

XIV H/Vol
152 A

KAI AMBOS

LOS CRÍMENES DEL NUEVO DERECHO PENAL INTERNACIONAL



Ediciones Jurídicas
GUSTAVO IBÁÑEZ

Juristisches Seminar
der Georg-August-Universität
Göttingen

© KAI AMBOS
© EDICIONES JURÍDICAS GUSTAVO IBÁÑEZ C. LTDA.
Calle 13 No. 7-12 Teléfonos: 2847524 - 2835264 - 2835194
Bogotá, D.C. - Colombia
E-mail: ejgusiba@tutopia.com

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

ISBN: 958-8192-68-4

® 2004.

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
PRÓLOGO DEL DOCTOR EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT	11
PRESENTACIÓN	15
 PROBLEMAS SELECCIONADOS EN TORNO A LOS CRÍMENES MÁS GRAVES (CORE CRIMES) EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	
A. EL CRIMEN DE GENOCIDIO	19
I. HISTORIA JURÍDICA	19
II. <i>ACTUS REUS</i>	21
1. Los grupos protegidos	21
2. Las formas específicas del genocidio	23
a) Asesinar a los miembros del grupo	24
b) Causar daños corporales o mentales graves a los miembros del grupo ..	25
c) Someter intencionalmente al grupo a condiciones de vida cuya finalidad prevista sea causar su destrucción física total o parcial	27
d) Imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos en el grupo	28
e) Traslado forzado de los niños de un grupo a otro	29
f) La llamada "limpieza étnica": ¿otra forma de genocidio?	30
3. ¿Un elemento de contexto en el genocidio?	32
III. <i>MENS REA</i>	33
1. El elemento subjetivo general (dolo)	33
a) Matanza de los miembros de un grupo	34
b) Someter deliberadamente a un grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial	35

	PÁG.
c) Imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos en el grupo	36
d) Trasladar por la fuerza a los niños de un grupo a otro	36
2. El requisito de la intención especial	37
a) Consideraciones generales	37
b) Los elementos específicos de la intención especial	43
B. CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD	51
I. EL ELEMENTO DE CONTEXTO	51
1. Ataque sistemático o generalizado	51
a) Ataque	51
b) Generalizado o sistemático	52
2. Dirigido contra cualquier población civil	56
3. El nexo entre los actos individuales y el elemento de contexto	59
4. La mens rea	61
II. LOS ACTOS INDIVIDUALES	64
1. El estado mental exigido para los hechos delictivos individuales	64
2. Los actos individuales	65
a) Asesinato (Murder)	65
b) Exterminio	66
c) Esclavitud	67
d) Deportación o traslado por la fuerza	68
e) Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad	69
f) Tortura	71
g) Violación, esclavitud sexual, prostitución y embarazo forzado o esterilización obligada, o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable	72
h) Persecución	75
i) Desaparición forzada de personas	77
j) El crimen del apartheid	79
k) Otros actos inhumanos	79
C. CRÍMENES DE GUERRA	80
I. OBSERVACIONES GENERALES	80

	PÁG.
1. Estructura del Artículo 8 del Estatuto de la CPI	80
2. Existencia de un conflicto armado	83
3. La "internacionalización" de un conflicto armado	86
4. Diferentes formas de los conflictos armados no internacionales	88
5. Relación entre el conflicto armado y los crímenes individuales, particularmente los requisitos mentales	89
II. CRÍMENES INDIVIDUALES	98
1. En general	98
2. Crímenes internacionales versus crímenes no internacionales	99
3. Definición de crímenes de guerra	103

EL DERECHO ACTUAL SOBRE CRÍMENES EN CONTRA DE LA HUMANIDAD

I. EL ELEMENTO DE CONTEXTO	111
1. Fundamentos para la interpretación del elemento de contexto	111
a) La historia del elemento de contexto y el nexo de la guerra	113
b) El fundamento del elemento de contexto como principio de la interpretación	125
2. Elementos del elemento de contexto	128
a) Ataque sistemático o generalizado	128
b) Cualquier población	136
c) Civil	137
d) El elemento de la política	143
e) El acto individual y el elemento de contexto	156
f) Conocimiento del ataque	158
II. LOS ACTOS INHUMANOS INDIVIDUALES	167
1. El estado mental necesario en lo relativo a los ilícitos penales individuales	167

	PÁG.
2. Asesinato (s. 5.1(a))	171
3. Deportación o traslado forzado de poblaciones (sección 5.1(d))	190
4. Reclusión u otras privaciones graves de la libertad (sección 5.1(e))	195
5. Tortura sección 5.1 (f))	199
6. Persecución (sección 5.1(h))	205
7. Otros actos inhumanos (sección 5.1(k))	224

ANEXOS

ANEXO 1: LOS ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES EN CONTRA DE LA HUMANIDAD	229
ANEXO 2: SINOPSIS DE LA SECCIÓN 5 DE LA REGULACIÓN 15/2000 Y DEL ARTÍCULO 7 DEL ESTATUTO DE ROMA	235
LOS CRÍMENES EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES (Extractos)	241

PRÓLOGO

En uno de sus muchos artículos periodísticos publicados en el periódico *Combat*, ALBERT CAMUS afirmaba: "El siglo XVII fue el siglo de las matemáticas; el XVIII, el de las ciencias físicas; el XIX, el de la biología. Nuestro siglo XX es el siglo del miedo"¹. Aunque la afirmación de Camus debe ser matizada, por ejemplo, ante los inmensos logros de la ciencia y la tecnología del siglo pasado, resulta incontrovertible que la humanidad deja escrita en el siglo XX una historia marcada por guerras mundiales, etnocidios, *gulags* y *progroms*, armas de exterminio masivo y sangrientas dictaduras.

En su recuento del juicio de Eichmann, Hannah Arendt señalaba la "banalidad del mal", esto es, la falta de herramientas para analizar críticamente las acciones de un sujeto como las del líder nazi, y la tendencia a atribuir este tipo de fenómenos a imponderables históricos². El argumento de Arendt puede extenderse para afirmar que sin los mecanismos jurídicos creados para castigar actos de barbarie como los cometidos por Eichmann, el siglo XX se habría cerrado no sólo como el siglo del miedo –en términos de CAMUS–, sino como el siglo en el cual las diversas expresiones de la "maldad" humana habrían campeado tan libremente que, siguiendo a Arendt en este punto, se habría convertido en algo "banal". No obstante, ya al finalizar el siglo pasado estaban sentados sólidamente los cimientos del derecho penal internacional actual –especialmente los de la Corte Penal Internacional–, los cuales conforman el mecanismo más sofisticado con

¹ ALBERT CAMUS, "Ni Víctimas ni verdugos-El siglo del miedo", *Combat*, noviembre de 1948, en *Obras Completas*, Tomo II, Editorial Aguilar México, 1962, p. 381.

² Véase, *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford University Press, 1995, p. 47.

el que contamos hasta el momento para castigar de manera efectiva los "crímenes en contra de la humanidad".

ROBERT ALEXY sostiene que los derechos humanos, al ser reglas o normas para la esfera de la acción, "sólo pueden desenvolver su pleno vigor cuando se les garantiza a través de normas de derecho positivo, esto es, transformados en derecho positivo"³. La incorporación de estos derechos en las cartas de derechos fundamentales de las Constituciones nacionales es un camino que, pese a ser indispensable, no es suficiente. La positivización de estos derechos en un plano internacional era un vacío que entró a llenar el estatuto de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, es indispensable dar una serie de pasos orientados, primero, a comprender la dimensión de este estatuto, y en segunda instancia, a la aplicación efectiva del mismo. Es en el primer y decisivo aspecto, el del análisis y la explicación del nuevo derecho penal internacional, en el cual la academia jurídica internacional debe aunar esfuerzos.

Es precisamente ésta la labor que lúcida y perspicazmente desarrolla el profesor KAI AMBOS en el libro que el lector tiene en sus manos. En qué consiste y cuál es la dimensión del derecho penal internacional referido a los crímenes contra la humanidad es la pregunta que el lector podrá abordar en las páginas que siguen.

En el primer estudio incluido en este libro, KAI AMBOS desarrolla un análisis de los crímenes principales o más graves (*core crimes*) del Derecho Penal Internacional, tal como han sido codificados en los artículos 6 a 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Este primer estudio está dividido en tres grandes apartes. En el primero, dedicado al crimen de genocidio, el autor analiza a partir de los tres elementos constitutivos de este crimen (el *actus reus* o tipo objetivo, el *mens rea* o tipo subjetivo, y el elemento subjetivo especial), puntos tan relevantes como el de los

³ ROBERT ALEXY, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 93.

grupos protegidos, las formas específicas de genocidio –en el cual se incluye la interesante discusión en torno a la tipificación de la llamada "limpieza étnica"–, el elemento del dolo en la comisión del crimen de genocidio, y el debate alrededor de la intención especial en la comisión del hecho doloso.

El segundo aparte de este primer estudio analiza los crímenes contra la humanidad, distinguiendo entre los ataques sistemáticos o generalizados, y los actos individuales. La comisión múltiple de actos –no limitados a ataques militares– cometido por uno o diversos autores contra una gran cantidad de víctimas a través de una política (*policy*) o plan, es considerado como un ataque sistematizado o generalizado. Entre la variedad de actos individuales que configuran crímenes contra la humanidad y que son analizados por el profesor Ambos, encontramos el asesinato, el exterminio, la esclavitud y la tortura.

Por último, en el tercer acápite de este estudio, KAI AMBOS aborda los crímenes de guerra tal como quedaron consagrados en el Artículo 8 del CPI. Un punto a comentar es, como lo muestra el profesor Ambos, que el reconocimiento de estos crímenes como "crímenes de los conflictos armados" hace más inclusiva la tipificación, en tanto abarcaría crímenes cometidos tanto en conflictos internacionales como no internacionales. Sin embargo, Ambos muestra cómo pese a la creación de la categoría de "crímenes de conflictos armados", el artículo 8 del Estatuto del CPI mantiene un *enfoque dualista* que permite distinguir claramente entre "crímenes internacionales" y "crímenes no internacionales".

En el segundo estudio, KAI AMBOS y STEFFEN WIRTH analizan crímenes contra la humanidad tales como el asesinato, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, la persecución y otros actos inhumanos, en relación con los crímenes cometidos en Timor Oriental entre el 1 de enero y el 25 de octubre de 1999. Resulta importante destacar cómo los elementos de análisis ofrecidos por el autor en el primero de los estudios de este libro, resultan indispensables al momento de abordar la comisión de crímenes contra la humanidad en un contexto particular, tal como es el de Timor Oriental. La unidad de ambos estudios, pues, es más que

evidente, característica que no es muy común en libros con diversos trabajos.

Por último, el profesor AMBOS incluye un muy útil anexo en donde el lector podrá encontrar una enjundiosa e interesante sinopsis de los principales instrumentos internacionales en los que se incluyen crímenes contra la humanidad.

No sobra añadir que la relevancia y la necesidad de libros como éste no sólo han de verse desde un plano jurídico, sino también desde uno político y ético. La aplicación de las normas del derecho penal internacional es una de las herramientas con las que contamos para que el siglo XXI no sea un siglo del miedo. Pero la aplicación de estas normas debe pasar primero por el análisis y la ponderación del académico. Es ahí en donde aportes como los de KAI AMBOS resultan fundamentales. Se trata de un excelente libro, en el cual se exponen de forma seria y documentada los principales problemas relativos a los crímenes contra la humanidad.

KAI AMBOS es, sin duda, el profesor mas reconocido en Alemania e Hispanoamérica en los temas de derecho penal internacional. Prestigio que ha ganado con una meritoria trayectoria académica, que lo acredita como un científico muy destacado en la ciencia jurídica contemporánea.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado de la Corte Constitucional (Colombia)

Director del "Centro de Investigación
en Filosofía y Derecho", de la Universidad Externado de Colombia

PRESENTACIÓN

El derecho penal internacional consta de varias materias que conocemos también en nuestros sistemas penales nacionales: del derecho penal *material* con sus reglas sobre la imputación de conductas (la parte general) tipificados como crímenes internacionales (la parte especial); del derecho *procesal* penal internacional con sus reglas y sobre todo su jurisprudencia referente a la investigación de crímenes internacionales, del juicio, de las pruebas, de los recursos etc.; de las penas y su ejecución; del derecho de *cooperación* entre los Tribunales Penales Internacionales y los Estados etc., etc. En este libro nos ocupamos de la parte especial analizando los crímenes internacionales actualmente reconocidos: el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), aprobado en Roma en el año 1998 y entrado en vigencia el 1ero de julio de 2002 (para Colombia el 25 de noviembre de 2002), tipifica estos crímenes en los Art. 6 a 8.

El primer artículo es producto de un proyecto de investigación que se inició en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional y se continuará en la Universidad de Göttingen. El artículo justamente analiza los crímenes principales, tal como se hallan codificados en los Artículos 6 a 8 del Estatuto de Roma y examina algunos problemas específicos. Este análisis demostrará que dichos crímenes, si bien se codifican por primera vez en forma sistemática, aún generan múltiples y complejas cuestiones de interpretación, por lo que resulta necesario profundizar la reflexión y el desarrollo conceptual sobre los mismos. Algunos argumentos del trabajo fueron presentados por primera vez en la conferencia internacional "*International Criminal Law: Quo vadis?*", organizado por el Prof. Cherif Bassiouni en el *International Institute for Higher Studies in Criminal Science* (ISISC) en Siracusa, Italia, en diciembre de 2002.

El segundo artículo, preparado junto con STEFFEN WIRTH, antiguo investigador del Instituto Max Planck y hoy funcionario del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, presenta un análisis de los crímenes de guerra tomando como punto de partida el caso de Timor Oriental. De hecho, el trabajo es el resultado de un dictamen producido a solicitud de la Unidad de investigación de Crímenes Graves del Ministerio del Fiscal General de la Administración Transitoria de las Naciones Unidas para el Timor Oriental (UNTAET, por sus siglas en inglés: *Office of the Prosecutor General, Serious Crimes Investigation Unit, United Nations Transitional Administration for East Timor*) y fue publicado originalmente en inglés en la revista internacional *Criminal Law Forum* (tomo 13 de 2002, pp. 1 y ss.). El primer artículo algunas veces hace referencia a este trabajo original.

En un *anexo* se incluye la codificación de los crímenes en los instrumentos internacionales desde Nuremberg a Roma. Esta compilación es de difícil acceso y por primera vez se presentan todas las normas en castellano. Los documentos actuales de la Corte Penal Internacional, en particular, los Elementos de los Crímenes, pueden ser consultados fácilmente en la página web de Naciones Unidas <www.un.org/law/icc>. Para un análisis más profundo de todo el proceso post-Roma y de los documentos aprobados referimos el lector interesado a la obra "La nueva justicia penal supranacional", publicado en España por Tirant lo Blanch (2002) bajo la coordinación del mismo autor. Para una comparación del derecho nacional de los Estados latinoamericanos con el Estatuto de Roma, sobre todo en la parte especial, puede el lector consultar la obra "Persecución penal de crímenes internacionales en América Latina y España", coordinado por el autor con Ezequiel Malarino y publicado por el programa de Estado de Derecho para América del Sur de la Fundación Konrad-Adenauer con sede en Montevideo, Uruguay (e-mail: rspkas@adinet.com.uy) en el año 2003. En este libro se incluyeron tablas que presentan una comparación del derecho nacional y del Estatuto de Roma referente a los crímenes internacionales.

Me resta agradecer a varias personas que colaboraron en la publicación de este texto. En primer lugar, me complace mucho que el Prof. Eduardo

Montealegre, magistrado de la Corte Constitucional y eminente colega, se tomó tiempo para escribir un prólogo. Conociendo su agenda y sabiendo de las múltiples obligaciones de un magistrado de la Corte Constitucional en Colombia le estoy sumamente agradecido. Agradezco también a Oscar Julián Guerrero que revisó el texto y a Gloria Bernal como mi punto de contacto con el editor. El mismo, Gustavo Ibáñez, trabajó como siempre responsable y puntualmente.

KAI AMBOS
Göttingen, Alemania
enero de 2004

**PROBLEMAS SELECCIONADOS EN TORNO A LOS CRÍMENES
MÁS GRAVES (CORE CRIMES)
EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL***

KAI AMBOS**

RESUMEN

Este trabajo, que forma parte de un proyecto de investigación más amplio del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional,¹ analiza los crímenes principales, tal como se hallan codificados en los Artículos 6 a 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y examina algunos problemas específicos. Este análisis demostrará que dichos crímenes, si bien se codifican por primera vez en forma sistemática, aún generan múltiples y delicadas cuestiones de interpretación, por lo que resulta necesario profundizar la reflexión y el trabajo de desarrollo conceptual de dichos crímenes.

A. EL CRIMEN DE GENOCIDIO

I. HISTORIA JURÍDICA

La figura del genocidio se desarrolló de una categoría de crímenes contra la humanidad a un crimen autónomo después de la Segunda Guerra Mundial.² Gracias a la definición del crimen de genocidio en la Convención

* Traducción de Marta Donís. Revisión de Roberto Andorno (Göttingen) y del autor. Agradecemos también la ayuda de Benjamín von Engelhardt.

** Catedrático de derecho penal, derecho procesal penal, derecho comparado y derecho penal internacional de la Universidad de Göttingen (Alemania); consultor del Instituto Max Plank de Derecho Penal Extranjero e Internacional.

¹ Véase <<http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/referate/sach/instraf.html>>. Tanto Johanna Rinceanu como Tobias Wenning son investigadores de este proyecto y han hecho valiosas aportaciones al presente artículo.

² Cassese, en Cassese *et al.* (eds.), *The Rome Statute of the ICC*, 3 vols., vol. 1, 2002, pp. 336-7, 339-40; Mettraux. "Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the ICTY and ICTR", en *Harv. Int'l. J.*, núm. 43, 2002, pp. 237, 302-6; Ambos y Wirth. "The Current Law of Crimes against Humanity", en *Crim. L. F.*, núm. 13, 2002, pp. 1, 2-13.

sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, de 9 de octubre de 1948,³ y a su incorporación en los Estatutos de los Tribunales penales *ad hoc*, creados por el Consejo de Seguridad para juzgar a los acusados de genocidio y de otros crímenes en la ex Yugoslavia y Ruanda,⁴ así como en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, existe un fundamento generalmente aceptado para la persecución de este "crimen de los crímenes".⁵ No obstante, la aplicación de la definición sigue planteando una multitud de problemas. A pesar de lo sostenido en parte de la jurisprudencia,⁶ el genocidio puede caracterizarse por tres elementos constitutivos:⁷

- el *actus reus* (tipo objetivo) del delito, compuesto por uno o varios de los actos enumerados en el Artículo 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI; *cf. infra*, II.);
- la correspondiente *mens rea* (tipo subjetivo), como se describe en el Artículo 30 del mismo Estatuto (III. 1.);
- la intención de destruir parcial o totalmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso como de un elemento subjetivo especial (III.2.).

³ 78 UNTS, 277 (1951), entró en vigor el 12 de enero de 1951.

⁴ Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY-Statute): Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en lo sucesivo, Estatuto del TPIY), UN Doc. S/RES/827 (1993), anexo; Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR-Statute): Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en lo sucesivo Estatuto del TPIR), UN Doc. S/RES/955 (1994), anexo.

⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, UN Doc. A/CONF.183/9, tal como se adoptó el 17 de julio de 1998 (en lo sucesivo Estatuto de la CPI).

⁶ En *Prosecutor vs. Krstic*, Judgement of 2 August 2001 (IT-98-33-T), par. 542, la Sala de Primera Instancia I del TPIY afirma que sólo existen dos elementos, a saber: el *actus reus* y la intención de destruir. Coinciden *Prosecutor vs. Kayishema y Ruzindana*, Judgement of 21 May 1999 (ICTR-95-1-T), par. 90.

⁷ Conc. Triffterer, "Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such", en *Leid. Journ. Int'l. L.*, núm. 14, 2001, pp. 399 y ss.; *Prosecutor vs. Bagilishema*, Judgement of 7 June 2001 (ICTR-95-1A-T), pars. 56, 60.

II. ACTUS REUS

1. LOS GRUPOS PROTEGIDOS

Aún cuando se ha criticado con frecuencia⁸, actualmente se ha convenido en que los grupos *políticos, económicos y culturales* se dejaron intencionalmente de lado cuando se redactó la Convención sobre el Genocidio.⁹ Si bien ello se desprende claramente de los *travaux* como expresión de la voluntad de las Partes, también puede deducirse del concepto de "grupo como tal", que sólo comprende los grupos "estables" y los distingue de los "móviles", es decir, los de tipo político, económico y cultural.¹⁰ Ésta es esencialmente la posición que puede encontrarse en diversos juicios de los Tribunales *ad hoc*:

En *Akayesu*, una de las Salas de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) se refirió a los "grupos estables", esto es, a aquellos "constituidos de una manera permanente y con una pertenencia constante, determinadas por el nacimiento; los grupos más 'móviles' no se contemplan en ellos, ya que las personas se adhieren a los mismos mediante un compromiso individual voluntario, como los grupos políticos y económicos."¹¹ Un criterio común de los grupos protegidos por la

⁸ Ver esp. Van Schaak, *Yale L. J.*, núm. 106, 1997, p. 2259. Véase asimismo Cassese, *supra*, n. 2, p. 336; Heintze, "Zur Durchsetzung der UN-Völkermordkonvention", en *Humanitäres Völkerrecht (HuV-I)*, núm. 13, 2000, pp. 225, 227; Gómez-Benítez, "El exterminio de grupos políticos en el Derecho Penal Internacional...", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 4, 2000, pp. 147 y esp. 148 y ss.; Sunga, "The Crimes within the Jurisdiction of the ICC" (parte II, arts. 5-10), *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.*, núm. 6, 1998, pp. 377, 383, quien señala que tener sistemáticamente en la mira un grupo con base en la nacionalidad, la etnia, la raza o la religión, encierra un potencial mucho mayor para las violaciones masivas, por la simple razón de que las víctimas elegidas pueden apartarse del resto de la población con especial facilidad, en vista de su diferencia relativamente inmutable.

⁹ Cf. Schabas, en Triffterer (ed.), "Commentary on the Rome Statute of the ICC", 1999, Art. 6, mn. 6.

¹⁰ CASSESE, *supra*, n. 2, p. 345; crít. Ntanda Nsereko, en McDonald y Swaak-Goldman, *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, vol. I, 2000, pp. 113, 130, quien advierte que es inconsistente incluir los grupos religiosos y excluir los políticos, puesto que en ambos casos pertenecer a los mismos "es cuestión de voluntad o elección" ["...is a matter of will or choice"].

¹¹ Todos las citas de la jurisprudencia del TPIR y del TPIY son una traducción del original inglés: ["...constituted in a permanent fashion and membership of which is determined by birth, with the exclusion of the more 'mobile' groups which one joins through individual voluntary commitment, such as political and economic groups"]. *Prosecutor vs. Akayesu*, Judgement of 2 September 1998 (ICTR-96-4-T), par. 511.

Convención es que “los miembros de los grupos no cuestionan normalmente su pertenencia a los mismos, pues son parte de ellos automáticamente por nacimiento de forma continua y a menudo irremediable.”¹² De modo parecido, en *Rutaganda* se estableció que los grupos políticos y económicos se excluyeron de los grupos protegidos, porque se consideran “grupos móviles”.¹³ En *Jelusic*, una de las Salas de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) se refirió a los grupos “estables”, “que se definen objetivamente y a los que pertenecen los individuos a pesar de sus propios deseos”, por lo que se dejó de lado a los grupos políticos.¹⁴

Asimismo, la resolución *Jelusic* invocó explícitamente por primera vez un criterio supuestamente *subjetivo* –y no uno *objetivo*– para definir si un grupo es nacional, étnico, etcétera.¹⁵ Dado que sería un “ejercicio arriesgado” delimitar un grupo con criterios puramente objetivos y científicamente irreprochables, es “más apropiado” evaluar su estatus desde la perspectiva de las personas “que desean distinguir a ese grupo del resto de la comunidad”¹⁶, esto es, para los supuestos autores del crimen. Este criterio se remite a la resolución *Kayishema* del TPIR, en la que una de las Salas de Primera Instancia distinguió entre la “autoidentificación” de un grupo y su “identificación por parte de otros”.¹⁷ No obstante, en el juicio paralelo *Rutaganda*, este criterio se entendió de un modo más restringido; así, aun cuando se reconoció que la pertenencia es esencialmente un concepto subjetivo, también se afirmó que no basta con una “definición subjetiva única”.¹⁸ Finalmente, en el muy reciente juicio

¹² “[...membership in such groups would seem to be normally not challengeable by its members, who belong to it automatically, by birth, in a continuous and often irremediable manner”]. *Ibid.*, par. 70.

¹³ *Prosecutor vs. Rutaganda*, Judgement of 6 December 1999 (ICTR-96-3-T), par. 56.

¹⁴ “[...objectively defined and to which individuals belong regardless of their own desires ...”]. *Prosecutor vs. Jelusic*, Judgement of 14 December 1999 (IT-95-10-T), par. 69.

¹⁵ *Ibid.*, par. 70.

¹⁶ “... who wish to single that group out from the rest of the community”.

¹⁷ *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 98.

¹⁸ *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, pars. 55-6.

Krstic, la primera condena del TPIY relativa al genocidio, el criterio subjetivo prevaleció de nuevo al identificar el grupo en cuestión mediante su estigmatización por los autores.¹⁹ Aunque es dudoso que el enfoque subjetivo contribuya a una mayor certidumbre jurídica, desde un punto de vista puramente técnico puede afirmarse que es consecuencia de la estructura del delito de genocidio como crimen de intención especial (véase *infra*, II. 2.); ya que si el elemento dominante del delito es la intención especial del autor de destruir determinado grupo, esto es, su estado de ánimo respecto del mismo, el grupo puede también definirse según dicho estado de ánimo, es decir, desde la perspectiva subjetiva del autor.²⁰

En resumen: los grupos políticos, económicos y culturales no están protegidos por la Convención ni por las disposiciones de los Estatutos de los Tribunales Internacionales. La laguna puede llenarse, sin embargo, con el crimen de persecución como crimen contra la humanidad según el Art. 7 (2) (g) que, de cualquier manera, ya se había utilizado en algunos casos para castigar el exterminio de judíos y de otros grupos étnicos o religiosos en la Alemania nazi.²¹ Volveremos sobre este crimen más adelante (B. II. 2. h).

2. LAS FORMAS ESPECÍFICAS DEL GENOCIDIO

El Estatuto de la Corte Penal Internacional ha catalogado en el Artículo 6 las siguientes formas específicas de genocidio: a) matar a miembros del grupo; b) lesionar gravemente la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) someter intencionalmente el grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) imponer medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;

¹⁹ *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 557. En el par. 556 los “criterios científicamente objetivos” fueron considerados “...inconsistentes con la finalidad de la Convención”. (“inconsistent with the object and purpose of the Convention”).

²⁰ Para el mismo punto de vista, aunque sin dar una fundamentación, véase Gómez-Benítez, *supra*, n. 8, p. 149.

²¹ Cassese, *supra*, n. 2, p. 336.

e) trasladar por la fuerza niños de un grupo a otro. Esta lista es exhaustiva y, por consiguiente, impide que los Estados la extiendan a otras formas de genocidio.²² Esto también es aplicable a la denominada “limpieza étnica” (véase *infra*, f)).

Las víctimas de los actos específicos deben ser miembros del grupo nacional, racial, étnico o religioso, que constituye el *objetivo* del genocidio en cuestión.²³ Aun cuando es evidente que, desde un punto de vista subjetivo, el autor de un crimen semejante debe *pretender o buscar* la destrucción de una cantidad apreciable de miembros del grupo, objetivamente sólo se requiere que ataque con éxito a por lo menos a dos de ellos. La estructura del delito de genocidio, como crimen de intención, incluso admite el punto de vista de que los autores sólo maten, etcétera—objetivamente—a un miembro del grupo.²⁴ No obstante, el problema que presenta esta interpretación es que los actos fundamentales se refieren a los *miembros del grupo* (par. (a) y (b) y a los *niños de éste* (par. e)) en plural; en otros términos, una interpretación estricta exige, objetivamente, que haya dos víctimas por lo menos.²⁵

a) Asesinar a los miembros del grupo

El *actus reus* del acto de “asesinar a los integrantes del grupo”²⁶ no suscita mucha polémica. Los *Elementos de los Crímenes*, instrumento subsidiario

²² Ntanda Nsereko, *supra*, n. 4, p. 128; Boot, *Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes nullum Crimen sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the ICC*, 2002, par. 415; para el genocidio cultural, véase *infra*, III. 2. b)(i).

²³ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 712: “... tales actos, como se cometieron contra la víctima V, fueron por consiguiente perpetrados contra un hutu, por lo que no pueden constituir un crimen de genocidio contra el grupo tutsi”.

²⁴ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 521; Ntanda Nsereko, *supra*, n. 10, pp. 125–6; Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge, 2000, p. 158; el Art. 6 de los *Elementos de los Crímenes*, tal como se adoptó en el primer período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes (3 al 10 de septiembre de 2002) – ICC-ASP/1/3, establece como el primer elemento de todas las cinco alternativas el siguiente: “Que el autor haya dado muerte (etcétera) a una o más personas”.

²⁵ Conc. CASSESE, *supra*, n. 2, p. 345.

²⁶ Los escritos y la jurisprudencia pertinentes se concentran, por lo tanto, en el lado subjetivo de esta opción. Véase, por ejemplo, Schabas, *supra*, n. 24, pp. 157, 158, 441, 442; Boot, *supra*, n. 22, pp. 441–443 e *infra*, III. 1. a).

al Estatuto (Art. 9), declaran: “Que el autor haya dado muerte (etcétera) a una o más personas.”²⁷ Una nota a pie de página agrega que el término “dado muerte” es intercambiable con el de “causado la muerte”,²⁸ lo cual se halla respaldado por la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*.²⁹ La causación de la muerte se lleva a cabo generalmente mediante asesinatos masivos, incendios de casas pertenecientes a quienes forman parte del grupo, destrucción de la infraestructura y de otros sistemas para el sustento de la vida, así como conduciendo por la fuerza a los miembros del grupo a campos denominados “protegidos” o de concentración, donde los asesinan en masa o los dejan morir.³⁰

b) Causar daños corporales o mentales graves a los miembros del grupo

Según el juicio *Eichmann*, los siguientes actos pueden constituir un daño corporal o mental serio: “la esclavitud, inanición, deportación, persecución y el arresto de individuos en guetos, campos transitorios y de concentración, en condiciones cuyo fin sea causar su degradación, la privación de sus derechos como seres humanos y para eliminarlos y provocarles un sufrimiento y una tortura inhumanos.”³¹ La Sala de Primera Instancia del TPIR considera que causar “daños físicos o mentales graves, sin limitarse a los mismos, equivale a infligir actos de tortura, físicos o mentales, trato inhumano o degradante, persecución”, lo mismo que actos de violencia sexual, violaciones, mutilaciones e interrogatorios,

²⁷ *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24, Art. 6(a).

²⁸ *Ibid.*, n. 2.

²⁹ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 500; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 50; *Prosecutor vs. Musema*, Judgement of 27 January 2000 (ICTR-96-13-T), par. 155.

³⁰ Véase Ntanda Nsereko, *supra*, n. 4, p. 128.

³¹ “[...] the enslavement, starvation, deportation and persecution and the detention of individuals in ghettos, transit camps and concentration camps in conditions which were designed to cause their degradation, deprivation of their rights as human beings and to suppress them and cause them inhumane suffering and torture”. *The Israeli Government Prosecutor General vs. Adolf Eichmann*, Jerusalem District Court, 12 de diciembre de 1961, en *International Law Reports (ILR)*, vol. 36, 1968, p. 340.

combinados con golpizas y/o amenazas de muerte.³² En *Krstic*, la Sala de Primera Instancia I declara que "el trato inhumano, la tortura, la violación, el abuso sexual y la deportación están entre los actos que pueden causar serios daños físicos o mentales".³³ "Causar un daño mental serio" puede implicar que se fuerce a los miembros del grupo elegido a consumir estupefacientes con el fin de debilitarlos mentalmente.³⁴

La expresión "daños físicos o mentales graves" da pie a que surjan opiniones divergentes en cuanto a la *seriedad del daño* infligido a tales individuos. ¿Tiene que ser el daño permanente e irremediable? Mientras que al parecer existe acuerdo en que el daño físico *no necesita ser permanente*, se ha discutido mucho en lo concerniente al daño mental.³⁵ El juicio *Krstic* observó "que un daño serio no necesita causar un perjuicio permanente e irremediable, sino que debe ir más allá de la infelicidad, la vergüenza o la humillación temporales. Debe ser de tal magnitud que cause un deterioro a largo plazo en la capacidad de la persona para llevar una vida normal y constructiva."³⁶ La Sala de Primera Instancia *Bagilishema* sostuvo que el "daño grave implica algo más que un perjuicio menor en las facultades mentales o físicas, aunque no es necesario que llegue al daño permanente o irremediable."³⁷ La jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* determina la gravedad según el caso.³⁸

³² ["serious bodily or mental harm, without limiting itself thereto, to mean acts of torture, be they bodily or mental, inhumane or degrading treatment, persecution"]. *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, pars. 504, 706, 707; de igual parecer son *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 108; *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 59.

³³ ["...inhuman treatment, torture, rape, sexual abuse and deportation are among the acts which may cause serious bodily or mental injury"]. *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 513.

³⁴ NTANDA NSEREKO, *supra*, n. 4, p. 129.

³⁵ SCHABAS, *supra*, n. 24, p. 162.

³⁶ ["...that serious harm need not cause permanent and irremediable harm, but it must involve harm that goes beyond temporary unhappiness, embarrassment or humiliation. It must be harm that results in a grave and long-term disadvantage to a person's ability to lead a normal and constructive life"]. *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 513.

³⁷ ["...serious harm entails more than minor impairment on mental or physical faculties, but it need not amount to permanent or irremediable harm"]. *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 59.

³⁸ *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, pars. 108-113; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 51; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 156; *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 513.

No tiene importancia si el daño físico o mental impuesto a los miembros del grupo sea suficiente para amenazar la destrucción del mismo.³⁹ Semejante requisito iría más allá de las sencillas palabras del texto; y tal interpretación del Estatuto de Roma tampoco está respaldada por los *travaux préparatoires*, además de que confundiría los requisitos del *actus reus* con los de la *mens rea*.⁴⁰

c) *Someter intencionalmente al grupo a condiciones de vida cuya finalidad prevista sea causar su destrucción física total o parcial*

Esta forma de genocidio hace referencia a la destrucción de un grupo por medio de una "muerte lenta".⁴¹ Entre los métodos utilizados pueden mencionarse la denegación de nutrientes (comida y agua) a sus integrantes, la expulsión sistemática de sus casas y la reducción de los servicios médicos esenciales por debajo del nivel vital mínimo, así como someterlos a un trabajo excesivo o a un esfuerzo físico extenuante.⁴² Es evidente que no es preciso que tales métodos maten inmediatamente a cualquiera de ellos, pero deben (subjettivamente) estar calculados para que, en última instancia, los aniquilen físicamente.⁴³ Según la jurisprudencia alemana, basta con que los métodos sean (objetivamente) apropiados (*geeignet*) para destruir el grupo. No obstante, esta interpretación se basa en una

³⁹ SCHABAS, *supra*, n. 9, Art. 6, mn. 10; *id.*, *supra*, n. 24, p. 161; Boot, *supra*, n. 22, par. 417; sin embargo, véase el *Report of the ILC on the Work of its Forty-Eighth Session*, 6 de mayo al 26 de julio de 1996, UN Doc. A/51/10, p. 91.

⁴⁰ SCHABAS, *supra*, n. 9, Art. 6, mn. 10; *id.*, *supra*, n. 24, p. 161.

⁴¹ NTANDA NSEREKO, *supra*, n. 10, p. 129, da un ejemplo clásico: "cuando los alemanes llevaron a los hereros de Namibia al árido y seco desierto de Omaheke, y cuando después los encerraron con un cordón de 250 kilómetros, se volvió imposible que alguien escapara de ahí" (cita de Horst Drechsler, *Let us die fighting: Struggle of the Herero and the Nama against German Imperialism (1884-1915)*, Londres, 1980, p. 156, quien refiere las consecuencias como sigue: "Este cordón se mantuvo hasta mediados de 1905 aproximadamente. La mayoría de los hereros hallaron una muerte lenta, agonizante. El estudio del general Staff mencionó que los omaheke habían sometido a los hereros a un destino peor que el que ninguna arma alemana podría jamás haber hecho, por muy cruenta y costosa que hubiese sido la batalla").

⁴² *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 506; *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, pars. 115, 116; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 52; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 157.

⁴³ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 505.

traducción errónea de la expresión "finalidad prevista para" ["calculated to"] al término alemán *geeignet*, que sólo exige actos que causen un peligro abstracto para los intereses jurídicos protegidos.⁴⁴ Los Tribunales *ad hoc* y los *Elementos de los Crímenes* guardan silencio al respecto.⁴⁵ La Comisión Preparatoria rechazó la propuesta estadounidense, que exigía "que las condiciones de vida contribuyeran a la destrucción física de ese grupo".⁴⁶ El juicio en el caso *Kayishema* propuso que el Artículo 2 (2)(c) del Estatuto del TPIR se aplicara a aquellas situaciones que *probablemente* causaran la muerte haciendo caso omiso de si ésta ocurre realmente,⁴⁷ lo cual se asemeja al planteamiento alemán.

d) Imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos en el grupo

Las palabras "imposición de medidas" indican la necesidad de un elemento de coerción.⁴⁸ Impedir nacimientos en el grupo, acción también conocida como genocidio biológico, es un acto que se lleva a cabo negándole a aquél los medios para reproducirse. Entre las medidas utilizadas se cuentan la esterilización forzada de hombres y mujeres, la mutilación sexual, el control natal forzado, la separación de ambos sexos y la prohibición del matrimonio.⁴⁹ En el caso *Akayesu*, la Sala de Primera Instancia declaró que:

"en las sociedades patriarcales, donde la pertenencia a un grupo está determinada por la identidad del padre, un ejemplo de una medida destinada a impedir nacimientos en ese grupo es cuando, en una violación, un hombre de otro grupo deja embarazada deliberadamente

⁴⁴ Cf. AMBOS y WIRTH, en FISCHER, KREß y LÜDERS (eds.), *International and national Prosecution of Crimes under International Law*, Berlin, 2001, pp. 769 y 784-789.

⁴⁵ *Elements of Crimes*, *supra*, n. 24, Art. 6(c).

⁴⁶ ["...that the conditions of life contributed to the physical destruction of that group ..."]. Rückert y Witschel, en Fischer, Kreß y Lüder (eds.), *supra*, n. 44, 59, p. 68.

⁴⁷ *Prosecutor's Closing Brief*, 9 de octubre de 1998, p. 28 (itálicas agregadas).

⁴⁸ Boot, *supra*, n. 22, par. 422.

⁴⁹ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 507.

a una mujer del primero para hacer que ella dé a luz a un niño que, en consecuencia, no pertenecerá al grupo de la madre."⁵⁰

Además, la Sala observó que

"las medidas destinadas a impedir nacimientos dentro del grupo pueden ser físicas, pero también pueden ser mentales. Por ejemplo, la violación puede ser un acto cuya intención sea la de impedir nacimientos, pues la mujer violada se rehusará a procrear, del mismo modo en que los miembros de un grupo pueden ser inducidos a no procrear por medio de amenazas o traumas."⁵¹

e) Traslado forzado de los niños de un grupo a otro

Esta forma de genocidio es muy discutible. Como veremos más adelante,⁵² algunos estudiosos argumentan que la tendencia general y el objetivo de la ley de genocidio es proteger el derecho del grupo a formas de *existencia física*, pero no de orden cultural o de otro tipo. Las formas no físicas de la existencia de un grupo están protegidas (primordialmente) por el Derecho Internacional relativo a los derechos humanos y a los derechos de las minorías. De este modo, no pueden considerarse genocidas aquellos actos aparentemente dirigidos a destruir la *identidad* de un grupo pero que no destruyan físicamente a sus miembros. Aplicado al traslado forzado de niños, puede afirmarse que este acto lleva a la pérdida de la identidad cultural, ya que las criaturas se asimilan a otro grupo, pero no termina *per se* en la destrucción física del grupo. De hecho, cambiarlos de lugar es una forma

⁵⁰ ["...[i]n patriarchal societies, where membership of a group is determined by the identity of the father, an example of a measure intended to prevent births within a group is the case where, during the rape, a woman of the said group is deliberately impregnated by a man of another group, with the intent to have her give birth to a child who will consequently not belong to its mother's group".] *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 507.

⁵¹ [".....measures intended to prevent births within the group may be physical, but can also be mental. For instance, rape can be a measure intended to prevent births when the person raped refuses subsequently to procreate, in the same way that members of a group can be led, through threats or trauma, not to procreate".] *Ibid.*, par. 508.

⁵² Véase *infra*, III. 2. b) (i).

de genocidio cultural; por ello, llama la atención que los redactores hayan decidido excluir el genocidio cultural de los alcances de la Convención.⁵³ La Sala de Apelaciones consideró en el caso *Akayesu* que

“....al igual que en el caso de las acciones dirigidas a impedir nacimientos, el objetivo no es solamente el de castigar un acto directo de transporte físico forzado, sino también el de penar actos de amenazas o traumas que llevarían al transporte forzado de niños de un grupo a otro”⁵⁴.

Si la finalidad de trasladar a los niños de un grupo a otro es para someterlos al trabajo esclavo, ello equivaldría a imponerles condiciones de vida con el fin de causar su destrucción física, y ello recaería en la alternativa c), analizada con anterioridad⁵⁵.

f) La llamada “limpieza étnica”: ¿otra forma de genocidio?

La expresión “limpieza étnica” fue omitida deliberadamente en el Artículo 6 del Estatuto de Roma, por tanto, hablando técnicamente, no constituye genocidio.⁵⁶ La expresión “limpieza étnica” es relativamente nueva, y es difícil establecer su origen. Apareció en 1981 en los medios de comunicación yugoslavos cuando se hablaba en Kosovo de “territorios étnicamente limpios”,⁵⁷ y en 1992 en documentos de organismos internacionales. Desde entonces ha habido varios intentos de definirla.⁵⁸

⁵³ Boot, *supra*, n. 22, par. 422.

⁵⁴ [“...as in the case of measures intended to prevent births, the objective is not only to sanction a direct act of forcible physical transfer, but also to sanction acts of threats or trauma which would lead to the forcible transfer of children from one group to another”]. *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 509; coincide *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 118; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 54; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 159.

⁵⁵ NTANDA NSEREKO, *supra*, n. 10, p. 130.

⁵⁶ Pero la Asamblea General de la ONU manifestó en el párrafo 9 de su Resolución 47/121 de 18 de diciembre de 1992 lo siguiente: “en persecución de la abominable política de ‘limpieza étnica’, que es una forma de genocidio”.

⁵⁷ PETROVIC. “Ethnic Cleansing – An Attempt at Methodology”, en *EJIL*, núm. 5, 1994, pp. 342, 343.

⁵⁸ SCHABAS, *supra*, n. 24, p. 190.

Según el Informe de la Comisión de Expertos, la “limpieza étnica” comprende el asesinato, la tortura, el arresto y la detención arbitrarios, ejecuciones extrajudiciales y agresiones sexuales, aprisionar a la población civil, ataques militares deliberados o amenazas de ataque a civiles y en áreas civiles y destrucción injustificable de propiedades.⁵⁹ El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Tadeusz Mazowiecki, equipara la limpieza étnica a “purga sistemática de la población civil basada en criterios étnicos, con miras a obligarla a abandonar los territorios en que vive”.⁶⁰

Siempre se ha discutido si la limpieza étnica constituye genocidio.⁶¹ Si tomamos en conjunto las definiciones existentes, este ilícito se propone desplazar una población de un territorio dado con objeto de hacerla étnicamente homogénea. Con ello se persigue un objetivo diferente del genocidio, pues no pretende destruir el grupo.⁶² Si bien los actos materiales ejecutados para cometer estos crímenes pueden asemejarse a menudo, la diferencia principal entre ellos estriba en las diferentes intenciones específicas: mientras que la limpieza étnica persigue el propósito de desplazar una población, el genocidio se propone destruirla.⁶³ Así, es

⁵⁹ Primer Informe Intermedio de la Comisión de Expertos, 10 de febrero de 1993, UN Doc. S/25274 (1993), par. 56.

⁶⁰ Sexto Informe periódico sobre la situación de los derechos humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia presentado por el Sr. Tadeusz Mazowiecki el 21 de febrero de 1994, E/CN.4/1994/10, par. 283. El Fiscal del TPIY definió la limpieza étnica como “una práctica que implica que, en un territorio dado, se actúa de tal manera que se elimina a los miembros de determinado grupo étnico. Tal práctica pretende que tal y tal territorio sean, como los autores deseaban, étnicamente puros. En otras palabras: que ese territorio ya no contendría más que a los miembros del grupo étnico que tomó la iniciativa de limpiar el territorio...” [“...a practice which means that you act in such a way that in a given territory the members of a given ethnic group are eliminated. It means a practice that aims at such and such a territory be, as they meant, ethnically pure. [I]n other words, that that territory would no longer contain only members of the ethnic group that took the initiative of cleansing the territory...”] *Prosecutor vs. Karadzic and Mladic*, Transcript of Hearing, 28 de junio de 1996 (IT-95-18-R61), p. 128. Cassese, *supra*, n. 2, p. 338, define la “limpieza étnica” como la “la expulsión por la fuerza de civiles pertenecientes a un grupo en particular de una zona, aldea o pueblo” [“...forcible expulsion of civilians belonging to a particular group from an area, village, or town”].

⁶¹ Sobre este debate, véase asimismo Jones. *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2ª ed., 2000, pp. 99-102; Schabas, *supra*, n. 9, Art. 6, mn. 8.

⁶² SCHABAS, *supra*, n. 24, p. 199.

⁶³ *Ibid.*, p. 200.

evidente que la "limpieza étnica" no tiene que ser por sí misma equivalente al genocidio,⁶⁴ aunque por supuesto sigue siendo objeto de pena como crimen contra la humanidad y como crimen de guerra.

3. ¿UN ELEMENTO DE CONTEXTO EN EL GENOCIDIO?

Aun cuando el texto del Artículo 6 del Estatuto de la CPI no exige claramente un elemento de contexto, los *Elementos de los Crímenes* manifiestan al final de cada una de las definiciones de las formas específicas de genocidio lo siguiente:

"Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción."⁶⁵

Asimismo, el *Oberlandesgericht* (Tribunal Superior del Land) de Düsseldorf arguyó en *Jorgic* que, para hablar de genocidio, se requiere una "conducción centralizada y organizada estructuralmente".⁶⁶ El Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) adoptó el mismo punto de vista.⁶⁷ Pese a que este requisito estará presente en la mayor parte de los casos, el Derecho Internacional no lo exige, ni existe la necesidad de semejante elemento (adicional).⁶⁸ Así, los Tribunales *ad hoc* han afirmado repetida y correctamente que la existencia de un plan o de una política no es un ingrediente jurídico del crimen de genocidio y que solamente puede llegar a ser un factor importante para probar la

⁶⁴ CASSESE, *supra*, n. 2, p. 342.

⁶⁵ *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24.

⁶⁶ OLG Düsseldorf, Juicio de 26 de septiembre de 1997, 2 StE 8/96, mecanoscrito inédito (en los archivos del autor), p. 162 ("strukturell organisierte zentrale Lenkung"); sobre la jurisprudencia alemana, véase Ambos y Wirth, *supra*, n. 44, p. 769.

⁶⁷ BverfGE, Juicio de 12 de diciembre de 2000 – 2 BvR 1290/99, III. 4 a); disponible en www.bverfg.de/entscheidungen/frames/2000/12/12 = EuGRZ, 2001, pp. 76-82; crít. Ambos y Wirth, *supra*, n. 44, pp. 789-90.

⁶⁸ AMBOS y WIRTH, *supra*, n. 44, pp. 789, 790; Triffterer, *supra*, n. 7, pp. 406-408.

intención especial.⁶⁹ En consecuencia, los *Elementos* violan el Artículo 9(3) del Estatuto y por lo tanto, deben considerarse sin efecto.⁷⁰

III. MENS REA

1. EL ELEMENTO SUBJETIVO GENERAL (DOLO)

Según el Artículo 30 del Estatuto "una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen (...) únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen". A pesar de las complejas cuestiones implicadas en la interpretación de esta disposición y el elemento mental en el Derecho Penal en general,⁷¹ es suficiente para nuestros fines establecer que el "genocidio", *i.e.*, el encabezado y las diferentes formas de su comisión, debe perpetrarse con premeditación y conocimiento. En otros términos: en la intención y el conocimiento del autor de este crimen están comprendidos todos los elementos (materiales) del encabezado y el acto específico. De acuerdo con la jurisprudencia, el autor debe saber, por una parte, que la víctima es un miembro del grupo⁷² y, por otra, debe actuar con la intención de apoyar la destrucción del mismo.⁷³ En tanto que el primer requisito se refiere a la *mens rea* general,

⁶⁹ *Prosecutor vs. Jelusic*, Judgement of 5 July 2001 (IT-95-10-A), par. 48; *Prosecutor vs. Jelusic*, *supra*, n. 14, pars. 100, 101; *Prosecutor vs. Kayishema & Ruzindana*, Judgement of 1 June 2001 (ICTR-95-1-A), par. 138; *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 276.

⁷⁰ AMBOS y WIRTH, *supra*, n. 44, p. 790.

⁷¹ Véase para un análisis detallado Eser, en Cassese *et al.*, *supra*, n. 2, pp. 889 y ss.; Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlin, 2002, pp. 757 y ss.; Triffterer, *supra*, n. 7, p. 400.

⁷² *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 60; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 165; *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 61; *Prosecutor vs. Jelusic*, *supra*, n. 14, par. 66. Triffterer, *supra*, n. 7, p. 400, exige que se conozca a qué grupo pertenece la víctima, y que ésta sea "atacada por el autor con tal conocimiento de ese dato." ["...attacked in this capacity by the perpetrator."].

⁷³ Cf. *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 91: en consecuencia, por medio de su acto "el autor no [...] sólo manifiesta su odio hacia el grupo a que pertenece su víctima, sino que también comete este acto a sabiendas como parte de una intención de más amplio alcance para destruir [...] al grupo del que su víctima es miembro." ["the perpetrator does not [...] only manifest his hatred of the group to which his victim belongs but also knowingly commits this act as part of a wider-ranging intention to destroy the [...] group of which the victim is a member."].

puesto que la pertenencia al grupo es un elemento material bajo la modalidad de una circunstancia y, como tal, el autor debe estar consciente de ella (Art. 30(3) del Estatuto), la intención de promover la destrucción del grupo integra la intención especial, que se analizará más adelante (2.). El problema es que los Tribunales no distinguen precisamente entre la *mens rea general* y la intención especial como un elemento subjetivo especial (*subjektives Tatbestandsmerkmal*).⁷⁴

Si el autor del genocidio carece del conocimiento de una circunstancia, incurre normalmente en un error de hecho y con ello quedaría excluida la responsabilidad penal (Art. 32(1), Estatuto). Si, por ejemplo, el autor mata —objetivamente— a un judío, pero no sabe —subjetivamente— que la víctima pertenece a ese grupo religioso, actúa sin conocimiento de la circunstancia “miembro de un grupo religioso”, y este error “hace desaparecer el elemento de intencionalidad”, o, para ser más exacto, una parte del elemento subjetivo. De esta manera, el error de hecho es solamente la otra cara de la moneda de (la existencia) de la *mens rea*. Otro asunto, que traté en otro lugar, es si no es demasiado rígido declarar irrelevantes en principio todos los errores que no hacen desaparecer el elemento de intencionalidad (Art. 32(2), Estatuto).⁷⁵

a) *Matanza de los miembros de un grupo*

El término “matanza” (“killing”) es más amplio que el de “asesinato” (“murder”), ya que este último requiere, según algunos Derechos Nacionales, algo más que la intención de causar la muerte, a saber: la premeditación.⁷⁶ En cuanto a las versiones inglesa y francesa de la terminología de esta alternativa, la Sala de Primera Instancia *Kayishema* declaró “que casi no existe ninguna diferencia entre el término ‘matanza’... y ‘meurtre’...”⁷⁷; sin embargo, puesto que matanza (“killing”) o *meurtre*

⁷⁴ Véase *supra*, ns. 72 y 73.

⁷⁵ Véase Ambos, *supra*, n. 70, pp. 805 y ss (822–24).

⁷⁶ SCHABAS, *supra*, n. 24, p. 241; Boot, *supra*, n. 22, par. 416.

⁷⁷ [“that there is virtually no difference between the term ‘killing’ ... and ‘meurtre’ ...”]

deberían considerarse junto con la intención especial del genocidio, ambos conceptos exigen que la matanza sea intencional.⁷⁸ Otras Salas adujeron que “el concepto *matanza* comprende tanto la matanza intencional como la no intencional, mientras que el de *meurtre* se refiere exclusivamente a la matanza cometida con la intención de provocar la muerte...”⁷⁹. No obstante, estas Salas llegaron al mismo resultado al considerar que “siguiendo los principios del Derecho Penal, debe adoptarse la versión que favorezca más al acusado [es decir, el requisito de la intención]”.⁸⁰ Así pues, la matanza (“killing”) debe cometerse, según el Artículo 30 del Estatuto, de manera intencional aunque no necesariamente premeditada.⁸¹

b) *Someter deliberadamente a un grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial*

Al usar el término “deliberadamente” (“*deliberately*”), los redactores de la Convención deseaban expresar que esta forma específica de genocidio no solamente requiere que exista una intención general, sino un tipo de plan o deliberación previa dentro del significado del concepto francés de *préméditation*.⁸² Sin embargo, el término “deliberadamente” sólo se refiere, como lo muestran las traducciones española y francesa (“*intentionnelle*”, “intencional”), al requisito general de la intención.⁸³ De ahí que la expresión clave sea cuya finalidad,⁸⁴ que indica que la imposición de las condiciones indicadas deben ser el mecanismo principal utilizado para destruir el grupo, más bien que algún tipo de maltrato

⁷⁸ *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 104.

⁷⁹ [“the concept of killing includes both intentional and unintentional homicide, whereas *meurtre* refers exclusively to homicide committed with the intent to cause death”]

⁸⁰ [“...pursuant to the general principles of criminal law, the version more favourable to the Accused [i.e. the requirement of intent] must be adopted”]. *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, pars. 57 y 58; *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 501; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 50; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 155. Véase asimismo Ambos, *supra*, n. 71, pp. 795 y 796.

⁸¹ BOOT, *supra*, n. 22, par. 416.

⁸² ROBINSON. *The Genocide Convention: A Commentary*, 1960, p. 60; Schabas, *supra*, n. 24, p. 243.

⁸³ AMBOS y WIRTH, *supra*, n. 44, p. 785; Ambos, *supra*, n. 71, p. 796.

⁸⁴ Los *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24, ni siquiera mencionan esta expresión.

concomitante o incidental al crimen.⁸⁵ El TPIR establece como requisito que "los métodos de destrucción (...) se dirigen en última instancia a su destrucción física [de los miembros del grupo]".⁸⁶

c) Imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos en el grupo

Cualquiera de las medidas impuestas deben "tener el objetivo de" impedir nacimientos. No es necesario que el autor del genocidio haya tenido la intención de impedir los nacimientos por completo. Basta con que la finalidad de tales medidas sea evitarlos parcialmente.⁸⁷

Si bien los programas públicos de control natal están en realidad orientados a impedir nacimientos (en parte), no están comprendidos en la estipulación cuando son voluntarios, es decir, cuando no están sujetos a una presión o a una coerción indebida. Y aun cuando sean obligatorios, como es el caso de la política china de procrear solamente hijos únicos, no constituyen genocidio por cuanto sus autores no pretenden destruir un grupo.⁸⁸

d) Trasladar por la fuerza a los niños de un grupo a otro

Si esta alternativa se concibe como una forma de genocidio cultural,⁸⁹ puede argüirse que sólo es necesario referir la intención del autor a la destrucción del grupo en un sentido cultural y no necesariamente biológico.⁹⁰ Esto implicaría no obstante que la naturaleza de la intención especial dependiera de la forma esencial en que se cometiese el crimen. Como se verá más adelante,⁹¹ la naturaleza de la destrucción depende de

⁸⁵ SCHABAS, *supra*, n. 24, p. 243.

⁸⁶ ["...methods of destruction (...) are, ultimately, aimed at their [the group members'] physical destruction"]. *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 52; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 157; igualmente, *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 505.

⁸⁷ BOOT, *supra*, n. 22, par. 422.

⁸⁸ SCHABAS, *supra*, n. 24, pp. 244.

⁸⁹ Véase *supra*, II. 2. e).

⁹⁰ SCHABAS, *supra*, n. 24, pp. 245, 228-230.

⁹¹ Véase *infra* A. III. 2. b) (i).

la interpretación del término "destruir" y del interés u objeto protegido por el delito. Este enfoque es más convincente porque relaciona la conducta del autor con el crimen de genocidio como un todo y no sólo con la ejecución, a veces accidental, de una u otra alternativa.

2. EL REQUISITO DE LA INTENCIÓN ESPECIAL

a) Consideraciones generales

Para hablar de genocidio se requiere la intención "específica" o "especial"⁹² de destruir uno de los grupos protegidos. En el derecho consuetudinario, el concepto de intención especial se utiliza para diferenciar los delitos de "intención general", esto es, aquellos según los cuales no se precisa ningún nivel o grado determinado de intención. En la tradición del derecho continental, la intención especial corresponde al *dolus directus* de primer grado; es decir, destaca el elemento volitivo del *dolus*. Se ha dicho que un delito de intención especial requiere la ejecución del *actus reus* pero en asociación con una intención o un propósito que vaya más allá de la mera realización del acto (*überschießende Innentendenz*)⁹³; bien que consta de "una intención criminal agravada que debe existir además de la intención criminal que acompaña el delito fundamental"⁹⁴. Con todo, los detalles son sumamente polémicos. Si tomamos en serio la muy exitosa teoría cognoscitiva⁹⁵, el elemento volitivo ya no forma parte del *dolus eventualis* y, en consecuencia, la intención especial sólo implica un conocimiento (positivo) de los elementos constitutivos del *actus reus*.

⁹² TRIFFTERER, *supra*, n. 7, pp. 399, 400, considera que la expresión "intención genocida" respecto del requisito especial es "engañosa". El problema es que no existe otra expresión mejor.

⁹³ AMBOS, *supra*, n. 71, p. 789.

⁹⁴ SCHABAS, *supra*, n. 24, p. 218; Triffterer, *supra*, n. 7, p. 402: "los crímenes que se conocen por tener un elemento subjetivo extendido" ["... so-called crimes with an extended mental element"].

⁹⁵ "...an aggravated criminal intent that must exist in addition to the criminal intent accompanying the underlying offence". Véase Cassese, *supra*, n. 2, p. 338.

⁹⁶ Cf. la obra fundamental de Wolfgang Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 101-2, 255 y ss., 300 y ss. y *passim*.

Tal teoría es, en realidad o por accidente, el fundamento de diferentes y variados intentos de algunos escritores por disminuir el umbral subjetivo del genocidio utilizando una "interpretación fundada en el conocimiento" ("knowledge-based interpretation")⁹⁷. Esta última llevó asimismo a una propuesta durante las negociaciones de los *Elementos de los Crímenes* del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que sólo planteaban como requisito que el autor "supiera, o hubiera debido saber" que su conducta destruiría un grupo⁹⁸. Si bien dicha propuesta se rechazó al final, la disusión no termina aún, en virtud de que los seguidores de la interpretación fundada en el conocimiento argumentarán que no se trata de *reescribir* el delito de genocidio, sino sólo de *interpretar* correctamente el requisito de la intención especial.

En cuanto a la jurisdicción, en su primera resolución en *Akayesu*, el TPIR definió la "intención especial" como la "intención especial [...] que requiere que el autor procure producir claramente el acto."⁹⁹ o que "tenga la clara intención de causar el acto".¹⁰⁰ Un delito de intención especial está "caracterizado por una relación psicológica entre la consecuencia corporal y el estado mental del autor".¹⁰¹ En sentido parecido se expresó la Sala de Primera Instancia en el caso *Kambanda* respecto del "elemento del *dolus specialis*"¹⁰² y en *Kayishema* respecto del requisito de la "intención especial".¹⁰³

El TPIY adoptó una postura más sofisticada. En *Jelusic*, la intención especial se definió en relación con la naturaleza discriminatoria de los actos; en

⁹⁷ Ver GREENWALT, *Colum. L. Rev.* núm. 99, 1999, pp. 2259, 2265 y ss.; Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 231 y ss., 236 y ss.; Triffterer, *Festschrift Roxin*, 2001, pp. 1422, 1438 y ss. 1441 y ss.; Vest, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, 2002, p. 101; hay un resumen en Ambos, *supra*, n. 71, pp. 790-5.

⁹⁸ UN-Doc. PCNICC/1999/WGEC/RT.1.

⁹⁹ ["specific intention [...] which demands that the perpetrator clearly seeks to produce the act"]. *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 497.

¹⁰⁰ ["...have the clear intent to cause the offence"]; *Ibid.*, par. 518.

¹⁰¹ ["...characterized by a psychological relationship between the physical result and the mental state of the perpetrator"]; *Idem*.

¹⁰² *Kambanda*, Judgement of 4 September 1998 (ICTR 97-23-S), par. 16.

¹⁰³ *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 89.

otros términos: con la selección de las víctimas en función de su pertenencia a un grupo protegido.¹⁰⁴ En cuanto al grado de la intención exigida, la Sala rechaza de hecho una interpretación fundada en el conocimiento, presentada por la persecución penal, apegándose al requisito tradicional de la intención especial desarrollado por la Sala de Primera Instancia en el caso *Akayesu*.¹⁰⁵ En realidad, la Sala absuelve al acusado de genocidio porque "mató arbitrariamente, y no con la clara intención de destruir un grupo".¹⁰⁶ La Sala de Apelaciones ratificó el estrecho concepto de la intención especial de la Sala de Primera Instancia y descartó explícitamente la definición más amplia de la persecución penal, en la que se incluía el conocimiento.¹⁰⁷ En *Krstic*, en su primera condena relacionada con el genocidio, el TPIY diferenció "entre la intención individual del acusado y la intención implicada en la concepción y comisión del crimen".¹⁰⁸ De este modo la Sala se refiere, por una parte, al acto colectivo de genocidio motivado por la intención especial de destruir y que "debe poder distinguirse en el acto criminal mismo"¹⁰⁹ y, por otro lado, a los actos individuales de quienes participan en el acto colectivo de genocidio. En tanto que aquellos que forman parte del mismo pueden tener intenciones y motivos diferentes, para que sean procesados por genocidio cada uno de ellos debe compartir "la intención de que se lleve a cabo un genocidio".¹¹⁰ El propósito de la destrucción presupone que las víctimas fueron elegidas "a causa de su pertenencia a un grupo cuya destrucción se procuraba" ["...by

¹⁰⁴ *Prosecutor vs. Jelusic*, *supra*, n. 14, par. 67.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pars. 84 y ss. (86).

¹⁰⁶ ["... he killed arbitrarily rather than with the clear intention to destroy a group"]; *Ibid.*, par. 108.

¹⁰⁷ *Prosecutor vs. Jelusic*, *supra*, n. 14, pars. 41 y ss. (46: "[...] seeks to achieve the destruction [...]"] ["...persigue lograr la destrucción..."]). La Sala de Apelaciones también declaró (par. 45 con n. 81) que cuando utiliza la expresión *intención especial*, "esto no atribuye a esta expresión ningún significado que pueda tener en una jurisdicción nacional" ["it does not attribute to this term any meaning it might carry in a national jurisdiction"]. Sin embargo, esto no es ni útil ni verdadero, ya que la Sala no puede separar completamente el Derecho Penal Nacional del Internacional, y menos aún cuando están en juego los principios generales.

¹⁰⁸ ["... between the individual intent of the accused and the intent involved in the conception and commission of the crime"]; *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 549.

¹⁰⁹ ["... must be discernible in the criminal act itself"]; *Ibid.*

¹¹⁰ ["... the intention that a genocide be carried out"]; *Ibid.*

reason of their membership in the group whose destruction was sought"]. No es suficiente con que tan sólo se conozca tal pertenencia.¹¹¹ De igual modo, la posibilidad de prever o la probabilidad de destruir el grupo —en el sentido de la mencionada interpretación fundada en el conocimiento— no basta, en virtud de que, según la Sala, no queda claro si esta norma refleja el Derecho Consuetudinario y si aun así el genocidio deba entenderse, por lo tanto, en el sentido de abarcar sólo los actos “cuyo objetivo sea destruir todo el grupo o parte del mismo.”¹¹² De esta manera, la Sala sigue en realidad la jurisprudencia anterior. Asimismo, al igual que estos últimos, no analiza en detalle las propuestas concretas del enfoque fundado en el conocimiento, ni tampoco diferencia suficientemente entre los diferentes puntos de la doctrina.¹¹³

Es evidente que el problema principal en los casos de genocidio es *probar* la intención especial. La Fiscalía quiere superar este problema *reduciendo* el grado de intención exigido. Debe ser suficiente con que el acusado “haya deseado conscientemente” la destrucción del grupo o que “supiera que sus actos lo destruyan”.¹¹⁴ En otras palabras, como se ha dicho antes, la Fiscalía defiende lo que puede denominarse, desde el brillante artículo de Greenwalt,¹¹⁵ una “interpretación” o un “estándar fundado en el conocimiento” (“a knowledge based interpretation or standard”).

Sin embargo, la disminución de los requisitos mentales en los delitos constituye una forma dudosa de superar los problemas probatorios. En todo caso, no es la única. La otra posibilidad es de tipo procesal, es decir, hacer *inferencias* o sacar conclusiones de ciertos *indicios* basados en

¹¹¹ *Ibid.*, par. 561.

¹¹² [“... with the goal of destroying all or part of the group”.] *Ibid.*, par. 571 (las cursivas son del texto original).

¹¹³ *Ibid.*, La Sala cita en la n. 1276 a los autores que defienden otros conceptos muy diferentes.

¹¹⁴ “... ‘he knew his acts were destroying’ the group”. Cf. *Prosecutor vs. Jelusic*, *supra*, n. 69, par. 42; *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 569.

¹¹⁵ Ver *supra*, n. 97.

hechos y circunstancias objetivos, declaraciones de testigos, etcétera.¹¹⁶ La ausencia de pruebas directas, como la confesión de un acusado de que actuó con intención especial, fuerza a cualquier Tribunal, sea que opere nacional o internacionalmente, a analizar los indicios disponibles y probablemente a deducir a partir de ellos la intención especial del acusado. La jurisprudencia ya utilizó este método en la casi olvidada resolución del procedimiento de la Regla 61 (de la Reglas de Procedimiento y Prueba) en *Karadzic and Mladic*. La Sala de Primera Instancia del TPIY se refirió a “varios hechos”, como por ejemplo la doctrina política general que permitió el surgimiento de los actos específicos y el “efecto combinado de discursos y proyectos” (“combined effect of speeches or projects”) que fundamentaron los actos.¹¹⁷ La Sala en *Akayesu* aceptó este enfoque invocando “varias presunciones de hecho” (“a certain number of presumptions of fact”), tales como el contexto general de la comisión de los crímenes, la escala de las atrocidades, etcétera.¹¹⁸ De igual modo, la Sala de Apelaciones en *Jelusic* se refiere a “varios hechos y circunstancias” y cita, entre otros, el contexto general, la comisión de otros actos en contra del mismo grupo, la dimensión de las atrocidades, etcétera.¹¹⁹ *In casu*, la Sala de Primera Instancia ratificó la “intención discriminatoria” de *Jelusic*, aunque no su intención de destruir el grupo,¹²⁰ mencionando no sólo el contexto general, sino también sus acciones y declaraciones.¹²¹ En el caso *Krstic*, la Sala menciona los ataques simultáneos a las propiedades culturales y religiosas, así como las casas de miembros del grupo como pruebas (indirectas) de la intención genocida del acusado.¹²² Hablando en

¹¹⁶ Cf. Volk. “Dolos ex re”, en *Festschrift Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 611, 613 y ss. 619, en su etimología original del *dolos ex re*, esto es, de la intención que viene después de la comisión particular (externa) de un delito. Véase también Ntanda Nsereko, *supra*, n. 10, p. 126.

¹¹⁷ *Prosecutor vs. Karadzic and Mladic*, Consideration of the Indictment within the framework of Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence (IT-95-5-R61 e IT-95-18-R61), pars. 94–5.

¹¹⁸ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 523 y en el par. 524 al citar *Prosecutor vs. Karadzic and Mladic*, *supra*, 117, par. 94; véase asimismo *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 61.

¹¹⁹ *Prosecutor vs. Jelusic*, *supra*, n. 69, par. 47.

¹²⁰ Ver *supra*, n. 106 y el texto.

¹²¹ *Prosecutor vs. Jelusic*, *supra*, n. 14, pars. 73 y ss.

¹²² *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 580.

términos generales, todos los actos dirigidos contra un grupo protegido y que ocurren en determinada área geográfica, esto es, *in casu*, la matanza de 7000 a 8000 hombres musulmanes bosnios en edad militar en siete días en Srebrenica,¹²³ constituyen indicios fuertes de una intención especial por parte de los autores.

La consecuencia de la tajante distinción entre el *actus reus*, la correspondiente *mens rea* y la intención especial es que es irrelevante para la consumación del crimen, que el autor tenga o no éxito en su intento de destruir el grupo (total o parcialmente).¹²⁴ Sólo necesita intentar alcanzar esta consecuencia o resultado. Como la definición de genocidio se refiere a *cualquiera de los siguientes actos* de los que únicamente el primero (“matanza”) tiene como consecuencia esencial la muerte de las víctimas, se sigue que no es necesario que ni siquiera una sola persona muera para que se cometa un acto de genocidio (completo).¹²⁵ Sólo si no se consuma ninguno de los cinco actos específicos enumerados en la Convención, así como en los Estatutos del TPIY, del TPIR y de la CPI, sino que sólo se tiene el propósito de llevarlos a cabo con la necesaria y especial “finalidad de destruir”, existe una tentativa de genocidio.¹²⁶

Hay un problema final que sólo mencionaré de paso, ya que se ha analizado a fondo en otra parte.¹²⁷ Es el problema de la *mens rea de quienes participan* en un genocidio, especialmente los cómplices y los superiores.

¹²³ *Ibid.*, pars. 594, 598.

¹²⁴ TRIFFTERER, *supra*, n. 7, p. 402; *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 497: “Al contrario de lo que se cree popularmente, el crimen de genocidio no implica el exterminio real del grupo en su totalidad, sino que se entiende como tal una vez que cualquiera de los actos mencionados en los Artículos 2(2)(a) al 2(2)(e) se comete con la intención especial de destruir [...] un [...] grupo” [“Contrary to popular belief, the crime of genocide does not imply the actual extermination of group in its entirety, but is understood as such once any one of the acts mentioned in Article 2(2)(a) through 2(2)(e) is committed with the specific intent to destroy [...] a [...] group”].

¹²⁵ SUNGA, *supra*, n. 8, p. 383.

¹²⁶ TRIFFTERER, *supra*, n. 7, p. 402.

¹²⁷ AMBOS, *supra*, n. 71, pp. 792 y ss; en cuanto a la jurisprudencia, pp. 413–7; ver también Schabas, *supra*, n. 24, pp. 259, 264–266, 275, 300–303, 304–313. Ver asimismo Ambos, en Triffterer (ed.), “Commentary on the ICC Statute”, 2ª ed., 2003, Art. 25 (de próxima aparición).

La jurisprudencia no ofrece todavía soluciones convincentes al respecto. Desde nuestro punto de vista, todas las formas de comisión directa, *i. e.*, la autoría directa e inmediata, la coautoría y la autoría mediata así como otras formas similares de dominio o control intelectual y/o psicológico del crimen (instigación, inducción, incitación, conspiración), exigen que cada participante tenga la intención especial de destruir el grupo. En cambio, los cómplices sólo necesitan un conocimiento positivo de la intención genocida de los autores. En el caso de los superiores, debe distinguirse cuál es el fundamento sobre el que se les hace responsables. La comisión por omisión, con base en la doctrina de la responsabilidad del superior o del mando, sólo requiere el conocimiento o incluso la falla negligente de no estar al tanto de los actos genocidas.¹²⁸ Si el superior está directamente involucrado en la comisión de un genocidio mediante actos positivos, como ordenar actos genocidas o inducirlos, se requiere la intención especial, al igual que en otros casos. Pero todas estas cuestiones merecen reflexionarse más profundamente.

b) Los elementos específicos de la intención especial

(i) “destruir”

La intención especial debe estar encaminada a la destrucción del grupo en cuestión. Tal destrucción es el objeto de la intención especial. No es necesario que ocurra objetivamente, sino que sólo se precisa que el autor la haya planeado subjetivamente. Si bien esto se desprende con claridad del texto del Artículo II de la Convención sobre el Genocidio y subsiguientes disposiciones, no queda muy claro sin embargo si la “destrucción” requiere la destrucción *física* o *biológica* del grupo. Tanto la Comisión de Derecho Internacional (CDI)¹²⁹ como otros

¹²⁸ SCHABAS comparte manifiestamente la misma concepción, *supra*, n. 9, Art. 6, mn. 4; Cassese se muestra en contra de su opinión, pero por lo visto lo malinterpreta. Ver *supra*, n. 2, p. 348.

¹²⁹ Véase el 1996 ILC Report, *supra*, n. 39, pp. 90–91: “Como demostraron claramente los trabajos preparatorios para la Convención, la destrucción de referencia es la aniquilación material de un grupo ya por medios físicos, ya por medios biológicos, no la destrucción de la identidad nacional, lingüística, religiosa, cultural o de otro tipo de un grupo en particular” [“As clearly shown by the preparatory work for the Convention, the destruction in question is the material destruction of a group either by physical or by biological means, not the destruction of the national linguistic, religious, cultural or other identity of a particular group”].

autores¹³⁰ defienden esta interpretación restringida. Consideran útiles los *travaux* de la Convención y sostienen que el genocidio cultural, bajo la modalidad de la destrucción de la existencia de los elementos nacionales, lingüísticos, religiosos, culturales o de otros tipos, no se incluyó finalmente en la Convención, pese a una propuesta del Comité *ad hoc*.¹³¹ Aun cuando la destrucción de un pueblo no implica automáticamente su extinción física, y habida cuenta de que la destrucción de los pueblos a menudo comienza con ataques violentos a su cultura, idioma, religión y a sus monumentos e instituciones culturales, los redactores del Estatuto de la CPI dejaron fuera del Artículo 6 del Estatuto los actos de genocidio cultural como formas específicas de genocidio, con excepción del “traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.¹³² Más recientemente la Sala de Primera Instancia en *Krstic*, invocando el principio de *nullum crimen*, adoptó la misma concepción y limitó el genocidio a “aquellos actos que pretenden la destrucción física o biológica de todo el grupo o de parte del mismo.”¹³³

Como lo sostuvimos en otro trabajo¹³⁴ es dudoso, sin embargo, si esta interpretación restringida es compatible con el texto de la Convención y todas las disposiciones subsiguientes respecto del genocidio, en virtud de que se refieren claramente al “grupo como tal”. En otras palabras, el crimen de genocidio tiene por objeto proteger no solamente la existencia física de los miembros individuales del grupo como *entidad social*. Este

¹³⁰ Pueden consultarse, por ejemplo, Schabas, *supra*, n. 24, pp. 229–233; Barboza, “International Criminal Law”, en *Receuil des Cours*, núm. 278, 1999, pp. 9, 59; Ratner, “The Genocide Convention after fifty years”, en *ASIL Proceedings*, núm. 92, 1998, pp. 1, 2.

¹³¹ Boot, *supra*, n. 22, pars. 413–414; Schabas, *supra*, n. 24, p. 187; Ambos y Wirth ofrecen referencias adicionales en *supra*, n. 23, pp. 791–792.

¹³² Ver *supra*, II. 2. e) y Schabas, *supra*, n. 24, pp. 179–189: la inclusión de actos de genocidio cultural en el Artículo 6 del Estatuto de Roma fue un asunto muy delicado, pues vieron amenazada su soberanía los “países conscientes de los problemas de sus políticas hacia grupos minoritarios, específicamente hacia los pueblos indígenas y los inmigrantes...” [“countries who were conscious of problems with their own policies towards minority groups, specifically indigenous peoples and immigrants...”].

¹³³ [“...acts seeking the physical or biological destruction of all or part of the group”.] Véase *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 580.

¹³⁴ AMBOS y WIRTH, *supra*, n. 44 pp. 791 y ss.

concepto supraindividual de genocidio, desarrollado y defendido sobre todo por la Corte Suprema Alemana (*Bundesgerichtshof*) y la Corte Constitucional Alemana (*Bundesverfassungsgericht*),¹³⁵ implica que la *intención* de destruir “va más allá de la interpretación física y biológica.”¹³⁶ No obstante, esto no significa, como por lo visto lo malinterpreta la Sala en *Krstic*,¹³⁷ que la jurisprudencia alemana niegue que el Artículo II(c) de la Convención exija objetivamente una destrucción física, sino que más bien se requiere trazar una distinción entre el *actus reus* y la *mens rea* del crimen de genocidio, y este último no limita el delito a la destrucción física del grupo. El hecho de que los Estados Partes de la Convención de Genocidio no se mostraran dispuestos a incluir el genocidio cultural en la Convención como una de las formas específicas del *actus reus* no influye necesariamente en la interpretación del requisito de la intención especial.¹³⁸ Por consiguiente, la *Bundesverfassungsgericht* afirma correctamente que el “texto de la ley no [...] que interprete en el sentido de que la intención del delincuente tenga que ser el exterminio físico [...] de los miembros del grupo.”¹³⁹

Históricamente, la noción de “grupo como tal” pretendía expresar – al menos según la delegación venezolana, que propuso la enmienda – el concepto del motivo.¹⁴⁰ Por lo tanto, Schabas distingue “entre lo que podría denominarse el motivo colectivo y el individual o personal...” y exige “... un motivo racista o discriminatorio, esto es, un motivo genocida.”¹⁴¹ Sea lo que fuere, no

¹³⁵ Para más referencias, véase Ambos y Wirth, *supra*, n. 44, p. 791, n. 122.

¹³⁶ [“... extends beyond physical and biological interpretation”] *BVerfG*, *supra*, n. 67, par. 22 (la traducción inglesa que se cita proviene de *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 579).

¹³⁷ Ver *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 579, que sólo cita de manera selectiva *BVerfG*.

¹³⁸ NTANDA NSEREKO, *supra*, n. 10, p. 28, afirma que “these acts [that constitute genocide] underscore the fact that the essence of genocide is the physical destruction or decimation of the group”. [“... los actos [que constituyen este crimen] acentúan el hecho de que la esencia del genocidio es la destrucción física o la gran mortandad de buena parte del grupo”.] Según los autores, cualquiera sea “la esencia del genocidio” no es posible proyectar elementos del *actus reus* en el requisito de la intención especial como elemento de la *mens rea*.

¹³⁹ [“...text of the law does not [...] compel the interpretations that the culprit's intent must be to exterminate physically [...] members of the group”.] *BVerfG*, *supra*, n. 67, par. (III)(4)(a)(aa).

¹⁴⁰ Sobre este concepto, ver Schabas, *supra*, n. 24, pp. 245–256; Boot, *supra*, n. 22, par. 388.

¹⁴¹ [“... between what might be called the collective motive and the individual or personal motive” and requires “a racist or discriminatory motive, that is, a genocidal motive”.] Cf. Schabas, *supra*, n. 24, p. 255.

descarta la interpretación del grupo como entidad social, como el bien jurídico protegido del crimen de genocidio.

(ii) "total o parcial"

Si bien hubo un desacuerdo en cuanto al requisito de la intención de destruir el grupo *totalmente* durante las negociaciones de la Convención,¹⁴² ahora se ha puesto en claro, a partir del texto del Artículo II y las disposiciones subsiguientes, que basta con que la intención esté encauzada hacia la destrucción "parcial" del grupo. Con todo, aún no se ha esclarecido qué significa exactamente una "destrucción parcial", es decir, a cuántos miembros del grupo sea necesario seleccionar potencialmente para matarlos. Al respecto, pueden formularse las siguientes preguntas:

- (1) ¿Es necesario tener intención de eliminar de una *cantidad apreciable* de miembros del grupo (elemento *cuantitativo*)?
- (2) ¿Sería suficiente tener intención de eliminar *algunos miembros importantes* del grupo, por ejemplo de sus líderes (elemento *cualitativo*)?
- (3) ¿Bastaría con tener intención de eliminar una cantidad razonablemente grande de una *parte* del grupo?

En cuanto a la *primera pregunta*, la respuesta debe ser evidentemente afirmativa. Ya en 1960 Robinson definió el genocidio como un crimen orientado a la destrucción de "una multitud de personas del mismo grupo" ["a multitude of persons of the same group"], siempre y cuando la cantidad fuera "considerable" ["substantial"].¹⁴³ El *Informe de Whitaker de 1985* se refirió a "una cantidad medianamente grande en relación con el total del grupo."¹⁴⁴ Estas definiciones fueron de hecho adoptadas en declaraciones posteriores de las autoridades internacionales. La CDI hace

¹⁴² Ver SCHABAS, *supra*, n. 24, p. 255.

¹⁴³ Ver ROBINSON, *supra*, n. 82, p. 63.

¹⁴⁴ ["...a reasonably significant number, relative to the total of a group as a whole"] Benjamin Whitaker. *Informe revisado y actualizado sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, p. 16, par. 29.

referencia a "una parte importante del grupo" ["a substantial part of the group"].¹⁴⁵ El TPIR habla, *inter alia*, de "una cantidad notable de individuos" ["a considerable number of individuals"].¹⁴⁶ Durante las negociaciones de la Comisión Preparatoria de la CPI, se hizo notar que "la referencia a la 'intención de destruir, total o parcialmente [...]' se interpretó como si se aludiera a la intención especial de destruir a más de una cantidad pequeña de individuos [...]"¹⁴⁷ Quienes critican este requisito cuantitativo con frecuencia no distinguen suficientemente entre el nivel objetivo y el subjetivo.¹⁴⁸

En el contexto anterior, se discutió asimismo que no es necesario "tener en mente la total aniquilación de un grupo desde todos los rincones del globo."¹⁴⁹ De aquí se sigue que basta con planear la destrucción de un área geográfica limitada de un grupo.¹⁵⁰ La Sala de Primera Instancia en el caso *Krstic* consideró como factor decisivo que los autores se propongan "destruir una *parte precisa* del grupo, y no una gran cantidad de individuos aislados dentro del mismo..." y que "piensen que la parte del grupo que desean destruir es una *entidad inconfundible* que, como tal, tienen que eliminar."¹⁵¹ Si tal es el caso, "se catalogaría como genocidio el asesinato de todos los miembros de parte de un grupo ubicado en una pequeña región geográfica, aun cuando causara la muerte a una cantidad

¹⁴⁵ *Draft Code 1996*, p. 89.

¹⁴⁶ *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 97; véase asimismo *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 64: "...por lo menos una parte considerable" ["...at least a substantial part"].

¹⁴⁷ ["[T]he reference to 'intent to destroy, in whole or in part [...]' was understood to refer to the specific intention to destroy more than a small number of individuals [...]". "Draft Statute for the ICC. Part 2: 'Jurisdiction, Admissibility and applicable Law'", UN Doc. A/AC.249/1998/CRP.8, p. 2, n. 1. Ver asimismo Schabas, *supra*, n. 9, Art. 6, mn 5, con referencias.

¹⁴⁸ Como ejemplo, ver el análisis del problema por Cassese, *supra*, n. 2, pp. 347-8, cuando se refiere a Wexler y Paust. "Model Draft Statute", en *Nouvelles Études pénales*, núm. 13, 1998, p. 5.

¹⁴⁹ "...to intend to achieve the complete annihilation of a group from every corner of the globe".] *Draft Code 1996*, p. 89.

¹⁵⁰ *Prosecutor vs. Jelavic*, *supra*, n. 14, par. 83; *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, pars. 560, 589; BGHS, pp. 45, 64 (81); BVerfG, *supra*, n. 67, pars. 22-24.

¹⁵¹ ["...to destroy a *distinct part* of the group as opposed to an accumulation of isolated individuals within it" and that they "view the part of the group they wish to destroy as a *distinct entity* which must be eliminated as such".] *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 590 (cursivas mías).

menor de víctimas [...]”¹⁵² En cambio, si los miembros del grupo fueran sólo muertos selectivamente en una amplia zona geográfica, el requisito de la intención especial no se cumpliría.¹⁵³

La *segunda pregunta*, que tiene que ver con el elemento cualitativo, ha recibido también una respuesta afirmativa en el *Informe de Whitaker*, en vista de que se refiere explícitamente a “una sección importante de un grupo, como sus dirigentes”.¹⁵⁴ Tanto el Fiscal¹⁵⁵ como las Salas¹⁵⁶ del TPIY han adoptado esta declaración. Sin embargo, es dudoso si la intención de destruir a los dirigentes de un grupo en particular constituya una intención genocida si es un acto aislado, *i. e.*, si no conlleva la completa desaparición o el fin del grupo. En otros términos, deben tomarse en consideración las consecuencias para éste como tal. En concordancia con el *Informe de la Comisión de Expertos de 1994*, uno puede, decir que “el ataque a los dirigentes debe pensarse en el contexto de qué destino tuvo el resto del grupo”.¹⁵⁷ En este sentido, el ataque concierne solamente a una sección importante del grupo si tiene consecuencias serias para la existencia del grupo como tal.

La *tercera pregunta* surgió en *Krstic*. La Sala, que reconoció a los musulmanes bosnios como grupo protegido,¹⁵⁸ tuvo que resolver si los hombres en edad militar de ese grupo de la población de Srebrenica “representaban una parte suficiente del grupo de musulmanes bosnios, de

¹⁵² [“...the killing of all members of the part of a group located within a small geographical area, although resulting in a lesser number of victims, would qualify as genocide [...]”]. *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ [“...a significant section of a group, such as its leadership”]. Whitaker, *supra*, n. 144, par. 29.

¹⁵⁵ *Prosecutor vs. Karadzic and Mladic*, Transcript of hearing of 27 June 1996 (IT-95-18-R61, IT-95-5-R61), p. 24.

¹⁵⁶ ICTY Trial Chamber, *Prosecutor vs. Sikirica et al.*, Judgement on Defence Motions to Acquit of 3 September 2001 (IT-95-8-T), pars. 65, 76; *Prosecutor vs. Jelacic*, *supra*, n. 14, pars. 79-82; *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 587.

¹⁵⁷ [“...the attack on the leadership must be viewed in the context of the fate of what happened to the rest of the group”] *Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780, 1992, UN Doc. S/1994/674*, par. 94 (cursivas mfas).

¹⁵⁸ *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, par. 591.

suerte tal que la intención de destruirlos se calificara como un ‘intento de destruir el grupo total o parcialmente’”¹⁵⁹ A la luz del criterio mencionado con anterioridad, la Sala respondió de manera afirmativa, ya que “las fuerzas serbiobosnias no podían ignorar que [...] esta destrucción selectiva tendría un impacto duradero en todo el grupo” y que, por consiguiente, “debían estar conscientes del impacto catastrófico que tendría la desaparición de dos o tres generaciones de hombres para la supervivencia de una sociedad tradicionalmente patriarcal [...]”. Bastaba con que “las fuerzas serbiobosnias supieran [...] que la combinación de esos asesinatos con el traslado por la fuerza de mujeres, niños y ancianos tendría como resultado inevitable la desaparición física de la población musulmana bosnia de Srebrenica.”¹⁶⁰ En realidad, la Sala se refirió a una “parte” del grupo de los musulmanes bosnios y habló de los musulmanes bosnios de la comunidad de Srebrenica. De este modo, la pregunta que uno se hace gira en torno a cuán pequeña puede posiblemente ser una “parte” de un grupo protegido para constituirse en objeto de la protección del crimen. Es evidente que, al estrechar el concepto de grupo a partes o unidades muy pequeñas de un grupo mayor, el ámbito del crimen puede volverse ilimitado. Al considerar a los hombres musulmanes bosnios de Srebrenica como parte del grupo de los musulmanes bosnios, la Sala de hecho realizó una doble reducción del *actus reus*: redujo a los musulmanes bosnios a los que vivían en Srebrenica y, además, a los hombres musulmanes bosnios de Srebrenica. De esta manera, la Sala en realidad analizó si los serbios planeaban destruir parte (los varones musulmanes bosnios de Srebrenica) de una parte (los musulmanes bosnios de Srebrenica) del grupo de los musulmanes bosnios. Podría argumentarse incluso que ello constituye una reducción ulterior del concepto de grupo si la Sala se refiere a los musulmanes *bosnios*, en vez de a los musulmanes como grupo religioso.

¹⁵⁹ [“...represented a sufficient part of the Bosnian Muslim group so that the intent to destroy them qualifies as an ‘intent to destroy the group in whole or in part’”]. *Ibid.*, par. 581.

¹⁶⁰ “Bosnian Serb could not have failed to know [...] that this selective destruction of the group would have a lasting impact on the entire group,” they “had to be aware of the catastrophic impact that the disappearance of two or three generations of men would have on the survival of a traditionally patriarchal society [...]”. It was sufficient that “[t]he Bosnian Serb forces knew [...] that the combination of those killings with the forcible transfer of the women, children and elderly would inevitably result in the physical disappearance of the Bosnian Muslim population at Srebrenica.” *Ibid.*, para 595.

Sea como fuere, el análisis muestra que es necesario delimitar con mayor claridad qué se quiere decir con "total o parcial". Esto es incluso más cierto si uno tiene en mente, una vez más, la estructura del delito como un crimen de intención, es decir, un delito en que predomina la *mens rea* del autor y prevalece sobre el *actus reus*. Vale la pena repetir que no es necesario que el autor destruya objetivamente un grupo de forma "total o parcial", sino que sólo se proponga hacerlo.

(iii) "un grupo"

El propósito del autor debe estar dirigido a la destrucción de un "grupo". Puesto que éstos constan de individuos, la acción destructiva debe en última instancia dirigirse en contra de individuos. Sin embargo, estos últimos no son importantes *per se*, sino únicamente como miembros del grupo.¹⁶¹ Es necesario seleccionarlos a causa de su pertenencia al mismo.¹⁶² En otras palabras, la víctima primordial del genocidio es el grupo, si bien su destrucción requiere necesariamente la comisión de crímenes contra sus miembros, es decir, contra individuos que pertenezcan a él.¹⁶³ Como se ha dicho con anterioridad (*supra* (i)), el crimen de genocidio protege el grupo como una entidad social supraindividual: protege el grupo "como tal". Mientras que el Derecho Penal común protege los derechos e intereses jurídicos de los individuos, como su derecho a la vida, a la integridad física, a la propiedad, etcétera, el crimen de genocidio protege el derecho de ciertos grupos a existir.¹⁶⁴

¹⁶¹ ROBINSON, *supra*, n. 82, p. 58.

¹⁶² *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 521: "Así, la víctima es elegida no por su identidad individual, sino más bien en razón de su pertenencia a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. La víctima del acto es, por consiguiente, miembro de un grupo seleccionado como tal, lo que significa por lo tanto que la víctima del crimen de genocidio es el grupo mismo y no solamente el individuo." ["Thus the victim is chosen not because of his individual identity, but rather on account of his membership of a national, ethnical, racial or religious group. The victim of the act is therefore a member of a group, chosen as such, which, hence, means that the victim of the crime of genocide is the group itself and not only the individual"]. Véase también *Prosecutor vs. Kayishema and Ruzindana*, *supra*, n. 11, par. 97.

¹⁶³ ICTY Trial Chamber, *Prosecutor vs. Sikirica*, *supra*, n. 156, par. 89.

¹⁶⁴ Tiene razón Ntanda Nsereko, *supra*, n. 11, p. 124 cuando dice: "En tanto que el objetivo de la ley de homicidio es proteger el derecho de un individuo a vivir, la del genocidio protege el derecho de los grupos a existir físicamente" ["While the aim of the law of homicide is to protect the right of an individual to live, that of genocide is to protect the right of groups to physically exist as such"].

B. CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

I. EL ELEMENTO DE CONTEXTO

1. ATAQUE SISTEMÁTICO O GENERALIZADO

a) Ataque

La jurisprudencia define el ataque como la *comisión múltiple de actos* que cumplen con los requisitos de los actos inhumanos enumerados en el Artículo 5 del Estatuto del TPIY y el 3 del Estatuto del TPIR.¹⁶⁵ Ésta es una definición sólida y convincente que deja de lado actos aislados y fortuitos,¹⁶⁶ además de que concuerda con el Artículo 7(2)(a) del Estatuto de Roma, que se refiere a "una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1". De esta manera, el ataque no se limita a un ataque militar, sino que en tal concepto se incluyen también medios más bien pacíficos o no violentos, como la imposición de un sistema de *apartheid*.¹⁶⁷ Y, a la inversa, una operación militar no es necesariamente un ataque, a menos que se dirija contra la población civil (ver *infra*, c).¹⁶⁸ Por otra parte, la comisión múltiple de *otros* actos diferentes de los enumerados en los Estatutos, como la violación de derechos humanos tales como la denegación de un proceso justo, la usurpación de la propiedad, etcétera, no pueden por regla general constituir un "ataque". No obstante, tales violaciones pueden subsumirse en la extensa

¹⁶⁵ Véase AMBOS y WIRTH, *supra*, n. 2, p. 16 con más referencias; véase asimismo Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 259-261.

¹⁶⁶ Véase CLARK, "Crimes against humanity and the Rome Statute", en Clark, Feldbrugge, Pomorski (eds.), *Essays in Honour of George Ginsburgs*, 2001, pp. 139, 152; Dixon, en Triffterer (ed.), *supra*, n. 9, Art. 7, mn. 4; Gómez-Benítez, "Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la CPI...", en *Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, vol. VII, 2001, p. 9 y esp. la. 21.

¹⁶⁷ Véase *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 581; También Mettraux, *supra*, n. 2, p. 246; Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 8.

¹⁶⁸ Cf. Mettraux, *supra*, n. 2, p. 246.

disposición respecto de "Otros actos inhumanos de carácter similar..." (Art. 7(2)(k), Estatuto de Roma).¹⁶⁹

La *forma de la comisión* no se ha definido rigurosamente. Un solo autor o diversos autores que actúan en una o en varias ocasiones pueden cometer muchísimos actos. Si un escuadrón de la muerte mata a los miembros de la oposición política durante un tiempo prolongado, sus miembros perpetran múltiples asesinatos con diversos actos en diferentes momentos. De igual modo, en cuanto al significado de "ataque", aunque un autor arroje una bomba a una multitud o envenene el agua potable de una aldea y asesine a muchas personas mediante un único acto, los múltiples asesinatos constituyen una "comisión múltiple de actos". Asimismo, si un grupo terrorista estrella su avión en un edificio civil y con ello causa la muerte de varias personas, sus miembros cometen múltiples asesinatos con un solo acto.

b) *Generalizado o sistemático*

Un ataque *generalizado* requiere una gran cantidad de víctimas que, como se señaló anteriormente, pueden ser bien el resultado de múltiples actos, o bien un acto único "de extraordinaria magnitud".¹⁷⁰ El común denominador de un ataque *sistemático* es que "se lleva a cabo conforme a una política o a un plan preconcebido."¹⁷¹ El ataque es sistemático si se basa en una política (*policy*)¹⁷² o un plan que sirva de guía a los autores individuales respecto al objeto del ataque, *i.e.*, las víctimas específicas.

¹⁶⁹ Cf. Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 83,4.

¹⁷⁰ *Prosecutor vs. Blaskic*, Judgement of 3 March 2000 (IT-95-14-T), par. 206; *Prosecutor vs. Vasiljevic*, Judgement of 29 November 2002 (IT-98-32-T) par. 35. *Vid.* asimismo Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 20-1, 30, 34, con más referencias; Gómez-Benítez, *supra*, n. 166, p. 30.

¹⁷¹ ["...carried out pursuant to a preconceived policy or plan"] *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 77; *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *supra*, n. 170, par. 35. Ver también Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 18-20, 30, con más referencias.

¹⁷² La palabra anglosajona *policy* puede tener, además de "política", acepciones como "plan de acción, plan, sistema" [N.T.].

Si bien las definiciones anteriores son más o menos claras, el asunto se complica cuando se intenta determinar cómo se interrelacionan estos elementos, es decir, si el ataque debe ser o generalizado o sistemático (enfoque *alternativo*) o *ambos* a la vez (enfoque *acumulativo*). A primera vista, la jurisprudencia¹⁷³ y algunas codificaciones –como el proyecto de Código de Crímenes de la CDI de 1996,¹⁷⁴ la UNTAET (United Nations Transitional Administration for East Timor) Regulation 15/2000¹⁷⁵ y el *Special Court Statute for the Special Court for Sierra Leone* (Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona)¹⁷⁶, –adoptan al parecer el enfoque alternativo. La doctrina normalmente lo acepta;¹⁷⁷ pero no analiza los problemas implicados de una forma adecuada. Por otro lado, el Artículo 7(2)(a) del Estatuto de la CPI exige que la "comisión múltiple de actos" tenga como base ("de conformidad con [...] o para promover") cierta política, y por consiguiente parece inclinarse por el enfoque acumulativo.¹⁷⁸ ¿Cómo pueden reconciliarse estas aparentes contradicciones? Hablando más concretamente: ¿existe alguna posibilidad de interpretar el Artículo 7(2)(a) en conformidad con el enfoque alternativo que adopta explícitamente el Artículo 7(1)?

La solución a este problema estriba en la *función* otorgada al elemento de política (*policy element*). Mientras que el Artículo 7(2)(a) del Estatuto exige este elemento de modo manifiesto, la cuestión de si es necesario según el Derecho Consuetudinario Internacional sigue siendo objeto de

¹⁷³ *Vid.* las referencias en Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 18, n. 81.

¹⁷⁴ Art. 18: "[...] in a systematic manner or on a large scale [...]" ("... de una manera sistemática o a gran escala..."). 1996 ILC Report, *supra*, n. 39; GAOR [General Assembly Official Records]. *Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10)*, pp. 14 y ss. pars. 50 y ss.

¹⁷⁵ Puede consultarse en <<http://www.un.org/peace/etimor/untatR/r-2000.htm>>. Véase asimismo Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 26, 88, y Ambos y Othman (eds.), "New approaches in international criminal justice", Friburgo de Brisgovia, 2003 (de próxima aparición).

¹⁷⁶ Estatuto de 22 de enero de 2002. Disponible en <<http://www.specialcourt.org/documents/Statute.html>>. Ver también Ambos y Othman, *supra*, n. 174.

¹⁷⁷ *Vid.*, por ejemplo, Swaak-Goldman, "Crimes against humanity", en McDonald y Swaak-Goldman (eds.), *supra*, n. 10, 141, p. 157.

¹⁷⁸ Para esta concepción, véase Clark, *supra*, n. 166, p. 155.

debate en la actualidad.¹⁷⁹ Este elemento es en realidad el elemento internacional de los crímenes contra la humanidad, ya que hace que los hechos delictivos, que en otras circunstancias serían comunes, adquieran el carácter de crímenes contra la humanidad. En esencia, el factor político sólo exige que se excluyan los actos casuales de los individuos que actúan solos, aisladamente y sin que nadie los coordine.¹⁸⁰ Tales hechos delictivos comunes, aun si se cometen a una escala generalizada, no constituyen crímenes contra la humanidad, si no son tolerados, por lo menos por algún Estado o una organización.¹⁸¹ Mientras que el elemento político ya es parte de la definición del término "sistemático", ése no es el caso del concepto "generalizado". De acuerdo con la definición propuesta en líneas anteriores, "generalizado" sólo precisa una gran cantidad de víctimas. Una pauta tan puramente *cuantitativa* no proporcionaría una delimitación exacta entre los crímenes ordinarios nacionales y los internacionales. De hecho, pondría en un pie de igualdad los crímenes comunes y los que atacan contra la humanidad, con lo que se eliminaría el elemento internacional que establece la diferencia entre ambos.¹⁸² Así, para que se constituyan los crímenes contra la humanidad, los crímenes cometidos de forma generalizada deben estar *vinculados* de una u otra forma a una *autoridad estatal u organizativa*: deben ser por lo menos *tolerados* por ésta. Para interpretar la polémica formulación del Artículo 7(2)(a) del Estatuto, no es necesario recurrir al enfoque acumulativo, sino sólo concebirlo como una expresión de la necesidad (generalmente reconocida) del elemento político, tanto en la opción sistemática como en la generalizada, en los crímenes contra la humanidad.¹⁸³

¹⁷⁹ Ver BASSIOUNI, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2ª ed., 1999, pp. 243 y ss. Cassese, *supra*, n. 2, p. 360; Boot, *supra*, n. 22, pars. 458 y ss.; Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 26. 28 y ss., con referencias ulteriores; *Prosecutor vs. Kunarac*, Judgement of 22 February 2001 (IT-96-23-T), par. 98; *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *supra*, n. 170, par. 36.

¹⁸⁰ DIXON, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 92; 1996 ILC Report, *supra*, n. 38, p. 94; véase asimismo *Prosecutor vs. Dragan Nolic*, Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedures and Evidence, 20 October 1995 (IT-94-2-T), par. 26.

¹⁸¹ CASSESE, *supra*, n. 2, p. 356.

¹⁸² Cf. BASSIOUNI, *supra*, n. 178, p. 245.

¹⁸³ Conc. GÓMEZ-BENÍTEZ, *supra*, n. 166, pp. 27-8. Vid. también § 7 del *Völkerstrafgesetzbuch* (*infra*, n. 294), que sólo exige "un ataque generalizado o sistemático".

Pero continúa pendiente la pregunta: ¿qué requisitos debe cumplir exactamente una *política* para que llegue a cometer crímenes contra la humanidad? Si bien es incuestionable que es suficiente que sea una política tácita o de facto,¹⁸⁴ en Roma y Nueva York se debatió acaloradamente si bastaría la simple *tolerancia* de los crímenes por el Estado o la organización. Como se sabe, los *Elementos de los Crímenes* ofrecen una propuesta contradictoria: por una parte, exigen que "el Estado o la organización promueva o aliente *activamente*" los actos y, por el otro, admiten en una nota a pie de página que, en circunstancias excepcionales, tal política "podría ejecutarse por medio de una *omisión deliberada de actuar*". Es evidente que el enfoque "activo" anterior dificultaría, si no es que haría imposible, considerar los crímenes generalizados como crímenes contra la humanidad, en vista de que es difícil probar la existencia de tal fomento o estímulo por parte de la entidad que ordene llevarlos a cabo. Si se hace a un lado este argumento más bien estratégico, la cuestión esencial es si un umbral tan elevado es compatible con el Derecho Consuetudinario Internacional y si tiene algún sentido una concepción tan restringida de los crímenes contra la humanidad. Desde nuestro punto de vista, la respuesta debe ser rotundamente negativa. El Derecho Consuetudinario Internacional no requiere una política *activa*. Con base en la jurisprudencia y la práctica nacionales e internacionales desde Nuremberg, puede incluso argüirse, como lo hizo Mettraux¹⁸⁵ recientemente, que este requisito no es apropiado en absoluto y sólo sirve como "uno de los factores que puede tomar en cuenta un Tribunal para concluir que se dirigió un ataque contra una población civil."¹⁸⁶ Aunque esto es excesivo a la luz de los términos del Artículo 7(2)(a) del Estatuto, no es necesario que haya más que una

¹⁸⁴ Ver AMBOS y WIRTH, *supra*, n. 2, pp. 27-8; Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 93; ambos con referencias adicionales.

¹⁸⁵ METTRAUX, *supra*, n. 2, pp. 270-82: "En realidad, casi todos los escritos pertinentes sobre el tema y la arrolladora práctica aparentan contradecir este requisito." ["In fact, this requirement appears to be contradicted by almost all relevant writing on the subject and by the overwhelming practice"] (270).

¹⁸⁶ ["...one of the factors which a court can take into account to conclude that an attack was directed upon a civilian population [...]."] Mettraux, *supra*, n. 2, p. 282.

tolerancia o aprobación implícita.¹⁸⁷ Si fuese de otro modo, el elemento generalizado se eliminaría del Artículo 7(1) del Estatuto toda una serie de casos en los que la entidad oculta tras estos crímenes no los fomentaría o los estimularía activamente.¹⁸⁸ Así, el Artículo 7(2)(a) del Estatuto debe interpretarse de manera restringida, en el sentido de que no exige una política activa por parte del Estado o de alguna organización para fomentar y/o estimular los crímenes, sino que sea suficiente que los tolere, al menos en la opción generalizada.

2. DIRIGIDO CONTRA CUALQUIER POBLACIÓN CIVIL

Este requisito es una reminiscencia del legado de los crímenes de guerra a los crímenes contra la humanidad.¹⁸⁹ La referencia a la *población* es idéntica al elemento del ataque en cuanto a que implica una multiplicidad de víctimas y se descartan actos aislados y casuales.¹⁹⁰ Sin embargo, se añade algo nuevo, ya que se hace referencia a “un grupo autónomo de individuos, ya por razones geográficas, ya como consecuencia de otras características en común.”¹⁹¹ No obstante, este elemento adicional no debe interpretarse en un sentido demasiado restringido, exigiendo, por ejemplo, que se tenga en la mira a una población de forma indiscriminada y no selectiva.¹⁹² Ello entraría en conflicto con algunos de los delitos

¹⁸⁷ Cf. *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, Judgement of 24 January 2000 (IT-95-16-T), pars. 552, 555, donde se exige tolerancia, “aprobación implícita o apoyo” [“implicit approval or endorsement...”]. Conf. asimismo Cassese, *supra*, n. 2, pp. 375-6; Gil Gil, “Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermords im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, núm. 12, 2000, pp. 381, 385-386; Boot, *supra*, n. 22, par. 462; Gómez-Benítez, *supra*, n. 166, pp. 22 y ss., quien hace una interpretación teleológica.

¹⁸⁸ AMBOS y WIRTH, *supra*, n. 2, p. 33.

¹⁸⁹ BASSIOUNI, *supra*, n. 178, pp. 18 y ss. Ver también Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 299-301, quien señala las diferencias entre ambos tipos de crímenes.

¹⁹⁰ AMBOS y WIRTH, *supra*, n. 2, pp. 21-22, con referencias adicionales.

¹⁹¹ [“...a self-contained group of individuals, either geographically or as a result of other common features”]. Mettraux, *supra*, n. 2, p. 255; también en la 250: no sólo “un grupo de individuos interrelacionados de manera indefinida” [“...a loosely connected group of individuals ...”].

¹⁹² METTRAUX, *supra*, n. 2, p. 255.

fundamentales, que en la práctica se han cometido selectivamente. Piénsese, por mencionar un caso, en las desapariciones de personas en Sudamérica o en las persecuciones de la oposición política en el mismo continente, así como en Asia y África.

El calificador “cualquier” pone en claro que las víctimas pueden tener la misma nacionalidad que sus agresores; es decir que los crímenes contra la humanidad no están limitados, como los de guerra, a los cometidos contra los nacionales de un Estado extranjero.¹⁹³ Los actos deben estar “dirigidos contra” la población, *i. e.*, ésta debe ser “el objetivo principal del ataque”¹⁹⁴

La relación con las leyes de guerra es aún más obvia en el caso del requisito de que la víctima tenga que ser un *civil*.¹⁹⁵ Existe un acuerdo general en cuanto a que la definición de este término en el Derecho Humanitario sirve como guía, o al menos como punto de partida, para los crímenes contra la humanidad cometidos durante un *conflicto armado*. En consecuencia, en esta situación los civiles son todos combatientes en el sentido del Artículo común 3 de los Convenios de Ginebra. Más concretamente, y siguiendo la definición de la Sala de Primera Instancia *Blaskic*, un civil es cualquier persona que ya no sea un combatiente activo en la “situación específica” del momento en que se comete el crimen,¹⁹⁶ lo cual comprende a los ex combatientes y ex miembros de movimientos de resistencia que “ya no toman parte en las hostilidades [...]”¹⁹⁷

¹⁹³ AMBOS y WIRTH, *supra*, n. 2, p. 22, con más referencias; Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 254, 256, 299-300; Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7.

¹⁹⁴ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra* n. 179, par. 421. Véase también Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 247 y 253, con referencias adicionales.

¹⁹⁵ AMBOS y WIRTH, *supra*, n. 2, pp. 22-6. Para un buen análisis, consúltese Swaak-Goldman, *supra*, n. 176, pp. 154-155.

¹⁹⁶ *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 214.

¹⁹⁷ [“...[are] no longer taking part in the hostilities”] *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 214. Ver también Cassese, *supra*, n. 2, p. 375; Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 13. Para la jurisprudencia más amplia del periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, véase Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 2, con referencias.

Asimismo, los miembros de la policía pueden incorporar en esta lista, en virtud de que ellos están a cargo del orden *civil* y, como tales, son no combatientes.¹⁹⁸ La situación es sin embargo diferente *en tiempos de paz*, porque entonces el Derecho Humanitario no es aplicable y, por consiguiente, el Derecho relativo a los crímenes contra la humanidad debe brindar una protección más amplia.¹⁹⁹ Puesto que no hay “combatientes” durante los tiempos de paz, no tendría sentido ceñirse a la definición del Derecho Humanitario del término “civil” y marginar a los combatientes del ámbito de aplicación de los crímenes contra la humanidad. En consecuencia, todos, la policía incluida,²⁰⁰ son “civiles” y pueden ser víctimas de los crímenes mencionados. Sólo una definición tan general toma en cuenta de forma suficiente el fundamento implícito de los crímenes contra la humanidad, *i. e.*, la protección penal de los derechos humanos de *todos* los seres humanos contra las violaciones generalizadas y sistemáticas de ciertos derechos fundamentales. Al mismo tiempo, una definición tan amplia permite que los Tribunales, por lo menos en tiempos de paz, superen la innecesaria y dañina restricción del delito mediante la introducción del elemento “civil”. Es obvio que esta definición no puede transferirse fácilmente a la situación de un conflicto armado, pues, en ese caso, la definición derivada del Derecho Humanitario y la existencia de combatientes hace difícil, si no imposible, emplear una definición que en realidad hace caso omiso del texto de los instrumentos internacionales. Lo mejor que puede hacerse es recurrir a la definición extensa²⁰¹ adoptada por los Tribunales, que, *inter alia*, implica que el carácter de una población predominantemente civil no se ve alterado por “la presencia de algunos no civiles en ella”.²⁰² Por último, el único remedio eficaz para la situación

¹⁹⁸ AMBOS y WIRTH, *supra*, n. 2, p. 25.

¹⁹⁹ AMBOS y WIRTH, *supra*, n. 2, p. 24, con referencias.

²⁰⁰ Se pronuncia en contrario *Prosecutor vs. Kayishema*, par. 127; Mettraux coincide con el juicio, *supra*, n. 2, p. 257.

²⁰¹ Cf. Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 22, con referencias; Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 256-257, con nota al pie de la página 91.

²⁰² [“...the presence of certain non-civilians in their midst”]. Véanse las referencias en Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 26, con n. 124; Mettraux, *supra*, n. 2, p. 257 con n. 95.

en la que existe un conflicto armado es suprimir la palabra “civil” lo más pronto posible del Artículo 7 del Estatuto.

3. EL NEXO ENTRE LOS ACTOS INDIVIDUALES Y EL ELEMENTO DE CONTEXTO

No cabe duda que debe existir un vínculo entre los hechos delictivos individuales y el contexto de un ataque generalizado o sistemático. El texto del encabezado del Artículo 3 del Estatuto del TPIR y el Artículo 7(1) del de Roma estipulan que el hecho delictivo enumerado debe ser “*cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático*” (cursivas del autor). El Artículo 5 del Estatuto del TPIY dispone que una persona es responsable “de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado [...]”²⁰³.

Los actos individuales fundamentales deben formar *parte* del ataque en general. Deben ser “parte de un patrón de crímenes generalizados y sistemáticos dirigidos contra una población civil”.²⁰⁴ Este requisito del nexo descarta los actos aislados, como el asesinato de un solo miembro del grupo, elegido como víctima, en el lugar donde ha sido exiliado, ambos se encuentran demasiado lejos del centro del ataque. No obstante, no excluye, como se señaló con anterioridad, actos únicos *per se*, si sólo forman parte del ataque general. En otros términos: perpetrar un solo acto fundamental puede constituir un crimen contra la humanidad si se ajusta al modelo de una comisión generalizada o sistemática.²⁰⁵ La jurisprudencia

²⁰³ Texto en castellano del boletín Oficial de España (BOE), última revisión del 30-11-2000 (Resol. 1329/2000) del Consejo de Seguridad de la ONU, publicado en BOE del 15 marzo 2001, núm. 64 [pág. 9611]; rect. BOE 3 abril 2001, núm. 80 [pág. 12381].

²⁰⁴ [“...part of a pattern of widespread and systematic crimes directed against a civilian population”]. *Prosecutor vs. Tadic*, Judgement of 15 July 1999 (IT-94-1-A), par. 248, 255. Ver también Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 251-252, Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 10; Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 35-36.

²⁰⁵ *Prosecutor vs. Mrksic*, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of Rules of Procedure and Evidence, 3 April 1996 (IT-95-13-R61), pars. 29-30; *Prosecutor vs. Tadic*, Opinion and Judgement, 7 May 1997 (IT-94-1-T), par. 649; *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 135; *Prosecutor vs. Kupreskic, et al.*, *supra*, n. 186, par. 550, *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 182, par. 417; *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, Judgement of 26 February 2001 (IT-95-4/2-T), par. 178, *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 82. Vid. Asimismo Mettraux, *supra*, n. 2, p. 251, Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 9; Gómez-Benítez, *supra*, n. 166, p. 32.

exige dos "elementos" en relación con el nexa. Por una parte, "los crímenes deben cometerse en el contexto de crímenes generalizados o sistemáticos contra una población civil" (elemento material); por la otra, "el acusado debió haber *sabido* que sus actos 'se ajustaban a dicho patrón'" (elemento mental).²⁰⁶ Los elementos adicionales se consideran irrelevantes. En cuanto al elemento material —para el elemento mental, véase *infra* 4—, ambos Tribunales *ad hoc* aclararon que no es preciso que el delito fundamental constituya el ataque.²⁰⁷

"no es preciso que los crímenes contengan los tres elementos del ataque [...], pero deben formar *parte del mismo*."²⁰⁸

"Basta con demostrar que el acto se llevó a cabo en el contexto de una acumulación de actos de violencia que, individualmente, pueden variar mucho en cuanto a naturaleza y gravedad."²⁰⁹

Una definición más exacta del vínculo necesario puede provenir del *fundamento* de los crímenes contra la humanidad, que consiste en la protección de los peligros particulares de los múltiples crímenes respaldados por las autoridades, o sin que éstas se opongan a las mismas. Así, una prueba adecuada para determinar si cierto acto fue parte del ataque es preguntar si aquél habría sido menos peligroso para la víctima si no hubiesen existido tanto el ataque como la política.²¹⁰

²⁰⁶ ["...the crimes must be committed in the context of widespread or systematic crimes against a civilian population ..." y "...the accused must have known that his acts, 'fitted into such a pattern'"]. *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, n. 202, par. 187; *Prosecutor vs. Tadic*, A. Ch. Judgement, *supra*, n. 202, pars. 248, 255; *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, n. 186, par. 556.

²⁰⁷ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 193, par. 417, *Prosecutor vs. Kunarac*, Judgement of 12 June 2002 (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), par. 85; *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 202, par. 248; *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 82.

²⁰⁸ ["[t]he crimes themselves need not contain the three elements of the attack [...], but must form *part of such an attack*"]. *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 135.

²⁰⁹ ["It is sufficient to show that the act took place in the context of an accumulation of acts of violence which, individually, may vary greatly in nature and gravity"]. *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 193, par. 419.

²¹⁰ AMBOS y WIRTH, *supra*, n. 2 at 36. Para ejemplos en los que éste no es el caso, véase Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 251, 252.

A diferencia del crimen de genocidio, no es necesario que la víctima del acto individual de un crimen contra la humanidad sea miembro de un grupo que esté específicamente en la mira de los criminales. La persecución penal sólo necesita probar que la víctima fue el blanco de aquéllos como parte de un ataque contra una población civil.²¹¹ Es innecesario "demostrar que las víctimas tengan relación con cualquier bando del conflicto".²¹² Por último, el autor puede ser también miembro del grupo perseguido.²¹³

4. LA MENS REA

A partir del texto del Estatuto de la CPI ("conocimiento del ataque"), queda claro que cada autor debe *saber* que existe un *ataque* contra la población civil. Debe saber, además, que su acto individual forma parte de aquél. Ambos elementos se tratan por lo general de forma conjunta y concurrente.²¹⁴

Por un lado, es evidente que el requisito del conocimiento en crímenes contra la humanidad es específico en cuanto a que sólo se refiere al "ataque" y que, como tal, no debe confundirse con el requisito general de la intención, que se aplica a los actos fundamentales de los crímenes contra la humanidad.²¹⁵ Pero, por otro lado, no es tan claro si para la determinación del requisito del conocimiento deba tomarse en consideración el elemento mental general, tal como se codifica ahora en el Artículo 30 del Estatuto de la CPI, en particular cuando se define el requisito mencionado en el párrafo 3. Si tal fuera el caso, esto es, si uno concibe el requisito del conocimiento no como un elemento subjetivo o mental

²¹¹ METTRAUX, *supra*, n. 2, p. 256, pone el ejemplo de un alemán al que arrestan o torturan por esconder a un amigo judío durante la Segunda Guerra Mundial, aun cuando él haya sido parte del objetivo, la población judía.

²¹² ["...to demonstrate that the victims are linked to any particular side of the conflict"]. *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 193, par. 423; *Prosecutor vs. Akayesu*, Judgement of 1 June 2001 (ICTR-96-4-A), par. 437.

²¹³ Mettraux, *supra*, n. 2, p. 256.

²¹⁴ Por ejemplo, Boot, *supra*, n. 22, par. 467; Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 261-263.

²¹⁵ Ver asimismo Mettraux, *supra*, n. 2, p. 254.

específico de los crímenes contra la humanidad, sino sólo como la *expresión de un requisito de intención general*,²¹⁶ el Artículo 30(3) del Estatuto sería aplicable y el autor necesitaría tener "conciencia" del ataque. Si, por otro lado, uno considera que este requisito es un *elemento subjetivo específico* de los crímenes contra la humanidad que debe definirse en base al Derecho Consuetudinario Internacional e independientemente de la definición general asentada en el Artículo 30(3) del Estatuto mencionado,²¹⁷ uno llega a una definición más amplia del conocimiento, como la que desarrolló la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*. Mientras que la Sala de Apelaciones *Tadic* todavía hablaba de conocimiento del ataque, sin dar una calificación ulterior del requisito,²¹⁸ la Sala de Primera Instancia *Blaskic* introdujo lo que podría denominarse un "*enfoque orientado al riesgo*". Por consiguiente, el conocimiento "también incluye la conducta de una persona que asume un riesgo premeditado con la esperanza de que éste no cause perjuicios."²¹⁹ Este planteamiento fue confirmado en fecha muy reciente por la Sala de Apelaciones en el caso *Kunarac*,²²⁰ al dar por bueno el punto de vista de la Sala de Primera Instancia de que el autor debe "arriesgarse a que su acto forme parte del ataque."²²¹

A primera vista, parecerían incompatibles estos dos criterios, el del conocimiento en el sentido del Artículo 30(3) del Estatuto y el del enfoque orientado al riesgo. Se ha dicho ciertamente que en el conocimiento, tal como lo entiende el Artículo mencionado, no está comprendida la conciencia de un simple riesgo.²²² Por lo tanto, si uno considera el

²¹⁶ Cf. Ambos, *supra*, n. 71, p. 774.

²¹⁷ Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 39.

²¹⁸ *Prosecutor vs. Tadic*, Judgement, *supra*, n. 202, par. 271.

²¹⁹ ["...also includes the conduct of a person taking a deliberate risk in the hope that the risk does not cause injury"]. *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 254, al citar a Desportes y Gunehec en la nota al pie de la página 483.

²²⁰ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 207, par. 102; conc. *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *supra*, n. 170, par. 37.

²²¹ ["...take the risk that his act is part of the attack"]. *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 179, par. 434. Véase asimismo Mettraux, *supra*, n. 2, p. 261.

²²² Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 39.

requisito del conocimiento en los crímenes *contra* la humanidad como un requisito de intención general, el enfoque orientado al riesgo no sería aplicable. Sólo serviría entonces para invocar la fórmula "Salvo disposición en contrario" del Artículo 30 del Estatuto y para sostener que el requisito del conocimiento en los crímenes contra la humanidad es una *lex specialis* y, como tal, deroga la *lex generalis* del Artículo 30 (3) del Estatuto antes indicado.²²³

Con todo, podría existir otra manera de reconciliar las interpretaciones aparentemente contradictorias del requisito del conocimiento. Uno podría *redefinir* el Artículo 30(3) de este Estatuto a la luz del enfoque orientado al riesgo. Esto querría decir que el conocimiento, como elemento mental general, debe entenderse siempre en el sentido de una conciencia del riesgo de la propia conducta. Dicho de modo más concreto: estar consciente del riesgo de que una conducta podría generar una circunstancia que convertiría el acto en un crimen internacional. Tal interpretación tendría el apoyo de la ya mencionada teoría cognitiva, en virtud de que ésta concibe el dolo como conocimiento del riesgo de que cierta conducta llevará a la comisión de cierto delito.²²⁴ El enfoque orientado al riesgo se complementa con el criterio del "*conocimiento constructivo*", el cual, según la jurisprudencia, forma parte de la definición del conocimiento.²²⁵ Este concepto tan discutible imputa conocimiento con base en ciertos indicios y constituye los criterios de negligencia como ceguera voluntaria²²⁶ y el de "debería haber sabido" (doctrina de la responsabilidad del superior).²²⁷ Si bien se reconoce en general el uso de ciertos indicios para deducir conocimiento en la ley de la prueba, al igual que una técnica necesaria para demostrar un elemento mental (específico), los cuales han sido adoptados también por los Tribunales *ad hoc*,²²⁸ no debe confundirse esta técnica con la

²²³ Cf. Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 39.

²²⁴ Véase Frisch, *supra*, n. 96, pp. 341 y ss. (341: "Notwendig ist das Wissen um das der Handlung eignende und (normative) ihre Tatbestandsmäßigkeit begründende Risiko [...]").

²²⁵ Cf. Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 38, con referencias en la nota al pie de la página 178.

²²⁶ Ver *R. vs. Finta* [1994] S.C.R. pp. 701, 812; Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 38-39.

²²⁷ Vid. Ambos *supra*, n. 73, pp. 696-697, 699-700; *id.*, en Cassese, *supra*, n. 2, 823, pp. 864 y ss.

²²⁸ Confróntese Mettraux, *supra*, n. 2, p. 262, con nota al pie de la página 124 y *supra* A.III. 1: c.).

“construcción” del conocimiento atendiendo a simples suposiciones y sospechas. Una imputación semejante de un conocimiento objetivamente no existente opera sobre una base ficticia y viola el principio de la culpabilidad. Mas cuidado es necesario por el criterio generalmente insuficiente que aplican los Tribunales en relación con *el conocimiento* exigido. El autor no necesita conocer ni los detalles del ataque ni los detalles de la política o del plan implícito.²²⁹

II LOS ACTOS INDIVIDUALES

1. EL ESTADO MENTAL EXIGIDO PARA LOS HECHOS DELICTIVOS INDIVIDUALES

Además del elemento subjetivo general, como se define en el Artículo 30 del Estatuto de la CPI, no existe otro requisito mental en cuanto a los hechos delictivos individuales de los crímenes contra la humanidad. Desde la resolución de la Sala de Apelaciones en *Tadic*, es particularmente evidente que no es necesario que los crímenes contra la humanidad se cometan con una *intención discriminatoria*.²³⁰ Esto se aplica también al Artículo 3 del Estatuto del TPIR, puesto que la referencia a ciertos motivos discriminatorios puede interpretarse como una caracterización del ataque más bien que de la *mens rea* del autor.²³¹ La única categoría en la que la discriminación constituye un elemento integral de la conducta prohibida es el crimen de “persecución”.

²²⁹ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 218, pars. 102-104. Véase asimismo Ambos, *supra*, n. 71, pp. 774 y ss; Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 41-42, ambos con referencias; Mettraux, *supra*, n. 2, p. 262 con nota al pie de la página 123; Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 15.

²³⁰ *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 204, par. 305. Ver también Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 43-45; Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 268-269; Dixon, *supra*, n. 166, Art. 7, mn. 16; Swaak-Goldman, *supra*, n. 177, pp. 160 y ss.; Cassese, *supra*, n. 2, p. 369.

²³¹ *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, n. 7, par. 81; *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 211, pars. 467-469. La C. de Ap. Akayesu sostuvo, sin embargo, que “Artículo 3 restringe la jurisdicción del Tribunal a crímenes contra la humanidad cometidos [...] por motivos de discriminación” [“...Article 3 restricts the jurisdiction of the Tribunal to crimes against humanity committed [...] on discriminatory grounds ...”] (par. 469). Confróntese igualmente Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 44.

Por la misma razón, los *motivos* del acusado (como algo diferente de la intención) no forman parte en principio del elemento mental.²³²

2. LOS ACTOS INDIVIDUALES

a) Asesinato (Murder)

El Artículo 7(2) del Estatuto de Roma no explica el término “asesinato” (*murder*). Se tenía por un concepto bastante bien entendido en todos los sistemas jurídicos, y no parecía precisar una elaboración ulterior.²³³ Con todo, los sistemas jurídicos nacionales sí varían hasta cierto punto en relación con los detalles doctrinales.²³⁴ Según Bassiouni, la práctica estatal lo define *largo sensu* como si en su significado estuviera incluida la creación de condiciones que ponen en peligro la vida hasta causar probablemente la muerte según la experiencia humana razonable.²³⁵ Así, el asesinato contiene una forma estrechamente relacionada de muerte no intencional, pero previsible, que el Derecho Consuetudinario rotula como asesinato calificado y preterintencional y que el sistema romanista civilista germánico considera como asesinato con *dolus* (*Vorsatz*) y asesinato con *culpa* (*Fahrlässigkeit*).²³⁶

La jurisprudencia define el asesinato con tres condiciones: la primera, es la muerte de la víctima; la segunda, es que su muerte haya sido consecuencia de un acto del acusado, y la tercera, es que el acusado haya tenido la

²³² *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 204, pars. 270, 272; *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, n. 187, par. 558 (donde se hace la observación de que el asunto “no se impugnó”); *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 194, par. 433; *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, n. 204, par. 187; *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *supra*, n. 170, par. 37; ver asimismo Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 45; Mettraux, *supra*, n. 2, pp. 268-269; Swaak-Goldman, *supra*, n. 177, pp. 160-164; Gómez-Benítez, *supra*, n. 8, p. 151.

²³³ Robinson. “The Elements of Crimes against humanity”, en Lee (ed.). *The International Criminal Court – Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, p. 80.

²³⁴ Para un análisis de las diferencias, *vid.* Heine y Vest, en Mc Donald y Swaak-Goldman (eds.), *supra*, n. 10, 175, 176-182.

²³⁵ Bassiouni, *supra*, n. 179, p. 300-302.

²³⁶ *Ibid.*

intención de matarla o de causarle daños corporales intensos con el conocimiento razonable de que su ataque probablemente ocasionaría su muerte.²³⁷ Si bien se ha polemizado un tanto en la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* en lo referente al significado que ha de atribuirse a la discrepancia entre el uso de la palabra "murder" en el texto en inglés del Estatuto y el uso de la palabra *assassinat* en el texto francés, ahora ha quedado establecido que no se requiere premeditación.²³⁸

b) Exterminio

El "exterminio" se define en el Artículo 7(2)(b) del Estatuto de Roma de suerte que el término abarca la imposición deliberada de condiciones de vida tales como la privación del acceso a comida y medicinas, con la finalidad de causar la destrucción de una parte de la población.²³⁹ Según la Sala de Primera Instancia *Akayesu* "el exterminio es un crimen que, por su misma naturaleza, se dirige contra un grupo de individuos". Difiere del asesinato en que exige un elemento de destrucción masivo que no se requiere para el crimen de asesinato.²⁴⁰ A este respecto, el exterminio

²³⁷ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 589; *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, *supra*, n. 187, par. 560; *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 217; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 80; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 215; *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *supra*, n. 170, par. 205.

²³⁸ *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, n. 205, par. 235; *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, pars. 587-589; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, n. 13, par. 79; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, pars. 214-215; *Prosecutor vs. Jelusic*, *supra*, n. 14, pars. 35, 51; *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 216; en desacuerdo: *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 140; *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, n. 187, par. 561.

²³⁹ En *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, par. 144 los elementos del exterminio se especificaron más. "El agente forma parte en el asesinato masivo de otros o en la creación de condiciones de vida que lleven a una masacre mediante su(s) acto(s) u omisión(es), habiendo tenido en mente el asesinato, o siendo imprudente o excesivamente negligente en cuanto a la posibilidad de tal masacre, y estando consciente de que su(s) acto(s) u omisión(es) forma(n) parte de tal suceso. En este último, su(s) acto(s) u omisión(es) forman parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil por razones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas" ["The actor participates in the mass killing of others or in the creation of conditions of life that lead to mass killing of others, through his act(s) or omission(s); having intended the killing, or being reckless, or grossly negligent as to whether the killing would result; and being aware that his act(s) or omission(s) forms part of a mass killing event; where, his act(s) or omissions(s) forms part of a widespread or systematic attack against civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds..."]

²⁴⁰ "[...]extermination is a crime which by its very nature is directed against a group of individuals. Extermination differs from murder in that it requires an element of mass destruction which is not required for murder". *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 591.

está estrechamente relacionado con el crimen de genocidio por cuanto ambos crímenes están dirigidos contra una gran cantidad de víctimas. Sin embargo, a diferencia del último, en el exterminio como crimen contra la humanidad existen situaciones en las que se mata a un grupo de individuos que no tienen ninguna característica en común. También se aplica a situaciones en las que se asesina a algunos miembros de un grupo, mientras que otros son personados.²⁴¹ Un solo asesinato puede calificarse de exterminio si es parte de una masacre y si el autor cometió tal acto en ese contexto.²⁴² Si bien el exterminio comporta por lo general una gran cantidad de víctimas, no es necesario que se elimine a una proporción especificada de la población que se haya elegido.²⁴³ En contraste con el simple asesinato, el efecto combinado de una vasta iniciativa asesina y la participación del acusado en ella es lo que otorga al crimen su especificidad y su carácter distintivo.²⁴⁴

c) Esclavitud

El elemento principal de la definición de "esclavitud" es el derecho de propiedad ejercido por una persona sobre otra (Artículo 7(2)(c)). La Sala de Primera Instancia en el caso *Kunarac* observó que "la esclavitud como crimen contra la humanidad en el Derecho Consuetudinario Internacional, constaba del ejercicio de cualquiera o de todos los poderes vinculados al derecho de posesión de una persona".²⁴⁵ Entre los indicios de la esclavitud

²⁴¹ Cf. 1996 ILC Report, *supra*, n. 39, p. 97

²⁴² METTRAUX, *supra*, n. 2, pp. 284-5; *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, n. 6, pars. 146-147. Este punto de vista se encuentra sustentado por el texto del Art. 7(1)(b) de los *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24. sin embargo, véase ahora *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *supra*, n. 170, pars. 227-229, donde se declara "que la Sala de Primera Instancia *Kayishema and Ruzindana* omitió proporcionar cualquier procedimiento estatal para respaldar su resolución al respecto, con lo que debilitó considerablemente el valor de ésta como precedente" ["...that the *Kayishema and Ruzindana* Trial Chamber omitted to provide any state practice in support of its ruling on that point, thereby very much weakening the value of its ruling as a precedent..."] (Nota al pie de la página 586).

²⁴³ METTRAUX, *supra*, n. 2, p. 285, al criticar *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 6, pars. 501-503, aunque evidentemente malinterpreta el caso.

²⁴⁴ METTRAUX, *supra*, n. 2, p. 285.

²⁴⁵ ["...enslavement as a crime against humanity in customary international law consisted of the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person"]. *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 194, par. 539.

podemos incluir los siguientes: "control de los movimientos de una persona, de su ambiente físico, control psicológico, medidas para impedir que escape, la fuerza, la amenaza de fuerza o coerción, el cautiverio, la afirmación de exclusividad, el sometimiento a un trato y a un abuso crueles, el control de la sexualidad y el trabajo forzado".²⁴⁶ *El simple poder* de comprar, vender, traficar o heredar a una persona, su trabajo o sus servicios es insuficiente, pero tales actividades, si en verdad tienen lugar, podrían ser un factor importante.²⁴⁷

La Sala de Apelaciones se apega a esta definición y subraya que "no es posible enumerar de manera exhaustiva todas las formas contemporáneas de esclavitud comprendidas en el desarrollo de la idea original."²⁴⁸ Además, considera que la falta de consentimiento de las víctimas no es un elemento del crimen, ya que la esclavitud fluye de los derechos reclamados de propiedad.²⁴⁹ La *mens rea* exigida consta del ejercicio deliberado de un poder ligado al derecho de propiedad.²⁵⁰

d) *Deportación o traslado por la fuerza*

De acuerdo con la definición proporcionada en el Artículo 7(2)(d) del Estatuto de Roma, la "deportación o [el] traslado forzoso de población" se refiere al desplazamiento forzado de personas, sin fundamentos autorizados por el Derecho Internacional, mediante la expulsión u otros actos coercitivos del área donde se encuentran presentes legalmente. La

²⁴⁶ ["...the control of someone's movement, control of physical environment, psychological control, measures taken to prevent or deter escape, force, threat of force or coercion, duration, assertion of exclusivity, subjection to cruel treatment and abuse, control of sexuality and forced labour"]. *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 194, par. 543; véase también *Prosecutor vs. Krnojelac*, Judgement of 15 March 2002 (IT-97-25-T), par. 350.

²⁴⁷ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 179, par. 543.

²⁴⁸ ["...it is not possible exhaustively to enumerate all of the contemporary forms of slavery which are comprehended in the expansion of the original idea"]. *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 207, par. 119.

²⁴⁹ *Ibid.*, par. 120.

²⁵⁰ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 194, par. 540; *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 207, par. 122; *Prosecutor vs. Krnojelac*, *supra*, n. 246, par. 350.

resolución del procedimiento según la Regla 61 en *Nicolic* indicó que las condiciones de tal mudanza podrían transformarla de legal en ilegítima y posiblemente en penal.²⁵¹

Mientras que el término "deportación" connota que se lleva a varias personas más allá de sus fronteras nacionales, el "traslado forzoso" tiene que ver con desplazamientos dentro de un mismo Estado.²⁵² No obstante, la Sala de Primera Instancia en el caso *Krstic* sostuvo que este crimen (que no está amparado por el Art. 5(d) del Estatuto del TPIY) "en las circunstancias del presente caso, aún constituye una forma de trato inhumano previsto en el Art. 5" ((i) Estatuto del TPIY).²⁵³

e) *Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad*

Si bien la Sala de Primera Instancia declaró en el caso *Kordic* que para el encarcelamiento se requiere la misma conducta que para el crimen de guerra de privación ilícita de la libertad,²⁵⁴ la Sala de Primera Instancia *Krnojelac* consideró que "the definition of imprisonment is not restricted by the grave breaches provisions of the Geneva Conventions".²⁵⁵ No obstante, concluyó que la privación de la libertad de un individuo sólo es arbitraria si se lo imponen sin el debido proceso legal de acuerdo con los instrumentos internacionales pertinentes. Cuando se analizan éstos, ambas sentencias llegan finalmente al mismo resultado.²⁵⁶ Por lo tanto, el encarcelamiento es la arbitraria "privación de la libertad del individuo sin

²⁵¹ *Prosecutor vs. Nicolic*, *supra*, n. 180, par. 23; véase asimismo Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 60.

²⁵² CLARK, *supra*, n. 166, p. 148; *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 19, pars. 531-532.

²⁵³ ["...in the circumstances of this case, still constitutes a form of inhumane treatment covered under Article 5"]. *Prosecutor vs. Krstic*, *supra*, n. 19, par. 532. Ver también *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, n. 187, par. 566. Sin embargo, *Prosecutor vs. Nicolic*, *supra*, n. 180, par. 23 declaró que el transporte ilegal de personas arrestadas del campo de Susica a Batkovic podría caracterizarse como deportación, aun cuando ambos lugares se hallan en el mismo país (Bosnia y Herzegovina).

²⁵⁴ *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, n. 204, pars. 301-302.

²⁵⁵ ["... la definición del encarcelamiento no está restringida por las normas de las graves infracciones a las disposiciones de los Convenios de Ginebra"]. *Prosecutor vs. Krnojelac*, *supra*, n. 246, par. 111.

²⁵⁶ AMBOS y WIRTH, *supra*, n. 2, p. 63.

el debido proceso legal, *i.e.*, si no puede recurrirse a ningún fundamento jurídico para justificar la privación de la libertad inicial".²⁵⁷ Si se invoca el Derecho Nacional como justificación, las disposiciones al respecto no deben violar el Derecho Internacional.²⁵⁸

Las garantías de procedimiento del Derecho de Ginebra, así como las disposiciones del ICCPR²⁵⁹ sobre el *proceso justo* se aplican tanto para la resolución inicial de privar a una persona de su libertad como para la revisión subsiguiente.²⁶⁰ Si en cualquier momento el fundamento legal deja de ser aplicable, la privación de la libertad que al principio era legal puede volverse ilícita en ese momento y considerarse como encarcelamiento arbitrario.²⁶¹ Vale la pena mencionar que el *Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la Comisión de Derechos Humanos* ha señalado que la privación de la libertad se torna ilegal si se impone sólo porque la víctima ejerció sus derechos humanos.²⁶² De este modo, el encarcelamiento o alguna otra privación importante de la libertad que viole los principios fundamentales del Derecho Internacional comprende las violaciones de los derechos humanos caracterizados por el encarcelamiento arbitrario.²⁶³

Aunque en *Krnjelac* y *Kordic* no se exige de manera expresa, la privación de la libertad, para ser criminal, debe ser *grave* según el Derecho Internacional. Esto se desprende de la formulación en el Artículo 7(1)(e) del Estatuto de la CPI "Encarcelación u otra privación grave de la libertad".²⁶⁴

²⁵⁷ ["...deprivation of liberty of the individual without due process of law, *i. e.*, if no legal basis can be called upon to justify the initial deprivation of liberty"]. *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, n. 204, par. 302; *Prosecutor vs. Krnjelac*, *supra*, n. 246, par. 114.

²⁵⁸ *Prosecutor vs. Krnjelac*, *supra*, n. 246, par. 114.

²⁵⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 999 UNTS 171.

²⁶⁰ Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 63-64.

²⁶¹ *Prosecutor vs. Krnjelac*, *supra*, n. 246, par. 114.

²⁶² Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, UN Doc. E/CN.4/1998/44, Annex I, par. 8.

²⁶³ Clark, *supra*, n. 166, p. 148.

²⁶⁴ Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 65.

f) Tortura

"Tortura" significa, según la interpretación del Artículo 7(2)(e) del Estatuto de Roma, la imposición intencional de dolor o sufrimientos graves, físicos o mentales, a una persona bajo la custodia o el control del acusado. Sin embargo, no se considerará tortura el dolor o sufrimiento que sólo provenga de, o sea inherente o incidental a sanciones lícitas. La expresión "dolor o sufrimientos graves" transmite la idea de que solamente los actos de *considerable gravedad* pueden tenerse por tortura.²⁶⁵ Aun cuando esta definición añade un supuesto requisito de *control*,²⁶⁶ la jurisprudencia exige un *propósito específico*, es decir, el acto debe dirigirse hacia la obtención de información o de una confesión, o para castigar, intimidar o ejercer coerción sobre la víctima o una tercera persona, o para discriminar, la víctima o una tercera persona con base en cualquier fundamento.²⁶⁷ Sin embargo, no es indispensable que tal conducta se perpetre única o predominantemente por uno de los fines prohibidos, sino que éstos sólo necesitan formar parte de la motivación de la conducta.²⁶⁸

El requisito de un propósito específico debe rechazarse. Se omitió deliberadamente en el Estatuto de Roma, así como en el Artículo 7(1)(f) de los *Elementos de los Crímenes*, en una de cuyas notas a pie de página se dice: "Se entiende que no es preciso probar ninguna intención especial en relación con este crimen".²⁶⁹ Esto concuerda con un juicio reciente de la Corte Suprema Alemana, según la cual la tortura es la imposición del "... sufrimiento físico o mental más intenso..." y no requiere un propósito adicional, sino sólo la intención de infligir el trato mencionado.²⁷⁰ Como

²⁶⁵ *Prosecutor vs. Delalic*, *supra*, n. 268, pars. 461-469; Mettraux, *supra*, n. 2, p. 289.

²⁶⁶ AMBOS y WIRTH, *supra*, n. 2, p. 67.

²⁶⁷ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 179, par. 497; *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 594; *Prosecutor vs. Furundzija*, Judgement of 10 December 1998 (IT.95-17-T) par. 162.

²⁶⁸ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 179, par. 486; *Prosecutor vs. Delalic*, Judgement of 16 November 1998 (IT-96-21-T), par. 470; Mettraux, *supra*, n. 2, p. 290.

²⁶⁹ *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24, Art. 7(1)(f), n. 14.

²⁷⁰ Juicio del 21 February 2001 (*Sokolovic*) - 3 StR 372/00, 4. d) aa) = NStZ 2001, pp. 658 (661).

consecuencia, la tortura no requiere ningún propósito (adicional) o una intención especial que vaya más allá de la mera intención de provocar un dolor intenso.²⁷¹

g) *Violación, esclavitud sexual, prostitución y embarazo forzados o esterilización obligada, o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable*

De acuerdo con su definición en el Artículo 7(2)(f) del Estatuto de Roma, el "embarazo forzado" significa el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. El Artículo recién citado establece, además, que esta definición no deberá interpretarse en modo alguno como si perjudicara la legislación nacional relativa a la preñez. Las expresiones "violación", "esclavitud sexual", "prostitución forzada", "esterilización obligada", "o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable" no han sido definidas en el Artículo.²⁷²

Las Salas de ambos Tribunales *ad hoc* distinguen entre una definición *conceptual* y una *mecánica* de la violación. Algunos consideran

"que la violación es una forma de agresión y que los elementos medulares de este crimen no pueden captarse en una descripción mecánica de objetos y partes corporales. La Convention against Torture (...) no registra actos específicos en su definición de la tortura, sino que más bien atiende a la estructura conceptual de la violencia autorizada por el Estado. Este enfoque es más útil para el Derecho Internacional"²⁷³.

²⁷¹ Cf. Ambos, "Immer mehr Fragen im internationalen Strafrecht", en *NSIZ*, 2001, pp. 628 (632).

²⁷² Estos actos se definen en los *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24.

²⁷³ ["that rape is a form of aggression and that the central elements of the crime of rape cannot be captured in a mechanical description of objects and body parts. The Convention against Torture (...) does not catalogue specific acts in its definition of torture, focusing rather on the conceptual framework of state sanctioned violence. This approach is more useful in international law"]. *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 597; *Prosecutor vs. Delalic*, *supra*, n. 268, pars. 478-4799; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, pars. 220-229.

Por consiguiente, la violación fue definida como

"una invasión física de naturaleza sexual, perpetrada contra una persona en circunstancias coercitivas. La violencia sexual en la que se inserta la violación se considera como cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona en circunstancias coercitivas."²⁷⁴

La Sala de Primera Instancia *Furundzija* sostuvo "que los siguientes pueden tenerse por los elementos objetivos de la violación:

- (i) La penetración sexual, aunque sea superficial:
 - (a) De la vagina o el ano de la víctima con el pene del autor o cualquier otro objeto usado por él; o
 - (b) De la boca de la víctima por el pene del autor;
- (ii) Mediante la coerción, la fuerza o la amenaza de fuerza a la víctima o una tercera persona."²⁷⁵

La Sala de Primera Instancia adoptó en el caso *Kunarac* este punto de vista con respecto a los elementos señalados en (i), pero indicó que en (ii) sólo era necesario que

"esta penetración sexual ocurra sin el consentimiento de la víctima. Para este fin, su consentimiento debe darse de forma voluntaria,

²⁷⁴ ["a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive. Sexual violence which includes rape is considered to be any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercive"]. *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, n. 11, par. 598; *Prosecutor vs. Delalic*, *supra*, n. 268, pars. 478-9; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, pars. 220-9.

²⁷⁵ ["...that the following may be accepted as the objective elements of rape:

- (i) The sexual penetration, however slight:
 - (a) Of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or
 - (b) Of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator;
- (ii) By coercion or force or threat of force against the victim or a third person.".]

Véase *Prosecutor vs. Furundzija*, *supra*, n. 267, par. 185. El Artículo 7(1)(g)-1 de los *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24, sigue esta definición "mecánica".

como consecuencia de su libre albedrío, y ello se evaluará según el contexto de las circunstancias del entorno²⁷⁶

Así, el consentimiento se considera evidentemente como un elemento del *actus reus* y no como una justificación. Esto corresponde a la distinción alemana entre *Einverständnis* y *Einwilligung*,²⁷⁷ de acuerdo con la cual el primer término elimina el *actus reus* y el último la ilicitud del acto. La diferenciación tiene consecuencias sustantivas y procesales. En lo concerniente a las últimas, es claro que la persecución penal debe demostrar la existencia del *actus reus*, en tanto que la carga de la prueba referente a una causal de exclusión de responsabilidad (*defence*) corresponde, como norma, a la defensa. En cuanto a la sustancia, pueden surgir problemas complejos de error. Si, tocante a la *mens rea*, sólo se exige que el autor se proponga llevar a efecto la penetración sexual y que también actúe *a sabiendas* de que no tiene el consentimiento de la víctima,²⁷⁸ él puede invocar un error de hecho si creyó que la víctima consintió en tener relaciones sexuales con él. Este error negaría el elemento mental dentro del significado del Artículo 32(1) del Estatuto de la CPI, ya que el autor carecería del conocimiento necesario relativo a un elemento del *actus reus*. Por otra parte, podría considerarse el consentimiento como una defensa respecto de cuyos elementos objetivos el autor pudiera equivocarse al creer que la víctima consiente, o, más exactamente, como una excusa válida y justa (*Erlaubnissachverhaltsirrtum* = justificación putativa).²⁷⁹ Según sea la teoría a la que uno se adhiera, esto o bien negaría el elemento mental o solamente la culpabilidad de la

²⁷⁶ ["...such sexual penetration occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances"]. *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 179, par. 460. El Artículo 7(1)(g)-1(2) de los *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24, exige "Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción [...] o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento".

²⁷⁷ Cf. (crit.) Roxin, *Strafrecht Allgemeine*, Teil I, 3ª ed. 1997, § 13, mn. 1 y ss.

²⁷⁸ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, n. 179, par. 460.

²⁷⁹ Cf. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, pp. 158 y s (159-60).

conducta.²⁸⁰ En la primera situación, el autor quedaría exento de castigo, según el Artículo 32(1) del Estatuto de la CPI, mientras que en la última, el error sería irrelevante de acuerdo con el principio *error iuris*, contenido en el Artículo 32(2) del mismo Estatuto.²⁸¹ Con todo, podría presentarse otra situación, si el autor ignora el requisito del consentimiento (o otra causal de exclusión de responsabilidad); esto constituiría un error de Derecho irrelevante (Art. 32(2) del Estatuto).

h) Persecución

La persecución se define en el Artículo 7(2)(g) del Estatuto de Roma como la privación intencional y grave de derechos fundamentales, en contravención del Derecho Internacional, en razón de la identidad del grupo o de la colectividad. Según la jurisprudencia,

"El crimen de persecución consta de un acto o de una omisión que
1. discrimina efectivamente y niega o infringe un derecho fundamental, formulado en el Derecho Consuetudinario Internacional o en el Derecho de los Tratados (el *actus reus*); y
2. se llevó a cabo deliberadamente con la intención de discriminar, fundándose en alguno de los motivos registrados en la lista, específicamente la raza, la religión o la política (la *mens rea*)."²⁸²

Los actos persecutorios pueden asumir muchas formas y no es preciso que se vinculen a otros crímenes mencionados en las demás partes del

²⁸⁰ El punto de vista correcto es tratar la *Erlaubnissachverhaltsirrtum* como un error de hecho; al respecto, ver Ambos, *supra*, n. 71, pp. 808 y ss.

²⁸¹ Crítica del Art. 32(2) en Ambos, *supra*, n. 71, pp. 822-824.

²⁸² ["[T]he crime of persecution consists of an act or omission which

1. discriminates in fact and which denies or infringes upon a fundamental right laid down in international customary or treaty law (the *actus reus*); and
2. was carried out deliberately with the intention to discriminate on one of the listed grounds, specifically race, religion or politics (the *mens rea*).]

Véase *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *supra*, n. 170, par. 244; *Prosecutor vs. Krnojelac*, *supra*, n. 246, par. 431.

Estatuto. Pueden constar de los actos registrados en otras subcláusulas del Artículo 5, de los actos mencionados en otras partes del Estatuto, o de actos no mencionados explícitamente en ninguna parte del mismo.²⁸³ La privación de derechos debe ser importante, *i. e.*, debe alcanzar "el mismo nivel de gravedad que los otros actos prohibidos en el Artículo 5".²⁸⁴

El elemento adicional de la intención discriminatoria en lo concerniente a la persecución "equivale a una *intención criminal agravada (dolus specialis, dolus specialis)*". En el caso de la persecución, la intención debe ser la de someter a una persona o a un grupo a la discriminación, el maltrato o el acoso, de tal suerte que a esa persona o a ese grupo se le cause gran sufrimiento o daño, aduciendo razones de orden religioso, político o de otro tipo.²⁸⁵ Esta *mens rea* persecutoria es la característica distintiva de este ilícito que "separa el crimen de persecución de otros crímenes contra la humanidad del Artículo 5".²⁸⁶ Ello hizo que la Sala de Primera Instancia *Kupreskic* estableciera paralelos entre el genocidio y la persecución.²⁸⁷

"Puede decirse que, desde el punto de vista de la *mens rea*, el genocidio es una forma extrema y sumamente inhumana de persecución. Para decirlo con otras palabras: cuando esta última se intensifica hasta asumir formas drásticas de actos intencionales y premeditados ideados para destruir un grupo o parte de alguno, puede afirmarse que tal persecución se equipara con el genocidio".²⁸⁸

²⁸³ Mettraux, *supra*, n. 2, p. 292, con referencias.

²⁸⁴ ["...the same level of gravity as the other acts prohibited in Article 5"]. *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, n. 187, pars. 620-21; Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, pp. 74 y ss, con referencias adicionales.

²⁸⁵ ["...amounts to an aggravated criminal intent (*dolus specialis, dolus specialis*). In the case of persecution, the intent must be to subject a person or group to discrimination, ill-treatment, or harassment so as to bring about great suffering or injury to that person or group on religious, political or other such grounds"]. Cassese, *supra*, n. 2, p. 364.

²⁸⁶ ["...sets the crime of persecution apart from other Article 5 crimes against humanity"]. *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, n. 204, par. 212.

²⁸⁷ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, n. 187, par. 636: ambos delitos pertenecen "al mismo *genus*".

²⁸⁸ ["[I]t can be said that, from the viewpoint of *mens rea*, genocide is an extreme and most inhuman form of persecution. To put it differently, when persecution escalates to the extreme form of wilful and deliberate acts designed to destroy a group or part of a group, it can be held that such persecution amounts to genocide"]. Véase *ibid.*

i) *Desaparición forzada de personas*

El Artículo 7(2)(i) del Estatuto de Roma ofrece por primera vez una definición de las desapariciones forzadas que observa las normas mínimas de certeza jurídica. En conformidad con ello, la conducta se caracteriza por el arresto, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

El crimen se remonta a la experiencia latinoamericana, que hizo que fuera calificado como crimen contra la humanidad por la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* 1994.²⁸⁹ Su inclusión en el Estatuto de Roma lo convierte en un auténtico crimen internacional. No obstante, no existe jurisprudencia en el Derecho Penal Internacional, sino sólo en el de los derechos humanos, en particular en el célebre caso *Velásquez Rodríguez* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José, Costa Rica).²⁹⁰ Pero ésta y otras resoluciones relacionadas con los derechos humanos²⁹¹ no desarrollaron los elementos del crimen de desaparición forzada,²⁹² ni tampoco el Derecho Patrio de algunos Estados latinoamericanos (*inter alia*, Perú, Venezuela, México, Guatemala, Paraguay y Colombia) ofrece una definición convincente.²⁹³

²⁸⁹ OEA/Ser. P AG/doc. 3114/94 rev. 1.

²⁹⁰ Velásquez Rodríguez fue, junto con Godínez Cruz y Farén Garbi/Solís Corrales, el primero de tres casos en los que el Tribunal sostuvo, en la Inter-American Rights Convention, que un Estado Parte (Honduras) era responsable de la desaparición forzada de personas (Judgements of 29 July 1988, 20 January 1989, 15 March 1989, Series C, No. 4). Después de estas resoluciones siguieron otras: *Neira Alegría et al.* (Series C, No. 20); *Caballero Delgado y Santana* (22); *Garrido y Baigorria* (26); *Castillo Páez* (34); *Blake* (36); *Trujillo Oroza* (64); *Durand y Ugarte* (68); *Bámaco Velásquez* (70).

²⁹¹ Confróntense los diversos juicios del Eur. Court of Human Rights: *Kart vs. Turkey*, Judgement 25 May 1998; *Cakici vs. Turkey*, Judgement 8 July 1999; *Timurtas vs. Turkey*, Judgement 13 June 2000; *Cicek vs. Turkey*, Judgement 27 February 2001; *Tas vs. Turkey*, Judgement 14 November 2001.

²⁹² Cf. Ambos, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., Buenos Aires, 1999, pp. 66 y ss. (77 y ss., 113 y ss.).

²⁹³ *Ibid.*, pp. 403 y ss.

No hace mucho que el *Völkerstrafgesetzbuch* alemán (Código de derecho penal internacional CDPI), que entró en vigor el 30 de junio de 2002,²⁹⁴ propuso la siguiente definición basada en el Artículo 7(2)(i) del Estatuto de la CPI y de los *Elements*:

“... con la intención de sustraerla durante largo tiempo a la protección de la Ley

- (a) secuestrándola o privándola gravemente de su libertad física de cualquier otro modo por orden o con la tolerancia de un Estado o de una organización política, sin que en lo sucesivo se atiende sin demora la demanda de información sobre su suerte o paradero,
- (b) negándose, por orden de un Estado o de una organización política o en contra de una obligación legal, a proporcionar sin demora información sobre la suerte o paradero de una persona que ha sido privada de su libertad física bajo las condiciones de la letra a, o proporcionando una información falsa”

En tanto que el inciso (a) toma la combinación de privación de la libertad y la negativa subsiguiente de dar información (veraz) como se discierne del Estatuto, el inciso (b) penaliza la simple negativa a proporcionar información inmediata o hacerlo con falsedad, pues eso implicaría una especie de colusión con el Estado o la organización responsable de la privación de la libertad.²⁹⁵ De esta forma, queda claro, a pesar de la dificultad de los detalles,²⁹⁶ que el crimen sólo puede ser cometido por agentes estatales, o con su consentimiento o aquiescencia,²⁹⁷ y que esta integrado por dos actos relacionados entre sí.

²⁹⁴ *Bundesgesetzblatt* [Boletín Oficial de la RFA], I, 2002, p. 2254. Existen traducciones disponibles en www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html

²⁹⁵ Cf. *Motives, Draft of the Cali*, 28 December 2001, pp. 46-7; disponible en www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html.

²⁹⁶ Para un análisis comparativo e internacional, véase la obra de próxima aparición de Christoph Grammer, “Der Straftatbestand des zwangsweisen Verschwindenlassens von Personen” (tesis doctoral, Universidad de Mainz, Alemania).

²⁹⁷ Hall, en Triffterer, *supra*, n. 9, Art. 7, mn. 124; Boot, *supra*, n. 22, par. 502.

j) *El crimen del apartheid*

“El crimen del *apartheid*”, tal como lo define el Artículo 7(2)(h) del Estatuto de Roma, se refiere a los actos inhumanos de carácter semejante a los que hace referencia el párrafo 1 y que son cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominio sistemáticos por un grupo racial sobre cualquier otro grupo o grupos raciales y perpetrados con la intención de mantener dicho régimen.²⁹⁸ Por razones de certeza jurídica, el CDPI interpreta el crimen del *apartheid* como una modificación de los otros actos individuales contenidos en la sección 7(1) de ese mismo código. En otros términos, el autor de uno de los actos fundamentales de los crímenes contra la humanidad recibe una sentencia más severa si comete estos actos con la intención (adicional) de mantener un régimen institucionalizado de opresión y dominio sistemáticos de un grupo racial sobre cualquier otro.²⁹⁹

k) *Otros actos inhumanos*

La expresión “Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.” no está definida en el artículo 7(2) del Estatuto de Roma. Los *Elementos de los Crímenes*, en su artículo 7(1)(k) exigen que:

- “1. Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.
- “2. Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto.”³⁰⁰

²⁹⁸ Sobre las diferencias de las definiciones en el Estatuto de Roma y el Artículo II de la Apartheid Convention, véase Hall, en Triffterer, *supra*, n. 9, Art. 7, mn. 116-122.

²⁹⁹ Cf. *Motives*, *supra*, n. 295, pp. 49-50.

³⁰⁰ *Elementos de los Crímenes*, *supra* n. 23.

Una nota a pie de página aclara: "Se entiende que "carácter" se refiere a la naturaleza y la gravedad del acto".³⁰¹ Los Tribunales *ad hoc* exigen que el acto o la omisión debe ser de una gravedad similar a otras posibilidades, y que debe haber causado intensos sufrimientos físicos o mentales o daños serios, o haber constituido un ataque de importancia a la dignidad humana.³⁰² Para estimar la gravedad de un acto, hay que tomar en consideración todas las circunstancias reales. Entre éstas pueden considerarse la naturaleza del acto o la omisión, el contexto en que ocurrió, las circunstancias de la víctima, incluyendo edad, sexo y salud, así como los efectos físicos, mentales y morales que el acto ejerció en ella.³⁰³ Como ejemplos de tales "otros actos inhumanos" podrían mencionarse la experimentación ilegal con seres humanos y, sobre todo, la agresión violenta.³⁰⁴

C. CRÍMENES DE GUERRA

I. OBSERVACIONES GENERALES

1. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO 8 DEL ESTATUTO DE LA CPI

El Artículo 8 del Estatuto de la CPI reconoce la existencia de los "crímenes de guerra" en conflictos armados no internacionales, y esto es ciertamente un avance.³⁰⁵ Sin embargo, la creación de la categoría de "crímenes de los conflictos armados"³⁰⁶ no implica "asimilar" los crímenes cometidos en

³⁰¹ *Ibid.*, nota al pie de la página 30 del *Elemento 2* del Art. 7(k).

³⁰² *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *supra*, n. 170, par. 234; Ambos y Wirth, *supra*, n. 2, p. 83 con referencias ulteriores.

³⁰³ *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *supra*, n. 170, par. 234, con referencias adicionales.

³⁰⁴ CLARK, *supra*, n. 167, p. 152, cuando se remite a Robinson. "Defining crimes against Humanity at the Rome Conference", en *AJIL*, núm. 93, 1999, p. 43.

³⁰⁵ ZIMMERMANN, en Triffler (ed.). "Commentary on the Rome Statute of the 31C, Art. 8, mn. 238, 289".

³⁰⁶ KRESS. "War crimes committed in non-international armed conflict and the emerging system of international criminal justice", en *Isr. Y.B. Hum. Rts.*, núm. 30, 2000, pp. 103, 132; este autor cuestiona si realmente existe una tendencia hacia la completa eliminación de la dicotomía entre crímenes cometidos en conflictos internacionales y no internacionales. En la p. 132 alude a *Prosecutor*

conflictos internacionales a los cometidos en conflictos armados no internacionales.³⁰⁷ Por el contrario, el Artículo 8 del Estatuto mantiene el *enfoque dualista*, y separa los "crímenes internacionales" de los "no internacionales" en cuatro incisos (par. 2(a), (b) contra (c), (e)). Además, no suministra, como lo hacen los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, una cláusula abierta ("tales violaciones se incluirán, mas no se limitarán a [...]"), sino que más bien presenta una *lista cerrada y exhaustiva* de los crímenes.³⁰⁸ Aunque esta técnica de codificación puede ser grata a la luz del principio de legalidad (*nullum crimen sine lege certa*),³⁰⁹ tiene la desventaja de ser estática y, debido a ello, de obstaculizar la interpretación judicial para llenar supuestas lagunas en la codificación de los crímenes de guerra, especialmente los cometidos en un conflicto internacional no armado. Como consecuencia, los supuestos descuidos del Artículo 8 del Estatuto, si se comparan con el Derecho Consuetudinario Internacional,³¹⁰ sólo

Cont. Nota No. 306

vs. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995 (IT-94-I-AR72), par. 126, donde se manifestó que "el surgimiento de los principios generales mencionados, relativos a los conflictos armados internos, no implica que la lucha interna esté regulada por el Derecho Internacional en todos sus aspectos. Pueden distinguirse dos limitaciones especiales: (i) solamente algunas de las normas y principios que rigen los conflictos armados internacionales se han extendido gradualmente a fin de aplicarse a los internos; y (ii) esta extensión no se ha llevado a cabo bajo la forma de un trasplante completo y mecánico de tales normas a los conflictos internos, sino que la esencia general de las mismas es la que se ha hecho aplicable a los conflictos internos, y no la regulación detallada que puedan contener" ["...[t]he emergence of the aforementioned general rules on internal armed conflicts does not imply that internal strife is regulated by general international law in all its aspects. Two particular limitations may be noted: (i) only a number of rules and principles governing international armed conflicts have gradually been extended to apply to internal conflicts; and (ii) this extension has not taken place in the form of a full and mechanical transplant of those rules to internal conflicts; rather the general essence of those rules, and not the detailed regulation they may contain, has become applicable to internal conflicts"].

³⁰⁷ Crit. Bassiouni. *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, núm. 8, 1998, pp. 199, 232-233; Zimmermann, *supra*, n. 305, Art. 8, mn. 235.

³⁰⁸ Véase también Condorelli. "War crimes and internal conflicts in the Statute of the ICC", en Politi y Nesi (eds.). *The Rome Statute of the ICC*, 2001, pp. 107, 112.

³⁰⁹ Así también lo considera Schabas. "Follow up to Rome: preparing for entry into force of the international Criminal Court Statute", en *Hum. Rts. L. J.*, núm. 20, 1999, pp. 157, 163.

³¹⁰ Véase Fischer. *Festschrift Ipsen*, 2000, pp. 77, 86 y ss.; también Sunga, *supra*, n. 8, p. 395; Askin. "Crimes within the jurisdiction of the ICC", en *Crim. L.F.*, núm. 10, 1999, pp. 33, 57; Condorelli, *supra*, n. 308, pp. 111 y ss.

pueden remediarse con enmiendas al Estatuto, con arreglo al Artículo 121 y siguientes del Estatuto. Además, el Artículo 8 del Estatuto se ha restringido aún más con la introducción de un *elemento de contexto*, que se desconocía con anterioridad y que se tomó de los crímenes contra la humanidad ("en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o [...] de la comisión en gran escala de tales crímenes").³¹¹

El CDPI alemán³¹² suprime la distinción tradicional y crea una *categoría de crímenes de conflictos armados*, en la que toma en cuenta el estado actual del Derecho Consuetudinario Internacional y hace referencia en especial a las declaraciones pertinentes de algunos Estados en organizaciones internacionales, o a las que se expresan en manuales militares.³¹³ El capítulo 2 atiende a una diferenciación según los intereses legales u objetos jurídicamente protegidos: crímenes de guerra contra *personas* (§ 8),³¹⁴ contra *la propiedad* y otros derechos (§ 9), contra *operaciones humanitarias y emblemas* (§ 10), que consisten en la utilización de *métodos de conducción de la guerra prohibidos* (§ 11) y, por último, en el empleo de *medios* prohibidos en la conducción de la guerra (§ 12). Este planteamiento refleja la distinción entre la protección de las personas y la propiedad, por un lado (Convenios de Ginebra), y la limitación del uso de ciertos métodos y medios empleados en la contienda militar (Convención de La Haya), por el otro.³¹⁵ Sin embargo, ahí donde el Derecho Consuetudinario no permite que se traten por igual los conflictos

³¹¹ En contra de este requisito para los crímenes de guerra: *Prosecutor vs. Tadic*, Judgement of 7 May 1997 (IT-94-1-T), par. 573; *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra*, n. 268, par. 195; conc. *Prosecutor vs. Blaskic*, Judgement of 3 March 2000 (IT-95-14-T), par. 70. Véase también Sunga, *supra*, n. 8, p. 392; Fenrick, en Triffterer (ed.), "Commentary on the Rome Statute of the ICC, Art. 8 mn. 4"; Fischer, *supra*, n. 310, p. 85; Ambos, *supra*, n. 71, p. 779. Para una explicación según el principio de complementariedad, ver Bothe, "War crimes", en Cassese *et al.* (eds.), *supra*, n. 2, pp. 379, 380-1.

³¹² Véase *supra*, n. 294.

³¹³ Confróntense *Motives*, *supra*, n. 295, p. 51.

³¹⁴ El inciso (6), núm. 1, define a las personas que han de ser protegidas por el Derecho Internacional Humanitario en un conflicto armado internacional como sigue: "personas protegidas en el sentido de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I [...], es decir, heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y población civil."

³¹⁵ Véanse *Motives*, *supra*, n. 290, p. 52.

internacionales y los no internacionales, las diferencias se han conservado, incluyendo elementos especiales dentro de las diferentes parágraphos de la sección 2.³¹⁶ En tanto que las parágraphos 10 y 12 tratan los conflictos armados internacionales y no internacionales por igual, las parágraphos 8, 9 y 11 adoptan un enfoque diferente. Así, por ejemplo, los incisos (1) y (2) del parágrafo 8 se ocupan de los crímenes de guerra contra personas en relación tanto con un conflicto armado internacional como con uno no internacional, mientras que el inciso (3) solamente penaliza los actos cometidos en un conflicto armado internacional.

La solución alemana es compatible con el Estatuto de Roma, en virtud de que, según el Artículo 10 del Estatuto, "Nada [...] se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto." En otras palabras, los Estados Partes pueden incriminar ciertos actos cometidos durante los conflictos armados no internacionales como crímenes internacionales en concordancia con el Derecho Consuetudinario Internacional existente.³¹⁷

2. EXISTENCIA DE UN CONFLICTO ARMADO

No hay una definición positiva de "conflicto armado" en el Derecho Internacional, aunque existen algunos indicios. El Artículo común 2 de los cuatro Convenios de Ginebra (en lo sucesivo "CG I-IV") aclara que existen otros conflictos armados además de los "casos de guerra declarada". De la famosa definición negativa del Artículo 1 (2) del Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977 ("PA II"), admitida en el Artículo 8(2)(d) y (f) del Estatuto, se sigue que las "situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores" no llegan a constituir un conflicto armado.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ Cf. Momtaz, "War crimes in non-international armed conflicts under the Statute of the International Criminal Court", en *Y.B. Int'l Humanit. L.*, núm. 2, 1999, pp. 177, 188. Ver asimismo Boot, *supra*, n. 22, par. 594.

La idea de "conflicto armado" presupone el recurso a la fuerza o a la violencia armada entre actores diferentes (estatales o no estatales).³¹⁸ Para establecer una distinción entre esta situación y la criminalidad común, las insurrecciones desorganizadas y efímeras o actividades terroristas, es preciso evaluar la *intensidad* del conflicto y la *organización* de las partes.³¹⁹ La determinación de la intensidad de un conflicto no internacional no depende del juicio subjetivo de las partes en el mismo, pero debe valorarse objetivamente con base en las condiciones establecidas en el artículo común 3 y PA II.³²⁰ Si la aplicación del Derecho Internacional Humanitario dependiera del juicio discrecional (subjetivo) de las Partes, en la mayor parte de los casos habría una tendencia a que se minimizara el conflicto, a fin de que no se aplicaran los principios humanitarios. A resultas de ello, no se lograría el objetivo mismo del Derecho Internacional Humanitario, es decir, la protección de las víctimas de conflictos armados.³²¹

Las partes en conflicto serán generalmente o el Gobierno enfrentándose a las fuerzas armadas disidentes, o el Gobierno que lucha contra grupos insurgentes armados y organizados. La expresión "fuerzas armadas" ha de definirse en un sentido amplio para abarcar todas las fuerzas armadas, tal como se describen en las legislaciones nacionales.³²² Las fuerzas armadas disidentes deben estar bajo un mando responsable, esto es, debe haber algún grado de *organización*, pero esto no necesariamente significa que deba haber un sistema jerárquico de organización militar semejante al de

³¹⁸ *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311, par. 561; *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Jurisdiction, *supra*, n. 307, par. 70; conc. *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, *supra*, n. 187, par. 545; *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 63. Ver asimismo *Prosecutor vs. Akayesu*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 11, par. 620: "existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor grado" ["...existence of hostilities between armed forces organized to a greater or lesser extent"]. Véase asimismo Ipsen, *Völkerrecht*, 4ª ed., 1999, § 65, mn. 9, § 66, mn. 7; Greenwood, en Fleck (ed.), *Handbook of armed conflict*, núm. 202, pp. 35-36.

³¹⁹ *Prosecutor vs. Akayesu*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 11, pars. 620, 625; *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311, par. 562; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 256.

³²⁰ *Prosecutor vs. Akayesu*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 11, par. 603.

³²¹ *Id.*

³²² *Prosecutor vs. Akayesu*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 11, par. 625; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 256.

las fuerzas armadas regulares: "Esto quiere decir que se trata de una organización capaz, por un lado, de planear y llevar a cabo operaciones militares ininterrumpidas y concertadas que se mantengan firmes continuamente y se pongan en marcha con un plan, y por el otro, que sea capaz de imponer una disciplina en nombre de las autoridades de facto."³²³ Las fuerzas armadas disidentes deben ser capaces, además, de ejercer el control sobre una parte importante del territorio para mantener operaciones militares prolongadas y concertadas y estar en condiciones de poner en ejecución el Protocolo.³²⁴

En cuanto al *período* o marco temporal, el conflicto armado se inicia cuando se comienza a hacer uso de la fuerza armada y termina, cuando muy pronto, con el fin de las hostilidades. Mientras que esto se desprende del Artículo 3(b) del Primero Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977 ("PA I"), algunos autores exigen el restablecimiento de la situación previa (la situación pacífica).³²⁵ La Sala de Apelaciones *Tadic* extendió igualmente el periodo más allá del simple cese de hostilidades y exigió que se alcanzara "una conclusión general de la paz" o, en el caso de un conflicto no internacional, "un arreglo pacífico".

En cuanto a la *extensión geográfica* de las hostilidades es suficiente con que se establezca la existencia del conflicto para toda una región integrada por ciertos municipios, sin la necesidad de tener un conflicto armado dentro de cada uno de ellos municipalidades.³²⁶ Si se establece la existencia de un conflicto armado en cierto territorio, el Derecho Internacional Humanitario es aplicable en todo aquél, tenga o no tenga lugar ahí el combate real.³²⁷ No es necesario que todos los crímenes deban cometerse

³²³ ["It means an organization capable of, on the one hand, planning and carrying out sustained and concerted military operations- operations that are kept up continuously and that are done in agreement according to a plan, and on the other, of imposing discipline in the name of the de facto authorities"]. *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 257.

³²⁴ *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, n. 29, par. 258.

³²⁵ Ipsen, *supra*, n. 318, § 68, mn. 1 y ss., mn. 4 y ss.; Doehring, *Völkerrecht*, 1999, § 11 Rn. 646 y ss.

³²⁶ *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 311, par. 64.

³²⁷ *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Jurisdiction, *supra*, n. 307, par. 70; *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 311, par. 64.

en la región geográfica exacta donde se lleva a cabo un conflicto armado en un momento dado.³²⁸

Cabría preguntarse si esta determinación considerablemente liberal de los requisitos geográficos puede transferirse a grandes Estados Federales como Estados Unidos, México o Brasil. En otras palabras, si hubiera un conflicto armado en uno de los estados de una de estas Federaciones, ¿llegaría a convertirse éste en un conflicto armado en todo el Estado Federal? Supongamos, para abundar en el tema, que la situación en el estado mexicano de Chiapas llegara a ser un conflicto armado en el sentido del Derecho Humanitario, ¿podríamos decir en tal caso que en todo México existe un conflicto armado? Mi respuesta sería negativa y mi argumento principal sería que Chiapas es una parte demasiado pequeña de México para afirmar que todo el país se encuentra en una situación de conflicto armado. Aun así, queda no obstante sin responder la pregunta de si no sería razonable tener en cuenta la aplicación del Derecho Humanitario en este estado específico de la Federación, *i. e.*, una especie de aplicación parcial o geográficamente limitada del Derecho donde la situación lo requiera.

3. LA "INTERNACIONALIZACIÓN" DE UN CONFLICTO ARMADO

Si bien es evidente que un conflicto armado es *internacional* si ocurre entre dos o más Estados, y que *no es internacional* si tiene lugar en el territorio de un solo Estado entre fuerzas pertenecientes a este último,³²⁹ no queda tan claro *si una intervención o participación extranjera puede internacionalizar* un conflicto en un territorio y de que manera puede hacerlo. La respuesta correcta es que la internacionalización acontece si los actos de una de las partes en el conflicto deben atribuirse a un Estado extranjero, es decir, si los individuos o grupos que toman parte en tal

³²⁸ *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 311, par. 69.

³²⁹ Cf. Ambos, "Zur Bestrafung von Verbrechen im internationalen, nicht-internationalen und internen Konflikt", en Hasse, Müller y Schneider (eds.), *Humanitäres Völkerrecht*, 2001, pp. 331, 338.

conflicto son *órganos de facto* de ese Estado,³³⁰ o si su conducta puede imputarse a tal Estado mediante otros criterios. Sin embargo, dado que no se llega a un acuerdo respecto a estos últimos y aún se discuten acaloradamente, ofrecer un análisis profundo que fuera más allá de la presentación de las posiciones de las Salas del TPIY excedería los límites de este artículo.³³¹

La Sala de Primera Instancia *Tadic* siguió la prueba del *control eficaz* (*effective control*), tal como fue desarrollada por la CIJ en el caso Nicaragua,³³² y exigió como requisito que el Estado extranjero ejerciera un control efectivo sobre un grupo militar o paramilitar en lo concerniente a las operaciones específicas de este grupo y que emitiera instrucciones específicas.³³³ La Sala de Primera Instancia *Celebici* y la Sala de Apelaciones *Tadic* rechazaron esta prueba, en virtud de que, *inter alia*, no la consideraron apropiada para ese asunto, esto es, para el problema de la responsabilidad penal individual, no la estatal.³³⁴ En vez de ello, se hizo una distinción entre las personas o los grupos cuyo control desea el Estado extranjero. En el caso de los *grupos militares* o paramilitares, tal Estado no sólo necesita equipar y financiar el grupo, sino también coordinar o ayudar en la planeación general de su actividad militar, *i. e.*, es necesario un *control general*, pero también es suficiente. Particularmente, no es preciso que el Estado extranjero emita instrucciones específicas al dirigente o a los miembros del grupo.³³⁵ En el caso de *individuos* o *grupos organizados militarmente*, el Estado extranjero debe dar *instrucciones* específicas u órdenes cuyo propósito sea la comisión de actos específicos,

³³⁰ *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 203, par. 104.

³³¹ Para ese penetrante análisis, consúltase De Hoogh, "Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility...", en *BYIL*, núm. 72, 2001/2002, pp. 255.

³³² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Judgement, *ICJ Reports* 1986, p. 14 = *International Law Reports*, pp. 76, 349.

³³³ *ICJ*, *supra*, n. 332, par. 115; *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 203, pars. 131, 137.

³³⁴ *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra*, n. 268, pars. 262-263; *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 203, par. 103.

³³⁵ *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 203, pars. 131, 137.

o bien aprobar públicamente que éstos se perpetren.³³⁶ Además, también puede suceder que ciertos individuos *se asimilen* a los órganos de un Estado extranjero en razón de su *conducta real* dentro de la estructura de éste (e independientemente de cualquiera de sus instrucciones) y que, como consecuencia, su conducta pueda atribuirse a ese Estado.³³⁷

4. DIFERENTES FORMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES

Aparte de las limitaciones descritas en líneas anteriores (*supra* 1.), el Estatuto de la CPI introduce un nuevo tipo de conflicto no internacional para las “violaciones graves de las leyes y los usos aplicables” de guerra (Art. 8 (2)(e)); en otros términos, exige que tales conflictos sean *prolongados* (Art. 8 (2)(f)). De este modo, ha aparecido una nueva distinción en la que se traslapan los conflictos no internacionales “normales” y “prolongados”. En el último tipo, tanto las violaciones graves del Artículo común 3 como las graves violaciones de leyes y costumbres de guerra no deben considerarse crímenes de guerra. Esto se ha criticado como un “patent absurdity”,³³⁸ y es en verdad difícil entender por qué las agresiones a las unidades sanitarias, las violaciones colectivas, la deportación o la mutilación intencional constituirían crímenes de guerra sólo cuando el conflicto no internacional “se prolongue” y no cuando sea justamente un conflicto no internacional “normal”. De hecho, la distinción trae a la memoria recuerdos desagradables sobre la diferenciación clásica entre crímenes acaecidos en conflictos internacionales y no internacionales, y merece por consiguiente la misma crítica de que es arbitrario y que contraviene la *raison d'être* del Derecho Internacional Humanitario y el Penal; en otros términos, la protección de todas las personas que no participan activamente en el conflicto.

No debe pasarse por alto, sin embargo, que el término “prolongado” no fue inventado por los redactores del Estatuto de Roma, sino que la primera

³³⁶ *Ibid.*, pars. 132, 137.

³³⁷ *Ibid.*, pars. 141 y ss.

³³⁸ Cf. Condorelli, *supra*, n. 308, p. 113.

en mencionarlo fue la Sala de Apelaciones *Tadic*, cuando determinó que un conflicto armado existe cuando hay “una violencia armada prolongada [...] en un Estado”.³³⁹ Puede decirse que el término tiene su fundamento en la idea de las “operaciones militares sostenidas y concertadas” tal como se hallan contenidas en el Artículo 1(1) de PA II. Esto no implica, sin embargo, que las operaciones deban seguir continuamente, sino que más bien es suficiente, como lo pone en claro la versión francesa (“de manière prolongée”), que el conflicto armado se desarrolle durante algún tiempo.³⁴⁰ Así, la diferencia entre un conflicto armado “normal” y uno “prolongado” se reduce en realidad a una simple diferencia temporal que, no obstante, no se define con suficiente precisión. Dada la arbitrariedad de la distinción, es necesario proporcionar una interpretación restringida del término “prolongado”.

5. RELACIÓN ENTRE EL CONFLICTO ARMADO Y LOS CRÍMENES INDIVIDUALES, PARTICULARMENTE LOS REQUISITOS MENTALES

Al igual que en el caso de los crímenes contra la humanidad, nos asalta la pregunta de cómo se relacionan los actos individuales o los crímenes con el elemento de contexto, es decir, con la existencia de un conflicto armado. La jurisprudencia exige de forma unánime que debe haber un “...un nexo evidente entre los supuestos crímenes y el conflicto armado en conjunto.”³⁴¹ Tal nexo existe si los “...crímenes estuvieran estrechamente relacionados con las hostilidades que tienen lugar en otras partes de los territorios controlados por las partes en conflicto”.³⁴² No

³³⁹ [“...protracted armed violence [...] within a State”. *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Jurisdiction, *supra*, n. 307, par. 70; conc. *Prosecutor vs. Delalic, et al.*, *supra*, n. 268, par. 183; *Prosecutor vs. Furundzija*, *supra*, n. 267, par. 59.

³⁴⁰ Zimmermann, *supra*, n. 305, Art., 8, mn. 334.

³⁴¹ [“...evident nexus between the alleged crimes and the armed conflict as a whole”]. *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 69.

³⁴² [“...crimes were closely related to the hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict”]. *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Jurisdiction, *supra*, n. 307, par. 70; véase *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311, pars. 572, 573; *Prosecutor vs. Tadic*, A.Ch. Judgement, *supra*, n. 203, pars. 249, 252; *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra*, n. 268, pars. 192, 195; *Prosecutor vs. Furundzija*, *supra*, n. 267, par. 60; *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, n. 170, par. 68.

es necesario que los supuestos crímenes ocurran en medio de una batalla o que el "...conflicto armado tuviera lugar en el tiempo y lugar exactos de los actos prohibidos ..."³⁴³ pero es suficiente si puede establecerse una relación entre éstos y el conflicto.³⁴⁴

Con todo, hay una cuestión mucho más compleja, pero que no se explica adecuadamente: de qué manera debe calificarse jurídicamente el elemento de contexto y qué consecuencias entraña ello para los posibles requisitos mentales. Si uno entiende el elemento de contexto como algo puramente objetivo, *jurisdiccional*, no es necesario incluirlo en la intención del autor. Pero si uno concibe este elemento como una *circunstancia* dentro del significado del Artículo 30(3) del Estatuto de la CPI, el autor debe saber de su existencia.³⁴⁵ Cuando este problema eminentemente práctico se analizó por primera vez entre una y otra sesión en el curso de la reunión de la *Comisión Preparatoria*, realizada en Siracusa, Italia, en febrero de 2000, surgieron dos posiciones. La primera de ellas representa lo que podemos llamar enfoque del *Derecho Internacional Público objetivo*, y la segunda, el enfoque *subjetivo del Derecho Penal* (en lo sucesivo, enfoques "objetivo" y "subjetivo"). Quienes defendían el enfoque *objetivo*³⁴⁶ argumentaron que la finalidad del Derecho Internacional Humanitario es contrarrestar el riesgo, que se ha incrementado, de que en realidad no se persigan penalmente los crímenes graves durante un conflicto armado y que se creara un sistema de Derecho Penal supranacional que reemplace las imperfectas persecuciones penales nacionales. Tal sistema del Derecho

³⁴³ ["...armed conflict was occurring at the exact time and place of the proscribed acts..."] *Prosecutor vs. Tadić*, T.Ch. Judgement, *supra*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311, par. 573.

³⁴⁴ *Prosecutor vs. Tadić*, Decision on Jurisdiction, *supra*, n. 307, par. 69, al referirse al crimen de privación de la libertad.

³⁴⁵ Las siguientes consideraciones se basan en reflexiones anteriores; véase Ambos, *supra*, n. 71, pp. 778 y ss., y en Cassese, *Festschrift*, 2003 (de próxima aparición).

³⁴⁶ Cf., por ejemplo, *Human Rights Watch*, "Commentary on the 4th Preparatory Commission meeting for the ICC", marzo de 2000, p. 3. También Fenrick está en favor de un "elemento jurisdiccional", *supra*, n. 311, Art. 8, mn. 4; ver en general Zimmermann, Triffterer (ed.), *supra*, n. 305, Art. 5, mn. 9. Véase asimismo Arsanjani, "The Rome Statute of the International Criminal Court, en *AJIL*, núm. 93, 1999, pp. 22, 33; Boot, en Klip y Sluiter (eds.), *Annotated Leading Cases*, vol. I, 1999, p. 452, esp. la 456, deja abierta la cuestión.

Humanitario, prosigue el argumento, constituye solamente un régimen paralelo de competencia en relación con el Derecho Nacional.

En concordancia con ello, en la actualidad, la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* siempre ha concebido el conflicto armado como un simple "elemento jurisdiccional". Por último, los redactores del Estatuto de Roma no incluyeron un requisito de intención en el encabezado del Artículo 8 del Estatuto, a diferencia del Artículo 6 y, en particular, el Artículo 7 del mismo Estatuto.³⁴⁷ Por otra parte, el enfoque *subjetivo* invocó la naturaleza divergente de los crímenes comunes y los de guerra. El reproche más grande asociado con un crimen de guerra sólo puede justificarse si el autor también estaba consciente de que actuó en el contexto de un conflicto armado y, por consiguiente, que cometió un crimen de guerra. En realidad, el elemento de contexto es parte del *actus reus* y, por lo tanto, está comprendido en los requisitos normales de la *mens rea*. Como se sabe, el asunto no pudo resolverse en Siracusa.³⁴⁸

Desde la perspectiva penal, el enfoque subjetivo es evidentemente preferible. El enfoque objetivo hace del "elemento contextual" una condición objetiva de punibilidad (*objektive Strafbarkeitsbedingung*) y de ese modo entra en conflicto con el principio de culpabilidad.³⁴⁹ La cuestión de si un elemento particular del *actus reus* requiere la intención del autor y, por lo tanto, no puede considerarse como condición objetiva de punibilidad depende de la relevancia de esta condición respecto al

³⁴⁷ ICRC, Non Paper, 27 January 2000, 3; asimismo HRW, *supra*, n. 346, pp. 3-4.

³⁴⁸ El informe final dice: "Para el genocidio y los crímenes contra la humanidad, se pondrá en la lista un elemento mental especial. Para los crímenes de guerra, no se asentará en tal registro ningún elemento mental relativo al contexto. La cuestión queda abierta [...]" ["For Genocide and Crimes against humanity, a particular mental element will be listed. For War crimes, no mental element as to the context will be listed. The issue is left open [...]"]. (PrepCom, Working Group on Elements of Crimes. Outcome of an intersessional meeting of the Preparatory Commission for the International Court held in Siracusa from 31 January to 6 February 2000, PCNICC/2000/WGEC/INF/1, 9 de febrero de 2000, las cursivas son mías).

³⁴⁹ Igual que la tendencia tradicional del Derecho Penal estadounidense de interpretar la responsabilidad individual como "responsabilidad objetiva" ["strict-liability"].

injusto de la conducta (*Unrechtsrelevanz*) en cuestión.³⁵⁰ Así, el asunto crucial es si el "elemento de contexto" del conflicto armado influye en el contenido del injusto (*Unrechtsgehalt*) de los crímenes de guerra conforme al Artículo 8 del Estatuto. Si éste es el caso, *i. e.*, si este elemento incrementa el contenido del injusto de los actos en cuestión, la intención del autor debe estar relacionada también con él, si ha de impedirse una violación del principio de culpabilidad.

La respuesta a nuestra pregunta es resultado de una comparación de conductas punibles de acuerdo tanto con el Derecho Penal (Nacional) como con el Artículo mencionado con anterioridad. Tómense como ejemplos el homicidio (Art. 8(2)(a)(i)), la destrucción y la apropiación de una propiedad (Art. 8(2)(a)(iv)) y la violación (Art. 8(2)(b)(xxii)). La punibilidad de estos actos según el Derecho Penal general o el Derecho Penal Internacional depende, en términos objetivos, de la existencia de un conflicto armado y de la caracterización del objeto de los delitos como personas u objetos protegidos. De esta manera, tales elementos tienen el efecto de aumentar la ilicitud de los actos en cuestión, por lo menos si uno asume que un crimen de guerra posee un grado más alto de ilicitud que un crimen común comparable. Este "efecto de la ilicitud incrementada" ["wrongfulness-increasing effect"] vedaría por sí mismo la caracterización de los elementos citados como condiciones objetivas de punibilidad. En cuanto a la responsabilidad penal *in concreto* podemos distinguir entre tres situaciones:

- Los delitos ocurren en época de paz.
- Los delitos tienen lugar durante un conflicto armado, pero no están relacionados con este conflicto, es decir, ocurren solamente con ocasión del mismo.
- Los delitos se desarrollan durante un conflicto armado y están relacionados con éste.

³⁵⁰ Cf. Geisler, *Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingung der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip*, 1998, pp. 130 y ss.

Es obvio que en la primera situación sólo existe responsabilidad penal de acuerdo con el Derecho Penal general. En la segunda y tercera situaciones, durante un conflicto armado podrían aplicarse tanto el Derecho Penal Nacional general como el Derecho Penal Internacional. Evidentemente, los crímenes comunes también pueden cometerse durante un conflicto armado. El sistema de justicia penal en tiempos de paz no se ve reemplazado por el sistema de la época de guerra, pero ambos existen simultáneamente, y así es como surge la cuestión de su delimitación. Al respecto, los *Elementos* se concentran en si la conducta "haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado [internacional] [que no era de índole internacional] y haya estado relacionada con él."³⁵¹ Así, parece haber acuerdo en que la mera comisión de un delito *con ocasión* de un conflicto armado no lo convierte en un crimen de guerra.³⁵² Si el autor utiliza el caos general provocado por el estallido de una guerra para "saldar viejas cuentas" y mata a su vecino, este delito, con toda seguridad no es un crimen de guerra por la razón más bien formal de que el vecino no es una persona protegida según el IV. Convenio de Ginebra;³⁵³ no obstante, tampoco es un crimen de guerra, porque el acto no está relacionado con el conflicto armado, puesto que el autor quería matar a su vecino independientemente de la existencia del conflicto armado y así lo hizo.³⁵⁴ Esto es aún más obvio en el siguiente caso: si un grupo de licenciados *hooligans* destruye varios automóviles, este daño a la propiedad no se convierte en el crimen de guerra de destrucción de la propiedad previsto en el Artículo 8(2)(a)(iv) del Estatuto de la CPI simplemente porque ocurre objetivamente durante un conflicto armado. De igual forma, una violación punible según el Derecho Penal general en tiempos de paz no se vuelve en un crimen de

³⁵¹ Ver, por ejemplo, *Elemento* No. 4 del Art. 8(2)(a)(i) del Estatuto de la CPI o del Art. 8(2)(c)(i)-1 del mismo Estatuto.

³⁵² Cf. Kress, *supra*, n. 307, pp. 122-3

³⁵³ Según el Artículo 4 del IV. Convenio de Ginebra de 1949, están protegidos los civiles "que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditos".

³⁵⁴ Bothe, *supra*, n. 311, p. 388: "un conflicto interpersonal rigurosamente privado" ["strictly private interpersonal conflict"].

guerra de violación según el Artículo 8(2)(b)(xxii) del Estatuto mencionado tan sólo porque la guerra estalló la noche anterior. En todos estos casos, el autor tan sólo llega a ser un "criminal de guerra" si su conducta, como lo exigen correctamente los *Elementos*, tuvo lugar en el contexto de un conflicto armado. Con todo, este contexto no puede tan sólo determinarse de forma objetiva, sino que es consecuencia de la actitud del delincuente hacia el delito. Si el autor actúa con independencia del conflicto armado, si incluso no sabe que éste ocurre, entonces no lleva a cabo dentro del contexto de este conflicto, y será una simple coincidencia que se presenten simultáneamente. Sin embargo, si el autor actúa con la conciencia del conflicto armado en curso y aun se beneficia del mismo, tal conciencia es el vínculo entre su conducta y el conflicto armado. De este modo, el vínculo con el conflicto armado está formado o creado por la imaginación del autor y no sólo basado en circunstancias meramente objetivas. Es suficiente, sin embargo, que estuviera consciente de las circunstancias fácticas de un conflicto armado; no sabe ni entiende las condiciones legales implícitas (esto es, los posibles elementos normativos del *actus reus*). La introducción a los *Elementos de los Crímenes de guerra* indica:

"Únicamente se exige el conocimiento de las *circunstancias de hecho* que hayan determinado la existencia de un *conflicto armado*, implícito en las palabras "haya tenido lugar en el contexto de ... y que haya estado relacionada con él".³⁵⁵

Asimismo, el requisito de la intención debe formularse en relación con la *naturaleza del conflicto* como internacional o no internacional, como quiera que hay líneas de conducta que hacen que una persona sea responsable penalmente en conflictos internacionales pero no en los no internacionales.³⁵⁶ De esta manera, el castigo según una u otra categoría

³⁵⁵ *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24, p. 18.

³⁵⁶ Por ejemplo, el uso de veneno o de armas venenosas es punible en un conflicto internacional pero no en uno no internacional (Art. 8(2)(b)(xvii), Estatuto de la CPI). Otro ejemplo importante es el Art. 8(2)(b)(iv) del mismo Estatuto, en cuanto al perjuicio que puede hacerse al medio natural, ya que éste es un crimen que no es aplicable en un conflicto armado no internacional no sólo según el Estatuto de la CPI, sino también de acuerdo con el Derecho Consuetudinario Internacional existente.

de "crímenes de guerra" sólo puede explicarse por el hecho de que el autor estaba consciente de que actuaba en uno u otro tipo de conflicto. No obstante, los *Elementos* omiten completamente el requisito de intención en este contexto:

En ese contexto, no se exige que el autor sea *consciente* de los *hechos* que hayan determinado que el *conflicto* tenga *carácter* internacional o no internacional³⁵⁷.

Lo anterior tendría sentido si el Artículo 8 del Estatuto no conservara la distinción de crímenes cometidos en conflictos internacionales y no internacionales. Siempre que exista esta distinción, debe tener un impacto en el requisito de la intención si es necesario el conocimiento basado en los hechos en cuanto a la *existencia* de un conflicto armado, como lo declaran correctamente los *Elementos*. Por otra parte, debe admitirse que la diferencia principal en lo referente al contenido del injusto estriba en si los crímenes fueron cometidos en tiempos de paz o con ocasión de un conflicto armado y los cometidos en el contexto de un conflicto armado, mientras que la diferencia entre crímenes cometidos en un conflicto internacional y los cometidos en uno no internacional es secundario. En lo referente a la *lex lata*, ésta se limita a los (pocos) crímenes punibles en un conflicto armado internacional pero no en uno no internacional.

Una reflexión paralela sobre el elemento del delito en lo concerniente a *personas u objetos jurídicamente protegidos* indica también la necesidad de un requisito subjetivo. En términos generales, existe acuerdo en que el dolo debe referirse a las personas y objetos jurídicamente protegidos. En la terminología del Artículo 30 del Estatuto, estos elementos constituyen una "circunstancia" de la que el autor debe estar consciente. Los *Elementos* correspondientes requieren que aquél esté consciente de las "circunstancias de hecho que establecían esa protección [como persona u objeto protegido]"³⁵⁸ No obstante, si se exige que el autor tenga

³⁵⁷ *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24, p. 18.

³⁵⁸ Elemento 3 del Art. 8(2)(a)(i) del Estatuto de la CPI, *supra* I; véase asimismo, por ejemplo, el Elemento 5 del Art. 8(2)(a)(iv) del mismo Estatuto, en relación con la propiedad protegida.

conocimiento de las circunstancias reales, ello implica un conocimiento similar con referencia a la existencia de un conflicto armado, por cuanto las personas u objetos protegidos, como conceptos característicos de las leyes de guerra, sólo pueden existir durante semejante conflicto.

En resumen, el enfoque subjetivo es más convincente tocante a la interpretación del *Artículo 7 del Estatuto*. En ambos Artículos del Estatuto (el 7 y el 8), es necesario un contexto particular para la conducta mencionada, a fin de que se trate como crimen internacional. Ahí donde el Artículo 7 mencionado se refiere a la acción “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, el Artículo 8 ubica la acción en el contexto de un conflicto armado (internacional o no internacional). Sería por lo tanto inconsistente si fuera necesaria el dolo en un caso, mientras que en el otro ni siquiera se requiriera un conocimiento real de las circunstancias concomitantes.

La *jurisprudencia* de los Tribunales *ad hoc* no contradice esta interpretación. Ciertamente es correcto que el TPIY considere hasta el requisito del conflicto armado sólo como un “elemento jurisdiccional”. Sin embargo, la jurisprudencia sólo analiza el problema dentro del marco de la jurisdicción del Tribunal³⁵⁹ y establece solamente lo indisputable, a saber, que la conducta incriminadora debe presentarse en el contexto de un conflicto armado. El verdadero asunto polémico es si los elementos en cuestión pueden concebirse también como circunstancias concomitantes según el Artículo 30(3) del Estatuto de la CPI, más allá de su caracterización como “elementos jurisdiccionales,” y de esa forma si se requiere su conocimiento. Sería necesario analizar este problema dentro del marco de la responsabilidad individual en los crímenes de guerra; en esta parte de los juicios, sin embargo, sólo puede encontrarse la discusión, si acaso se encuentra

³⁵⁹ Véase, por ejemplo, *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311, par. 572: “Para que un crimen recaiga dentro de la jurisdicción del Tribunal Internacional [...]” [“For a crime to fall within the jurisdiction of the International Tribunal[...]”].

algo, de los requisitos objetivos y subjetivos de los delitos individuales contra las leyes de guerra.³⁶⁰ En otras palabras: la jurisprudencia, igual como la Comisión Preparatoria, han dejado abierta esta problemática.

Sea como fuere, en la *práctica de la persecución penal*, el enfoque subjetivo –el conocimiento de las circunstancias verdaderas de la existencia de un conflicto armado (internacional o no internacional)– se distinguirá con dificultad del enfoque objetivo (la presunción de una condición objetiva de punibilidad). La razón es que la jurisprudencia internacionales deduce de cualquier manera la intención, y en particular su elemento cognitivo (conocimiento), de hechos y circunstancias objetivamente determinados, es decir, utiliza la prueba circunstancial clásica.³⁶¹ Tal práctica judicial ha tenido influencia en los *Elementos*, cuya introducción general indica: “La existencia de la intención y el conocimiento puede inherirse de los hechos y las circunstancias del caso.”³⁶² No obstante, si en un caso particular, la conducta se desarrolló en el contexto de un conflicto armado, porque era por ejemplo el o la comandante de un campo de prisioneros,³⁶³ o porque estaba involucrada en delitos en el centro de las operaciones militares, la objeción de que no tenía conocimiento de tal conflicto puede rechazarse como una declaración que tan sólo estará al servicio de sus fines personales. Aun si el enfoque subjetivo desembocara en problemas insuperables de persecución penal y prueba, como lo insinuaron *inter alia* algunas ONG,³⁶⁴ esto debe aceptarse en provecho de un Derecho Penal Internacional basado en el Estado de Derecho y en particular en el principio de culpabilidad. A la luz del dictamen legal del TMI (Tribunal Militar Internacional), según el

³⁶⁰ Cf. *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra*, n. 268, pars. 419 y ss.; *Prosecutor vs. Furundzija*, *supra*, n. 267, pars. 134 y ss. En cambio, esto no se analiza en *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311.

³⁶¹ Ver *supra*, n. 116 y el texto.

³⁶² Cf. *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24, p. 5.

³⁶³ *Prosecutor vs. Tadic*, T.Ch. Judgement, *supra*, n. 311, par. 575; *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra*, n. 268, pars. 196–7.

³⁶⁴ Vid., por ejemplo, HRW, *supra*, n. 346, p. 4.

cual "... deben evitarse los castigos masivos..."³⁶⁵ y la siempre difícil tarea de separar a los culpables de los inocentes,³⁶⁶ el Derecho Penal Internacional contemporáneo no puede perseguir el objetivo de castigar a toda costa a todos los sospechosos posibles.³⁶⁷ Como consecuencia, sólo podría cuestionarse el requisito subjetivo si se exigiera algo más que el simple conocimiento relativo a los hechos. No obstante, éste no es el caso, como puede verse claramente de los *Elementos* y todo el análisis anterior.

II. CRÍMENES INDIVIDUALES

1. EN GENERAL

Los diferentes crímenes del Artículo 8 del Estatuto de la CPI se han tomado de las prohibiciones de las Convenciones de La Haya y Ginebra; en otros

³⁶⁵ *The Trial of the major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, vol. 22, Londres, HMSO, 1950, p. 469. *Ibid.*, también se estableció que: "el Tribunal debe hacer esta declaración de criminalidad [de una organización o un grupo] hasta donde sea posible, de suerte tal que se garantice que no se castigará a personas inocentes..." ["the Tribunal should make such declaration of criminality [of an organization or group] so far as possible in a manner to ensure that innocent persons will not be punished"].

³⁶⁶ Véase *U.S. vs. Krauch et al.* (caso 6), *VIII Trial of War Criminals*, US Government Printing Office, pp. 1081-1210, p. 1126: "[...] somos incapaces de encontrar, una vez que hemos estado bajo aquellos que han conducido a un país a una guerra de agresión, una manera racional que divida a los culpables de los inocentes. [...] El Honorable Tribunal ya la ha puesto en el proceso de los criminales internacionales. La colocó debajo de los autores intelectuales y los líderes [...], quienes fueron hallados culpables de emprender una guerra agresiva, y por encima de aquellos cuya participación fue menor y cuya actividad no asumió la forma de un plan o de guiar para la nación en lo concerniente a sus ambiciones agresivas. Encontrar culpables a los acusados de emprender una guerra agresiva requeriría que moviéramos tal marca sin que hallésemos un lugar firme en el cual volver a emplazarla. La hemos dejado donde la encontramos, muy satisfechos de que los autores intelectuales [...] la guerra agresiva debieran tenerse por culpables [...], pero no los que simplemente siguen a los líderes [...]" ["[...] we are unable to find once we have passed below those who have led a country into a war of Aggression, a rational mark dividing the guilty from the innocent. [...] The mark has already been set by the Honorable Tribunal in the trial of the international criminals. It was set below the planners and leaders [...] who were found guilty of waging aggressive war, and above those whose participation was less and whose activity took the form of neither planning nor guiding the nation in its aggressive ambitions. To find the defendants guilty of waging aggressive war would require us to move the mark without finding a firm place in which to reset it. We leave the mark where we find it, well satisfied that individuals who plan [...] an aggressive war should be held guilty [...], but not those who merely follow the leaders [...]"].

³⁶⁷ Particularmente las organizaciones de derechos humanos, que de lo contrario estarían en favor del principio del proceso justo, no deben ser culpables de utilizar criterios dobles.

términos, deben interpretarse según estas primeras normas primarias.³⁶⁸ Tal dependencia de estas normas implica que no puede haber crímenes de guerra relativos a conductas no prohibidas por ellas. Por otra parte, no todas las prohibiciones iniciales pueden ser convertidas o transformadas en penalizaciones secundarias, *i. e.*, no todas las prohibiciones son delitos penales.³⁶⁹ Ello es una consecuencia del ya mencionado sistema cerrado del Artículo 8 del Estatuto: en tanto que el Artículo 3 del Estatuto del TPIY se refiere a las "...leyes o usos de la guerra...", y con ello penaliza todas las primeras normas a que hemos hecho alusión, el artículo 8 del Estatuto de la CPI enumera explícitamente los crímenes y es naturalmente más restringido que el Artículo 3 del Estatuto del TPIY. El mencionado Artículo no penaliza explícitamente, por ejemplo, el uso de armas nucleares o biológicas, pero hace que su penalización dependa de una "prohibición comprensiva" que debe incluirse en un anexo del Estatuto (Art. 8(2)(b)(xx)). Aparte de eso, el empleo de estas armas podría estar amparado por los incisos 2(b)(i), (ii) o (iv).³⁷⁰

2. CRÍMENES INTERNACIONALES VERSUS CRÍMENES NO INTERNACIONALES

Una simple lectura del Artículo 8 del Estatuto muestra que existen más actos punibles en los conflictos armados internacionales que en los no internacionales.³⁷¹ Con todo, hay que tener cuidado al comparar los incisos (a) y (b) con los (c) y (e) sólo literalmente. Si bien pueden encontrarse divergencias en la redacción de los crímenes, hay en esencia una similitud considerable, si no una identidad. Así, por ejemplo, el Artículo (2)(b)(ii) de este Estatuto señalado castiga los ataques intencionales contra "objetos civiles", y estos últimos están enumerados en los incisos (e)(ii) y (iv), es decir, los mismos actos son punibles en un conflicto armado no

³⁶⁸ Véase Bothe en relación con las normas primarias y secundarias (prohibiciones y crímenes) en este contexto, *supra*, n. 311, p. 381.

³⁶⁹ Cf. Bothe, *supra*, n. 311, p. 387.

³⁷⁰ Véase Bothe, *supra*, n. 311, pp. 396-7, 406 y ss.

³⁷¹ Para mayores detalles, véase Condorelli, *supra*, n. 308, pp. 112-113; La Haya. "The elements of war crimes", en Lee (ed.), *supra*, n. 233, pp. 109 y ss, especialmente la 217.

internacional. Si tomamos esto en cuenta, pueden enumerarse a primera vista los siguientes crímenes que sólo son punibles en un conflicto armado internacional de acuerdo con el Artículo 8 del Estatuto:³⁷²

- Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se prevea (Art. 8(2)(b)(iv));
- Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares (Art. 8(2)(b)(v));
- Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción (Art. 8(2)(b)(vi));
- Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves (Art. 8(2)(b)(vii));
- El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio (Art. 8(2)(b)(viii));
- Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga (Art. 8(2)(b)(xiv));
- Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra (Art. 8(2)(b)(xv));
- Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto (Art. 8(2)(b)(xvi));

³⁷² Para un cuadro comparativo desde la perspectiva de los crímenes de conflictos no internacionales del inciso (2)(e), ver La Haya, *supra*, n. 371, p. 217.

- Emplear veneno o armas envenenadas (Art. 8(2)(b)(xvii));
- Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo (Art. 8(2)(b)(xviii));
- Emplear balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones (Art. 8(2)(b)(xix));
- Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123 (Art. 8(2)(b)(xx));
- Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes (Art. 8(2)(b)(xxi));
- Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares (Art. 8(2)(b)(xxiii));
- Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra (Art. 8(2)(b)(xxv));

Si miramos más de cerca las deficiencias del Artículo 8(2)(e) del Estatuto, es notable que la cantidad de *figurae crimines* para los conflictos armados no internacionales es limitada en comparación con las aplicables en los conflictos armados internacionales. El “uso de armas inhumanas”, por ejemplo, no se toma en consideración en el contexto de conflictos armados no internacionales.³⁷³ Ni tampoco la “inanición de la población civil como

³⁷³ Condorelli, *supra*, n. 308, p. 112. Bothe, en *supra*, n. 311, p. 420, señala que “el uso de minas antipersonales y de armas químicas y biológicas no está previsto en la lista de ilícitos criminales del

método de hacer la guerra...”,³⁷⁴ prohibida por el Artículo 14 del PA II,³⁷⁵ está comprendida en el Artículo 8(2)(e) del Estatuto de la CPI.³⁷⁶ Otros ejemplos no incorporados como crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales en el Artículo 8(2)(e) del mismo Estatuto son los “castigos colectivos”, los “actos de terrorismo”, y la “esclavitud y el tráfico de esclavos”,³⁷⁷ todos ellos prohibidos por el artículo 4(2) del PA II.³⁷⁸ Por último, el Artículo 8(2)(e) del Estatuto no

Cont. Nota No. 373

inciso (e), aun cuando su uso está claramente prohibido en el caso de conflictos armados no internacionales de acuerdo con los tratados pertinentes, así como según como lo propone, según el Derecho Consuetudinario Internacional. El Art. 1(2) del Protocolo II de la UN Weapons Convention establece expresamente que su prohibición se aplica también en situaciones a las que hace referencia el Art. 3 común de los Convenios de Ginebra”. “[...]the use of anti-personal mines and of chemical and biological weapons is not covered by the list of criminal acts in subparagraph (e), although their use is clearly prohibited in case of non-international armed conflicts under the relevant treaties as well as, it is submitted, under customary international law. Art. 1(2) of Protocol II to the UN Weapons Convention expressly provides that its prohibition apply also in situations referred to in Article 3 common to the Geneva Conventions”].

³⁷⁴ Boot *supra*, n. 21, par. 593, recuerda que “en 1992 el Consejo de Seguridad de las NNUU condenó energicamente la práctica de la inanición durante el conflicto somalí. No sólo se la consideró contraria al Derecho Internacional Humanitario, sino que el Consejo afirmó asimismo que las personas que la cometieron u ordenaron tal práctica se considerarían individualmente responsables por tales actos”. “[...]in 1992, the UN Security Council strongly condemned the practices of starvation during the Somali conflict. Not only was starvation considered contrary to international humanitarian law, but the Council also affirmed that persons who committed or ordered such practice would be held individually responsible for such acts.”]. Sin embargo, “... la inanición de civiles como método de combate...” no se ha incluido como un crimen de guerra cometido en un conflicto armado no internacional. Véase asimismo Bothe, *supra*, n. 311, p. 420.

³⁷⁵ El Art. 14 del PA II manifiesta que “Queda prohibido, como método de combate, hacer padecer hambre a las personas civiles. En consecuencia, se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego”.

³⁷⁶ Kress, *supra*, n. 307, p. 134.

³⁷⁷ Kress, *supra*, n. 307, observa sin embargo en la p. 134 que “hasta cierto punto estas formas de conducta están [...] comprendidas [por] el Artículo 8(2)(c)(ii) al (iv) del Estatuto de la CPI” “[...]to a certain extent these forms of conduct are [...] covered [by] [...] Article 8(2)(c)(ii) to (iv) of the ICC Statute”].

³⁷⁸ El Art. 4(2) de AP II señala que “the following acts [...] are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever: [...] (b) collective punishments; (c) taking of hostages; (d) acts of terrorism; [...] (f) slavery and the slave trade in all their forms;...” “[...] los siguientes actos [...] están prohibidos, y lo seguirán estando en cualquier momento y lugar: [...] (b) castigos colectivos; (c) toma de rehenes; (d) actos de terrorismo; [...] (f) esclavitud y tráfico de esclavos en todas sus formas...”]

comprende ataques que causen un daño civil incidental desproporcionado como un crimen de guerra cometido en un conflicto armado no internacional.³⁷⁹

La no inclusión de estos crímenes en el Artículo 8(2)(e) de dicho Estatuto se debe en parte al hecho de que algunos Estados han sostenido que estos crímenes no han alcanzado aún el nivel del Derecho Consuetudinario Internacional.³⁸⁰ En particular, “actos de terrorismo” no se han incluido porque no se ha llegado a un consenso entre los Estados sobre la definición de los actos que constituyen “terrorismo”.³⁸¹ Por otra parte, algunos Estados tienden a ver cualquier limitación de su competencia exclusiva en este campo como una amenaza a su soberanía.³⁸² Esto explica asimismo por qué el Art. 8 del citado Estatuto no tiene, como ya se mencionó, una fórmula de apertura.³⁸³

3. DEFINICIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA

El Artículo 8 que venimos analizando contiene 51 diferentes disposiciones con diversos elementos que entran en conflicto con el principio de legalidad, en particular su requisito de certeza (*nullum crimen sine lege certa*). Como se ha dicho antes, el Artículo 8 del Estatuto copia básicamente las primeras contenidas en los Convenios de Ginebra y en los PA, pero estas medidas no se han redactado con vistas al Derecho

³⁷⁹ Kress, *supra*, n. 307, p. 135.

³⁸⁰ Véase Zimmermann, *supra*, n. 305, Art. 8, mn. 237; Kress, *supra*, n. 307, p. 134 (la penalización consuetudinaria según el Art. 4(2) del PA II no está enteramente libre de dudas).

³⁸¹ Boot, *supra*, n. 22, par. 592; véase asimismo Kress, *supra*, n. 307, p. 134 (el crimen de los “actos de terrorismo” en una guerra civil suscita inquietudes en relación con la demanda de la certeza legal [civil war crime of “acts of terrorism” gives rise to concerns with a view to the demands of legal certainty]); Momtaz, *supra*, n. 317, p. 183, señala que “en cuanto a los actos de terrorismo [...] podría justificarse que el Estatuto se rehúse a penalizarlos porque existe una carencia de definiciones generalmente aceptadas de tales actos según el Derecho Internacional Público general” “[...]regarding acts of terrorism, [...] one could justify the refusal of the Statute to criminalize them by the absence of generally accepted definitions of such acts under general public international law”].

³⁸² *Id.* Ver también Boot, *supra*, n. 22, par. 594.

³⁸³ *Supra* I, n. 308.

Penal.³⁸⁴ Ésta es la razón principal de que no satisfagan sin más los requisitos del principio de la legalidad. Por motivos de espacio, se darán solamente algunos cuantos ejemplos que son no sólo sumamente controvertidos, sino también de la mayor importancia.

El Artículo 8(2)(b)(iv) del Estatuto penaliza "Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea". La norma combina las importantes fracturas contenidas en el Artículo 85(3)(b) y (c) del PA I y agrega el daño al ambiente como un elemento específico que se basa en una combinación del Artículo 35(3) PA I y el Artículo 55 (1) PA I.³⁸⁵ Si bien la sanción penal del daño ambiental puede considerarse un progreso,³⁸⁶ la codificación en conjunto constituye una limitación en comparación con las primeras normas. En lo concerniente al *actus reus*, la responsabilidad penal de acuerdo con el significado del inciso (2)(b)(iv) del Estatuto presupone que la ventaja militar sea "claramente excesiv[a]", tomando en consideración su impacto "general", *i. e.*, no sólo en referencia a la "la ventaja militar concreta y directa prevista" (Art. 57(2)(a)(iii) PA I),³⁸⁷ sino "a la ventaja del ataque considerado en conjunto".³⁸⁸ De este

³⁸⁴ Cf. Bothe, *supra*, n. 311, pp. 392-3.

³⁸⁵ Véase Hebel y Robinson. "crimes within the jurisdiction of the Court", en Lee (ed.). *The International Criminal Court - The Making of the Rome Statute - Issues, Negotiations, Results*, pp. 79 (111). El Art. 35(3) de PA I indica: "Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural." El Art. 55(1) señala: "En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiéndose así la salud o la supervivencia de la población."

³⁸⁶ Cf. Bothe, *supra*, n. 311, p. 400.

³⁸⁷ El Art. 57(2)(a)(iii) PA I estipula que "Respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones: [...] quienes preparen o decidan un ataque deberán: [...] abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista." Véase también Fischer, *supra*, n. 310, p. 90.

³⁸⁸ [...to the advantage anticipated from the attack considered as a whole".] Declaración interpretativa al PA I de GB, citada según Bothe, *supra*, n. 311, p. 399.

modo, el delicado equilibrio de intereses implícitos en la redacción de las primeras normas se modificó en favor de los intereses militares protegidos. La perspectiva militar se torna incluso más importante si uno adopta el punto de vista -en concordancia con el comité establecido por el fiscal del TPIY para examinar la campaña de bombardeos de la OTAN contra la República Federal de Yugoslavia- de que el proceso mismo de equilibrio debe llevarse a cabo desde la perspectiva de un "comandante militar razonable."³⁸⁹ En cuanto al *elemento mental*, se suscita la pregunta respecto de qué consecuencias acarrearía una evaluación errónea del comandante en lo referente a la proporcionalidad de la ventaja militar. En este caso, el comandante no actuaría con el conocimiento necesario e invocaría la defensa del error (Art. 32 Estatuto). Así, debe uno establecer primero si es aplicable la norma sobre error de hecho o error de Derecho. El comandante no se equivocaría en circunstancias efectivas o en los llamados elementos descriptivos del *actus reus*, sino con respecto a la evaluación o determinación de sus elementos normativos. La resolución de que la ventaja militar es excesiva y, por consiguiente, no desproporcionada tocante a los daños causados es un juicio de valor. De esta manera, al aplicar el Artículo 32 del Estatuto mencionado, uno se pregunta si esta equivocación o error "niega el elemento mental." Mientras que esto no sucede normalmente con los errores en Derecho, *in casu* los *Elementos* suministran una excepción a la norma general de que un juicio de valor no debe ser hecho por el autor y exigen "que el autor haga el juicio de valor" descrito en el inciso (2)(b)(iv) del Estatuto.³⁹⁰ En otras palabras, si el autor hace un juicio de valor erróneo, esto negaría el elemento mental del inciso (2)(b)(iv) del Estatuto, ya que el conocimiento en esta cláusula exige que el autor haga un juicio de valor correcto. Una interpretación independiente de los *Elementos* calificaría el error sobre la proporcionalidad del ataque como una equivocación respecto de los elementos normativos

³⁸⁹ ["...reasonable military commander".] Véase el *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia* <<http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm>>, par. 50, citado en Bothe, *supra*, n. 311, p. 399. Sobre el Report, véase también Quenivet, *Ind. J. Int'l L.*, núm., 41, 2001, p. 478.

³⁹⁰ *Elementos de los Crímenes*, *supra*, n. 24, p. 25.

del *actus reus* (*normativer Tatbestandsirrtum*) y calificarlo como un error irrelevante de subsunción (*Subsumtionsirrtum*).³⁹¹ Si bien este error, por ser irrelevante, no excluye el *actus reus*, puede influir en la culpabilidad del autor por cuanto a que la conducta o resultado puede no achacársele, en vista de que él hizo una evaluación equivocada de la proporcionalidad implicada. El problema con esta manera de ver las cosas es que la distinción subyacente entre el elemento mental (el dolo) y la culpabilidad (el reproche) no está reconocida en el Estatuto. Éste último se funda en la distinción canónica clásica entre el lado externo e interno de la comisión de un crimen –“actus non facit reum nisi mens sit rea”³⁹²– y no incorpora tendencias más contemporáneas del Derecho Penal, especialmente el concepto finalista de un acto humano que llevó a la diferenciación entre el dolo, como parte del *actus reus*, y el reproche, como parte de la culpabilidad (“guilt or culpability”).³⁹³

Otro ejemplo es el significado de un *tribunal constituido regularmente* en el Artículo 8(2)(c)(iv) del Estatuto. Ni el Artículo 8(2)(c)(iv) del Estatuto ni el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra proporcionan gran orientación sobre qué significan los conceptos de “un tribunal constituido regularmente” y “las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables”. Sin embargo, el texto del encabezado del Artículo 6(2) PA II es esencialmente idéntico al Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, así como al Artículo 8(2)(c)(iv) del Estatuto de la CPI. La importancia del Artículo 6(2) PA II, para la interpretación del Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, se subraya en el *Commentario de la Cruz Roja Internacional (ICRC Commentary)* y del Artículo 6 AP II:

“El Artículo 6 formula algunos principios de aplicación universal que cualquier cuerpo responsablemente organizado debe, y puede,

³⁹¹ Bothe, *supra*, n. 311, p. 400. *Vid. en general* Ambos, *supra*, n. 71, p. 788, con n. 167 y pp. 811 y ss.

³⁹² Véase Gao, en Eser y Nishihara (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, vol. IV, 1995, 379, p. 383, con más referencias.

³⁹³ Cf. asimismo la crítica en *supra*, n. 281.

respetar. Completa y desarrolla el Artículo común 3, párrafo 1, inciso (1)(d), que prohíbe pronunciar sentencias y realizar ejecuciones sin juicio previo dictados por un Tribunal constituido y debidamente autorizado, al mismo tiempo porque suministra regularmente, proveyendo de todas las garantías judiciales consideradas indispensables por los pueblos civilizados. Esta misma norma requirió clarificación para fortalecer la prohibición de la justicia sumaria y de las condenas sin proceso, que actualmente ya tienen cubierta. El Artículo 6 reitera los principios contenidos en la Tercera y Cuarta Convenciones, y en lo que resta está basado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especialmente en el Artículo 15, del que no se permite ninguna derogación, incluso en el caso de una emergencia pública que ponga en riesgo la vida del país.”³⁹⁴

Puesto que el Estatuto ha conservado *al pie de la letra* la terminología del Artículo común 3 de los Convenios de Ginebra, también los grupos armados disidentes están comprometidos a establecer “un Tribunal constituido regularmente” antes que se dicte sentencia. De esta forma, están prohibidos los Tribunales especiales instituidos sobre un fundamento *ad hoc* por los grupos rebeldes. La independencia y la imparcialidad son los rasgos principales de un “Tribunal constituido regularmente”. (Cf. Art. 14(1) ICCPR, 6(1) CEDH, 8(1) CADH).³⁹⁵ Al determinar si un organismo puede considerarse *independiente*, el Tribunal tiene en cuenta la manera como se nombra a sus miembros y el tiempo que duran en sus cargos, la existencia de garantías contra presiones externas y la cuestión de si un

³⁹⁴ [“Article 6 lays down some principles of universal application which every responsibly organized body must, and can, respect. It supplements and develops common Article 3, paragraph 1, subparagraph (1)(d), which prohibits the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgement pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples. This very general rule required clarification to strengthen the prohibition of summary justice and of convictions without trial, which it already covers. Article 6 reiterates the principles contained in the Third and Fourth Conventions, and for the rest is largely based on the International Covenant on Civil and Political Rights, particularly Article 15, from which no derogation is permitted, even in the case of a public emergency threatening the life of the nation.”] Comisión Preparatoria para la CPI, PCNICC/99/WGEC/INF.2, p. 91.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 92.

organismo tiene la apariencia de ser independiente. El Tribunal es *imparcial* cuando los Jueces se colocan por encima de las partes, fallan sin dejarse influir por razones personales y de manera objetiva y atienden solamente a su mejor conocimiento y conciencia óptimos. La imparcialidad significa igualmente falta de prejuicios y sesgos.³⁹⁶

En conclusión, puede mencionarse el Artículo 8(2)(c)(iv) del Estatuto, que se refiere a "las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables". Estas últimas, que se proporcionarán según el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra sólo se describen con la formulación "que los pueblos civilizados reconocen en general como indispensables" ("which are recognized as indispensable by civilized peoples").³⁹⁷ Con objeto de determinar las necesarias garantías judiciales, que en general se reconocen, las garantías judiciales particulares según el Artículo 6 de PA II pueden servir de base para la interpretación. Tal como se indica con la expresión "en particular" a la cabeza de la lista, es ilustrativo que "sólo se enumeren criterios reconocidos universalmente".³⁹⁸

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 94. Véase asimismo juicios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativo al Art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades, e.g., *Case of Kamasinski vs. Austria*, Judgement of 19 December 1989 (9/1988/153/207), pars. 61 y 96; *Case of Kremzow vs. Austria*, Judgement of 21 September 1993 (29/1992/374/445), pars. 43 y ss; *Case of Remli vs. France*, Judgement of 23 April 1996 (4/1995/510/593), pars. 24, 28 y ss, 44 y 48; *Case of Ferrantelli and Santangelo vs. Italy*, Judgement of 7 August 1996 (48/1995/554/640), pars. 37 y 54; *Case of Gregory vs. The United Kingdom*, Judgement of 25 February 1997 (111/1995/617/707), pars. 35, 38 y 49.

³⁹⁷ *Ibid.*, *supra*, n. 394, p. 97.

³⁹⁸ *Ibid.* 1 Véase <<http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/referate/sach/instraf.html>>. Tanto Johanna Rinceanu como Tobias Wenning son investigadores de este proyecto y han hecho valiosas aportaciones al presente artículo.

EL DERECHO ACTUAL SOBRE CRÍMENES EN CONTRA DE LA HUMANIDAD

KAI AMBOS Y STEFFEN WIRTH*

El presente ensayo está basado en un informe legal solicitado en abril de 2001, por la Unidad de investigación de Crímenes Graves del Ministerio del Fiscal General de la Administración Transitoria de las Naciones Unidas para el Timor Oriental (UNTAET, por sus siglas en inglés: *Office of the Prosecutor General, Serious Crimes Investigation Unit, United Nations Transitional Administration for East Timor*). El Ministerio del Fiscal General solicitó que en el informe se analizara el Derecho aplicable a los crímenes contra la humanidad según Regulación 15/2000 de la UNTAET¹, en relación con los crímenes cometidos en Timor Oriental entre el 1 de enero y el 25 de octubre de 1999, periodo amparado por la jurisdicción temporal del Panel de Crímenes Graves del Tribunal de Distrito de Dili (sección 2.3 de la Regulación 15/2000). El objetivo del informe fue abarcar los siguientes crímenes contra la humanidad, considerados como los más

* KAI AMBOS, Privatdozent Dr. iur (Ludwig-Maximilians-Universität Munich), Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho comparado, derecho penal europeo e internacional de la Universidad Georg-August de Göttingen, Alemania. Referente científico del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Friburgo, Alemania, encargado de las secciones "derecho penal internacional" y "Latinoamérica". Los autores desean expresar su agradecimiento al apoyo brindado por la Unidad de Crímenes Graves en particular a Marco Kalbusch, y al respaldo financiero proporcionado por la Coalición Internacional en favor de la Justicia. Estamos asimismo en deuda con el Dr. Claus Kress de la Universidad de Colonia y con el Prof. Johan D. van der Vyver, de la Universidad de Emory, Atlanta, por sus útiles comentarios. Guy Cumes, de la Universidad Stuart Charles de Nueva Gales del Sur, Australia, contribuyó en la parte consagrada a las leyes sobre el asesinato. Tobias Wenning IMP nos auxilió en la corrección final (Traducción de Marta Donis; revisión de Ivan Meini, Alfonso Cadavit y del autor).

¹ Cfr. <http://www.un.org/peace/ctimor/untact/r-2000.htm>

importantes con respecto a la situación en Timor Oriental: asesinato; deportación y traslado de personas por la fuerza; encarcelamiento u otras privaciones graves de la libertad; tortura; persecución; actos inhumanos. Los delitos sexuales definidos en la sección 5.1 (g) de la Regulación 15/2000 no fueron incluidos, en virtud de que se analizaron en otro informe.

Las partes sustantivas de la Regulación 15/2000, incluyendo la sección 5 que se ocupa de los crímenes contra la humanidad (véase anexo 2), se han copiado casi literalmente del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI: Rome Statute of the International Criminal Court)². Por consiguiente, el Panel de Crímenes Graves es el primer tribunal que aplica disposiciones sustantivas del Estatuto de Roma, y su jurisprudencia puede juzgarse como un precedente para futuros enjuiciamientos ante la CPI. Estos últimos, sin embargo, probablemente se realizarán en lugares completamente distintos que en el Timor Oriental. Cuestiones insignificantes ante el Panel de Crímenes Graves pueden llegar a ser cruciales ante la CPI. Por consiguiente, al aplicar la Regulación 15/2000, parece importante evitar la creación de una jurisprudencia que pueda complicar innecesariamente futuros juicios ante la citada Corte.

El objetivo de este ensayo es presentar un conjunto claramente definido de elementos que se deben comprobar con el objeto de condenar los crímenes contra la humanidad. Con este fin los elementos de tales crímenes se han enumerado en el anexo 1. El análisis jurídico comenzará con el examen del llamado elemento de contexto, que establece la distinción entre los crímenes contra la humanidad y los delitos comunes. En la segunda parte de este trabajo se procederá a exponer el Derecho actual referente a cada acto inhumano. Además de la Regulación 15/2000, el análisis tomará en cuenta los precedentes nacionales e internacionales anteriores a marzo de 2002, en particular la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia (ICTY, por sus siglas en inglés *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*) y para Ruanda

² U.N. Doc. A/CONF.183/9) (1998).

(ICTR: *International Criminal Tribunal for Rwanda*). Asimismo, se tomarán en consideración los anteproyectos e informes de la Comisión de Derecho Internacional (CDI, en inglés: ILC, *International Law Commission*) y otras corporaciones internacionales, y las aportaciones más relevantes de la literatura relacionada con el tema.

I. EL ELEMENTO DE CONTEXTO

1. FUNDAMENTOS PARA LA INTERPRETACIÓN DEL ELEMENTO DE CONTEXTO

La definición de los crímenes contra la humanidad requiere que el acto criminal individual, por ejemplo un homicidio, sea cometido dentro de un marco más amplio de circunstancias especificadas. Dicho marco se conoce como "elemento de contexto", y en el caso de la Regulación 2000/15 de la UNTAET se describe en el encabezado de la sección 5.1:

Para los propósitos de la presente regulación, "crímenes contra la humanidad" significa cualquiera de los siguientes actos cometidos como parte de un "ataque generalizado o sistemático y dirigido contra de cualquier población civil, con teniéndose conocimiento del ataque" (subrayado nuestro)³.

La sección 5 de la Regulación 15/2000 repite casi al pie de la letra el artículo 7 del Estatuto de Roma, y sólo difiere en tres aspectos de este último. En primer lugar, en la sección 5.1 la locución "y" se insertó entre las palabras "ataque" y "dirigido"; el pasaje en cuestión del encabezado del Estatuto de la CPI dice así: "ataque dirigido en contra de cualquier población civil". Las consecuencias de esta inserción, que aparentemente se hizo involuntariamente⁴, se examinarán en relación con el acto individual como un subelemento del elemento de contexto.

³ "For the purposes of the present regulation, "crimes against humanity" means 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."

⁴ BERGSMO, MORTEN. "Means of proof for the objective contextual element of the existence of 'a widespread and systematic attack' for crimes against humanity under s. 5 of Regulation 15/2000", memorándum inédito de 10 de septiembre de 2000 (en el archivo de los autores), p. 2.

La segunda diferencia es la omisión deliberada⁵ del artículo 7(2)(a) del Estatuto de Roma en la sección 5.2. El subpárrafo del citado estatuto contiene una definición del término "ataque", tal como se emplea en el encabezado del artículo 7(I). El artículo 7(2)(a) indica:

2. Para el propósito del párrafo 1:

(a) "Ataque dirigido en contra de cualquier población civil" significa una línea de conducta que implica la comisión múltiple de actos a los que hace referencia el párrafo 1, en contra de cualquier población civil, en cumplimiento o fomento de una política estatal u organizativa para perpetrar dicho ataque;

Esta definición es el resultado de un compromiso criticado por muchos durante las negociaciones del Estatuto de Roma⁶. Sin embargo, más adelante demostraremos que la omisión del subpárrafo no tiene implicaciones inusuales para la interpretación del término "ataque" o del elemento de la política que forma parte del elemento de contexto.

La tercera diferencia tiene que ver con el delito de persecución. Las secciones 5.1(h) de la Regulación 15/2000 y el artículo 7(1)(h) del Estatuto de Roma exigen, ambos, un vínculo entre la acción persecutoria y otras conductas. El artículo 7(1)(h) requiere que la acción sea cometida "en relación con cualquier acto a que se haga referencia en este párrafo o respecto de cualquier crimen contemplado en la jurisdicción de la Corte (itálicas nuestras). La Sección 5.1(h) de la Regulación 15/2000 exige una "relación con [...] cualquier crimen contemplado en la jurisdicción de los paneles" (cursivas de los autores). La diferencia entre ambas disposiciones estriba en el alcance de la jurisdicción de la corporación judicial respectiva. Mientras que el Estatuto de Roma contempla sólo crímenes internacionales⁷, la jurisdicción de los paneles de crímenes graves incluye además

⁵ *Idem*, supra, nota 4, pp. 1-2.

⁶ HWANG, PHYLLIS "Defining Crimes against Humanity núm. 22, in the Rome Statute of the International Criminal Court", en *Fordham Int'l L. J.*, núm. 22, 1998 pp. 457, 497-501.

⁷ El desacato a la Corte se define deliberadamente como una "infracción" (no como un "delito") en el artículo 70 del Estatuto de Roma.

algunos crímenes nacionales indonesios "comunes" (por ejemplo, en la sección 8, "Homicidio"). No obstante ello, tendremos como resultado que esta diferencia carece de relevancia práctica porque la mayor parte de los crímenes nacionales, si no es que todos, según la Regulación 15/2000, cumplen simultáneamente los requisitos de ciertos actos inhumanos considerados como crímenes contra la humanidad.

a. *La historia del elemento de contexto y el nexo de la guerra*

El elemento de contexto, tal como se formuló en la sección 5.1 de la Regulación 15/2000, es el resultado de una compleja evolución durante la cual algunas partes del elemento fueron adoptadas de conceptos anteriores, mientras que otras fueron omitidas y otras fueron inventadas. Hubo una lucha permanente por parte de los respectivos redactores del anteproyecto o de los Jueces para cumplir con lo que, según sentían, exigía el Derecho Penal Internacional y, al mismo tiempo, para establecer un equilibrio entre tales requerimientos y la soberanía del Estado. En consecuencia, es necesario el conocimiento del origen y la historia de los distintos (sub)elementos del elemento de contexto, con el objeto de evaluar debidamente su respectiva importancia legal.

Asimismo, aquí abordaremos el problema del llamado *nexo* de guerra, aun cuando en la actualidad revista tan sólo un interés histórico. El estudio concluye con un resumen que destaca las observaciones que servirán de guía para el análisis del elemento de contexto en la sección 5.1⁸.

(i) *La Carta de Nuremberg y la ley del Consejo de Control número 10*. Cuando los crímenes contra la humanidad fueron definidos con propósitos penales por primera vez en la Carta de Nuremberg, el elemento

⁸ Para una relación más completa de la historia de los crímenes en contra de la humanidad véase Van Schaack, Beth. "The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence", en *Columbia J. Transnat'l L.*, núm. 37, 1999, pp. 37, 787; para el nexo de guerra véase igualmente el volumen recientemente publicado de Boot, Machteld. *Nullum Crimen sine lege and the Subject Matter Jurisdiction of the ICC*, 2002, pp. 272, 302.

de contexto difería del contenido en la sección 5.1 de la Regulación 15/2000 y del artículo 7 del Estatuto de Roma. El artículo 6(c) de la Carta de Nuremberg requiere que el acto individual, por ejemplo un asesinato, sea cometido "en cumplimiento o conexión con cualquier crimen que recaiga bajo la jurisdicción del Tribunal [i.e. crímenes en contra de la paz o crímenes de guerra]"⁹. Por otro lado precisa que las víctimas deben ser civiles. Tanto el llamado *nexo* de guerra y la caracterización como civiles de las posibles víctimas, puede explicarse por el origen de los crímenes contra la humanidad en el Derecho sobre el conflicto armado¹⁰. La cláusula Martens, que comúnmente se cita como la primera aparición del concepto crímenes "contra de humanidad",¹¹ se encuentra en un tratado sobre el Derecho de guerra de la Convención de La Haya de 1907 (IV)¹². Otra razón para la necesidad del *nexo* de guerra fue el temor de que, a falta de dicho *nexo*, cualquier concepto de crímenes contra la humanidad podría infringir el principio de no intervención¹³. El *nexo* de guerra, por consiguiente, fue considerado como el elemento internacional de los crímenes contra la humanidad. Empero, se ha sostenido que el *nexo* de guerra de la Carta de Nuremberg fue simplemente una condición previa para la jurisdicción del Tribunal Militar Internacional (en lo sucesivo, TMI) y no un elemento material de los crímenes contra la humanidad,¹⁴ punto

⁹ Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis (1945). En este acuerdo incluye la Carta del Tribunal Militar Internacional, 1951, 82 U.N.T.S., 280.

¹⁰ La Cámara Procesal I del ICTY ha observado: "La inclusión de crímenes en contra de la humanidad en la Carta de Nuremberg se justifica por su relación con los crímenes de guerra" (traducción del inglés). *Prosecutor vs. Tadic* (caso núm. IT-94-I-T), opinión y juicio de 7 de mayo de 1997, par. 620; Bassiouni, M. Cherif *Crimes against humanity in International Criminal Law*, 2ª ed., 1999, pp. 60-69.

¹¹ Lippmann, Matthew. "Crimes against Humanity", y en *Boston College Third World L. Rev.*, núm. 17, 1997 pp. 171, 173. Si se desean referencias de distintos casos que suscitaron consternación o intervención internacional, por las atrocidades masivas cometidas durante el siglo XIX y los inicios del XX véase *United States of America vs. Altstoetter et al.* ("Justice Case"), 3 L.R.T.W.C., 1951, pp. 974, 981-982.

¹² "[L]os habitantes y los beligerantes permanecen bajo la protección y la autoridad de los principios del derecho de las naciones, puesto que tales derechos son el resultado de los usos establecidos entre los pueblos civilizados, las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública." (traducción del inglés)

¹³ Lippmann, Matthew. *Supra*, nota 11, p. 183, cuando cita al Magistrado Jackson.

¹⁴ McAuliffe de Guzmán, Margaret. "The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity", En *Human Rts Q.*, núm. 22, 2000, pp. 335, 356.

de vista fuertemente respaldado por el texto de la Convención de la Inaplicabilidad de las Limitaciones Estatutarias a los Crímenes de Guerra y a los Crímenes Contra de Humanidad de 1968. En todo, caso puede decirse que si bien el TMI adoptó el *nexo* de guerra, lo hizo "de la boca para afuera", en vez de observarlo estrictamente¹⁵.

El *nexo* de guerra desapareció por primera vez a principios de 1945, cuando los redactores de la Ley del Consejo de Control N. 10, (en lo sucesivo LCC 10, por sus siglas en inglés -Control Council Law No. 10-)¹⁶ lo borraron de los elementos integrantes de los crímenes contra de humanidad en el artículo II(c) de la LCC 10¹⁷.

Tal eliminación no fue aceptada de manera unánime. Algunos Tribunales militares siguieron requiriendo el *nexo* de guerra a causa de su referencia a la Carta de Nuremberg, artículo 1 de la LCC 10¹⁸. Otra de las razones

¹⁵ *Prosecutor vs. Kupreskic et al.* (caso núm. IT-95-16-T), juicio de 24 de enero de 2000, par. 576: "[H]abía tan sólo un vínculo endeble con los crímenes de guerra o los crímenes contra la paz. Esto queda demostrado por el juicio emitido por el TMI en el caso de von Schirach, acusado a quien, lo mismo que a Gauleiter de Viena, se hicieron cargos de crímenes en contra de la humanidad por la deportación de judíos austriacos, y a causa de ello fue condenado. El TMI concluyó que von Schirach no había participado en el 'desarrollo del plan de Hitler para ampliar su territorio por medio de una guerra agresiva', ni tampoco lo acusó por crímenes de guerra. No obstante, según la carta, el vínculo con otro delito (el de agresión) se encontró en el hecho de que 'Austria fue ocupada conforme a un plan común de agresión'. Su ocupación fue, por consiguiente, un 'delito que recaía en la jurisdicción del Tribunal'. Tenemos otro ejemplo en el caso de Streicher, el editor de *Der Stürmer*, un semanario antisemítico. Fue condenado por 'incitar al pueblo alemán a una persecución activa'. No había ninguna prueba de que alguna vez hubiese cometido un crimen de guerra o de que 'hubiera pertenecido al círculo íntimo de asesores de Hitler; ni tampoco estuvo vinculado de cerca durante su carrera con la formulación de las políticas que condujeron a la guerra'. Con todo fue condenado por persecución como crimen en contra de la humanidad (en conexión con los crímenes de guerra)." (traducción del inglés)

¹⁶ Control Council Law núm. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity de 20 de diciembre de 1945, *Official Gazette Control Council for Germany*, núm. 3, 1946, pp. 50-55.

¹⁷ Swaak-Goldman, Olivia. *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts*, Gabrielle Kirk McDonald y Olivia Swaak-Goldman, eds., vol. I, 2000, pp. 141, 159-160.

¹⁸ *United States of America vs. Flick et al.*, 3 L.R.T.W.C., 1952, pp. 1212-1214. Véase Robinson, Darryl. "Crimes against Humanity: Reflections on State Sovereignty, Legal Precision and the Dictates of the Public Conscience", en *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Flavia Lattanzi y William A. Schabas, eds., 1999, pp. 139, 145. Para consultar otros casos véase van Schaack Beth, *cf. supra*, nota 8, pp. 814-819.

aducidas fue que "el único propósito de la Carta era llevar a juicio a 'los principales criminales de la guerra'¹⁹. Por el contrario, los Jueces del Tribunal Militar III aceptaron la eliminación del *nexo* de guerra en el *Justice case*²⁰. Es importante que ellos sintieran que, pese a ello, "los crímenes en contra de la humanidad [...] deben explicarse estrictamente para excluir casos aislados de atrocidad o persecución". De este modo introdujeron un elemento nuevo a tal fin, a saber: "Prueba de participación consciente en procedimientos gubernamentales sistemáticos organizados o aprobados"²¹. El *Justice case* indica por primera vez que lo que se necesita según el Derecho Internacional no es un elemento de contexto *específico*, sino uno que excluya los crímenes aislados.

Los Tribunales alemanes que aplicaron la LCC 10²² en gran número de casos²³ emplearon un elemento de contexto similar, que no obstante tenía un propósito más amplio que el del *Justice case*. Para transformar una conducta delictiva particular en un crimen contra la humanidad, sólo requerían que se hubiese cometido en "contexto [*Zusammenhang*] con el sistema de poder y tiranía tal como existió durante el periodo nacional-socialista"²⁴. El *nexo* de guerra no desempeñó ningún papel en sus juicios. Junto con el *Justice case*, estas decisiones representan el principio de una tendencia en la práctica nacional e internacional que intenta distinguir los crímenes contra la humanidad de los delitos y crímenes comunes.

¹⁹ *United States vs. Flick*, *ibid.*, p. 1213.

²⁰ *Justice Case*, *supra*, nota 11, p. 974.

²¹ *Ibid.*, p. 982.

²² Sobre la facultad de los Tribunales alemanes para aplicar esta ley véase Vultejus, Ulrich. "Verbrechen gegen die Menschlichkeit", *Strafverteidiger*, núm. 12, 1992, p. 602.

²³ El Tribunal Supremo Alemán, tan sólo en la zona británica ocupada sentenció 100 casos relacionados con crímenes contra la humanidad, que se publicaron.

²⁴ Tribunal Supremo Alemán en la zona británica ocupada, juicio de 20 de mayo de 1948 – *StS 3/48*, *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone*, trad. de los autores, vol. I, 1949, pp. 11, 14. ("Zusammenhang mit der Gewalt- und Willkürherrschaft, wie sie in nazistischer Zeit bestanden hat"); véase asimismo el Tribunal Supremo Alemán en la zona británica ocupada, juicio de 21 de diciembre de 1948 – *StS 139/48*, *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone*, vol. I, Berlín-Hamburgo, 1949, pp. 203, 206 ("Cace Weller").

exigiendo un vínculo, en vez de un *nexo* de guerra, con algún tipo de autoridad.

(ii) *Evolución después de la Segunda Guerra Mundial (1950-1996)*. En sus Principios de Nuremberg de 1950²⁵, la Comisión de Derecho Internacional (en lo sucesivo, CDI) repitió el *nexo* de guerra en la formulación de la Carta de Nuremberg. La condición del *nexo* introducido por el Código Preliminar de crímenes en contra de la paz y la seguridad de la humanidad (Draft Code of offenses against the peace and security of mankind)²⁶ fue ampliada considerablemente un año después, debido a que ya no se estimaba necesario que existiera el *nexo* con un delito relacionado con la guerra (como en la Carta de Nuremberg). Se tenía por suficiente que hubiera un *nexo* con cualquiera de los crímenes contenidos en el Código Preliminar, incluyendo, por ejemplo, "el fomento de [...] actividades terroristas en otro Estado"²⁷. Con todo, el *nexo* de 1951 cumplía el mismo propósito que el original, porque todos los crímenes del Código Preliminar, a excepción del genocidio, tenían que ver con incursiones en la esfera de la acción soberana de otro Estado. Este carácter transnacional dotaba al crimen respectivo de una sustancia internacional en el sentido clásico y, así, proveía cierto tipo de vínculos con el Derecho Internacional. Pareciera en verdad que la CDI estaba conducida por las mismas inquietudes relativas al principio de no intervención, al igual que los redactores de la Carta de Nuremberg.

Evidentemente que estas inquietudes ya habían desaparecido cuando el Código Preliminar de crímenes contra de paz y la seguridad de la humanidad de 1954 introdujo el requerimiento de que el sujeto debería actuar "bajo la instigación o tolerancia de autoridades [estatales]"²⁸, en vez de exigir

²⁵ Principle IV (c) of the Principles of International Law Recognised in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the judgement of the Tribunal, *Yearbook Int'l L. Comm'n* vol. II, 1951, p. 134, art. 2 (10).

²⁶ "Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind", *Yearbook Int'l L. Comm'n*, vol. II, 1951, p. 134, art. 2(10).

²⁷ *Ibid.*, art. 2(6).

²⁸ "Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind", *Yearbook Int'l L. Comm'n*, vol. II, 1954 p. 151 art. 2(11) del encabezado.

un *nexo* con otro crimen del mismo borrador. Tal formulación continuó la tendencia iniciada por los Tribunales en la aplicación de la LCC 10, que reemplazaba el *nexo* de guerra por un vínculo con la autoridad. De este modo el nuevo planteamiento se enfocó más bien hacia la relación entre las autoridades oficiales y los individuos, situación que también está sujeta al Derecho internacional de los derechos humanos. Una vez que este cuerpo de leyes surgió como un conjunto de normas obligatorias del Derecho internacional, serviría como el vínculo con el Derecho internacional que previamente podría haber sido proporcionado por el Derecho de la contienda armada. El único recordatorio en cuanto al origen de los crímenes contra la humanidad del Derecho humanitario del Código Preliminar, es su definición de las posibles víctimas como "población civil". También esta expresión desapareció de los borradores posteriores de la CDI. Sin embargo, los redactores del Estatuto del ICTY la revivieron, después de lo cual fue incluida en la definición de crímenes contra la humanidad en los estatutos u otros documentos constitutivos de todos los Tribunales y Cortes penales internacionales contemporáneos.

El siguiente hito en la evolución de los crímenes contra de humanidad fue la Convención de la No Aplicabilidad de Limitaciones Estatutarias a los Crímenes de Guerra y a los Crímenes contra la Humanidad de 1968²⁹. Según el artículo 1(b) de la citada Convención, ésta se aplica a los "[c]rímenes en contra de la humanidad, sea que éstos se cometan en tiempos de guerra o en tiempos de paz, tal como se han definido en el Carta del Tribunal Militar Internacional, Nuremberg" (el subrayado es nuestro). Es obvio que la Convención no considera el *nexo* de guerra como condición de los crímenes contra la humanidad. Además, declara explícitamente que los crímenes a que se refiere son iguales a los "definidos en la Carta" del Tribunal Militar Internacional. Esto implica, evidentemente, que los crímenes en contra de la humanidad de la Carta de Nuremberg pueden ser cometidos en tiempos de paz. Por consiguiente, es claro que la Convención considera el *nexo* de la guerra del artículo 6(c) de la Carta de Nuremberg no como un elemento material de los crímenes contra la humanidad, sino simplemente como una restricción jurisdiccional de la competencia del TMI.

²⁹ 754 U.N.T.S. 73.

El viraje del elemento de contexto desde un *nexo* de guerra hasta un vínculo con algún tipo de autoridad oficial, que había empezado con las resoluciones adoptadas según la LCC 10 durante el período posterior a la Segunda Guerra Mundial y que el Código Preliminar de 1954 continuó, fue ratificado tiempo después por algunos juicios de los Tribunales nacionales. En el *caso Menten*, la Suprema Corte Holandesa sostuvo en 1981 que el concepto de *crímenes contra la humanidad* exige que éstos "formen parte de un sistema fundado en el terror o que constituyan un eslabón de una política practicada conscientemente y dirigida contra grupos particulares de personas"³⁰. Esta definición muestra cierta similitud con la formulación del *Justice case* y de juicios realizados por Tribunales alemanes de acuerdo con la LCC 10. En 1985, el Tribunal Supremo Francés determinó en el *caso Barbie* que los crímenes contra la humanidad deben "cometerse de una forma sistemática en nombre de un Estado que practique una política de supremacía ideológica"³¹. Esta disposición se repitió en 1992 en *Touvier*³². Unos años después, en 1994, la Corte Suprema de Canadá sentenció en el *caso Finta*: "Lo que distingue un crimen contra la humanidad de cualquier otro crimen, según el *Código Penal* canadiense, es que los actos crueles y terribles, como elementos esenciales del delito, fueron realizados en prosecución de una política de discriminación o persecución de un grupo o raza identificables"³³.

El artículo 21 del Código preliminar de la CDI de 1991 de crímenes contra de paz y la seguridad de la humanidad, dando como nuevo nombre a los crímenes contra la humanidad el de "violaciones sistemáticas o masivas

³⁰ *Menten Case*, 75 I.L.R., pp. 362, 362-363 (Suprema Corte Holandesa).

³¹ *Barbie Case*, 78 I.L.R., pp. 136, 137 (Tribunal Supremo Francés).

³² *Touvier Case*, 100 I.L.R., pp. 350, 352 (Tribunal Supremo Francés). En estos casos podría aspirarse a un lenguaje tan específico del elemento de contexto si no se tomaran en cuenta los actos del régimen de Vichy o por los oficiales franceses en Argelia y desde el punto de vista de los crímenes en contra de la humanidad; véanse las pp. 353-355, donde el Tribunal explica que el régimen de Vichy colaboró con Alemania sólo por razones pragmáticas y no por motivos de supremacía ideológica. Puede consultarse asimismo Binder, Guyora. "Representing Nazism: Advocacy and identity at the Trial of Klaus Barbie" *Yale L. J.* núm. 98, 1989, pp. 1321, 1336-1338.

³³ *R. vs. Finta* [1994] 1 S.C.R., pp. 701, 812 (Suprema Corte de Canadá, según Cory J.).

de los derechos humanos", adoptó un enfoque ligeramente distinto en lo concerniente a la tendencia de requerir un vínculo con alguna autoridad. Declaró que se impondría una pena a cualquier "individuo que comete u ordena la comisión de cualquiera de las siguientes violaciones de los derechos humanos: asesinato, tortura [...] de una forma sistemática o en una escala masiva [...]"³⁴. Esta formulación difiere significativamente de otras anteriores o posteriores, pues exige que el criminal cometa u ordene que se cometan una multiplicidad de crímenes en una "escala masiva o sistemática" *bajo su responsabilidad*. No es suficiente (como, por ejemplo, en la sección 5.1 de la Regulación 15/2000) que él o ella cometan un único acto o tan solo unos cuantos actos en el contexto de un ataque más amplio. En consecuencia, en el anteproyecto se consideraba como posibles perpetradores de crímenes contra la humanidad sólo a las personas en condiciones para actuar a gran escala. Esto tiene que ser recordado cuando nos ocupemos del comentario de la CDI, cuando se señale que los individuos privados también pueden cometer crímenes³⁵. La mencionada comisión elaboró una lista que contenía ejemplos de tales individuos con "poder *de facto* u organizados en bandas o grupos criminales"³⁶. Así, el anteproyecto conserva de hecho la necesidad de algún tipo de autoridad o al menos de un poder que opere tras bambalinas con respecto a los crímenes, al mismo tiempo que aclara que un actor no estatal puede cumplir también con este requisito³⁷. Finalmente, el Código preliminar es notable porque no exige, como su sucesor³⁸, que las víctimas de crímenes contra la humanidad sean civiles.

³⁴ "Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind", en *Yearbook Int'l L. Comm'n*, vol. II (2), 1991, p. 94, art. 21.

³⁵ *Ibid.* Comentario sobre el artículo 12, par. 5.

³⁶ *Idem.*

³⁷ Para una opinión crítica sobre una definición tan amplia de las organizaciones que ponen en ejecución las políticas para cometer crímenes contra la humanidad, véase Kress, Claus: "Der Jugoslawien-Strafgerichtshof im Grenzbereich zwischen internationalem bewaffneten Konflikt und dem Bürgerkrieg", en *Völkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugoslawien-Tribunal, nationalen Gerichten und dem Internationalen Strafgerichtshof*, Horst Fischer y Sascha Rolf Lüder, eds., 1999, pp. 15, 54-55.

³⁸ Artículo 18 del "Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind", en *Yearbook Int'l L. Comm'n*, vol. II (2), 1996, p. 15.

El resultado más reciente de los trabajos de la CDI en lo referente a los crímenes contra la humanidad: el Código preliminar de 1996 de crímenes contra la paz y la seguridad del género humano³⁹, no exige, como su antecedente, que el sujeto cometa personalmente una multiplicidad de crímenes, pero reintroduce la estructura de la relación con el contexto. Por consiguiente, la manera sistemática o la comisión a gran escala de crímenes, exigen solamente como trasfondo la conducta criminal individual⁴⁰. Sin embargo, se parece al Código preliminar de 1991 en que la autoridad que se oculta tras los crímenes no tiene que ser necesariamente un Estado, en el sentido del Derecho público internacional. Es suficiente con que los crímenes sean "instigados o dirigidos por un gobierno o cualquier organización o grupo"⁴¹. La CDI excluyó deliberadamente un *nexo* de guerra⁴². Por último, vale la pena observar que la formulación "de una manera sistemática o en gran escala" tuvo una gran influencia en la jurisprudencia del ICTY y del ICTR, los cuales han exigido, a raíz del Código Preliminar de 1996, "un ataque generalizado o sistemático". Con todo, es igualmente posible que el anteproyecto de 1996 se dejara influir por el lenguaje del Estatuto del ICTR, que exige expresamente un "ataque generalizado o sistemático". Los redactores del Estatuto de Roma y de la Regulación 15/2000 adoptaron igualmente tal requerimiento.

(iii) *Los Tribunales Penales Internacionales ad hoc*. La redacción del Estatuto del ICTY⁴³ de 1993 trajo consigo un renacimiento de los orígenes jurídicos humanitarios de los crímenes contra la humanidad. Por primera vez desde 1951 se requirió la realización de una nueva versión del *nexo* de guerra y se reintrodujo el requerimiento de que las posibles víctimas de los crímenes contra la humanidad fueran civiles⁴⁴. La explicación de estos

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ Al menos ésta parece ser la interpretación que se ofreció en *Tadic*, *supra*, nota 10, par. 649.

⁴¹ 1996 *Draft Code*, *supra*, nota 38, encabezado del artículo 18.

⁴² *Ibid.*, comentario del artículo 18(6).

⁴³ Statute of the International Tribunal for the former Yugoslavia, U.N. Doc. S/RES/827, 1993.

⁴⁴ Los redactores del borrador del Estatuto, en el artículo 5, dejaron en manos de la jurisdicción del Tribunal *ad hoc* "[l]os crímenes siguientes, cuando estos fueran cometidos durante un conflicto armado, fuera éste de carácter internacional o interno, y dirigido en contra de cualquier población civil: (a) asesinato [...]". (traducción del inglés)

dos aspectos puede encontrarse en el Informe del Secretario General⁴⁵ que acompaña al Estatuto preliminar del ICTY. Al explicar la inclusión de los crímenes contra la humanidad en este último, el informe se refiere tan sólo al artículo 3 que comparten las cuatro Convenciones de Ginebra,⁴⁶ considerando aparentemente (y de manera incorrecta) la prohibición de crímenes de guerra en un conflicto armado nacional, como si fuese idéntica a la que proscribe los crímenes contra la humanidad⁴⁷. En este contexto sería conveniente destacar también que el *nexo* de guerra del Estatuto del ICTY difiere significativamente del de la Carta de Nuremberg en dos aspectos. Por una parte, este último documento fue más estrecho que el primero, toda vez que exigía no sólo una comisión de los crímenes "en un conflicto armado", sino un *nexo* más específico con uno de los otros crímenes de guerra enumerados en la Carta. Por otra parte, ésta tenía un alcance más amplio que el Estatuto del CPIY, en la medida en que extendía el *nexo* a la simple preparación de una guerra agresiva. Considerada conjuntamente con la historia de la redacción del antecitado Estatuto, las diferencias entre el *nexo* de guerra de Nuremberg y el *nexo* del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de la ex Yugoslavia, hacen difícil sostener que el *nexo* de guerra de este

⁴⁵ Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808, 1993, U.N. Doc. S/25704.

⁴⁶ Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of 12 August 1949, 75 U.N.T.S. 31; Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of 12 August 1949, 75 U.N.T.S. 85; Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War 12 August 1949, 75 U.N.T.S. 135; Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949, 75 U.N.T.S. 287.

⁴⁷ Según el informe, véase *supra*, nota 45, par. 49 (se ha omitido la nota de pie de página): "Los crímenes en contra de la humanidad fueron reconocidos primero en la Carta y en el Juicio del Tribunal de Nuremberg, así como en la Ley núm. 10 del Consejo de Control para Alemania. Los crímenes en contra la humanidad están dirigidos contra cualquier población civil y están prohibidos sin que importe si se cometen en un conflicto armado de carácter internacional o interno" (traducción del inglés). La nota del pie de la página 9 dice: "En este contexto, hay que destacar que la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que las prohibiciones contenidas en el artículo común 3 de las Convenciones de Ginebra de 1949 están fundamentadas en 'consideraciones elementales de humanidad' y no pueden quebrantarse en un conflicto armado, sea éste de carácter internacional o interno". (Hemos omitido la referencia y agregado las itálicas) (traducción del inglés).

último sea un requerimiento del Derecho consuetudinario internacional, tal como se expresa en la Carta de Nuremberg⁴⁸.

Y, efectivamente, en una de sus primeras resoluciones —la *Apelación Jurisdiccional Tadic*— la Cámara de Apelaciones del CICTY sostuvo que "no existe un fundamento lógico o jurídico para [un *nexo* de guerra] y éste ha sido abandonado en la práctica subsecuente del Estado en lo concerniente a los crímenes en contra de la humanidad"⁴⁹. Asimismo, declaró: "Ya es una norma establecida del Derecho consuetudinario internacional que los crímenes contra la humanidad no necesitan una relación con el conflicto armado internacional. Realmente [...] el Derecho consuetudinario internacional puede no requerir en absoluto un vínculo entre los crímenes contra la humanidad y cualquier conflicto. Así [...], tal vez el Consejo de Seguridad pudo haber definido este crimen en el artículo 5 de manera más estrecha de la necesaria, de acuerdo con el Derecho consuetudinario internacional"⁵⁰. En una resolución posterior, la Cámara de Apelaciones avanzó un paso más al manifestar que el "requerimiento del conflicto armado es un elemento *jurisdiccional*"⁵¹ que "se satisface con la prueba de *si existió* un conflicto armado; eso es todo lo que el Estatuto exige, y al hacerlo requiere más de lo solicitado por el Derecho consuetudinario internacional"⁵². Este punto de vista también se ha expresado en el *caso Kordic*⁵³.

Otra indicación evidente de que el *nexo* de guerra no es necesario según el Derecho consuetudinario internacional es la terminología del

⁴⁸ Esto es aún más cierto si se acepta que el *nexo* de guerra de Nuremberg fue tan sólo un elemento jurisdiccional.

⁴⁹ *Prosecutor vs. Tadic* (caso núm. IT-94-1-AR72), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de octubre de 1995, par. 140.

⁵⁰ *Ibid.*, par. 141. Parte de esta frase fue citada por la International Law Commission cuando explicó sus razones para excluir el *nexo* de guerra en su 1996 Draft Code. *Cfr. supra*, nota 38, comentario de artículo 18 (6).

⁵¹ *Prosecutor vs. Tadic* (caso núm. IT-94-1-A), juicio de 15 de julio de 1999, par. 249.

⁵² *Ibid.*, par. 251.

⁵³ *Prosecutor vs. Kordic* (caso núm. IT-95-14/2-T), juicio de 26 de febrero de 2001, par. 33.

encabezado del artículo 3 del Estatuto del ICTR⁵⁴, que no requiere de ningún vínculo con un conflicto armado. De hecho, parece que este último Tribunal ni siquiera deliberó en torno a si debería plantear como requisito un *nexo* de guerra como un elemento de los crímenes contra la humanidad, toda vez que no existen resoluciones relativas a este problema. Por el contrario el elemento de contexto introducido por el Estatuto del ICTR es la primera codificación del elemento de un "ataque generalizado o sistemático en contra de cualquier población civil". Después fue repetido casi al pie de la letra en el encabezado del artículo 7(1) del Estatuto de Roma y finalmente llegó a formar parte de la sección 5.1 de la Regulación 15/2000. Un último aspecto que vale la pena hacer notar sobre el artículo 3 del Estatuto da ICTR es la exigencia de una intención discriminatoria.

En suma, los Jueces de ambos Tribunales reemplazaron el *nexo* de guerra con un elemento de contexto que fue el anteproyecto del antecedente inmediato de la sección 5.1 de la Regulación 15/2000; a saber, el artículo 7(1) del Estatuto de Roma⁵⁵. Por esta razón, la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* es de considerable relevancia para interpretar los crímenes contra la humanidad previstos en la Regulación 15/2000.

(iv) *Conclusiones.* La conclusión más importante que puede extraerse del estudio anterior acerca de la evolución del elemento de contexto, es que éste se ha modificado en el transcurso de su historia. En cierto sentido el único común denominador es que cada redactor o Juez ha necesitado algún tipo de contexto para ocuparse de los crímenes contra la humanidad. Además, después del abandono del *nexo* de guerra la mayor parte de las formulaciones de los crímenes contra la humanidad, al igual que el antecedente de los Tribunales *ad hoc*, requirieron de un *vínculo con una autoridad o un poder*, sea éste un Estado, organización o grupo.

Podemos concluir que no son necesarios detalles específicos del elemento de contexto, sino únicamente su existencia general. Por otra parte, existe

⁵⁴ Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, U.N. Doc. S/RES/955, 1994 (anexo).

⁵⁵ Rome Statute of the International Criminal Court *supra*, nota 2. El Estatuto de Roma fue adoptado el 17 de julio de 1998 y entró en vigor el 1 de julio de 2002.

una poderosa tendencia que busca incluir el vínculo con una autoridad. De esta manera, parecería que las fluctuaciones de las definiciones anteriores del elemento de contexto permiten a los redactores del Derecho Penal Internacional cierta discrecionalidad en la interpretación que llevan a cabo del contenido del elemento de contexto según el Derecho consuetudinario internacional. Existe otra observación importante que tiene que ver con el origen de los crímenes contra la humanidad en el Derecho de guerra o en el Derecho humanitario. En particular, la calificación de la población atacada como "civil" se deriva de estos orígenes. En todo caso un *nexo* de guerra, si alguna vez llegó a ser un elemento de los crímenes contra la humanidad, ya no es necesario.

b. *El fundamento del elemento de contexto como principio de la interpretación*

La razón por la que incluimos un elemento de contexto en el rubro de crímenes contra la humanidad es para distinguir los delitos comunes, según el Derecho nacional, de los delitos internacionales, que son crímenes según el Derecho Penal Internacional aun cuando las leyes nacionales no los castiguen. El elemento de contexto es el "elemento internacional"⁵⁶ en los crímenes contra la humanidad, lo que hace que cierta conducta criminal llegue a ser un asunto de interés internacional⁵⁷. La naturaleza exacta de esta preocupación existe en todo el mundo, la razón fundamental por la que estos crímenes se consideran lo suficientemente importantes como para ocuparse de ellos en un nivel internacional proporciona una herramienta muy importante en la interpretación de estos crímenes; debe, en consecuencia, analizarse aquí.

Hay dos razones posibles por las que la comunidad internacional puede tratar un delito como algo que incumbe al Derecho internacional. En primer

⁵⁶ *Prosecutor vs. Tadic* (caso núm. IT-94-1-A e IT-94-1-A-bis), opinión privada del Juez Shahabuddeen de 26 de enero de 2000; Bassiouni, M. Cherif. *supra*, nota 10, p. 243 (*cfr.* el título del capítulo 6 "El elemento internacional o Jurisdiccional").

⁵⁷ KRESS, CLAUS. *Supra*, nota 38, p. 53; van Schaack, Beth. *Supra*, nota 8, p. 819; Lippman, Matthew. *supra*, nota 11, p. 183, donde cita a Robert H. Jackson, jefe de la delegación estadounidense en la Conferencia de Londres de 1945, en la que se negoció la Carta de Nuremberg.

lugar, un delito puede adquirir un carácter de este tipo cuando no puede ser perseguido eficazmente por el país respectivo y existe un interés común de los Estados para llevar a cabo tal persecución. Esta razón de orden práctico se aplica a la piratería, tal vez el delito internacional más antiguo⁵⁸, o a los daños causados a los cables telegráficos submarinos⁵⁹. La segunda razón es la extrema gravedad de ciertos crímenes⁶⁰, que generalmente se ve acompañada por la renuencia o la incapacidad de los sistemas penales nacionales para enjuiciarlos. Éste es el fundamento de la criminalización de los crímenes en contra de la humanidad según el Derecho internacional. Las violaciones particularmente graves de los derechos individuales por una acción o una omisión deliberadas de autoridades oficiales, han constituido un problema para el Derecho internacional desde la época en que el concepto de los derechos humanos comenzó a desarrollarse a finales del siglo XIX⁶¹. Este concepto ha adquirido el estatus de "ley dura" en los últimos tiempos, con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas⁶². Así, criminalizar las peores violaciones de los derechos humanos fue una consecuencia lógica, y éstas coinciden con los crímenes más graves conocidos por la humanidad.

La gravedad específica de los crímenes comunes (por ejemplo, el fraude) y las violaciones "normales" de los derechos humanos (la denegación, por ejemplo, al derecho a asociarse en sindicatos)⁶³, están constituidas

⁵⁸ JENNINGS, ROBERT y ARTHUR WATTS, *Oppenheim's International Law* Vol. I, 9ª ed., 1992, p. 746; Bassiouni, M. Cherif, "The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework", en *International Criminal Law, Crimes* 3 vol. I, M. Cherif Bassiouni, ed., 1999, pp. y. 83 Stern, Brigitte "À propos de la compétence universelle...", en *Liber Amicorum Judge Mohamed Bedjaoui*, Emile Yakpo y Tahar Boumedra, eds., 1999, pp. 735, 736, 744 y ss.

⁵⁹ JENNINGS, ROBERT y ARTHUR WATTS, *supra*, nota 58, p. 761 (§ 311).

⁶⁰ McAULIFFE DE GUZMAN, MARGARET, *supra*, nota 14, p. 376.

⁶¹ JENNINGS, ROBERT y ARTHUR WATTS, *supra*, nota 58, pp. 849-850, así como también las pp. 995-998, en las que los autores examinan los crímenes en contra de la humanidad en el contexto de los derechos humanos.

⁶² VERDROSS, ALFRED y BRUNO SIMMA, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, 3ª ed., 1984, p. 162; Corte Constitucional Alemana (*Bundesverfassungsgericht*), Resolución de 13 de diciembre de 1977, caso núm. 2, *BvM 1/76, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, núm. 46, pp. 342, 36.

⁶³ International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S., p. 171, art. 22.

por dos características de los crímenes contra la humanidad. Abarcan sólo las violaciones más graves de los derechos humanos (como las violaciones de la dignidad, la vida o la libertad), además de que deben cometerse en una multiplicidad de casos, bien de una manera sistemática, bien generalizada. En consecuencia, diversas instancias han hecho hincapié una y otra vez, *inter alia* por la Comisión Legal Internacional y la jurisprudencia⁶⁴, que el elemento de contexto sirve para singularizar actos aleatorios de violencia desde el ámbito de los crímenes en contra de la humanidad.

La comisión múltiple de delitos que se requieren para alcanzar la categoría de crímenes contra la humanidad incrementa la gravedad del delito individual, en virtud de que aumenta el *peligro* de la conducta del autor individual del mismo⁶⁵. Por ejemplo, una víctima que es atacada en el contexto más amplio de un ataque generalizado o sistemático es mucho más vulnerable, mientras que la víctima de una conducta delictiva común tiene muchos más medios de defensa; puede llamar a la policía o a sus vecinos, e incluso defenderse sin temor a que el malhechor llame a sus cómplices para que le apoyen. Quien comete crímenes contra la humanidad plantea asimismo una amenaza mayor, porque los correctivos sociales habituales no pueden operar apropiadamente. La desaprobación pública de la conducta criminal, que es un fuerte contraincentivo de la conducta criminal, no es aplicable. Por el contrario, la acción colectiva tolerada o apoyada por las autoridades ayuda a sobreponerse a las inhibiciones naturales. Otra razón más del magnificado peligro de la comisión individual de un delito ha sido señalada por el Juez Cassese, quien observó que, a diferencia del delincuente común, el que comete un crimen contra la humanidad quizá no tenga miedo a ser castigado⁶⁶. Lo que es más: no sólo

⁶⁴ 1996 Draft Code, *supra*, nota 38, comentario del artículo 18(5); *Justice Case*, *supra*, nota 20, p. 982; *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, pars. 646, 648, 653; *Prosecutor vs. Akayesu* (caso núm. ICTR-96-4-T), juicio de 2 de septiembre de 1998, par. 579.

⁶⁵ HEINE, GÜNTER y HANS VEST, "Murder/Wilful Killing", en *Substantive and Procedural Aspects*, *supra*, nota 16, pp. 175, 194.

⁶⁶ *Prosecutor vs. Tadic* (caso núm. IT-94-1-A e IT-94-1-A bis), opinión particular del Juez Cassese de 26 de enero de 2000, par. 14.

se acrecienta el peligro del criminal individual, sino que su participación en el ataque también contribuye al ataque mismo, y de ese modo coopera al establecimiento de la atmósfera y del ambiente para los crímenes de otros. Así, el fundamento del elemento de contexto puede resumirse como la protección de los derechos humanos⁶⁷ de las violaciones más graves y más peligrosas. Dicho fundamento sirve al mismo tiempo para distinguir los crímenes contra la humanidad de los delitos jurídicos nacionales menos serios.

2. ELEMENTOS DEL ELEMENTO DE CONTEXTO

a. Ataque sistemático o generalizado

La necesidad de un ataque generalizado o sistemático fue codificada por primera vez en el Estatuto de la ICTR y posteriormente en el de Roma⁶⁸. Se repite en la sección 5.1 de la Regulación 15/2000. Pese a que no aparece en el Estatuto del ICTY, este último Tribunal ha adoptado también el citado elemento. En los procesos *Tadic* y *Blaskic* se sostuvo que la necesidad de un ataque generalizado o sistemático estaba implícita en el requisito de que el objeto de tales crímenes debía ser una "población"⁶⁹. Además ambos

⁶⁷ "[Los crímenes en contra de la humanidad] tienen el propósito de salvaguardar valores humanos fundamentales proscriben las atrocidades dirigidas en contra de la dignidad humana" (traducción del inglés): *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 547.

⁶⁸ Sobre las negociaciones concernientes a la locución "ataque extendido o sistemático" en la Conferencia Diplomática de Roma, véase ROBINSON, DARRYL. "Defining 'Crimes against Humanity' at the Rome Conference", *Am. J. Int'l. L.*, núm. 93, 1999, pp. 43, 47-51. [Este requerimiento cumple con tal requisito (de que los actos deben estar dirigidos en contra de una población civil), sea éste un veredicto de generalización, que alude a la cantidad de víctimas, o sea uno referido a su carácter sistemático, que apunta hacia la evidencia de una norma o un plan metódico)]. (traducción del inglés)

⁶⁹ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 648. "No obstante es conveniente hacer notar que las palabras 'dirigido en contra de cualquier población civil' y algunas de las subcaracterizaciones exhibidas en el texto del Estatuto implican, tanto por su misma naturaleza como por el Derecho, un elemento de que es extenso u organizado, ya se refiera a los actos, ya a las víctimas. 'Exterminación', 'esclavitud' y 'persecuciones' no se refieren a sucesos aislados." (traducción del inglés). *Prosecutor vs. Blaskic* (caso núm. IT-95-14-T), juicio de 3 de marzo de 2000, par. 202.

juicios se refieren al Código preliminar de la CDI de 1996, que precisa que la comisión de crímenes debe ser "de una manera sistemática o a gran escala". Por último, en el caso *Blaskic* se toman en cuenta los Estatutos del ICTR y de la CPI, así como otros precedentes jurisprudenciales de los Tribunales⁷⁰.

(I) *El ataque*. El concepto de "ataque" como parte del concepto "ataque generalizado o sistemático" atañe a la naturaleza de la acción dirigida en contra de cualquier población civil. El lenguaje particular del encabezado correspondiente a la sección 5.1 puede dar una impresión equivocada, ya que puede insinuar que el ataque y la conducta dirigidos contra una población civil son dos conceptos diferentes. La primera definición explícita de *ataque* fue presentada en el juicio *Akayesu* de la Cámara Procesal I del ICTR:

El concepto de ataque puede definirse como un acto ilegal del tipo enumerado en el Artículo 3, incisos (a) al (i) del Estatuto, como el asesinato, la exterminación, la esclavitud, etc. Un ataque puede no ser violento en atención a su naturaleza, como la imposición del sistema del apartheid, que se declara como crimen contra la humanidad en el Artículo I de la Convención del *Apartheid* de 1973, o la presión ejercida sobre la población para que actúe de una manera en particular puede denominarse ataque, si está orquestada en una escala masiva o de una manera sistemática⁷¹.⁷²

Esta definición es repetida por la Cámara Procesal en los casos *Rutaganda*⁷³ y *Musema*⁷⁴. La primera parte es un tanto equívoca, dado

⁷⁰ *Prosecutor vs. Blaskic*, *ibid.*, par. 202.

⁷¹ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 581.

⁷² "The concept of attack may be defined as an unlawful act of the kind enumerated in Article 3(a) to (i) of the Statute, like murder, extermination, enslavement etc. An attack may also be non-violent in nature, like imposing a system of apartheid, which is declared a crime against humanity in Article I of the Apartheid Convention of 1973, or exerting pressure on the population to act in a particular manner, may come under the purview of an attack, if orchestrated on a massive scale or in a systematic manner". (traducción del inglés)

⁷³ *Prosecutor vs. Rutaganda* (caso núm. ICTR-96-3-T), juicio de 6 de diciembre de 1999, par. 70.

⁷⁴ *Prosecutor vs. Musema* (caso núm. ICTR-96-13-T), juicio y sentencia de 27 de enero de 2000, par. 205.

que parafrasea "ataque" como "acto ilegítimo". No obstante, poco antes la resolución manifiesta expresamente que "el acto [individual] debe ser cometido *como parte* de un ataque generalizado y sistemático"⁷⁵. Así, es claro que el concepto general de "ataque" y los actos criminales (individuales), como el asesinato o la tortura, no poseen el mismo fundamento, sino que, más bien, la Cámara define un ataque, como la multiplicidad de tales actos "orquestrados en una escala masiva o de una manera sistemática".

La Cámara Procesal II en el juicio *Kayishema* adopta al parecer un criterio análogo, pero aclara que un ataque no necesariamente consta de la multiplicidad de los *mismos* crímenes (por ejemplo, asesinatos), sino que también puede estar integrado por la acumulación de crímenes *diferentes*: "El ataque es el suceso del que deben formar parte los crímenes registrados. Y en efecto en un solo ataque puede existir una combinación de los crímenes enumerados, como el asesinato, la violación y la deportación."⁷⁶

La decisión del caso *Kupreskic*, emitida por una Cámara Procesal del ICTY, se refiere a "actos" que "formaron parte de casos de crímenes generalizados o sistemáticos"⁷⁷.

De esta manera, los Tribunales conciben a un ataque como la comisión múltiple de actos que cumplen con los requisitos de los actos inhumanos enumerados. Este planteamiento encaja bien con la razón fundamental de los crímenes contra la humanidad, es decir, criminalizar solamente las violaciones más graves de los derechos humanos. También es compatible con el artículo 7(2)(a) del Estatuto de Roma, según el cual el ataque es "una línea de conducta que implica la comisión múltiple de actos, a los que hace referencia el párrafo 1". Es cierto que esta definición de "ataque" se ha omitido en la sección 5.2 de la Regulación 15/2000. Sin embargo, a

⁷⁵ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 578 (hemos agregado las itálicas).

⁷⁶ *Prosecutor vs. Kayishema y Ruzindana* (caso núm. ICTR-95-1-T), juicio de 12 de mayo de 1999, par. 122.

⁷⁷ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 544.

la luz de la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, tal omisión no puede sustentar la inclusión de actos *no* comprendidos entre los actos inhumanos enumerados en la definición de "ataque" según la Regulación 15/2000. Como consecuencia de ello, otras violaciones de los derechos humanos, como la denegación de un proceso justo o la trasgresión a la propiedad, no constituyen en general⁷⁸ un ataque, aun cuando se cometan generalizada o sistemáticamente. Por otra parte, debe tenerse en mente que entre los actos inhumanos considerados existen "otros", entre los que estarían incluidas, por ejemplo, las golpizas brutales. Además, de acuerdo con la jurisprudencia de los Tribunales, la persecución puede abarcar actos que no se encuentren específicamente calificados como actos inhumanos, incluida destrucción de hogares.

Otra característica importante del ataque es que no necesariamente tiene que ser ejecutado por un colectivo, ni tampoco que el ejecutor individual tenga que actuar en momentos diferentes.⁷⁹ Por ejemplo, si un criminal se limita a envenenar el agua de una gran población con una sola conducta cometería una multiplicidad de asesinatos. Lo mismo puede decirse de los ataques del 11 de septiembre en Estados Unidos: cada asesinato por sí solo, según la doctrina del concurso de delitos (*concurso idéal*, *Idealkonkurrenz*), equivale a un delito por separado, con lo que se integra la multiplicidad de crímenes requeridos para el ataque⁸⁰. La introducción general de los Draft Elements of Crimes for the ICC (Elementos Preliminares de los Crímenes según la CPI) declara: "Una conducta particular puede constituir uno o más crímenes"⁸¹.

⁷⁸ No obstante véase *ibid.*, par. 631.

⁷⁹ CHESTMAN, SIMON. "An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes against Humanity", *Duke J. Comp. Int'l L.*, núm-10, 2000, pp. 307, 316.

⁸⁰ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 712; Ambos, Kai y Steffen Wirth, "Commentary on *Prosecutor vs. Kayishema y Ruzindana*", en *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994-1999*, André Klip y Göran Sluiter, eds., 2001, p. 701; Rissing-van Saan, Ruth en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Grosskommentar*, § 52, mn. 28ª entrega, Burkhard Jähne, Heinrich Wilhelm Laufhütte y Walter Odersky, eds., 1999 p. 36; ALICIA GIL GIL, "Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo Alemán condenando por el delito del genocidio", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4, 1999, pp. 771, 788 y ss.

⁸¹ Finalized Draft Text of the Elements of Crimes, U.N. Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add. 2, introducción general, par. 9.

En conclusión: el análisis anterior no deja lugar a dudas de que el ataque no tiene que ser un ataque militar⁸².

Ambos Tribunales internacionales han repetido en muchas ocasiones que un ataque no tiene por qué ser generalizado y sistemático, sino únicamente o generalizado o sistemático⁸³. Puesto que esto está en armonía con la redacción de la sección 5.1, el asunto no merece aquí mayores consideraciones.

(ii) *Ataque sistemático*. Según el fallo del juicio *Tadic*, un ataque sistemático precisa la existencia de una "pauta o de un plan metódico"⁸⁴. En el proceso *Akayesu* definió un ataque sistemático "como el que ha sido minuciosamente organizado y ha seguido una pauta regular teniendo como punto de partida una política común en la que entran en juego recursos públicos o privados"⁸⁵. Con esto agregó, *inter alia*, a la definición del caso *Tadic*, los requisitos de que la organización del ataque fuera "cuidadosa" y de que se utilizaran "cuantiosos recursos". La Cámara Procesal II del ICTR dio, en el juicio *Kayishema*, una definición más breve, en la que hacía hincapié en la relación entre la naturaleza sistemática del ataque y la política: "Un ataque sistemático significa un ataque llevado a cabo en cumplimiento de una política o un plan preconcebidos"⁸⁶. De igual modo, en el proceso *Kumarac* se sostuvo muy recientemente: "El adjetivo 'sistemático' alude a la naturaleza organizada de los actos de

⁸² DIXON, RODNEY. "Artículo 7", en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, mn. 8, Otto Triffler, ed., 1999.

⁸³ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, pars. 646-648; *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 579; *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, nota 76, par. 123; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, nota 73, pars. 67-68; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, nota 74, pars. 202-203; *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 207; *Prosecutor vs. Kumarac et al.* (caso núm. IT-96-23 e IT-96-23/1), juicio de 22 de febrero de 2001, par. 427; *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 178; *Prosecutor vs. Bagilishema* (caso núm. CPIR-95-1A-T), juicio de 7 de junio de 2001, par. 77.

⁸⁴ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 648.

⁸⁵ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 580. La misma Cámara confirma esta postura en *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, nota 73, par. 69 *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, nota 74, par. 204.

⁸⁶ *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, nota 76, par. 123.

violencia y a la improbabilidad de que ocurran fortuitamente"⁸⁷. Todas las resoluciones dependen del Código preliminar de la CDI, cuya definición de ataque sistemático es la de aquel cometido "en cumplimiento de un plan o una política preconcebidos"⁸⁸.

No queda claro cuál es el fundamento de la "organización cuidadosa que sigue una pauta regular" y lo de los "cuantiosos recursos" del caso *Akayesu*. Por consiguiente, estos términos no deberán considerarse como requisitos estrictos de un ataque sistemático, sino como una ilustración de situaciones típicas en las que ocurre un ataque. No es posible asumir de modo convincente que la Cámara Procesal del ICTR tuviera la intención de excluir un ataque a personas inocentes del ámbito de la variante sistemática⁸⁹ de los crímenes contra la humanidad, por una razón tan sencilla como la de que fue cometido con recursos muy limitados, con machetes por ejemplo, o que estuvo organizado con descuido⁹⁰.

La Cámara Procesal I del ICTY adoptó en el caso *Blaskic* cuatro criterios diferentes que deben cumplirse con el objeto de que un ataque sea tenido por sistemático:

- la existencia de un objetivo político, de un plan para cuyo cumplimiento se llevo a cabo el ataque, o de una ideología, en el sentido amplio de la palabra, esto es, destruir, perseguir o debilitar a una comunidad.
- La comisión de un acto criminal a una escala muy grande en contra de un grupo de civiles, o la perpetración repetida y continua de actos inhumanos vinculados entre sí.

⁸⁷ *Prosecution vs. Kumarac*, *supra*, nota 83, par. 429.

⁸⁸ 1996 Draft Code, *supra*, nota 38, comentario del artículo 18(3).

⁸⁹ Un ataque generalizado requiere una cantidad mayor de víctimas que un ataque sistemático. En consecuencia no puede llenar por completo un vacío en la definición del ataque sistemático.

⁹⁰ Así, los autores no comparten el punto de vista expresado por Linton Suzanngh. "Regulation 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences", artículo inédito (en el archivo de los autores); la autora toma la fórmula *Akayesu* al pie de la letra y señala como requisito que el enjuiciamiento pruebe que los ataques estén "organizados minuciosamente y que sigan una pauta regular".

- La preparación y el uso de recursos públicos y privados significativos, han de ser de tipo militar o de otro tipo.
- La participación de autoridades de alto rango político, militar, o de ambos en la definición y en el establecimiento del plan metódico⁹¹.

La definición, un tanto hipertrófica, por parte de la Cámara del término "sistemático", se deriva de la acumulación de materiales de varias fuentes diferentes, incluyendo los anteproyectos de la CDI de 1991 y 1996 y los pasajes citados en los casos *Tadic* y *Akayesu*.⁹² Un método así es cuestionable en sí mismo, porque el resultado de esta acumulación arroja una nueva definición de "sistemático" que no puede atribuirse a ninguna de las fuentes (puesto que ninguna de ellas requiere *todos* los criterios mencionados).

Por consiguiente sólo el primer criterio del catálogo del caso *Blaskic*, que también se adoptó en los casos *Kayishema* y *Kunarac*, puede considerarse como un elemento genuino del ataque sistemático. En cuanto al segundo criterio del catálogo, la Cámara Procesal en el caso *Blaskic* no adujo en absoluto ninguna fuente para su primera opción, a saber, que tales crímenes han de cometerse a una "escala muy grande"⁹³. Así, parece que la inclusión del segundo criterio no está bien fundamentada. Lo mismo se aplica al tercer criterio, el cual ha sido tomado del juicio *Akayesu* y ha sido tratado anteriormente. El cuarto y último criterio, finalmente, está formulado de manera muy rígida, tal como será explicado.

En conclusión, el común denominador en las variadas definiciones de ataque sistemático es que "el ataque sistemático es uno realizado de conformidad con una política o plan preconcebido"⁹⁴. Para ser más

⁹¹ *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 203 (se han omitido las notas de pie de página; estos requisitos se repiten en *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 179).

⁹² *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 203, notas de pie de pág. 379-381.

⁹³ 1996 Draft Code, *supra*, nota 38, comentario del artículo 18(3).

⁹⁴ *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, nota 83, par. 77.

explícitos: lo que constituye el carácter *sistemático* del ataque es la *dirección* brindada a los perpetradores individuales hacia el objeto visualizado para el ataque, es decir, el grupo de las víctimas.

(iii) *Ataque generalizado*. En cuanto a este tipo de ataque la mayor parte de las resoluciones de los Tribunales *ad hoc* se limitan a concentrarse en la proporción del mismo o, lo que es lo mismo, a la cantidad de víctimas. Así, la Cámara Procesal en el caso *Tadic*, en atención al Código preliminar de la CDI de 1996⁹⁵, definió al ataque generalizado como una referencia "a la [gran] cantidad de víctimas"⁹⁶. En el caso *Kayishema*, de una forma muy parecida, se sostuvo que un ataque generalizado debe estar "dirigido en contra de una gran cantidad de víctimas"⁹⁷. En el caso *Blaskic* se explicó, citando a la CDI: "Un crimen puede ser generalizado o cometido en una gran escala por el 'efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o por el efecto singular de un acto inhumano de extraordinaria magnitud'"⁹⁸. Y en el caso *Kunarac* la Cámara indicó: "El adjetivo 'generalizado' connota la naturaleza a gran escala del ataque y la cantidad de las víctimas"⁹⁹. En contraste con estas concisas formulaciones, en el caso *Akayesu* se proporcionó una definición mucho más larga y compleja, pues afirmó que se necesita un "acto masivo, frecuente, a gran escala, llevado a cabo colectivamente con considerable seriedad y dirigido en contra de una multitud de víctimas"¹⁰⁰.

De nuevo, todos los juicios mencionados se basan en el comentario de la CDI, y su común denominador es la formulación de la propia CDI. De esta

⁹⁵ 1996 Draft Code, *supra*, nota 38, comentario del artículo 18(4).

⁹⁶ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 648.

⁹⁷ *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, nota 76, par. 123.

⁹⁸ *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 206, cuando cita el International Law Commission's Commentary to the 1996 Draft Code, *supra*, nota 38, comentario del artículo 18(4). La Cámara Procesal en *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 179 lo sigue muy de cerca.

⁹⁹ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, nota 83, par. 428; véase también *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 648; *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 202; *Prosecutor vs. Krnojelac et al.* (caso núm. IT-97-25-T), juicio de 15 de marzo de 2002, par. 57.

¹⁰⁰ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 580; la definición se repite en *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, nota 73, par. 69 y en *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, nota 74, par. 204.

manera puede concluirse que todo lo que requiere un ataque generalizado es una gran cantidad de víctimas que, como se expresó en el caso *Blaskic*, también pueden ser atacados con una conducta individual "de extraordinaria magnitud". Los añadidos a esta definición central aparecida en el caso *Akayesu*, no aportan gran cosa a la misma y pueden considerarse, al igual que los anteriores, simplemente ilustrativos.

Por último, en cuanto a las cantidades de víctimas, la jurisprudencia del Tribunal y otras fuentes indican que se necesita una cantidad *mayor* de víctimas para un ataque generalizado que para uno sistemático.

b. *Cualquier población*

El fundamento del requisito de que el objeto del ataque deba ser una población es el mismo que el usado para un ataque generalizado o sistemático, es decir, excluir los actos de violencia aislados o fortuitos¹⁰¹. En el fallo del juicio a *Tadić*, la Cámara sostuvo que este elemento también entraña la naturaleza colectiva de los delitos¹⁰². Sin embargo, el término "colectiva" no debe entenderse como si requiriera que las víctimas del ataque fueran victimizadas *a causa de su pertenencia a determinado grupo*¹⁰³. Tal interpretación fue rechazada por la Cámara de Apelaciones en el caso *Tadić*, la cual sostuvo que la Cámara Procesal estaba equivocada al exigir un propósito discriminatorio en los crímenes contra la humanidad. El elemento "población", por tanto, requiere sencillamente que exista una multiplicidad de víctimas y, por consiguiente, significa exactamente lo mismo que el elemento ataque (generalizado o sistemático); a saber, que no es un crimen contra la humanidad el crimen aislado que no forma parte de un ataque en contra de una multiplicidad de víctimas. Seguramente los jueces del CPIY dedujeron el requisito mismo del ataque generalizado o

¹⁰¹ Véase asimismo *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, nota 83, par. 422.

¹⁰² *Prosecutor vs. Tadić*, *supra*, nota 10, par. 644. Se sostuvo lo mismo en *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, nota 83, par. 80.

¹⁰³ McAULIFFE DE GUZMAN, MARGARET. *Supra*, nota 14, p. 362; Chesterman, Simon. *Supra*, nota 79, p. 325.

sistemático del término "población". En consecuencia, si un instrumento como el Estatuto de Roma o la Regulación 15/2000 exige explícitamente un ataque generalizado o sistemático, el término "población" no añade nada a esta exigencia. Solamente es significativo porque lo califica el adjetivo "civil" en la frase "cualquier población civil". Por ende, la incorporación del término "población" en estos textos deberá entenderse más como una reminiscencia histórica de una frase ennoblecida por el tiempo, que como algo que añade un elemento sólido a los crímenes contra la humanidad¹⁰⁴.

La palabra "cualquier", que califica al término "población", tenía como propósito original dejar en claro que las víctimas no necesitan ser originarias de un Estado extranjero¹⁰⁵. Dicha aclaración fue necesaria en tanto los crímenes contra la humanidad no se emanciparon completamente del Derecho de guerra. En la actualidad el calificativo "cualquier" sólo destaca el hecho de que ninguna parte de la población está excluida de la protección proporcionada por la prohibición de los crímenes contra la humanidad¹⁰⁶. Además, esto implica que se requiere una interpretación amplia del término "civil"¹⁰⁷.

El vocablo "cualquier [...] población" denota simplemente una multiplicidad de víctimas. Como esto ya está implícito en el término "ataque", no agrega ningún elemento distinto a los requisitos de los crímenes contra la humanidad.

c. *Civil*

El ataque debe estar dirigido en contra de una "población civil". Aquí surgen dos cuestiones. En primer lugar debe quedar claro qué individuos recaen en la definición de civiles. En segundo, es necesario examinar las circunstancias en que debe considerarse "civil" a una población, esto es, una multiplicidad de individuos.

El requerimiento de que las víctimas de los crímenes en contra de la humanidad tengan que ser civiles es una reliquia de los orígenes de los crímenes contra la humanidad según el Derecho de guerra. Por otra parte,

su inclusión en las codificaciones contemporáneas del Derecho Penal Internacional se basa muy probablemente en una confusión del común artículo 3 de las Convenciones de Ginebra con el derecho respecto de los crímenes contra la humanidad (*cfr. supra*). Si el alcance de estos últimos se circunscribió alguna vez a la protección de víctimas de guerra (civiles), éste ya no es el caso. En la actualidad la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad está al servicio de la protección de los derechos humanos de los civiles en general. Sin embargo, no sólo pueden ser violados los derechos humanos de los civiles, también los de los soldados. El ICTY describió este dilema como sigue: "No acabamos de ver por qué, según estas resoluciones (en particular la que prohíbe la persecución), sólo es necesario proteger a los civiles y no también a los combatientes, por cuanto podemos afirmar que las mismas poseen un propósito y un alcance humanitarios más amplios que los que prohíben los crímenes de guerra"¹⁰⁸. Si bien el Tribunal se percató de que no podía pasar por alto los términos de su Estatuto, que exige explícitamente el elemento "civil", concluyó no obstante que era necesaria una interpretación amplia del término¹⁰⁹.

De hecho, una interpretación extensa está enérgicamente respaldada por la jurisprudencia, empezando con las resoluciones de los Tribunales alemanes que siguen la LCC 10. En el caso de la zona británica ocupada ventilado ante el Tribunal Supremo Alemán, los acusados fueron condenados por haber sentenciado a muerte y ordenado la ejecución de dos soldados (alemanes) que habían desertado durante los últimos días de la guerra. El Tribunal señaló que el crimen en contra de los soldados no se

¹⁰⁴ McAULIFFE DE GUZMAN, MARGARET. *Supra*, nota 14, pp. 362-364.

¹⁰⁵ ROBINSON, DARRYL. *Supra*, nota 68, p. 51; *cfr.* asimismo *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 635; *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, nota 83, par. 423.

¹⁰⁶ Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), U.N. Doc. S/1994/674, par. 77.

¹⁰⁷ *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 208.

¹⁰⁸ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 547.

¹⁰⁹ *Idem*.

había cometido contra una población civil, pero resolvió que esto no era necesario puesto que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en contra de soldados también¹¹⁰. En otro caso, el mismo Tribunal condenó a un acusado por sentenciar a muerte a dos soldados (alemanes) que habían cometido el "delito" de desmoralizar a las fuerzas armadas (*Wehrkraftzersetzung*)¹¹¹. Ambas resoluciones apoyan el punto de vista según el cual los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en contra de soldados de igual nacionalidad que la de los criminales.

Por otra parte, los Tribunales *ad hoc*¹¹² se han referido con frecuencia al caso *Barbie*, en el que el Tribunal Supremo Frances (*French Cour de Cassation*) resolvió que los miembros de la Resistencia podrían ser víctimas de crímenes contra la humanidad¹¹³. La Comisión de Expertos que preparó un análisis jurídico de la situación en la ex Yugoslavia para el Consejo de Seguridad, consideró que el término "civiles", que se refería a los no combatientes, incluía a los jefes de familia que "tratan de protegerla su familia con pistola en mano"¹¹⁴.

Los Tribunales *ad hoc* han imitado a la Comisión de Expertos y adoptado una amplia definición del término *civil*. La resolución del caso *Vukovar*

¹¹⁰ Tribunal Supremo alemán en la zona británica ocupada, juicio, caso núm. StS 111/48 de 7 de diciembre de 1948, en *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes der Britischen Zone in Strafsachen*, núm. 1 1948, pp. 219, 228.

¹¹¹ Tribunal Supremo Alemán en la zona británica ocupada, juicio, caso núm. StS 309/49, 18 de octubre de 1949, en *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes der Britischen Zone in Strafsachen*, núm. 2, 1948, p. 231.

¹¹² *Prosecutor vs. Mrksic et al.* (caso núm. IT-95-13-R61), Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 3 de abril de 1996, par. 29; *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 614; *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 212; *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 548; asimismo véase *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 582 cuando cita *Prosecutor vs. Mrksic* en la nota de pie de página 146.

¹¹³ *BARBIE CASE*, *supra*, nota 31, p. 140. La *Cour de Cassation* francesa en la p. 137 afirmó también, que los crímenes en contra de la humanidad podrían ser cometidos "en contra de los opositores [una política de supremacía ideológica], cualquiera fuese la forma de su disconformidad". (traducción del francés)

¹¹⁴ Comisión de Expertos, *supra*, nota 106, par. 78.

sostuvo que "Si bien los términos del Artículo 5 del Estatuto de este Tribunal establecen que los combatientes, en el sentido tradicional del término, no pueden ser víctimas de un crimen contra la humanidad, ello no es aplicable a los individuos que, en un momento dado, llevaron a cabo actos de resistencia"¹¹⁵. En consecuencia, el Tribunal dispuso que los ex combatientes de la resistencia que hubieran depuesto las armas y fueran pacientes de hospital podrían ser víctimas de crímenes contra la humanidad.¹¹⁶ En el caso *Tadic*, la Cámara Procesal manifestó que "quienes participaron activamente en un movimiento de resistencia pueden clasificarse como víctimas de crímenes en contra de la humanidad"¹¹⁷. En el caso *Akayesu* se dio una definición más amplia: "Los integrantes miembros de una población civil son personas que no toman parte activa en ninguna en las hostilidades, y ahí pueden quedar comprendidos los miembros de las fuerzas armadas que depusieron sus armas y las personas que ya no participan en el combate por enfermedad, heridas, arrestos o cualquier otra causa"¹¹⁸. Dicha definición se ha reformulado y esclarecido en el caso *Blaskic*:

Cuando se habla de crímenes contra la humanidad no significa que se trate de actos cometidos tan sólo en contra de civiles, en el sentido estricto del término, sino que entre ellos pueden contarse asimismo crímenes en contra de dos categorías de personas: las que fueron miembros de un movimiento de resistencia y de combate—independientemente de que usaran o no uniforme—pero que ya no tomaban parte en las hostilidades cuando los crímenes fueron cometidos, sea porque habían abandonado el ejército o porque ya no cargaban armas consigo o, en fin, porque habían quedado fuera de combate, sobre todo por sus heridas o por haber sido arrestados. Se sigue asimismo

¹¹⁵ *Prosecutor vs. Mrksic*, *supra* nota 112, par. 29.

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 32.

¹¹⁷ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 643; en *Prosecutor vs. Kupreskic* se utiliza la misma definición, *supra*, nota 15, par. 549.

¹¹⁸ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 582; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, nota 73, par. 72; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, nota 74, par. 207; *Prosecutor vs. Krnojelac*, *supra*, nota 99, par. 56.

que la situación específica de la víctima en el momento en que se cometieron los crímenes debe tomarse más en cuenta que su condición a la hora de determinar su calidad de civil¹¹⁹.¹²⁰

Esta última formulación resume y estructura la jurisprudencia de los Tribunales en lo concerniente al término "civil". Hay dos aspectos que sustentan esta interpretación del término. En primer lugar, el elemento proviene del Derecho humanitario; por lo que hay que considerarlo por lo menos tan comprensivo como la definición de "civil" según aquel universo de leyes. Segundo, los crímenes contra la humanidad ya no están vinculados al Derecho de guerra, sino más bien al Derecho relativo a los derechos humanos. Tomando en cuenta estos antecedentes se hace necesaria una protección efectiva de *cualquier* individuo en contra de actos inhumanos. Por consiguiente, es preciso encontrar una interpretación del término "civil" que abarque por lo menos a todas las personas no protegidas por el Derecho humanitario. En tiempos de paz la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad es, aparte de la tan limitada ley del genocidio, el único Derecho penal aplicable para proteger a los derechos humanos. De esta manera, en tiempos de paz el término "civil" debe interpretarse incluso con mayor amplitud que en tiempos de guerra, pues en el curso de tales épocas el Derecho humanitario proporciona cierta protección.

En conclusión: la definición "civil" en los elementos de los crímenes contra la humanidad debe incluir enteramente la definición de "civil" en el Derecho humanitario. Al mismo tiempo debe ser más amplia porque también debe abarcar a todas las personas que no estén protegidas por el

¹¹⁹ *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 214.

¹²⁰ "Crimes against humanity therefore do not mean only acts committed against civilians in the strict sense of the term but include also crimes against two categories of people: those who were members of a resistance movement and former combatants - regardless of whether they wore a uniform or not - but who were no longer taking part in hostilities when the crimes were perpetrated because they had either left the army or were no longer bearing arms or, ultimately, had been placed hors de combat, in particular, due to their wounds or their being detained. It also follows that the specific situation of the victim at the moment the crimes were committed, rather than his status, must be taken into account in determining his standing as a civilian".

Derecho humanitario, especialmente en tiempos de paz¹²¹. En realidad muchas de las decisiones de los Tribunales *ad hoc* fundan su interpretación en el término "civil" del Derecho humanitario¹²². Además, la Cámara Procesal de *Tadic* hizo hincapié en que la definición del Derecho humanitario no es directamente aplicable a los crímenes contra la humanidad, aunque pueden proporcionar una guía útil.¹²³

El pasaje proveniente del caso *Blaskic* previamente citado, parece estar en total concordancia con la interpretación desarrollada aquí; equivale al extenso concepto de los no combatientes que aparece en el común artículo 3 de las Convenciones de Ginebra¹²⁴ y en el que el término "civil" se convierte en un elemento de los crímenes contra la humanidad. A pesar de que el mencionado artículo 3 está pensado sólo para los conflictos armados *no internacionales*, en el caso *Blaskic* se aplica esta definición sin hacer distinciones entre los diferentes tipos de conflictos armados o entre un conflicto armado y la paz. Por otra parte, la Cámara Procesal puso en claro que el estatus (formal) de un individuo no es decisivo, sino más bien la "situación específica" del mismo. Esta declaración ha sido confirmada recientemente¹²⁵ y satisface las necesidades de una protección completa de los derechos humanos, puesto que todos, a excepción de algún combatiente activo de una fuerza armada, están en una "situación específica" y requieren de la protección de sus derechos humanos. Esta concepción concuerda totalmente con las resoluciones del Tribunal Supremo Alemán (German Supreme Court) en la zona británica ocupada, mencionadas con anterioridad: el Tribunal condenó a los acusados por crímenes contra la humanidad por sus actos criminales en contra de soldados pertenecientes a las fuerzas alemanas, es decir, a fuerzas militares no hostiles hacia el acusado.

¹²¹ *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, nota 76, par. 127.

¹²² *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 643; *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 582, notas de pie de pág. 146 y 147.

¹²³ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 639.

¹²⁴ La terminología del artículo común 3 se utiliza casi al pie de la letra en *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 214.

¹²⁵ *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, nota 83, par. 79.

A la luz de los precedentes y del análisis anterior, la opinión de la Cámara Procesal del ICTR en el caso *Kayishema* de excluir a miembros de la policía como posibles víctimas de crímenes contra la humanidad, debe considerarse erróneo¹²⁶. Ello es así porque los miembros de la policía son no combatientes por cuanto son responsables de mantener el orden *civil*. A menos que un miembro de la policía tome las armas y se una a una fuerza militar hostil, él o ella no pueden ser considerados como no civiles para los propósitos de aplicación de los crímenes contra la humanidad. Así, para resumir lo que antecede, todo individuo, independientemente de su estado formal como miembro de una fuerza armada, debe considerarse como civil, a menos que las fuerzas sean hostiles hacia el perpetrador y el individuo no haya depuesto sus armas o, finalmente, haya quedado fuera de combate.

El segundo problema importante en relación con el concepto "población civil" es el de si una determinada cantidad de combatientes hostiles en medio de un grupo de no combatientes priva a tal grupo, o a una multiplicidad de individuos, de su carácter civil. La cuestión ha sido tratada y respondida por los Tribunales, en el sentido de que el carácter de una población predominantemente civil no se ve alterado por "la presencia de ciertos individuos no civiles mezclados en ella"¹²⁷, de manera que no es necesario abundar en ello.

d. El elemento de la política

Como hemos visto, el "elemento internacional" de los crímenes contra la humanidad ha abandonado el ámbito del *nexo* de guerra y se ha orientado

¹²⁶ *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, nota 76, par. 127.

¹²⁷ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 638; ratificado en *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 582; *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, nota 76, par. 128; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, nota 73, par. 72; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, nota 74, par. 207; *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 549; *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, nota 83, par. 325; *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 180; *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, nota 84, par. 79; *Prosecutor vs. Krnojelac*, *supra*, nota 99, par. 56.

hacia el requisito de que el delito debe estar vinculado al Estado o a una autoridad (organizadora). Los Códigos preliminares de la CDI de 1954¹²⁸ y 1996¹²⁹ tuvieron necesidad de tal elemento y probablemente también el de 1991. Puede encontrarse una terminología parecida en los fallos judiciales durante el periodo comprendido entre la Segunda Guerra Mundial y el establecimiento de los Tribunales *ad hoc*. La jurisprudencia de estos últimos, que se examinará más adelante, ha introducido el término "elemento de la política" para describir este requisito, el cual está explícitamente codificado en el artículo 7(2)(a) del Estatuto de Roma¹³⁰, pero ha sido deliberadamente omitido de la sección 5.2 de la Regulación 15/2000.

(i) *La entidad tras la política.* En la actualidad no existe duda de que la entidad que opera tras la política no tiene que ser un Estado en el sentido del Derecho público internacional. Es suficiente con que sea una organización que ejerza *de facto* un poder en un territorio dado. Ésta fue la postura de los Códigos Preliminares de la CDI de 1991 y de 1996 y ha quedado codificada en el artículo 7(2) del Estatuto de Roma que exige la existencia de un "Estado o de una política organizativa" (cursivas nuestras).

Después de considerar el Código preliminar de 1996, según el cual no sólo un gobierno sino "cualquier organización o grupo" puede estar detrás de la política, el ICTY concluyó en el caso *Tadic*: "[S]i bien debe existir un plan para que se cometan estos actos, no tiene por qué ser la política de un Estado"¹³¹. En el caso *Kupreskic* se afirmó que detrás de una política debe haber una "entidad que posea *de facto* la autoridad sobre un

¹²⁸ 1954 Draft Code, *supra*, nota 28, artículo 2(11). [El término *policy* en inglés puede significar no sólo la política como tal, sino también un plan de acción, un sistema o una costumbre, entre otras acepciones. Aquí emplearemos el término "política", a menos que el contexto indique otra cosa, N.T.]

¹²⁹ 1996 Draft Code, *supra*, nota 38, encabezado del artículo 18.

¹³⁰ Sobre las negociaciones del Estatuto de Roma, véase Robinson, Darryl. *Supra*, nota 68, pp. 47-51.

¹³¹ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 655; lo que se confirmó en *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, nota 76, par. 126; *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 551; *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 205; *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, nota 83, par. 78.

territorio"¹³². La Cámara explicó después que tal política no tiene por qué ubicarse en el nivel más alto del Estado o de la organización¹³³. De igual modo, la Norma *Nikolic* de la Disposición 61 declaró desde una etapa tan temprana como 1995: "[Los crímenes] no necesitan estar relacionados con una política establecida a nivel estatal, en el sentido convencional del término [...]"¹³⁴. En efecto, cualquier nivel en el Estado respectivo o en otra organización que, como tal, ejerza un poder *de facto* en un territorio determinado, puede asimismo desarrollar una política implícita o explícita en cuanto a la comisión de crímenes contra la humanidad en dicho territorio.

Puede observarse que en la definición anterior no están comprendidas organizaciones que, siendo capaces de ejercer cierto poder, no son la autoridad *de facto* sobre un territorio, en virtud de que existe una entidad más elevada o más poderosa que las domina. La autoridad en cuestión es más bien la que ejerce la autoridad *más alta de facto* en el territorio y puede, dentro de ciertos límites, dominar a todos los que tienen poder y a todos los individuos. Así, una organización criminal en un Estado que todavía ejerce el poder sobre el territorio (por ejemplo, mediante las fuerzas policíacas normales) donde está activa la organización, no entraría dentro de la categoría de la entidad que se oculta tras la política. Si tal organización, según sus planes, comete múltiples delitos, ésto, como tal, no hará que tales crímenes lleguen a ser crímenes contra la humanidad. La situación, no obstante, será diferente si la autoridad más elevada *de facto* sobre el territorio, por ejemplo el Estado, tolera por lo menos esos delitos para llevar a cabo su política (véase *infra*).

(ii) *El contenido de la política y la forma en que se adopta.* En cuanto a la forma de la política, los Tribunales *ad hoc* han declarado repetidamente que no "[h]ay necesidad de que esta política se adopte formalmente como

¹³² *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 552.

¹³³ *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 205.

¹³⁴ *Prosecutor vs. Nikolic* (caso núm. IT-94-2-R61), Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 20 de octubre de 1995, par. 26.

política de un Estado"¹³⁵, ni tampoco es necesario "que se declare de manera expresa o que incluso se exponga con claridad y precisión"¹³⁶. Por consiguiente es suficiente una política implícita o *de facto*.

El contenido de la política debe ser la comisión de crímenes contra la humanidad¹³⁷, esto es, cometer una gran cantidad de los actos criminales individuales enumerados en contra de una población civil¹³⁸.

(iii) *La necesidad de un elemento de la política y la conducta requerida.* Lo más significativo del elemento de la política es si, según el Derecho internacional actual, es realmente necesaria y, si lo es, si se requiere tanto para la opción generalizada y sistemática o sólo para la sistemática. Esto también exige esclarecer si una política requiere siempre una conducta activa por parte de la entidad oculta tras ella, o si basta con una política de tolerancia.

La primera declaración de los Tribunales *ad hoc* sobre el elemento de la política fue la Norma *Nikolic* de la Disposición 61 de 1995, que señalaba que "[s]i bien [los crímenes] no necesitan estar relacionados con una política establecida a nivel estatal, en el sentido convencional del término, tampoco pueden ser ejecutados solamente por individuos aislados"¹³⁹. La Cámara Procesal en el caso *Tadic* adoptó un punto de vista más restrictivo y manifestó:

[L]a razón por la que los crímenes contra la humanidad perturban tanto la conciencia de esta última y justifican la intervención de la comunidad

¹³⁵ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 580; asimismo en *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 653; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, nota 73, par. 69; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, nota 74, par. 204; *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 551; *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 204.

¹³⁶ *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 204.

¹³⁷ *Cfr.*, por ejemplo, *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 653.

¹³⁸ Artículo 7(2)(a) del Estatuto de Roma.

¹³⁹ *Prosecutor vs. Nikolic*, *supra*, nota 134, par. 26.

internacional, es porque no son actos aislados y fortuitos de ciertos individuos, sino más bien el resultado de un propósito deliberado de que el objetivo sea una población civil. Este requisito se entendía tradicionalmente en el sentido de que debía haber alguna forma de política que cometiera estos actos^{140, 141}.

Así, los Jueces en el caso *Tadic* requirieron una política, incluso si el ataque hubiera sido sólo generalizado y no, al mismo tiempo, sistemático. Por el contrario, la Cámara Procesal en el caso *Akayesu* mencionó el elemento de la política sólo en relación con la opción sistemática. Primero definió el concepto *generalizado* manifestando que requería una multiplicidad de víctimas, sin hablar de una política, y luego prosiguió su explicación: "El concepto que alude a lo *sistemático* puede definirse como algo organizado minuciosamente que sigue una pauta regular fundada en una política común, en la que intervienen cuantiosos recursos públicos o privados"¹⁴².

La siguiente resolución que tomó cartas en el asunto, la del juicio *Kayishema*, parece regresar a la posición del caso *Tadic*, toda vez que desarrolla el elemento de la política como una implicación del "ataque en contra de cualquier población civil": "[E]l requisito de que el ataque deba cometerse en contra de una 'población civil' exige inevitablemente algún tipo de plan, y el elemento discriminatorio del ataque, por su misma naturaleza, sólo es posible como consecuencia de una política"¹⁴³. Como el requisito "ataque en contra de cualquier población civil" es válido tanto para los ataques generalizados como para los sistemáticos, esta disposición

¹⁴⁰ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 653; como sustento a lo señalado con anterioridad la Cámara citó el caso holandés de *Menten*, ya mencionando.

¹⁴¹ "[T]he reason that crimes against humanity so shock the conscience of mankind and warrant intervention by the international community is because they are not isolated, random acts of individuals but rather result from a deliberate attempt to target a civilian population. Traditionally this requirement was understood to mean that there must be some form of policy to commit these acts."

¹⁴² *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 580; lo que fue confirmado en *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, nota 73, par. 69 y *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, nota 74, par. 204.

¹⁴³ *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, nota 76, par. 124.

parece implicar que también se necesitaría una política para un ataque generalizado. No obstante las razones dadas en *Kayishema* no son convincentes: ya se ha expuesto que el término "población" no necesita interpretarse como si fuese necesario un ataque sobre un grupo particular de víctimas. Además, a diferencia del artículo 3 del Estatuto del ICTR, el Derecho consuetudinario internacional no exige un propósito discriminatorio como requisito de los crímenes contra la humanidad. De este modo, por lo menos en teoría, no hay necesidad de que se lleve a efecto un proceso de selección de víctimas que precise algún tipo de planificación y de política.

Las resoluciones subsiguientes, a diferencia de las de los casos *Kayishema* y *Tadic*, han adoptado una actitud absolutamente crítica hacia la política. En el caso *Kupreskic* se sostiene que mientras los crímenes contra la humanidad implican necesariamente un elemento de la política, "existen dudas respecto de si ésta, como tal, es un requisito indispensable para que se consumen crímenes contra la humanidad"¹⁴⁴. La ICTR compartió esta duda en el caso *Bagilishema*¹⁴⁵. Mientras que ambas resoluciones aceptan que una política no es un elemento de los crímenes contra la humanidad, las dos alegan que siempre que se cumplan los elementos de estos crímenes, también debe existir una política. Sin embargo, en el caso *Kordic* la Cámara Procesal III del ICTY fue incluso más lejos y declaró (después de mostrarse conforme con el pasaje citado del caso *Kupreskic*): "Desde el punto de vista de la Cámara sería mejor considerar la existencia de un plan o de una política como una indicación del carácter sistemático de los delitos tipificados como crímenes contra la humanidad"¹⁴⁶. Esta sentencia concibe

¹⁴⁴ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 551. Con todo es necesario señalar que la resolución es inconsistente por cuanto depende, en lo concierne al elemento mental, de un pasaje de *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, nota 76, par. 134, que exige que el "acusado debe saber que su(s) acción(es) forma(n) parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y siguiendo algún tipo de política o plan". La Cámara pasó por alto al parecer las dudas que expresó respecto del requisito de que un elemento de la política tiene implicaciones necesarias para los elementos mentales del crimen.

¹⁴⁵ *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, nota 83, par. 78.

¹⁴⁶ *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 182.

la política más como un indicador y, lo que es más, como un indicador (únicamente) en el caso de un ataque sistemático¹⁴⁷.

De esta manera es justo decir que la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* ostenta un rango muy amplio de opiniones en relación con el elemento de la política. No obstante, en las resoluciones más recientes se aprecia una tendencia a omitirla por completo y a considerar la existencia de una política simplemente como un indicador de la existencia de un ataque (sistemático). La Regulación 15/2000 respalda esta tendencia en vista de que el parágrafo (2)(a) del artículo 7 del Estatuto de Roma, que sí considera necesario el elemento de la política, ha sido deliberadamente omitido en la sección 5.2 de la Regulación citada¹⁴⁸.

Este nuevo rumbo es poco problemático en lo referente al ataque *sistemático*, ya que cualquier tipo de conducta sistemática, por insignificante que sea, requiere un grado de organización que, a su vez, necesita un plan de acción y una entidad suficientemente poderosa para ponerlo en marcha. Así, el elemento del "ataque sistemático" implica en realidad y de manera inevitable, un elemento de planeación.

Esto no es aplicable, sin embargo, a un ataque *generalizado*, cuestión que ha suscitado poca atención hasta ahora porque no existe por el momento ninguna resolución que haya tenido que depender exclusivamente de un ataque generalizado (y no, al mismo tiempo, sistemático). El elemento "generalizado" se verifica si existe un gran número de víctimas del crimen. Si no fuese necesario ningún requisito ulterior, un pueblo con un nivel extraordinariamente elevado de criminalidad, que causara una gran cantidad de víctimas, podría ser idóneo para convertirse en la sede delictiva de crímenes contra la humanidad. Esto, obviamente, no puede ser cierto, porque el elemento de contexto no podría excluir a los delitos comunes

¹⁴⁷ A pesar de ello la resolución cita el mismo pasaje de *Kayishema* como si fuese *Kupreskic*, con lo que contradice su opinión de que el elemento de la política no es necesario en lo referente a los crímenes en contra de la humanidad.

¹⁴⁸ BERGSMO, MORTEN. *Supra*, nota 4, p. 2.

del alcance del crimen¹⁴⁹. Reflexionando sobre este problema, la Comisión de Expertos observó "que no se clasifica como crímenes contra la humanidad el rápido ascenso de los delitos, que sobreviene después de un fracaso general del Derecho y el orden no se cataloga como crimen contra la humanidad"¹⁵⁰.

Por otra parte, las normas sobre derechos humanos protegidas por la prohibición de los crímenes contra la humanidad, son normas que consideran la relación entre el Estado (u otras autoridades que ejerzan *de facto* el poder en un territorio dado) y el individuo: "Las leyes de derechos humanos nacieron esencialmente de los abusos del Estado hacia sus ciudadanos y de la necesidad de proteger a éstos frente a la violencia organizada o patrocinada por aquél"¹⁵¹. Por el contrario, al menos desde una perspectiva clásica¹⁵² de los derechos humanos, un criminal común que roba o incluso mata a su víctima no viola sus derechos humanos, aun si muchos delitos similares ocurren al mismo tiempo. Es el Estado, antes bien, el que viola los derechos humanos de la víctima si no la protege¹⁵³ del robo o del asesinato teniendo la capacidad de hacerlo. Por consiguiente, es importante retener algún tipo de vínculo con el Estado o la autoridad *de*

¹⁴⁹ M. Cherif Bassiouni expresa inquietudes semejantes. *Cfr. supra* nota 10, p. 245.

¹⁵⁰ Comisión de Expertos, *supra*, nota 106, par. 84. La Comisión también señaló "Aun así, un colapso general del orden jurídico puede ser un instrumento premeditado, una situación cuidadosamente orquestada para ocultar la verdadera naturaleza del daño que se pretende infligir." (traducción del inglés)

¹⁵¹ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, nota 83, par. 470.

¹⁵² La postura que hemos asumido aquí puede tenerse por semiclásica, pues aceptamos que los actores no estatales también están constreñidos por las leyes de los derechos humanos cuando asumen las funciones estatales (es decir, cuando tienen el poder *de facto*) en un territorio donde ningún Estado ejerce efectivamente su jurisdicción.

¹⁵³ Por ejemplo, según la Convención para proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales ("European Convention on Human Rights"), 213 U.N.T.S. 212, se acepta que los Estados tienen la obligación de salvaguardar activamente los derechos humanos. Haeflinger, Arthur y Frank Schürman. *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz 2* ed. 1999, pp. 55-57. *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, nota 83, par. 470, alegó: "En el contexto de los derechos humanos el Estado es el último garante de los derechos protegidos y tiene no sólo el deber sino la responsabilidad de que tales derechos se cumplan. En caso de que el Estado los viole o falle en su responsabilidad para defenderlos, puede llamársele a rendir cuentas y a tomar las medidas pertinentes para poner término a las infracciones" (itálicas nuestras).

facto, no sólo en relación con un ataque sistemático, sino también con uno generalizado. Puesto que la omisión del elemento de la política o del plan de acción en la sección 5.2 de la Regulación 15/2000 no altera la necesidad de un vínculo semejante, nada puede deducirse de la misma.

Como quiera que se requiere un elemento de un plan o de una política aun para un ataque generalizado, es necesario examinar cómo puede ser un ataque puramente generalizado, es decir, que no sea sistemático y sin embargo vinculado a un Estado o a una autoridad organizadora. En otros términos, debe explicarse de qué manera una multiplicidad de actos criminales no organizados o planeados pueden continuar siendo objeto de un plan o una política. De otro modo se violaría la bien establecida disposición de que el ataque puede ser o sistemático o generalizado¹⁵⁴.

La única solución a este problema es aceptar que una política también puede consistir en la negativa deliberada de proteger a las víctimas de crímenes generalizados pero no sistemáticos o, lo que es lo mismo, la tolerancia de los mismos¹⁵⁵. Tal puede ser el caso, por ejemplo, de un gobierno que conscientemente se abstiene de poner un alto a la actividad de algunos criminales que, en grandísima escala, matan a los habitantes de cierto lugar para obtener un acceso más sencillo a sus recursos naturales. El motivo para no actuar podría ser que estas personas se han opuesto al mismo tiempo a sus políticas. En tal caso los jerarcas se sentirían complacidos de que alguien más hiciera el "trabajo sucio". Otro ejemplo —más

¹⁵⁴ Con respecto a la interpretación de las leyes codificadas (como la Regulación 15/2000, que estipula expresamente que el ataque debe ser generalizado o sistemático) la Cámara de Apelaciones en *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 51, par. 284, señaló: "Es norma elemental de la interpretación que no debe analizarse una disposición, o una parte de ésta como si fuera superflua y, por consiguiente, sin sentido."

¹⁵⁵ El presente artículo parecería, pues, no estar plenamente de acuerdo con el análisis de Bergsmo (*supra*, nota 4, p. 2), quien plantea que, en el artículo 7(2)(a) del Estatuto de Roma, la condición de que exista una política hace que la formulación alternativa del encabezado del artículo 7(1) ("generalizado o sistemático") se transforme en un requisito acumulativo (i.e., generalizado y sistemático): un ataque "en cumplimiento o fomento de una política estatal u organizativa" (según el art. 7(2)(a) del Estatuto de Roma puede ser generalizado y, sin embargo, no ser al mismo tiempo sistemático si la política oficial consiste en la mera tolerancia de un ataque generalizado (no sistemático).

relevante para el Timor Oriental— sería cuando pequeños grupos de la milicia desorganizada realizan misiones insignificantes y no coordinadas que, no obstante, evaluadas como un todo, involucran suficientes víctimas como para hablar de un ataque generalizado. Si esta conducta obedeciera a las intenciones del gobierno o del poder *de facto* en el territorio y no tuviera, tanto, oposición (esto es, que fuesen toleradas), la acción de no oponerse a los ataques cumpliría con los requisitos del elemento de la política.¹⁵⁶ Según la concepción de los autores sería por ende innecesario probar que dicha milicia recibía las instrucciones o el respaldo activo de un Estado u organización (como puede ser el caso de el Timor Oriental). No obstante, si esto pudiera probarse, el respaldo activo mencionado haría que el ataque fuese de tipo sistemático.

Esta interpretación es asimismo conforme con las resoluciones emanadas del caso *Kupreskic*. La Cámara Procesal II del ICTY incluyó explícitamente la tolerancia, el consentimiento, el apoyo como métodos posibles para establecer una política: “Los precedentes internacionales subrayan asimismo la necesidad de que los crímenes contra la humanidad sean cuando menos *tolerados* por un Estado, gobierno o entidad [...]”¹⁵⁷ (el subrayado es nuestro). Además, “[I] los precedentes disponibles parecen indicar que en estos casos se necesita algún tipo de *aprobación o apoyo implícito* o explícito por parte del Estado o de las autoridades gubernamentales [...]”¹⁵⁸ (cursivas nuestras).

Habría que mencionar que la simple negligencia por parte de una autoridad no sería suficiente para convertir una multiplicidad de delitos, a los que

¹⁵⁶ M. CHERIF BASSIOUNI, (*supra*, nota 10, p. 264) señala: “[C]ada vez que ciertos funcionarios [públicos] albergan el propósito de que se cometan algunos crímenes, a sabiendas o intencionalmente, ostentan fallos cuando realizan su obligación de hacer cumplir el Derecho penal con equidad y [...] por consiguiente, dichos funcionarios públicos son responsables de la conducta de otros” (traducción del inglés). Sin embargo hay que reparar en que el problema entre manos no tiene que ver con la responsabilidad penal de los individuos que toleran el ataque, sino con el hecho de si una *política* puede consistir en la pura tolerancia de los crímenes.

¹⁵⁷ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 552.

¹⁵⁸ *Ibid.*, par. 555.

no se opone tal autoridad, en un ataque generalizado. Lo mismo sucede si las autoridades no son capaces de oponerse a los delitos (*ultra posse nemo obligatur*). No obstante una política de tolerancia adoptada por un gobierno que tiene la capacidad de impedir los crímenes mencionados pero que sin embargo opta por tolerarlos —por ejemplo, porque cree que tendrá reveses políticos si se opone a ellos—, cumpliría con los requisitos del elemento de la política en lo concerniente a un ataque generalizado.

Por otra parte, es obvio que la entidad debe someterse igualmente a una obligación jurídica, fundada por ejemplo en el Derecho internacional relativo a los derechos humanos, con el objeto de proporcionar una protección frente al ataque. Con objeto de definir al menos los elementos de los crímenes contra la humanidad, un Estado (extranjero) que no ejerza un poder legítimo o *de facto* en cierto territorio no puede considerarse, en términos generales, con la obligación jurídica de frenar en ese territorio las violaciones de los derechos humanos.

Un asunto final que debemos tomar en consideración es la compleja terminología de los Elementos de los Crímenes según la CPI. El tercer párrafo de la introducción, al referirse al artículo 7, indica: “Se entiende que ‘la política para cometer ese ataque’ requiere que el Estado o la organización lo fomenten o estimulen *activamente* en contra de una población civil”¹⁵⁹. Este enunciado contradice el resultado del análisis anterior, es decir, que puede instaurarse una política por simple tolerancia. Sin embargo, una nota a pie de página agregada a este fallo estipula: “Una política cuyo objeto de ataque fuera una población civil sería ejecutada por el Estado o la instancia organizadora. Tal política puede aplicarse en circunstancias excepcionales *por un incumplimiento deliberado de actuar, el cual se busca* llevar a cabo conscientemente al fomentar dicho ataque. La existencia de una política semejante no puede inferirse únicamente de que la acción gubernamental u organizadora estén ausentes” (cursivas nuestras).

¹⁵⁹ Elements of Crimes, *supra*, nota 81 (el subrayado es nuestro).

Es obvio que el texto del Elemento y la nota a pie de página se contradicen entre sí. Mientras que el Elemento requiere la existencia de conducta activa en relación con el ataque, la nota estipula que el fracaso para actuar también puede ser suficiente. Esta falta de claridad –resultado de un compromiso alcanzado durante la Cuarta Sesión (del 13 al 31 de marzo de 2000) de la Preparatory Comisión (“PrepCom”)–, no se resuelve con la calificación de que la inactividad pueda ser suficiente sólo en “circunstancias excepcionales”.

No obstante aun si la limitación (“fomentar o alentar activamente”) no queda invalidada por la contradictoria nota a pie de página, ello no puede viciar nuestro análisis, puesto que en cualquier caso no tiene efectos jurídicos. En primer lugar la CPI misma no está obligada por la formulación en los Elementos de los Crímenes porque ésta es inconsistente con el Estatuto y, por ende, inválida desde un punto de vista jurídico¹⁶⁰. Hemos demostrado en líneas anteriores que un plan relacionado con un ataque generalizado pero al mismo tiempo no sistemático, sólo puede consistir en la negativa intencional de proteger a una población frente a un ataque generalizado, es decir, en la pasividad por parte del Estado u organización responsable. El Estatuto de Roma, al igual que la sección 5.1 de la Regulación 15/2000 y el Derecho consuetudinario internacional, prevén claramente el aspecto generalizado y el sistemático como alternativas. Exigir la existencia de una política activa para los crímenes contra la humanidad sería sin embargo tanto como borrar la alternativa “generalizado” del Estatuto¹⁶¹. Segundo, no es necesario que el Panel de Crímenes Graves

¹⁶⁰ El artículo 9 dice: “1. Los Elementos de los Crímenes *ayudarán* al Tribunal en la interpretación y aplicación de los artículos 6, 7 y 8 [...] 3. Los Elementos de los Crímenes y las enmiendas a los mismos serán *consistentes con este Estatuto*” (subrayado nuestro).

¹⁶¹ ROBINSON, DARRYL. *Supra*, nota 69, pp. 50-51, es de la opinión de que un ataque sistemático, tal como lo codifica el Estatuto de Roma, necesita un grado muy elevado de organización. No obstante, para apuntalar este punto de vista, aduce la fórmula *Akayesu* que se había rechazado con anterioridad. De hecho cualquier multiplicidad de crímenes organizada desde el centro debe considerarse un ataque sistemático, independientemente del grado de organización. Ello obedece a que un ataque sistemático requiere menos víctimas que un ataque generalizado. Por ejemplo, si en el transcurso de varios años fueran asesinados unos cuantos centenares de personas de un país grande, esto difícilmente, podría

se apegue al Elemento problemático porque, además de las razones aducidas, este último no está ligado a las resoluciones de la PrepCom, sino sólo a la Regulación 15/2000 y al Derecho consuetudinario internacional (en cuanto a esto el artículo 10 del Estatuto de Roma estipula explícitamente que este último Derecho no se verá influido “en modo alguno” por la formulación de los crímenes de la parte 1 del Estatuto).

En conclusión: tanto un ataque sistemático como uno generalizado necesitan algún tipo de vínculo con un Estado o un poder *de facto* en determinado territorio por medio de la política de esta entidad, la cual, en el caso de un ataque sistemático, consistiría en proveer cuando menos algún tipo de conducción hacia las presuntas víctimas, con el objeto de coordinar las actividades de los criminales individuales. Un ataque sistemático requiere, por tanto, una conducta activa por parte de la entidad que dirige tras bambalinas el plan o la política. No obstante una actividad general o repetida no es necesaria, sino que más bien lo que cuenta es si la conducta es suficiente para desencadenar y guiar el ataque. Así, por ejemplo, bastaría con la identificación de las posibles víctimas por parte de las autoridades y que se conceda (de forma implícita o explícito) impunidad.

Un ataque generalizado que al mismo tiempo no sea sistemático debe carecer de conducción u organización. La política que está detrás puede ser la de una pasividad deliberada (tolerancia). Sin embargo, una política semejante sólo puede existir si la entidad en cuestión tiene la capacidad y, además, el deber jurídico de intervenir¹⁶².

Cont. Nota No. 161

clasificarse como un ataque *generalizado*. Pero si todas las víctimas pertenecieran a una pequeña comunidad de homosexuales y los funcionarios del Estado hubieran hecho público su intención de no perseguir ningún crimen cometido en contra de dichos homosexuales, los crímenes equivaldrían a un ataque *sistemático*. Sin embargo toda la organización requerida para el ataque es la selección de las víctimas y la declaración de impunidad.

¹⁶² Los miembros de los gobiernos que aplican una política de tolerancia pueden ser ellos mismos responsables según la doctrina de la responsabilidad por autoridad. *Vid.* Ambos Kai, “*Superior Responsibility*” (art. 28) en *The Rome Statute of the ICC: A Commentary*, Antonio Cassese *et al.*, eds., 2002, pp. 812-813, 836-839; en castellano: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Madrid) t. 52 (enero a abril 1999, publicado en 2002), 527-593.

e. *El acto individual y el elemento de contexto*

La relación entre el acto individual y el elemento de contexto es en gran medida subjetiva y se examinará posteriormente. Sin embargo la redacción relativa al elemento de contexto del Estatuto del ICTY da pie asimismo al asunto de cuál es la relación objetiva entre la conducta del criminal individual y el contexto. El pasaje pertinente del encabezado del artículo 5 estipula que una persona es responsable "de los siguientes crímenes cuando se cometen en un conflicto armado [...] y se dirigen en contra de cualquier población civil". Esta formulación (específicamente el "y"), si se toma literalmente, podría interpretarse en el sentido de requerir que el perpetrador deba dirigir personalmente los crímenes en contra de una población civil (es decir, no sólo contra una o unas cuantas víctimas) y, de esta manera, cometer una multiplicidad de actos delictivos.

No obstante, en un año tan temprano como el de 1996, la Cámara Procesal I del ICTY resolvió que "siempre que haya un vínculo con el ataque generalizado o sistemático en contra de cualquier población civil, un acto aislado podría clasificarse como un crimen en contra de la humanidad"¹⁶³, lo cual se ha convertido en la práctica invariable en ambos Tribunales¹⁶⁴. En el caso *Kunarac* se reformuló del modo más claro posible: "El delito subyacente no necesita ser el ataque mismo, sino sólo formar parte de éste"¹⁶⁵.

Los términos que integran tanto el artículo 7(1) del Estatuto de Roma como el encabezado del artículo 3 del Estatuto que rige al ICTR no dejan lugar a dudas con respecto a la relación entre el delito aislado y el elemento de contexto: ambos estipulan que los actos criminales enumerados deben ser "cometidos *como parte* de un ataque generalizado o sistemático dirigido en contra de cualquier población civil" (itálicas nuestras).

¹⁶³ *Prosecutor vs. Mrksic*, *supra*, nota 112, par. 30.

¹⁶⁴ *Prosecutor Tadic*, *supra*, nota 10, par. 649; *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, nota 76, par. 135; *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 550; *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, nota 83, par. 417; *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 178; *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, nota 83, par. 82.

¹⁶⁵ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, nota 83, par. 417.

Desafortunadamente la redacción del encabezado de la sección 5.1 de la Regulación 15/2000 combina la formulación del Estatuto de Roma y la del ICTY, de manera tal que exige que el acto sea "cometido *como parte* de un ataque generalizado o sistemático y dirigido en contra de cualquier población civil (subrayado nuestro). En efecto, el "y" del Estatuto del ICTY está inserto en la formulación del Estatuto de Roma. El resultado es confuso por dos razones. La primera es que el modo de expresarlo, si se toma literalmente, separaría el ataque de su objeto mismo: la población civil, con lo que se indicaría que se trata de dos conceptos diferentes. En segundo lugar, y por las mismas razones que en el Estatuto del ICTY, la sección 5.1 de la Regulación 15/2000 parece estipular que un acto delictivo aislado no es suficiente para que se incurra en responsabilidad por crímenes contra la humanidad¹⁶⁶. Bergsmo¹⁶⁷ reporta que los redactores de la sección 5.1 no tuvieron la intención de cambiar los términos, sino que tan sólo fue un error, y recomienda que debe corregirse borrando la palabra "y". Seguir esta recomendación ayudaría a evitar la confusión, a simplificar la argumentación tanto del fiscal como del Tribunal, y con ello se economizarían recursos. En todo caso, la sección 5.1 debe *aplicarse* de esa forma corregida porque el "nuevo" significado, que es literal, estaría en contradicción con el Derecho consuetudinario internacional y carecería de sentido.

Con relación a la naturaleza del vínculo entre el acto inhumano criminal enumerado y el ataque, en el caso *Kayishema* se señala como requisito que "[l]os crímenes [...] deben formar parte de [...] un ataque"¹⁶⁸. Y en el caso *Kunarac* la Cámara sostuvo: "Basta con demostrar que el acto se llevó a cabo en el contexto de actos de violencia acumulados y que, individualmente, pueden variar mucho en cuanto a su naturaleza y gravedad"¹⁶⁹.

¹⁶⁶ BERGSMO, MORTEN. *Supra*, nota 4, pp. 1-2.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, nota 76, par. 135.

¹⁶⁹ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, nota 83, par. 419.

Es posible derivar una definición más precisa del vínculo necesario entre el acto y el ataque del fundamento de los crímenes contra la humanidad. Tal fundamento consiste en proteger a las víctimas de los peligros específicos de los múltiples crímenes respaldados o consentidos por las autoridades. Si la peligrosidad de un criminal individual se incrementa porque su conducta ocurre en semejante contexto, el acto, objetivamente, debe considerarse parte de ataque. Por ejemplo, una persona que, a causa del ataque y de la política que se oculta detrás del mismo, no pudiera acudir a la policía para pedir auxilio, padece de un riesgo específico creado por el ataque. Si esta persona es asesinada, el asesinato será parte del ataque. Por otro lado, si alguien muriera mientras roban su casa, no podría hablarse de una víctima de crímenes contra la humanidad, si la policía se hubiera mostrado dispuesta a protegerla, pero hubiese llegado demasiado tarde. Dicho individuo sufriría tan sólo el riesgo de convertirse en la víctima de un delito, pero no el riesgo especial producido por el ataque. Así, una prueba adecuada para determinar si cierto acto formó parte del ataque o no, es preguntarse si éste habría sido menos peligroso para la víctima si no hubieran existido el ataque y la política (o el plan de acción).

e. Conocimiento del ataque

La sección 5.1 de la Regulación 15/2000 señala como requisito que el perpetrador tenga "conocimiento del ataque". El significado exacto de esta locución no es fácil de determinar, desde que tanto el significado de "conocimiento" como la cuestión de cuánto debe "saber" el criminal, son cuestiones problemáticas.

En términos generales una persona incurre en una responsabilidad delictiva por cierta conducta (objetiva) sólo si existe un elemento mental relacionado con tal conducta (*actus non facit reum nisi mens sit rea*)¹⁷⁰. En cuanto a

¹⁷⁰ "Un acto no hace a un delincuente, a menos que la mente también sea culpable." Puede observarse que esta frase equipara el elemento mental con la culpabilidad; sin embargo las jurisdicciones de las leyes civiles contemporáneas distinguen, en principio, entre los elementos mentales y la culpabilidad. Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, p. 430.

la comisión de crímenes internacionales, la simple negligencia es en la mayoría de los casos insuficiente. Estos ilícitos requieren un estado de la mente que en las jurisdicciones del Derecho civil se conoce como *dolus* o intención.¹⁷¹ *Dolus* existe de las siguientes formas: *dolus directus* de primer grado (también conocido como *dolus directus*), *dolus directus* de segundo grado (o *dolus indirectus*) y *dolus eventualis*. Las formas correspondientes de los estados mentales del Derecho angloamericano se describen en el Código Penal Modelo¹⁷² como propósito, conocimiento e imprudencia¹⁷³. El propósito y el conocimiento se parecen al *dolus directus* de primero y segundo grados. La imprudencia, sin embargo, si bien se parece al *dolus eventualis*, parece abarcar un espectro más amplio de estados mentales que el *dolus eventualis*¹⁷⁴.

La Cámara Procesal, en el caso *Blaskic*, dio una definición completa de los tres grados de intención cuando examinó el lado subjetivo del elemento de contexto. Citando una definición de un libro de texto belga¹⁷⁵, la Cámara afirmó que existen la "intención" o la "intención directa maliciosa" si "el agente intenta cometer el acto sancionado, que es o su objetivo o, al menos, el método para alcanzarlo"; existe la "intención indirecta maliciosa" si "el

¹⁷¹ Es conveniente observar, sin embargo, que el término propósito... también se emplea en un sentido más estrecho para denotar sólo el grado más alto del *dolus* o propósito en un sentido más amplio, a saber, *dolus directus* de primer grado, como se define más abajo.

¹⁷² "American Law Institute Model Penal Code. Official Draft", 1962, reimpresso en Kadish, Sanford H., y Stephen J. Shulhofer. *Criminal Law, Cases and Materials*, 6ª ed., 1995, pp. 1127-1192.

¹⁷³ LaFAVE, WAYNE R.. *Criminal Law*, 3ª ed., 2000, p. 227.

¹⁷⁴ Según la doctrina jurídica alemana un perpetrador actúa con *dolus eventualis* si se cumplen dos condiciones: en primer término él o ella deben tener en cuenta el desenlace prohibido (esto es, la muerte de alguien) como un efecto posible, pero no seguro, de su conducta; en segundo lugar él o ella deben aceptar o aprobar el desenlace prohibido o, en otras palabras, si esperan que, pese al riesgo, el resultado prohibido no ocurrirá, entonces su estado mental no será considerado como *dolus eventualis* sino como negligencia consciente. Ambos, Kai. "General Principles of Criminal Law in the Rome Statute", 10 *Crim. L. Forum*, 1999, pp. 1, 21 (en castellano en Actualidad Penal (España) 2000 (No. 44), 925-948); Jescheck, Hans Heinrich y Thomas Weigend. *Supra*, nota 170, pp. 299-301. Puesto que las leyes angloamericanas consideran necesario solamente el primero de los dos elementos nombrados para hablar de temeridad, según LaFave, Wayne R. *Supra*, nota 173, p. 254; esta definición es más amplia que el *dolus eventualis*.

¹⁷⁵ HENNAU, CHRISTIANE y JACQUES VERHAEGEN. *Droit Pénal Général*, 1991.

agente no procuró deliberadamente que ocurriera dicha consecuencia aunque sabía que ése sería el resultado"; y existe "imprudencia" si "el delincuente prevé el resultado sólo como una consecuencia probable o posible"¹⁷⁶.

Con todo, en el caso *Blaskic* no se equipara el término "conocimiento" con lo que la Cámara llama intención indirecta maliciosa. Al aplicar la definición de otro libro de texto¹⁷⁷ los Jueces manifestaron que "el conocimiento incluye asimismo la conducta 'de una persona que corre un riesgo voluntariamente con la esperanza de que éste no cause perjuicios'".¹⁷⁸ Este veredicto se repitió en el caso *Kumarac*¹⁷⁹. Y también es compatible con la doctrina alemana según la cual las tres formas del estado mental mencionado exigen un elemento volitivo e intelectual¹⁸⁰. El elemento intelectual señala como requisito que el perpetrador tenga cierto conocimiento (*dolus directus* de segundo grado) o por lo menos un conocimiento incierto (*dolus directus* de primer grado y *dolus eventualis*) de que la consecuencia prohibida ocurrirá o de que se dan las circunstancias de que ella sobrevendrá.

En lo tocante al elemento de contexto, en la jurisprudencia de los Tribunales hay conformidad con respecto a que el *dolus directus* de primer grado (intención, en el sentido más estrecho: como propósito) no es necesario, es decir, el perpetrador no necesita buscar participar en el ataque¹⁸¹. Todas las resoluciones concuerdan en que el conocimiento es suficiente y la

¹⁷⁶ *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 254 (se han omitido las notas al pie de la página).

¹⁷⁷ LE GUNEEC, FRANCIS. *Le Nouveau Code Pénal Illustré*, 1996.

¹⁷⁸ *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 254 (las notas de pie de página se han omitido).

¹⁷⁹ *Prosecutor vs. Kumarac*, *supra*, nota 83, par. 434.

¹⁸⁰ JESCHIECK, HANS-HAINRICH y THOMAS WIGEND. *Supra*, nota 170, p. 293.

¹⁸¹ Esto se declara explícitamente en *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 251. Ninguna (otra) resolución de los Tribunales *ad hoc* pide el *dolus directus* de primer grado o un estado de mente semejante.

mayoría incluso agregan expresamente el "conocimiento constructivo"¹⁸². No obstante, este último es un concepto confuso¹⁸³. La primera vez que se usó fue en el caso *Tadic*, donde, no obstante, la Cámara lo introdujo sólo hasta el sumario¹⁸⁴ de sus deliberaciones, relacionadas con la necesidad de un estado mental vinculado al elemento de contexto. La Cámara no dejó en claro en el juicio a cuál de las diversas acepciones del concepto conocimiento se refiere la locución "conocimiento constructivo". Lo más probable es que se refiriera a una cita del *Finta case* canadiense¹⁸⁵, la cual mantenía que es suficiente la ceguera voluntaria respecto al contexto¹⁸⁶. Un criminal se ciega voluntariamente si el o ella desean permanecer ajenos a la situación y, por lo mismo, no hacen más indagaciones¹⁸⁷. Como explica LaFave, el concepto se relaciona muy estrechamente con una disposición en el Código Penal Modelo que estipula que el conocimiento de la existencia de un hecho puede equiparse a la conciencia de una gran probabilidad de que ese hecho exista¹⁸⁸. Este concepto, a su vez, se acerca al de *dolus eventualis* e incluso al de imprudencia, los cuales exigen que el perpetrador esté consciente del riesgo o, en otras palabras, consciente de la probabilidad de que existe una circunstancia o de que habrá una consecuencia.

¹⁸² *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, pars. 656-659; *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 51, par. 248 (no menciona el conocimiento constructivo); *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, nota 76, pars. 133-134; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, nota 73, par. 71; *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, pars. 556-557; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, nota 74, par. 206; *Prosecutor vs. Ruggiu* (caso núm. CPT-97-32-I) juicio y sentencia, 1 de junio de 2000, par. 20; *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 185.

¹⁸³ LAFAVE, WAYNE R. *Supra*, nota 173, pp. 237-238.

¹⁸⁴ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 659.

¹⁸⁵ *R. vs. Finta*, *supra*, nota 33.

¹⁸⁶ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10 par. 657; Chesterman, Simon. *Supra*, nota 103, al parecer también cree que los Jueces utilizaron la locución "conocimiento constructivo" como un sinónimo de "ceguera voluntaria".

¹⁸⁷ LAFAVE, WAYNE R. *Supra*, nota 173, p. 232.

¹⁸⁸ *Ibid.*, cuando cita el Código Penal Modelo, *supra*, nota 172, sección 2.02(2)(b)(ii). Por otra parte se ha señalado que el concepto de conocimiento en el Derecho norteamericano se aproxima al concepto de *dolus eventualis*. Véase Schmid, Niklaus. *Stafverfahren und Stafrecht in den Vereinigten Staaten. Eine Einführung*, 2ª ed., 1993, p. 184.

Por consiguiente la definición clara, y también práctica, de *conocimiento* dada en el caso *Blaskic* —en el sentido de que este término incluye el conocimiento de un riesgo—, no está en contradicción con otras resoluciones, sino que es un útil esclarecimiento del oscuro concepto “conocimiento constructivo”. En resumen: según el Derecho consuetudinario internacional un criminal tiene conocimiento del ataque si está consciente del riesgo de que su conducta forma parte objetivamente de un ataque de mayor envergadura.

El criterio del Derecho consuetudinario requerido por los Tribunales puede ser inaplicable según la Regulación 15/2000, cuya sección 18.3 (que se parece mucho al artículo 30 del Estatuto de Roma)¹⁸⁹ define *conocimiento* como sigue:

118.3. Para los propósitos de esta sección, “conocimiento” significa la conciencia de que existe una circunstancia o de que habrá una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. “Saber o conocer” e “intencionalmente” se interpretarán en concordancia con lo antedicho¹⁹⁰.

Según esta norma la conciencia de un simple *riesgo* no sería suficiente¹⁹¹.

Con todo, es evidente que el criterio mental de la sección 18 ha sido reemplazado por el requisito más específico de la sección 5.1, a saber, el “conocimiento del ataque” (*lex specialis derogat legi generali*). Por otra parte, la sección 5.1 no proporciona una definición de *conocimiento*. De este modo surge el problema de si la frase “conocimiento del ataque” en la sección 5.1 debe interpretarse de conformidad con los estrechos

¹⁸⁹ Para un análisis detallado de los artículos 30 y 32 véase Ambos, Kai. *Der Allgemeine Teil eines Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, 2002, pp. 757 y ss.

¹⁹⁰ “18.3. For the purposes of the present Section, “knowledge” means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. “Know” and “knowingly” shall be construed accordingly.”

¹⁹¹ AMBOS, Kai. *Supra*, nota 174, pp. 21-22.

requisitos de la sección 18.3 o de acuerdo con el más amplio Derecho consuetudinario internacional aplicado por los Tribunales *ad hoc*. Son dos las razones que respaldan este último enfoque: primero, la definición de *conocimiento* en la sección 18 se da expresamente “[e]n atención a los propósitos de la presente sección”. Segundo, la introducción general a los Elementos de los Crímenes según la CPI explica: “En los elementos de los crímenes donde *no* se hace referencia a un elemento mental [...] se entenderá que se aplica el elemento mental pertinente [...] declarado en el artículo 30 [del Estatuto de Roma]” (cursivas nuestras)¹⁹². No obstante el conocimiento del ataque se menciona por separado en los Elementos para cada uno de los actos criminales enumerados en los crímenes en contra de la humanidad. Parecería, pues, que los redactores del anteproyecto de los Elementos de los Crímenes consideraron al conocimiento del ataque como una norma independiente de la disposición general del artículo 30 del Estatuto de Roma, equivalente a la sección 18 de la Regulación 15/2000. Por consiguiente, el requisito del conocimiento en el encabezado de la sección 5.1 debe interpretarse de acuerdo con el requerimiento del Derecho consuetudinario internacional, tal como se desarrolló en líneas anteriores.

Los redactores del anteproyecto de los Elementos observaron un problema especial en los casos en los que el perpetrador, o la perpetradora, comete su delito muy al principio del ataque, esto es, en un momento en el que todavía se han cometido muy pocos crímenes como para llegar al umbral necesario de un ataque generalizado o sistemático. Los Elementos de los Crímenes estipulan que en una situación semejante es suficiente con que el perpetrador tenga la intención de “seguir adelante con dicho ataque”¹⁹³, o se proponga que “la conducta forme parte de u[n...] ataque”. Es evidente que, con esto, los redactores querían decir que el requisito del conocimiento debía reemplazarse en tales situaciones por el deseo del criminal de causar los hechos conducentes al ataque. Vale la pena señalar al respecto

¹⁹² Elements of Crimes, *supra*, nota 81, introducción general, par. (2).

¹⁹³ *Ibid.*, introducción a los Elementos del artículo 7(2).

que el concepto de conocimiento desarrollado por los Tribunales *ad hoc* hace superflua esta cláusula¹⁹⁴, puesto que, según los Tribunales, es suficiente con que el perpetrador esté consciente del *riesgo* de que su conducta forme parte (o llegue a formar parte) de un ataque.

En resumen "conocimiento del ataque" en la sección 5.1 de la Regulación 15/2000 debe interpretarse en el sentido de que (solamente) se exige conciencia del *riesgo* de que la conducta forme parte, objetivamente, de un ataque más amplio. Un criterio de imprudencia o *dolus eventualis* es por tanto suficiente en lo concerniente al elemento de contexto. (Si bien es importante observar que éste no es el caso del acto inhumano aislado, respecto del cual la sección 18 continúa siendo plenamente aplicable).

Los Tribunales *ad hoc* han convenido en que el criminal debe tener conocimiento tanto del ataque como del vínculo que hace que el acto penal individual forme parte del ataque¹⁹⁵. Así, la Cámara Procesal en el caso *Tadic* aseveró: "[E]l criminal debe saber que se ataca una población civil [y] que su acción es conveniente para el ataque"¹⁹⁶. El lenguaje de ésta y de otras disposiciones insinúan que dicho sujeto no necesita haber tenido un conocimiento detallado de las particularidades del ataque, sino simplemente estar consciente (del riesgo) de que aquél *existe*. En el caso *Kunarac* se confirmó este punto de vista cuando se advirtió que el requisito del conocimiento no "implica el conocimiento de los detalles del ataque"¹⁹⁷. Además, los Elementos de los Crímenes estipulan que no es necesario que existan pruebas "de que el perpetrador tenga conocimiento

¹⁹⁴ En todo caso cualquier delito que pueda cometerse con *dolus directus* de segundo grado puede asimismo cometerse en general con *dolus directus* de primer grado.

¹⁹⁵ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 659; *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, nota 76, par. 133; *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, nota 73, par. 171; *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 557 (cuando cita *Prosecutor vs. Kayishema*); *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, nota 74, par. 206; *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 244; *Prosecutor vs. Ruggiu*, *supra*, nota 182, par. 20; *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, nota 83, par. 434; *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 185.

¹⁹⁶ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 659.

¹⁹⁷ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, nota 83, par. 434.

de todas las características del ataque o de los detalles precisos del plan, la política del Estado o de la organización"¹⁹⁸.

En realidad, una interpretación semejante del elemento del conocimiento está también en concordancia con el fundamento de los crímenes contra la humanidad. Para la particular peligrosidad de estos últimos, no es imprescindible que un crimen se lleve a cabo conociendo los detalles de un ataque generalizado o sistemático (es decir, el número de ataques, delincuentes o víctimas). Es suficiente con que quien lo consuma, conozca hechos relacionados con el mismo que incrementen la peligrosidad de su conducta o que hagan que esta última colabore con los crímenes de otros. Así, es suficiente, por ejemplo, que el perpetrador sepa que su conducta forma parte de un comportamiento criminal colectivo que hace más vulnerables a las víctimas. Por otro lado, aquél puede asimismo tener la esperanza de que el carácter colectivo de los crímenes habrán de proporcionarle impunidad.

Lo mismo se puede decir con respecto a la mayor culpabilidad de quien comete crímenes contra la humanidad¹⁹⁹. Basta con que él o ella sepan que existe un ataque y que sean en consecuencia capaces de entender que su conducta es mucho más grave de lo que sería la misma conducta si se cometiera fuera del contexto de un ataque generalizado o sistemático.

En conclusión: el criminal sólo debe estar consciente del riesgo de que existe un ataque y del riesgo de que ciertas circunstancias del mismo hacen que su conducta sea más peligrosa que si el ataque no existiera, o que su conducta crea una atmósfera propicia para la comisión de otros crímenes. No es necesario conocer los detalles.

¹⁹⁸ Elements of Crimes, *supra*, nota 81, introducción a los Elementos del artículo 7(2).

¹⁹⁹ McAULIFFE DE GUZMAN, MARGARET.. *Supra*, nota 14, p. 380; *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, nota 76, par. 134, donde se observa que es necesario que el perpetrador esté enterado del ataque para que sea culpable; citado en *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 249; *Prosecutor vs. Ruggiu*, *supra*, nota 182, par. 20.

Otro asunto es si quien comete el ataque debe estar enterado solamente de éste o también de la política que lo avala. MCAULIFFE DE GUZMAN observa que los términos del artículo 7(1) del Estatuto de Roma tan sólo establecen como requisito el "conocimiento del ataque".²⁰⁰ La autora sostiene, por consiguiente, que el causante del mismo no necesita estar al tanto de su magnitud exacta (sino simplemente de su existencia) para incurrir en culpabilidad por crímenes contra la humanidad. Como quiera que desde su punto de vista la política es un simple detalle del ataque, ella concluye que el perpetrador no necesita saber que existe una política o un plan detrás del mismo.

De hecho, es importante determinar si el elemento de la política debe considerarse entre los detalles del ataque que el perpetrador no necesita conocer, o si es un elemento material concreto de los crímenes contra la humanidad. En el último caso la doctrina del *actus non facit reum nisi mens sit rea* es aplicable, y se necesita un *dolus* igual que para el ataque.

Ya hemos señalado que el elemento de la política es imprescindible para distinguir los crímenes contra la humanidad de las violaciones de los derechos humanos. En consecuencia, es un elemento material indispensable de estos crímenes y distinto del ataque. Por tanto, un perpetrador que no conozca este elemento, no está enterado de todos los hechos necesarios para incurrir en culpabilidad por los crímenes mencionados. Por otra parte, como se observó anteriormente, no es preciso que él esté absolutamente seguro; es suficiente con que esté consciente del *riesgo* de que existe una política. Tampoco es necesario que conozca los detalles de esta última.

Las resoluciones de los Tribunales llegan a la misma conclusión. En el caso *Kayishema*, sin ofrecer otras razones, se señala como condición que el "acusado debe saber que sus acto(s) forma(n) parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y de acuerdo con

²⁰⁰ MCAULIFFE DE GUZMAN, Margaret. *Supra*, nota 14, p. 380.

cierto tipo de política o plan" (el subrayado es nuestro)²⁰¹. Prácticamente todos los juicios que se han versado sobre el tema han asumido igual postura²⁰².

II. LOS ACTOS INHUMANOS INDIVIDUALES

1. EL ESTADO MENTAL NECESARIO EN LO RELATIVO A LOS ILÍCITOS PENALES INDIVIDUALES

La sección 18 de la Regulación 15/2000 es razonablemente clara en lo referente a los elementos mentales requeridos. El autor de los crímenes debe tener el serio propósito de asumir cierta conducta (s. 18(2)(a)); él o ella deben proponerse realmente que el resultado criminalizado ocurra (digamos, una muerte) o estar conscientes de que éste tendrá lugar en el curso normal de los acontecimientos; y asimismo debe estar consciente de que existen las circunstancias necesarias para ello (por ejemplo que controla a la víctima torturada). Como se ha afirmado en líneas anteriores, la sección 18 no se aplica al conocimiento de quien comete el ataque (sea generalizado o sistemático).

Donde se requiere que haya conciencia de que la consecuencia ocurrirá en el curso de los acontecimientos o de que existe una circunstancia propicia (s. 18(2)(b) y (3)), no basta con que la persona crea que tal consecuencia sobrevendrá como mera posibilidad²⁰³. Hay que hacer hincapié en esto por el siguiente razonamiento: como uno nunca puede estar absolutamente seguro de lo sucederá en el futuro (la granada del autor del ataque puede fallar al explotar), la más elevada certeza posible

²⁰¹ *Prosecutor vs. Kayishema, supra*, nota 76, par. 134.

²⁰² *Prosecutor vs. Rutaganda, supra*, nota 73, par. 71; *Prosecutor vs. Kupreskic, supra*, nota 15, par. 556; *Prosecutor vs. Musema, supra*, nota 74, par. 206; *Prosecutor vs. Blaskic, supra*, nota 69, par. 249; *Prosecutor vs. Ruggiu, supra*, nota 182, par. 20; *Prosecutor vs. Kordic, supra*, nota 53, par. 185.

²⁰³ AMBOS, KAI. *Supra*, nota 174, pp. 21-22. Véase, no obstante, la interpretación del término *conciencia* más amplia, que ofrece Piragoff Donald, "Article 30", en *Commentary on the Rome Statute, supra*, nota 82, márgenes núms. 25-27.

respecto de los sucesos futuros es la que se describe en la sección 18(2)(b) y (3), es decir, que la consecuencia ocurrirá (no que “puede ocurrir”) “en el curso normal de los acontecimientos”. De esta manera, la frase *en el curso normal de los acontecimientos* no puede interpretarse de tal forma que tan sólo incluya ciertas posibilidades en las que el criminal no está seguro de si tendrá lugar el resultado previsto, aun cuando todo se desarrolle con normalidad. Por consiguiente, según la Regulación 15/2000 la imprudencia o el *dolus eventualis* no es suficiente²⁰⁴.

Se ha discutido mucho si los crímenes contra la humanidad sólo pueden cometerse si su autor actúa con intención discriminatoria. La Cámara Procesal en el caso *Tadic* puso en duda si esta última sería un requisito indispensable para los crímenes contra la humanidad tanto porque no se había incorporado en el Estatuto del ICTY como por otros motivos. Sin embargo la Cámara se creyó obligada a plantearla como requisito porque el Informe del Secretario General sobre el establecimiento del ICTY²⁰⁵ y algunos miembros del Consejo de Seguridad la consideraron necesaria²⁰⁶. Tal postura fue criticada en la literatura sobre el tema²⁰⁷ y revocada por la resolución de apelación del caso *Tadic*:

El significado usual del artículo 5 deja en claro que esta disposición no requiere que todos los crímenes contra la humanidad hayan tenido que ser cometidos con una intención discriminatoria a designio. Dicho propósito se ha hecho necesario sólo para una subcategoría de tales crímenes, a saber, “las persecuciones” estipuladas en el artículo 5 (h)²⁰⁸.

²⁰⁴ El grupo de trabajo de expertos alemanes que preparó el anteproyecto del Código Alemán sobre Crímenes Internacionales, tiene la misma concepción: *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches* 31, 2001. También puede consultarse en <http://www.bmj.bund.de/images/10185.pdf>. Si se desea ver las traducciones del anteproyecto gubernamental oficial en todas las lenguas de Naciones Unidas, véase www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html#legaltex

²⁰⁵ Report of the Secretary-General, *supra*, nota 45, par. 48.

²⁰⁶ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 652.

²⁰⁷ McAULIFFE DE GUZMAN, MARGARET. *Supra*, nota 14, pp. 364-368.

²⁰⁸ “The ordinary meaning of Article 5 makes it clear that this provision does not require all crimes against humanity to have been perpetrated with a discriminatory intent. Such intent is only made necessary for one sub-category of those crimes, namely «persecutions» provided for in Article 5 (h).”

Por otra parte, la Cámara de Apelaciones sostuvo que la interpretación a la luz de los objetivos humanitarios de los redactores del anteproyecto²⁰⁹ y el examen de la práctica estatal pertinente conducían al mismo resultado²¹⁰. Esta postura se ha convertido en la práctica invariable del ICTY²¹¹.

Ahora bien, en lo concerniente al ICTR, el problema es más arduo. El encabezado del artículo 3 de su Estatuto habla expresamente de la necesidad de que los crímenes sean “cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de cualquier población civil *por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos*” (cursivas nuestras). Los Jueces de este Tribunal han tomado nota de la apelación del caso *Tadic*, pero han sostenido que los términos de su Estatuto los obliga a plantear como requisito la intención discriminatoria para la comisión de crímenes contra la humanidad²¹². Recientemente, la resolución de apelaciones con respecto al caso *Akayesu*²¹³ y el fallo del juicio penal a *Bagilishema* dispusieron que “el calificador *por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos*, que es propio del Estatuto del ICTR, debe interpretarse como una caracterización de la naturaleza del ‘ataque’, en vez de la *mens rea* del perpetrado”²¹⁴. La explicación del dictamen fue la siguiente: “Si los redactores del Estatuto pretendían caracterizar la intención del actor individual como discriminatoria, habrían insertado la frase pertinente inmediatamente después de la palabra ‘cometido’, o utilizarían puntuación a fin de anular la descripción interpuesta del ataque”²¹⁵.

²⁰⁹ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 51, par. 284.

²¹⁰ *Ibid.*, pars. 288-292.

²¹¹ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 558; *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 260; *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 186.

²¹² Véase, por ejemplo, *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, nota 73, pars. 75-76.

²¹³ *Prosecutor vs. Akayesu* (caso núm. ICTR-96-4-A), juicio de 1 de junio de 2001, par. 469, citado de *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, nota 83, n. de pie de pág. 80 (el texto en inglés de la resolución no está disponible todavía).

²¹⁴ *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, nota 83, par. 81.

²¹⁵ *Ibid.*, nota de pie de pág. 81.

De este modo puede afirmarse que las leyes actuales sobre los crímenes contra la humanidad, a excepción de la persecución, no exigen el requisito de una intención discriminatoria.

La última cuestión relacionada con los elementos mentales de los crímenes contra la humanidad es la de si tienen importancia los motivos de su autor. La Cámara Procesal en el caso *Tadic* sostuvo: "[S]i bien los motivos personales pueden estar presentes, no tienen por qué ser la única motivación para actuar"²¹⁶. Y también: "[L]os actos no deben tomarse en cuenta por razones puramente personales y sin relación con el conflicto armado"²¹⁷.

Esta postura, al igual que el dictamen de la Cámara en el caso *Tadic* sobre los motivos discriminatorios, fue revocada por la Cámara de Apelaciones, que, después de dedicarle una minuciosa atención, concluyó: "[L]os precedentes pertinentes y el espíritu de las resoluciones internacionales relativas a los crímenes contra la humanidad dejan en claro que, según el Derecho consuetudinario, 'los motivos puramente personales' no poseen ninguna relevancia para establecer si se ha cometido o no un crimen de este tipo"²¹⁸. Todas las resoluciones subsiguientes del ICTY que estuvieron relacionada con los crímenes contra la humanidad, así como la decisión más reciente del ICTR, han acatado este punto de vista²¹⁹. Solamente en el caso *Kayishema* se sostuvo: "Los elementos del ataque excluyen la concurrencia de crímenes contra la humanidad, los actos emprendidos por motivos puramente personales, así como también los que quedan fuera de una política o un plan más amplio"²²⁰. No obstante, esta resolución debe considerarse errónea por dos razones. La primera, porque deduce la

²¹⁶ *Prosecutor vs. Tadic, supra*, nota 10, par. 658.

²¹⁷ *Idem*.

²¹⁸ *Prosecutor vs. Tadic, supra*, nota 51, par. 270.

²¹⁹ *Prosecutor vs. Kupreskic, supra*, nota 15, par. 558 (donde se menciona que el asunto estaba "libre de disputa"); *Prosecutor vs. Kunarac, supra*, nota 83, par. 433; *Prosecutor vs. Kordic, supra*, nota 53, par. 187; *Prosecutor vs. Bagilishema, supra*, nota 83, par. 95.

²²⁰ *Prosecutor vs. Kayishema, supra*, nota 76, par. 122.

exclusión de los motivos personales de la intención discriminatoria, que considera, de una forma errónea, necesaria. La segunda, porque aun cuando una intención discriminatoria fuese necesaria, ello no excluiría que su autor actuara por razones exclusivamente personales. La Cámara de Apelaciones en el caso *Tadic* dio un ejemplo según el cual "un funcionario de alto rango de la SS [...] alega que participó en el genocidio de judíos y gitanos por la razón 'puramente personal' de que sentía un odio profundamente arraigado hacia ellos y deseaba exterminarlos, y por ningún otro motivo"²²¹. Este ejemplo demuestra que la intención discriminatoria no excluye motivos personales. Por consiguiente la Cámara de Apelaciones en el caso *Tadic* reconsideró la Cámara Procesal.²²² Los motivos personales son irrelevantes con relación a los elementos de los crímenes contra la humanidad.

2. ASESINATO (S. 5.1(A))

La sección 5.1 de la Regulación 15/2000 estipula que el asesinato es uno de los actos inhumanos que pueden llegar a ser un crimen contra la humanidad. Dicha sección reitera el artículo 7(1)(a) del Estatuto de Roma²²³. Por tanto, las disposiciones que ayudan a interpretar el artículo 7 deben ser asimismo aplicables para interpretar la sección 5. Los elementos centrales del artículo 7(1)(a) han sido articulados en los Elementos de los Crímenes. En cuanto al asesinato como crimen del tipo señalado, los Elementos del artículo 7(1)(a) disponen solamente (y no con mucha utilidad) que, además de la prueba de los elementos centrales de un crimen contra la humanidad (a saber, el elemento de contexto), el asesinato requiere que su autor mate²²⁴ a una o más personas. Tal carencia de una definición específica de los elementos del crimen, ya sea en el

²²¹ *Prosecutor vs. Tadic, supra*, nota 51, par. 269.

²²² *Idem*.

²²³ Linton repara en la reciprocidad de ambas disposiciones en *supra*, nota 90, p. 10.

²²⁴ El primer Elemento del artículo 7(1)(a) estipula: "Para los objetivos de esta definición el término 'mató' es intercambiable con el de 'causó la muerte'. Esta nota de pie de página se aplica a todos los elementos que emplean cualquiera de estos conceptos".

artículo 7(1)(a) o en cualquier otra parte, tiene como consecuencia que hay que apoyarse en otras disposiciones de la Regulación 15/2000 (y del Estatuto de Roma) y en las fuentes generales del Derecho internacional²²⁵, con el fin de verificar estos requisitos, en particular el del estado de la mente del acusado.

El asesinato es uno de los crímenes definido como crimen contra la humanidad en el artículo 6(c) de la Carta de Nuremberg, los cuales dan forma jurídica a los delitos en los sistemas jurídico-penales más importantes del mundo antes de la adopción en 1945 de la Carta²²⁶, y se han repetido en las formulaciones fundamentales desarrolladas desde Nuremberg. Nos referimos al artículo 5 del Estatuto del ICTY, al artículo 3 del Estatuto de ICTY y al artículo 7 del Estatuto de Roma²²⁷. Dichos crímenes pueden juzgarse como los "principios generales del Derecho"²²⁸.

²²⁵ Aquí no nos detendremos mucho largamente en este asunto. En el resumen el artículo del Estatuto de Roma (imitado, aunque no en términos idénticos, en la sección 3 de la Reg. 15/2000) establece una jerarquía para el Derecho aplicable con objeto de interpretar el Estatuto. La carencia, sin embargo, de una definición del asesinato en el Estatuto de Roma y en la Regulación 15/2000 (así como en otros instrumentos internacionales relativos al asesinato como crimen en contra de la humanidad) da por resultado el que tenga que recurrirse, a fin de definir el crimen, *inter alia*, a las resoluciones de los Tribunales internacionales y a los elementos comunes del crimen de asesinato en diferentes sistemas legales.

²²⁶ BASSIOUNI, M. CHERIF. *Supra*, nota 10, 293. La metodología por medio de la cual se ha establecido lo anterior se expone en las pp. 294-300. Para un análisis de las principales características de las disposiciones pertinentes de los códigos penales nacionales del mundo, véase asimismo Heine, Günter y Hans Vest. *Supra*, nota 65, pp. 176 y ss., esp. la p. 15 y ss., en relación con la codificación y evolución del artículo 6(c) en el Derecho consuetudinario internacional. El artículo 6(c) de la Carta de Tokio (Charter of the International Military Tribunal from the Far East of 1946 [Carta del Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente de 1946, N.T.], reproducida en Benjamin B. Ferencz, I Defining International Aggression: The Search for World Peace, pp. 522-527 (1975) y el artículo II(1)(c) de la CCL 10 [Ley preliminar del Consejo de Control número 10, N.T.], y estos dos instrumentos están redactados en los mismos o parecidos términos que el artículo 6(c) y ciertamente se refieren a los mismos delitos que el artículo 6(c).

²²⁷ Véase asimismo Bassiouni, M. Cherif. *Supra*, nota 10, p. 290. Swaak-Goldman, Olivia. *Supra*, nota 17, pp. 148 y ss., tocante a la codificación y evolución del artículo 6(c) en el Derecho consuetudinario internacional. El artículo 6(c) de la Carta de Tokio (Charter of the International Military Tribunal from the Far East of 1946, reproducida en Ferencz, Benjamin B. Defining International Aggression: The Search for World Peace, núm. 1, 1975 pp. 522-527 y el artículo II(1)(c) de la CCL 10, y estos dos instrumentos están redactados en iguales o parecidos términos que el artículo 6(c) y ciertamente se refieren a las mismas infracciones que el artículo 6(c).

²²⁸ BASSIOUNI, M. CHERIF. *Supra*, nota 10, p. 300. Véase igualmente Swaak-Goldman, Olivia. *Supra*, nota 17, pp. 143 y ss.

La CDI ha reconocido que "el asesinato es un crimen que se entiende claramente y se encuentra bien definido en el Derecho nacional de cualquier Estado"²²⁹. Este acto prohibido no requiere ninguna explicación ulterior.

Según la práctica consuetudinaria de los Estados, el asesinato—entendido como el término paraguas para todas las disposiciones que penalizan el acto de quitar la vida a alguien—no consiste simplemente en matar a alguien con la intención de hacerlo y sin justificación jurídica (en otros términos, sin las justificaciones, excusas y defensas legales conocidas en los principales sistemas jurídicos internacionales), sino que por el contrario se define en su significado *largo sensu*: como la creación de las condiciones que ponen en peligro la vida con probabilidad de que ello cause la muerte según la experiencia humana razonable²³⁰. BASSIOUNI concluye que, dada esta amplia definición de asesinato en los principales sistemas internacionales de justicia penal, el homicidio, tal como se entiende en el artículo 6(c) (y *a fortiori* en las cláusulas de otros instrumentos redactados en los mismos términos), incluye una forma estrechamente relacionada de muerte no intencional, pero previsible, que en los sistemas jurídicos comunes se denomina "homicidio involuntario"²³¹, y en los sistemas germánicos *Romanist-Civilist* se conoce como homicidio con *dolus* (*Vorsatz*) y homicidio con *culpa* (*Fahrlässigkeit*)²³².

²²⁹ 1996 Draft Code.

²³⁰ BASSIOUNI, M. CHERIF. *Supra*, nota 10, pp. 300-302. La frase "según la experiencia humana razonable" tiene el mismo significado que de acuerdo con las expectativas conocidas o previsibles de una persona razonable en las mismas circunstancias", que Bassiouni utiliza en su análisis del problema. La definición de asesinato mencionada aquí es "el entendimiento común generalizado del significado de asesinato" y surge "pese a las diferencias técnicas en las definiciones de diversas formas de homicidio intencional en los principales sistemas de justicia penal internacional". (traducción del inglés)

²³¹ *Idem.* (en sus dos formas jurídicas comunes, es decir, homicidio imprevisto voluntario e involuntario).

²³² Esta definición permite un examen del motivo, lo que es importante para vincular el delito con elementos jurídicos como requisitos para llevar a cabo la "acción o la política del Estado" (el *nexus* que establece que el asesinato es un crimen internacional). Esta definición extendida es particularmente pertinente para la "exterminación", esto es, para el asesinato en gran escala.

En el Derecho internacional relativo al asesinato (y en general en el Derecho penal internacional), elaborado por los Tribunales *ad hoc*, el asesinato ha sido clasificado de acuerdo con la concepción del Derecho consuetudinario del delito, basado en criterios esenciales del *actus reus* y la *mens rea*. Este enfoque de la concepción de los ilícitos penales en el Derecho internacional fue aprobado en el caso *Celebici*, en donde se advirtió que “mientras que la terminología utilizada varía, estos dos elementos han sido descritos como ‘universales y persistentes en los sistemas jurídicos maduros’”²³³. El asesinato ha sido brevemente definido por los Tribunales *ad hoc* como el homicidio ilegal e intencional de un ser humano²³⁴. Según su jurisprudencia, los siguientes elementos son necesarios para considerar al asesinato como crimen contra la humanidad:²³⁵

- La víctima debe estar muerta²³⁶.
- En relación con el homicidio de todo tipo, el *actus reus* es la muerte de la víctima como consecuencia de los actos ilícitos o las omisiones del acusado²³⁷ o de uno de sus subordinados²³⁸.
- La conducta del acusado o de uno de los subordinados debe ser causa importante de la muerte de la víctima²³⁹.

²³³ *Prosecutor vs. Delalic et al.* (caso núm. IT. 96-21-T), juicio de 16 de noviembre de 1998, pars. 473-474, cuando en la nota de pie de página 433 menciona *Morissette vs. United States*, 342 US. 246 (1952). La Cámara aparentemente pasa por alto la concepción alternativa principal, fundamentada en la concepción romano-germánica: *Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld*.

²³⁴ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 589, copiado en *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, nota 73, par. 80 y *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, nota 74, par. 215.

²³⁵ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 589, aprobado en *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 560, *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 217, *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, nota 73, par. 80 y *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, nota 74, par. 215.

²³⁶ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 589.

²³⁷ *Prosecutor vs. Delalic*, *supra*, nota 233, par. 424.

²³⁸ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 589. Con todo podemos ocuparnos de este asunto más adecuadamente si lo vinculamos con la responsabilidad individual y, más específicamente, con la responsabilidad de la autoridad; véase Chesterman, Simon. *Supra*, nota 103, p. 331.

²³⁹ *Prosecutor vs. Delalic*, *supra*, nota 233, par. 424. Se ha imitado este elemento en *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 153 y en *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 229 en relación con el homicidio voluntario (Estatuto del ICTY, art. 2); se agrega que, y ello es pertinente para los fines de este artículo, la víctima debe ser una “persona protegida”, y en el par. 230 (Estatuto del ICTY, art. 3) se menciona que el delito relativo al asesinato es en contra de una persona “que no toma parte activa en las hostilidades”.

- En el momento del homicidio el acusado, o uno de sus subordinados, tuvo la intención de matar o de infligir un daño corporal horrible al difunto a sabiendas de que tal daño corporal probablemente causaría la muerte de la víctima, y es temerario por la posibilidad de que la muerte pueda sobrevenir (*mens rea*)²⁴⁰.

Mientras que el ICTY y el ICTR no han considerado que sea discutible el elemento de la definición del *actus reus*, el elemento *mens rea* ha sido objeto de intensos y extensos debates. En el caso *Kupreskic* mientras daban a entender que trataban de seguir al caso *Akayesu*, se sostuvo que el requisito *mens rea* para el asesinato como crimen contra la humanidad es el propósito de matar o el designio de infligir serias heridas con un temerario desprecio de la vida humana²⁴¹. En *Blaskic* se proporciona una indicación del significado de “temerario desprecio de la vida humana”. Al confirmar que la intención, o *mens rea*, necesaria para establecer el delito de asesinato voluntario existe desde el momento en que se demuestra que el acusado tenía el propósito de causar la muerte o provocar lesiones corporales graves, la Cámara Procesal añadió “lo cual, como es razonable asumir, él tuvo que saber que probablemente provocaría la muerte”²⁴². La Cámara consideró que la “temeridad” es un concepto “que puede equipararse a la negligencia criminal grave”²⁴³.

En el caso *Blaskic* la Cámara Procesal consideró, además, que el acusado debe de haber actuado “con el conocimiento razonable de que era probable que el ataque causara la muerte”²⁴⁴. Esta frase fue imitada en el caso

²⁴⁰ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 589; *Prosecutor vs. Kvocka et al.* (caso núm. IT-98-30/1-T), juicio de 2 de noviembre de 2001, par. 132.

²⁴¹ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 561.

²⁴² *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 153. Este requerimiento específico se agrega al requisito general de la demostración de los elementos generales del artículo 2.

²⁴³ *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 152. Por las razones mencionadas más adelante, este comentario es aplicable a la *mens rea* del asesinato como crimen en contra de la humanidad, si bien el contexto de este comentario es el artículo 2 del Estatuto del ICTY. De este modo la *mens rea* que representa todas las violaciones de artículo 2 del Estatuto comprende tanto el intento culpable como la temeridad, que puede equipararse a la negligencia criminal grave.

²⁴⁴ *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 217.

Kordic. En este caso la Cámara Procesal sostuvo que la *mens rea* se vería satisfecha, si además de que el acusado, o la acusada, tuviera el propósito de matar a la víctima o de causarle serios daños corporales, también pretendiera infligirle lesiones graves con el conocimiento razonable de la probabilidad de que la agresión le ocasionara la muerte²⁴⁵.

La formulación de la *mens rea* para el asesinato como crimen contra la humanidad en los casos *Kupreskic*, *Blaskic* y *Kordic* se asemeja a la definición de *mens rea* tal como se enuncia en el caso *Celebici*,²⁴⁶ en ella el problema era la intención necesaria requerida para establecer los crímenes de homicidio intencional y de asesinato como crímenes de guerra dentro de las Convenciones de Ginebra. La Cámara Procesal sostuvo que la *mens rea* está presente cuando se demuestra una intención por parte del acusado de matar o infligir lesiones graves en una indiferencia temeraria de la vida humana²⁴⁷. Es sorprendente la utilización de la misma fórmula convencional para el requisito de la *mens rea* en los casos *Kupreskic* y *Celebici*, además de que demuestra la buena voluntad del ICTY de por lo menos tratar el asesinato y el homicidio intencional como delitos iguales, ya se trata de crímenes contra la humanidad o de crímenes de guerra.

El homicidio (como término general y neutro, empleado aquí para describir el acto ilegal de quitar la vida), tal como se usa en los instrumentos principales que se relacionan con el Derecho penal internacional se caracteriza, como sigue:

²⁴⁵ *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 236; *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, pars. 560-561; *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 217; *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 65, par. 589.

²⁴⁶ *Prosecutor vs. Delalic*, *supra*, nota 233, par. 439.

²⁴⁷ Al formular esta definición la Cámara Procesal resaltó (*Prosecutor vs. Delalic*, *supra*, nota 233, pars. 431 y 438) la importancia de considerar la naturaleza y de la prohibición contenida en las Convenciones de Ginebra y los principios pertinentes de interpretación del Estatuto y Reglamentos (del ICTY), que exigen tomar en cuenta los propósitos de Estatuto y las consideraciones sociales y políticas que dan lugar a su creación (véanse pars. 160 y ss., especialmente el 170). En *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 229, se copió, esta resolución relativa al requerimiento de homicidio intencional.

- Como crimen contra la humanidad, la referencia que se hace al homicidio es como "asesinato". Éste se ha catalogado como el primero de este tipo de crímenes en todos los instrumentos internacionales que los definen, es decir, en el artículo 6(c) de la Carta de Nuremberg, en el 5(c) de la Carta de Tokio, en el II(1)(c) de la LCC 10, en el principio VI(c) de los Principios de Nuremberg de la CDI²⁴⁸, en el artículo 10 del Código preliminar de la CDI de 1954²⁴⁹, en el 5(a) del Estatuto del ICTY, en el 3(a) del Estatuto del ICTR, en el 18(a) del Código preliminar de 1996²⁵⁰ y en el artículo 7 del Estatuto de Roma. En la sección 5 de la Regulación 15/2000 se repite este uso del asesinato como crimen contra la humanidad.

- De igual manera, como crimen de guerra contemplado en el común artículo 3 de las cuatro Convenciones de Ginebra, se hace referencia al homicidio como "asesinato". El artículo 3 prohíbe totalmente "...la violencia hacia la vida de una persona, en particular el asesinato de todo tipo, la mutilación, el trato cruel y la tortura..." Para utilizar una disposición en estos términos (por medio de la incorporación del artículo común 3), véase el artículo 3 del Estatuto del ICTY, el artículo 4 del Estatuto del ICTR y el artículo 8(c) del de Roma. Este manejo del asesinato como delito que quebranta el común artículo 3 se repite en s. 6.1(c)(i) de la Regulación 15/2000.

- Como crimen de guerra que constituye una "violación grave", la referencia al homicidio es la de "matar intencionalmente". Las violaciones graves están formuladas por los artículos comunes de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y se relacionan solamente con los conflictos armados internacionales. Los delitos que recaen en el régimen de violaciones graves son "...aquéllos en los que interviene cualquiera de los siguientes actos si se cometen en contra de personas o propiedades protegidas por la Convención: matar intencionalmente..." Véase al respecto el artículo 2 del ICTY y el artículo 8(a) del Estatuto de Roma. Este uso del

²⁴⁸ *Supra*, nota 25.

²⁴⁹ *Supra*, nota 28.

²⁵⁰ *Supra*, nota 38.

homicidio intencional como violación grave se repite en s. 6.1(a)(i) de la Regulación 15/2000.

Como crimen que llega al genocidio, la referencia al homicidio es la "matanza (de) miembros del grupo" en la Convención del Genocidio²⁵¹. Esta última cláusula se repite en el artículo 4 del Estatuto de la CPIY, en el artículo 2 del Estatuto de la ICTR y en el artículo 5 del de Roma. Existe una disposición en iguales términos en la sección 4(a) de la Regulación 15/2000.

En el caso *Celibici* se hizo ver que no debía darse una consideración indebida a la diferencia entre estas descripciones alternativas de homicidio, y para los objetivos de la prueba de los elementos constituyentes del delito sustantivo mismo (cuando se opone al contexto en el que ocurre, como crimen en contra de la humanidad o crimen de guerra), nada se aclara si el delito es "asesinato" u "homicidio voluntario"²⁵². Puede encontrarse sustento para esta propuesta en el caso *Blaskic*, donde la Cámara Procesal, concordando con el caso *Celibici*, afirmó que el contenido del delito de asesinato según el artículo 3 es el mismo que para el homicidio voluntario según el artículo 2²⁵³. De modo parecido, aunque en un contexto diferente, el Juez Cassese, al considerar la aplicación de la coacción a la "matanza de inocentes", aseveró: "No me parece que, en lo referente a esta cuestión, haya alguna diferencia entre 'matanza', 'matanza ilegal' o 'asesinato', con tal que se entienda que se trata de la matanza de inocentes sin la excusa o

²⁵¹ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 UNTS., p. 277.

²⁵² La Cámara Procesal, en *Prosecutor vs. Delalic*, *supra*, nota 233, consideró la definición de homicidio, entendido como "matar voluntariamente", como un crimen de guerra que constituye una "violación grave" (la versión del texto en francés es "l'homicide intentionnel") y "asesinato" como un crimen de guerra dentro del artículo común 3 de las Convenciones de Ginebra (la versión del texto en francés es "meurtre"). La Cámara intentó determinar si existe una diferencia cualitativa entre ambos términos (par. 421), y concluyó que no hay ninguna diferencia de importancia que se desprenda del empleo de la expresión "matar voluntariamente" en vez de "asesinato" para los propósitos de persecución de delitos que incorporan estos términos (par. 433). Como resultado la Cámara Procesal concluyó que la *mens rea* requerida para establecer el crimen de matar intencionalmente y el de asesinato, como lo reconocen las Convenciones de Ginebra, es la misma. (par. 439).

²⁵³ *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 181, imitó a la Cámara Procesal en *Prosecutor vs. Delalic*, *supra*, nota 233, par. 422. Se copia asimismo en *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 229.

justificación jurídica (excepto, posiblemente, la defensa de la coacción) de que nos ocupamos"²⁵⁴.

La homogeneización del asesinato y del acto de matar intencionalmente, aunque por el momento nos detengamos en si es un crimen de guerra o uno contra la humanidad, se ha tomado como un avance en el caso *Kordic*. Aquí la Cámara afirmó que los elementos para que el asesinato sea un crimen contra la humanidad "son similares a los requeridos para el acto de matar intencionalmente según el artículo 2, y el asesinato según el artículo 3 del Estatuto, con la excepción de que a fin de que se lo caracterice como un crimen contra la humanidad, un 'asesinato' debe haberse cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de una población civil"²⁵⁵.

Esta relación general entre los delitos es consistente con los comentarios previos de la Cámara Procesal en el caso *Kupreskic*, con ocasión de la relación entre el asesinato como crimen en contra de la humanidad y el asesinato como crimen de guerra. La Cámara consideró que ambos crímenes no se encuentran en una relación de "especialidad recíproca"²⁵⁶ y que la prohibición de asesinato como crimen contra la humanidad es *lex specialis* en relación con la prohibición del asesinato como crimen de guerra²⁵⁷. Al examinar la naturaleza de los valores protegidos por cada

²⁵⁴ *Prosecutor vs. Erdemovic* (caso núm. IT-96-22), juicio de 7 de octubre de 1997, Separate and Dissenting Opinion of Judge Antonio Cassese, par. 12, nota de pie de pág. 8. El contexto de estos comentarios fue una acusación formal que formuló cargos al acusado de crimen en contra de la humanidad (asesinato) y, alternativamente, de violación del Derecho o costumbres de la guerra (asesinato).

²⁵⁵ *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 236. El Tribunal se remitió como autoridad para esta propuesta a *Prosecutor vs. Delalic*, *supra*, nota 233, par. 439, nota de pie de pág. 318.

²⁵⁶ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 701: "mientras que el asesinato como crimen en contra de la humanidad requiere de elementos probatorios que no necesita el asesinato como crimen de guerra y (el delito debe formar parte de un ataque sistemático o generalizado en contra de la población civil), esto no es recíproco". (traducción del inglés)

²⁵⁷ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 701, advierte en la nota de pie de pág. 958 que *Prosecutor vs. Tadic* confirma este resultado, *supra*, nota 49, par. 91, en lo concerniente al alcance y la aplicación del artículo común, citado en líneas anteriores (y que se menciona asimismo en *Prosecutor vs. Delalic*, *supra*, nota 233, pars. 125, 136).

infracción, la Cámara declaró que los artículos 3 y 5 del Estatuto del ICTY forman parte del marco común y general de Estatuto. Comparten los mismos objetivos generales y protegen los mismos valores generales, puesto que están concebidos para garantizar el respeto a la dignidad humana, sean cuales fueren sus finalidades y valores²⁵⁸. De este modo, la Cámara opinó que la diferencia entre los valores protegidos por los artículos 3 y 5 parecerían inconsecuentes²⁵⁹. En todas estas circunstancias se consideró la prohibición del asesinato como crimen contra sólo puede fundamentarse si se prueban los requisitos de la comisión de este delito según ambos artículos 3 y 5²⁶⁰. Consecuentemente, una vez establecidos los elementos esenciales del asesinato como crimen de guerra, queda puesto el fundamento para probarlo como crimen contra la humanidad, siempre que se instituya el elemento central adicional de un ataque generalizado o sistemático en contra de una población civil.

Pese al acuerdo del Derecho internacional respecto del homicidio, se han suscitado controversias en la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* a causa del empleo de la palabra "asesinato" en el texto en inglés de los Estatutos²⁶¹ y el uso de la palabra *assassinat* en el texto correspondiente en francés. Esto tiene implicaciones importantes para el requisito de la *mens rea* del asesinato como crimen contra la humanidad. El problema relativo al significado exacto de asesinato como crimen contra la humanidad surge a causa de los distintos significados que tiene cada uno de estos términos en el Derecho. El problema primordial que ha causado dificultades en la jurisprudencia del Tribunal es si el asesinato (*meurtre*) es sólo un crimen de intención general, y no asesinato premeditado

²⁵⁸ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 702.

²⁵⁹ *Ibid.*, par. 703. Véase también al respecto Swaak-Goldman, Olivia, *Supra*, nota 17, pp. 164 y ss. para un examen de la gravedad relativa de los crímenes en contra de la humanidad y de los de la guerra.

²⁶⁰ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 704. Ésta es una breve (e incompleta) recapitulación de las deliberaciones de la Cámara Procesal. Los antecedentes de la formulación del Derecho relativo a esta problemática y la terminología empleada en el análisis antedicho se mencionan en *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, pars. 680-695.

²⁶¹ Artículo 3(a) del Estatuto de la ICTR y el 5(a) del Estatuto de la ICTY.

(*assassinat*), que debe ser el delito fundamental de un crimen contra la humanidad²⁶².

La naturaleza del problema fue formulada en el caso *Kayishema*: "[E]l debate se ha suscitado porque la *mens rea* para el asesinato, tal como se define en la mayor parte de las jurisdicciones del Derecho consuetudinario, implica pero no requiere premeditación, en tanto que, en la mayoría de los sistemas jurídicos civiles, la premeditación siempre se exige para el *assassinat*²⁶³. Así lo señaló el Tribunal en el caso *Blaskic*: "la versión francesa del Estatuto utiliza el término *assassinat*, crimen con un significado muy preciso en el Derecho nacional francés". De acuerdo con los artículos 221-223 del Código Penal Francés (*Nouveau Code Pénal*) *assassinat* significa asesinato premeditado —*meurtre commis avec préméditation*—²⁶⁴ y corresponde al *meurtre aggravé* (asesinato agravado)²⁶⁵. La definición de premeditación en el Código es "la intención formada antes del acto de cometer un delito dado"²⁶⁶. Por otro lado, la versión en inglés adopta la palabra *murder* que se traduce en francés como *meurtre*²⁶⁷. El efecto de la distinción es que si el elemento de la *mens rea* de "*assassinat*" es necesario para la prueba del asesinato como un crimen contra la humanidad, entonces la aplicación de la sección 5(1)(a) de la Regulación 15/2000 se restringiría solamente a los actos intencionales y premeditados para matar a una persona, con lo que el asesinato "imprudente"²⁶⁸ y el asesinato de intención general serían descartados.

²⁶² *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 216.

²⁶³ *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, nota 76, par. 137.

²⁶⁴ Véanse los artículos 221-223 del *Nouveau Code pénal* de 1 de marzo de 1994: "Le *meurtre* commis avec préméditation constitue un *assassinat*". Véase también *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 216, nota de pie de pág. 414; *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, nota 76, par. 137, nota de pie de pág. 37.

²⁶⁵ CHESTERMAN, SIMON, *Supra*, nota 103, p. 329.

²⁶⁶ Véanse los artículos 132-172 del *Nouveau Code pénal*: "La préméditation est le dessein formé avant l'action de commettre un crime ou un délit déterminé".

²⁶⁷ *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 216. [En castellano *murder* se traduce de hecho como asesinato y como homicidio. En lo sucesivo se utilizará una u otra acepción según el contexto N.T.]

²⁶⁸ CHESTERMAN, SIMON, *Supra*, nota 103, p. 329, llega a esta conclusión respecto del artículo 5(a) del Estatuto del ICTY y el artículo 3(a) del Estatuto de la ICTR.

Esto es claramente contrario a la línea de casos en la formulación de la *mens rea* para el asesinato, que se ha indicado con anterioridad. Los Tribunales *ad hoc* han tomado distintas posturas en relación con este asunto y no es claro el resultado respecto del requisito de la *mens rea*.

En el caso *Akayesu*, la cámara Procesal I sostuvo que el Derecho consuetudinario internacional indica que es el acto del "asesinato" (*meurtre*) lo que constituye un crimen contra la humanidad y no el *assassinat*. En una breve explicación de sus razones, la Cámara estimó que esta posición del Derecho consuetudinario internacional significaba que la inclusión de *assassinat* en la versión francesa debe haberse originado en un error de traducción. Esto dio pie, en opinión de la Cámara, a las razones suficientes para decidir que no debía seguirse la versión francesa²⁶⁹. Tal descubrimiento del Derecho consuetudinario internacional, sobre este asunto, fue aprobado en *Rutaganda* y *Musema*.²⁷⁰ A la misma conclusión se llegó en el caso *Blaskic*, cuando el Tribunal revisó la resolución de la Cámara Procesal en caso *Akayesu*; asimismo se determinó que el artículo (1)(a) del Estatuto de la CPI y el artículo 18 del Código de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (ILC Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind) se refieren al asesinato (*meurtre*) y no al homicidio premeditado (*assassinat*) que debe ser el delito que sustenta un crimen contra la humanidad²⁷¹.

Sin embargo, en el caso *Kayishema*, haciendo referencia a la interpretación del Estatuto de la ICTR, la Cámara Procesal II sostuvo, entre otras cosas, que la solución en el caso *Akayesu* —de que había un error en la traducción—

²⁶⁹ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 588.

²⁷⁰ *Prosecutor vs. Rutaganda*, *supra*, nota 73, par. 79; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, nota 74, par. 214. Ambos casos se limitaron a observar que las "[l]eyes consuetudinarias internacionales dictan que el delito de 'asesinato' y no 'assassinat', constituye un crimen en contra de la humanidad".

²⁷¹ *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 216. Chesterman, Simon (*supra*, nota 103, p. 329) sostiene que este hallazgo referente al requerimiento del Derecho consuetudinario internacional es correcto y menciona, respaldando propuesta, que el asesinato (*meurtre*) se utiliza en el artículo 7(1) del Estatuto de Roma.

era demasiado simplista y no tan convincente como lo son las versiones francesa e inglesa del Estatuto en el original²⁷². El razonamiento de la Cámara se opone al del caso *Akayesu*, y en este punto los casos no son reconciliables²⁷³. La Cámara Procesal observó:

Cuando se interpreta un término de un idioma a otro uno puede encontrar que no existe un vocablo equivalente que corresponda a todas las sutilezas y matices del primero. Esto es particularmente cierto con los términos jurídicos que representan conceptos jurisprudenciales. En este caso la *mens rea* referente al asesinato en el Derecho consuetudinario se traslapa tanto con *meurtre* como con *assassinat* (es decir, un *meurtre* agravé) en los sistemas civiles²⁷⁴. Los redactores del anteproyecto eligieron usar el término *assassinat* en vez de *meurtre*. Como una cuestión de interpretación, la intención de los redactores debe ser seguida tanto como sea posible, de manera que se le de al Estatuto un pleno sentido²⁷⁵.²⁷⁶

²⁷² *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, nota 76, par. 138, nota de pie de pág. 40. De esta suerte la versión francesa tiene tanta autoridad como la edición inglesa. Simon Chesterman advierte el *status* igual de las ediciones inglesa y francesa en *supra*, nota 103, p. 329, nota de pie de pág. 120; Ello se debe a la disposición 41 de las Provisional Rules of Procedure of the Security Council, tal como fueron enmendadas el 21 de diciembre de 1982, U.N. Doc. S/96/Rev.7.

²⁷³ Para una conclusión similar véase Chesterman, Simon. *Supra*, nota 103, p. 329.

²⁷⁴ Así, la Cámara explicó en la nota de pie de pág. 39 (par. 138) lo siguiente: "Por ejemplo, en el extremo superior del asesinato la *mens rea* corresponde a la *mens rea* del *assassinat*, esto es, de la acción ilegal de matar a una persona con premeditación. Y a la inversa: en el extremo inferior del asesinato, en el que la mera intención o imprudencia es suficiente y la premeditación no es necesaria, la *mens rea* corresponde a la *mens rea* de *meurtre*".

²⁷⁵ *Prosecutor vs. Kayishema*, *supra*, nota 76, par. 138. La Cámara explicó en la nota de pie de pág. 40: "Es notable que los textos fueran redactados en inglés y en francés, y que ambos sean originales y auténticos. El Estatuto se tradujo después a los cuatro idiomas oficiales restantes de Naciones Unidas. Por consiguiente entre el inglés y el francés no medió traducción alguna. En conformidad con esto no puede haber un 'error de traducción' como tal; sólo puede haber un error en la factura de un texto original. Llama la atención que el término usado en el Estatuto del ICTY sea también *assassinat* (art. 5(a) del Estatuto del ICTY)." (traducción del inglés)

²⁷⁶ "When interpreting a term from one language to another, one may find that there is no equivalent term that corresponds to all the subtleties and nuances. This is particularly true with legal terms that represent jurisprudential concepts. Here, the *mens rea* for murder in common law overlaps with both *meurtre* and *assassinat* (that is, a *meurtre* aggravé) in civil systems. The drafters chose to use the term *assassinat* rather than *meurtre*. As a matter of interpretation, the intention of the drafters should be followed so far as possible and a statute should be given its plain meaning".

Según la Cámara, al contrario de las concepciones expresadas en el caso *Akayesu*, los Estatutos del ICTR y del ICTY no reflejaron el Derecho consuetudinario internacional cuando se elaboró el borrador. Así, la Cámara determinó que puede darse por sentado que los redactores pretendieron utilizar *assassinat* junto con homicidio y, al obrar de ese modo, pudieron haber tenido en mente que sólo bastarían los niveles más elevados de la *mens rea* en el caso del homicidio²⁷⁷. Además, la Cámara consideró que, cuando hubiera duda, las cuestiones de interpretación debían resolverse en favor del acusado²⁷⁸. Después señaló:

La Cámara estima, en consecuencia, que el homicidio y el *assassinat* deben examinarse de manera conjunta a fin de determinar el criterio de la *mens rea* que buscaron establecer los redactores y que exigió el Estatuto del ICTR. *Cuando el homicidio se considera junto con el assassinat, la Cámara entiende que tal criterio requerido es matar intencional y premeditadamente*. El resultado es premeditado cuando el actor formula su intención de matar después de un momento de reflexión²⁷⁹.

En una nota a pie de página a la última oración de este párrafo, la Cámara observó: "Esta explicación concuerda con la jurisprudencia francesa de la corte penal y con el precedente de la Corte Suprema de Estados Unidos". La Cámara prosiguió:

²⁷⁷ *Ibid.*, par. 138. La Cámara señaló al respecto en la nota de pie de página: "Claro que en el Derecho consuetudinario no existe el delito de homicidio ilícito que estipula un criterio más alto de *mens rea* que el de homicidio. Por consiguiente, aun si los redactores pretendieron que sólo bastaría el criterio de *mens rea* para el *assassinat*, de todos modos necesitarían utilizar el término *murder* en inglés". Lo anterior no es enteramente correcto puesto que el Derecho consuetudinario tradicional conocía la expresión "homicidio con premeditación".

²⁷⁸ *Ibid.*, par. 139.

²⁷⁹ "The Chamber finds, therefore, that murder and assassinat should be considered together in order to ascertain the standard of *mens rea* intended by the drafters and demanded by the ICTR Statute. When murder is considered along with assassinat the Chamber finds that the standard of *mens rea* required is intentional and premeditated killing. The result is premeditated when the actor formulated his intent to kill after a cool moment of reflection."

Se busca obtener tal resultado cuando el propósito del actor es ése, o cuando este último tiene conciencia de que ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos.

El acusado es culpable si participa en una conducta ilícita y si

- 1) Causa la muerte de otra persona;
- 2) Por medio de una acción u omisión *premeditada*;
- 3) Con *el propósito* de matar a alguna persona; o,
- 4) *Cuando se propone* infligir lesiones corporales dolorosas a cualquier ser humano.

Así, un homicidio premeditado que forme parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de civiles con base en la discriminación, será un crimen en contra de la humanidad. Asimismo, en este rubro quedarán comprendidos los homicidios extrajudiciales, es decir, "aquéllos de carácter deliberado e ilícito, llevados a cabo bajo las órdenes de un Gobierno o con su complicidad o aquiescencia"^{280, 281}.

En el caso *Kupreskic*, la Cámara Procesal imitó la resolución adoptada en *Akayesu* cuando confirmó los elementos constitutivos del *actus reus* de homicidio en el artículo 5(a) del Estatuto. La Cámara definió a continuación el homicidio en relación con los fines del Estatuto del ICTY de la manera

²⁸⁰ *Ibid.*, pars. 139, 140 (las itálicas se han agregado).

²⁸¹ "The result is intended when it is the actor's purpose, or the actor is aware that it will occur in the ordinary course of events.

The accused is guilty of murder if he, engaging in conduct which is unlawful,

1. causes the death of another
2. by a premeditated act or omission
3. intending to kill any person or,
4. intending to cause grievous bodily harm to any person.

Thus, a premeditated murder that forms part of a widespread or systematic attack against civilians on discriminatory grounds will be a crime against humanity. Also included will be extra-judicial killings, that is "unlawful and deliberate killings carried out with the order of a Government or with its complicity or acquiescence".

siguiente: "Puede decirse que el acusado es culpable de homicidio si él, o en su caso ella, al adoptar una conducta ilícita, se propuso matar a otra persona o causarle lesiones corporales graves y provocó su muerte"²⁸². La Cámara se mostró sin embargo ambivalente con respecto a la definición de la *mens rea* en el caso del homicidio. Su definición principal es consistente con los casos *Akayesu* y *Celebici* y con la armonización de la definición de *mens rea* entre homicidio y asesinato intencional como crimen contra la humanidad o como crimen de guerra. De este modo la Cámara señaló: "La *mens rea* requerida para el homicidio en el artículo 5(a) es la intención de matar o el intento de infligir lesiones graves con una actitud de desprecio temerario hacia la vida humana"²⁸³. No obstante, la Cámara procedió después a examinar específicamente el requisito de la *mens rea*, que aparentemente adoptó en el caso *Kayishema* sin indicar una aprobación o un rechazo explícitos²⁸⁴. Dijo:

En el caso *Kayishema* se señaló que el criterio de la *mens rea* requerido es el homicidio intencional y premeditado. El resultado es premeditado cuando el actor formula su intención de matar después de un momento de reflexión. El resultado es propositivo cuando es el objetivo del acto, o cuando este último está consciente de que ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos²⁸⁵.²⁸⁶

El problema, como se señaló en líneas anteriores, es que un acto premeditado no puede ser al mismo tiempo temerario y necesitar algo más que una simple intención general. Por consiguiente, resulta

²⁸² *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 560.

²⁸³ *Ibid.*, par. 561.

²⁸⁴ Véase al respecto la crítica de Chesterman, Simon. *Supra*, nota 103, p. 333.

²⁸⁵ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 561.

²⁸⁶ "In *Kayishema* it was noted that the standard of *mens rea* required is intentional and premeditated killing. The result is premeditated when the actor formulated his intent to kill after a cool moment of reflection. The result is intended when it is the actor's purpose, or the actor is aware that it will occur in the ordinary course of events."

problemático para la Cámara Procesal adoptar ambas posturas. Pero, a pesar de esta divergencia aparentemente evidente en el significado de la *mens rea* para los fines del homicidio como crimen contra la humanidad, posteriormente en el caso *Kordic* una de las Cámaras Procesales del ICTY declaró que "se ha establecido ya que la premeditación *no es necesaria* para definir el término 'homicidio', tal como se emplea en el artículo 5 del Estatuto del ICTY"²⁸⁷. Solamente puede llegarse a esta conclusión si *no se sigue* la clara articulación del requisito de la *mens rea* en el caso *Kayishema* (y aunque, de una forma más ambigua, en el caso *Kupreskic*), aun cuando la Cámara Procesal no explicó satisfactoriamente sus motivos para no hacerlo así. En vez de ello citó al caso *Kayishema* de una manera confusa para respaldar su declaración jurídica sin siquiera intentar explicar o distinguir esta resolución; para apoyar su propuesta citó la parte de la resolución del caso *Kayishema* en la que la Cámara Procesal estableció su posición *en contra del* razonamiento utilizado en el caso *Akayesu*²⁸⁸.

La supuesta dependencia con respecto al caso *Kayishema* es, por tanto, cuestionable. En cuanto al caso *Kupreskic*, el Tribunal diferenció la resolución indicando que si bien la Cámara había definido el asesinato como "homicidio intencional y premeditado, no se refirió al último elemento en sus veredictos efectivos"²⁸⁹. Por otro lado, el Tribunal encontró apoyo para su declaración jurídica en el caso *Blaskic*²⁹⁰.

¿Cuál ha sido la consecuencia de esta divergencia? Chesterman, en el artículo que escribió antes de la resolución de la Cámara Procesal en el caso *Kordic*, indica que el precedente demuestra que "para los propósitos

²⁸⁷ *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 235 (el subrayado es nuestro).

²⁸⁸ *Ibid.* Para sustentar su declaración, la Cámara Procesal aduce los precedentes del ICTY y del ICTR, incluido *Kayishema*, pero no intenta distinguir la interpretación diferente de la aplicación de homicidio y *assassinat* utilizada en este caso. Véase la nota de pie de página 324 que hace una lista del precedente sin hacer diferenciaciones.

²⁸⁹ *Ibid.*, nota de pie de pág. 314, referente a *Prosecutor vs. Kupreskic*, nota 15, par. 818.

²⁹⁰ *Ibid.*, nota de pie de pág. 315, donde se indicaba: "En fecha muy reciente la Cámara Procesal *Blaskic* sostuvo que 'es el homicidio (*meurtre*) y no el homicidio premeditado (*assassinat*) el que debe ser el delito que fundamente un crimen en contra de la humanidad'."

de los Estatutos del ICTY y el ICTR el acto o la omisión deben ser premeditados”²⁹¹. Ésta no es la postura actual del Derecho, como se declaró en el caso *Kordic* y en este punto es imprecisa. Sin embargo, la postura jurídica exacta está lejos de ser clara y es necesario que los Tribunales esclarezcan el problema. Al parecer éstos deben hacer una elección sobre qué texto y qué significado de homicidio es preferente. Ciertamente la palabra inglesa *murder* proporciona una definición más flexible de homicidio, y puesto que abarca a la premeditación, aunque no se restringe a la misma, es una opción preferible. Es coherente con la formulación de “homicidio”, tal como se desarrolla en el Derecho internacional desde los procesos de Nuremberg, y refleja la idea de homicidio tal como se entiende en los principales sistemas internacionales de justicia penal.

Además, pueden suscitarse algunos problemas con el razonamiento que está detrás de la formulación de la Cámara Procesal de “homicidio” (en inglés) en el caso *Kayishema*, lo que indica que debiera limitarse a sus propios hechos y no ser imitada. Es cuestionable por qué un acusado deba ser culpable de homicidio si su única premeditación fue la intención de causar un grave daño corporal. Existe aquí una ambigüedad directamente vinculada con el requisito de la premeditación. Si la intención de causar serios daños corporales se formula “después de un momento de reflexión”, entonces la única *mens rea* que puede atribuirse al acusado es una intención de llevar a efecto este propósito. El fin premeditado no será la muerte de la víctima sino el daño corporal doloroso. Esto no se ajusta a los requerimientos del homicidio premeditado.

Por tales motivos la interpretación correcta de homicidio por parte del Derecho internacional se alcanza mediante la adopción del significado en inglés de la palabra *murder*. Así, el requerimiento de la *mens rea* del homicidio como crimen contra la humanidad es la formulación originalmente concebida en el caso *Akayesu* y adoptada, aprobada y complementada después en los casos subsiguientes.

²⁹¹ CHESTERMAN, SIMON. *Supra*, nota 103, p. 334.

La jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* no ha sido informada por las disposiciones estatutarias sobre el significado de intención para determinar la *mens rea*. A diferencia del Estatuto de Roma y la Regulación 15/2000, los Estatutos del ICTY y del ICTR carecen de una disposición a este respecto. Con el objeto de establecer un Derecho internacional sobre homicidio como crimen contra la humanidad en el Timor Oriental, el Panel Especial tiene que tomar en cuenta la sección 18 de la Regulación 15/2000.

Dicha disposición es sin embargo más estrecha que el precedente desarrollado por los Tribunales en dos aspectos. En primer lugar, como ya hemos visto, la sección 18 deja de lado la temeridad o *dolus eventualis*. En segundo lugar, el objetivo del elemento mental debe ser la muerte de la víctima puesto que aquélla (o el homicidio)²⁹² debe ser el resultado o la consecuencia que se proponía el autor (o por él conocida). Éste es el elemento material del homicidio en el sentido de la sección 18.1 de la Regulación 15/2000. Por ende no es posible considerar que la simple intención causará las suficientes lesiones corporales dolorosas como para hablar de la comisión del delito de homicidio (puede designar no obstante otros actos inhumanos; además, si el autor es condenado por otros actos de este tipo, aún puede darse la debida consideración a la muerte de la víctima en la fase de la sentencia)²⁹³. Cualquier otra interpretación haría del homicidio un ilícito de responsabilidad sin culpa que castigaría la mera creación de un peligro (para la vida de la víctima) en la condición objetiva (*objektive Bedingung der Strafbarkeit*) que, sin importar la intención del autor del atentado, posteriormente se convierte en un daño real (la muerte).

En cuanto al requisito de la premeditación, la situación es asimismo diferente de la aceptada por los Tribunales *ad hoc*. El problema que desató

²⁹² El primer Elemento según el artículo 7(1) del Estatuto de Roma, *supra*, nota 85, reza: “El autor mató a una o más personas.”

²⁹³ El carácter dañino del crimen, que constituye el lado objetivo de la gravedad del ilícito, es el factor más importante de la sentencia, Nemitz, Jan C. “Sentencing in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Rwanda”, en *International and National Prosecution of Crimes under International Law*,

Current Developments, Horst Fischer, Claus Kress y Sascha Rolf Lüder, eds., 2001, pp. 605, 616.

el debate, la formulación de la versión francesa de los Estatutos del ICTY y del ICTR (*assassinat*), no existe en los procedimientos en la Regulación 15/2000 y en el Estatuto de Roma. Esto se debe a que la versión francesa de este último no utiliza el término *assassinat* sino *meurtre* (artículo 7(1)(a)). En cuanto a la Regulación 15/2000 no existe una versión francesa. Por lo tanto, no puede haber duda de que la premeditación no es un requisito para que exista el crimen contra la humanidad del asesinato según la Regulación 15/2000.

3. DEPORTACIÓN O TRASLADO FORZADO DE POBLACIONES (SECCIÓN 5.1(d))

Las secciones 5.1(d) y 5.2(c) tienen exactamente la misma redacción que los artículos 7(1)(e) y 7(2)(d) del Estatuto de Roma. Este último brinda la primera definición codificada de deportación o traslado forzado de poblaciones. Hasta donde puede observarse, la primera vez que la deportación fue objeto de una reflexión concienzuda en un contexto penal fue en el caso *Milch* del Tribunal Militar II de Nuremberg. En un dictamen coincidente, el Juez Phillips declaró que el “[d]esplazamiento de grupos de personas de un país a otro es el asunto distintivo del Derecho internacional en tanto influya en la comunidad de las naciones. El Derecho internacional ha indicado ciertas condiciones según las cuales la deportación de civiles de una nación a otra en tiempos de guerra llega a ser un crimen”.²⁹⁴ Dicho Juez resumió tales condiciones afirmando que la “deportación de comunidades es penal siempre que no exista un derecho [legal] por parte de la autoridad que deporta o siempre que el propósito del desplazamiento sea ilegal o cuando la deportación se caracterice por métodos inhumanos o ilegales”.²⁹⁵

Según esta definición, que fue adoptada por el Tribunal Militar III en el caso *Krupp*,²⁹⁶ el traslado forzado de personas es ilegal sólo en circuns-

²⁹⁴ *United States of America vs. Milch*, 2 T.W.C. 355, 865 (1950).

²⁹⁵ *Ibid.*, opinión coincidente del Juez Phillips.

²⁹⁶ *United States of America vs. Krupp et al.*, 9 T.W.C. 1432 (1950).

tancias especiales. Sin embargo, de acuerdo con el Derecho internacional contemporáneo, esta concepción debe tenerse por demasiado estrecha. En la actualidad el traslado forzado está no sólo prohibido, sino que solamente puede justificarse bajo circunstancias excepcionales, *i. e.*, debe demostrarse que el Derecho mencionado lo permite explícita o implícitamente.

El Derecho humanitario enumera expresamente situaciones en las que tal permiso puede otorgarse. El artículo 49 de la Cuarta Convención de Ginebra dispone que:

la evacuación total o parcial de un área dada [es permisible] si lo exigen la seguridad de la población o razones militares imperiosas [...] Las personas que así se evacuen serán trasladadas de regreso a sus casas tan pronto como hayan cesado las hostilidades en el sitio antecitado.²⁹⁷⁻²⁹⁸

Asimismo el artículo 17 del Protocolo Adicional II dispone que el desplazamiento de poblaciones civiles solamente es permisible si “lo exige la seguridad de estas últimas o razones militares imperiosas”²⁹⁹. Estas excepciones deben ser aplicables también con respecto al crimen contra la humanidad de deportación o traslado forzado. Tendría poco sentido permitir una conducta atendiendo al Derecho humanitario y castigarla como un crimen contra la humanidad. Por otra parte, puesto que este Derecho permite el traslado forzado si está en riesgo la seguridad de las personas transportadas, lo mismo debería ser aplicable en tiempos de paz, como cuando es inminente una catástrofe natural. En cualquier caso debe

²⁹⁷ *Supra*, nota 46.

²⁹⁸ “total or partial evacuation of a given area [is permissible] if the security of the population or imperative military reasons so demand. [...] Persons thus evacuated shall be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased”

²⁹⁹ Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y en relación con la Protección a las Víctimas de Conflictos Armados No Internacionales (Protocolo II), 8 de junio de 1977, 1125 U.N.T.S. 609.

permitirse a las personas regresar si los motivos del traslado han dejado de existir.

Por último, es evidente que el derecho de una persona para residir en cierto lugar sólo puede violarse si aquél existe. De esta manera el segundo Elemento de los Elementos de los Crímenes³⁰⁰ respecto del artículo 7(1)(d) del Estatuto de Roma especifica que sólo “las personas presentes legítimamente en el lugar” pueden ser víctimas de deportación o traslado forzado. La expulsión de otras personas no es penal, a menos que las circunstancias de la expulsión cumplan con los requisitos propios de un crimen (por ejemplo, la tortura). En todo caso cualquier Derecho (nacional) que prohíba la presencia de una persona en cierto lugar o país debe ser consistente con el Derecho internacional (por ejemplo, con el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 12(1) del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (International Covenant on Civil and Political Rights)). De otra manera podría pasarse por alto fácilmente esta disposición mediante la discriminación o bien aplicando alguna legislación nacional internacionalmente ilícita.

Un segundo problema referente a la legalidad del traslado forzado es la forma en que se lleva a cabo. El artículo 49 de la Cuarta Convención de Ginebra dispone que si un traslado es excepcionalmente permitido, tiene que ser asegurado “al mayor grado practicable, de suerte que, para recibir a las personas protegidas, debe proveérseles del acomodo apropiado, que los cambios de un lugar a otro se efectúen en condiciones satisfactorias de higiene, salud, seguridad y nutrición, y que no se separe a los miembros de la misma familia”. De igual modo el artículo 17 del Protocolo Adicional II exige que “[e]n caso de que se hagan necesarios tales desplazamientos, se tomarán todas las medidas posibles a fin de que la población civil sea recibida en condiciones satisfactorias de albergue, higiene, salud, seguridad y alimentación”. Si el traslado ocurre en circunstancias peores que las necesarias, ello será ilegal, pese a la existencia de una finalidad permisible.

³⁰⁰ Elementos de los Crímenes, *supra*, nota 81.

La definición del Juez Phillips exige asimismo que las víctimas deben ser trasladadas al territorio de otro Estado. Este elemento ya no es necesario. El Estatuto de Roma define la deportación o traslado forzado de la población en el artículo 7(2)(d) como “el desplazamiento forzado de las personas afectadas mediante la expulsión, u otros actos coercitivos *del lugar* en el que se encuentran presentes legítimamente sin fundamentos avalados por el Derecho internacional” (el subrayado es nuestro). Es claro que la palabra “lugar” no puede entenderse como si se refiriera a todo un país. Von Hebel y Robinson explican que las palabras “traslado forzado de poblaciones” se insertaron para poner en claro que también se incluyen los movimientos poblacionales dentro de las fronteras de un país³⁰¹. Por otro lado, una nota a pie de página de los Elementos de los Crímenes respecto al artículo 7(1)(d) declara que “[d]eportadas o trasladadas por la fuerza” es intercambiable con “desplazadas por la fuerza”. No obstante la palabra “desplazamiento” se encuentra en el artículo 17 del Protocolo Adicional II³⁰², que contempla el desplazamiento interno.

Al parecer los Jueces del ICTY han tenido a la fecha que entenderse con el crimen de deportación o traslado forzado sólo una vez, en la resolución de la Norma 61 en el caso *Nikolic*. Este último fue acusado por el traslado ilegal de personas arrestadas trasladadas del campo de Susica al de Batkovic. Ambos lugares están situados en el territorio de Bosnia y Herzegovina, *i. e.*, dentro del mismo país. La Cámara señaló “que los [...] hechos podrían caracterizarse como deportación y, en consecuencia, recaer en el artículo 5 [crímenes contra la humanidad] del Estatuto”³⁰³.

Además, en el caso *Bosanski Samac* los cargos contra los acusados son de “deportación ilícita y de traslado forzado de cientos de [...] civiles no serbios [...] a otros países o a otras partes de la República de Bosnia y

³⁰¹ VON HEBEL, HERMAN y DARRYL ROBINSON. “Crimes within the Jurisdiction of the Court”, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Roy S. Lee, ed., 1999, pp. 79, 99; Hall, Christopher, K. “Article 7”, en *Commentary on the Rome Statute*, *supra*, nota 82, margen núm. 33.

³⁰² *Supra*, nota 299.

³⁰³ *Prosecutor vs. Nikolic*, *supra*, nota 134, par. 23.

Herzegovina” (hemos agregado las itálicas)³⁰⁴. Por último, el Código Preliminar Alemán oficial de Crímenes Internacionales (artículo 1, sección 7 núm. 4)³⁰⁵ tampoco exige que las víctimas sean transferidas a otro Estado. Dado que el Código preliminar abarca la jurisdicción universal (artículo 1, sección 1) y, de esta manera, presupone que sus ilícitos pueden ser perseguidos haciendo caso omiso de la nacionalidad del autor de los crímenes y del lugar donde éstos se cometieron, debe considerarse que tales ilícitos (entre los que se cuenta el crimen de deportación o traslado forzado) reflejan el Derecho consuetudinario internacional.

En cualquier caso, aun si alguien mantuviera (erróneamente) que el Derecho relativo a la deportación o el traslado forzado no se aplica a los realizados dentro de las fronteras de un Estado, ello no significa que dichos desplazamientos internos no constituyan un crimen contra la humanidad. Tal conducta es una persecución si se comete con intención discriminatoria y, según la Regulación 15/2000 y el Estatuto de Roma, si el requisito de la conexión se cumple (*cfr. infra*).

El primer Elemento de los Elementos de los Crímenes del artículo 7(1)(d) del Estatuto de Roma, que se refiere a la deportación o al traslado forzado, dispone lo siguiente: “1. El autor de este crimen deportó o trasladó por la fuerza, sin ningún fundamento avalado por el Derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o localidad por medio de la expulsión o de otros actos coercitivos”. Así, es claro que basta tan sólo con que el perpetrador mencionado traslade a una persona. En cuanto a la fuerza que deba aplicar, una nota a pie de página explica la expresión “por la fuerza”: “La expresión ‘por la fuerza’ no se restringe a la fuerza física, pero puede incluir amenazas de fuerza o coerción, como las provocadas por el miedo a la violencia, la prisión, el arresto, la opresión psicológica o el abuso de poder en contra de una o varias personas, o valiéndose de algún medio coercitivo”.

³⁰⁴ *Prosecutor vs. Simic et al.* (caso núm. IT-95-9), Second amended indictment, de 25 de marzo de 1999, pars. 36-39.

³⁰⁵ *Völkerstrafgesetzbuch-Entwurf*, *supra*, nota 204.

4. RECLUSIÓN U OTRAS PRIVACIONES GRAVES DE LA LIBERTAD (SECCIÓN 5.1(E))

La sección 5.1(e) de la Regulación 15/2000 ha sido adoptada al pie de la letra del artículo 7(1)(e) del Estatuto de Roma. Penaliza la “Reclusión u otras serias privaciones de la libertad física, lo que viola las normas fundamentales del Derecho internacional.” Por la redacción de la disposición es claro que sólo se comprende la libertad de movimiento físico. Los Tribunales se han ocupado de la privación de la libertad como crimen contra la humanidad únicamente en dos ocasiones: en las resoluciones de los casos *Kordic* y *Krnjelac*. En la primera, la Cámara Procesal afirmó que se necesita la misma conducta individual tanto para el crimen contra la humanidad de reclusión u otras privaciones graves de la libertad como para el crimen de guerra consistente en la reclusión ilícita³⁰⁶. Así, según la Cámara, ambos crímenes difieren sólo en relación con el contexto requerido para su comisión.

Cuando se estudió el crimen de guerra de reclusión ilícita en el caso *Kordic*, se identificaron dos cuestiones relacionadas con la ilicitud de la privación de la libertad: “En primer término si el confinamiento inicial fue lícito; en segundo, si, a pesar de que inicialmente lo hubiese sido, las personas tuvieron acceso a las garantías del procedimiento que regulaba su confinamiento”³⁰⁷. Una privación de la libertad sólo puede tenerse por lícita si ambas preguntas pueden contestarse afirmativamente. Por otra parte, la sección 5.1(e) de la Regulación 15/2000 y el artículo 7(1)(e) del Estatuto de Roma ponen en claro que la legalidad de la privación de la libertad debe determinarse en concordancia con el Derecho internacional.

La Cámara Procesal en el caso *Krnjelac* convino en que la reclusión como crimen contra la humanidad queda establecida cuando se cumplen los requerimientos de confinamiento ilícito como crimen de guerra, tal como se expusiera antes. Pero también considera que el encarcelamiento

³⁰⁶ *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 301.

³⁰⁷ *Ibid.*, par. 289.

como crimen contra la humanidad no puede establecerse solamente si se cumplen los requisitos de confinamiento ilícito³⁰⁸. Juzgó que, al contrario que en el caso *Kordic*, cualquier forma de privación física y arbitraria de la libertad de un individuo puede constituir encarcelamiento siempre que se cumplan los requisitos del crimen. Sin embargo, llegó a la conclusión de que la privación de la libertad de un individuo es arbitraria solamente si es impuesta sin el debido proceso jurídico a la luz de los instrumentos internacionales³⁰⁹. Por consiguiente, al analizar éstos, ambos juicios llegaron al mismo resultado.

Si el Derecho ginebrino es aplicable, rige el artículo 42(1) de la Cuarta Convención de Ginebra: "Internar o establecer a personas protegidas en un lugar de residencia determinado puede ordenarse sólo si las razones de seguridad del Poder de Detención lo juzgan absolutamente necesario." El artículo 43(1) dispone: "Cualquier persona protegida a quien se haya internado o establecido en cierto lugar de residencia tendrá el derecho de hacer que tal acción sea reconsiderada tan pronto como sea posible por una Corte apropiada o una junta administrativa designada para tal propósito por el Poder de Detención". El asesoramiento en cuanto a las condiciones de arresto es proporcionado asimismo por el artículo 5 del protocolo Adicional II³¹⁰.

³⁰⁸ *Prosecutor vs. Krnojelac, supra*, nota 99, par. 111.

³⁰⁹ *Ibid.*, pars. 112, 113.

³¹⁰ En vista de que Indonesia no ha ratificado el Protocolo II, éste puede proporcionarle solamente asesoramiento, pero no puede aplicársele directamente. El artículo 5 señala: "1. Además de las disposiciones del artículo 4, las siguientes serán respetadas como un mínimo respecto de las personas privadas de su libertad por motivos relacionados con el conflicto armado, ya sea que estén recluidas o arrestadas: (a) Los heridos y los enfermos serán tratados de acuerdo con el artículo 7 [i.e., 'serán tratados humanamente y recibirán, al grado más completo practicable y con el menor retraso posible, la atención y los cuidados médicos requeridos por su estado. No se harán distinciones entre ellos más que las fundadas en razones médicas']; (b) Las personas a que se ha referido este párrafo recibirán comida y agua potable en el mismo grado que la población civil local y se les proporcionarán garantías en lo concerniente a salud, higiene y protección en contra de los rigores del clima y los peligros del conflicto armado; (c) Se les permitirá recibir socorro individual o colectivo; (d) Se les permitirá practicar su religión y, si lo piden y ello es pertinente, recibir auxilio espiritual de personas, tales como capellanes, que desempeñen funciones religiosas; si tienen que trabajar gozarán de las condiciones laborales y garantías similares a las que disfruta la población civil local. (2) Los que son responsables de la reclusión o del arresto de las personas a que se ha referido el párrafo 1 respetarán asimismo,

Sin importar si existe un conflicto armado, el artículo 9(1) del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos dispone: "No se someterá a nadie a un arresto o detención arbitrarios. Nadie será privado de su libertad excepto a partir de tales fundamentos y en concordancia con procedimientos tales como los que establece el Derecho." En cuanto a las garantías de procedimiento, el párrafo (4) de la misma disposición declara: "Cualquiera que sea privado de su libertad mediante arresto o detención será autorizado a emprender un juicio ante una Corte, a fin de que ésta pueda decidir sin dilación la legalidad de su arresto y ordenar su liberación si éste no se apega a Derecho". Las disposiciones del ICCPR sobre un proceso justo (artículo 14) se aplican tanto para la resolución inicial de privar a una persona de su libertad como para su examen subsiguiente³¹¹. Por otra parte, si una persona no es privada de su libertad como resultado de procedimientos penales sino por razones preventivas, la Cuarta Convención de Ginebra dispone que debe efectuarse una revisión periódica (artículo 43(1)). Es obvio que el Convenio exige lo mismo, toda vez que un arresto que ya no es necesario, es tan arbitrario como un arresto que fue ilegal desde el principio³¹².

Por último, es muy importante advertir que el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la Comisión de Derechos Humanos (*Working*

Cont Nota No. 310

dentro de los límites de sus capacidades, las siguientes disposiciones relativas a personas tales como: (a) Las mujeres serán alojadas en cuartos separados y estarán bajo la supervisión inmediata de mujeres, a excepción de los casos en que hombres y mujeres de una misma familia sean albergados juntos; (b) Se les permitirá enviar y recibir cartas y tarjetas, cuya cantidad podrá limitar la autoridad competente si lo estima necesario; (c) Los lugares de reclusión y arresto no estarán cerca de la zona de combate. Las personas aludidas en el párrafo 1 serán evacuadas cuando los lugares donde estén encerradas o detenidas lleguen a estar particularmente expuestos a los peligros que surjan del conflicto armado, siempre que su evacuación pueda llevarse a cabo en condiciones adecuadas de seguridad; (d) Gozarán de exámenes médicos; No se pondrá en peligro su salud física o mental y su integridad por un acto injustificado o una omisión. Consecuentemente está prohibido someter a las personas descritas en este artículo a cualquier procedimiento médico que no esté indicado por su estado de salud y que no sea consistente con las normas médicas generalmente aceptadas y aplicadas y aplicadas a personas libres en circunstancias médicas semejantes.[...]" (traducción del inglés)

³¹¹ *Prosecutor vs. Kordic, supra*, nota 53, par. 303, tomó en cuenta sólo las garantías del Derecho ginebrino, ya que esto bastaba para encargarse del caso que tenía que resolver.

³¹² *Prosecutor vs. Krnojelac, supra*, nota 99, par. 114.

Group on Arbitrary Detention of the Commission on Human Rights) ha señalado que una privación de la libertad no solamente es ilícita si no se han observado las normas de procedimiento, sino también si es impuesta sólo porque la víctima ejerció sus derechos humanos³¹³. De esta manera, un encarcelamiento es ilegal si la víctima fue aprisionada porque expresó una opinión política dentro de los límites de la ley³¹⁴.

Si bien no se requiere de forma expresa en los casos *Krnojelac* y *Kordic*, una privación de la libertad debe ser grave para que alcance relevancia penal de conformidad con el Derecho penal internacional. Una primera indicación se da en la sección 5.1(e) de la Regulación 15/2000, así como en el artículo 7(1)(e) del Estatuto de la CPI, que indican: "el encarcelamiento u *otra* privación grave de la libertad física" (hemos añadido las *itálicas*). Esto implica que poner a una persona en prisión es una privación seria de la libertad. Este acto debe entenderse aquí como si fuera de una duración que normalmente se aplica al castigo penal, es decir, debe medirse por lo menos en semanas. Por consiguiente, como regla general, cualquier privación de la libertad que sea por lo menos tan rigurosa como el encarcelamiento, cumple con el requisito de la gravedad.

No obstante, si se mira más de cerca la privación de la libertad puede ser grave no sólo por la duración sino también por las condiciones del arresto. El artículo 10 del Convenio Internacional señala como requisito que "[t]odas las personas privadas de su libertad serán tratadas con humanidad y respeto en atención a la dignidad inherente a la persona humana". Un arresto domiciliario relativamente breve no sería normalmente "terrible", mientras que el encarcelamiento en buenas condiciones por un periodo

³¹³ Question of the Human Rights of All Persons Subjected to Any Form of Detention or Imprisonment. Report of the Working Group on Arbitrary Detention. U.N. Doc. E/CN.4/1988/44, anexo 1, par. 8: el Working Group afirmó que una privación de la libertad es ilícita si ésta "proviene del ejercicio de los derechos o libertades garantizados por los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, hasta donde incumbe a los Estados Parte, por los artículos 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 y 27 del Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos."

³¹⁴ International Covenant on Civil and Political Rights, *supra*, nota 63, art. 19; Universal Declaration of Human Rights, U.N. Doc. A/810 (1948), art. 19.

medido en meses o en años sería evidentemente bastante penoso. Por último, unos cuantos días o incluso una sola noche en un campo de prisioneros con comida e higiene insuficientes, carente de espacio para dormir y un trato inhumano (como violaciones o golpizas) puede constituir el crimen de privación grave de la libertad.

5. TORTURA SECCIÓN 5.1 (F))

La definición de tortura en la sección 5.2(d) de la Regulación 15/2000 se copia al pie de la letra del artículo 7(2)(e) del Estatuto de Roma: "tortura" significa la imposición intencional de dolores o sufrimientos intensos, sean estos físicos o mentales, a una persona bajo la custodia o el control del acusado; sólo se causarán dolores o sufrimientos que provengan de penas lícitas, o que sean inherentes o incidentales a éstas". Sin embargo, aparte de la sección 5.1(f), la Regulación 15/2000 contiene otras tres disposiciones sobre la tortura: las secciones 6.1(a)(ii) y (c)(i), que conceptúan los actos de tortura como crímenes de guerra, y la sección 7, que proporciona una definición adicional de este acto inhumano, tomada de la Convención sobre la Tortura³¹⁵. El artículo 1(1) de la Convención reza:

Para los fines de esta Convención, el término "tortura" significa cualquier acto mediante el cual se provocan intencionalmente a una persona intensos dolores o sufrimientos, ya sean físicos o mentales, para conseguir de ella o de una tercera persona, entre otros propósitos, información o una confesión, castigándola por un acto que ella o una tercera persona cometió o se sospecha que cometió, o intimidándola o ejerciendo coerción sobre ella o un tercero, o por cualquier otra razón fundada en la discriminación de cualquier tipo, con tal de que *tales dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona que actúe con ese carácter, o*

³¹⁵ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1987) 1465 U.N.T.S. 85.

bajo su instigación o con su consentimiento o aquiescencia. No se incluye a los dolores o sufrimientos provenientes de sanciones legales, o bien inherentes o incidentales respecto de las mismas³¹⁶.

El pasaje en cursivas fue omitido en el texto cuando éste se incorporó en la sección 7.1 de la Regulación 15/2000. Además la sección 7.1 añade la palabra "humillándola"³¹⁷, antes de "intimidándola o ejerciendo coerción sobre ella". Es necesario señalar que la sección 7.1 no crea un tercer tipo de tortura (aparte de concebirla como un crimen contra la humanidad o un crimen de guerra). Más bien la define "[p]ara los propósitos de la presente regulación". En tanto que aquí tomaremos en cuenta la disposición, el crimen de guerra de tortura no se examinará en este ensayo y sólo nos ocuparemos de él en la medida en que contribuya a su comprensión como crimen contra la humanidad. Finalmente, como se mencionó en la introducción, los delitos sexuales están fuera de los límites de este trabajo y no los trataremos aquí pese a que constituyen tortura.

La omisión del pasaje en la Convención sobre la Tortura que pone como requisito que la conducta torturadora debe ser cometida, instigada, etcétera, por una "persona que actúe con carácter oficial", es consistente con la jurisprudencia más reciente del ICTY. Mientras que las Cámaras en los casos *Akayesu*,³¹⁸ *Celebic*³¹⁹ y *Furundzija*³²⁰ incluyeron el mencionado

³¹⁶ "For the purposes of this Convention, the term 'torture' means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions".

³¹⁷ Con respecto al crimen de guerra de la tortura, la humillación se ha identificado como un propósito posible en *Prosecutor vs. Furundzija* (caso núm. IT-95-17/1-T), juicio de 10 de diciembre de 1998, par. 162.

³¹⁸ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 594.

³¹⁹ *Prosecutor vs. Delalic*, *supra*, nota 233, pars. 473-474.

³²⁰ *Prosecutor vs. Furundzija* (IT-95-17/1-a), juicio de 21 de julio de 2000, par. 111.

requisito en su definición de la tortura, en el caso *Kunarac* se indicó: "[E]l curso de una tortura, no es necesaria la presencia de un funcionario público estatal o de cualquier otra persona que ejerza una autoridad"³²¹. Esta resolución ha sido confirmada recientemente en el caso *Kvocka*³²². De igual modo, las definiciones de tortura en el artículo 7(2)(d) del Estatuto de Roma y en la sección 5.1(e) de la Regulación 15/2000 no contienen el requisito mencionado³²³. Podría argumentarse que en los crímenes contra la humanidad la necesidad de vincular el crimen de que nos ocupamos con alguna autoridad pública se cumple mediante el elemento de contexto (en los crímenes de guerra el conflicto armado proveería el elemento internacional necesario). Por el contrario, la tortura, según la Convención respectiva, no necesita un elemento de contexto.

Más problemático aún es si la comisión de este crimen necesita un propósito determinado. Los redactores del Estatuto de Roma omitieron deliberadamente este requisito de los elementos de la tortura como crimen contra la humanidad³²⁴. Las negociaciones de los Elementos de los Crímenes confirman esta postura³²⁵ y una nota a pie de página en mismos indica: "Se entiende que no debe probarse ningún propósito específico para [el crimen contra la humanidad de la tortura]"³²⁶. En vez de ello el Estatuto de Roma introduce otro elemento para distinguir la tortura de otros ataques en contra de la integridad física o mental, a saber: el requisito del control.

A diferencia del Estatuto de Roma, todas las resoluciones pertinentes de los Tribunales *ad hoc*³²⁷ se han referido al artículo 1(1) de la Convención

³²¹ *Kunarac*, *supra*, nota 83, par. 496.

³²² *Prosecutor vs. Kvocka*, *supra*, nota 240, pars. 138-139.

³²³ Von Hebel, Herman y Darryl Robinson. *Supra*, nota 301.

³²⁴ *Ibid.*, p. 100. The German Draft Codem International Crimes, *supra*, nota 204, § 8, núm. 5, tampoco estipula el requerimiento del propósito.

³²⁵ Rückert, Wiebke y Georg Witschel. "Genocide and Crimes against Humanity in the Elements of Crimes", en *International and National Prosecution*, *supra*, nota 293, pp. 59, 79-80.

³²⁶ Elements of Crimes, *supra*, nota 81, artículo 7(1)(f), nota 14.

³²⁷ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 593; *Prosecutor vs. Delalic*, *supra*, nota 233, par. 456; *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, nota 83, par. 483.

sobre la Tortura y han adoptado el requisito del propósito con cambios menores como parte de la definición de este crimen, de acuerdo con el Derecho consuetudinario internacional³²⁸. No obstante, también se ha comprobado que la finalidad prohibida no tiene por qué ser el único propósito o la finalidad principal³²⁹. En todo caso, puesto que la sección 7.1 de la Regulación 15/2000 exige el propósito explícitamente, el asunto queda resuelto para los procedimientos correspondientes según la Regulación 15/2000 y no precisa mayor consideración. Con todo, sería conveniente reparar en que el requisito *acumulativo* del propósito y el control en la Regulación antes citada no tiene precedente en las codificaciones de la tortura, sino que es el resultado de la combinación de las definiciones de este crimen en el Estatuto de Roma y en la Convención sobre la Tortura. Por el contrario, el resto de los instrumentos internacionales únicamente requieren *o bien* el propósito *o bien* la custodia o el control sobre la víctima.

En cuanto al contenido del requisito de propósito, en el caso *Kunarac* se afirmó: “[L]os siguientes propósitos han llegado a formar parte del Derecho consuetudinario internacional: (a) la obtención de información o una confesión; (b) castigar, intimidar o ejercer coerción sobre la víctima o una tercera persona; (c) la discriminación, con base en cualquier fundamento, en contra de la víctima o de un tercero”³³⁰.

La jurisprudencia de los Tribunales no es clara con respecto a si esta lista de propósitos es exhaustiva o potencialmente ilimitada. En el caso *Akayesu* parece ser concluyente³³¹. No obstante, en el caso *Kunarac* se indica al

³²⁸ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 594; *Prosecutor vs. Delalic*, *supra*, nota 23, par. 494; *Prosecutor vs. Furundzija*, *supra*, nota 317, par. 111; *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, nota 83, par. 497. La última resolución, por ejemplo, exigía que la conducta torturadora debe “proponerse obtener información o una confesión, el castigo o la intimidación, o bien ejercer coerción sobre a víctima o una tercera persona, la discriminación, con base en cualquier fundamento, de la víctima o de un tercero”.

³²⁹ *Prosecutor vs. Delalic*, *supra*, nota 233, par. 470; *Prosecutor vs. Kvocka*, *supra*, nota 240, par. 153.

³³⁰ *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, nota 83, par. 485.

³³¹ *Prosecutor vs. Akayesu*, *supra*, nota 64, par. 594. Así también *Prosecutor vs. Furundzija*, *supra*, nota 317, par. 111.

final de la resolución: “Existen algunas dudas con respecto a si se han llegado a reconocer otros propósitos en el Derecho consuetudinario internacional”. La Cámara dejó abierto el tema por cuanto consideró que “la conducta del acusado [podía] ser subsumida adecuadamente según los propósitos señalados con anterioridad”³³². Por último, en el caso *Celebici* se afirma explícitamente: “El uso de las palabras ‘para tales propósitos’ en la definición consuetudinaria de la tortura indica que la lista de los propósitos enumerados no constituye una lista exhaustiva, y debería ser considerada simplemente representativa”³³³. Tal postura ha sido confirmada por la Cámara Procesal en el caso *Kvocka*, que concuerda en que la lista no es exhaustiva³³⁴.

En nuestra opinión, si acaso se necesita una finalidad, la Convención sobre la Tortura debería tenerse por autorizada, toda vez que los Tribunales se referían a ella cuando desarrollaban este requisito. Dado que la terminología de la Convención (“entre otros propósitos”) respalda claramente la opinión de que los objetivos indicados son tan sólo ejemplos, dicha concepción debe prevalecer. Esto es también compartido por el Tribunal Supremo Alemán (*Bundesgerichtshof*)³³⁵. Por otro parte, esto se sustenta también en el hecho de que los redactores de la Regulación 15/2000 juzgaron como permisible añadir un propósito adicional (la humillación) a la lista.

En conclusión: si la finalidad de infligir dolor es la ejecución de una pena lícita, la conducta no se reputará como tortura. Para ser lícito, un castigo debe imponerse como resultado de un proceso justo según las normas internacionales mínimas, tal como se codifican, por ejemplo, en los

³³² *Prosecutor vs. Kunarac*, *supra*, nota 83, par. 485.

³³³ *Prosecutor vs. Delalic*, *supra*, nota 233, par. 470.

³³⁴ *Prosecutor vs. Kvocka*, *supra*, nota 240, par. 140.

³³⁵ Tribunal Supremo Alemán (*Bundesgerichtshof*), juicio de 21 de febrero de 2001, caso núm. 3 StR 372/00; *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, núm. 46, pp. 292, 303-304; reimpreso en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 54, 2001, pp. 2728, 2731; véase asimismo Ambos, Kai. “Immer mehr Fragen im internationalen Strafrecht, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2001, pp. 628, 532.

artículos 14 y 15 del Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos. Por otra parte, la sanción misma debe acatar la ley general de los derechos humanos, entre los que se comprenden los requisitos para tratar a las personas arrestadas (*cf.*, entre otros, el artículo 10 del Convenio Internacional mencionado)³³⁶.

La sección 5.2(d) de la Regulación 15/2000 y el artículo 7(2)(e) del Estatuto de Roma señalan como requisito que la víctima del torturador debe estar "bajo la custodia o el control" del autor del crimen. El fundamento del requisito del control es el desamparo de la víctima, que no tiene posibilidad de escaparse. De este modo el requerimiento debe tomarse en un sentido general; este, en particular, no es sinónimo de encarcelamiento³³⁷.

A partir de la redacción de la sección 5.2(d) de la Regulación 15/2000, es evidente que la tortura exige cierto grado de intensidad en cuanto al "dolor o sufrimiento". La Cámara Procesal en el caso *Kvočka* indicó que el nivel de gravedad es lo que distingue a la tortura de otros delitos semejantes³³⁸. Por otra parte, éste también se caracteriza por los elementos adicionales de propósito y control. De este modo, en nuestra opinión, para que un acto sea calificado de tortura, no necesariamente tiene que ser más riguroso que otros que puedan catalogarse como actos inhumanos (sección 5.1(k) de la Regulación 15/2000). Por ejemplo, la apelación en el caso *Furundzija* juzgó "inconcebible que alguna vez se sostuviera que [...] frotar un cuchillo en los muslos y el vientre de una mujer, aunado a la amenaza de hundírselo en su vagina [...] no era lo suficientemente grave como para calificarse de tortura"³³⁹. Esta declaración confirma al mismo tiempo que

³³⁶ El artículo 10(1) dice: "Todas las personas privadas de su libertad serán tratadas con humanidad y respecto por la dignidad inherente al ser humano."

³³⁷ Hall, Christopher H. *Supra*, nota 301, margen núm. 105.

³³⁸ *Prosecutor vs. Kvočka*, *supra*, nota 240, par. 142, que se refiere al de *Prosecutor vs. Delalic*, *supra*, nota 233, par. 468, que no es sin embargo tan explícito.

³³⁹ *Prosecutor vs. Furundzija*, *supra*, nota 317, par. 114.

provocar dolor físico no es un requisito de la tortura³⁴⁰. Por ejemplo, puede ser suficiente que "se fuerce a alguien a contemplar el maltrato cruel infligido a un pariente"³⁴¹. En este contexto, no hay que pasar por alto que "atacar conscientemente [una vulnerabilidad particular] puede causar a un individuo un dolor o un sufrimiento mayores que a otro que no tenga esa característica"³⁴². El hecho de que los criterios subjetivos son relevantes cuando se evalúa la seriedad del daño infligido fue ratificado en *Kvočka*.³⁴³

En resumen: la tortura en la sección 5.1(f) requiere la imposición de un dolor o sufrimiento físico o mental por lo menos tan intensos como lo requerirían otros actos inhumanos. La víctima tienen que estar bajo el control del perpetrador, *i. e.*, en una situación de la que no hubiese escapatoria. El autor de la tortura debe perseguir uno o varios objetivos (aunque puede no limitarse a éstos): la obtención de información o de una confesión, el castigo, la humillación, la intimidación o el ejercicio de una coerción sobre la víctima o un tercero y la discriminación con base en un fundamento de cualquier tipo en contra de la víctima o de un tercero. Si el propósito fue la ejecución de una sanción, no se cumplen los requerimientos de la tortura, siempre que dicha sanción se imponga conforme a Derecho y sea compatible con la ley general de los derechos humanos.

6. PERSECUCIÓN (SECCIÓN 5.1(h))

La definición de la persecución en la Regulación 15/2000 se toma, otra vez, casi literalmente del Estatuto de Roma (artículo 7(1)(h) y (2)(g)). Las disposiciones respectivas de la Regulación 15/2000 establecen:

³⁴⁰ *Prosecutor vs. Kvočka*, *supra*, nota 240, par. 149; Byrnes, Andrew. "Torture and Other Offences Involving the Violation of the Physical or Mental Integrity of the Human Person", en *Substantive and Procedural Aspects*, vol. I *supra*, nota 17, p. 210.

³⁴¹ *Prosecutor vs. Kvočka*, *supra*, nota 240, par. 149.

³⁴² Byrnes, Andrew, *supra*, nota 340, p. 209.

³⁴³ *Prosecutor vs. Kvočka*, *supra*, nota 240, par. 143.

5.1(h): Persecución en contra de cualquier grupo o colectividad identificables con base en razones de orden político, racial, nacional, étnico, cultural, religioso o de género, tal como se definen en la sección 5.3 de la presente regulación o en otros motivos universalmente reconocidos como no permisibles según el Derecho internacional, en relación con cualquier acto a que se haga referencia en este párrafo o con respecto a cualquier crimen contemplado en la jurisdicción de los paneles.

5.2(f): "Persecución" significa la privación intencional y grave, contraria al Derecho internacional, de derechos fundamentales, a causa de la identidad de un grupo o colectividad³⁴⁴.

En cambio, los artículos 4(h) del Estatuto del ICTY y el 3(h) del Estatuto del ICTR simplemente estipulan que la "[p]ersecución fundada en motivos de orden político, racial y religioso" es un crimen contra la humanidad. De esta manera las definiciones de persecución en el Estatuto de Roma y en la Regulación 15/2000 incorporan tres adiciones importantes a las muy breves disposiciones de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*: en primer lugar, el requisito de una relación o conexión entre el acto persecutorio y "cualquier acto a que se haga referencia en este párrafo o cualquier crimen contemplado en la jurisdicción de la [Corte respectiva]"; segundo, la persecución se define como la "privación de derechos [humanos] fundamentales"; y tercero, una idea más general de las posibles razones de la discriminación: el Estatuto de Roma incluye explícitamente todas las causas "no permisibles según el Derecho internacional".

El Estatuto de Roma, al igual que la Regulación 15/2000, requiere una conexión entre la conducta persecutoria y "cualquiera de los actos

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

5.2(f): 'Persecution' means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity".

[inhumanos enumerados] o cualquier crimen contemplado en la jurisdicción de [el Tribunal respectivo]". Este elemento se asemeja al *nexo* de la Carta de Nuremberg con "cualquier crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal" que, sin embargo, se requería no sólo en el caso de la persecución sino en el de todos los crímenes contra la humanidad. Ni la Carta de Nuremberg ni los Estatutos de los Tribunales contienen un requisito de conexión especial para la persecución. Este último debe distinguirse de otro problema, muy distinto; cual es qué conducta puede calificarse como persecución. Si bien esto sí se llevó a cabo en el caso *Kupreskic*³⁴⁵, aparentemente en el caso *Kordic* se mezclan ambos conceptos:

El artículo 5(h) no contiene ningún requisito de una *conexión* entre el crimen de persecución y otros crímenes enumerados en el Estatuto. La jurisprudencia de la Cámara Procesal del Tribunal Internacional parece haber aceptado hasta ahora que el crimen de persecución puede asimismo *abarcar actos* no inscritos explícitamente en el Estatuto³⁴⁶ (itálicas nuestras)³⁴⁷.

Otro problema examinado particularmente en el caso *Kupreskic* es si en el Derecho consuetudinario internacional es necesaria una conexión entre el acto persecutorio y los crímenes de guerra. Después de una revisión de la jurisprudencia disponible concluye: "Esta evolución [...] prueba que se abandonó gradualmente el *nexo* entre los crímenes contra la humanidad y los de guerra"³⁴⁸. En una segunda etapa la Cámara reflexionó sobre si el *nexo* más general requerido en el Estatuto de Roma (y ahora en la Regulación 15/2000) refleja el Derecho consuetudinario internacional. La Cámara aseguró que el "[a]rtículo 7(1)(h) [del Estatuto de Roma] no concuerda con el Derecho consuetudinario internacional"³⁴⁹. Los Jueces

³⁴⁵ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, pars. 573-581.

³⁴⁶ *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 193.

³⁴⁷ "Article 5(h) does not contain any requirement of a connection between the crime of persecution and other crimes enumerated in the Statute. The jurisprudence of Trial Chambers of the International Tribunal thus far appears to have accepted that the crime of persecution can also encompass acts not explicitly listed in the Statute".

³⁴⁸ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 577.

³⁴⁹ *Ibid.*, par. 580.

resumieron su análisis del modo siguiente: “[L]a Cámara Procesal rechaza la idea de que la persecución deba estar vinculada con crímenes que se encuentran en otras partes del Estatuto del Tribunal Internacional”. La Cámara, en el caso *Kordic*, parece estar de acuerdo³⁵⁰, y en la mayor parte de las resoluciones no se ha mencionado una conexión y mucho menos se ha requerido alguna. De este modo puede concluirse que, según el Derecho consuetudinario internacional, no es necesario que exista una conexión entre un acto persecutorio y otro delito u otros ilícitos penales. No obstante, puesto que tanto la Regulación 15/2000 como el Estatuto de Roma lo exigen, debe someterse a examen la importancia de este requisito.

La conexión requerida por el Estatuto de Roma fue el resultado de un acuerdo. Tal como lo explican von Hebel y Robinson, algunos Estados estimaron que la conexión requerida había quedado incluida en la Carta de Nuremberg y, así, debía introducirse en el Estatuto de Roma. Otros Estados se opusieron a ello, sobre la base de que no estaba contenida en ninguna de las codificaciones subsiguientes de los crímenes contra la humanidad.³⁵¹ El arreglo alcanzado finalmente dio como resultado un doble requisito de conexión. Con respecto a los crímenes de guerra y al genocidio se exige un vínculo con un crimen (completo) (“conexión con [...] cualquier *crimen* dentro de la jurisdicción [del Tribunal respectivo]”, añadimos el subrayado). No obstante, en cuanto a los ilícitos penales individuales enumerados en el artículo 7(1) del Estatuto de Roma (sección 5.1 de la Regulación 15/2000), la conexión requerida no necesita relacionarse con otro crimen contra la humanidad, sino sólo con “cualquier *acto* a que se haga referencia en el [artículo 7(1) del Estatuto de Roma]” (cursivas de los autores). En consecuencia, la conducta persecutoria sólo debe estar conectada con un (solo) homicidio y no con un asesinato que forme parte de un ataque generalizado o sistemático que conste de otros actos inhumanos enumerados. En vez de ello, si la conducta persecutoria es suficientemente generalizada o sistemática, los actos persecutorios

³⁵⁰ *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 197.

³⁵¹ VON HEBEL, HERMAN y DARRYL ROBINSON. *Supra*, nota 301, p. 101.

misimos pueden constituir el elemento de contexto³⁵². En otros términos, una multiplicidad de violaciones importantes de los derechos humanos (que, como tales, no están enumeradas entre los actos inhumanos), como lo serían violentos ataques contra las pertenencias personales, pueden transformarse en crimen de persecución por un solo homicidio vinculado a ellas.

Respecto al requisito de la conexión, se presenta una situación especial cuando la conducta persecutoria misma consiste en uno de los actos inhumanos enumerados, como un asesinato cometido con intención discriminatoria. En un caso semejante, el asesinato persecutorio no necesita estar relacionado con otro homicidio, puesto que el requisito de la conexión se cumpliría mediante de la identidad del acto persecutorio (asesinato) y el acto relacionado (homicidio). Como consecuencia existen dos tipos de persecución. En el primer caso la persecución puede ser un crimen autónomo si se comete por medio de una conducta no clasificada como uno de los actos inhumanos enumerados, pero conectada con alguno de ellos. En segundo lugar, la persecución puede ser una forma agravada de uno de estos actos si se comete con una intención discriminatoria; no es preciso establecer una conexión ulterior con otro acto inhumano.

Considerado en su totalidad, el requisito de la conexión es sumamente cuestionable. Primero porque, desde la desaparición del *nexo* de guerra, no hay un requisito de conexión en los elementos de los crímenes contra la humanidad y, por consiguiente, en la persecución³⁵³. Además, los Tribunales *ad hoc* han rechazado el requisito de la conexión como algo inconsistente con el Derecho consuetudinario internacional. Por último, a partir de una perspectiva teleológica, una golpiza o un homicidio individual y aislados son apenas suficientes para modificar el carácter de la conducta de un modo tan fundamental como para elevar su condición de delito ordinario a crimen internacional.

³⁵² *Ibid.*, p. 102.

³⁵³ Véanse los instrumentos de Derecho internacional a los que se hace referencia en *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, pars. 573-581.

Sin embargo la nada ambigua terminología del artículo 7(1)(h) del Estatuto de Roma y la sección 5.1(h) de la Regulación 15/2000 exigen la conexión. De manera que es necesario examinar con más detenimiento qué se necesita exactamente para cumplir con este requisito. El requerimiento de conexión proviene del *nexo* de guerra³⁵⁴, que en su momento constituyó el elemento internacional de (todos) los crímenes contra la humanidad, *i.e.*, el elemento que convertía los crímenes ordinarios en crímenes internacionales. En vista de que no puede identificarse ninguna otra, posible finalidad en el requisito de la conexión por parte del Estatuto de Roma, hay que dar por sentado que persigue el mismo propósito, esto es, apartar delitos a los menos graves del ámbito de la persecución.

De esta forma, pese a su naturaleza inapropiada, este elemento debe interpretarse de la manera más consistente posible, con el propósito de infringir lo menos posible el objetivo principal de los crímenes contra la humanidad, a saber, la protección de los derechos humanos. Por consiguiente, la función del requisito de la conexión debe entenderse en el sentido de que circunscribe el ámbito de la persecución a los casos lo suficientemente graves como para que, por lo menos de vez en cuando, ocurran, en conexión con ellos, los diferentes actos inhumanos enumerados menos la persecución. Por otra parte, la conexión entre este último crimen y los ilícitos penales enumerados no necesitan ser de tipo causal, toda vez que esto no fue lo exigido por el *nexo* de Nuremberg. Es suficiente con que el objetivo de la persecución sea respaldado objetivamente por el acto inhumano o que, viceversa, la persecución favorezca la comisión del acto inhumano.

Se requiere un elemento mental relacionado con un elemento objetivo si la culpabilidad de una conducta depende, al menos en parte, de la existencia del elemento. No obstante, según el Derecho consuetudinario internacional, no se requiere que exista una conexión en el caso del crimen de persecución y, como consecuencia lógica, tampoco se necesita un elemento mental.

³⁵⁴ VON HEBEL, HERMAN y DARRYL ROBINSON. *Supra*, nota 301, p. 101.

Así, conforme al Derecho citado, el elemento mental no es necesario para establecer la culpabilidad particular del autor de crimen de persecución. De esta manera, nos parece adecuado adoptar el punto de vista según el cual el requisito de la conexión sirve únicamente para limitar la jurisdicción del Tribunal a formas de persecución de una peligrosidad objetivamente elevada. Dicha perspectiva estaría en concordancia con la finalidad del requisito de la conexión: si una conducta persecutoria es tan peligrosa como para propiciar un asesinato, por ejemplo, no se convierte en menos peligrosa sólo porque el autor no estaba plenamente consciente de que aquél ocurriría. Esta manera de ver las cosas infringe lo menos posible el objetivo principal de la penalización de los crímenes contra la humanidad, a saber, la protección de los derechos humanos. También puede reconciliarse con la sección 18 de la Regulación 15/2000, en virtud de que la disposición requiere un elemento mental sólo con respecto al elemento material del crimen respectivo, y no en relación con los meros elementos *jurisdiccionales* (condiciones objetivas de punibilidad).

Por otro lado, si se exigiera un elemento mental para el requisito de la conexión, sería muy difícil determinar la norma apropiada para aquél. Por ejemplo, si el autor del acto persecutorio comete la persecución antes de que ocurra el acto inhumano, como por ejemplo una matanza, es probable que no esté consciente de que tal acto tendrá lugar "en el curso normal de los acontecimientos", aun cuando pudiese haber considerado dicha posibilidad. Como esto último no satisfaría los requisitos de la sección 18.2(b) de la Regulación 15/2000, no es posible afirmar que el autor sea responsable de conformidad con el Estatuto de Roma o la Regulación 15/2000, a pesar del hecho de que su conducta estuvo objetivamente conectada con un asesinato. De esta forma, la conexión debe ser interpretada como un simple requisito jurisdiccional. No es necesario que el autor del crimen esté consciente de la existencia de tal conexión.

No cabe duda que todos los actos inhumanos enumerados en el artículo 7(1) del Estatuto de Roma o en la sección 5.1 de la Regulación 15/2000 constituyen privaciones graves de los derechos fundamentales y pueden constituir persecución. El ICTY ha sostenido en varias ocasiones que los

actos enumerados en su Estatuto pueden ser actos persecutorios si se cometen con una intención discriminatoria³⁵⁵. Finalmente, ya hemos hecho notar que, en tal caso, el requisito de la conexión siempre se cumple.

No obstante, como lo indican las definiciones de persecución en el artículo 7(2)(g) del Estatuto de Roma y en la sección 5.2(f) de la Regulación 15/2000, *cualquier* "privación grave de los derechos fundamentales" constituye persecución³⁵⁶ si se comete "por causa de la identidad de un grupo o de una colectividad". Ambos elementos requieren una reflexión.

Para constituir una "privación grave de los derechos fundamentales" una conducta persecutoria debe cumplir con dos condiciones. Debe violar el Derecho internacional relativo a los derechos humanos y, al mismo tiempo, debe ser ardua. En cuanto a lo primero, algunas resoluciones del ICTY, en especial la del caso *Kupreskic*, han considerado que "las negativas graves y evidentes de los derechos humanos fundamentales pueden constituir crímenes contra la humanidad"³⁵⁷. Más adelante la Cámara indicó que "[s]i se recurre a las diversas disposiciones de [los instrumentos de derechos humanos] es posible *identificar un conjunto de derechos fundamentales* que pertenecen a cualquier ser humano y cuya flagrante infracción puede llegar a ser, dependiendo de las circunstancias del entorno, un crimen contra la humanidad"³⁵⁸. Esta jurisprudencia se encuentra concuerda plenamente con el propósito de estos crímenes, la protección de los derechos humanos, y también con el artículo 7(1)(g) del Estatuto de Roma. La Cámara, en el caso *Kupreskic*, incluso se refirió explícitamente a esta disposición como apoyo a sus trabajos³⁵⁹.

³⁵⁵ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 700; *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 605; *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 202; *Prosecutor vs. Kvočka*, *supra*, nota 240, par. 185.

³⁵⁶ Véase asimismo, en torno a este asunto, a Swaak-Goldman, Olivia. "Persecution", en *Substantive and Procedural Aspects*, vol. I, *supra*, nota 17, pp. 58-60.

³⁵⁷ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, pars. 621 y 627; afirmado por *Prosecutor vs. Ruggiu*, *supra*, nota 182, par. 21; *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 195; de igual manera: *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 703.

³⁵⁸ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 621 (cursivas nuestras).

³⁵⁹ *Ibid.*, par. 617.

El planteamiento del caso *Kupreskic* se modificó considerablemente en el caso *Kordic*. Si bien concordaba con el veredicto dado en el caso *Kupreskic* en cuanto a que la persecución requiere violaciones de los derechos humanos³⁶⁰, cuando se identificaron actos persecutorios la Cámara no se refirió a los instrumentos de los derechos humanos sino a los actos enumerados en el Estatuto del ICTY. Por otra parte, también pareció estimar que *todos* los ilícitos penales del Estatuto, entre ellos los contemplados en el artículo 3 (crímenes de guerra), pueden ser actos persecutorios³⁶¹. Esta manera de ver las cosas es problemática porque algunos crímenes de guerra no tienen la suficiente gravedad como para ser calificados de persecución³⁶². Por ejemplo, la destrucción de un carro de policía se consideraría un crimen de guerra (como en el artículo 8(2)(b) (xiii) del Estatuto de Roma), mientras que no traspasaría el umbral de gravedad requerido para la persecución. Además, los crímenes de guerra sólo pueden cometerse durante el conflicto armado. Por otra parte, el enfoque del caso *Kordic* o bien excluye actos cometidos en periodo de paz (relativa) o considera como verdaderos crímenes de guerra algunos actos sin que exista un conflicto armado, con tal de que el autor haya tenido una intención discriminatoria. Al optar por este planteamiento la Cámara intentó, probablemente, encontrar una definición precisa de actos persecutorios. Ciertamente que el principio de legalidad requiere una definición suficientemente clara de persecución. Empero, por las razones

³⁶⁰ *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 195.

³⁶¹ *Ibid.*, última oración del par. 198, pars. 202-207, así como pars. 208-210, donde todos los actos que se imputaron y que no se enumeraron en una de las disposiciones del Estatuto, quedan descartados del ámbito de la persecución.

³⁶² En todo caso esto es cierto respecto de los crímenes de guerra regidos por la Reg. 5.1 porque, de acuerdo con la sección 6.1 de la Regulación 15/2000, la jurisdicción de los paneles de crímenes graves en relación con los crímenes de guerra es ilimitada. Por el contrario el artículo 8(1), que se ha borrado de la sección 6 de la Regulación 15/2000, estipula que la CPI "tendrá una jurisdicción concerniente a los crímenes de guerra, *en particular* cuando éstos sean cometidos como parte de un plan o de una política o como parte de una perpetración a gran escala de los mismos" (itálicas nuestras). El significado de este "umbral jurisdiccional" (traducción del inglés) sigue siendo borroso (véase tocante a este problema McCormack, Timothy y Sue Robertson. "Jurisdictional Aspects of the Rome Statute for the International Criminal Court", en *Melbourne U. L. Rev.*, núm. 23, 1999, pp. 635, 662; fue el resultado de una componenda problemática alcanzada durante las negociaciones del Estatuto de Roma (von Hebel, Herman y Darryl Robinson. *Supra*, nota 301, pp. 107-108).

aducidas anteriormente, este objetivo no puede alcanzarse mediante el método que utiliza la Cámara.

En cuanto al segundo requisito, en el caso *Kupreskic* se estatuye claramente: "[C]rímenes contra la humanidad, lejos de ser triviales, son delitos de extrema seriedad"³⁶³. Y después hace hincapié en lo siguiente: "[N]o toda denegación de un derecho humano puede constituir un crimen contra la humanidad"³⁶⁴. Aplicando la máxima *ejusdem generis*³⁶⁵, sostiene que una violación de los derechos humanos debe ser por lo menos tan grave como uno de los otros actos inhumanos más concretos anteriormente enumerados³⁶⁶. Por otro lado, los "actos de persecución no deben ser evaluados de forma aislada sino en contexto, observando su efecto acumulativo. Si bien los actos individuales pueden no ser inhumanos, sus consecuencias generales deben ser ofensivas para la humanidad, de tal suerte que debieran denominarse 'inhumanos'" (hemos añadido el subrayado)³⁶⁷.

Este veredicto se ha confirmado en los casos *Kordic*³⁶⁸, *Kvocka*³⁶⁹ y *Krnjelac*³⁷⁰, y al parecer concuerda con la opinión de la Cámara Procesal en el caso *Tadic*, según la cual se necesita una denegación repetida y constante de los derechos fundamentales³⁷¹. En este contexto debe señalarse, sin embargo, que tanto en el caso *Kupreskic* como en *Kordic*, destaca el hecho de que, a pesar de que el término "persecución" se emplea para designar una serie de actos, también un solo acto [un homicidio,

³⁶³ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 569.

³⁶⁴ *Ibid.*, par. 617.

³⁶⁵ La frase latina significa "de la misma clase". La doctrina se había aplicado en este contexto por primera vez en *United States vs. Flick*, *supra*, nota 18, p. 1215.

³⁶⁶ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 620; asimismo *Prosecutor vs. Kvocka*, *supra*, nota 240, par. 197.

³⁶⁷ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, pars. 622, 615.

³⁶⁸ *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 199.

³⁶⁹ *Prosecutor vs. Kvocka*, *supra*, nota 240, par. 185.

³⁷⁰ *Prosecutor vs. Krnjelac*, *supra*, nota 99, par. 434.

³⁷¹ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 703.

digamos] puede constituir persecución", si existe una intención discriminatoria³⁷².

Pero un acto único puede constituir persecución solamente si es, como tal, de suficiente gravedad. Un acto que constituiría persecución sólo si se examinara junto con otros actos similares en su efecto acumulativo, no puede considerarse persecución si no existen los demás actos semejantes. Por consiguiente, y en conclusión, pueden distinguirse tres niveles de gravedad con respecto a los actos discriminatorios: actos suficientemente graves para constituir persecución por sí mismo, aun cuando solamente se cometa uno de ellos; actos menos graves pero que, junto con otros, mediante su efecto acumulativo, alcanzan el nivel necesario de gravedad; y actos que, incluso siendo graves desde el punto de vista de la acumulación, no lo son tanto como para calificarlos de persecutorios.

La frase "por causa de la identidad de un grupo o de una colectividad" en el artículo 7(2)(g) del Estatuto de Roma y la sección 5.2(f) de la Regulación 15/2000, podrían indicar que la persecución sólo puede ejercerse en contra de un grupo que se ha constituido a sí mismo como tal, y que tiene, como grupo, una identidad determinada. No obstante, una interpretación tan estrecha entra en conflicto con el artículo 7(1)(h) y la sección 5.1(h). Por consiguiente, la persecución puede ser cometida a causa del género de la víctima. Por consiguiente, se puede considerar persecución a un acto, por ejemplo, en razón del género de la víctima. La persecución de mujeres, sin embargo, no se refiere a un grupo en el sentido estricto de la palabra, sino más bien a un grupo entendido como una multiplicidad de individuos que comparten una característica. Lo mismo puede ser el caso de un gobierno que persigue a todos los opositores políticos aunque tengan antecedentes políticos tan diferentes como, por ejemplo, ser católicos y comunistas³⁷³. En tal caso, la única cualidad en común de las víctimas es

³⁷² *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 624; *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 199.

³⁷³ En este contexto hay que mencionar que *Prosecutor vs. Kvocka*, *supra*, nota 240, par. 195, expuso correctamente que el criterio para seleccionar a las víctimas de una persecución puede ser asimismo uno negativo (por ejemplo, todos los que no fueron serbios).

su oposición al gobierno. Por ende, la locución "identidad del grupo o de la colectividad" debe interpretarse en un sentido lato que haga referencia a dicha peculiaridad compartida, conforme a la cual se seleccionó las víctimas.

Algunas de las formas posibles de actos persecutorios que los Tribunales han nombrado se resumen en el caso *Kordic*:

"La captura, reunión, segregación y el traslado forzado de civiles a campos de concentración, los gritos, golpes o las matanzas"; "el asesinato, encarcelamiento y la deportación", los ataques contra la propiedad, como "la destrucción del medio de vida de cierta comunidad", "la destrucción y el saqueo de la propiedad", "el arresto ilegal de civiles" y la "deportación o traslado forzado de civiles", así como las lesiones físicas y mentales. En el caso *Blaskic* la Cámara Procesal declaró que el crimen de persecución abarca tanto el daño mental como el corporal y las violaciones de la libertad individual³⁷⁴.³⁷⁵

Es importante señalar que en el caso *Kovack* se agregaron "maltratos psicológicos", "humillación" y "acoso"³⁷⁶ y se mantuvo que, por ejemplo, el maltrato psicológico puede ser infligido en civiles arrestados "cuando tienen que ver y oír interrogatorios de tortura y brutalidad accidental perpetrada contra sus compañeros"³⁷⁷.

En cierto contexto la Cámara declaró, en el caso *Ruggiu*, como actos inhumanos: "[L]as transmisiones directas y públicas de la radio [...] se

³⁷⁴ *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 198 (notas al pie omitidas).

³⁷⁵ "[T]he seizure, collection, segregation and forced transfer of civilians to camps, calling-out of civilians, beatings and killings"; 'murder, imprisonment, and deportation' and such attacks on property as would constitute 'a destruction of the livelihood of a certain population'; and the 'destruction and plunder of property', 'unlawful detention of civilians' and the 'deportation or forcible transfer of civilians', and physical and mental injury. In *Blaskic*, the Trial Chamber found that the crime of persecution encompasses both bodily and mental harm and infringements upon individual freedom."

³⁷⁶ *Prosecutor vs. Kvocka*, *supra*, nota 240, par. 190; en el par. 186 la resolución ofrece una lista similar a la elaborada en *Kordic*.

³⁷⁷ *Prosecutor vs. Kvocka*, *supra*, nota 240, par. 192.

proponían seleccionar y atacar al grupo étnico tutsi y a los belgas basándose en motivos de tipo discriminatorio y privándolos de los derechos fundamentales a la vida, la libertad y la humanidad esencial"³⁷⁸. Por otra parte, la resolución del caso *Kordic* declaró que "[a]lentar y promover el odio por razones políticas, etcétera" no era tan grave como para constituir crímenes contra la humanidad. Con todo, este veredicto no contradice necesariamente el del caso *Ruggiu*, ya que en una nota a pie de página en la sentencia del caso *Kordic* explica que un acto que se convierte en incitación a la persecución puede ser lo bastante grave como para considerarse ilícito según el Derecho internacional.³⁷⁹

En el caso *Kordic* también se señaló que la destitución de musulmanes bosnios de posiciones gubernamentales debía quedar fuera de la esfera de influencia de la persecución, en vista de que "[e]ste acto tendría que convertirse en una política extremadamente amplia como para formar parte de la jurisprudencia de Nuremberg, según la cual la discriminación económica ascendió en general al nivel de decretos jurídicos que despedían a todos los judíos de sus empleos e imponían multas colectivas enormes"³⁸⁰. De hecho, el juicio de Nuremberg, cuando analizó éstos y otros actos³⁸¹, fundamentó su evaluación en el carácter acumulativo con que fueron cometidos y no en un solo acto persecutorio (tal como sería el caso de la imposición de una multa colectiva)³⁸². Por otro lado, una resolución posterior, el caso *Flick*, que aplicó la LCC 10, sostuvo en relación con las violaciones de la propiedad industrial que "Una venta obligada por presión o coacción puede objetarse en un Tribunal de Justicia natural. Pero, hasta donde sabemos, tal uso de la presión, aun con base en

³⁷⁸ *Prosecutor vs. Ruggiu*, *supra*, nota 182, par. 22.

³⁷⁹ *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 209, nota 272.

³⁸⁰ *Ibid.*, par. 210.

³⁸¹ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 704: "El Juicio de Nuremberg consideró entre otros, los siguientes actos en su veredicto sobre la persecución: leyes discriminatorias que limitaban los oficios y profesiones a los judíos; restricciones a la vida en familia y sus derechos de ciudadanía; la creación de ghettos; el saqueo de sus propiedades y la imposición de una multa colectiva" (nota omitida).

³⁸² Véase la citación judicial en *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 705.

la religión o la raza, nunca se ha tenido por un crimen contra la humanidad".³⁸³ Esta resolución excluye totalmente del ámbito de la persecución ciertas violaciones a la propiedad, sin que importe si existe un efecto acumulativo o no.

En este contexto, en el caso *Tadic* la Cámara reparó en que existe "un límite para los actos que pueden constituir una persecución"³⁸⁴. Y en el caso *Kupreskic* se aseveró que "Puede haber ciertos tipos de propiedad cuya destrucción no tenga acaso un impacto tan fuerte sobre la víctima como para constituir un crimen contra la humanidad, pese a que dicha destrucción sea llevada a cabo con un motivo discriminatorio; ejemplo de ello es quemar el carro de alguien (a menos que tal vehículo sea una posesión indispensable y vital para su dueño)".³⁸⁵

Sin embargo, ésta no es la última palabra sobre la problemática de las violaciones a la propiedad. En el caso *Flick*, el Tribunal Militar, después de sentenciar que la propiedad industrial no está protegida con la prohibición de la persecución, distinguió propiedad industrial de "lugar de residencia, mobiliario y víveres". Así, indicó que los ataques a estas últimas formas de propiedad pueden constituir crímenes contra la humanidad.³⁸⁶ En consecuencia, en el caso *Kupreskic* se afirmó que la "destrucción general de hogares y propiedades" que constituye "la destrucción de los medios de vida de determinada comunidad", puede ser suficiente para cumplir con los elementos de la persecución.³⁸⁷ De manera similar, en el caso *Kordic* se manifestó: "[C]uando el efecto acumulativo de semejante destrucción de la propiedad es la expulsión de civiles de sus hogares por motivos de discriminación, 'el injustificable y extenso asolamiento y/o el saqueo de viviendas, edificios, negocios, propiedades

³⁸³ *United States vs. Flick*, *supra*, nota 18, p. 1214.

³⁸⁴ *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 707.

³⁸⁵ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 631.

³⁸⁶ *United States vs. Flick*, *supra*, nota 18, p. 1214.

³⁸⁷ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 631; asimismo *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 707.

personales y ganado de civiles musulmanes bosnios, puede constituir el crimen de persecución".³⁸⁸ En cambio la Cámara fue menos precisa en el caso *Blaskic*:

En el contexto del crimen de persecución la destrucción de la propiedad debe interpretarse como la destrucción de pueblos, aldeas y otras propiedades públicas o privadas pertenecientes a una población civil determinada, o la extensa devastación no justificada por necesidades militares y llevada a cabo de manera ilícita, cruel y discriminatoria. En igual contexto, el saqueo de la propiedad se define como la apropiación ilícita, general e injustificable de las pertenencias de una determinada población, ya sean las propiedades de individuos privados o de cooperativas públicas estatales o "cuasi estatales".^{389, 390}

Con todo, esta declaración, pese a su generalidad, contempla claramente violaciones muy difundidas de la propiedad y, en consecuencia, puede considerársela que se corresponde con las conclusiones de los casos *Tadic*, *Kupreskic* y *Kordic*.

Los precedentes del ICTY encuentran asimismo respaldo en la consideración de que hay dos requisitos que deben cumplirse a fin de que una conducta se califique como persecución: debe ser una violación de los derechos humanos y, por sí sola o acumulativamente, debe ser lo suficientemente grave. En cuanto al primer requisito, no hay duda de que en la actualidad la destrucción de hogares es una violación evidente del Derecho internacional en lo concerniente a los derechos humanos. El

³⁸⁸ *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 205 (se ha omitido la nota de pie de página).

³⁸⁹ *Prosecutor vs. Blaskic*, *supra*, nota 69, par. 234.

³⁹⁰ "In the context of the crime of persecution, the destruction of property must be construed to mean the destruction of towns, villages and other public or private property belonging to a given civilian population or extensive devastation not justified by military necessity and carried out unlawfully, wantonly and discriminatorily. In the same context, the plunder of property is defined as the unlawful, extensive and wanton appropriation of property belonging to a particular population, whether it be the property of private individuals or of state or «quasi-state» public collectives".

derecho a la propiedad se ha reconocido en los principales instrumentos de derechos humanos, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos.³⁹¹ Si bien el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos no venera el derecho a la propiedad como lo hace la mayor parte de los demás instrumentos de derechos humanos,³⁹² sí protege el derecho de todo individuo a no ser "sometido a una interferencia arbitraria o ilícita con su [...] hogar".³⁹³ Así, al menos la propiedad que constituye la casa de una persona está plenamente protegida por la ley de los derechos humanos.

En cuanto al segundo requisito, es necesario que la destrucción mencionada de hogares y propiedades, que también implica la desaparición de los medios de vida de una comunidad, sea de la misma importancia que la de otros crímenes contra la humanidad. La mayor parte de éstos son extremadamente graves, ya que tienen que ver con ataques contra la vida o la dignidad. Sin embargo, hay también crímenes que son ligeramente menos graves, como por ejemplo encarcelar a alguien, que comporta solamente una privación ilícita de la libertad, o bien otros actos inhumanos que pueden consistir en duras golpizas (véanse los ejemplos dados en el caso *Kordic*). En comparación con estos crímenes, la destrucción de la vivienda y de los medios de vida de una víctima resultan ser por lo menos de una gravedad análoga. Esto se confirma con un ejemplo hipotético, aunque horrendo: si una víctima tiene que elegir entre la quema de su casa y una fuerte golpiza o un año de encarcelamiento ilícito, no es del todo claro cuál de estas opciones le parecería el mal menor. Por otra parte, debe tomarse en cuenta que en muchas culturas un hogar es mucho más importante que en las sociedades occidentales.

³⁹¹ Universal Declaration of Human Rights, *supra*, nota 314; el derecho está también garantizado, por ejemplo, en los instrumentos siguientes: Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *supra*, nota 153, art. 1, American Convention on Human Rights, 1144 U.N.T.S. 123, art. 21; African Charter on Human and Peoples' Rights, 21 I.L.M. 58, art. 14; Arab Charter on Human Rights, art. 25.

³⁹² Por ejemplo, la Universal Declaration of Human Rights, *supra*, nota 314, art. 12; European Convention on Human Rights, *supra*, nota 153, art. 8(1); American Convention on Human Rights, *supra*, nota 391, art. 11(2); Arab Charter on Human Rights, *supra*, nota 391, art. 17.

³⁹³ International Covenant on Civil and Political Rights, *supra*, nota 63, art. 17(1).

Puede agregarse que la Cámara Procesal en el caso *Blaskic* también incluyó la protección de inmuebles religiosos y de otro tipo. Con ello imitaba a la CDI, dado que sostuvo que la "destrucción sistemática de monumentos o edificios representativos de cierto grupo social, religioso, cultural o de otro tipo"³⁹⁴ pueden constituir persecución. En realidad, mientras que tal conducta carece probablemente de la necesaria gravedad si se comete aisladamente, puede contribuir significativamente al efecto acumulativo general de la conducta persecutoria si se comete en conexión con otros actos, como la quema de casas.

Otro ejemplo de violaciones persecutorias de los derechos humanos es el traslado forzado de personas desde el lugar en donde se encuentran sus hogares. Es un derecho humano vivir en el lugar que uno ha elegido en el Estado respectivo. Por ejemplo, el artículo 13(1) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos estipula que "Todas las personas tienen el derecho a la libertad de movimiento y residencia dentro de las fronteras de cada Estado". El artículo 12(1) del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos indica: "Todas las personas que se encuentren legalmente dentro del territorio de un Estado tendrán la [...] libertad de elegir su lugar de residencia en dicho territorio". Terminología similar se encuentra en el Derecho relacionado con los derechos humanos en Europa, África y Arabia³⁹⁵.

Asimismo, la máxima *ejusdem generis* es satisfecha por el traslado forzado. Como hemos sostenido en líneas anteriores, los requisitos de la doctrina se cumplen si se destruyen pertenencias personales importantes. Desde luego que, para la víctima no importa si su propiedad es destruida si es objeto de traslado forzado. De este modo, el traslado forzado es tan

³⁹⁴ 1991 Draft Code, *supra*, nota 34, comentario al art. 18(9).

³⁹⁵ Protocolo núm. 4 de la Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, art. 2(1); African Charter on Human and People's Rights, *supra*, nota 391, art. 12(1); American Convention on Human Rights, *supra*, nota 392, art. 22(1); Arab Charter on Human Rights, *supra*, nota 392, art. 20.

grave, o incluso más grave que la destrucción de hogares y viviendas. De hecho, la deportación y el traslado forzados constituyen por sí mismos un crimen contra la humanidad. Por lo tanto, calificar este crimen como persecución no tiene relevancia alguna, a menos que el crimen de la deportación y el traslado forzados se entienda desde un punto de vista excesivamente estrecho (*cfr. supra*).

En conclusión: una campaña de destrucción de hogares (que puede acompañarse de la destrucción de inmuebles religiosos, escolares, etcétera), como ocurrió en el Timor Oriental, sería de bastante gravedad. Lo mismo rige para el traslado forzados de personas desde el lugar donde residen. Si una conducta semejante se conecta con una matanza intencional (sección 18 de la Regulación 15/2000) o incluso con una golpiza brutal intencional, ello puede equivaler al crimen contra la humanidad de persecución. No importa si la matanza o la golpiza son un acontecimiento aislado. Además, si la campaña es lo suficientemente amplia, puede por sí misma constituir el elemento de contexto.

Al igual que todos los demás crímenes, el acto persecutorio debe ser cometido con intención (sección 18 de la Regulación 15/2000). No obstante, no se requiere un elemento mental con respecto al requisito de la conexión, toda vez que es un elemento jurisdiccional. Además de la intención general referente al acto persecutorio, el crimen de persecución requiere un elemento mental especial, a saber, la intención discriminatoria³⁹⁶. La resolución en el caso *Kordic* expone clara y convincentemente que este elemento mental debe estar presente en cada autor individual. No es suficiente con que sólo el ataque generalizado o sistemático como tal esté fundado en una política de discriminación. La Cámara Procesal argumentó que, de otra manera, la distinción entre la persecución y otros crímenes contra la humanidad enumerados se esfumaría

³⁹⁶ *Prosecutor vs. Kordic, supra*, nota 53, par. 217; *Prosecutor vs. Blaskic, supra*, nota 69, par. 235; *Prosecutor y Krnojelac, supra*, nota 99, par. 435.

y que “un [e]nfoque semejante también diluiría la gravedad de la persecución como crimen contra la humanidad”³⁹⁷.

Si, por poner un ejemplo, un miembro del grupo perseguido quema una iglesia, durante un ataque contra éste, con la única intención de utilizar el terreno para construir una casa, tal conducta no alcanza la gravedad necesaria para un crimen internacional porque carece de la intención discriminatoria. Otra cuestión sería si el perpetrador utilizara el ataque para disfrazar una matanza. Un acto parecido, sin importar si equivale a una persecución, constituiría el crimen contra la humanidad del asesinato, que es, por sí mismo, mucho más grave³⁹⁸ y, por consiguiente, puede ser cometido sin intención discriminatoria.

La intención discriminatoria, exigida por los artículos 7(1)(h) y (2)(g) del Estatuto de Roma o por las secciones 5.1(h) y 5.2(f) de la Regulación 15/2000 debe, en general, interpretarse de la misma manera. Hay que reparar, no obstante, en el hecho de que estas disposiciones son ligeramente más amplias que las de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*. De acuerdo con el Estatuto de Roma y la Regulación 15/2000 *cualquier* fundamento “no permisible según el Derecho internacional” puede constituir una intención discriminatoria, mientras que los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* exigen que el acto persecutorio sea cometido invocando razones políticas, raciales o³⁹⁹ religiosas.

³⁹⁷ *Prosecutor vs. Kordic, supra*, nota 53, par. 217; *Prosecutor vs. Kvocka, supra*, nota 240, pars. 199-200, señala que la intención discriminatoria puede inferirse “de la participación consciente en un sistema o una empresa que discrimina fundándose en razones de orden político, racial o religioso” (traducción del inglés). En nuestra opinión saber que uno interviene puede constituir (una parte de) la prueba necesaria para demostrar la intención discriminatoria. Esto no es, sin embargo, *como tal* suficiente para probar tal intención específica. Si, por ejemplo, existen razones para asumir que el autor del crimen actuó con el único propósito de enriquecerse, su participación con conocimiento de causa no permitía comprobar su intención discriminatoria. Esto se reconoció al parecer en el par. 203 de la resolución.

³⁹⁸ *Prosecutor vs. Blaskic, supra*, nota 69, par. 233, sostiene al parecer que la carencia de gravedad del *actus reus* de la persecución se compensa por la intención discriminatoria: “La Cámara Procesal declara [...] que el crimen de ‘persecución’ abarca [...] también actos que parecen menos serios, como los que se dirigen en contra de la propiedad, siempre que las personas victimizadas hayan sido seleccionadas especialmente con base en fundamentos vinculados con su pertenencia a una comunidad en particular”. (traducción del inglés)

³⁹⁹ En el artículo 3(h) del Estatuto del ICTY y el artículo 5(h) del Estatuto del ICTY se insertó un “y” erróneo; respecto a este asunto véase *Prosecutor vs. Tadic, supra*, nota 10, par. 713.

Por último, la naturaleza de la intención discriminatoria debe entenderse como una prohibición para seleccionar a una víctima aduciendo motivos no permisibles. El fundamento decisivo para elegir a una víctima en especial debe de haber sido tal motivo no permitido. En otros términos, si el autor del crimen hubiera seleccionado a una víctima sin dicha característica, no hay intención discriminatoria. Por otra parte, no importa si él, además de esta intención, también tiene la de robar, por ejemplo.

Algunos actos persecutorios no son, por sí mismos, lo suficientemente graves como para calificarlos de persecución, si bien, mediante el efecto acumulativo y en conjunción con otros actos, pueden alcanzar la gravedad necesaria. Dado que persona que los comete es capaz de entender la seriedad de los mismos sólo si conoce los demás actos, este conocimiento es necesario para que sea culpable de un crimen contra la humanidad. Al igual que el conocimiento del ataque, el conocimiento de los detalles no es un requisito.

7. OTROS ACTOS INHUMANOS (SECCIÓN 5.1(k))

"Otros actos inhumanos" es la disposición que engloba al resto de los ilícitos penales individuales. Se ha dicho que tal disposición es importante en la medida en que "uno jamás podría ser capaz de alcanzar con la imaginación a todos los futuros torturadores que quisieran satisfacer sus instintos bestiales, y cuanto más específica trate de hacerse la lista de éstos, más restrictiva se hace" o, como se redactó en otra resolución, una enumeración exhaustiva de los ilícitos penales individuales "crearía simplemente oportunidades para evadir el texto de la prohibición"⁴⁰⁰. Con todo, los Tribunales *ad hoc* han buscado una definición más específica y practicable de los "otros actos inhumanos"⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 563.

⁴⁰¹ "Existe preocupación sobre si esta categoría carece de precisión y es demasiado general como para proporcionar un criterio para el trabajo del Tribunal y, por lo mismo, si es contraria al principio de "especificidad" del Derecho penal. Es, por tanto, imperativo que se establezca qué se incluye en ella". *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 563.

Con esta finalidad, varias resoluciones emplean la máxima del *ejusdem generis*, que también se utiliza para determinar los límites de la persecución. La doctrina ha sido aplicada por los Tribunales *ad hoc*, principalmente para exigir que las violaciones deben ser tan graves como los otros ilícitos penales inhumanos⁴⁰². Tal planteamiento se critica en el caso *Kupreskic* por su excesiva generalidad⁴⁰³. Además de que el crimen debe ser lo bastante grave, lo cual se exige asimismo en el caso *Kupreskic*⁴⁰⁴, la resolución hace referencia a los instrumentos de los derechos humanos internacionales, entre los que se comprenden a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y al Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Así, se sostiene que el trato inhumano o degradante, el traslado forzado de grupos de civiles, la prostitución y la desaparición forzada, pueden constituir otros actos inhumanos⁴⁰⁵.

El Estatuto de Roma y la Regulación 15/2000 rigen el ámbito de otros actos inhumanos de una manera más detallada que los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*. Según el artículo 7(1)(k) y la sección 5.1, tales otros actos inhumanos son "actos de un carácter semejante que causan intencionalmente gran sufrimiento o lesiones penosas a la salud corporal, mental o física". Los Elementos de los Crímenes, en su artículo 7(1)(k), requieren que:

1. El autor del crimen infligió gran sufrimiento o daños importantes a la salud corporal, mental o física por medio de un acto inhumano.
2. Dicho acto fue de un carácter similar a cualquier otro acto a que se hace referencia en el artículo 7, párrafo 1, del Estatuto⁴⁰⁶.

⁴⁰² *Prosecutor vs. Tadic*, *supra*, nota 10, par. 729; *Prosecutor vs. Musema*, *supra*, nota 74, par. 232; *Prosecutor vs. Kordic*, *supra*, nota 53, par. 269; *Prosecutor vs. Bagilishema*, *supra*, nota 83, par. 92; *Prosecutor vs. Kvočka*, *supra*, nota 240, par. 206.

⁴⁰³ *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra*, nota 15, par. 564.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, par. 566.

⁴⁰⁵ *Idem.*

⁴⁰⁶ Elements of Crimes, *supra*, nota 81, Elements 1 y 2 del artículo 7(k).

⁴⁰⁷ "1. The perpetrator inflicted great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health, by means of an inhumane act.

2. Such act was of a character similar to any other act referred to in article 7, paragraph 1, of the Statute".

Una nota a pie de página aclara: "Se entiende que 'carácter' se refiere a la naturaleza y gravedad del acto"⁴⁰⁸. Es evidente que la Comisión Preparatoria fue de la opinión de que el Estatuto de Roma se interpretara de tal modo que exigiera como requisito actos de gravedad similar. Además, también se exige que los actos deben ser similares en cuanto a su naturaleza. Dado que los crímenes contra la humanidad protegen los derechos humanos, los actos semejantes en naturaleza a los enumerados serían otras violaciones de los derechos humanos (por ejemplo, el derecho a no ser sometido a un trato inhumano o degradante (artículo 7(1) del Convenio Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles), como serían las golpizas). Esto se declaró asimismo en el caso *Kupreskic*. En fin, el último requisito de los otros actos inhumanos, tal como se codifican en el Estatuto de Roma y en la Regulación 15/2000, es que la conducta en cuestión debe causar "gran sufrimiento o daños importantes a la salud corporal, mental o física".

En cuanto a las formas posibles de otros actos inhumanos -aparte de los ejemplos dados en el caso *Kupreskic*-, en el caso *Kordic* se da una lista de varios casos: "Se considera como tales a 'la mutilación y otros tipos de lesiones corporales dolorosas', 'golpizas y otros actos de violencia' y 'daños graves físicos y mentales' como constitutivos de actos inhumanos"⁴⁰⁹.

Existen actos que, de acuerdo con el Derecho consuetudinario internacional, pueden reputarse como tortura, pero cumplen solamente el requisito del control o el del propósito, pero no ambos. Tales actos no se ajustan a la muy restrictiva definición de la tortura de las secciones 5.2(d) y 7.1 de la Regulación 15/2000. Sin embargo, en vista de que son tan arduos como el resto de los actos inhumanos enumerados, deben ser considerados como otros actos inhumanos de acuerdo con la máxima *eiusdem generis*. Tal sería el caso de alguien a quien se causara un dolor o un sufrimiento intenso

⁴⁰⁸ *Ibid.*, nota 30 del Element 2 del artículo 7(k).

⁴⁰⁹ *Prosecutor vs. Kordic, supra*, nota 53, par. 270.

por razones prohibidas, y que tal persona no estuviera bajo el control del torturador, o que si lo estuviera fuera sin un propósito específico. Dichos crímenes deben castigarse igual que la tortura, es decir, de una manera más severa que la imposición de dolores o sufrimientos ejercidos sin propósito específico, ni en contra de una persona controlada por el autor de tal crimen.

**ANEXO 1:
LOS ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES
EN CONTRA DE LA HUMANIDAD**

En lo que sigue se enumeran los elementos de los crímenes contra la humanidad de acuerdo con el Derecho penal internacional contemporáneo. No se han tomado en cuenta formas especiales de participación o responsabilidad indirecta, como la incitación o la tentativa (*cfr.* secciones 14.3(b) y (f) de la Regulación 15).

(I) Los requisitos del elemento de contexto

(1) Ataque generalizado o sistemático

El ataque es la comisión múltiple de los actos inhumanos enumerados en la sección 5.1. Un solo individuo puede cometer múltiples actos con una sola conducta. No se precisa un ataque militar.

El ataque debe ser o generalizado o sistemático, pero no es necesario que sea de ambos tipos.

(a) Ataque sistemático

Un ataque sistemático es el que se lleva a cabo en cumplimiento de una política o un plan preconcebido. La cantidad requerida de víctimas es menor que la de un ataque generalizado.

(b) Ataque generalizado

Un ataque generalizado es aquel que causa una gran cantidad de víctimas, la cual debe ser mayor que la de un ataque sistemático.

(2) Población civil

El término población se refiere simplemente a una multiplicidad de víctimas, ya requeridas por el elemento "ataque".

Un civil es cualquier individuo que no participa como miembro activo de una fuerza armada hostil, o un combatiente que ha depuesto las armas o ha quedado *hors de combat*. La condición formal de la víctima como miembro de una fuerza armada, hostil o no, carece de importancia.

Una población civil es una multiplicidad de civiles. La naturaleza de una población predominantemente civil no se ve alterada por la presencia de ciertos individuos no civiles en ella.

(3) Política

(a) La entidad tras la política (Estado u organización)

La entidad tras la política debe ser el Estado o la organización que ejercen *de facto* la más alta autoridad en un territorio dado y pueden, dentro de ciertos límites, controlar a todos los que tienen poder y a todos los individuos.

(b) El contenido de la política

El contenido de la política debe ser el de cometer una multiplicidad de actos inhumanos en contra de una población civil.

(c) La forma de adopción de la política

Una política implícita *de facto* es suficiente. No es necesario que se adopte formalmente ni que se declare de manera expresa o que se exponga con claridad y precisión.

(d) La puesta en marcha de la política

Un ataque sistemático requiere una conducta activa por parte de la entidad tras la política. Basta con que se identifique activamente a las víctimas posibles y que ello guíe a los autores del ataque.

La política relacionada con el ataque generalizado puede ejecutarse mediante una no interferencia deliberada. No obstante, la entidad en cuestión debe tener la obligación jurídica de interferir y debe ser capaz de hacerlo.

(4) El vínculo entre el ataque y el ilícito penal individual

Un ilícito penal individual es objetivamente parte del ataque si éste eleva su peligrosidad, es decir, si hubiera sido menos peligroso para la víctima si el ataque no hubiese ocurrido.

(5) Conocimiento del ataque

El conocimiento del ataque es la conciencia del riesgo de que aquél existe y de que la conducta de su autor, objetivamente, forma parte del mismo, i. e., el perpetrador debe estar consciente del riesgo de que ciertas circunstancias del ataque hacen más peligrosa su conducta que si éste no

hubiera existido o que su conducta crea la atmósfera para otros crímenes. No es preciso conocer más detalles.

(II) Los actos inhumanos individuales

Los siguientes elementos comprenden solamente los elementos objetivos o materiales del acto inhumano respectivo, a menos que se ponga como requisito un elemento mental en particular. Los requerimientos generales del elemento mental con respecto a los actos inhumanos se tratan en III (*cf. infra*).

(1) Asesinato (sección 5.1. (a))

El autor debe provocar que la vida de la víctima cese.

(2) Deportación o traslado forzado de poblaciones (sección 5.1. (d))

(a) Deportación o traslado

El autor de estos actos inhumanos debe mudar a una o más personas del lugar elegido por ellas como residencia. No es necesario que las hagan transponer una frontera.

(b) Forzado

El autor debe aplicar la fuerza, la amenaza de fuerza o la coerción para sacarlas de su lugar de residencia.

(c) Legalidad del traslado

El traslado debe ser injustificable según el Derecho internacional.

(3) Encarcelamiento y otras privaciones graves de la libertad (sección 5.1. (e))

(a) Privación de la libertad

El autor de este crimen debe restringir la libertad de las víctimas en lo relacionado a su movimiento físico.

(b) Gravedad

La privación de la libertad debe ser grave, ya sea en relación con su duración, con respecto a las condiciones del arresto, o con respecto a ambas situaciones. El encarcelamiento en condiciones inhumanas, aunque se mida en semanas o en una sola noche, es suficiente.

(c) Ilegalidad de la privación de la libertad

La privación de la libertad debe ser ilegal de acuerdo con el Derecho internacional.

(4) Tortura (sección 5.1.(f))

(a) Imposición de dolor o sufrimiento físico o mental

La tortura requiere la imposición de un dolor o un sufrimiento físico o mental al menos tan intenso como el que se requeriría para otros actos inhumanos.

(b) Control

La víctima debe estar bajo la custodia o el control del autor de este ilícito y debe estar en una situación de la que no tenga escapatoria.

(c) El autor debe perseguir algún propósito. Entre éstos pueden incluirse, aunque la lista no es exhaustiva, los siguientes:

- la obtención de información o de una confesión;
- castigar, humillar, intimidar o ejercer coerción sobre la víctima o una tercera persona.
- discriminar a la víctima o a una tercera persona por cualquier motivo.

(d) Inexistencia de una pena lícita

El dolor o sufrimiento no deberían ser la consecuencia de una pena lícita. Sin embargo, la pena debe ser compatible con el Derecho general relativo a los derechos humanos.

(5) Persecución (sección 5.1. (h))

(a) Violación de los derechos humanos

El acto persecutorio consiste en una violación de los derechos humanos.

(b) Gravedad

La violación de los derechos humanos debe ser grave. El umbral de tal gravedad puede ser traspasado ya sea por un solo acto muy grave o por una multiplicidad de actos mediante su efecto acumulativo.

Si el acto persecutorio alcanza la gravedad necesaria sólo cuando se examina desde un punto de vista acumulativo con otra conducta, el autor debe estar consciente de esta otra conducta.

(c) Requisito de la conexión

Un acto inhumano enumerado (y no una multiplicidad de ellos) como un crimen de guerra o un genocidio, debe ser cometido en conexión con la conducta persecutoria.

La conexión entre el acto o el crimen y la conducta persecutoria existe si la finalidad de la persecución se halla respaldada por el acto o por el crimen, o si la persecución brinda un apoyo para la comisión del acto o del crimen. No se requiere un vínculo causal.

(d) Intención discriminatoria

El perpetrador debe elegir a la víctima con base en razones no permisibles según el Derecho internacional.

(6) Otros actos inhumanos (sección 5.1. (k))

(a) Violación de los derechos humanos

El crimen de otros actos inhumanos consiste en una violación de los derechos humanos (por ejemplo, las golpizas, que son de la competencia del artículo 7 de la ICCPR).

(b) Sufrimiento o lesiones contra la salud corporal, mental o física.

El resultado de la violación de los derechos humanos debe ser el sufrimiento o daños infligidos al cuerpo o a la salud mental o física.

(c) Gravedad

El sufrimiento o los daños causados a la salud corporal, mental o física deben ser semejantes, en cuanto a la gravedad, a las otras formas de actos inhumanos enumerados.

(III) El elemento mental necesario para los actos individuales

(a) En relación con la conducta

La persona debe ser consciente del significado de su conducta.

(b) En relación con las consecuencias

La persona tiene toda la intención de que la consecuencia se lleve a cabo, o bien debe estar consciente de que tendría lugar en el curso normal de los acontecimientos.

(c) En relación con las circunstancias

La persona debe estar consciente de que existen las circunstancias necesarias.

ANEXO 2:
SINOPSIS DE LA SECCIÓN 5 DE LA REGULACIÓN 15/2000 Y DEL
ARTÍCULO 7 DEL ESTATUTO DE ROMA

Sección 5 de la Regulación 15/2000

5.1 Para los propósitos de *la presente regulación*, "crímenes contra la humanidad" significa cualquiera de los siguientes actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático, dirigido, con conocimiento del ataque, en contra de cualquier población civil:

- (a) Asesinato;
- (b) Exterminio;
- (c) Esclavitud;
- (d) Deportación o traslado forzado de población;
- (e) Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física, violando las normas fundamentales del Derecho internacional;
- (f) Tortura;
- (g) Violación, esclavitud sexual, prostitución impuesta, embarazo forzado y esterilización impuesta o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- (h) Persecución en contra de cualquier grupo o colectividad identificables con base en razones de orden político, racial, nacional, étnico, cultural, religioso o de género, tal como se definen en la sección 5.3 de *la presente regulación*, o en otros motivos universalmente reconocidos como no permisibles según el Derecho internacional, en relación con cualquier acto a que se haga referencia en este párrafo o con respecto a cualquier crimen contemplado en la jurisdicción de los *paneles*.
- (i) Desaparición de personas por la fuerza;
- (j) Crimen del *apartheid*;
- (k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente gran sufrimiento o daños intensos a la salud corporal, mental o física.

5.2 Para los propósitos de la sección 5.1 de la presente regulación:
[omitidos]

(a) El "exterminio" comprende la imposición intencional de ciertas condiciones de vida, entre ellas, la privación del acceso a la comida y los medicamentos, con el objeto de provocar la destrucción de una parte de la población;

(b) "Esclavitud" significa el ejercicio de alguno o de todos los poderes ligados al derecho de propiedad sobre una persona y comprende el ejercicio de dicho poder cuando se trafica con personas, en particular, con mujeres y niños;

(c) "Deportación o traslado forzado de poblaciones" significa el des-plazamiento forzado de las personas afectadas mediante la expulsión, u otros actos coercitivos, del lugar donde se encuentran legítimamente, sin fundamentos avalados por el Derecho internacional;

(d) "Tortura" significa la imposición intencional de dolores o sufrimientos intensos, sean éstos físicos o mentales, a una persona bajo la custodia o el control del acusado; sólo se causarán dolores o sufrimientos que provengan de penas lícitas, o que sean inherentes o incidentales a éstas;

(e) "Embarazo forzado" significa confinar ilegalmente a una mujer para embarazarla por la fuerza, con la intención de producir alteraciones en la composición étnica de cualquier población o de incurrir en otras violaciones graves del Derecho internacional. Esta definición no se interpretará de tal modo que ejerza alguna influencia en el Derecho nacional relativo a la preñez;

(f) "Persecución" significa la privación intencional y grave, contraria al Derecho internacional, de derechos fundamentales por causa de la identidad de un grupo o de una colectividad;

(g) "El crimen del *apartheid*" significa la comisión de actos inhumanos de un carácter similar a los que se hace referencia en la sección 5.1, en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y de dominio sistemáticos por un grupo racial sobre cualquier otro grupo o grupos raciales, y perpetrado con la intención de mantener dicho régimen;

(h) "Desaparición forzada de personas" significa el arresto, la detención o el secuestro de éstas por un Estado o una organización política

(o con la autorización, apoyo o aquiescencia de los mismos), tras de lo cual éstos se niegan a reconocer que las han privado de su libertad o a suministrar información sobre su destino o paradero, con la intención de sustraerlas a la protección del Derecho por un periodo de tiempo prolongado.

5.3 Para el propósito de la presente regulación, el término "género" se refiere a ambos sexos, el masculino y el femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no indica ningún otro significado diferente del anterior.

Artículo 7 Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

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

2. A los efectos del párrafo 1:

(a) Por «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política;

(b) El «exterminio» comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

(c) Por «esclavitud» se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

(d) Por «deportación o traslado forzoso de población» se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

(e) Por «tortura» se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

(f) Por «embarazo forzado» se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

(g) Por «persecución» se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

(h) 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;

(i) Por «desaparición forzada de personas» se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término «género» se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término «género» no tendrá más acepción que la que antecede.

Sinopsis de la sección 7.1 de la Regulación 15/2000 y del artículo 1(1) de la Convención sobre la Tortura

Sección 7.1 de la Regulación 15/2000

Para los propósitos de la presente regulación, tortura significa cualquier acto mediante el cual se provocan intencionalmente a una persona intensos dolores o sufrimientos, ya sean físicos o mentales, para conseguir de *él o ella*, o de una tercera persona, entre otros fines, información o una confesión, castigando a uno u otra por un acto que *él o ella*, o una tercera persona, cometió o se sospecha que cometió, o humillándolos, intimidándolos o ejerciendo coerción sobre *él o ella*, o un tercero, o por cualquier otra razón fundada en la discriminación de cualquier tipo.

[omisión]

Esto no incluyen dolores o sufrimientos que sean causados mediante sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a las mismas.

Artículo 1 de la Convención sobre la Tortura

Para los fines de *esta Convención*, el término «tortura» significa cualquier acto mediante el cual se provoca intencionalmente a una persona intensos dolores o sufrimientos, ya sean físicos o mentales, para conseguir de ella o de una tercera persona, entre otros propósitos, información o una confesión, castigándola por un acto que ella o una tercera persona

cometió o se sospecha que cometió, o intimidándola o ejerciendo coerción sobre ella o un tercero, o por cualquier otra razón fundada en la discriminación de cualquier tipo, *con tal de que tales dolores o sufrimientos sean infringidos, instigados, consentidos, o cometidos con la aquiescencia de un funcionario público u otra persona que actúe con capacidad oficial*; sólo se causarán dolores o sufrimientos provenientes de sanciones legales, o bien inherentes o incidentales a las mismas.

LOS CRÍMENES EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES (EXTRACTOS)

I. Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (1945)

II. Jurisdicción y Principios Generales

Artículo 6.

El Tribunal establecido por el Acuerdo mencionado en el Artículo 1 para juzgar y castigar a los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje, tendrá competencia para juzgar y castigar a las personas que *actuando en favor de los intereses* de los países europeos del Eje, como *individuos* o como *miembros de organizaciones*, hubieran cometido alguno de los crímenes que se enumeran a continuación.

Los siguientes actos, o uno cualquiera de ellos, son crímenes sometidos a la jurisdicción del Tribunal, por los cuales habrá *responsabilidad individual*:

(a) Crímenes contra la paz: *es decir, planeamiento, preparación, iniciación o ejecución de una guerra de agresión o de una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos y seguridades, o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes;*

(b) Crímenes de guerra: *es decir, violaciones de las leyes y de las costumbres de la guerra. Estas violaciones incluyen, pero no están limitadas, asesinatos, maltratamientos y deportaciones para trabajos forzados o para cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que se encuentren en ellos; asesinatos o maltratos de prisioneros de guerra o de personas en los mares;*

ejecución de rehenes, despojo de la propiedad pública o privada; injustificable destrucción de ciudades, pueblos y aldeas, devastación no justificada por necesidades militares;

(c) Crímenes contra la humanidad: *es decir, asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra Cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados.*

Los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices *participantes* en la elaboración o en la ejecución de un *plan* común o de una *conspiración* para cometer *cualquiera* de los crímenes antedichos, son responsables por *todos* los actos realizados por *toda* persona en ejecución de tales planes.

Ley del Consejo de Control No. 10 (1945)

Artículo II

1. Se reconoce como crimen cada uno de los siguientes actos:

(a) Crímenes contra la paz. Iniciación de invasiones de otros países y guerras de agresión en violación de leyes y tratados internacionales, incluyendo, pero *no limitadas* a, el *planeamiento*, la preparación, iniciación o ejecución de una guerra de agresión o una guerra en violación de los tratados internacionales, acuerdos o seguridades, o la *participación* en un *plan* común o *conspiración* para ejecutar cualquiera de los actos precedentes.

(b) Crímenes de guerra. Atrocidades u ofensas contra las personas o la propiedad que constituyan violaciones de las leyes o costumbres de la guerra, incluyendo, pero *no limitadas* a, el asesinato, el maltrato o la deportación para trabajos forzados o para cualquier otro propósito, de

población civil de un territorio ocupado, asesinato o maltrato de prisioneros de guerra o de personas en los mares, ejecución de rehenes, saqueo de la propiedad pública o privada, destrucción injustificada de ciudades, pueblos y aldeas o la devastación *no justificada por necesidades militares.*

(c) Crímenes contra la humanidad. Atrocidades y ofensas, incluyendo, pero *no limitadas* a, asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, u *otros actos inhumanos* cometidos contra cualquier *población civil*, o *persecuciones* por motivos políticos, raciales o religiosos, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados.

(d) *Pertenencia* a ciertas categorías de grupos *criminales* u *organizaciones* cuyo carácter criminal haya sido declarado por el tribunal Militar Internacional.

Tribunal Militar Internacional para El Lejano Oriente (1946)

II. Competencia y disposiciones generales

Artículo 5. Competencia en razón de las personas y de los delitos.

Los actos siguientes, o cualquiera de ellos, constituyen crímenes de la competencia del tribunal por los que habrá *responsabilidad personal*:

(a) Crímenes contra la paz: a saber, la *planificación*, preparación, iniciación o realización de una guerra de agresión, declarada o no declarada, o de una guerra en violación de leyes, tratados, acuerdos o compromisos internacionales; la *participación* en un *plan* conjunto o *conspiración* común para la realización de cualquiera de los actos mencionados;

(b) Crímenes de guerra convencionales: a saber, violaciones de las leyes o costumbres de la guerra.

(c) Crímenes de lesa humanidad: a saber, el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación u *otros actos inhumanos* cometidos contra

cualquier *población civil*, antes o durante la guerra, o las *persecuciones* por motivos políticos o, raciales en perpetración de cualquier crimen que sea de la competencia del Tribunal o en relación con ese crimen, implique o no el acto una violación del derecho interno del país donde se haya cometido. ...

**Principios de Derecho Internacional reconocidos
por el Estatuto y por las sentencias
del Tribunal de Nuremberg (1950)**

Principio VI

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

a. Delitos contra la paz:

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

b. Delitos de guerra:

Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.

c. Delitos contra la humanidad:

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

Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (Comisión de Derecho Internacional, 1996)*

Parte II: Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

Artículo 16: Crimen de agresión

El que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado, u ordene estas acciones, será responsable de un crimen de agresión.

Artículo 17: Crimen de genocidio

Se entiende por crimen de genocidio cualquiera de los actos siguientes, perpetrados con intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) La matanza de miembros del grupo;
- b) La lesión grave de la integridad corporal o la salud física o mental de los miembros del grupo;
- c) El sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) El traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 18: Crímenes contra 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;

* Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 48º período de sesiones, 6.5. a 26.7.1996, Doc. ONU A/51/10, págs. 10 a 129.

- 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 extraña 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 forzada 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.

Artículo 19: Crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado

1. Los crímenes siguientes constituirán crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad cuando se cometan intencionalmente y de manera sistemática o en gran escala contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado que participe en una operación de las Naciones Unidas con el fin de impedir o dificultar el cumplimiento del mandato de esa operación:

- a) El homicidio, el secuestro u otro ataque contra la integridad física o la libertad de ese personal;
- b) El ataque violento contra los locales oficiales, la residencia privada o los medios de transporte de ese personal que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad;

2. El presente artículo no se aplicará a las operaciones de las Naciones Unidas autorizadas por el Consejo de Seguridad como medida coercitiva de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas en las que cualesquiera miembros del personal participen como combatientes contra fuerzas armadas organizadas y a las que se aplique el derecho relativo a los conflictos armados internacionales.

Artículo 20: Crímenes de guerra

Cualquiera de los siguientes crímenes de guerra, cometido de manera sistemática o en gran escala, constituirá un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad:

a) Cualquiera de los siguientes actos que se cometan en violación del derecho humanitario internacional:

- i) el asesinato;
- ii) la tortura o los tratos inhumanos incluidas las experiencias biológicas;
- iii) la provocación deliberada de grandes sufrimientos o de graves daños a la integridad física o a la salud;
- iv) la destrucción y confiscación en gran escala de bienes, que no están justificadas por necesidades militares y que se lleven a cabo de manera ilícita y arbitraria;
- v) la imposición a un prisionero de guerra u otra persona protegida de la obligación de prestar servicio en las fuerzas armadas de una Potencia enemiga;
- vi) la privación deliberada a un prisionero de guerra u otra persona protegida del derecho a un juicio equitativo con las debidas garantías;
- vii) la deportación o transferencia ilegal o la detención ilegal de personas protegidas;
- viii) la toma de rehenes;

b) Cualquiera de los actos siguientes que se cometa deliberadamente en violación del derecho humanitario internacional y cause muertes, lesiones físicas o daños a la salud graves:

- i) hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles;
- ii) lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos;
- iii) lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos;

- iv) hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate;
- v) hacer uso péfido del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros signos protectores;

c) Cualquiera de los actos siguientes cometido deliberadamente en violación del derecho humanitario internacional:

- i) el traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa;
- ii) la demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles;

d) Los ultrajes a la dignidad personal en contravención al derecho humanitario internacional, en particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente;

e) Cualquiera de los actos siguientes cometido en violación de las leyes y usos de la guerra:

- i) el empleo de armas tóxicas o de otras armas destinadas a causar sufrimientos inútiles;
- ii) la destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas o la devastación no justificada por las necesidades militares;
- iii) el ataque o bombardeo, por cualquier medio, de ciudades, aldeas, viviendas o edificios no defendidos, o de zonas desmilitarizadas;
- iv) la incautación, la destrucción o el daño deliberado de instituciones dedicadas a la religión, la beneficencia y la educación, las artes y las ciencias, de monumentos históricos y de obras artísticas y científicas;
- v) el saqueo de bienes públicos o privados;

f) Cualquiera de los actos siguientes cometido en violación del derecho humanitario internacional aplicable a los conflictos armados que no sean de carácter internacional:

- i) los actos de violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, especialmente el homicidio y el trato cruel como la tortura, la mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal;

- ii) los castigos colectivos;
- iii) la toma de rehenes;
- iv) los actos de terrorismo;
- v) los ultrajes a la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente;
- vi) el saqueo;
- vii) la aprobación de sentencias y la realización de ejecuciones sin un fallo previo pronunciado por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales consideradas generalmente indispensables;

g) En caso de conflicto armado, el uso de métodos o medios de hacer la guerra que no estén justificados por la necesidad militar, con el propósito de causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, poniendo así en peligro la salud o la supervivencia de la población, cuando sobrevengan tales daños.

Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional (Comisión de Derecho Internacional, 1994)*

Título III: De la competencia de la Corte

Artículo 20: De los crímenes que de la competencia de la Corte

La Corte tiene competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) El crimen de agresión;
- c) Las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados;
- d) Los crímenes de lesa humanidad.

* Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 46º período de sesiones, 2.5. a 22.7.1994, Doc. ONU A/49/10, págs. 24 a 125.

- e) Los crímenes definidos en las disposiciones de los tratados especificadas en el anexo o tipificados en cumplimiento de esas disposiciones y que, habida cuenta de la conducta imputada al presunto autor, constituyen crímenes excepcionalmente graves de trascendencia internacional.

**Anexo: Crímenes previstos en tratados
(Véase el apartado e) del artículo 20)**

1. Las infracciones graves:

- i) del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, de 12 de agosto de 1949, definidas en el artículo 50 de dicho Convenio;
 - ii) del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, de 12 de agosto de 1949, definidas en el artículo 51 de dicho Convenio;
 - iii) del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949, definidas en el artículo 130 de dicho Convenio;
 - iv) del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949, definidas en el artículo 147 de dicho Convenio;
 - v) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977, definidas en el artículo 85 de dicho Protocolo.
2. El apoderamiento ilícito de aeronaves, definido en el artículo 1 del Convenio de La Haya para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de 16 de diciembre de 1970.
3. Los crímenes definidos en el artículo 1 del Convenio de Montreal para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, de 23 de septiembre de 1971.
4. El apartheid y los crímenes conexos, definidos en el artículo II de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 30 de noviembre de 1973.

5. Los crímenes definidos en el artículo 2 de la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973.
6. La toma de rehenes y los crímenes conexos, definidos en el artículo 1 de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, de 17 de diciembre de 1979.
7. El crimen de tortura punible en cumplimiento del artículo 4 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984.
8. Los crímenes definidos en el artículo 3 del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima y en el artículo 2 del Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, ambos de 10 de marzo de 1988.
9. Los delitos que se refieren al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, contemplados en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988, y que, habida cuenta de la naturaleza de la presunta conducta y (de conformidad con el artículo 2 de la Convención) de la dimensión internacional del tráfico ilícito, constituyen los crímenes más graves.

Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia (1993)*

Artículo 2: Violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949
El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios

* Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el par. 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, Doc. ONU S/25704, 20 de mayo de 1993.

de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, los siguientes actos contra las personas o los bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra aplicable:

- a) Homicidio intencional;
- b) Tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
- c) Actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o la salud;
- d) Destrucción o apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y llevadas a cabo en gran escala y en forma ilícita y arbitraria;
- e) Uso de coacción para obligar a un prisionero de guerra o a un civil a prestar servicios en las fuerzas armadas de una Potencia enemiga;
- f) Privación deliberada a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a un juicio justo y con las debidas garantías;
- g) Deportación, traslado o reclusión ilícitos de un civil;
- h) Toma de civiles como rehenes.

Artículo 3: Violación de las leyes o usos de la guerra

El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que violen las leyes o usos de la guerra. Dichas violaciones comprenderán lo siguiente, sin que la lista sea exhaustiva:

- a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios;
- b) La destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no justificada por necesidades militares;
- c) Los ataques o bombardeos, por cualquier medio, de pueblos, aldeas, viviendas o edificios indefensos;
- d) La apropiación o destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, la beneficencia y la educación o a las artes y las ciencias, monumentos históricos, u obras de arte y científicas, o los daños deliberados éstos;
- e) El pillaje de bienes públicos o privados.

Artículo 4: El genocidio

1. El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan los actos de genocidio definidos en el párrafo 2 de

este artículo, o cualquiera de los demás actos enumerados en el párrafo 3 de este artículo.

2. Por genocidio se entenderá cualquiera de los actos que se enumeran 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) Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial;
- d) Imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

3. Serán punibles los actos siguientes:

- a) El genocidio;
- b) La conspiración para cometer genocidio;
- c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;
- d) La tentativa de genocidio;
- e) La complicidad en el genocidio.

Artículo 5: Crímenes de lesa humanidad

El Tribunal Internacional 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:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violación;

- h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos.

Estatuto del Tribunal para Ruanda (1994)*

Artículo 2. Genocidio.

1. El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan los actos de genocidio definidos en el párrafo 2 de este artículo o cualquiera de los demás actos enumerados en el párrafo 3 de este artículo.
2. Por genocidio se entenderá cualquiera de los actos que se enumeran 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) Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
 - c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
 - d) Imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo;
 - e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo;
3. Serán punibles los actos siguientes:
 - a) El genocidio;
 - b) La conspiración para cometer genocidio;
 - c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;
 - d) La tentativa de genocidio;
 - e) La complicidad en el genocidio.

Artículo 3. Crímenes de lesa humanidad.

El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación,

* BOE 24 mayo 1995, núm. 123/1995 [pág. 15183].

cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas:

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

Artículo 4. Violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios.

El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de graves violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados y del Protocolo Adicional II de los Convenios, de 8 de junio de 1977. Dichas violaciones comprenderán los actos siguientes, sin que la lista sea exhaustiva:

- a) Los actos de violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, especialmente el homicidio y el trato cruel como la tortura, la mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal;
- b) Los castigos colectivos;
- c) La toma de rehenes;
- d) Los actos de terrorismo;
- e) Los ultrajes a la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente;
- f) El saqueo;
- g) La aprobación de sentencias y la realización de ejecuciones sin un fallo previo pronunciado por un tribunal constituido regularmente y

- que haya ofrecido todas las garantías judiciales consideradas indispensables por los pueblos civilizados;
- h) Las amenazas de perpetración de cualquiera de los actos precedentes.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998)
Parte II. De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable

Artículo 5 Crímenes de la competencia de la Corte

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 6 Genocidio

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá 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 nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 7 Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

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

2. A los efectos del párrafo 1:

- a) Por «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la

- política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política;
- b) El «exterminio» comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;
 - c) Por «esclavitud» se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;
 - d) Por «deportación o traslado forzoso de población» se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;
 - e) Por «tortura» se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;
 - f) Por «embarazo forzado» se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;
 - g) Por «persecución» se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;
 - h) 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;
 - i) Por «desaparición forzada de personas» se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia,

seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término «género» se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término «género» no tendrá más acepción que la que antecede.

Artículo 8 Crímenes de guerra

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por «crímenes de guerra»:

- a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:
 - i) Matar intencionalmente;
 - ii) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
 - iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud;
 - iv) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente;
 - v) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga;
 - vi) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial;
 - vii) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales;
 - viii) Tomar rehenes;
- b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

- i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;
- ii) Dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares;
- iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;
- iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea;
- v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;
- vi) Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;
- vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;
- viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;
- ix) Los ataques dirigidos intencionalmente contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;
- x) Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cual-

- quier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;
- xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;
- xii) Declarar que no se dará cuartel;
- xiii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;
- xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;
- xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra;
- xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
- xvii) Veneno o armas envenenadas;
- xviii) Gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo;
- xix) Balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;
- xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123;
- xxi) Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes;
- xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra;

- xxiii) Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares;
 - xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios, y contra personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;
 - xxv) Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;
 - xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;
- c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa:
- i) Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;
 - ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes;
 - iii) La toma de rehenes;
 - iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.
- d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a

- situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar.
- e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:
- i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;
 - ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;
 - iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho de los conflictos armados;
 - iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;
 - v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
 - vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;
 - vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;
 - viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;

- ix) Matar o herir a traición a un combatiente enemigo;
- x) Declarar que no se dará cuartel;
- xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;
- xii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo.

f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y d) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.

Artículo 9 Elementos del crimen*

1. Los Elementos del crimen, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.

* Los elementos de crimen son reproducidos en la obra del mismo autor "El nuevo Derecho Penal Internacional" y son fácilmente accesibles via internet: www.un.org/icc