 13), en aplicación del principio de justicia universal, por oposición a un sistema de "justicia penal internacional", con mecanismos propios puramente internacionales (GARCÍA LABAJO, J. M., "Los Tribunales Internacionales de crímenes de guerra", *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, n° 679, diciembre 1998, pp. 946-947).

Pese a la gran significación que estos desarrollos tienen, no puede excluirse una visión crítica de esta política de judicialización de las violaciones graves de los derechos fundamentales, que, en opinión de PUREZA, supone adoptar "una visión deontológica del derecho internacional según la cual debe siempre entenderse que la responsabilidad por una situación política recae exclusivamente sobre los individuos y su comportamiento desviado" (PUREZA, J. M., "Usos contrahegemónicos defensivos y de oposición del derecho internacional: de la Corte Penal Internacional a la herencia común de la humanidad", en: DE SOUSA SANTOS, B. y RODRÍGUEZ GARAVITO, C. A. (eds.), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Rubí: Anthropos / México: Universidad Autónoma Metropolitana – Cuajimalpa, 2007, p. 245; la idea de esta *cultura* o *paradigma de Nuremberg* aparece planteada en PUREZA, J. M., "Da cultura da impunidade á judicialização global", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n° 60, 2001, pp. 134-135).

²⁷⁶ En el debate posterior a la adopción de la resolución 955 (1994), relativa a la situación en Ruanda y al establecimiento de un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y por ciudadanos de Ruanda en los Estados vecinos, algunos Estados miembros del Consejo de Seguridad de la ONU dejaron patente con sus declaraciones que para ellos el establecimiento de los Tribunales *ad hoc* ponía de relieve la necesidad de una instancia judicial penal internacional permanente, vid. ONU, Doc. S/PV.3453, 8 de noviembre de 1994, pp. 3 (Rusia), 4 (Francia), 9-10 (Brasil), y 13 (España).

²⁷⁷ Ese carácter mixto o híbrido interno-internacional se manifiesta tanto en la forma en que han sido establecidos (mediante un acuerdo entre la ONU y el Estado implicado –Sierra Leona y Camboya–, o a través

A los efectos de la identificación del contenido jurídico de la persecución como crimen contra la humanidad, la práctica de estos órganos jurisdiccionales resulta particularmente interesante, máxime la de aquellos establecidos para conocer en concreto de las violaciones de derechos humanos y de Derecho internacional humanitario ocurridas en los conflictos mencionados, los cuales constituyeron por lo general un caldo de cultivo ideal para que se produjeran persecuciones, al encontrarse normalmente articulados en torno a lealtades nacionales, étnicas, políticas, religiosas o de otro tipo²⁷⁸.

En efecto, la persecución, único crimen contra la humanidad para el que se exige un ánimo discriminatorio, se convirtió en un tipo clave para la determinación de la responsabilidad penal internacional del individuo en estos casos. Dado que los actos criminales atendían por lo general a motivos claramente discriminatorios, su aplicación en esos supuestos resultaba casi obligada, al menos en teoría, salvo que concurrieran los elementos necesarios para apreciar la comisión de genocidio. En este sentido, los

de una decisión del órgano internacional responsable de la administración transitoria del territorio –Kosovo, Timor Leste y Bosnia y Herzegovina (posteriormente refrendada por el Parlamento mediante ley interna)-) como en los aspectos orgánico-procesales y en los sustantivos.

²⁷⁸ En el caso yugoslavo, se entremezclan aspiraciones nacionales (la construcción de una Gran Serbia y una Gran Croacia) con elementos religiosos y étnicos. GARDE destaca el origen confesional de la intolerancia, que los avatares históricos de la región harán desembocar en un problema étnico, ya que los Estados balcánicos han demostrado una “tendencia natural a buscar la homogeneidad, recurriendo a todo tipo de prácticas, incluidas las más insidiosas y violentas” (GARDE, P., *Les Balkans*, Évreux: Flammarion, 1994, pp. 79-86).

Por su parte, lo ocurrido en Ruanda a principios de los años 90 fue consecuencia de la rivalidad entre las etnias hutu y tutsi, que clavaba sus raíces en las políticas de favoritismo seguidas en la época colonial por la potencia en la zona, Bélgica. Un marco histórico y político de los hechos que determinaron el establecimiento del TPIR puede encontrarse en VAN DEN HERIK, L. J., *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 11-26.

En Timor Leste, los acontecimientos de 1999 estuvieron causados por el enfrentamiento entre los opositores a la ocupación indonesia, aunque también se puede observar un elemento de etnicidad (KATZENSTEIN, S., “Hybrid Tribunals: Searching for Justice in East Timor”, *HHRJ*, vol. 16, 2003, pp. 248-249; ROCAMORA, J. A., “Aproximación a la historia de Timor Este”, en: BADIA MARTÍ, A. M. (dir.), *La cuestión de Timor Oriental*, Cuadernos de Cátedra, nº 6, Barcelona: Bosch, 1996, pp. 17-40).

El conflicto de Sierra Leona, por el contrario, aunque comparte el carácter interno de todos los anteriores y la participación de diversos grupos étnicos, se separa de los demás en la menor relevancia que los factores discriminatorios tuvieron en el mismo. Así, se trató más bien de una lucha por el poder y por el control no sólo político, sino también de los recursos naturales, entre los que ocupan un lugar destacado los diamantes. Sobre los antecedentes históricos, puede consultarse PHAM, J. P., “A viable model for international criminal justice: the Special Court for Sierra Leone”, *NYILR*, vol. 19 (1), 2006, pp. 43-63.

Finalmente, el actual Reino de Camboya arrastra tras de sí la herencia de la Kampuchea regida por el Khmer Rojo de Pol Pot, que en los años 70 dirigió una sangrienta campaña contra sus opositores políticos -reales o presuntos-, aunque también alcanzó a minorías religiosas y étnicas, aspecto éste especialmente destacado en KIERNAN, B., *The Pol Pot Regime. Race, Power and Genocide in Cambodia under the Khmer Rouge, 1975-79*, New Haven/London: Yale University Press, 2002 (2nd ed.), pp. 251-309. En todo caso, algunas de las minorías parecen haber sido atacadas más por su posición social que por la pertenencia a una etnia o confesión en particular, como habría sido el caso de los Khmeres católicos, de acuerdo con SLIWINSKI, M., *Le génocide khmer rouge. Une analyse démographique*, Paris: L’Harmattan, 1995, pp. 74-75, quien además apunta que “l’extermination est un processus à plusieurs phases: la première et la plus importante s’appliquant aux ennemis de classe; les suivants aux personnes et aux minorités hostiles ou supposées être hostiles au régime des Khmers Rouges” (*ibid.*, p. 75).

ejemplos más significativos son los conflictos yugoslavo y timorense, cuyas características han tenido una repercusión evidente en la elaboración jurisprudencial de la noción jurídica de la persecución como una modalidad criminal, sobre todo mediante la labor del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia²⁷⁹, y también, aunque en menor medida, de las Salas Especiales para Delitos Graves del Tribunal de Distrito de Dili. En todo caso, las aportaciones de estos tribunales a la tipificación de la persecución como crimen contra la humanidad no se limitan a la interpretación que del mismo hacen en su jurisprudencia –aspecto que será abordado en detalle en el Capítulo IV–, sino que también pueden resultar relevantes para la determinación del contenido del crimen los términos en que aparece recogido dentro de sus diferentes estatutos.

Para proceder al estudio de los diferentes órganos jurisdiccionales penales de naturaleza internacional, este apartado se ha sistematizado siguiendo el criterio cronológico de su establecimiento, que por lo demás permite agruparlos de acuerdo con la diferente tipología que presentan. Por tanto, se comenzará por los dos tribunales penales internacionales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda (§ A) y se concluirá con los órganos judiciales de naturaleza mixta o híbrida –las Salas Especiales en Timor Leste, la Corte Especial para Sierra Leona, las Salas Especiales en Camboya y la Corte de Bosnia y Herzegovina– (§ B), dedicando en cada caso una especial atención a los términos en que los crímenes contra la humanidad (y dentro de ellos la persecución) aparecen regulados en los actos jurídicos que los crean.

3.1. LOS TRIBUNALES AD HOC PARA YUGOSLAVIA Y RUANDA.

Establecidos por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas (CNU)²⁸⁰, los Tribunales de principios de los años 90 constituyen un

²⁷⁹ FENRICK afirma al respecto que “the crime against humanity of persecution has come to typify what happened in the territory of the former Yugoslavia”, de forma análoga al genocidio como crimen representativo del conflicto en Ruanda (FENRICK, W. J., “The Crime against Humanity of Persecution in the Jurisprudence of the ICTY”, *Neth. YIL*, vol. XXXII, 2001, p. 89).

²⁸⁰ Siguiendo la opinión expresada por el Secretario General (*vid.* ONU, Doc. S/25704, *Informe del Secretario General de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, presentado el 3 de mayo de 1993*, 20 de mayo de 1993, párr. 22-28), el Consejo de Seguridad consideró que las gravísimas violaciones del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que se estaban produciendo en el territorio de la antigua Yugoslavia eran calificables de “amenaza a la paz”, en los términos del artículo 39 CNU, lo que lo facultaba para adoptar las medidas que considerara adecuadas de cara a mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, conforme a los artículos 41 y 42 CNU. Excluido este último –por referirse al uso de la fuerza armada–, quedaba abierta la opción del artículo 41, en virtud del cual el Consejo de Seguridad puede decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus

avance trascendental hacia el establecimiento de verdaderos tribunales penales internacionales²⁸¹.

Hay que tener presente que el particular modo de creación de estos Tribunales²⁸² incidió inevitablemente en la competencia material que se le atribuyó²⁸³. En efecto, se partió de la premisa de que, en la medida en que el propio Consejo de Seguridad carece de potestad legislativa, no se podía atribuir a un órgano establecido por éste la facultad de crear nuevas normas de Derecho internacional²⁸⁴. En consecuencia, con vistas a cumplir

decisiones, enunciándose en dicho precepto diversos ejemplos de posibles medidas. Dado que la lista no se puede considerar cerrada, el establecimiento de un tribunal entraría dentro de las mismas.

Sobre el fundamento jurídico de la creación del Tribunal *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia, *vid.* MORRIS, V. & SCHARF, M. P., *An Insider's Guide to The International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia*, vol. 1, Irvington-on-Hudson: Transnational Publishers, 1995, pp. 37-48; BASSIOUNI, M. C. & MANIKAS, P., *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Irvington-on-Hudson: Transnational Publishers, 1996, pp. 237-264; SCHABAS, W., *The UN International Criminal Tribunals. The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 48-53; DAVID, É., "Le Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie", *RBDI*, vol. XXV (2), 1992, pp. 567-568; PELLET, A., "Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive?", *RGDIP*, tomo 98 (1), 1994, pp. 25-32; FERNANDEZ LIESA, C., "El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional (Decisión de la Sala de Apelación, de 2 de octubre de 1995, en el Asunto Tadić –competencia-)", *REDI*, vol. XLVIII (2), 1996, pp. 13-23; JORDA, C., "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Its Functioning and Future Prospects", *Hofstra Law & Policy Symposium*, vol. 3, 1999, pp. 185-194; MCGOLDRICK, D., "Criminal Trials Before International Tribunals: Legality and Legitimacy", en: MCGOLDRICK, D., ROWE, P. & DONNELLY, E., *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2004, p. 34. El propio Tribunal tuvo que defender la legitimidad de su competencia en la decisión sobre la excepción judicial de incompetencia emitida por la Sala de Apelación en el primer caso de que conoció el Tribunal, el asunto *Tadić* (ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso nº IT-94-1-AR72, *cit.*, párr. 9-48, *vid.* en particular los párr. 27-48. Sobre el artículo 41 CNU como base jurídica del establecimiento del Tribunal, *vid.* específicamente párr. 34-36).

²⁸¹ *Vid.* MERON, T., "The Normative Impact on International Law of the International Tribunal for Former Yugoslavia", en: DINSTEIN, Y. & TABORY, M. (eds.), *War Crimes in International Law*, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 211. En palabras del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia: "Indisputably, the ICTY is an international court, (i) because this was the intent of the Security Council, as expressed in the resolution establishing the Tribunal, (ii) because of the structure and functioning of this Tribunal, as well as the status, privileges and immunities it enjoys under Article 30 of the Statute, and (iii) because it is called upon to apply international law to establish whether serious violations of international humanitarian law have been committed in the territory of the former Yugoslavia" (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso nº IT-95-16-T, *cit.*, párr. 539).

²⁸² Parte de la doctrina no duda en considerarlos tribunales de excepción (CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *La Corte Penal Internacional*, Madrid: Dykinson, 2002, p. 23; SUR, S., "Vers... ", *cit.*, p. 29). Las decisiones fruto de su actividad judicial deben ser consideradas medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad, y por tanto obligatorias *erga omnes* (ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso nº IT-95-14-AR108bis, sentencia de la Sala de Apelación relativa a la solicitud de la República de Croacia para la revisión de la decisión de la Sala de Primera Instancia II de 18 de julio de 1997 (decisión sobre la *subpoena*), párr. 26); BANTEKAS, I., NASH, S. & MACKAREL, M., *International Criminal Law*, London/Sidney: Cavendish Publishing Ltd., 2001, p. 110; ITSOUHOU MBADINGA, M., "Variations des rapports entre les juridictions pénales internationales et les juridictions nationales dans la répression des crimes internationaux", *RTDH*, nº 56, 2003, p. 1224.

²⁸³ SHRAGA, D. & ZACKLIN, R., "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *EJIL*, vol. 5 (1), 1994, p. 363.

²⁸⁴ *Ibid.* *Vid.* ONU, Doc. S/25704, *cit.*, párr. 29.

las exigencias del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, se les atribuyó el poder de aplicar sólo las disposiciones de Derecho internacional humanitario²⁸⁵ que formaran parte del Derecho internacional consuetudinario sin ningún género de dudas²⁸⁶, de forma que se eludiera el problema de la adhesión de algunos pero no todos los Estados a determinadas Convenciones²⁸⁷.

Así pues, con la adopción de sus Estatutos se confirmó la existencia de una norma consuetudinaria que establece la responsabilidad penal de los individuos por la perpetración de las conductas allí prohibidas, como los crímenes contra la humanidad²⁸⁸. No se puede decir lo mismo, sin embargo, respecto de la tipificación consuetudinaria de estos crímenes en el momento de la creación de estos Tribunales, puesto que la categoría aparece caracterizada de diferente forma en cada uno de los Estatutos²⁸⁹. Esas

²⁸⁵ Como destaca CONDORELLI, a la vista de los tipos recogidos en los Estatutos se hace patente que el Consejo de Seguridad utiliza una noción “ampliada” de Derecho internacional humanitario (CONDORELLI, L., “Le Tribunal Pénal International pour l’Ex-Yougoslavie et sa jurisprudence”, *CEBDI*, vol. I, 1997, pp. 249-250). *Vid.* también DOMINICE, C., “La question de la double responsabilité de l’État et de son agent”, en: YAKPO, E. & BOUMEDRA, T. (eds.), *Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999, pp. 145-146.

La razón de esta ampliación del concepto de Derecho internacional humanitario es evidente a la vista de la función impuesta a estos Tribunales: como señaló el juez del TPIY Almiro Simões RODRIGUES, su misión (y el fin perseguido por la comunidad internacional con su creación) es “to apply a body of international humanitarian law established as international criminal law” (ICTY, *Prosecutor v. Aleksovski*, caso n° IT-95-14/1-T, sentencia de instancia, opinión disidente del juez RODRIGUES, párr. 53).

²⁸⁶ Según el informe que el Secretario General presentó al Consejo de Seguridad en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 2 de su Resolución 808 (1993), el cuerpo de normas de Derecho internacional humanitario convencional que indudablemente habría pasado a formar parte del Derecho internacional consuetudinario estaría compuesto por: 1) las cuatro Convenciones de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para la protección de las víctimas de la guerra; 2) la Convención (IV) de La Haya, relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y su Reglamento anexo, de 18 de octubre de 1907; 3) la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948; y 4) el ETMIN, de 8 de agosto de 1945 (ONU, Doc. S/25704, *cit.*, párr. 34). Por el contrario, no forman parte de este cuerpo de Derecho internacional consuetudinario los Protocolos Adicionales de 1977, exclusión corroborada por el TPIY (*vid.* ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 172). Como matiza MERON: “Although its norms are largely customary, the [Additional] Protocol [I] also contains some provisions that are not, as yet, customary law. Perhaps the Secretary-General thought it would be unwise to list only those provisions of the Protocol that have undoubtedly acquired the status of customary law” (*vid.* MERON, T., “War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law”, *AJIL*, vol. 88 (1), 1994, p. 80).

²⁸⁷ ONU, Doc. S/25704, *cit.*, párr. 34.

²⁸⁸ TOMUSCHAT opina que la ausencia de una oposición jurídica sería a los procesos que se están desarrollando ante los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* demuestra que existen fundamentos para hablar de una consolidación consuetudinaria del principio de responsabilidad individual directa (TOMUSCHAT, C., “La cristallisation coutumière”, en: ASCENSIO, H., DECAUX, E. et PELLET, A. (dirs.), *Droit International Pénal*, Paris: Éditions Pedone, 2000, pp. 24-25). MERON, por su parte, considera que “the statute of the tribunal contributes significantly to affirming certain major components of international humanitarian law as customary law” (MERON, T., “War Crimes in Yugoslavia...”, *cit.*, p. 79).

²⁸⁹ ROBERGE pone en tela de juicio que la definición de crímenes contra la humanidad contenida en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* refleje el Derecho consuetudinario (ROBERGE, M.-C., “Jurisdiction of the ad hoc Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda over crimes against humanity and genocide”, *IRRC*, n° 321, 1997, p. 652).

divergencias respecto de sus elementos fueron solventadas *a posteriori* por vía jurisprudencial, para llegar a una noción unificada de los crímenes contra la humanidad en ambos Tribunales.

Entre estos aparece específicamente incluida la persecución. Ésta es posiblemente la modalidad criminal que más problemas de definición ha planteado a los tribunales (en especial al Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia), ya que, si bien no se ponía en cuestión su carácter delictivo, su contenido y alcance resultaban demasiado difusos a la hora de aplicarla. En consecuencia, sus esfuerzos se han concentrado en identificar el contenido de la norma aplicable conforme al Derecho internacional consuetudinario, lo que ha propiciado un considerable avance por vía jurisprudencial en la delimitación de los elementos del tipo, aunque también ha puesto de relieve los numerosos problemas jurídicos que suscita su aplicación.

A continuación se analizará la delimitación jurisprudencial de los elementos de los crímenes contra la humanidad operada por ambos Tribunales (§ A), para, posteriormente, hacer una aproximación a los problemas de definición y aplicación que, en particular, el crimen contra la humanidad de persecución plantea al Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (§ B).

A) Los elementos de los crímenes contra la humanidad en los Estatutos y la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc.

El 25 de mayo de 1993 el Consejo de Seguridad de la ONU adoptó su Resolución 827, por la que se creaba un Tribunal Internacional cuya finalidad era “enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario” en el territorio de la ex Yugoslavia desde el 1 de enero de 1991²⁹⁰ (en adelante TPIY).

Al año siguiente, mediante la Resolución 955, el Consejo respondió de idéntica forma frente a las atrocidades que se estaban cometiendo en Ruanda, estableciendo el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa

²⁹⁰ ONU, Doc. S/RES/827 (1993), 25 de mayo de 1993. Asimismo, *vid.* ONU, Doc. S/RES/808 (1993), 22 de febrero de 1993.

naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994 (en adelante TPIR)²⁹¹.

Ambas resoluciones aprobaron los respectivos Estatutos por los que habían de regirse los Tribunales²⁹², en los que se establecen sus ámbitos de competencia personal, territorial, temporal y material. Esta última se traduce en la competencia para conocer de:

- crímenes de guerra (en el caso del Estatuto del TPIY (ETPIY) aparecen desglosados en violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 -artículo 2 ETPIY- y violaciones de las leyes o usos de la guerra -artículo 3 ETPIY-, mientras que en el Estatuto del TPIR (“ETPIR”) entran dentro de la competencia material del Tribunal las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios –artículo 4 ETPIR-),
- genocidio (artículos 4 ETPIY y 2 ETPIR) y
- crímenes contra la humanidad (artículos 5 ETPIY y 3 ETPIR).

Con respecto a estos últimos, ambos Estatutos consideran que los actos constitutivos de crímenes contra la humanidad son: a) el homicidio intencional²⁹³; b) el exterminio; c) la esclavitud; d) la deportación; e) el encarcelamiento; f) la tortura; g) la violación; h) la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) otros actos inhumanos). Por el contrario, no se da la misma coincidencia en los requisitos que integran la cláusula

²⁹¹ ONU, Doc. S/RES/955 (1994), 8 de noviembre de 1994.

²⁹² En el caso del TPIY, el Consejo de Seguridad aprobó la propuesta de Estatuto elaborada por el Secretario General de las Naciones Unidas (ONU, Doc. S/25704, *cit.*, Anexo), mientras que para el TPIR el Estatuto se incluyó como anexo a la resolución 955.

²⁹³ En las versiones en castellano de los Estatutos esta modalidad criminal aparece como “asesinato” en el ETPIY y como “homicidio intencional” en el ETPIR. Si bien esta divergencia terminológica no se plantea en las versiones inglesa (donde en ambos casos consta “murder”) y francesa (donde la conducta típica recogida es “assassinat”), ambos Tribunales han estimado que no hay una equiparación absoluta entre el término inglés y el francés, sino que *murder* es el equivalente anglosajón del término francés *meurtre*, y ésta es la conducta típica conforme al Derecho internacional consuetudinario. Tres serán los elementos del tipo: (i) ha de producirse la muerte de la víctima; (ii) esta muerte debe haber resultado de un acto del acusado o su subordinado; y (iii) el acusado o su subordinado deben haber estado motivados por la intención de matar a la víctima o de causar un grave daño a la integridad corporal con el conocimiento razonable de que el ataque era probable que produjera la muerte. No entra por tanto en el tipo el homicidio no intencional. En la jurisprudencia del TPIY *vid.* ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 216-217, y *Prosecutor v. Jelisić*, caso n° IT-95-10-T, *cit.*, párr. 35 y 51), y en la del TPIR *vid.* ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso n° ICTR-96-4-T, sentencia de instancia, 2 de septiembre de 1998, párr. 588. Entre la doctrina, *vid.* SCHABAS, W. A., “Mens Rea and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *New Eng. L. R.*, vol. 37 (4), 2002-2003, pp. 1020-1021; WERLE, G., *Principles of International Criminal Law*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2005, p. 233. Sobre la preferencia del término “homicidio intencional” *vid.* también ONU, Doc. A/CN.4/SR.2239, *cit.*, párr. 77, p. 233).

general del crimen, es decir, los elementos que deben concurrir para que los actos indicados alcancen a ser crímenes contra la humanidad conforme al Derecho internacional, o, dicho de otra forma, las particularidades en su comisión que los dotan de relevancia internacional. Así, de acuerdo con el artículo 5 ETPIY:

“El Tribunal tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil *durante un conflicto armado, interno o internacional*: [...]” (cursiva añadida).

Por su parte, el artículo 3 ETPIR dispone que:

“El Tribunal Internacional para Rwanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil *por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas*: [...]” (cursiva añadida).

Las diferencias en los términos en que ambos preceptos tipifican los crímenes contra la humanidad saltan a la vista. Los Tribunales, sin embargo, han resuelto tales divergencias interpretando que estos requisitos de conexión con un conflicto armado (en el caso del ETPIY) y de que el ataque responda a razones de nacionalidad, políticas, étnicas, raciales o religiosas (en el ETPIR) no constituyen elementos de los crímenes contra la humanidad, de acuerdo con la tipificación consuetudinaria de los mismos, sino que se trata de criterios de atribución de competencia²⁹⁴, como se verá a continuación tanto respecto del TPIY (§ a) como del TPIR (§ b).

a) *Delimitación jurisprudencial de la cláusula general del artículo 5 ETPIY.*

El TPIY ha puesto un especial cuidado en delimitar tanto los elementos de la categoría de crimen contra la humanidad como el contenido de cada uno de los tipos particulares. Ello se ha traducido en una destacable concreción de las previsiones estatutarias, por lo demás bastante vagas, lo que en buena medida se debe al apego excesivo del ETPIY al concepto de crimen contra la humanidad dado por el ETMIN²⁹⁵,

²⁹⁴ Vid. CARDONA LLORENS, J., “Los Estatutos...”, *cit.*, pp. 193-203.

²⁹⁵ Afirmación que BASSIOUNI y MANIKAS matizan diciendo que el artículo 5 Estatuto TPIY “is modelled on Article 6(c) of the IMT Charter, but with several clarifications” (BASSIOUNI, M. C. & MANIKAS, P., *The Law...*, *cit.*, p. 546).

que se caracteriza por exigir una conexión entre el crimen contra la humanidad y la situación de conflicto armado²⁹⁶.

En este sentido, apunta TOMUSCHAT que la presencia de este requisito se debe a que, en el momento de elaborar el informe solicitado por el Consejo de Seguridad, el Secretario General “conserva l’impression que les crimes contre l’humanité n’avaient pas encore atteint leur autonomie conceptuelle”²⁹⁷; habría por tanto que ver en ello la influencia del artículo 6.c) ETMIN, en el que se contenía la única definición de *crimen contra la humanidad* que podía considerarse Derecho internacional consuetudinario más allá de toda duda en el momento de adopción del ETPIY²⁹⁸. Consecuentemente, el Consejo de Seguridad se conformó con recoger la noción, confirmando su reconocimiento en el ordenamiento jurídico internacional, pero no actualizó su contenido. Esa tarea quedó, por tanto, en manos del TPIY, que encontró en este crimen una vía para completar las lagunas que se pudieran derivar de las dificultades de determinación de la responsabilidad penal individual, particularmente en el marco de los conflictos de carácter no internacional, pero también en tiempo de paz cuando determinadas conductas muy graves no pudieran subsumirse en otros tipos.

El TPIY ha individualizado los siguientes requisitos generales integrantes de la cláusula general que un acto debe cumplir para poder ser calificado de crimen contra la humanidad²⁹⁹: (i) que exista un ataque; (ii) que los actos del sujeto activo formen parte de ese ataque; (iii) que el ataque esté dirigido contra cualquier población civil; (iv) que el ataque sea generalizado o sistemático; y (v) que el sujeto activo conozca el contexto más amplio en el que sus actos ocurren y que sus actos son parte del ataque.

Por el contrario, no constituiría un elemento de los crímenes contra la humanidad la conexión a una situación de conflicto prevista en el ETPIY. Al respecto, la Sala de

²⁹⁶ No obstante, en el momento de elaboración del ETPIY tampoco había unanimidad entre los Estados respecto de los elementos que debían concurrir en los crímenes contra la humanidad. Por ejemplo, EUA propuso que el TPIY conociera de diferentes violaciones de derechos humanos que formaran parte de una campaña o un ataque contra la población civil “por razones de orden nacional, racial, étnico o religioso”, pero no los conectaba necesariamente a la situación de conflicto armado (ONU, Doc. S/25575, *Carta de fecha 5 de abril de 1993 dirigida al Secretario General por la Representante Permanente de los Estados Unidos de América ante las Naciones Unidas*, 12 de abril de 1993, Anexo II (“Proyecto de carta del tribunal internacional para las violaciones del derecho internacional humanitario en la ex Yugoslavia”), artículo 10.b.i), p. 7).

²⁹⁷ TOMUSCHAT, C., “La cristallisation...”, *cit.*, p. 31.

²⁹⁸ MORRIS, V. & SCHARF, M. P., *An Insider’s...*, *cit.*, p. 77.

²⁹⁹ ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos nº IT-96-23 & IT-96-23/1-T, *cit.*, párr. 410.

Instancia en el asunto *Kupreškić* afirmó que “an examination of customary international law indicates that as customary rules on crimes against humanity gradually crystallised after 1945, the link between crimes against humanity and war crimes disappeared”³⁰⁰.

Se trata, por consiguiente, de una restricción innecesaria a la luz del Derecho internacional consuetudinario, y sobre esta premisa aborda el TPIY el problema, que salva considerando que la referencia al conflicto armado es un criterio de delimitación de su competencia jurisdiccional, y no un elemento constitutivo de los crímenes contra la humanidad³⁰¹, que también podrán apreciarse en tiempo de paz. En palabras del TPIY, mediante la incorporación del requisito de la existencia de un conflicto armado, “the Security Council may have defined the crime in Article 5 more narrowly than necessary under customary international law”³⁰², y, puesto que en el Derecho internacional consuetudinario ha desaparecido ya la exigencia de un nexo entre crímenes contra la humanidad y un conflicto armado, hay que entender que “Article 5 was intended to reintroduce this nexus for the purposes of this Tribunal”³⁰³.

Pese a que esta estrategia sirve para salvar los problemas que la conexión con la situación de conflicto pueda plantear, resulta bastante criticable. Por una parte, como observa PIGRAU, la exigencia de la conexión con el conflicto armado no es determinante desde el punto de vista de la competencia material, en tanto en cuanto la jurisdicción del TPIY ya se vincula a la existencia de un conflicto armado, pero plantea “problemas de solapamiento con otros artículos del Estatuto, en especial el art. 2 [relativo a las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949], y desde luego no contribuye a superar la confusión existente respecto a los distintos tipos penales”³⁰⁴. Por otra parte, con

³⁰⁰ El TPIY basa su argumento en: el artículo II.c) de la Ley del Consejo de Control N° 10, que lo omite; ciertos ordenamientos jurídicos nacionales; la jurisprudencia; y determinados tratados internacionales, como la Convención contra el Genocidio de 1948, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968 y la Convención contra el Apartheid de 1973 (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 577, apoyándose en *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-A, *cit.*, párr. 140-141; en el mismo sentido MORRIS, V. & SCHARF, M. P., *An Insider's...*, *cit.*, pp. 81-82).

³⁰¹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-A, *cit.*, párr. 249. *Vid.* MERON, T., “International Criminalization of Internal Atrocities”, *AJIL*, vol. 89 (3), 1995, p. 557; FENRICK, W. J., “The Crime...”, *cit.*, p. 85.

³⁰² ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-AR72, *cit.*, párr. 141, y n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 627.

³⁰³ *Ibid.*, decisión sobre la excepción judicial de incompetencia, párr. 78, y sentencia de instancia, párr. 627.

³⁰⁴ PIGRAU SOLÉ, A., “Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional”, *AHLADI*, vol. 11, 1994, pp. 233-234. Este argumento también lo sostuvo el juez RÖLING en relación con los Tribunales

esta maniobra el TPIY se ve obligado a introducir requisitos no previstos en el ETPIY. En efecto, si se estima que el nexo con el conflicto armado es un criterio competencial, suprimido éste no queda en el artículo 5 ningún otro criterio que dote de un carácter internacional a las conductas en él incluidas³⁰⁵, por lo que el TPIY ha introducido jurisprudencialmente las exigencias de sistematicidad o masividad del ataque, que no aparecen recogidas en el ETPIY, de forma que su ámbito de competencia material queda reducido en comparación con el mandato dado por el Consejo de Seguridad, puesto que excluye su competencia respecto de la comisión aislada de los actos calificados de *crímenes contra la humanidad*. No obstante, esta restricción es razonable, ya que actuar de otra forma supondría asumir su competencia para conocer en muchos casos de delitos de Derecho común, dada la falta de criterios de distinción en el ETPIY³⁰⁶.

Finalmente, no deja de resultar paradójico que en el momento de elaboración del ETPIY se afirmara que éste recogía “las normas del derecho internacional humanitario que sin duda alguna forman parte del derecho consuetudinario”³⁰⁷ y que el TPIY, a la hora de aplicarlo, haya estimado que las previsiones del mismo no se corresponden con la definición consuetudinaria del crimen contra la humanidad. Es cierto que, a la vista de la práctica internacional (en particular de la CDI, que, como ya se vio, abandonó la exigencia del nexo con un conflicto armado en los años 50, decisión que por lo demás contaba con el apoyo de varios Estados), la posición del TPIY es mucho más acertada que la del Consejo de Seguridad -el cual, por lo demás, modificó su criterio en el ETPIR tan sólo un año después de haber adoptado el ETPIY³⁰⁸-, pero no por ello deja de ser cuestionable que el propio Tribunal se haya desvinculado de las disposiciones del ETPIY, en el que se indica expresamente que el TPIY “tendrá competencia [...] de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto” (artículo 1), sin prever que pueda aplicar otras normas que no sean las recogidas en el mismo.

Militares Internacionales, *vid.* RÖLING, B. V. A. & CASSESE, A., *The Tokyo Trial and beyond*, Cambridge: Polity Press, 1993, p. 56; *vid.* también DAVID, É., “Le Tribunal...”, *cit.*, p. 580.

³⁰⁵ “Le présent Statut va plus loin en qualifiant de crimes contre l’humanité une série de faits pris comme tels et indépendamment aussi bien de leur caractère massif ou systématique que de la motivation politique, raciale ou religieuse” (DAVID, É., “Le Tribunal...”, *cit.*, p. 580).

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 581.

³⁰⁷ ONU, Doc. S/25704, *cit.*, párr. 34.

³⁰⁸ Cabe destacar a este respecto que el ETPIR se adoptó en 1994, mientras que el TPIY argumentó por primera vez que la exigencia del nexo con un conflicto armado era un criterio de atribución de su competencia en 1995, en la decisión sobre la excepción judicial de incompetencia en el asunto *Tadić* (ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso nº IT-94-1-AR72, *cit.*, párr. 141-142).

b) *Delimitación jurisprudencial de la cláusula general del artículo 3 ETPIR.*

Aunque la supresión del nexo de los crímenes contra la humanidad con una situación de conflicto armado en el ETIPR (adoptado en 1994) supuso un paso más hacia la tipificación consuetudinaria de una categoría criminal que, desprovista de dicho nexo, podría también ser apreciada en tiempo de paz, es también una prueba de la incertidumbre que aún existía en los primeros años 90 respecto del contenido jurídico de la noción³⁰⁹.

Esa falta de certeza en la tipificación de los crímenes contra la humanidad se puso de manifiesto en la nueva fórmula utilizada por el Consejo de Seguridad en el ETPIR, cuyo artículo 3 los caracteriza como aquellos cometidos “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas”.

A la luz de este precepto, el ETPIR parecería optar por exigir dos elementos distintivos y concurrentes para que una conducta pueda ser considerada un crimen contra la humanidad: de una parte, la generalidad o la masividad del ataque contra la población civil, y, de otra parte, el móvil discriminatorio, traducido en que el ataque se lleve a cabo por razones de nacionalidad, políticas, étnicas, raciales o religiosas. No deja de llamar la atención el hecho de que el Consejo de Seguridad reintrodujera este último requisito. El porqué de esta limitación específica a la jurisdicción del TPIR es un interrogante sin una respuesta clara³¹⁰, pero, en todo caso, se desmarca claramente de los trabajos que por esa misma época llevaba a cabo la CDI. Como ya se indicaba en la

³⁰⁹ De hecho, es muy probable que la supresión del requisito de conexión no estuviera motivado tanto por la voluntad de respetar la noción consuetudinaria de crímenes contra la humanidad como por la necesidad de adaptar el tipo a las particulares circunstancias del conflicto ruandés, en el que se pueden identificar dos escenarios simultáneos: una situación de conflicto armado entre las FAR (*Forces Armées Rwandaises*) y el RPA (*Rwandan Patriotic Army*) y “a systematic hunting down and slaughter of specific unarmed civilians” (HARHOFF, F., “The Rwanda Tribunal. A presentation of some legal aspects”, *IRRC*, nº 321, 1997, pp. 669-670).

³¹⁰ METTRAUX, G., *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 153. Este autor parece sugerir que detrás de esa decisión se encontraría EUA, que ya había propuesto sin éxito incorporar una limitación similar en el ETPIY. El proyecto entonces presentado por este Estado preveía que el Tribunal tuviera competencia para conocer, entre otros, de los siguientes crímenes: “Homicidios, torturas, ejecuciones extrajudiciales y sumarias, detenciones ilegales y violaciones que formen parte de una campaña o un ataque contra cualquier sector de la población civil de la ex Yugoslavia por razones de orden nacional, racial, étnico o religioso” (ONU, Doc. S/25575, *cit.*, Anexo II, artículo 10.b.i), p. 7). Como se puede observar, la persecución no se incluía entre las conductas punibles, lo que es coherente con una concepción de la práctica persecutoria como contexto de los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, ello ponía de manifiesto que todavía persistía la incertidumbre en relación con el carácter esencialmente discriminatorio o no de los crímenes contra la humanidad y, por consiguiente, con la autonomía del crimen de persecución.

primera parte de este capítulo³¹¹, la CDI abandonó la exigencia del móvil discriminatorio como elemento característico de los crímenes contra la humanidad en 1991, y aunque es evidente que sus conclusiones no vinculaban al Consejo de Seguridad, la inclusión de este requisito pone una vez más de relieve que el contenido jurídico de esta categoría seguía sin estar para ese entonces bien delimitado. No obstante, aun asumiendo que entre los Estados imperara la convicción de que el móvil discriminatorio constituía el contexto propio de los crímenes contra la humanidad, ello no explica la incongruencia que resulta entonces de exigir para el crimen contra la humanidad de persecución que éste se cometiera por motivos políticos, raciales o religiosos (art. 3.h) ETPIR), aparentemente excluyendo la criminalidad de las persecuciones por motivos nacionales o étnicos.

Al igual que el TPIY, el TPIR se ha decantado por considerar que la exigencia de un ánimo discriminatorio no constituye un elemento de la categoría, exigible por tanto para todas las conductas que pueden llegar a constituir crímenes contra la humanidad, sino sólo para la persecución³¹². En su lugar, ha estimado que dicho requisito es en realidad un criterio de atribución de su propia competencia, y al respecto ha señalado que:

“[...] in doing so, the Security Council did not depart from international humanitarian law nor did it change the legal ingredients required under international humanitarian law with respect to crimes against humanity. It *limited* at the very most the jurisdiction of the Tribunal to a sub-group of such crimes, which in actuality may be committed in a particular situation.

Y, de forma similar al TPIY, llega a la conclusión de que “[...] this narrows the scope of the jurisdiction, which introduces no additional element in the legal ingredients of the crime as these are known in customary international law”³¹³. Se trata, en consecuencia, de una previsión de naturaleza jurisdiccional que tiene por efecto limitar el ámbito de competencia de este órgano judicial³¹⁴, pero que en ningún caso supone una

³¹¹ *Vid. supra* apartado 1.2.A).

³¹² De acuerdo con DAVID, la supresión del móvil discriminatorio en el ETPIY “conduit à une forte dilution du concept de “crime contre l’humanité”, mais ceci va dans le sens d’une certaine évolution doctrinale”. Este móvil se reserva a la persecución, de manera que con respecto al resto de crímenes contra la humanidad –de acuerdo con este autor- el ETPIY tiende a abolir sus fronteras con los crímenes de guerra y los crímenes de derecho común (DAVID, É., “Le Tribunal...”, *cit.*, p. 580).

³¹³ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso n° ICTR-96-4-A, sentencia de apelación, 1 de junio de 2001, párr. 465.

³¹⁴ *Vid. PETER, C. M.*, “The International Criminal Tribunal for Rwanda: bringing the killers to book”, *IRRC*, n° 321, 1997, p. 698.

modificación de la definición de los crímenes contra la humanidad conforme al Derecho internacional consuetudinario³¹⁵.

Aunque es de nuevo criticable que el TPIR no se limite a aplicar el ETPIR en los términos dispuestos en el mismo, lo cierto es que la posición del Tribunal sobre este particular, estimando que constituye una exigencia para la determinación de su propia competencia, contribuye a excluir la intención discriminatoria como elemento general de la categoría, de acuerdo con la norma consuetudinaria, que queda así reservada como característica específica de la persecución, única modalidad del crimen contra la humanidad para la que en la actualidad se exige un especial ánimo de discriminar.

B) La persecución como crimen contra la humanidad en la jurisprudencia del TPIY: aproximación a los problemas de definición de la conducta criminal.

La persecución es sin duda uno de los tipos a cuyo desarrollo más decisivamente ha contribuido la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, y muy especialmente del TPIY. La ausencia de una delimitación clara de su contenido ha determinado que este Tribunal le haya prestado una especial atención, desarrollándolo ampliamente, de forma que pudiera disponer de unas directrices precisas para abordar una de las conductas criminales más habituales en el conflicto yugoslavo, en el que el odio étnico y religioso marcaron decisivamente la contienda y provocaron que el enfrentamiento militar fuera acompañado de un intenso hostigamiento a la población civil.

En la medida en que esta concreción se ha trasladado a los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*³¹⁶, el TPIY, consciente de la inexistencia hasta la fecha de una definición exhaustiva de esta noción en Derecho internacional convencional³¹⁷, así como de la falta de una adecuada aproximación jurisprudencial –

³¹⁵ ICTR, *Prosecutor v. Kajelijeli*, caso nº ICTR-98-44A-T, sentencia de instancia, 1 de diciembre de 2003, párr. 877.

³¹⁶ ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso nº IT-95-14-T, *cit.*, párr. 219.

³¹⁷ MCCORMACK y SIMPSON apuntan la inexistencia de “other express prohibitions in international law that relate to persecution” (MCCORMACK, T. L. H. & SIMPSON, G. J., “The International...”, *cit.*, p. 21). Por lo demás, las referencias a esta noción en otros sectores del ordenamiento jurídico internacional tampoco arrojan luz sobre su contenido jurídico-internacional. Así, como se vio *supra* Capítulo I, apartado 3.2.B, la Convención sobre el Estatuto de Refugiado no proporciona una definición de *persecución*, de forma que en ese ámbito la determinación de lo que ha de entenderse por *persecución* queda en manos de los Estados receptores, los cuales pueden adoptar “very narrow definitions of persecution and claim compliance with their international obligations while denying refugee status to otherwise apparently legitimate claimants” (*ibid.*, p. 22). Estos autores estiman que podría considerarse

internacional o interna- al concepto³¹⁸, ha tratado de identificar qué conductas pueden constituir un crimen contra la humanidad de persecución y bajo qué condiciones en virtud del Derecho internacional consuetudinario³¹⁹. Sin embargo, si bien esta tarea de concreción pretende dar una respuesta concluyente al problema del contenido jurídico de la noción de *persecución*, la solución ofrecida por el TPIY dista mucho de ser satisfactoria. Pese a que aporta novedosos criterios para facilitar una aplicación metódica del tipo, a la hora de definir la persecución vuelve a caer en una equiparación entre el crimen específico y la categoría, de la que se distingue únicamente por la exigencia de un especial ánimo discriminatorio para apreciar la persecución.

En efecto, el TPIY define la persecución como “the gross or blatant denial, on discriminatory grounds, of a fundamental right, laid down in international customary or treaty law, reaching the same level of gravity as the other acts prohibited in Article 5”³²⁰. Por supuesto, no resulta difícil llegar a esa conclusión cuando previamente se ha afirmado que “only gross or blatant denials of fundamental human rights can constitute crimes against humanity”³²¹. Así pues, si de todos los crímenes contra la humanidad es predicable que consisten en la negación manifiesta o flagrante de derechos humanos fundamentales,

una persecución la negación de los derechos garantizados a las minorías en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), así como un trato inhumano o degradante que no llegue a ser tortura dirigido contra un grupo específico, o también el *apartheid* (*ibid.*, p. 22).

³¹⁸ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 694; *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, sentencia de instancia, 26 de febrero de 2001, párr. 192; *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 567; *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 219.

Tampoco considera satisfactoria la definición de la persecución contenida en el ECPI, que estima más restrictiva de lo que exige el Derecho internacional consuetudinario. Al respecto, el TPIY rechaza que la persecución deba presentar una conexión con otro crimen que sea de su competencia. Sostiene que la desconexión que con carácter general se ha producido entre crímenes contra la humanidad y otros crímenes de su competencia, tal y como requería el ETMIN, se extiende también a la persecución, ya que no hay ningún motivo para que este crimen constituya una excepción (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 573-581). Así pues, sin negar al ECPI la relevancia que puede tener en la tipificación de los tipos penales internacionales, entiende que tampoco este instrumento zanja la cuestión de la definición de la persecución: “[...] the Trial Chamber finds that although the Statute of the ICC may be indicative of the *opinio juris* of many States, Article 7(1)(h) is not consonant with customary international law. In addition, it draws attention to an important provision of the ICC Statute dealing with this matter. The application of the provisions contained in Part II of the Statute (on jurisdiction, admissibility and applicable law), including Article 7 on crimes against humanity, is restricted by Article 10 of the same Statute which provides that “Nothing in the Statute shall be interpreted as limiting or prejudicing in any way existing or developing rules of international law for purposes other than this Statute” (emphasis added). This provision clearly conveys the idea that the framers of the Statute did not intend to affect, amongst other things, *lex lata* as regards such matters as the definition of [...] crimes against humanity [...]” (*ibid.*, párr. 580).

³¹⁹ ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 219.

³²⁰ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 621.

³²¹ *Ibid.*, párr. 620.

la persecución no puede ser una excepción, toda vez que se ha admitido que es un crimen contra la humanidad. Es evidente, por tanto, que la definición de *persecución* dada por el TPIY no aporta nada nuevo, más allá de la exigencia de motivos discriminatorios para su comisión, lo cual ya se establecía en el ETMIN.

Esta constatación no obsta para reconocer el esfuerzo considerable que el TPIY ha hecho de cara a facilitar la aplicación del tipo de persecución. Así, a través de sus sentencias ha ido perfeccionando una serie de criterios que le permitan justificar la apreciación de un crimen contra la humanidad de persecución en virtud de su competencia *ratione materiae*. En efecto, se aprecia en su jurisprudencia una evolución en el tratamiento de la cuestión que prueba la provisionalidad de los planteamientos inicialmente defendidos: lo que en unas sentencias es sostenido con rotundidad, en otras posteriores es modificado o matizado, poniendo de manifiesto las dificultades que se derivan de la aplicación del tipo de acuerdo con los términos en que lo define, y que son fruto de la paradoja de sostener que está aplicando un tipo autónomo cuando en realidad lo está sometiendo a las mismas limitaciones que insiste en rechazar.

Pero baste por ahora esta primera aproximación a los problemas de delimitación que plantea la persecución como comportamiento criminal. El estudio de los elementos del crimen contra la humanidad de persecución tal y como resultan de la elaboración jurisprudencial del TPIY –y que, de acuerdo con éste, son expresión del contenido de la norma consuetudinaria de tipificación- será abordado en profundidad en el Capítulo IV, en el que se procederá a un análisis crítico de los mismos.

3.2. TRIBUNALES DE NATURALEZA MIXTA INTERNA-INTERNACIONAL O “HÍBRIDOS”.

En el breve período de tiempo que medió entre la aprobación del ECPI y su entrada en vigor, se produjo un fenómeno que confirmó la consolidación de los procesos penales como respuesta a las graves violaciones de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario: la creación en los primeros años 2000 de jurisdicciones penales de naturaleza mixta interna-internacional o “tribunales

híbridos”³²² para los casos de Timor Leste, Sierra Leona, Camboya, Bosnia-Herzegovina y Kosovo³²³.

Estos mecanismos venían a colmar el vacío de jurisdicción penal internacional que pudiera conocer de crímenes de Derecho internacional que habían sido cometidos en dichos Estados con anterioridad a la entrada en vigor del ECPI³²⁴, y lo hacían mediante una fórmula flexible que permitía armonizar las exigencias y particularidades tanto internas como internacionales que planteaba cada caso concreto. A tal fin, los tribunales

³²² “A hybrid court is a novel development in international attempts at accountability for past offenses. Unlike the international ad hoc criminal tribunals or the International Criminal Court, a hybrid court is not purely a creation of the international community, employing international law and international prosecutors and judges. It is also distinct from domestic processes, such as prosecutions or commissions of inquiry, in that it does not solely utilize domestic judges and law. Instead, it is an attempt to address the limitations of domestic and international models, utilizing a complex mix -determined on a case-by-case basis- of domestic and international law and domestic and international judges and staff” (SRIRAM, C. L., “Wrong-sizing International Justice? The Hybrid Tribunal in Sierra Leone”, *Fordham ILJ*, vol. 29 (3), 2006, p. 474).

³²³ El caso de Kosovo presenta ciertas peculiaridades, pues aunque en el seno de la ONU se barajó a finales de 1999 la posibilidad de establecer un órgano judicial competente para conocer de crímenes de guerra y crímenes étnicos, el Tribunal Kosovar de Crímenes de Guerra y Étnicos (*Kosovo War and Ethnic Crimes Court*), la idea se acabó descartando (*vid.* MARSHALL, D., “Reviving the Judicial and Penal System in Kosovo”, en: PUGH, M. C. & SINGH SIDHU, W. P., *The United Nations & regional security: Europe and beyond*, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2003, p. 159). Paralelamente, la Misión de Administración Interina de las Naciones Unidas en Kosovo (*United Nations Interim Administration Mission in Kosovo*, UNMIK) decidió incorporar jueces y fiscales internacionales al sistema judicial kosovar, y en 2000 dio un paso más estableciendo salas con mayoría de jueces internacionales (dos jueces internacionales de los tres que integran la sala, siendo uno de ellos el presidente) mediante su Reglamento 2000/64 (UNMIK, Doc. UNMIK/REG/2000/64, *Assignment of international judges/prosecutors and/or change of venue*, 15 de diciembre de 2000). Era de suponer que las conocidas como “Salas del Reglamento 64” conocerían de todos los casos en los que se hubieran cometido crímenes de Derecho internacional, pero en la práctica no ha sido así (AI, Doc. EUR 70/001/2008, *Kosovo (Serbia): The challenge to fix a failed UN justice system*, 29 de enero de 2008, p. 15).

En realidad no hay salas preestablecidas, sino que se puede constituir una sala con mayoría de jueces internacionales y un fiscal internacional en cualquier momento del proceso, salvo que el juicio se encuentre ya en fase oral o se haya iniciado una apelación, y su finalidad esencial es actuar en casos en los que es necesario asegurar la independencia e imparcialidad del poder judicial o la adecuada administración de justicia (CERONE, J. & BALDWIN, C., “Explaining and Evaluating the UNMIK Court System”, en: ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. & KLEFFNER, J. K., *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 41 y 50). El derecho que aplican es principalmente interno: de conformidad con el apartado 1.1 del Reglamento 1999/24 (UNMIK, Doc. UNMIK/REG/1999/24, *The Law applicable in Kosovo*, 12 de diciembre de 1999), en Kosovo se aplicaría el derecho vigente a 22 de marzo de 1989, siendo de observancia obligatoria para todas las personas en cargos públicos o con funciones públicas (y por ende también los jueces) los estándares internacionalmente reconocidos en materia de derechos humanos (apartado 1.3), aunque esta previsión no fue objeto de mayores precisiones (*vid.* el criticismo de MARSHALL, D., “Reviving...”, *cit.*, pp. 157-158). Así las cosas, y en la medida en que los crímenes contra la humanidad no aparecen específicamente tipificados como crímenes en la legislación aplicada por estas Salas (CERONE, J. & BALDWIN, C., “Explaining...”, *cit.*, p. 44), se ha estimado que las mismas presentan una relevancia menor a los efectos de este trabajo y no serán por tanto objeto de mayor análisis.

³²⁴ En virtud del artículo 11.1 ECPI, relativo a la competencia temporal, la CPI “tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto”.

híbridos conjugan aspectos tanto internacionales como internos en tres planos³²⁵: en su **creación** (aunque puedan ser fruto de la iniciativa internacional, cuentan con el beneplácito del Estado implicado, en el que se ubica su sede), en su **estructura** (los jueces y el personal al servicio de los mismos son tanto nacionales como extranjeros) y en el **derecho que aplican** (las normas procesales y sustantivas que aplica suelen inspirarse tanto en el ordenamiento jurídico interno como en el Derecho internacional)³²⁶.

Este planteamiento mixto tiene tanto ventajas como inconvenientes, como la doctrina ha advertido³²⁷, pero, en cualquier caso, a la hora de enjuiciar la comisión de crímenes de Derecho internacional, se presentan como una interesante alternativa a otras modalidades de tribunales penales internacionales (como los tribunales *ad hoc* o la CPI) y a las jurisdicciones internas en situaciones de post-conflicto³²⁸.

³²⁵ Vid. CONDORELLI, L. & BOUTRUCHE, T., "Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Are They Necessary?", en: ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. & KLEFFNER, J. K., *Internationalized...*, *cit.*, pp. 428-429.

³²⁶ Conforme a estos criterios, no entran en esta categoría tribunales como los creados en Irak o Líbano. En el caso de Irak, se estableció inicialmente un Tribunal Especial Iraquí (TEI), cuyo Estatuto fue adoptado el 10 de diciembre de 2003 por el Consejo de Gobierno Iraquí con vistas a juzgar a los miembros del régimen baazista de Saddam Hussein. Se trataba de un tribunal *sui generis*, puesto que no era propiamente iraquí, ni tampoco era una jurisdicción internacional (ZAPPALÀ, S., "The Iraqi Special Tribunal's Draft Rules of Procedure and Evidence: Neither Fish nor Fowl?", *JICJ*, vol. 2 (3), 2004, p. 855; sobre este tema *vid.* también BASSIOUNI, M. C., "Post-Conflict Justice in Iraq: An Appraisal of the Iraq Special Tribunal", *Cornell ILJ*, vol. 38 (2), 2005, pp. 361-363). Ni siquiera presentaba una naturaleza híbrida, y en puridad de términos tampoco era un órgano de administración de justicia establecido por una potencia ocupante (EUA) en el territorio del Estado ocupado (Irak), sino que más bien se trataba de un órgano cuya creación ha sido impuesta por aquella a éste, y que posteriormente fue ratificado por el gobierno de transición, lo que determina su peculiar tipología. De todos modos, en 2005 el TEI fue suprimido y sustituido por el Tribunal Penal Supremo Iraquí, un tribunal nacional especial integrado en el sistema judicial iraquí.

El caso de Líbano es un supuesto excepcional, pues fue la falta de confianza en el buen funcionamiento de la justicia dentro de ese Estado la que llevó al Consejo de Seguridad a negociar el establecimiento de un "tribunal de carácter internacional" en el Líbano para enjuiciar a "los responsables del atentado terrorista que causó la muerte del ex Primer Ministro del Líbano, Sr. Rafiq Hariri, y de otras personas" (ONU, Doc. S/RES/1664 (2006), 29 de marzo de 2006, Preámbulo; ONU, Doc. S/2006/176, *Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 6 de la resolución 1644 (2005)*, 9 de marzo de 2006). Dicho tribunal no conocerá de crímenes de Derecho internacional, de acuerdo con su Estatuto (artículo 2), incluido en el Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa relativo al establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano, anexo a ONU, Doc. S/RES/1757 (2007), 30 de mayo de 2007.

³²⁷ KATZENSTEIN, S., "Hybrid...", *cit.*, pp. 245-246; KOUMJIAN, N., "Accomplishments...", *cit.*, pp. 2 y 6; LINTON, S., "New approaches to international justice in Cambodia and east Timor", *IRRC*, n° 845, 2002, pp. 113-119; DICKINSON, L., "The Promise of Hybrid Courts", *AJIL*, vol. 97 (2), 2003, pp. 305-308. *Cfr.* SRIRAM, C. L., "Wrong-sizing...", *cit.*, pp. 497-503.

³²⁸ Algunos autores ven futuro a estos mecanismos como una vía útil para complementar la jurisdicción de la CPI, puesto que los limitados recursos de esta última sólo le permitirán juzgar "the most serious crimes and the leaders of the highest level" (TOLBERT, D. & SOLOMON, A., "United Nations Reform and Supporting the Rule of Law in Post-conflict Societies", *HHRJ*, vol. 19, 2006, p. 40; también DICKINSON, L., "The Promise...", *cit.*, pp. 308-309), y establecer nuevos tribunales *ad hoc* es una opción que debe ser descartada no sólo porque ya existe la CPI, sino también por razones de tiempo y económicas (CASSESE, A.,

Por otra parte, dado que en el momento de su creación el ECPI ya había sido adoptado y los Tribunales *ad hoc* ya habían tenido la oportunidad de dictar sus primeras sentencias, resulta oportuno analizar las previsiones respecto de su competencia material, con el fin de ver en qué términos se ha plasmado el crimen contra la humanidad de persecución y poder así llegar a conclusiones más concretas sobre la cristalización de una definición del mismo en el Derecho internacional.

Siguiendo un criterio cronológico, se comenzará por los Paneles Especiales para Crímenes Graves del Tribunal de Distrito de Dili³²⁹ (§ A), seguidos de la Corte Especial para Sierra Leona (§ B) y las Salas especiales para el enjuiciamiento del Khemer Rojo (§

“The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight Against International Criminality”, en: ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. & KLEFFNER, J. K., *Internationalized... cit.*, p. 12; *vid* también PIGNATELLI Y MECA, F., “La Corte...”, *cit.*, p. 14).

Además de las ventajas que pueden ofrecer para la aplicación del Derecho internacional penal, tampoco se puede desdeñar su impacto en términos institucionales y sociales dentro del proceso de reconstrucción del país y la restauración del Estado de derecho. A modo de ejemplo, *vid* PHAM, J. P., “A viable model for international criminal justice: the Special Court for Sierra Leone”, *NYILR*, vol. 19 (1), 2006, pp. 103-109; NMEHELLE, V. O. & JALLOH, C. C., “The Legacy of the Special Court for Sierra Leone”, *Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 30 (2), 2006, pp. 107-122.

³²⁹ Se excluye del análisis la jurisprudencia del Tribunal Especial indonesio de Derechos Humanos, establecido en Yakarta en el año 2001 para enjuiciar dos grandes casos de violaciones de derechos humanos (las matanzas de Tanjung Priok de 1984 y las masacres en Timor Leste en 1999), exclusión que atiende esencialmente a su naturaleza estrictamente interna lo separa de los modelos híbridos de jurisdicción penal, por lo que no está justificada su inclusión en este apartado. Además, ha quedado suficientemente demostrado que, con estos procesos, Indonesia pretendió acallar las críticas internacionales, pero no acabar con la impunidad de los responsables de estas graves violaciones de derechos humanos. Esta es la única lectura posible de cuestiones como la decisión de limitar la jurisdicción del tribunal exclusivamente a los hechos posteriores al referéndum de agosto de 1999 en Timor Leste, lo que deja impunes los numerosos crímenes cometidos con anterioridad (*vid* AI, Doc. ASA 21/008/2001/s, *Indonesia: La lucha contra la impunidad. Un paso adelante y dos atrás*, 25 de abril de 2001, en: <http://web.amnesty.org/library/Index/ESLASA210082001?open&of=ESL-TMP>, consultada el 15/1/10), o el que, de las 18 personas enjuiciadas, 17 fueran absueltas (cuatro en apelación, en agosto de 2004). Sólo Eurico Guterres cumplía condena desde mayo de 2006, después de que la Corte Suprema indonesia confirmara la pena de 10 años de prisión a la que había sido condenado el 31 de mayo de 2002 por crímenes contra la humanidad, y que la Corte de Apelación había reducido a la mitad en agosto de 2004; sin embargo, en 2008 el Tribunal Supremo revisó su decisión y le retiró los cargos, por lo que Guterres fue puesto en libertad el 8 de abril de ese mismo año (*vid* TRIAL, *Trial Watch*, “Eurico Guterres”, en: http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-procedures/eurico_gutteres_569.html, consultada el 15/1/10).

La falta de credibilidad de este tribunal fue enfatizada en el informe presentado el 26 de mayo de 2005 al Secretario General de la ONU por la Comisión de Expertos encargada de examinar el encausamiento de las infracciones graves de los derechos humanos cometidas en Timor-Leste en 1999 (ONU, Doc. S/2005/458, *Carta de fecha 24 de junio de 2005 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General*, 15 de julio de 2005, Anexo II (“Informe para el Secretario General preparado por la Comisión de Expertos encargada de examinar el encausamiento de las infracciones graves de los derechos humanos cometidos en Timor-Leste (entonces Timor Oriental) en 1999”), párr. 370-375, pp. 87-88). Sobre la labor del tribunal, *vid* también DE BERTODANO, S., “Current Developments in Internationalized Courts: East Timor - Justice Denied”, *JICJ*, vol. 2 (3), 2004, pp. 922-925; KOUMLIAN, N., “Accomplishments and limitations of one hybrid tribunal: experience at East Timor”, *Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor*, 14 October 2004, en: <http://www2.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/1F90CBBC-08E8-4ACD-91EE-F49AD93ED86A/0/Koumjianpresentation140404.pdf> (consultada el 15/1/10), pp. 4-5.

C), y se concluirá con las Salas de Crímenes de Guerra en la Corte de Bosnia y Herzegovina (§ D). En los cuatro casos se identificará el acto jurídico mediante el que se establecen, para, a continuación, ver cómo se plasma el crimen contra la humanidad de persecución en su ámbito de competencia *ratione materiae*.

A) Timor Leste: las Salas Especiales para Crímenes Graves.

En el año 2000, la Administración Transitoria de las Naciones Unidas en Timor Oriental (*United Nations Transitional Administration in East Timor*, UNTAET) adoptó una serie de normas por las que se configuraba el sistema judicial de Timor, integrado por varios Tribunales de Distrito, con competencia para conocer de todas las cuestiones, civiles o penales, que se plantearan en primera instancia, y una Corte de Apelación³³⁰.

En el Tribunal de Distrito de Dili se constituyeron además Salas Especiales para Crímenes Graves (TDD-SECG)³³¹, integrados por dos jueces internacionales y uno timorense³³², con jurisdicción exclusiva sobre: a) asesinato y crímenes sexuales que hubieran sido cometidos entre el 1 de enero de 1999 y el 25 de octubre de 1999, y b) genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, con independencia del momento en el que se cometieron³³³.

La Sección 5.1 del Reglamento n° 2000/15 de la UNTAET indica que son crímenes contra la humanidad, a los efectos del mismo:

“[...] any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack and directed against any civilian population, with knowledge of the attack: [...]

h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in Section 5.3 of the present regulation, or other grounds that are universally recognized as impermissible under

³³⁰ Sección 4 del Reglamento de la UNTAET n° 2000/11 (UNTAET, Doc. UNTAET/REG/2000/11, *Organization of courts in East Timor*, 6 de marzo de 2000). Conforme a la Sección 40.1 del Reglamento 2001/25 de la UNTAET (UNTAET, Doc. UNTAET/REG/2001/25, *Amendment of UNTAET Regulation No.2000/11 on the organization of courts in East Timor and UNTAET Regulation No.2000/30 on the transitional rules of criminal procedure*, 14 de septiembre de 2001), la apelación puede fundarse en los siguientes motivos: (i) violación de las normas del procedimiento penal; (ii) violación de los derechos procesales o sustantivos del acusado; (iii) inconsistencia de los motivos que fundamentan la decisión; o (iv) error material de hecho o derecho.

³³¹ Sección 10 del Reglamento de la UNTAET n° 2000/11, *cit.*. Establecidos por el Reglamento n° 2000/15 de la UNTAET (UNTAET, Doc. UNTAET/REG/2000/15, *Establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences*, 6 de junio de 2000).

³³² Sección 22.1 del Reglamento de la UNTAET n° 2000/15, *cit.*

³³³ Sección 10 del Reglamento de la UNTAET n° 2000/11, *cit.*

international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the panels”.

Además, la sección 5.2.f) aclara que por *persecución* habrá que entender “the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity”.

Como se puede observar, el Reglamento reproduce de forma prácticamente literal la fórmula del artículo 7.1.h) ECPI y la concreción que del mismo hace el artículo 7.2.g) ECPI³³⁴, lo que constituye una prueba de la vigencia de las nociones tanto de *crímenes contra la humanidad* como de *persecución* establecidas en el mismo. En esta regulación se aprecia una vocación de recoger el Derecho internacional consuetudinario en la materia³³⁵, aunque en relación con la persecución sea discutible que el ECPI haya plasmado la norma consuetudinaria que la tipificaría. Sin embargo, su aplicación por las TDD-SECG puso de manifiesto la incertidumbre sobre el verdadero alcance de la norma consuetudinaria respecto de la persecución, y mientras que los elementos que integran la cláusula general de la categoría se aplicaron de forma incontestada, asumiendo que se corresponden con la norma consuetudinaria, la formulación de la persecución como crimen contra la humanidad en el Reglamento fue cuestionada³³⁶.

Las TDD-SECG concluyeron su mandato en 2005. 84 personas resultaron condenadas, 24 se declararon culpables y cuatro fueron absueltas, mientras que trece casos no progresaron bien porque fueron inadmitidos por las TDD-SEGC, bien porque fueron retirados por la Fiscalía³³⁷. En buena parte de estos casos la persecución aparecía entre los crímenes imputados (en ocasiones incluso como cargo único³³⁸), como consecuencia de las circunstancias fácticas que rodearon la comisión de las atrocidades

³³⁴ Vid. TDD-SECG, *Prosecutor v. Miguel Mau*, caso n° 8/CG/TDD/2003, sentencia de instancia, 23 de febrero de 2004, apdo. V.

³³⁵ Vid. DE BERTODANO, S., “Current Developments...”, *cit.*, pp. 918-919. No obstante, llama la atención que en ocasiones las Salas invoquen como referente no el propio ECPI sino los trabajos del Comité Preparatorio para el Estatuto de Roma (*vid.* TDD-SECG, *Prosecutor v. Damiao Da Costa Nunes*, caso n° 1/CG/TDD/2003, sentencia de instancia, 12 de diciembre de 2003, párr. 73).

³³⁶ TDD-SECG, *Prosecutor v. Alarico Mesquita et al.*, caso n° 28/CG/TDD/2003, sentencia de instancia, 6 de diciembre de 2004, párr. 69-70. Sobre este tema se volverá en el Capítulo IV.

³³⁷ ONU, Doc. S/2005/458, Anexo II, *Informe para el Secretario General preparado por la Comisión de Expertos encargada de examinar el encausamiento de las infracciones graves de los derechos humanos cometidos en Timor-Leste (entonces Timor Oriental) en 1999, de 26 de mayo de 2005*, 15 de julio de 2005, párr. 120.

³³⁸ Así ocurrió por ejemplo en TDD-SECG, *Prosecutor v. Nazario Vital Dos Santos Corte Real, Francisco Capela Ferrão & Captain Sugyono*, caso n° 13/CG/TDD/2004, acta de acusación, 17 de diciembre de 2004, pp. 19-20.

enjuiciadas, cuyas víctimas fueron principalmente opositores políticos al régimen indonesio, partidarios de la independencia de Timor Oriental.

Esta necesidad de aplicar en sede judicial el crimen contra la humanidad de persecución ha servido para corroborar la resistencia de las instancias judiciales penales internacionales a aceptar que la definición del mismo en el ECPI refleje el Derecho internacional consuetudinario. En concreto, al igual que ya ocurriera con los Tribunales *ad hoc*, las TDD-SEGC han rechazado que el nexo con otros crímenes sea un requisito impuesto por la norma consuetudinaria para apreciar la comisión de un crimen contra la humanidad de persecución. Por el contrario, han considerado que esta exigencia es de índole procesal y por tanto afecta a su competencia, no a la definición consuetudinaria de la persecución³³⁹.

Ahora bien, mientras que los Tribunales *ad hoc* no están vinculados por este requisito en virtud de la norma que les atribuye su competencia material (puesto que ni el artículo 5 ETPIY ni el artículo 3 ETPIR lo incorporan al referirse a la persecución), las TDD-SEGC se vieron obligadas a asumir la limitación impuesta por el Reglamento nº 2000/15 y a apreciar la existencia de un crimen contra la humanidad de persecución sólo cuando concurrieran todos los requisitos en él establecidos, incluida la conexión con otros crímenes recogidos en el mismo. De ahí que una de las Salas afirmara que se trataba de un crimen complejo, “arising out of the conjunction of a criminal act within the jurisdiction of the Special Panels and a discriminatory intent”³⁴⁰.

Más allá de algún intento por parte de la Fiscalía de eludir el requisito del nexo con otro crimen que entrara dentro de la competencia de las TDD-SEGC³⁴¹, lo cierto es que, tal y como se aplicó la persecución como crimen contra la humanidad, esta limitación resultó más aparente que real. De una parte, los jueces mostraron mucha flexibilidad a la hora de determinar que un acto constituía un crimen de la competencia de las Salas. Así, conductas que no estaban recogidas en el Reglamento fueron reconducidas a alguna de las modalidades criminales que aparecían en el mismo para poder apreciar la comisión de un

³³⁹ TDD-SEGC, *Prosecutor v. Alarico Mesquita et al.*, caso nº 28/CG/TDD/2003, *cit.*, párr. 80.

³⁴⁰ TDD-SEGC, *Sisto Barros & Cesar Mendonca*, caso nº 1/CG/TDD/2004, sentencia de instancia, 12 de mayo de 2005, párr. 22c).

³⁴¹ Así, en el acta de acusación contra Marculino Soares se incluía el cargo de “crímenes contra la humanidad: persecución”, pero sin especificar cuál era el crimen bajo la competencia del Panel cuya comisión fundaba la acusación a tal título. Sin embargo, el Tribunal no apreció su culpabilidad por este cargo (*vid.* TDD-SEGC, *Prosecutor v. Marculino Soares*, caso nº 2/CG/TDD/2002-B, acta de acusación, 24 de julio de 2003, p. 8, y sentencia de instancia, 1 de diciembre de 2004, pp. 29-30).

crimen contra la humanidad de persecución³⁴². De otra parte, el abanico de actos que se admitieron como relevantes para que existiera persecución fue muy amplio, e incluyó, por ejemplo:, asesinatos³⁴³, tortura³⁴⁴, ataques contra la integridad física³⁴⁵, detenciones ilegales³⁴⁶, encarcelamiento³⁴⁷, actos inhumanos³⁴⁸, deportaciones o traslados forzosos de población³⁴⁹ y destrucción de la propiedad³⁵⁰.

En todo caso, aunque su jurisprudencia no haya sido tan innovadora como la del TPIY, no se puede desestimar su valor, puesto que sirve para confirmar la confusión existente en torno a los elementos del crimen contra la humanidad de persecución, confusión que una definición de *persecución* como la propuesta por el ECPI no logra solventar³⁵¹.

B) La Corte Especial para Sierra Leona.

La Corte Especial para Sierra Leona (CESL) se creó en 2002, fruto de un Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona³⁵², de conformidad con la

³⁴² Vid. TDD-SECG, *Prosecutor v. Alarico Mesquita et al.*, caso n° 28/CG/TDD/2003, sentencia de instancia, *cit.*, párr. 89; TDD-SECG, *Prosecutor v. Sisto Barros & Cesar Mendonca*, caso n° 01/CG/TDD/2004, sentencia de instancia, *cit.*, párr. 152-153.

³⁴³ Vid., entre otros, TDD-SECG, *Prosecutor v. Lieutenant Colonel Djoko Soeharsoyo et al.*, caso n° 3/CG/TDD/2004, acta de acusación, 27 de octubre de 2004, párr. 97, p. 21; *Prosecutor v. Hulman Gultom*, caso n° 10/CG/TDD/2004, acta de acusación, 9 de diciembre de 2004, p. 17, cargo 3; *Prosecutor v. Lieutenant Sumino, Guilhermino Marcal & Jose Larenzeira*, caso n° 14/CG/TDD/2004, acta de acusación, 16 de diciembre de 2004, pp. 12-13, cargo 8.

³⁴⁴ Vid. TDD-SECG, *Prosecutor v. Lieutenant Colonel Djoko Soeharsoyo et al.*, caso n° 3/CG/TDD/2004, acta de acusación, *cit.*, párr. 97, p. 21.

³⁴⁵ Vid. TDD-SECG, *Prosecutor v. Hulman Gultom*, caso n° 10/CG/TDD/2004, acta de acusación, *cit.*, p. 17, cargo 3.

³⁴⁶ Vid. TDD-SECG, *Prosecutor v. Cesário Tilman & Lieutenant Julius Adu*, caso n° 11/CG/TDD/2004, acta de acusación, 15 de diciembre de 2004, p. 9, cargo 7.

³⁴⁷ Vid. TDD-SECG, *Prosecutor v. Ruben Gonsalves et al.*, caso n° 5/CG/TDD/2004, acta de acusación, 30 de noviembre de 2004, p. 13, cargo 5.

³⁴⁸ Vid. TDD-SECG, *Prosecutor v. Lieutenant Sumino, Guilhermino Marcal & Jose Larenzeira*, caso n° 14/CG/TDD/2004, acta de acusación, *cit.*, pp. 12-13, cargo 8.

³⁴⁹ Vid. TDD-SECG, *Prosecutor v. Cesário Tilman & Lieutenant Julius Adu*, caso n° 11/CG/TDD/2004, acta de acusación, *cit.*, p. 9, cargo 7.

³⁵⁰ Vid. TDD-SECG, *Prosecutor v. Vasco da Cruz et al.*, caso n° 4/CG/TDD/2004, acta de acusación, 26 de noviembre de 2004, p. 28, cargo 19.

³⁵¹ TDD-SECG, *Prosecutor v. Alarico Mesquita et al.*, caso n° 28/CG/TDD/2003, *cit.*, párr. 69: "The crime of persecution, though generally accepted in International Criminal Law as a form of Crime Against Humanity, is surprisingly ill defined by doctrine and jurisprudence, and the understanding of its elements differ from one scholar or tribunal to another".

³⁵² Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona sobre el Establecimiento de una Corte Especial para Sierra Leona, firmado en Freetown el 16 de enero de 2002, ratificado el 25 de abril de 22

resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad de la ONU, de 14 de agosto de 2000³⁵³. Fue el primer tribunal internacional mixto creado mediante un tratado internacional, que lo configuraba como un órgano independiente del sistema judicial de Sierra Leona, con jurisdicción concurrente con los demás tribunales de Sierra Leona pero con primacía sobre estos³⁵⁴.

El Estatuto de la Corte (en adelante, ECESL) se abre delimitando su ámbito de competencia *ratione personae*, *ratione locis* y *ratione temporis*. Así, el artículo 1 señala que la Corte tiene potestad para enjuiciar a las personas responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho sierraleonés cometidas en el territorio de Sierra Leona desde el 30 de noviembre de 1996.

En su artículo 2.h) dispone que la persecución por motivos políticos, raciales, étnicos o religiosos constituye un crimen contra la humanidad, siempre que haya sido cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil³⁵⁵. Una vez más, la cláusula general de los crímenes contra la humanidad revela una clara influencia del ECPI. Por el contrario, la formulación de la persecución como crimen contra la humanidad presenta algunas diferencias respecto de lo previsto en éste:

de abril de 2002 (*vid.* "Special Court Agreement, 2002 (Ratification) Act, 2002", *Supplement to the Sierra Leone Gazette*, vol. CXXXIII, N° 22, 25th April, 2002). Anexo al Acuerdo se adoptó el Estatuto de la Corte, que también aparece como documento adjunto a ONU, Doc. S/2002/246, *Carta de fecha 6 de marzo de 2002 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General*, 8 de marzo de 2002, pp. 25-33.

³⁵³ ONU, Doc. S/RES/1315 (2000), 14 de agosto de 2000, relativa a la situación en Sierra Leona.

³⁵⁴ "The creation of the court [...] is arguably the most important institutional development in international criminal law since the adoption and entry into force of the Rome Statute establishing a permanent ICC in July 1998. This importance is the court's status as the first independent treaty-based hybrid or «nationalized» criminal tribunal of mixed-subject matter jurisdiction and composition" (NMEHILLE, V.O. & JALLOH, C.C., "The Legacy...", *cit.*, p. 108). Sobre su relación con el sistema judicial de Sierra Leona, *vid.* SRIRAM, C. L., "Wrong-sizing...", *cit.*, pp. 480-481.

³⁵⁵ Artículo 2.- Crímenes de lesa humanidad: "El Tribunal Especial estará facultado para someter a juicio a quienes hayan cometido los crímenes que se enumeran a continuación como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación;
- e) Encarcelación;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado o cualquier otra forma de violencia sexual;
- h) Persecución fundada en motivos políticos, raciales, étnicos o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos".

(i) De una parte, pese a haber sido adoptado con posterioridad a la aprobación del ECPI, este artículo no exige ninguna conexión de la persecución con otros crímenes del ECESL. En este sentido, su redacción se asemeja a la de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* y está en consonancia con la previsiones consuetudinarias.

(ii) De otra parte, también presenta diferencias con el ECPI en lo relativo a los motivos persecutorios, puesto que se limita a incluir una lista cerrada de los mismos, en los que aparecen criterios discriminatorios tradicionales (motivos políticos, raciales, étnicos o religiosos)³⁵⁶, mientras que el ECPI es a ese respecto mucho más innovador.

El ECESL no incluye ninguna definición de lo que ha de entenderse por *persecución* en términos análogos al ECPI, como sí hiciera el Reglamento nº 2000/15 UNTAET. En su lugar, el artículo 20, relativo a la apelación³⁵⁷, introduce en su apartado 3 una remisión expresa a las decisiones de la Sala de Apelaciones de los Tribunales Internacionales *ad hoc* como referencia para la interpretación del Derecho internacional. En lo que respecta a la persecución como crimen contra la humanidad, esta previsión indudablemente condiciona los términos de aplicación, y supone dar preeminencia a la interpretación seguida por los Tribunales *ad hoc*, en perjuicio de la recogida en el ECPI, con lo que una vez más se excluye que esta última tenga una aplicabilidad general fuera del ámbito convencional y jurisdiccional en el que ha sido adoptada.

En cualquier caso, es poco probable que la jurisprudencia de la CESL pueda tener una incidencia significativa en la configuración del tipo de persecución, salvo sorpresas imprevistas, ya que es de esperar que no tenga oportunidad de aplicarlo, pues al menos hasta la fecha no ha habido ningún imputado por este cargo³⁵⁸.

³⁵⁶ Está, por tanto, más próximo a la formulación del artículo 6.c) ETMIN, aunque la inclusión de los motivos étnicos supone una ampliación con respecto a éste.

³⁵⁷ Artículo 20. Apelación: [...] “3. Los magistrados de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial tomarán como guía las decisiones de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda. En la interpretación y aplicación de la legislación de Sierra Leona, se orientarán por las decisiones de la Corte Suprema de este país”.

³⁵⁸ Los asuntos de los que está conociendo en la actualidad la Corte son el asunto *CDF (Civil Defence Forces)* (SCSL, *Prosecutor v. Norman, Fofana & Kondewa*, caso nº SCSL-2004-14-I, acta de acusación, 4 de febrero de 2004, resuelto en instancia el 2 de agosto de 2007 y en apelación el 28 de mayo de 2008; Norman falleció en febrero de 2007), el asunto *RUF (Revolutionary United Front)* (SCSL, *Prosecutor v. Foday Saybana Sankoh, Sam Bockarie, Issa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao*, caso nº SCSL-2004-15-PT, acta de acusación consolidada enmendada, 2 de agosto de 2006, resuelto en instancia el 25 de febrero de 2009; los casos Sankoh y Bockarie fueron archivados el 8 de diciembre de 2003 por fallecimiento de los acusados), y el asunto *AFRC (Armed Forces Revolutionary Council)* (SCSL, *Prosecutor*

C) Las Salas especiales para el enjuiciamiento del Khmer Rojo en Camboya.

El 22 de mayo de 2003, la AGNU aprobó mediante su resolución 57/228B el proyecto de Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al procesamiento por Salas Especiales establecidas en los tribunales de Camboya (en adelante, SEC), y con arreglo al derecho camboyano, de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática³⁵⁹. El Acuerdo, anexo a la resolución, fue firmado en Phnom Penh el 6 de junio de 2003 y ratificado por Camboya el 19 de octubre de 2004. Su entrada en vigor se produjo el 29 de abril de 2005, un día después de que la ONU notificara al Gobierno camboyano el cumplimiento de los requisitos legales que correspondían a la Organización³⁶⁰.

En su artículo 9 se establece el ámbito de competencia material de las SEC, en el que quedan comprendidos el genocidio, los crímenes de lesa humanidad (en los términos establecidos en el ECPI), las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y otros crímenes tipificados en el ordenamiento jurídico camboyano³⁶¹.

Así pues, las SEC son competentes para conocer del crimen contra la humanidad de persecución, definido por remisión tanto al ECPI como a la Ley nacional de Camboya de 10 de agosto de 2001³⁶². Esta última recoge expresamente la persecución en dos de sus

v. *Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara & Santigie Borbor Kanu*, caso n° SCSL-2004-16-PT, acta de acusación consolidada, 18 de febrero de 2005, resuelto en instancia el 20 de junio de 2007).

También están acusados el ex Presidente de Liberia Charles Taylor (SCSL, *Prosecutor v. Charles Taylor*, caso n° SCSL-2003-01-I, acta de acusación, 7 de marzo de 2003), cuyo procesamiento se había paralizado por encontrarse éste exiliado en Nigeria, y que fue finalmente detenido en marzo de 2006, y Johnny Paul Koroma, en paradero desconocido (SCSL, *Prosecutor v. Johnny Paul Koroma*, caso n° SCSL-2003-03-I, acta de acusación, 7 de marzo de 2003).

³⁵⁹ ONU, Doc. A/RES/57/228 B, *Procesos contra el Khmer Rouge*, 13 de mayo de 2003; *vid.* asimismo ONU, Doc. A/57/769, *Informe del Secretario General sobre los procesos contra el Khmer Rouge*, 31 de marzo de 2003.

³⁶⁰ *Vid.* ONU, Doc. A/60/565, *Informe del Secretario General sobre los procesos contra el Khmer Rouge*, 25 de noviembre de 2005, párr. 4. El organigrama provisional de las Salas aparecía recogido en el informe presentado en el año 2004 por el Secretario General (ONU, Doc. A/59/432, *Informe del Secretario General sobre los procesos contra el Khmer Rouge*, 12 de octubre de 2004, Anexo I).

³⁶¹ Artículo 9. *Crímenes de la competencia de las Salas Especiales*: “Las Salas Especiales tendrán competencia *ratione materiae* para conocer del crimen de genocidio según se define en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, de los crímenes de lesa humanidad según se definen en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 y de las transgresiones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y los demás crímenes de esa índole tipificados en el capítulo II de la Ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales, promulgada el 10 de agosto de 2001”.

³⁶² *Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea*, Reach Kram n° NS/RKM/0801/12, 10 de agosto de 2001, enmendada por Reach Kram n° NS/RKM/1004/006, 27 de octubre

disposiciones: en primer lugar, el artículo 3 remite al Código Penal de Camboya de 1956³⁶³, cuyos artículos 209 y 210 tipifican la persecución religiosa, entendiendo por tal los ataques contra la práctica de una religión reconocida por el gobierno camboyano (no se prevé por tanto la protección penal para la práctica de otras creencias que no hayan sido objeto de reconocimiento estatal)³⁶⁴; asimismo, su artículo 5 atribuye a las Salas la competencia para enjuiciar a los responsables de la comisión de crímenes contra la humanidad³⁶⁵, es decir, “any acts committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, on national, political, ethnical, racial or religious grounds”, entre los que se incluye la persecución por motivos políticos, raciales y religiosos.

de 2004, ambas disponibles en: <http://www.cambodia.gov.kh/krt/english/> (traducción al inglés del Consejo de Juristas), consultada el 15/1/10.

³⁶³ Artículo 3: “The Extraordinary Chambers shall have the power to bring to trial all Suspects who committed any of these crimes set forth in the 1956 Penal Code of Cambodia, and which were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979:

- Homicide (Article 501, 503, 504, 505, 506, 507 and 508)
- Torture (Article 500)
- Religious Persecution (Articles 209 and 210)

The statute of limitations set forth in the 1956 Penal Code shall be extended for an additional 30 years for all the crimes enumerated above, which are within the jurisdiction of the Extraordinary Chambers. [...]”.

³⁶⁴ El Código Penal de Camboya de 1956 tipifica la persecución religiosa en los siguientes términos:

Artículo 209: “An attack on the life of a religious person practicing a religion recognized by the Cambodian government while exercising his profession or in the course of the exercise of his profession shall be punished by a third degree criminal sentence” (a los efectos de la aplicación de este por las SEC, la pena de tercer grado (pena capital) se entiende sustituida por cadena perpetua, en virtud de la decisión nº 040/002/2001, de 12 de febrero de 2001, del Consejo Constitucional camboyano).

Artículo 210: “An attack on a religious person practicing a religion recognized by the Cambodian government while exercising his profession or in the course of the exercise of his profession shall be punished by a second degree criminal sentence”.

La traducción no oficial en inglés aparece recogida en LEE, J. & YOOKYUNG CHOI, K., “Introduction to the Khmer Rouge Tribunal”, en: UÑAC, H. (ed.), *DC-Cam's 2005 Legal Training Project*, Documentation Center of Cambodia, November 2, 2005, en: http://www.cambodiangenocide.org/khmerrouge_tribunal.htm (consultada el 15/1/10).

³⁶⁵ Artículo 5: “The Extraordinary Chambers shall have the power to bring to trial all Suspects who committed crimes against humanity during the period 17 April 1975 to 6 January 1979.

Crimes against humanity, which have no statute of limitations, are any acts committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, on national, political, ethnical, racial or religious grounds, such as:

- murder;
- extermination;
- enslavement;
- deportation;
- imprisonment;
- torture;
- rape;
- persecutions on political, racial, and religious grounds;
- other inhuman acts”.

Resulta entonces que, por vía de remisión, las SEC tendrán que optar no sólo entre tres versiones diferentes de tipificación de la persecución, sino también entre dos concepciones distintas de los crímenes contra la humanidad, ya que la Ley camboyana de 2001 incluye entre sus elementos el móvil discriminatorio, descartado en el ECPI. Esta circunstancia podría ser interpretada como una manifestación del desacuerdo del Estado respecto del contenido jurídico que se atribuye a los crímenes contra la humanidad en el ECPI, aunque hay que tener presente que la citada ley es anterior a la ratificación por Camboya del ECPI, lo que permite matizar la anterior afirmación³⁶⁶.

Del tenor del artículo 9 del Acuerdo, parece deducirse que la definición de crímenes contra la humanidad del ECPI debería aplicarse prioritariamente, y aplicar la legislación interna en aquellos supuestos de hecho que no pudieran subsumirse en las previsiones del mismo. En concreto, respecto de la persecución como crimen contra la humanidad, la Ley de 2001 podría resultar de aplicación cuando no pudiera probarse el nexo con alguno de los demás crímenes contra la humanidad recogidos en el artículo 7 ECPI (ya que el resto de los crímenes de Derecho internacional incluidos en el mismo no entran dentro de la competencia *ratione materiae* de las SEC). Esta posibilidad corroboraría la línea jurisprudencial internacional dominante, favorable a apreciar el crimen contra la humanidad de persecución separado de otras incriminaciones. Pero, a la vez, supondría una clara divergencia respecto de la noción de *crimen contra la humanidad* que parece haber cristalizado en el Derecho internacional consuetudinario, conforme a la cual no es necesario un móvil discriminatorio.

Finalmente, cabría una aplicación residual de las correspondientes previsiones del Código Penal de 1956, para los casos particulares tipificados en el mismo. En la medida en que se trata de tipo penal con un alcance muy concreto, puede resultar útil para la determinación de la pena a imponer, pero en ningún caso debería servir como criterio para determinar lo que se ha de entender por *persecución religiosa* en el marco de los crímenes contra la humanidad, puesto que sería excesivamente restrictivo.

Evidentemente, esta posible armonización de los tres textos no es más que una hipótesis, y por tanto habrá que ver cómo lo resuelven las Salas. Hasta la fecha únicamente hay dos casos abiertos, el primero seguido contra Kaing Guek Eav (alias

³⁶⁶ Camboya depositó su instrumento de ratificación del ECPI el 11 de abril de 2002.

Duch)³⁶⁷, que se encuentra en fase de instancia, y el segundo contra Nuon Chea, Ieng Sary, Ieng Thirith y Khieu Samphan, aún en fase preliminar³⁶⁸. Todos ellos han sido acusados de haber cometido crímenes contra la humanidad de persecución³⁶⁹. De cualquier forma, la doctrina mantiene todas las cautelas respecto del resultado de estos juicios, y es que el escepticismo es inevitable si se tienen en cuenta los grandes obstáculos que la lucha contra la impunidad ha encontrado en Camboya durante las últimas décadas³⁷⁰.

³⁶⁷ ECCC, *Kaing Guek Eav*, caso n° 001/18-07-2007/ECCC-TC.

³⁶⁸ ECCC, *Nuon Chea, Ieng Sary, Ieng Thirith & Khieu Samphan*, caso n° 002/19-09-2007/ECCC-PTC.

³⁶⁹ *Vid.* ECCC, *Nuon Chea, Ieng Sary, Ieng Thirith & Khieu Samphan*, caso n° 002/14-08-2006, Órdenes de detención provisional, 19 de septiembre de 2007. A *Duch* se le imputaba una lista abierta de crímenes contra la humanidad en la orden de detención, pero los comportamientos criminales se han ido concretando a lo largo del juicio, de manera que el cargo por persecución como crimen contra la humanidad aparece descrito en las transcripciones de los procedimientos (*vid.* ECCC, *Kaing Guek Eav*, caso n° 001/18-07-2007/ECCC-TC, procedimiento ante la Sala de instancia, día 1, pp. 62-63).

Estos cargos son sin duda una mejora con respecto a las actas de acusación emitidas por tribunales militares a finales de 1999 contra Ung Choeun –fallecido en 2006– y el propio Kaing Guek Eav. En ninguno de los dos casos se les imputaba un crimen contra la humanidad de persecución, sino la comisión de crímenes contra la seguridad interior con la intención de prestar servicio a las políticas del grupo de la Kampuchea Democrática (*vid.* respectivamente, la primera acta de acusación contra Ung Choeun (MILITARY COURT, Doc. 019/99, Order to Forward Case for Investigation, 9 de marzo de 1999) y la primera acta de acusación contra Kaing Guek Eav (MILITARY COURT, Doc. 029/99, Second Order to Forward Case for Investigation, 10 de mayo de 1999) y genocidio (*vid.* segunda acta de acusación contra Ung Choeun y Kaing Guek Eav (MILITARY COURT, Doc. 044/99, Order to Forward Case for Investigation, 6 de septiembre de 1999)).

Un Tribunal Revolucionario Popular había ya enjuiciado y condenado *in absentia* por genocidio a Pol Pot (fallecido en 1998) y a Ieng Sary (quien recibió el perdón del Rey en 1996; en este caso se suscitaban dudas ante las SEC en cuanto a la aplicabilidad del principio de *non bis in idem* y el alcance del perdón, *vid.* ECCC, *Ieng Sary*, caso n° 002/14-08-2006, Orden de detención provisional, *cit.*, párr. 7-14). No deja de ser paradójica la apreciación de genocidio en un conflicto donde los disidentes políticos constituyeron el grueso de los dos millones de víctimas de la política de aniquilación emprendida por el Khmer Rojo, y en relación con los cuales no es posible aplicar la definición de la Convención de 1948, puesto que no incluye los grupos políticos. Sobre la inadecuación del tipo de genocidio a los crímenes cometidos en Camboya, *vid.* SCHABAS, W. A., “Problems of International Codification – Were the Atrocities in Cambodia and Kosovo Genocide?”, *New Eng. L. R.*, vol. 35 (2), 2001, pp. 289-293; MENZEL, J., “Justice delayed or too late for justice? The Khmer Rouge Tribunal and the Cambodian “genocide” 1975-79”, *JGR*, vol. 9 (2), 2007, pp. 221-223; OLIVIER, C., “Political Groups”, en: SHELTON, D. (ed.), *Enciclopedia...*, *cit.*, vol. 2, p. 816. *Cfr.* MAKINO, U., “Final solutions, crimes against mankind: on the genesis and criticism of the concept of genocide”, *JGR*, vol. 3 (1), 2001, pp. 67-69. De todas formas, no se puede excluir totalmente que el Khmer Rojo cometiera genocidio, ya que existen indicios de que así pudo ser en relación con el trato dado a algunas minorías (grupos cham, vietnamitas y otros) y contra los monjes budistas (ONU, Doc. A/53/850-S/1999/231, Anexo, *Informe del Grupo de Expertos sobre Camboya establecido en cumplimiento de la resolución 52/135 de la Asamblea General*, 16 de marzo de 1999, párr. 63-64).

³⁷⁰ Un estudio crítico sobre esta cuestión puede encontrarse en SELLARÉS, J., “Crimen sin castigo: el genocidio y los crímenes de lesa humanidad de los Khmeres Rojos”, *Agenda ONU*, n° 5, 2002, pp. 195-229.

Para LINTON, los principales obstáculos a la independencia judicial e imparcialidad de las Salas son: “(1) the establishment of the process as part of the domestic courts of Cambodia where separation of powers is not respected in practice; (2) the participation of Cambodian judges in the process; (3) the Cambodian control through majority of numbers, presiding judges and the Director of Administration; (4) the voting by way of super-majority; (5) the appointment and control of judges through the Supreme Council of the Magistracy; (6) the reliance on the deeply flawed Cambodian criminal procedure; (7) the loopholes in the CEC Law; (8) the inadequate provision for guaranteeing the personal security of judges; (9) no binding

D) Las Salas de Crímenes de Guerra de la Corte de Bosnia y Herzegovina.

El último de los órganos jurisdiccionales de carácter mixto que será objeto de estudio es la Corte de Bosnia y Herzegovina (CBH), que de forma transitoria alberga en su seno una sección dedicada al enjuiciamiento de crímenes de guerra. A los efectos de este estudio, la CBH presenta algunas particularidades³⁷¹, empezando por su establecimiento, pues, aunque en origen es fruto de una decisión del órgano internacional de administración territorial, lo cierto es que en última instancia su creación se basa en una ley estatal, la Ley sobre la CBH, promulgada el 12 de noviembre de 2000 por el Alto Representante en Bosnia y Herzegovina (ARBH)³⁷² y aprobada por el Parlamento bosnio el 3 de julio de 2002.

La CBH, que es un órgano de carácter permanente inserto en la estructura judicial bosnia, se estructura en tres Divisiones: Administrativa, Criminal y de Apelación. A su vez, la División Criminal se compone de tres secciones, ocupándose la Sección I del enjuiciamiento de crímenes de guerra. Durante un período de transición, las cinco salas de instancia que la integran se componen de tres jueces, inicialmente dos internacionales y uno nacional que actuaba de presidente, aunque desde 2009 esa proporción se ha invertido. Los recursos frente a las sentencias adoptadas en instancia por estas salas son resueltos por la División de Apelación.

También resulta particular en cuanto al derecho aplicable, en la medida en que aplica única y exclusivamente las disposiciones del Código Penal bosnio, es decir, derecho

codes of ethics of judicial conduct and (10) the inadequate criminal sanction for interference with the course of justice and the independence and impartiality of the judiciary" (LINTON, S., "Safeguarding the Independence and Impartiality of the Cambodian Extraordinary Chambers", *JICJ*, vol. 4 (2), 2006, p. 330).

Los inconvenientes que plantea la propia estructura y composición de las Salas son analizados en DE BERTODANO, S., "Problems Arising from the Mixed Composition and Structure of the Cambodian Extraordinary Chambers", *JICJ*, vol. 4 (2), 2006, pp. 285-293. Los problemas de índole procesal son abordados en profundidad en SLUITER, G., "Due Process and Criminal Procedure in the Cambodian Extraordinary Chambers", *JICJ*, vol. 4 (2), 2006, pp. 314-326. A todo esto habría que añadir, como elemento que juega en su contra, el período de tiempo transcurrido desde la comisión de los crímenes que han de ser enjuiciados (al respecto, *vid.* LEJMI, M. A., "Prosecuting Cambodian Genocide: Problems Caused by the Passage of Time since the Alleged Commission of Crimes", *JICJ*, vol. 4 (2), 2006, pp. 300-306).

³⁷¹ Que no obstan para que, de partida, la doctrina lo califique de "tribunal híbrido" (*vid.* por ejemplo HIGONNET, E. R., "Restructuring Hybrid Courts: Local Empowerment and National Criminal Justice Reform", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 23 (2), 2006, p. 354; TRAHAN, J., "Reflections on the Difficulties of Enforcing International Justice", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 30 (4), 2009, p. 1199).

³⁷² ARBH, *Decision imposing the Law on the State Court of BiH*, 12 de noviembre de 2000. Traducción inglesa de la versión consolidada, publicada en la Gaceta Oficial de Bosnia y Herzegovina nº 49/09, disponible en la página web de la CBH: http://www.sudbih.gov.ba/files/docs/zakoni/en/Law_on_Court_BiH_-_Consolidated_text_-_49_09.pdf (consultada el 15/1/10).

interno³⁷³. No obstante, ha de tenerse presente que, en realidad, el Código Penal vigente fue impuesto por el Alto Representante³⁷⁴, y, por tanto, aunque formalmente sea una ley interna, lo cierto es que se trata de un instrumento elaborado por una autoridad internacional, el cual, de acuerdo con la Decisión del ARBH, no podía ser enmendado ni sometido a condición de ningún tipo por el Parlamento.

El Código Penal bosnio recoge en su artículo 172 los crímenes contra la humanidad, inspirándose en el artículo 7 ECPI. Así pues, también tipifica el crimen contra la humanidad de persecución, disponiendo en el apartado 1 de dicho artículo 172 que:

“Whoever, as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of such an attack perpetrates any of the following acts: [...]

h) Persecutions against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious or sexual gender or other grounds that are universally recognised as impermissible under international law, in connection with any offence listed in this paragraph of this Code, any offence listed in this Code or any offence falling under the competence of the Court of Bosnia and Herzegovina; [...]

shall be punished by imprisonment for a term not less than ten years or long-term imprisonment”.

Asimismo, en el apartado 2.g) precisa que, a los efectos del apartado 1, por persecución se ha de entender “the intentional and severe deprivation of fundamental rights, contrary to international law, by reason of the identity of a group or collectivity”.

La literalidad del artículo 172.1 evidencia la voluntad del ARBH de ceñirse a las previsiones del ECPI, probablemente ante la convicción de que éste era el texto de referencia en lo que a la tipificación consuetudinaria de la categoría se refiere, añadiendo de esta forma un elemento para afianzar esta afirmación. Sin embargo, los términos en que se tipifica la persecución difieren en algunos aspectos de las previsiones del ECPI, lo que permite una vez más poner en tela de juicio que la tipificación contenida en este último refleje el Derecho internacional consuetudinario en ese punto.

A priori, hay que excluir sin embargo que las diferencias en la tipificación del artículo 172.1.h) busquen realmente distanciarse del espíritu del artículo 7.1.h) ECPI,

³⁷³ SHRAGA, D., “The Second Generation UN-Based Tribunals: A Diversity of Mixed Jurisdictions”, en: ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. & KLEFFNER, J. K., *Internationalized...*, cit., p. 35. La traducción al inglés de la versión consolidada del Código Penal bosnio está disponible en la página web de la CBH: http://www.sudbih.gov.ba/files/docs/zakoni/en/Criminal_Code_of_BH_eng.pdf (consultada el 15/1/10).

³⁷⁴ ARBH, *Decision Enacting the Law on Amendment to the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina*, 24 de enero de 2003.

pues aquél reproduce los términos de este último, respetando incluso la exigencia del nexo con otros crímenes. Pero es en este punto donde uno y otro instrumento se separan, y lo hacen de tal forma que más bien se diría que la divergencia en cuanto a los efectos jurídicos derivados de una y otra previsión es accidental, fruto de una voluntad de dar coherencia a los contenidos del Código Penal. Así, el artículo 172.1.h) dispone que la persecución se apreciará en conexión con cualquier delito recogido en el propio artículo 172, cualquier delito recogido en el Código o cualquier delito que entre dentro de la competencia de la CBH, y aunque parece buscarse la analogía con el ECPI, lo cierto es que el resultado es muy diferente. Y es que con esa precisión se expanden considerablemente las posibilidades de apreciar el crimen contra la humanidad de persecución, que ya no dependerá de que se cometa otro crimen contra la humanidad o, en general, otro crimen de Derecho internacional, sino que también podrá verificarse cuando se cometa cualquier otra conducta tipificada como crimen en el Código Penal bosnio, o incluso cuando se cometan infracciones de carácter civil o administrativo de las que pueden caer bajo la competencia de la División Administrativa. En consecuencia, se ha de concluir que el crimen contra la humanidad de persecución, tal y como está tipificado en el Código Penal bosnio, se podrá apreciar siempre que se haya producido una infracción de normas jurídicas tanto penales como civiles y administrativas.

Ésta parece ser una solución a medio camino entre la flexibilidad mostrada por el TPIY a la hora de apreciar el crimen contra la humanidad de persecución y el carácter restrictivo del artículo 7.1.h) ECPI, pues la persecución se vincula en general a la comisión de actos ilícitos, de manera que prácticamente cualquier comportamiento ilegal puede llegar a constituir una persecución si supone una privación discriminatoria de derechos fundamentales, y merecerá además la calificación de crimen contra la humanidad si los hechos se enmarcan en el contexto de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra cualquier población civil y se tiene conocimiento de dicho ataque.

La jurisprudencia de la CBH en casos relativos a crímenes contra la humanidad de persecución son muy abundantes, debido en gran medida a que una de sus funciones más destacables es enjuiciar casos remitidos por el TPIY³⁷⁵ -como parte de la estrategia

³⁷⁵ *Law on the transfer of cases from the ICTY to the Prosecutor's Office of BiH and the Use of evidence collected by ICTY in proceeding before the courts in BiH*, 14 de diciembre de 2002. Traducción al

de conclusión de las labores del TPIY³⁷⁶ para el año 2010³⁷⁷ - en los que están implicados presuntos criminales de perfil medio o bajo³⁷⁸, una vez que se ha confirmado el acta de acusación y antes de que se inicie el juicio³⁷⁹. Dadas las características del conflicto yugoslavo³⁸⁰ y las numerosas acusaciones por persecución como crimen contra la humanidad emitidas por la Fiscalía del TPIY, no sorprende que la CBH se tenga que pronunciar frecuentemente sobre casos de persecución. Su jurisprudencia en esta materia permite confirmar algunos desarrollos previos, pues generalmente sigue los criterios establecidos en sede del TPIY, aunque respetando las restricciones competenciales que le impone el Código Penal bosnio.

inglés en: http://www.sudbih.gov.ba/files/docs/zakoni/en/BH_LAW_ON_TRANSFER_OF_CASES_-_Consolidated_text.pdf (consultada el 15/1/10).

³⁷⁶ ONU, Doc. S/2002/678, *Carta de fecha 17 de junio de 2002, dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General*, 19 de junio de 2002, Anexo: "Report on the judicial status of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the prospects for referring certain cases to national courts", párr. 31-44, pp. 13-17; ONU, Doc. S/PRST/2002/21, 23 de julio de 2002.

³⁷⁷ ONU, Doc. S/2002/678, *cit.*, Anexo, párr. 75, p. 26; Doc. S/RES/1503 (2003), 28 de agosto de 2003, párr. 7.

³⁷⁸ ONU, Doc. S/2002/678, *cit.*, Anexo, párr. 31-32, pp. 13-14; HUMAN RIGHTS WATCH, *Looking for Justice. The War Crimes Chamber in Bosnia and Herzegovina*, vol. 18, n° 1(D), Human Rights Watch: New York, 2006, p. 4.

³⁷⁹ Rule 11 *bis* – Referral of the Indictment to Another Court (ICTY, Doc. IT/32/Rev.43, *Rules of Procedure and Evidence*, 24 de julio de 2009). En virtud de este mismo precepto se han remitido casos a otros tribunales estatales, como el Tribunal de Distrito de Zagreb, al que fueron transferidos Rahim Ademi y Mirko Norac (ICTY, *Prosecutor v. Rahim Ademi & Mirko Norac*, caso n° IT-04-78). Aunque ambos habían sido acusados de crímenes contra la humanidad de persecución en sede del TPIY (ICTY, *Prosecutor v. Rahim Ademi & Mirko Norac*, caso n° IT-01-46 & IT-01-76-I, acta de acusación consolidada, 27 de mayo de 2004, cargo 1, párr. 28-30), el 30 de mayo de 2008 Ademi fue absuelto de todos los cargos y Norac fue condenado sólo por crímenes de guerra (*vid.* la información sobre ambos casos disponible en www.trial-ch.org, consultada el 10/7/09). También se transfirió en 2007 la causa contra Vladimir Kovačević (ICTY, *Prosecutor v. Vladimir Kovačević*, caso n° IT-01-42/2) a Serbia.

³⁸⁰ *Vid. supra* introducción del apartado 3 y nota 278.