



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

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

Rosa Ana Alija Fernández



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

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

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



UNIVERSITAT DE BARCELONA



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

Tesis presentada para aspirar al Título de Doctora
por:

ROSA ANA ALIJA FERNÁNDEZ

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

Barcelona, enero de 2010

„Kein Gedicht nach Auschwitz“ (T. ADORNO)

“Concerning PERSECUTION:

Which is The Afflicting or Punishing of that which is Good, under the pretence of its being Evil.

Which Practice is contrary to the very Nature of Mankind (so far as it is drawn out of the Corruption and Depravation) which would be Good and do Good, and have Good cherished, and Evil suppressed, both in it self and in others.

It is contrary also to all Equal and Righteous Government, which is for the suppressing of Evil, and cherishing of Good, and not for the afflicting and crushing of that which is Good, upon pretence of its being Evil.

Yet this unhappy Error will alwayes be committed in Nations and Governments, until the proper Right and just Liberty of Men's Consciencs be discerned, acknowledged and allowed”

(I. PENINGTON, *Concerning Persecution*, London: Martins Le Grand (Printed for Robert Wilson), 1661)

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	VII
ABREVIATURAS	IX
INTRODUCCIÓN	XIII

CAPÍTULO I

LOS ORÍGENES DE LA NOCIÓN DE PERSECUCIÓN Y SU INCORPORACIÓN PROGRESIVA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL.....I

1. LA PERSECUCIÓN COMO FENÓMENO SOCIOPOLÍTICO: ORÍGENES DE LA NOCIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	5
1.1. <i>La transformación del contenido procesal de la persecutio</i>	7
A) La naturaleza procesal originaria de la persecución en Roma	8
B) El fundamento para la persecución: el cristianismo como amenaza al orden establecido.	15
1.2. <i>La persecución religiosa en Europa desde la Caída del Imperio Romano hasta la Paz de Westfalia</i>	26
A) El fenómeno de las persecuciones durante la Edad Media	27
B) La transición hacia la Edad Moderna	32
2. LA PROGRESIVA INCORPORACIÓN DE LA NOCIÓN DE PERSECUCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	42
2.1. <i>La incidencia de la persecución en el Derecho internacional clásico: la situación de las minorías y la estabilidad de las relaciones internacionales desde Westfalia hasta la I Guerra Mundial</i>	43
A) La prevención de las persecuciones por vía convencional	44
B) La intervención como reacción a las persecuciones	53
2.2. <i>Un intento de formalización jurídica de la persecución: la Paz de Versalles y el Pacto de la Sociedad de Naciones</i>	62
A) La persecución en los trabajos preparatorios del Pacto de la Sociedad de Naciones	63
B) La prevención de la persecución de las minorías nacionales bajo la Sociedad de Naciones.	72
3. EL DESDOBLAMIENTO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PERSECUCIÓN TRAS LA II GUERRA MUNDIAL.....	79
3.1. <i>La criminalización internacional de la persecución: los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokyo</i>	80
A) Las persecuciones nazis durante la II Guerra Mundial y la reacción internacional.....	82
B) Tipificación de la persecución como crimen contra la humanidad en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg	90
3.2. <i>La persecución como fundamento del estatuto de refugiado</i>	101
A) De la protección <i>ad hoc</i> de los refugiados al temor fundado de persecución como requisito de atribución del estatuto de refugiado	104
B) La indefinición de la noción de <i>persecución</i> en el régimen convencional del estatuto de los refugiados.	110

CAPÍTULO II

EL PROCESO DE CONFIGURACIÓN DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN 117

1. LA INCIDENCIA DE LOS TRABAJOS DE LA CDI EN EL DESARROLLO DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD	127
1.1. <i>La influencia del artículo 6.c) ETMIN en la delimitación del contenido jurídico de la noción de crimen contra la humanidad: la relevancia del nexo con una situación de conflicto armado.</i>	129
A) El inicio de los trabajos: el Estatuto y la sentencia de Nuremberg como criterios de referencia para la tipificación de los crímenes contra la humanidad.....	130
B) La caracterización de los crímenes contra la humanidad conforme al ETMIN y la cuestión del nexo con una situación de conflicto armado.....	135
1.2. <i>La incidencia del desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos en la tipificación de los crímenes contra la humanidad: criterios de delimitación de la categoría.</i>	142
A) Los motivos discriminatorios como elemento distintivo de los crímenes contra la humanidad. .	147
B) La afirmación de la masividad y/o la sistematicidad como elementos de los crímenes contra la humanidad.	154
1.3. <i>La delimitación del contenido jurídico de la noción de persecución.</i>	159
2. LA INCIDENCIA DE LA PRÁCTICA CONVENCIONAL EN EL DESARROLLO DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN.....	167
2.1. <i>Referencias convencionales a los crímenes contra la humanidad.</i>	168
A) Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968).	170
B) Convención contra el Apartheid (1973).	173
C) Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006).....	176
D) Tratados internacionales de ámbito regional.	179
2.2. <i>El Estatuto de la Corte Penal Internacional.</i>	183
A) La delimitación de los elementos del crimen contra la humanidad de persecución durante los trabajos preparatorios del ECPI (Comité Preparatorio y Conferencia de Roma).....	187
B) La persecución como crimen contra la humanidad en el ECPI: aproximación a los problemas jurídicos que plantea la configuración resultante.	193
3. LA INCIDENCIA DEL ESTABLECIMIENTO DE TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES AD HOC E HÍBRIDOS EN EL DESARROLLO DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN	200
3.1. <i>Los Tribunales ad hoc para Yugoslavia y Ruanda.</i>	203
A) Los elementos de los crímenes contra la humanidad en los Estatutos y la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc.	206
B) La persecución como crimen contra la humanidad en la jurisprudencia del TPIY: aproximación a los problemas de definición de la conducta criminal.	214
3.2. <i>Tribunales de naturaleza mixta interna-internacional o "híbridos".</i>	216
A) Timor Leste: las Salas Especiales para Crímenes Graves.	220
B) La Corte Especial para Sierra Leona.	223
C) Las Salas especiales para el enjuiciamiento del Khemer Rojo en Camboya.	226
D) Las Salas de Crímenes de Guerra de la Corte de Bosnia y Herzegovina.	230

CAPÍTULO III

LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y ELEMENTOS DE LA CLÁUSULA GENERAL 235

1.	EL FUNDAMENTO DE LA INCRIMINACIÓN INTERNACIONAL DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD.	248
1.1.	<i>El bien jurídico protegido en los crímenes contra la humanidad: la dignidad humana.</i>	250
1.2.	<i>La especificación del principio de respeto de la dignidad humana: criterios de determinación de los derechos fundamentales.</i>	260
1.3.	<i>La ratio puniendi de los crímenes contra la humanidad: las violaciones graves de derechos fundamentales como una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales.</i>	266
2.	EL ELEMENTO OBJETIVO DE LA CLÁUSULA GENERAL DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD.	271
2.1.	<i>La comisión del acto como parte de un ataque sistemático o generalizado.</i>	273
A)	La noción de ataque.	274
B)	Los criterios de sistematicidad o generalidad.	277
C)	La política organizada.	283
D)	El nexo entre el acto y el ataque.	295
2.2.	<i>El sujeto activo de los crímenes contra la humanidad.</i>	296
2.3.	<i>El sujeto pasivo de los crímenes contra la humanidad: la pertenencia a una "población civil".</i>	300
A)	La noción de población.	300
B)	La naturaleza civil de la población objeto del ataque.	303
3.	EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA CLÁUSULA GENERAL DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD.	307
3.1.	<i>El alcance de la culpabilidad individual en el Derecho internacional penal.</i>	309
3.2.	<i>El conocimiento de estar actuando dentro de un plan preconcebido y la intención de cometer el acto.</i>	314
A)	El elemento cognitivo.	314
B)	El elemento volitivo.	316
3.3.	<i>Exclusión de motivaciones específicas.</i>	319
A)	Las motivaciones personales.	320
B)	Las motivaciones discriminatorias.	322
4.	CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.	326
4.1.	<i>Alteraciones psíquicas y estados de intoxicación.</i>	328
A)	Alteraciones psíquicas.	328
B)	Estados de intoxicación.	330
4.2.	<i>La legítima defensa.</i>	331
4.3.	<i>El estado de necesidad y el miedo insuperable.</i>	334
4.4.	<i>El error.</i>	339
A)	Error de hecho.	340
B)	Error de derecho.	341
4.5.	<i>El cumplimiento de una orden superior.</i>	343
4.6.	<i>La edad.</i>	345
4.7.	<i>El consentimiento de la víctima.</i>	347

CAPÍTULO IV

LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO JURÍDICO DE LA PERSECUCIÓN COMO CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD 351

1.	EL BIEN JURÍDICO ESPECÍFICAMENTE PROTEGIDO EN EL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN.....	358
1.1.	<i>La igualdad y la no discriminación: marco conceptual.</i>	359
A)	La noción de igualdad.....	360
B)	La noción de <i>discriminación</i>	362
1.2.	<i>La regulación jurídico-internacional de la igualdad y la no discriminación.</i>	370
A)	El principio de no discriminación.....	370
B)	El derecho a la igualdad y no discriminación.....	374
1.3.	<i>El bien jurídico protegido en el crimen contra la humanidad de persecución.</i>	377
2.	EL ELEMENTO OBJETIVO DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN.....	384
2.1.	<i>La privación de derechos fundamentales.</i>	389
2.2.	<i>La noción jurisprudencial de acto persecutorio.</i>	393
A)	El efecto discriminatorio del acto.....	394
B)	Aproximación casuística a los actos constitutivos de persecución.....	403
2.3.	<i>La determinación de la gravedad de los actos persecutorios.</i>	413
A)	La determinación de la gravedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: la exigencia de conexión.	414
B)	La determinación de la gravedad en la jurisprudencia del TPIY.....	417
C)	Valoración de la propuesta jurisprudencial.	426
3.	EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN.....	430
3.1.	<i>Especificidad del elemento subjetivo en el crimen de persecución: la especial intención discriminatoria.</i>	432
A)	La intención de cometer el acto incriminado dentro del contexto propio de la categoría de los crímenes contra la humanidad.....	433
B)	El ánimo persecutorio.....	436
C)	Criterios de determinación de la pertenencia a un grupo.....	439
3.2.	<i>Los motivos discriminatorios relevantes en el crimen contra la humanidad de persecución.</i>	444
A)	Motivos políticos.....	446
B)	Motivos raciales, nacionales y étnicos.	449
C)	Motivos culturales.....	453
D)	Motivos religiosos.....	455
E)	Motivos de género.....	457
F)	Otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional.....	459

CAPÍTULO V

LA FALTA DE ESPECIFICIDAD DE LA PERSECUCIÓN COMO CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD A TENOR DE SU ACTUAL TIPIFICACIÓN INTERNACIONAL: EVIDENCIAS EN EL DESARROLLO DE LA PRÁCTICA CONCURSAL Y POTENCIALES HIPÓTESIS DE TRABAJO PARA SOLVENTAR LOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN QUE SE DERIVAN 465

1. LA PROBLEMÁTICA APLICACIÓN DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN EN CONCURSO CON OTROS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD..... 471

1.1. *La evolución jurisprudencial de los criterios aplicables a los supuestos de condenas cumulativas*..... 472

A) Los criterios inicialmente seguidos (asuntos Tadić y Akayesu)..... 473

B) El asunto Kupreškić ante el TPIY..... 478

C) El asunto Čelebići ante el TPIY..... 484

1.2. *La aplicación de los criterios jurisprudenciales a la declaración de culpabilidad por persecución y otros crímenes contra la humanidad sobre la base de los mismos hechos*..... 487

A) La evolución de la jurisprudencia del TPIY: la reinterpretación de la doctrina Čelebići..... 488

B) La práctica concursal en la jurisprudencia de los tribunales híbridos..... 495

2. LA SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS TÉCNICO-JURÍDICOS PLANTEADOS POR LA AUSENCIA DE ESPECIFICIDAD DE LA PERSECUCIÓN A TRAVÉS DE LA RECONFIGURACIÓN DEL TRATAMIENTO INTERNACIONAL PENAL DE LA DISCRIMINACIÓN PUNIBLE..... 503

2.1. *El tratamiento jurídico de la discriminación punible en los ordenamientos penales internos como paradigma potencialmente extensible al Derecho internacional penal*..... 505

A) El tratamiento de la discriminación punible en los ordenamientos penales internos..... 505

B) El tratamiento de la discriminación punible en el ordenamiento jurídico internacional..... 511

C) La inadecuada configuración de la persecución como crimen discriminatorio..... 514

2.2. *Propuestas para la reconfiguración del tratamiento internacional penal de la discriminación punible*..... 519

A) La no discriminación como bien jurídico protegido por la persecución como modalidad criminal..... 519

B) La discriminación como circunstancia agravante de la responsabilidad..... 526

3. LA SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS TÉCNICO-JURÍDICOS PLANTEADOS POR LA AUSENCIA DE ESPECIFICIDAD DE LA PERSECUCIÓN MEDIANTE LA REDEFINICIÓN DE SU BIEN JURÍDICO ESPECÍFICO..... 531

3.1. *El carácter fundamental del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica*..... 534

3.2. *El alcance jurídico internacional del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica*..... 541

A) El contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica..... 542

B) La condición de persona: inicio y fin. Especial referencia a la muerte civil..... 549

3.3. *La reconfiguración de los elementos del crimen contra la humanidad de persecución a partir de la determinación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica como bien jurídico específico*..... 553

A) Elemento objetivo..... 554

B) Elemento subjetivo..... 562

3.4. *Valoración crítica de la viabilidad de la propuesta de redefinición del crimen contra la humanidad de persecución*..... 564

A) Argumentos técnico-jurídicos y de política criminal a favor..... 565

B) Argumentos técnico-jurídicos y de política criminal en contra..... 570

CONCLUSIONES	575
SYNOPSIS	595
BIBLIOGRAFÍA	619
DOCUMENTACIÓN	664
JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES INTERNACIONALES E HÍBRIDOS.....	680
PÁGINAS WEB	688

AGRADECIMIENTOS

Esta investigación no habría sido posible sin la implicación de numerosas personas, hacia quienes me siento en deuda porque sus aportaciones académicas y personales han acompañado decisivamente el desarrollo de este trabajo.

Para empezar, ha sido y es un enorme privilegio el que el Dr. Jordi Bonet haya dirigido esta tesis. No sólo se la ha tomado como una cuestión de honor, sino que me ha dado la confianza para avanzar -a sabiendas de que puedo llegar a ser temeraria-, ha sabido encontrar el justo medio entre dejarme dar rienda suelta a mis ideas y mantenerme anclada a la ciencia jurídica y a la tierra, y ha preferido ejercer de guía antes que de maestro, aunque su generosidad delate su maestría.

Agradezco a mis compañeros y compañeras del Área de Derecho Internacional Público su apoyo e interés a lo largo de este tiempo, no pocas veces acompañado de su experiencia, sus sugerencias y algunas frases que han marcado hitos en la elaboración de esta tesis. Mi agradecimiento es extensivo a los Dres. Iain Cameron y Tomislav Dulic, por la amabilidad con que me recibieron en la Universidad de Uppsala y por su disponibilidad durante mi estancia allí.

Asimismo, la inconmensurable ayuda de los compañeros de otras disciplinas jurídicas ha evitado que mis carencias en otros sectores del Derecho interfirieran en la investigación. Gracias al Dr. José Ignacio Gallego y a la Dra. Mercedes García Arán por sentarse a explicarme los misterios del Derecho penal, aclarar mis dudas y enseñarme la importancia de los límites para la justicia. Y gracias muy especiales al Dr. José María

Royo, por su genuino interés en mi investigación desde sus primeros pasos, por invitarme a beber en las fuentes, porque él también sabe que en una palabra se encierra una tesis (o varias) y porque sin sus aportaciones seguiría perdida en la Historia y en el Derecho Romano.

He de manifestar mi gratitud también al personal de la Biblioteca de la Facultad de Derecho, porque en estos años su ayuda ha superado con creces el cumplimiento del deber, y en particular a David Vivancos, porque tener un cómplice en la biblioteca es la mejor suerte que puede tener quien pretende perpetrar una tesis.

Durante todo este tiempo ha sido fundamental el calor y el cariño que desde la distancia me ha hecho llegar, incansablemente, mi familia. Esa es la enorme fortuna de ser parte de ella. En particular, agradezco a mis padres que me hayan enseñado a disfrutar incluso de los caminos más tortuosos y a aprender al recorrerlos: sin esa enseñanza, este trabajo no existiría. Y gracias, Maira, por recordarme cada día la importancia de lo relativo.

Sin que el orden de los factores altere el producto: gracias a Luis, Marialó, Sofia, Gabi, Paula, José, Raquel, Xevi, la gente de ANUE, y otros amigos y amigas que me han arropado en estos años, por las muchas horas puestas en la elaboración de esta tesis que he sustraído a vuestra amistad y por las muchas horas que habéis padecido esta tesis y confirmado con ello la incondicionalidad de vuestra amistad. Espero saber compensaros.

Por último, *tack så mycket*, Jonas, por estar dispuesto a sacrificarte conmigo, por querer comprender esto que te parecía una locura, por aparecer en el peor momento y, a pesar de todo, decidir quedarte. *Tack för att du rubbar hela min existens.*

ABREVIATURAS

<i>ACDI</i>	<i>Anuario de la Comisión de Derecho Internacional</i>
<i>AFDI</i>	<i>Annuaire Français de Droit International</i>
<i>AFDUAM</i>	<i>Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid</i>
<i>AHLADI</i>	<i>Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional</i>
<i>AI</i>	Amnistía Internacional
<i>AIDI</i>	<i>Annuaire de l'Institut de Droit International</i>
<i>AJIL</i>	<i>American Journal of International Law</i>
<i>Am.Inst.Crim.L.& Criminology</i>	<i>Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology</i>
<i>ANRW</i>	<i>Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt</i>
<i>ASIL Proceedings</i>	<i>American Society of International Law Proceedings</i>
<i>Aust.YIL</i>	<i>Australian Yearbook of International Law</i>
<i>BYIL</i>	<i>British Yearbook of International Law</i>
<i>Baltic YIL</i>	<i>Baltic Yearbook of International Law</i>
<i>CADH</i>	Convención Americana sobre Derechos Humanos
<i>Caes.B.G.</i>	Julio César, <i>Guerra de las Galias</i>
<i>CAfDHP</i>	Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
<i>California W. ILJ</i>	<i>California Western International Law Journal</i>
<i>CArDH</i>	Carta Árabe de Derechos Humanos revisada
<i>Cardozo L. Rev.</i>	<i>Cardozo Law Review</i>
<i>Case W. Res. JIL</i>	<i>Case Western Reserve Journal of International Law</i>
<i>CEDH</i>	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales revisado de conformidad con el Protocolo nº 11
<i>CESL</i>	Corte Especial para Sierra Leona
<i>CDESC</i>	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
<i>CDH</i>	Comité de Derechos Humanos
<i>CDFUE</i>	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
<i>CDPD</i>	Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad
<i>CDTM</i>	Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares
<i>CEDR</i>	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
<i>CEDM</i>	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
<i>CEDAW</i>	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
<i>CERD</i>	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
<i>CESL</i>	Corte Especial para Sierra Leona
<i>CIDH</i>	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<i>CNU</i>	Carta de las Naciones Unidas

Com.IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
<i>Cornell ILJ</i>	<i>Cornell International Law Journal</i>
D.	<i>Digesto</i>
<i>Denning LJ</i>	<i>Denning Journal of Law</i>
<i>Denver JILP</i>	<i>Denver Journal of International Law and Policy</i>
<i>Duke JCIL</i>	<i>Duke Journal of Comparative and International Law</i>
<i>DyL</i>	<i>Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas</i>
<i>EJIL</i>	<i>European Journal of International Law</i>
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
ECESL	Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona
<i>Epis.</i>	<i>Epistularum Libri Decem</i>
ETMILO	Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente
ETMIN	Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg
ETPIR	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda
ETPIY	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia
<i>Fed. Prob.</i>	<i>Federal Probation</i>
<i>Fordham ILJ</i>	<i>Fordham International Law Journal</i>
<i>HHRJ</i>	<i>Harvard Human Rights Journal</i>
<i>HILJ</i>	<i>Harvard International Law Journal</i>
<i>HRQ</i>	<i>Human Rights Quarterly</i>
<i>HRLJ</i>	<i>HRLJ</i>
<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
<i>ICLR</i>	<i>International Criminal Law Review</i>
<i>IJMGR</i>	<i>International Journal on Minority and Group Rights</i>
<i>IJRL</i>	<i>International Journal of Refugee Law</i>
<i>ILQ</i>	<i>International Law Quarterly</i>
<i>ILSA JICL</i>	<i>ILSA Journal of International and Comparative Law</i>
<i>IRRC</i>	<i>International Review of the Red Cross</i>
<i>JCLC</i>	<i>Journal of Criminal Law and Criminology</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du Droit International</i>
<i>JEMIE</i>	<i>Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe</i>
<i>JIA</i>	<i>Journal of International Affairs</i>
<i>JICJ</i>	<i>Journal of International Criminal Justice</i>
<i>JGR</i>	<i>Journal of Genocide Research</i>
<i>LJIL</i>	<i>Leiden Journal of International Law</i>
<i>LMag.&Rev.</i>	<i>Law Magazine and Review: A Quarterly Review of Jurisprudence</i>
<i>LNOJ</i>	<i>League of Nations Official Journal</i>
<i>McGill LJ</i>	<i>McGill Law Journal</i>
<i>Melbourne JIL</i>	<i>Melbourne Journal of International Law</i>
<i>Mich. JIL</i>	<i>Michigan Journal of International Law</i>
<i>Neth. YIL</i>	<i>Netherlands Yearbook of International Law</i>
<i>New Eng. L. R.</i>	<i>New England Law Review</i>

<i>NNDI</i>	<i>Novissimo Digesto Italiano</i>
<i>Nordic JIL</i>	<i>Nordic Journal of International Law</i>
<i>NQHR</i>	<i>Netherlands Quarterly of Human Rights</i>
<i>NRG</i>	MARTENS, G. F. von: <i>Nouveau Recueil Général de Traités</i>
<i>NRHDFE</i>	<i>Nouvelle revue historique de droit français et étranger</i>
<i>NRT</i>	MARTENS, G. F. von: <i>Nouveau Recueil de Traités</i>
<i>NS</i>	MARTENS, G. F. von: <i>Nouveaux Suppléments au Recueil de Traités</i>
<i>NYILR</i>	<i>New York International Law Review</i>
<i>OIT</i>	Organización Internacional del Trabajo
<i>ONU</i>	Organización de las Naciones Unidas
<i>PIDCP</i>	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
<i>PIDESC</i>	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
<i>REDI</i>	<i>Revista Española de Derecho Internacional</i>
<i>REEI</i>	<i>Revista Electrónica de Estudios Internacionales</i>
<i>RG</i>	MARTENS, G. F. von: <i>Recueil Général de Traités</i>
<i>RGDIP</i>	<i>Revue Générale de Droit International Public</i>
<i>RGDP</i>	<i>Revista General de Derecho Penal</i>
<i>RIJR</i>	<i>Revista Internacional de la Cruz Roja / Revue Internationale de la Croix-Rouge</i>
<i>RIDP</i>	<i>Revue Internationale de Droit Pénal</i>
<i>RSCDPC</i>	<i>Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé</i>
<i>RT</i>	MARTENS, G. F. von: <i>Recueil de Traités</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme</i>
<i>SDLR</i>	<i>South Dakota Law Review</i>
<i>SN</i>	Sociedad de Naciones
<i>South Af. YIL</i>	<i>South African Yearbook of International Law</i>
<i>Supplement AJIL</i>	<i>Supplement to the American Journal of International Law</i>
<i>TDD-SECG</i>	Tribunal de Distrito de Dili: Salas Especiales para Crímenes Graves
<i>TEDH</i>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<i>TMILO</i>	Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente
<i>TMIN</i>	Tribunal Militar Internacional de Nuremberg
<i>TPIR</i>	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
<i>TPIY</i>	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia
<i>Tul. JICL</i>	<i>Tulane Journal of International and Comparative Law</i>
<i>U.Miami ICLR</i>	<i>University of Miami International and Comparative Law Review</i>
<i>UNESCO</i>	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
<i>VJIL</i>	<i>Virginia Journal of International Law</i>
<i>Wis. L. Rev.</i>	<i>Wisconsin Law Review</i>
<i>YILC</i>	<i>Yearbook of the International Law Commission</i>
<i>ZSS</i>	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte</i>
<i>(Rom. Ab.)</i>	<i>(Romanistische Abteilung)</i>

INTRODUCCIÓN

El temor de un grupo a perder el poder que ostenta -ya sea en su dimensión política, económica, religiosa o en cualquier otra forma imaginable- frente a otras personas o colectividades que progresivamente se convierten en una amenaza, real o imaginaria, explica en gran medida el desencadenamiento de persecuciones que pretenden neutralizar ese peligro. Las raíces de ese temor se suelen encontrar en el miedo a lo desconocido, en la necesidad de acallar voces discordantes que puedan cuestionar el *statu quo* y que, por esa vía, puedan llegar a alterar el orden existente. Las persecuciones aparecen así estrechamente vinculadas a la intolerancia -entendida como el más absoluto rechazo a la diversidad (de opiniones, de creencias, de rasgos) inherente a la naturaleza humana-, y demuestran una preocupante persistencia a lo largo de la Historia.

Este trabajo de investigación versa precisamente sobre las persecuciones criminalizadoras y criminales, y sobre el proceso que ha atendido a darle una dimensión jurídica internacional, en un reflejo del compromiso de la sociedad internacional de castigar a los perseguidores. Para acabar con la impunidad de quienes acosan a los otros hasta la deshumanización, el Derecho internacional ha atribuido a la persecución graves consecuencias jurídicas que trascienden al Estado promotor de políticas de este cariz para alcanzar incluso a los individuos. Así pues, la *persecución* es en el ordenamiento jurídico internacional un comportamiento prohibido cuya comisión tiene -entre otros- el efecto de generar responsabilidad penal internacional para sus autores por uno de los más graves crímenes que un individuo pueda cometer: el crimen contra la humanidad.

Sin embargo, pese a las consecuencias penales que se derivan de esta práctica, la noción jurídica internacional de *persecución* adolece de una falta de concreción muy

inadecuada en un sector como el Derecho internacional penal, que requiere barreras claras a la intervención del poder coercitivo y altas dosis de seguridad jurídica. En efecto, la noción de *persecución* utilizada por el Derecho internacional penal ha sido tradicionalmente más intuitiva que precisa. En sentido lato, la persecución es una práctica vituperable, consistente en reprimir a determinadas personas so pretexto de que su existencia o su *modus vivendi* son perniciosos, y por ello ha de ser castigada. Por esa razón se consideró necesaria su punición en Nuremberg y por esa razón se ha mantenido dentro de los crímenes contra la humanidad hasta nuestros días, a pesar de las enormes dificultades para establecer sus límites y sus rasgos definitorios y para fijar los elementos que convierten esta práctica en una cuestión de la incumbencia del Derecho internacional penal.

En los últimos años ha habido manifiestos esfuerzos para concretar qué se ha de entender por *persecución* en el ámbito internacional penal. Sin embargo, las propuestas de definición que se vienen ofreciendo distan mucho de ser plenamente satisfactorias. Con ello se pone en duda la capacidad del Derecho internacional penal de aprehender la esencia del fenómeno persecutorio y de transformarlo en un tipo penal claro y preciso, que satisfaga las exigencias del principio de seguridad penal y que marque con precisión los límites del *ius puniendi* y del ejercicio de la coerción por parte de la sociedad internacional.

La investigación que aquí se presenta tiene como antecedente inmediato el trabajo de investigación destinado a la obtención del Diploma en Estudios Avanzados en la especialidad de Derecho internacional, titulado *Aportaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia al desarrollo del derecho penal internacional material*, que se llevó a cabo entre los años 2002 y 2003.

Tras analizar las decisiones de dicho tribunal, se hizo evidente la necesidad de incorporar a aquella investigación una línea de estudio inesperada: el desarrollo jurisprudencial de la noción de *persecución*, una modalidad criminal específica que se encaja dentro de la categoría más amplia de los crímenes contra la humanidad. Sin duda, resultaba paradójico que en una investigación dedicada a las novedades en el ámbito material del Derecho internacional penal se tuviera que dedicar una parte de la misma a comentar una de las nociones más tradicionales de este sector normativo, un término vinculado al mismo desde que en Nuremberg se estableció la responsabilidad

internacional penal del individuo, y -si se obviaba su contenido jurídico- prácticamente tan antiguo como la historia de la Humanidad. Pero los esfuerzos del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia por definir los elementos del crimen y desarrollar criterios generales para su aplicación ponían de manifiesto que el arraigo de la noción en el Derecho internacional penal no se había traducido en un adecuado desarrollo de su contenido jurídico.

Por otra parte, la inclusión de una descripción de esta conducta criminal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en 1998, no parece que haya resuelto estos problemas, puesto que recoge una noción excesivamente abierta, amplia e incluso vaga en cuanto al contenido de la conducta prohibida se refiere.

Aun así, aunque el tema de la noción de la persecución tanto jurisprudencial como convencional ha suscitado cierto criticismo entre la doctrina, lo cierto es que existen muy pocos trabajos que aborden realmente esta cuestión en profundidad. Apenas algunos artículos y capítulos de libro analizan específicamente este problema, limitándose por lo general a reflejar la evolución normativa y jurisprudencial de la noción, y escasos son los que entran a valorar la configuración de sus elementos.

Sin embargo, el problema de delimitar el contenido jurídico de esta noción en el Derecho internacional penal presenta un claro **interés** tanto desde el punto de vista jurídico como desde el punto de vista práctico:

- Desde una perspectiva jurídica, la delimitación precisa de los elementos que integran el crimen de persecución en el ordenamiento jurídico internacional penal se antoja necesaria por diversas razones, puesto que sólo conociendo en qué consiste exactamente la conducta punible: (i) se puede identificar acertadamente a quienes presuntamente la lleven a cabo, y, de esta forma, luchar contra la impunidad; (ii) se facilita el castigo de los presuntos responsables, lo que favorece la prevención de futuras persecuciones; (iii) se puede reconocer a todas las personas afectadas por una persecución su condición de víctimas y proceder, en la medida de lo posible, a reparar adecuadamente el daño sufrido, y (iv) se garantiza que el ejercicio de la acción penal sobre los presuntos responsables se realiza con todas las cautelas que requieren principios básicos como el de legalidad penal o el de seguridad jurídica, asegurando una intervención mínima del Derecho internacional penal.

- Desde una perspectiva práctica, esta necesidad se acentúa al constatar que, a día de hoy, las persecuciones no son ajenas a la realidad internacional actual. Algunos de los conflictos armados más sangrientos de los últimos veinte años se han caracterizado precisamente por la habitualidad de las prácticas persecutorias durante los mismos -como han sido los casos de Yugoslavia, de Timor Leste o de Darfur, por poner algunos ejemplos-, y en algunos supuestos los presuntos responsables están aún pendientes de juicio por estos hechos, por lo que una adecuada tipificación de la persecución como crimen contra la humanidad operaría en favor de la justicia y evitaría excesos a la hora de determinar quiénes deben ser enjuiciados por este cargo. Mientras tanto, las persecuciones no sólo siguen expandiendo sus efectos por numerosos puntos del planeta (como lo atestiguan las cifras sobre refugiados en el mundo –pues una de las principales consecuencias de las persecuciones son, precisamente, los movimientos transfronterizos de personas-), sino que además existen indicios suficientes para estimar que en algunos de los Estados de origen de los refugiados se estarían dando adicionalmente los requisitos jurídico-internacionales para poder apreciar la comisión de crímenes contra la humanidad, lo que se debería traducir en un futuro no muy lejano en la exigencia, una vez más, de responsabilidad internacional penal por persecución como crimen contra la humanidad.

Dada la relevancia jurídica y práctica del tema, se consideró sobradamente justificado el llevar a cabo una investigación con el **objeto** de *delimitar la configuración jurídica internacional de la noción de persecución como comportamiento criminal e identificar las posibles deficiencias de que adolece cuando es tipificada como crimen contra la humanidad, así como, en lo posible, ofrecer algunas vías de solución.*

A fin de delimitar este objeto, se estimó que la inclusión de esta noción dentro de los crímenes contra la humanidad ofrecía un interesante criterio de comparación y un buen marco de referencia para el análisis, en la medida en que todos los comportamientos que integran esta categoría se construyen a partir de la misma estructura y presentan una serie de rasgos comunes que justifican su criminalización cuando sean cometidos como parte de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, con conocimiento de dicho ataque (es decir, en el contexto propio de los crímenes contra la humanidad).

Sobre esta base, se fijaron como principales **objetivos específicos** del proyecto de investigación los siguientes:

- El estudio del origen de la noción y de la evolución de su uso para determinar el sentido generalmente atribuido a la misma a partir de criterios de interpretación históricos y semánticos.

- El establecimiento de criterios de referencia a partir de la configuración de la categoría de los crímenes contra la humanidad que permitieran comparar la persecución con otros comportamientos prohibidos en la categoría.

- La determinación de la naturaleza y el contenido jurídico de la persecución en su configuración actual como conducta criminal y valoración de su aplicabilidad en la práctica.

- El análisis de los elementos del crimen contra la humanidad de persecución y la identificación de aquellos aspectos que dificultan su aplicación.

- En su caso, la elaboración de hipotéticas configuraciones alternativas del crimen contra la humanidad de persecución a partir de los resultados obtenidos.

Conviene tener en cuenta, en lo que a la **precisión del objeto** se refiere, que este trabajo no aspira a alcanzar una definición jurídica internacional general de *persecución*, válida para cualquier sector del Derecho internacional (y en particular para el régimen jurídico de otorgamiento del estatuto de refugiado), sino que el objeto aquí se circunscribe exclusivamente a la delimitación del contenido de la *persecución* como noción de Derecho internacional penal.

Por otra parte, aunque la investigación requiere profundizar en el conocimiento de los crímenes contra la humanidad como marco de referencia en el que se inserta la noción de *persecución*, tampoco pretende ser un estudio exhaustivo de los elementos y las características de esta categoría criminal, sobre los que existe ya una abundante doctrina a la que nos remitimos, sino un análisis específicamente centrado en la persecución como específica modalidad criminal dentro de la misma, cuyos elementos, en consecuencia, deberían ajustarse a la configuración establecida con carácter general para la categoría.

Asimismo, el análisis se plantea desde la perspectiva del Derecho internacional público. En consecuencia, se basa en principios y normas jurídicas internacionales y toma en consideración los procedimientos propios de creación y aplicación del Derecho

internacional a la hora de aproximarse al objeto de estudio, en detrimento del análisis desde la perspectiva del Derecho penal, si bien –con mayor o menor acierto– se ha intentado observar la máxima corrección terminológica y ayudarse del método de análisis propio de esta disciplina cuando ha sido necesario.

Para la realización de la investigación se ha utilizado el **método jurídico**, centrado en el análisis inductivo-deductivo de la norma que regula la comisión de la persecución en el ordenamiento jurídico internacional. No obstante, dadas las exigencias interdisciplinarias que el objeto de estudio ha podido en ocasiones plantear, determinadas partes del trabajo han requerido una investigación que ha debido nutrirse de datos obtenidos en otras disciplinas, en particular la Historia –y, dentro de ella, la Historia del Derecho– y, en menor medida, la Ciencia política.

En lo que respecta a la **sistemática** seguida para alcanzar el objeto predefinido, se ha optado por comenzar la investigación estableciendo el contexto histórico en el que la noción de persecución surge y adquiere el contenido negativo que durante siglos servirá para referirse a la política seguida por los Estados para reprimir la disidencia y/o la diferencia (principalmente religiosa), la cual dará lugar a diferentes reacciones internacionales que culminarán con la juridificación internacional de la noción tras la II Guerra Mundial como una modalidad criminal dentro de la categoría de los crímenes contra la humanidad. Los avances en la concreción del contenido jurídico de esta categoría criminal han incidido decisivamente en la configuración actual de la modalidad de persecución, por lo que se ha procurado trazar en ese proceso los momentos claves para el desarrollo del contenido jurídico propio de la persecución, que vendrían principalmente marcados por: (i) los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas en materia de Derecho internacional penal, (ii) la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional y (iii) el establecimiento *ad hoc* de tribunales penales de carácter internacional o interno-internacional con competencia *ratione materiae* sobre el crimen contra la humanidad de persecución, algunos de los cuales ha desarrollado una amplia jurisprudencia en relación con los elementos de dicha modalidad criminal.

Asimismo, se ha determinado el alcance de la norma de tipificación de los crímenes contra la humanidad para poder disponer de un marco de referencia que delimite los términos en los que abordar el específico estudio de la persecución como crimen contra la

humanidad. Sobre esta base se ha procedido a identificar las características y los elementos propios del crimen contra la humanidad de persecución de acuerdo con los criterios convencionales y jurisprudenciales, valorando su adecuación a las exigencias de la categoría -y, en general, a los principios de Derecho internacional penal- e identificando los aspectos más controvertibles que la configuración actual de la persecución como modalidad criminal presenta, los cuales resultan en una aplicación problemática del tipo penal, como demuestra la práctica jurisprudencial internacional. Ello es debido a una inadecuada configuración de la persecución como tipo discriminatorio, lo que exige replantear los términos en que está construido este específico crimen contra la humanidad y evaluar las posibles alternativas.

Para desarrollar estas ideas, se ha optado por seguir en el trabajo una **estructura** de cinco capítulos con el contenido que a continuación se describe.

(i) El trabajo se abre con un primer capítulo en el que, bajo el título *Los orígenes de la noción de persecución y su incorporación progresiva al ordenamiento jurídico internacional*, se analiza la persecución en perspectiva histórica. En él se identifica la etimología del término y se analizan las transformaciones en su significado que el mismo experimentó ya en sus orígenes, las cuales han acompañado al término a lo largo de la Historia, de manera que en la actualidad conserva determinadas connotaciones de acoso y discriminación contra ciertos colectivos que han influido a la hora de intentar definir jurídicamente la noción de *persecución*. A lo largo del capítulo se van estableciendo los puntos de interacción entre la persecución como un fenómeno social y político y el Derecho internacional en diferentes momentos históricos, determinando en qué medida las persecuciones han suscitado respuestas jurídico-internacionales de diversa índole.

Todo este proceso desemboca, tras la II Guerra Mundial, en la juridificación internacional de la noción de *persecución*, que se incorpora como una noción jurídica a dos ámbitos: el Derecho internacional penal –como una de las conductas criminales incluidas dentro de los crímenes contra la humanidad- y el régimen internacional de los refugiados –como fundamento del otorgamiento del estatuto de refugiado-. Puesto que el primero es el que más interesa a los efectos de este estudio -y sin perjuicio de que eventualmente se aborde también el segundo-, se dedica una especial atención a los términos en que se incorpora a los primeros instrumentos reguladores de los crímenes

contra la humanidad y en que se aborda por la jurisprudencia internacional inmediatamente posterior al fin de esa guerra.

(ii) El Capítulo II, dedicado a *El proceso de configuración del crimen contra la humanidad de persecución*, también pretende dar una visión histórica de la evolución de la persecución, pero ahora ya como noción jurídica internacional. Se adopta por tanto una perspectiva más propia de la Historia del Derecho internacional para establecer los principales elementos de la práctica que han podido incidir en la formación de una norma jurídica internacional que tipifique la persecución como crimen contra la humanidad. Aunque la estrecha conexión y la confusión conceptual entre la categoría de los crímenes contra la humanidad y la modalidad específica de los mismos que constituye la persecución ha requerido analizar simultáneamente el proceso de configuración del conjunto de la categoría, el objetivo principal de este capítulo es reflejar el accidentado proceso por el que ha pasado la tipificación de la persecución como crimen contra la humanidad -si es que ese proceso ha concluido-.

A tal fin, el capítulo aborda los tres elementos de la práctica que se considera que más podrían haber incidido en la conformación de una norma jurídica internacional de tipificación de la persecución, a saber, la práctica institucional, la práctica convencional y la práctica jurisprudencial.

- La práctica institucional está especialmente representada por los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional en materia de crímenes de Derecho internacional, ámbito en el que su labor sufrió altos y bajos condicionados por la coyuntura internacional, pero al que hizo significativas aportaciones durante el medio siglo que se ocupó de estas cuestiones.

- La incidencia de la práctica convencional en la tipificación de los crímenes contra la humanidad, y dentro de estos eventualmente de la persecución, alcanza su máxima expresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, primer tratado internacional que especifica los elementos de la categoría y ofrece una definición –bastante criticable, como se verá- de *persecución*.

- Por último, se identifican aquellos tribunales penales internacionales (o que atienden a una fórmula mixta o híbrida interna-internacional) cuya práctica jurisprudencial puede

tener alguna relevancia en la delimitación del contenido jurídico de los elementos del crimen contra la humanidad de persecución.

(iii) En el Capítulo III, titulado *La configuración jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad: bien jurídico protegido y elementos de la cláusula general*, se busca ofrecer un marco conceptual dentro del cual se pueda analizar la modalidad específica de persecución como crimen contra la humanidad. La finalidad de este capítulo es identificar los rasgos característicos de la categoría, tales como el bien jurídico que pretende salvaguardar y los elementos que conforman su estructura básica, para poder establecer con posterioridad si el objeto de protección específico y la propia estructura de la persecución se ajustan a las exigencias impuestas por la categoría.

El capítulo se distribuye en cuatro apartados, a lo largo de los cuales se van desglosando los rasgos identificativos y los elementos de la categoría.

- Así, el apartado primero trata de concretar cuál es el bien jurídico protegido por los crímenes contra la humanidad, el cual no se debería confundir con la *ratio puniendi* de estos crímenes, que se vincula al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

- En los dos siguientes apartados se profundiza en los requisitos específicos que integran el elemento objetivo y el elemento subjetivo, respectivamente, de la cláusula general de la categoría, y que definirán el contexto en el que la persecución como modalidad criminal podrá ser calificada de crimen contra la humanidad.

- Por último, se abordan las posibles circunstancias eximentes que, de concurrir, pueden excluir la responsabilidad penal del presunto autor, o al menos modificarla, y cuya ausencia debe ser verificada al analizar el crimen. La aplicabilidad de estas eximentes al crimen contra la humanidad de persecución aporta criterios adicionales para valorar su correcta configuración jurídica.

(iv) Los dos últimos capítulos se dedican específicamente al análisis de la persecución como crimen contra la humanidad. En el Capítulo IV –que se ocupa de *La delimitación del contenido jurídico de la persecución como crimen contra la humanidad*– se procede a sistematizar los elementos de la persecución como modalidad criminal, tratando de establecer el contenido de la norma consuetudinaria que la prohíbe, a la luz de las disposiciones convencionales que de una forma u otra la regulan –en particular el Estatuto de la Corte Penal Internacional. y de las aportaciones jurisprudenciales realizadas por los

tribunales internacionales –especialmente el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia-.

El esquema seguido en este capítulo es similar al del anterior, exceptuando el apartado correspondiente a las eximentes, que no requieren ser reiteradas, toda vez que son comunes al conjunto de la categoría y ya se ha procedido a su estudio en el análisis de la cláusula general. Por consiguiente, el capítulo se distribuye en tres apartados, relativos respectivamente a: el bien jurídico protegido específicamente por la prohibición de persecución, el elemento objetivo de la persecución como modalidad criminal y el elemento subjetivo de la misma.

- En relación con el bien jurídico protegido, y dada la tradicional concepción de la persecución como una modalidad criminal discriminatoria, se ha procurado profundizar en la regulación jurídico-internacional de la igualdad y la no discriminación, para poder precisar qué dimensiones en concreto de ésta pretenden ser salvaguardadas mediante la prohibición de la persecución.

- Respecto de los elementos objetivo y subjetivo de la persecución, se ha optado por analizar principalmente la construcción jurídica que de los mismos ha hecho la jurisprudencia, procurando localizar los puntos conflictivos que no encajan adecuadamente dentro de la configuración de los crímenes contra la humanidad en conjunto, y comparándola con las previsiones contenidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en los Elementos de los Crímenes para, por esta vía, tratar de concretar el alcance de la norma de prohibición.

(v) Los problemas identificados en el capítulo precedente sirven de base al Capítulo V, titulado *La falta de especificidad de la persecución como crimen contra la humanidad a tenor de su actual tipificación internacional: evidencias en el desarrollo de la práctica concursal y potenciales hipótesis de trabajo para solventar los problemas de aplicación que se derivan*. En este último capítulo se presta una particular atención a las dificultades técnicas que plantea la aplicación del crimen contra la humanidad de persecución junto con otros crímenes contra la humanidad. Para ello se aborda la evolución operada por la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en materia de condenas cumulativas y los distintos criterios que se han ido afianzando para resolver los concursos de leyes y de delitos, con el fin de comprobar que la aplicación de tales

criterios se antoja, sin embargo, problemática cuando concurren un crimen contra la humanidad de persecución y otros crímenes contra la humanidad.

Así las cosas, se plantea la necesidad de buscar alternativas a la actual configuración de la persecución como modalidad criminal. Al respecto se proponen dos alternativas: mantener el componente discriminatorio como hasta ahora o reinterpretar el tipo, identificando otro posible bien jurídico que pueda ser protegido por el mismo.

- Respecto de la primera alternativa, y considerando que los inconvenientes que surgen en el momento de aplicación parecen estar debidos a una deficiente configuración del tipo como modalidad discriminatoria, se han identificado las distintas formas en que los Estados castigan penalmente la discriminación. Una vez obtenidos resultados, se ha intentado extrapolarlos al Derecho internacional público, mostrando potenciales opciones de regulación de la discriminación punible.

- La segunda opción, más radical en su hipotético planteamiento, propone reevaluar la concepción tradicional de la persecución como un comportamiento discriminatorio y reinterpretarla, sustituyendo la no discriminación como bien protegido por el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Sobre esta premisa, se reconstruyen los elementos del crimen contra la humanidad de persecución, valorando técnicamente una hipótesis que permitiría una reinterpretación actualizada de la noción a la par que estaría estrechamente ligada a su origen histórico, pero que en la práctica aparece como poco viable porque difícilmente resultaría una opción atractiva a los Estados.

La información que sustenta la investigación se ha extraído de diversas **fuentes de conocimiento**, que incluyen obras generales, monografías y artículos, documentos oficiales de organizaciones internacionales, documentos de la práctica de los Estados, documentos de organizaciones no gubernamentales, y sentencias y otros documentos de órganos jurisdiccionales. Para obtener esta información se ha recurrido bien a la consulta directa de las obras publicadas y la documentación, bien a su consulta en Internet, tanto en páginas oficiales de las organizaciones que los emiten como en bases de datos en red.

Las fuentes de conocimiento se han conseguido fundamentalmente en las Bibliotecas de la Universidad de Barcelona y del Consorci de Biblioteques Universitàries de Catalunya. Además, se visitaron otras bibliotecas universitarias españolas (Universidad de

Oviedo, Universidad Autónoma de Madrid, Universidad de Sevilla, Universidad de León) y extranjeras (National University of Ireland, Uppsala Universitetet, Rödän Korset Skolan, Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico), y diversas Bibliotecas Nacionales (la Biblioteca Nacional de Catalunya, la Biblioteca Nacional en Madrid y Kungliga Biblioteket–Sveriges Nationalbiblioteket en Estocolmo), además de la biblioteca del Parlamento sueco (*Riksdagsbiblioteket*) y del Ilmo. Colegio de Abogados de Barcelona.

Aunque buena parte de la documentación específica de la Organización de las Naciones Unidas se ha obtenido en las Bibliotecas Depositarias de las Naciones Unidas de Barcelona y de Uppsala, a lo largo de la investigación también se realizaron diversas estancias en Ginebra para consultar el material de la Biblioteca del Palais des Nations, sede de la oficina de la Organización de las Naciones Unidas en Ginebra, y los Archivos de la Sociedad de Naciones, así como las bibliotecas del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. Dos de dichas estancias (verano de 2004 y de 2005) fueron financiadas por la Generalitat de Catalunya, a través de una bolsa de viaje vinculada a una beca predoctoral F.I. el primer año y una beca BE de la Generalitat de Catalunya el segundo.

Asimismo, se realizó una estancia de investigación en la Universidad de Uppsala de tres meses de duración (julio a septiembre de 2008), que se tradujo en la incorporación de la autora de este estudio como investigadora visitante a la Facultad de Derecho (*Juridiska Fakulteten*), bajo la coordinación del Dr. Iain Cameron, contando además con la inestimable ayuda del Dr. Tomislav Dulic para acceder a los recursos del Programa para Estudios relativos al Holocausto y el Genocidio (*Programmet för studier kring Förintelsen och folkmord*).

Por último, se ha de señalar que para la elaboración de este trabajo se ha contado con el apoyo del Comissionat per a Universitats i Recerca del Departament d'Innovació, Universitats i Empresa de la Generalitat de Catalunya y del Fondo Social Europeo.

CAPÍTULO I

LOS ORÍGENES DE LA NOCIÓN DE PERSECUCIÓN Y SU INCORPORACIÓN PROGRESIVA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

En el lenguaje común, *perseguir* supone esencialmente ir tras algo o alguien, tratar de alcanzarlo utilizando los medios que sean necesarios para lograrlo¹. Enraizado con el vocablo latino *sequor* (“seguir”), el prefijo *per-* añade al término un sentido de perseverancia, de insistencia, de modo que *persequor* se podría traducir por “seguir con perseverancia”². Por sí mismo, el término carece de un contenido valorativo: el hecho de ir tras algo o alguien será bueno o malo en función de su objeto y de la forma en que se lleve a cabo. Literalmente, la *persecutio* se limitaba entonces a expresar la idea de un seguimiento o una búsqueda tenaz, una presión constante³, una caza⁴.

Por derivación, el término *persecutio* pasó a utilizarse en el lenguaje sectorial técnico-jurídico del Derecho romano, denominando una de las vías de activación del proceso judicial. En buena medida, ese significado de carácter jurídico-procesal se ha conservado, de manera que hoy en día es posible referirse, por ejemplo, a la persecución de los autores

¹ El Diccionario de la Real Academia Española define la *persecución* como la “acción y efecto de perseguir”, entendiendo por *perseguir* en sus acepciones no figuradas tanto “seguir al que va huyendo, con ánimo de alcanzarle” como “tratar de conseguir o alcanzar algo”.

² LEWIS, C. T. & SHORT, C., *A Latin Dictionary. Founded on Andrews' edition of Freund's Latin Dictionary*, Oxford: Clarendon Press, 1879 (impr. 1987), p. 1354.

³ Por ejemplo contra el enemigo en la guerra (*vid. Caes.B.G.5,1*).

⁴ En relación con la persecución de animales, *vid.* por ejemplo D.41.1.44.

de un delito, sin que ello implique nada más que el estar dando cumplimiento a las prescripciones del ordenamiento jurídico.

También por derivación, *persecutio* fue el término que se consolidó para aludir al hostigamiento al que varios emperadores romanos sometieron a los primeros cristianos en diferentes épocas, las persecuciones por antonomasia. De esta forma, junto a la dimensión procesal del término aparece otra material⁵, con un contenido claramente negativo⁶, y que permite entender por qué hoy en día la palabra *persecución* se utiliza en el lenguaje común como sinónimo de acoso acompañado de maltrato o de actos de castigo, o de represión arbitraria y frecuentemente institucionalizada⁷. Éste es también el significado que subyace a la noción de *persecución* hoy vigente en el Derecho internacional penal, y por ello se ha estimado oportuno iniciar este estudio con un somero análisis de las características de la *persecutio* en Roma, con el fin de identificar los rasgos que tradicionalmente se han asociado a la noción, para comprender mejor las dificultades conceptuales que se plantean.

Huelga decir que las políticas persecutorias no se circunscribieron ni se circunscriben exclusivamente al Imperio Romano; por el contrario, la Historia está plagada de episodios de acoso a determinados grupos que constituyen claros ejemplos de persecuciones. No obstante, éstas aparecen tan estrechamente ligadas a la evolución del cristianismo que se puede afirmar el carácter originariamente confesional y eurocéntrico del fenómeno⁸.

⁵ Las definiciones contenidas en el diccionario muestran que algunos idiomas han conservado el mismo vocablo en ambos sentidos, como ocurre en castellano, en alemán (*Verfolgung*) o en italiano (*persecuzione*). Por el contrario, nótese que otras lenguas prevén términos diferentes para uno y otro contenido, aunque con una raíz etimológica común. Así, el término procesal es *prosecution* en inglés, y *poursuite*, en francés, mientras que *persecution* y *persécution* se utilizan en una y otra lengua respectivamente para referirse al acoso al que se somete a alguien. El portugués, por su parte, ofrece una solución intermedia, puesto que el término *perseguição*, que significa molestar, acosar de forma más o menos violenta, se considera sinónimo de *persecução*, que sin embargo es un vocablo utilizado principalmente en el ámbito procesal.

⁶ Como apunta MOREAU, siglos de cristianismo han vinculado el término *persecución* a un juicio de valor negativo (MOREAU, J., *La persécution du christianisme dans l'empire romain*, Paris: Presses Universitaires de France, 1956, pp. 1-2).

⁷ Así, por ejemplo, el Diccionario de la Real Academia Española define figuradamente *perseguir* como "molestar, conseguir que alguien sufra o padezca procurando hacerle el mayor daño posible"; de acuerdo con el diccionario inglés Merriam-Webster *persecute* es "to harass or punish in a manner design to injure, grieve, or afflict, specifically: to cause to suffer because of belief"; en el Dictionnaire Larousse la *persécution* es la "action de persécuter; mesures violentes et arbitraires prises à l'égard d'une communauté ethnique ou religieuse", mientras que en el Dizionario De Mauro la *persecuzione* es un "complesso di azioni di forza rivolte a soffocare un movimento politico o religioso o a eliminare una minoranza etnica o sociale", y en el Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa una de las definiciones de *perseguição* es "tratamento violento movido sistematicamente contra uma pessoa ou um grupo de pessoas, por razões de ordem política, religiosa, étnica...".

⁸ EVANS, M. D., *Religious liberty and international law in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 3.

Arrancando en Roma y perpetuándose hasta nuestros días, son una constante, durante muchos siglos vinculadas a la cuestión religiosa (que normalmente conllevaba además una nada desdeñable carga política). Sólo a partir del siglo XIX se consolidan nuevas referencias identitarias que ofrecerán más argumentos para la exclusión y la represión de grupos distintos de los religiosos.

Pese a su habitualidad, hasta el siglo XX el término *persecución* carece de un contenido jurídico claro: es un fenómeno social y político (al que aquí se hará referencia como el “fenómeno persecutorio”) que tiene su escenario natural en el interior de los Estados, puesto que las persecuciones son normalmente articuladas por las autoridades como políticas de seguridad frente a grupos que son considerados una amenaza para la estabilidad del Estado. Pero aun presentando una naturaleza netamente fáctica e interna, esta realidad no pasará desapercibida para el Derecho internacional clásico ya desde sus orígenes.

A lo largo de este capítulo se pretenden sistematizar los desarrollos jurídicos que la constatación de este fenómeno sociopolítico provocó en el orden jurídico internacional, aunque en un primer momento no se intentara incriminarlo, sino sólo prevenirlo o contrarrestar sus efectos. Partiendo de un punto de vista estatocéntrico -en tanto que el Derecho internacional clásico toma exclusivamente como referencia al Estado como sujeto único del ordenamiento jurídico internacional de la época-, el análisis gira esencialmente en torno a dos perspectivas, *ad extra* y *ad intra*, aunque también cabe una tercera, de carácter *transfronterizo*.

(i) Desde una perspectiva *ad extra* es preciso considerar la influencia que el fenómeno persecutorio ha tenido en la regulación de las relaciones interestatales y el mantenimiento de la estabilidad internacional. En la práctica, las persecuciones en el interior de un Estado eran a menudo instrumentalizadas por otras potencias en razón de intereses políticos y estratégicos, por lo que se hizo necesario articular respuestas en el Derecho internacional clásico con el fin de neutralizar la amenaza que ello suponía para la estabilidad internacional. La cuestión se abordó básicamente de dos formas: celebrando tratados internacionales e interviniendo en los asuntos de otros Estados.

(ii) Por su parte, la perspectiva *ad intra* hace referencia a los efectos que la adopción de normas jurídicas internacionales, en ausencia de regulaciones internas, tuvo y tiene sobre las víctimas de persecuciones dentro del territorio de un Estado. Se trata por tanto

de una perspectiva inicialmente ligada a la libertad religiosa y posteriormente ampliada a la protección de los derechos de las minorías o, en un sentido amplio (y más correcto en el tema que nos ocupa), de los miembros de grupos con una identidad determinada, y que se muestra estrechamente conectada a la evolución de la salvaguarda de los derechos del individuo. De todos modos, este aspecto aparece estrechamente ligado a la perspectiva *ad extra*, ya que en esta etapa la dimensión relativa a la protección de las víctimas de una persecución presenta un interés *per se* más bien marginal.

(iii) Una tercera perspectiva para el estudio, estrechamente vinculada a la perspectiva *ad extra*, es la que podría calificarse de *transfronteriza*. Desde este punto de vista se puede analizar la persecución como fenómeno generador de movimientos de población (las víctimas que intentan escapar a la represión) de unos Estados a otros, que determinará el desarrollo de un régimen internacional de los refugiados. En la medida en que estas consideraciones escapan al objeto central de este trabajo, sólo serán objeto de atención cuando sea necesario para poner de relieve la doble naturaleza jurídica que la persecución presenta en el Derecho internacional contemporáneo, como modalidad criminal pero también como fundamento del estatuto de refugiado.

Habrá que esperar al fin de la II Guerra Mundial para que se operen cambios significativos respecto del tratamiento jurídico internacional de la persecución. Así, su incorporación al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (ETMIN), en un intento de criminalizar la brutal política de hostigamiento sufrida especialmente por los judíos a manos de los nazis, supone un paso decisivo en el proceso de juridificación internacional de la persecución: si hasta ese momento el Derecho internacional público se había limitado a intentar prevenir y/o a reaccionar ante las persecuciones, en 1945 se atribuirá por primera vez carácter jurídico internacional a la noción de *persecución* al ser configurada como un crimen de Derecho internacional, aunque no se precisará su contenido. Otro tanto ocurrirá en 1951, cuando de nuevo se utilice el término *persecución* como una noción jurídica internacional -esta vez en relación con la determinación del estatuto de refugiado- sin concretar su contenido.

El proceso evolutivo operado por la noción de *persecución*, desde la desnaturalización de sus orígenes procesales hasta que se le vuelve a atribuir un contenido jurídico, pasando por la larga etapa en la que sólo fue un fenómeno fáctico con mayor o menor incidencia en las relaciones interestatales, constituye el objeto de este primer capítulo, dividido en tres

apartados correspondientes a las que se consideran las grandes etapas de esa evolución: el origen y la evolución histórica del contenido de la noción como fenómeno sociopolítico (§ 1), las respuestas internacionales al fenómeno de las persecuciones en el Derecho internacional clásico (§ 2), y la regulación jurídica internacional de la *persecución* tras la II Guerra Mundial, con una naturaleza dual: como crimen que genera la responsabilidad penal internacional del individuo en un primer momento y como elemento esencial del régimen internacional de los refugiados.

1. LA PERSECUCIÓN COMO FENÓMENO SOCIOPOLÍTICO: ORÍGENES DE LA NOCIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Cuando, en el año 64, Nerón acusó a los cristianos de haber causado el incendio de Roma para acallar los rumores de que él mismo lo había provocado, inició una política que, secundada por sus sucesores, terminaría por alterar el significado de un término, *persecutio*, hasta entonces meramente procesal, incorporando al mismo un nuevo significado cargado de connotaciones negativas: la persecución como una práctica de intolerancia frente a un determinado grupo y sus miembros, en la que estos son víctimas de un acoso arbitrario.

El ejercicio de arbitrariedad que fue la persecución neroniana de los cristianos se consolidó en los siglos siguientes, pasando por diferentes fases marcadas por la intensidad y el grado de institucionalización con las que se llevaron a cabo⁹. Tal situación se mantuvo hasta que con la promulgación del Edicto de Milán o *Edicto de tolerancia* en 313 d.C. se reconoció a todos los habitantes del Imperio la libertad de culto¹⁰ y se dio un impulso al cristianismo que le permitió ganar cada vez más fuerza, hasta llegar a convertirse en la religión oficial del Imperio con la prohibición del paganismo mediante el Edicto de Constantinopla (392 d.C.). Ironías del destino, los perseguidos se convirtieron progresivamente en perseguidores¹¹, tanto de paganos no conversos como de herejes y

⁹ Diez se suele decir que fueron las persecuciones contra los cristianos en el Imperio Romano: las de Nerón, Domiciano, Trajano, Marco Aurelio, Septimio Severo, Maximiano, Decio, Valeriano, Aureliano y Diocleciano (WORKMAN, H. B., *Persecution in the early church: A chapter in the history of renunciation*, London: Charles H. Kelly, 1911 (3rd ed.), p. 202), aunque, en realidad, la política persecutoria fue en mayor o menor medida una constante entre los años 64 -persecución neroniana- y 313 -Edicto de Milán-.

¹⁰ Vid. ALLARD, P., *Le Christianisme et l'Empire Romain. De Néron à Théodose*, Paris: Librairie Victor Lecoffre, 1897 (2^{ème} éd.), pp. 273-274.

¹¹ Desde el siglo IV y durante más de un milenio y medio, la iglesia cristiana fue "the greatest organized persecuting force in human history" (DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian Persecution, Martyrdom, and*

cismáticos dentro del cristianismo, y sentaron las bases de más de un milenio de persecuciones en Europa occidental, en el que la regla general fue considerar a los enemigos de la Iglesia también enemigos del Estado¹², dada la unión de una y otro en el marco de la Cristiandad. Como ya ocurriera durante el Imperio Romano, las persecuciones se circunscribieron fundamentalmente al interior de la *Res Publica Christiana*; en el exterior, entre tanto, las relaciones entre el cristianismo y el Islam se centraban en el comercio y la guerra, manteniendo en el plano religioso una tolerancia mutua.

Probablemente el Emperador y el Papa acertaran al temer la disidencia, pues el fin del modelo medieval se debió en gran parte a la reacción frente a la ortodoxia católica de algunos disconformes, que protagonizaron la mayor reforma hasta entonces experimentada por la Iglesia: la Reforma protestante¹³. Ésta introdujo una nueva dimensión en las relaciones entre el poder secular y el poder religioso, puesto que no sólo quebró la unidad de la Cristiandad en el plano espiritual, sino que también favoreció la progresiva desintegración del Imperio en entidades territoriales independientes y soberanas: los Estados modernos¹⁴. La quiebra de la estructura política medieval no acarrió empero una separación de lo religioso y lo civil; al contrario, los príncipes de los nuevos Estados abrazaron el nuevo credo protestante o se mantuvieron fieles al catolicismo según sus intereses políticos, de forma que las relaciones entre las nuevas entidades dentro del continente europeo estuvieron marcadas por la coexistencia religiosa y el principio de tolerancia en las relaciones interestatales.

Estas cuestiones serán abordadas a lo largo de este primer apartado, dividido en dos subapartados correspondientes a etapas históricas en las que la persecución constituye un fenómeno sociopolítico con características propias. Así pues, se comenzará con un estudio de la *persecutio* en Roma, al objeto de tratar de vislumbrar cómo y cuándo se

Orthodoxy, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 201; *vid.* también NORWOOD, F. A., *Strangers and Exiles. A History of Religious Refugees*, vol. I, Nashville/New York: Abingdon Press, 1969, p. 102; EVANS, M. D., *Religious...*, *cit.*, p. 2; FERNÁNDEZ LIESA, C. R., “La protección de las minorías en el Derecho internacional general. Análisis de la evolución y del estatuto jurídico internacional”, en: MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y DÍAZ BARRADO, C. M., *La protección internacional de las minorías*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp. 51-52).

¹² EVANS, M. D., *Religious...*, *cit.*, p. 2. Sobre la nueva relación Estado-Iglesia tras el Edicto de Milán, *vid.* CLARK, G., *Christianity and Roman Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 100-106.

¹³ La Reforma habría buscado una vuelta al cristianismo primitivo, recuperando “el sentido genuino y auténtico del cristianismo del que la Iglesia romana se había alejado ya desde hacía tiempo” (MARTINA, G., *La Iglesia, de Lutero a nuestros días* (trad. de J. L. Ortega), vol. I (“Época de la Reforma”), Madrid: Ediciones Cristiandad, 1974, p. 40).

¹⁴ *Vid. ibid.*, p. 105.

incorpora el significado negativo que hoy en día se atribuye a la noción y que justifica el que sea una práctica castigada por el ordenamiento penal internacional (§ 1.1), para seguidamente abordar el fenómeno de las persecuciones desde la caída del Imperio Romano de Occidente hasta la Paz de Westfalia (§ 1.2).

1.1.LA TRANSFORMACIÓN DEL CONTENIDO PROCESAL DE LA *PERSECUTIO*.

Los primeros supuestos de hostigamiento articulado contra un colectivo que recibieron el nombre de “persecuciones” fueron los sufridos por los seguidores del cristianismo primitivo en el Imperio Romano. Sin embargo, antes de ser utilizado para denominar este fenómeno, la *persecutio* era ya un término técnico-jurídico para designar una de las formas de iniciar el proceso judicial. En todo caso, el cambio de significado parece estar conectado, de manera que el acoso contra los primeros cristianos habría determinado que el contenido jurídico procesal del término se transformara progresivamente, pasando a referirse a la política de represión de quienes muestran su disidencia frente al orden establecido.

Conviene por ello detenerse, aunque sea someramente, a analizar esta transformación terminológica. Es preciso no obstante advertir que la abundante literatura existente sobre la persecución de los cristianos en el Imperio Romano aborda sin embargo los aspectos jurídico-penales de forma sectorial, y normalmente desde disciplinas distintas de la jurídica¹⁵, y no aclaran el porqué de la terminología utilizada para referirse a dicha práctica; de hecho, ni siquiera hay datos concluyentes sobre si los perseguidores de los cristianos describían su comportamiento como una persecución¹⁶. Por tanto, las siguientes líneas se limitan a presentar una hipótesis en la que se combinan las teorías que analizan la función procesal originalmente desempeñada por la *persecutio* y los estudios que pretenden ofrecer respuesta a las incógnitas jurídicas en torno a la persecución de los primeros cristianos, y ello con la convicción de que las incertidumbres que plantea esta transición de un significado a otro se han conservado hasta nuestros días, incidiendo negativamente a la hora de establecer una definición jurídico-internacional clara y precisa del término.

¹⁵ GIUFFRÈ, V., *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Napoli: Jovene Editore, 1998 (5ª ed.), p. 115.

¹⁶ DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, cit., p. 208, nota 23.

Con el fin de ofrecer un panorama lo más completo posible de esta cuestión tan poco pacífica se intentará perfilar a continuación el alcance de la persecución como noción jurídica procesal (§ A) para valorar en particular la forma en que pudo haber sido utilizada con el fin de castigar a los cristianos, desembocando progresivamente en la tipificación del cristianismo como comportamiento prohibido (§ B).

A) La naturaleza procesal originaria de la persecución en Roma.

A tenor de las fuentes romanas, la *persecutio* carecía en sus orígenes de la dimensión material que hoy le atribuye el Derecho internacional penal. Para el Derecho romano se trataba de un concepto meramente procesal¹⁷, una figura jurídica vinculada al proceso judicial funcionalmente similar a la *actio* y terminológicamente afín a la *exsecutio*¹⁸. Cuáles eran sus especificidades es una cuestión, sin embargo, poco clara para la doctrina, ya que las escasas referencias en las fuentes de la época no permiten determinar a ciencia cierta sus características.

La información más amplia la proporciona una cita de ULPIANO (¿?-228), según el cual:

“La palabra «acción» [*actio*] es especial y general; porque se llama acción toda petición, ya sea contra persona, ya contra una cosa; pero de ordinario solemos llamar «acciones» [*actiones*] a las personales, y se considera que con la palabra «petición» [*petitio*] se significan las acciones reales; yo creo que con la palabra «persecución» [*persecutio*] se comprenden las persecuciones extraordinarias, como las de los fideicomisos, y otras que haya, las cuales no tienen ejecución de derecho ordinario”¹⁹.

De ello resultaría que, de forma general, en Derecho romano *actio* sería un término genérico, que se referiría al “medio que el Estado pone a disposición de los particulares para la defensa de su derecho”²⁰ (con un doble sentido, tanto formal —“la facultad que

¹⁷ Vid. FUENTESECA, P., “Reflexiones sobre la triconomía «actio petitio persecutio»”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XL, 1970, pp. 139-140.

¹⁸ De hecho es posible que en la época republicana no se diferenciara entre ambos términos (*ibid.*, p. 178).

¹⁹ D.50.16.178.2: “«Actionis» verbum et speciale est, et generale; nam omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit petitio; sed plerumque «actiones» personales solemus dicere, «petitiones» autem verbo in rem actiones significari videntur; persecutiones verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, utputa fideicommissorum, et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii exsecutionem” (JUSTINIANO, *Cuerpo del Derecho Civil Romano* (trad. y notas de referencia de I. L. García del Corral), “Primera parte: Digesto”, tomo III, Valladolid: Lex Nova, DL 1988, p. 933). Cfr. asimismo D.50.16.10 y D.50.16.49. Nótese que, a tenor de las palabras del jurista, no parece que en su época (principios del S. III) estuviera claramente establecido el que la persecución se refiriera a las acciones extraordinarias, puesto que se limita a expresar la opinión que él tiene al respecto.

²⁰ MIQUEL, J., *Lecciones de Derecho Romano*, Barcelona: PPU, 1984, p. 75. Sobre la evolución histórica de la noción de *actio*, vid. FUENTESECA, P., “Reflexiones...”, *cit.*, p. 158. De acuerdo con este autor: “*Actio* es el aspecto procesal activo y verbal del vínculo (*obligatio*) que desaparece al ser deducido

tiene el particular de excitar la actividad jurisdiccional del estado en un caso concreto”- como material –la pretensión de quien actúa-) ²¹. Pero dentro de éste término genérico se distinguirían tres modalidades específicas: la *actio*, la *petitio* y la *persecutio*. Así pues, en sentido estricto y de acuerdo con ULPIANO, la *actio* sería la acción personal, mientras que la *petitio* designaría la acción real ²² y la *persecutio* comprendería toda acción extraordinaria ²³. Esta triple distinción, que habría surgido durante la última época de la República (S. I a.C.) ²⁴, sería “un intento de síntesis de todos los medios de reclamación del proceso” ²⁵, proceso que se fue transformando a lo largo de la Historia de Roma y dio lugar a diversos procedimientos.

A continuación se identificarán las distintas modalidades procedimentales en materia penal que existieron en el Derecho romano (§ a) para, acto seguido, tratar de determinar la función que la *persecutio* cumplía en el proceso penal romano (§ b).

a) *Las modalidades del proceso penal en el Derecho romano.*

Aunque, por contraposición al grado de desarrollo del Derecho civil, pudiera parecer que el Derecho penal romano era un sistema primitivo, lo cierto es que, a lo largo de las

en juicio. La *actio* se dirige por tanto a un *dare oportere* entre dos sujetos vinculados mediante un acto (*sponsio* o *datio mutui*) obligatorio *ex lege*” (*ibid.*, p. 163). De esta manera, “*actio* viene a ser el *ius persequendi iudicio*” (*ibid.*, p. 164).

²¹ No obstante, conviene tener presente que este doble sentido que en la actualidad se da al término *acción* no está claramente delimitado en el Derecho romano (MIQUEL, J., *Lecciones...*, *cit.*, p. 75).

²² De acuerdo con RAGGI, en la época de Ulpiano, la distinción entre *actio* y *petitio* habría ya perdido su valor sustancial, “originariamente atinente alla diversità tra *legis actiones* e *procedura formulare*” (RAGGI, L., *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano: Giuffrè, 1965, p. 78).

²³ No obstante, esta interpretación de ULPIANO del trinomio *actio / petitio / persecutio* ha sido objeto de discusiones doctrinales e hipótesis diversas. *Vid.* CASAVOLA, F., *Actio petitio persecutio*, Napoli: Editore Jovene, 1965 (en particular, pp. 7-9, donde se resumen algunas de las interpretaciones doctrinales seguidas); FUENTESECA, P., “Reflexiones...”, *cit.*, pp. 139-226 (que rebate algunas de las conclusiones alcanzadas por CASAVOLA, analizando la cuestión desde un punto de vista procesal); GIODICE SABBATELLI, V., *Fideicommissorum...*, *cit.*, pp. 201-204.

²⁴ La mención más antigua a este trinomio sería la contenida en una obra de retórica atribuida a CICERÓN, la *Rhetorica ad Herennium* (*Rhet. Ad Her.*, II, 18): “*Quaeritur in translationibus primum, num aliquis ejus rei actionem, petitionem aut persecutionem habeat*” (“en las recusaciones se comienza por buscar si quien intenta una acción, una petición o una persecución tiene derecho a hacerla”, *vid.* CICERÓN, *Rhétorique à Hérennius* (texte revu et traduit avec une introduction et des notes par H. Bonnecque), Paris: Librairie Garnier Frères, 1955, pp. 58-59). Ello indicaría que ya era utilizado en el siglo I a.C., y, por la forma en que se trata en dicha obra, estaría haciendo referencia, de acuerdo con FUENTESECA, a los presupuestos para la iniciación del proceso (FUENTESECA, P., “Reflexiones...”, *cit.*, p. 144). También CASAVOLA y ORESTANO defienden el origen republicano del trinomio (CASAVOLA, F., *Actio...*, *cit.*, pp. 80-81; ORESTANO, R., “Persecutio”, *NNDI*, vol. 12, 1965, p. 1005).

²⁵ FUENTESECA, P., “Reflexiones...”, *cit.*, p. 218; sobre las posibles funciones procesales de estas tres nociones, *vid.* también ORESTANO, R., “Persecutio”, *cit.*, pp. 1005-1008.

distintas etapas históricas de Roma, se produjo una evolución destacable del ordenamiento jurídico penal, y más particularmente de los procedimientos de aplicación del mismo.

Originalmente, los magistrados de la urbe tenían la capacidad de imponer penas sin seguir proceso alguno por estar investidos de la *coercitio*²⁶, si bien ya en la República temprana²⁷ se constituían **tribunales a partir de listas de ciudadanos** (*comitia*) para conocer de casos penales (*iudicia populi*)²⁸, como tribunales de apelación a disposición de los ciudadanos frente a las sentencias dictadas por los magistrados, y en la última etapa de esta época republicana (siglo I a.C.) se configuran unos **tribunales estables** creados por ley (*quaestiones perpetuae*)²⁹, que no desaparecieron con el Principado. Antes al contrario, fueron sistematizados por Augusto (27 a.C.-14 d.C.), artífice de una profunda reordenación del Derecho penal en Roma, quien adoptó diversas leyes que tipificaban los delitos y crímenes y sistematizó el proceso penal³⁰.

También en tiempos de Augusto se introdujo una nueva modalidad procesal -tanto en el ámbito civil como en el penal-, al margen del procedimiento penal ordinario u *ordo iudiciorum publicorum*³¹: la *cognitio extra ordinem* o **cognición extraordinaria**, reflejo de la progresiva concentración del poder en la figura del *imperator*, y que se convirtió en el proceso propio de la época imperial. Instaurada en un inicio para el conocimiento de casos muy específicos -y de ahí su carácter originariamente

²⁶ En Roma, el jefe doméstico, el jefe militar y el magistrado como *imperium* dentro de la ciudad podían castigar coactivamente al autor de injusticias o infracciones, siempre de forma discrecional (MOMMSEN, T., *El Derecho Penal Romano*, vol. I, Pamplona: Analecta, 1999 (reimpresión de MOMMSEN, T., *Derecho Penal Romano* (trad. de P. Dorado Montero), Madrid: La España Moderna, 1905), p. 57).

²⁷ La República romana se extendió entre 509 y 27 a. C., pudiendo distinguirse tres momentos: la República temprana (hasta mediados del siglo III), media (desde mediados del siglo III hasta el año 147 a.C.) y tardía (127 a.C.-27 a.C.).

²⁸ MOUSOURAKIS, G., *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, Burlington: Ashgate, 2003, p. 146. El sistema republicano asentaba uno de sus pilares en la *provocatio ad populum* (la posibilidad para el ciudadano perseguido por el magistrado de evitar la imposición de las medidas represivas más graves -especialmente la muerte, pero también la privación de libertad- solicitando la sustanciación de un proceso ante esos tribunales populares), fruto de la preocupación por “impedire ogni tentativo di tirannide o di sopraffazione degli altri concittadini” (SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano: Giuffrè editore, 1989, p. 19; *vid.* también MOUSOURAKIS, G., *The Historical...*, p. 58). Estos conocían, por ejemplo, de los atentados al orden público, en lugar de quedar la decisión sobre los mismos en manos del Senado (al respecto, *vid.* “Discurso en defensa de Annio Milón (*Pro T. Annio Milone Oratio*)”, en: CICERÓN, *Tres discursos jurídicos* (ed. y trad. de J. M. Royo Arpón), Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 30, 34 y 35).

²⁹ SANTALUCIA, B., *Diritto...*, *cit.*, p. 62; ROBINSON, O. F., *The Criminal Law of Ancient Rome*, London: Duckworth, 1995, pp. 2-6.

³⁰ SANTALUCIA, B., *Diritto...*, *cit.*, p. 91.

³¹ *Vid. ibid.*, pp. 98-99.

extraordinario-, la *cognitio extra ordinem* se diferenciaba de los procesos ordinarios en que consistía en una fase única, sin que se diera una separación entre magistrado y juez, y transcurría íntegramente, hasta la ejecución de la sentencia³², ante el emperador o un funcionario delegado suyo³³ (cuyas decisiones podían ser apeladas ante el emperador³⁴). El procedimiento se caracterizaba por la ausencia de formalidades legalmente establecidas para iniciarlo o cerrarlo³⁵, y porque el magistrado-juez disponía de una amplísima discrecionalidad³⁶, hasta el punto de que podía enjuiciar actos que no estaban recogidos en las normas penales romanas³⁷ -decidiendo él mismo qué hechos eran criminales³⁸-, y gozaba de libertad a la hora de imponer la pena³⁹ y hacerla ejecutar⁴⁰.

Con el paso del tiempo, la *cognitio extra ordinem* se fue generalizando e imponiendo progresivamente a los procesos ordinarios, comenzando a sustituir hacia el siglo II al *ordo*

³² BETANCOURT, F., *Derecho Romano Clásico*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2007 (3ª ed. rev. y aum.), p. 252.

³³ ROBINSON, O. F., *The Criminal...*, cit., p. 11.

³⁴ SANTALUCIA, B., "Processo penale (Diritto romano)", en: AA.VV., *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, 1987, vol. XXXVI, párr. 7, p. 351.

³⁵ DAHYOT-DOLIVET, J., "La procédure pénale d'office en droit romain", *Apollinaris*, vol. XLI (1-4), 1968, p. 89; FUENTESECA, P., "Reflexiones...", cit., p. 210; MOMMSEN, T., *El Derecho...*, cit., p. 337.

³⁶ Aunque con el tiempo se fueron fijando jurisprudencialmente pautas en relación con determinados aspectos, como el tratamiento de las pruebas o la fijación de la pena (ROBINSON, O. F., *The Criminal...*, cit., p. 11). Además, una vez que la *cognitio* se generalizó como procedimiento habitual en la época imperial, la discrecionalidad del juzgador se redujo considerablemente por el establecimiento de normas reguladoras en las constituciones imperiales (DE ROBERTIS, F. M., "Arbitrium iudicantis e Statuizioni imperiali. Pena discrezionale e pena fissa nella cognitio extra ordinem", *ZSS (Rom. Ab.)*, vol. LIX, 1939, p. 245; GIUFFRÈ, V., *La repressione...*, cit., pp. 105-106).

³⁷ SHERWIN-WHITE, A. N., *Roman Society and Roman Law in the New Testament*, Oxford: Clarendon Press, 1963, p. 14; BAUMAN, R. A., *Crime and Punishment in Ancient Rome*, London/New York: Routledge, 1996, p. 50; ROBINSON, O. F., *The Criminal...*, cit., p. 10; DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, cit., p. 123.

³⁸ Tal y como indica BOOTH, "in a *cognitio extra ordinem* the accusation is not of a particular crime, but of facts upon which the *praefectus* is invited to adjudicate" (BOOTH, R. P., "«We have a law...»: The Trials of Jesus of Nazareth", *Denning LJ*, nº 6, 1991, p. 15), por lo que era perfectamente posible que el magistrado-juez decidiera la existencia de nuevos crímenes no previstos legalmente (SHERWIN-WHITE, A. N., *Roman...*, cit., p. 17). Téngase en cuenta que en la *cognitio extra ordinem* se conocían casos fuera del *ordo*, y por tanto al margen de la lista de delitos y crímenes legalmente establecidos (BOOTH, R. P., "«We have...», cit., p. 14), y que la legislación penal establecida por Augusto era de aplicación en Roma, pero sólo parcialmente en provincias, donde los delegados imperiales gozaban entonces de un amplísimo margen de poder y de decisión (vid. SHERWIN-WHITE, A. N., *Roman...*, cit., p. 1).

³⁹ SHERWIN-WHITE, A. N., *Roman...*, cit., p. 14; BAUMAN, R. A., *Crime...*, cit., p. 50; ROBINSON, O. F., *The Criminal...*, cit., p. 10; SANTALUCIA, B., *Diritto...*, cit., p. 114; DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, cit., p. 114; BOOTH, R. P., "«We have...», cit., p. 14. Un análisis en profundidad sobre este particular se encuentra en DE ROBERTIS, F. M., "Arbitrium...", cit., pp. 219-260. PUGLIESE recuerda que el contenido variable de la *cognitio extra ordinem* se concretaba a menudo en las penas más graves cuando se trataba de los cristianos (PUGLIESE, G., "Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato", *ANRW*, vol. II.14, 1982, p. 781).

⁴⁰ BUTI, I., "La 'cognitio extra ordinem': de Augusto a Diocleziano", *ANRW*, vol. II.14, 1982, p. 58.

iudiciorum en materia penal⁴¹, y convirtiéndose así en la modalidad procesal habitual (tanto en los procesos privados como en los penales) durante la época imperial.

Todo apunta a que, para llevar a cabo los procesos destinados a imponer una pena a los primeros cristianos, los emperadores de la época recurrieron a las amplias facultades que les otorgaba la *cognitio extra ordinem*, en particular la libertad para determinar qué comportamientos eran criminales y qué penas se habrían de aplicar. Ambas prerrogativas habrían sido aprovechadas por las autoridades romanas durante los siglos I y II para poner freno a los cristianos, utilizando para ello la *persecutio* en tanto que medio para reclamar la puesta en funcionamiento del proceso de la *cognitio extra ordinem*.

b) *La función de la persecutio dentro del proceso romano.*

Dentro de esta diversidad de procesos, faltaría entonces por determinar qué función ocupaba la *persecutio*. De acuerdo con FUENTESECA, el vocablo *persecutio* habría sido en buena medida utilizado por algunas fuentes romanas en un sentido equivalente a *exsecutio*⁴², indicando “la ejecución, tramitación o cumplimiento de actos de naturaleza no judicial en sentido estricto”⁴³. De esta forma, el término *persecutio* se habría utilizado originariamente “en el sentido de reclamación o exigencia jurídica” al margen del procedimiento ordinario⁴⁴, y, por tanto, cuando no se pudiera hablar ni de *actio* ni de *petitio*⁴⁵ (términos estos referidos al proceso ordinario). Progresivamente, dentro de este “ámbito de aplicación preferente fuera de los casos de *actio* y *petitio*”, se habría

⁴¹ FUENTESECA, P., “Reflexiones...”, *cit.*, p. 188, posicionándose con las conclusiones alcanzadas en DE ROBERTIS, F. M., “Arbitrium ...”, *cit.*, p. 257).

⁴² Al menos “las fuentes clásicas [...] no ofrecen una clara línea distintiva como términos jurídicos” (FUENTESECA, P., “Reflexiones...”, *cit.*, p. 178).

⁴³ *Ibid.*, p. 180. Cuando menos, el análisis de diversos textos de ULPIANO lo lleva a concluir que el jurista romano habría utilizado ambos términos de forma equivalente en materia de delitos (*ibid.*, p. 181). Cfr. GIODICE SABBATELLI, V., *Fideicommissorum persecutio. Contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, Bari: Cacucci Editore, 2001, pp. 185-186 y 198, quien, en una primera aproximación, considera que *persecutio* haría referencia a la “attività processuale concretamente rivolta al conseguimento di un risultato utile nei giudizi”.

⁴⁴ FUENTESECA, P., “Reflexiones...”, *cit.*, p. 188. Es un “*tertius terminus* frente a *actio* y *petitio*” (*ibid.*, p. 213; *vid.* asimismo p. 215). CASAVOLA, por el contrario, considera que el término *persecutio* se vincula a la última fase del proceso, y con ella “l’attore dà nuovo impulso per condurlo oltre la *litis contestatio* sino al *iudicium*” (CASAVOLA, F., *Actio...*, *cit.*, p. 103). Por consiguiente, en el trinomio “l’*actio* tende al *petere*, la *petitio* al *persequi*” y sin *actio* “non vi può essere *petitio*, e senza *petitio* non può esservi *persecutio*” (*ibid.*, p. 104). GIODICE SABBATELLI, por su parte, concluye, tras analizar ampliamente la cuestión (GIODICE SABBATELLI, V., *Fideicommissorum...*, *cit.*, pp. 205-218), que el término no tiene especificidad y su presencia en contextos “extraordinarios” carece de relevancia lingüística y/o conceptual (*ibid.*, p. 218).

⁴⁵ Por tanto, *persecutio* se referiría a un procedimiento distinto tanto a la *actio* como a la *petitio* (FUENTESECA, P., “Reflexiones...”, *cit.*, p. 179).

producido una cierta especialización de la *persecutio*, que habría pasado a ser un término vinculado a la *cognitio extra ordinem*, como medio propio de iniciar este procedimiento⁴⁶.

Sin embargo, en la evolución del proceso judicial en Roma se producirá una llamativa paradoja, ya que no irá acompañada de la evolución que parecería previsible en cuanto a los medios para reclamar el proceso. Como se indicaba en el apartado precedente, la *cognitio extra ordinem* terminó por constituir el proceso habitual en la época imperial. En consecuencia, dada la conexión entre la *cognitio extra ordinem* y la *persecutio*, sería lógico pensar que *persecutio* también se habría convertido en el término habitual con el que se denominaría el medio para iniciar el proceso. Sin embargo, no fue así. Según FUENTESECA:

“*Persecutio* sirvió algún tiempo quizá de *tertium genus* hasta verse superado y desplazado por *petitio* y *actio* [...]. En la crisis de los conceptos procesales el término *actio* se extiende plenamente relegando los demás términos. En época de los Severos [la época en la que escribe Ulpiano, esto es, en la primera mitad del siglo III] el trinomio carece de vigencia”⁴⁷.

Es decir, el término *actio* terminará imponiéndose en el lenguaje jurídico romano, de manera que, a principios del siglo III, “*actio* era término ya generalizado incluso para [dar inicio a] la *cognitio extra ordinem*”⁴⁸.

No obstante, la consolidación del uso de *actio* en el ámbito procesal no supone ni mucho menos la desaparición del término *persecutio*. Por el contrario, éste permanece en el lenguaje, pero ahora se le atribuirá un significado totalmente distinto, referido a la política seguida contra los cristianos. Y es precisamente a partir del siglo III cuando se inician las grandes persecuciones que, como se verá más adelante, presentan unos rasgos muy distintos a las persecuciones precedentes, iniciadas en el siglo I y continuadas a lo largo de todo el siglo II. Éstas se habían caracterizado por castigar a los cristianos en ausencia de toda base legal sobre la que apoyar las acusaciones, aunque parece más que probable que sí se articulara un procedimiento conducente a la imposición de la pena, y que ese procedimiento fuera la *cognitio extra ordinem*⁴⁹,

⁴⁶ RAGGI, L., *La restitutio...*, cit., p. 78; FUENTESECA, P., “Reflexiones...”, cit., p. 216; ORESTANO, R., “Persecutio”, cit., p. 1005.

⁴⁷ FUENTESECA, P., “Reflexiones...”, cit., p. 226. También ORESTANO habla de una atrofia en el uso procesal del término *persecutio* (ORESTANO, R., “Persecutio”, cit., p. 1009).

⁴⁸ FUENTESECA, P., “Reflexiones...”, cit., p. 217; ORESTANO, R., “Persecutio”, cit., p. 1005.

⁴⁹ Uno de los principales documentos que fundamenta esta afirmación es una carta enviada por Plinio el Joven a Trajano (vid. *infra* apartado B) preguntándole por el procedimiento que debería seguir

iniciado en esa época -no se debe olvidar- mediante la *persecutio*. Con bastante seguridad, además, el proceso contra los cristianos se llevaba a cabo de oficio desde Nerón⁵⁰, lo que supone que eran las autoridades públicas *motu proprio* las que recurrían a la persecución para activar así un proceso tan cargado de arbitrariedad que cualquier pauta procedimental perdía su razón de ser.

Cabe preguntarse si la confluencia en el tiempo de la atribución de un nuevo significado a la *persecutio* y el comienzo de una nueva fase en la persecución de los cristianos es accidental o existe una relación de causa-efecto. No hay base doctrinal ni documental suficiente para sustentar la hipótesis conforme a la cual en ese cambio de contenido del término en el siglo III habría incidido la actitud de las autoridades romanas frente al cristianismo durante los siglos I y II, y tratar de desarrollarla en profundidad excedería con creces el objeto de este trabajo. Sin embargo, tampoco parece razonable considerar que la caída en desuso del término en el ámbito procesal y la generalización de la política de persecución de los cristianos es sólo una mera coincidencia. En cualquier caso, un elemento adicional -y por demás esencial- para una cabal comprensión de la desnaturalización del significado de la *persecutio* se encuentra en las irregularidades de los procesos penales seguidos contra los cristianos en los siglos I y II, puesto que -como apunta DE STE. CROIX- junto a la cuestión del procedimiento que se seguía, la persecución de los primeros cristianos suscita otras dos grandes cuestiones jurídicas, como son cuál era la naturaleza del cargo o cargos contra los cristianos y cuál era el fundamento jurídico de los cargos⁵¹, aspectos estos que serán abordados a continuación.

“cognitionibus de christianis”, es decir: en las cogniciones contra los cristianos (*Epis. X, 96, 1*, en: PLINE LE JEUNE, *Lettres* (texte établi et traduit par M. Durry), Tome IV (“Livre X. Panégyrique de Trajan”), Paris: Les Belles Lettres, 1959, p. 74). *Vid.* también el comentario de DURRY a la Carta 96 (*ibid.*, p. 71), y DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, *cit.*, p. 123.

⁵⁰ DAHYOT-DOLIVET, J., “La procédure...”, *cit.*, pp. 95-105. A falta de datos fiables en otro sentido, lo más probable es que el emperador aprovechara las amplias competencias para la aplicación de la ley penal que le permitía la *cognitio extra ordinem* para perjudicar a los cristianos, ordenando que fueran detenidos y condenados (DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, *cit.*, p. 113; ALLARD, P., *Histoire des persécutions*, vol. I (“Les deux premiers siècles”, Troisième édition revue et augmenté), Roma: “L’Erma” di Bretschneider, 1971 (ristampa anastatica dell’edizione Paris 1903), p. 61).

⁵¹ DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, *cit.*, p. 110; sobre las cuestiones de procedimiento *vid.* también *Vid.* GIUFFRÈ, V., *La repressione...*, *cit.*, pp. 120-121.

B) El fundamento para la persecución: el cristianismo como amenaza al orden establecido.

La existencia de procesos penales evidencia que el Derecho penal romano preveía la observancia de ciertas garantías a la hora de imponer una pena⁵², esto es, la consecuencia jurídica de un delito cuya imposición se regía, entre otros, por el principio de legalidad penal (el comportamiento prohibido debía estar tipificado previamente)⁵³.

Aunque se ha debatido largamente cuál pudo haber sido el fundamento jurídico que sirvió de base a los primeros procesos contra los cristianos, lo más probable es que dicho fundamento no existiera, puesto que la *cognitio extra ordinem* no la requería. De hecho, se apunta una falta de base legal en un doble sentido: en el fondo y en la forma. En cuanto al fondo, no está clara la naturaleza del cargo o cargos inicialmente imputados a los cristianos, lo que lleva a concluir, desde el punto de vista material, que los cristianos no realizaron un comportamiento específicamente prohibido que justificara las persecuciones en los siglos I y II; por al contrario, en un primer momento se les imputaban conductas criminales de manera arbitraria para poder castigarlos, aunque esta práctica se fue abandonando, y ya en el siglo III no hay duda de que eran perseguidos por el mero hecho de ser cristianos. En cuanto a la forma, la ausencia de pruebas concluyentes sobre la existencia de algún instrumento normativo dictado por las autoridades romanas (senadoconsultos, leyes, edictos,..) en el que se tipificara como comportamiento prohibido la profesión del cristianismo y que fundamentara la adopción de medidas coercitivas hace suponer que en realidad no hubo ningún instrumento normativo con ese contenido en los siglos I y II, y, por tanto, las persecuciones de los cristianos en ese tiempo se desarrollaron al margen de la ley, carencia que se subsanó a partir del siglo III con la promulgación de edictos imperiales.

Ambos aspectos merecen ser tratados con cierto detenimiento. Así pues, se revisará a continuación cómo se pasó de basar la persecución de los cristianos en crímenes que se les imputaban arbitrariamente a castigar el cristianismo como tal (§ a), para, posteriormente,

⁵² Vid. MOMMSEN, T., *El Derecho...*, cit., pp. 58-59.

⁵³ En Roma la pena era “el mal que, *en retribución por un delito cometido*, se imponía a una persona, en virtud de sentencia judicial y con arreglo a preceptos legales, o bien con arreglo a costumbres que tuvieran fuerza de ley” (*ibid.*, p. 346), de manera que “para que hubiera pena propiamente dicha, era necesario que existiera una *ley del Estado donde se regulase previamente el delito y el procedimiento correspondiente*” (*cursiva añadida*) (*ibid.*, p. 59).

abordar la cuestión de la existencia de normas jurídicas que establecieran el carácter criminal del cristianismo (§ b).

a) *De la criminalización de los cristianos a la criminalización del cristianismo.*

Existe diversidad de opiniones entre la doctrina en relación con cuál pudo haber sido el comportamiento prohibido del que durante los siglos I y II se deducía la responsabilidad penal de los cristianos y que justificaba la apertura de una *cognitio extraordinem* para dictar su condena.

Se suele argumentar que el reconocimiento de un único Dios verdadero, postulado central de su religión, entraba en contradicción con la obligación de rendir culto a los emperadores⁵⁴, lo que podía traducirse en un *crimen maiestas*⁵⁵. Sin embargo, esta opinión debe ser matizada, pues la religión en Roma era muy tolerante, algo poco compatible con las exigencias de un culto exacerbado a la persona del emperador. El paganismo se limitaba a requerir la realización de determinados actos de culto⁵⁶ como un símbolo de lealtad y buena ciudadanía⁵⁷, mientras que el Estado se mostraba permisivo con la mayoría de manifestaciones religiosas⁵⁸, aceptando incluso religiones estrictamente monoteístas, como el judaísmo, ante las que se mostraba indiferente en la

⁵⁴ El sacrificio al emperador no se convertirá en obligatorio hasta el siglo III (MOREAU, J., *La persécution...*, cit., p. 23).

⁵⁵ MOMMSEN, T., *El Derecho...*, cit., p. 56, defendiendo que los cristianos eran acusados del más grave de los crímenes de majestad, la *perduellio* -alta traición- (sobre este particular, vid. ROBINSON, O. F., *The Criminal...*, cit., pp. 74-78). Para GUTERMAN, la legislación sobre *maiestas* y sobre *sacrilegium* (que este autor baraja como un posible cargo y que consistía en el robo de objetos sagrados) "had a much wider application than their terms would imply and could easily be employed against Christians" (GUTERMAN, S. L., *Religious toleration and persecution in Ancient Rome*, London: Anglon Press Ltd., 1951, p. 45). Cfr. comentario de M. DURRY a la Carta 96 en PLINE LE JEUNE, *Lettres*, cit., p. 71.

⁵⁶ DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, cit., p. 203. La realización de tales ritos resultaba a menudo problemática para los primeros cristianos, que reservaban ese tipo de honores para su Dios (GIBSON, H. W., "The Influence of Christianity upon the Law of Rome", *LMag. & Rev.*, Vol. 31 (4), 1906, p. 387).

⁵⁷ En cierta medida, la realización de cultos constituía la única vía para cohesionar la amalgama de pueblos, razas, religiones y lenguas que coexistían en el Imperio (MOREAU, J., *La persécution...*, cit., p. 22; vid. también la opinión de DURRY en PLINE LE JEUNE, *Lettres*, cit., p. 72, y ROBINSON, O. F., *The Criminal...*, cit., p. 95).

⁵⁸ El panteón romano no era estático, sino que se ampliaba según las necesidades de cada época, incorporando deidades extranjeras si era necesario políticamente (GUTERMAN, S. L., *Religious...*, cit., p. 27; EVANS, M. D., *Religious...*, cit., p. 16), y era habitual que los romanos se apropiaran de las divinidades de los pueblos vencidos y transformaran así a los enemigos en protectores (ALLARD, P., *Le Christianisme...*, cit., p. 1; GIBSON, H. W., "The Influence...", cit., p. 386).

medida en que no alteraran el orden público⁵⁹. No obstante, algunas creencias se consideraban *superstitiones*, es decir, religiones no aceptables, creencias foráneas de las que los Emperadores recelaban, y entre las que se habría encontrado durante largo tiempo el cristianismo⁶⁰; pero aunque muy probablemente los ciudadanos romanos tenían prohibida la práctica de ritos no autorizados, no está claro que esa práctica se castigara penalmente⁶¹.

En realidad, la religión romana presentaba una dimensión marcadamente política⁶², vinculada a la seguridad del Estado⁶³, de forma que era menos relevante la fe en las divinidades que la fidelidad al Estado que se deducía de la realización de ritos. Así pues, el verdadero problema surgió cuando la concepción político-religiosa de Roma entró en conflicto con las creencias cristianas⁶⁴. Aunque de forma lenta, los cristianos se consolidaron progresivamente como una fuerza social de obediencia única, lo que previsiblemente no fue del agrado de las autoridades romanas, preocupadas como estaban por mantener el orden establecido⁶⁵. Éstas no tardaron en ponerse en alerta ante ciertas actitudes de los primeros cristianos, a los que terminaron por considerar una secta peligrosa no sólo para el mantenimiento del orden público, sino incluso para la seguridad del Estado. Por una parte, se granjearon fama de conflictivos entre las autoridades romanas por los continuos enfrentamientos que protagonizaban dentro de la comunidad judía⁶⁶; por otra parte, determinados aspectos que caracterizaban a los

⁵⁹ CLARK, G., *Christianity...*, cit., p. 5; NORWOOD, F. A., *Strangers...*, cit., p. 92; DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, cit., p. 203; ALLARD, P., *Le Christianisme...*, cit., pp. 6-7; ROBINSON, O. F., *The Criminal Law...*, cit., p. 95; MOREAU, J., *La persécution...*, cit., p. 73.

⁶⁰ GIBSON, H. W., "The Influence...", cit., p. 388; CLARK, G., *Christianity...*, cit., p. 18. TÁCITO calificó el cristianismo de "execrable superstición" (*Ann.*, XV, 44, en: TÁCITO, *Anales* (trad. y prólogo de J. L. Moraleja), Barcelona: Circulo de Lectores, 1998, p. 521); también SUETONIO hablaba de los cristianos como "una clase de personas que profesa una superstición nueva y perniciosa" (*Nerón* VI, 16, 2, en: SUETONIO, *Vidas...*, cit., p. 142).

⁶¹ GUTERMAN, S. L., *Religious...*, cit., p. 34.

⁶² GIBSON, H. W., "The Influence...", cit., p. 387.

⁶³ WORKMAN, H. B., *Persecution...*, cit., p. 125. BARZANÒ vincula la preocupación de los romanos por regular jurídicamente la relación con lo divino a la idea de *pax deorum*, es decir, a "la convizione che gli uomini fossero radicalmente dipendenti dagli dèi e che, quindi, non solo la prosperità, ma la sopravvivenza stessa dello Stato dipendesse dalla sua capacità di mantenere con essi un buon rapporto" (BARZANÒ, A., *Il Cristianesimo nelle leggi di Roma imperiale*, Milano: Paoline, 1996, p. 13).

⁶⁴ NAVARRO-VALLS, R. y PALOMINO, R., *Estado y religión. Textos para una reflexión crítica*, Barcelona: Ariel (2ª ed.), 2003, p. 30; FREND, W.H.C., *Martyrdom and Persecution in the Early Church. A Study of a Conflict from the Maccabees to Donatus*, Oxford: Basil Blackwell, 1965, p. 1.

⁶⁵ GRANT, R. M., *Early Christianity and Society: Seven Studies*, San Francisco: Harper & Row, 1977, p. 1.

⁶⁶ Al respecto, SUETONIO refiere que Claudio mandó expulsar a los judíos de Roma hacia el año 49 porque "provocaban alborotos continuamente a instigación de Cresto" (*Claudio* V, 25, 4, en: SUETONIO,

seguidores del cristianismo, como su intenso proselitismo⁶⁷ -favorable a un monoteísmo radical que ponía en entredicho su lealtad a Roma⁶⁸-, su pacifismo extremo que los llevaba a eludir sus obligaciones militares⁶⁹, sus divergencias dentro del hogar con el modelo tradicional de familia romana⁷⁰, o su forma de organización social⁷¹, los hicieron sospechosos de subversión a los ojos de las autoridades imperiales⁷². Como GRANT señala, el cristianismo era básicamente visto como “an unnecessary, possibly a harmful, religion”⁷³. En consecuencia, los cristianos habrían sido perseguidos en tanto que enemigos del orden público y antisociales⁷⁴.

Asimismo, la oscuridad que los rodeaba favoreció que empezaran a correr rumores entre la población sobre las terribles prácticas que supuestamente llevaban a cabo,

Vidas de los doce Césares (trad. y notas de R. M. Agudo Cubas), Libros IV-VIII, Madrid: Editorial Gredos, 2001, pp. 102-103). La orden de expulsión dictada por Claudio se dirigía a los judíos en su conjunto, ya que es probable que las autoridades aún no distinguieran entre cristianos y judíos (EVANS, M. D., *Religious...*, cit., p. 17; SORDI, M., *Los cristianos y el Imperio romano* (trad. de A. Rodríguez Fierro), Madrid: Ediciones Encuentro, 1988, pp. 31-32; DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, cit., pp. 107-108; MOREAU, J., *La persécution...*, cit., p. 29), y, de hecho, en un primer momento muchos judíos veían a los cristianos como miembros del judaísmo (HILBERG, R., *The destruction of the European Jews*, vol. I, New York/London: Holmes & Meier, 1985 (rev. and def. ed.), p. 6). De hecho, los cristianos se beneficiaron en un primer momento de la tolerancia romana hacia los judíos (CLARK, G., *Christianity...*, cit., p. 6), quienes gozaban de ciertos privilegios en materia religiosa, e incluso podían reclamar cuando eran discriminados o acosados que el Derecho romano les permitiera reunirse para practicar sus cultos (*ibid.*; GRÉGOIRE, H., *Les persécutions dans l'Empire Romain*, Bruxelles: Palais des Académies, 1964, p. 24).

⁶⁷ EVANS, M. D., *Religious...*, cit., pp. 17 y 19; GIUFFRÉ, V., *La repressione...*, cit., p. 118. Sólo en dos casos se quebraba la tolerancia romana: cuando el Estado creía necesario intervenir en nombre del interés público o de la moral y cuando una religión pretendía “la domination exclusive des intelligences et des volontés” (ALLARD, P., *Le Christianisme...*, cit., p. 3).

⁶⁸ DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, cit., pp. 133-134; ALLARD, P., *Le Christianisme...*, cit., p. 4.

⁶⁹ WORKMAN, H. B., *Persecution...*, cit., p. 181, apuntando que el problema de pertenecer al ejército planteaba a los cristianos no sólo un problema teológico –puesto que eran ya “soldados de Cristo”-, sino también importantes inconvenientes prácticos, como la obligación de llevar a cabo sacrificios (*ibid.*, pp. 182-188). Vid. también EVANS, M. D., *Religious...*, cit., pp. 20-22, donde se analiza la concepción de los cristianos respecto de su papel en la defensa del Imperio Romano frente al enemigo exterior.

⁷⁰ WORKMAN, H. B., *Persecution...*, cit., pp. 138-148.

⁷¹ Según una estrategia de organización en células y redes fuertemente cohesionadas de apoyo mutuo entre los distintos grupos cristianos, cada uno de los cuales se denominaba *ekklesia*, es decir, *asamblea*, “a political term that might suggest an alternative society” (CLARK, G., *Christianity...*, cit., pp. 20-21).

⁷² Vid. WORKMAN, H. B., *Persecution...*, cit., p. 165; CLARK, G., *Christianity...*, cit., p. 39.

⁷³ GRANT, R. M., *Early...*, cit., p. 3.

⁷⁴ Esta es la posición mantenida por la mayor parte de la doctrina en la actualidad; vid. por ejemplo MOREAU, J., *La persécution...*, cit., p. 66; CLARK, G., *Christianity...*, cit., pp. 20 y 39; EVANS, M. D., *Religious...*, cit., p. 19; AUBE, B., *Les chrétiens dans l'Empire Romain. De la fin des Antonins au milieu du III^e siècle [180-249]*, Roma: L'Erma, 1971, pp. 72-73; ROBINSON, O. F., *The Criminal...*, cit., p. 97; DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, cit., p. 109.

alimentadas por la ambigüedad del lenguaje utilizado por los cristianos⁷⁵. Esas habladurías dieron a las autoridades fundamentos para perseguirlos, acusados de delitos comunes como la antropofagia, la asociación ilícita, la magia o el incesto⁷⁶.

En cualquier caso, ni eran perseguidos y condenados por delitos comunes ni por el crimen de *maiestas* o por *superstitio*, sino por el hecho mismo de ser cristianos⁷⁷, pese a que esta circunstancia no era reconducible a tipo penal alguno, lo que lleva a PUGLIESE a hablar de una suerte de delito “extraordinario”⁷⁸, si es que se puede denominar “delito” a una conducta que *a priori* no estaba prohibida, puesto que, como algún autor ha apuntado, no hay razones para creer que el cristianismo fuera ilegal durante los dos primeros siglos⁷⁹. Como denunciaba TERTULIANO (ca. 160 - ca. 220), lo que realmente se perseguía no era una determinada conducta prohibida, sino la adscripción a una determinada identidad⁸⁰, o, dicho de otra forma, un nombre (*nomen*)⁸¹.

⁷⁵ CLARK, G., *Christianity...*, cit., p. 20; ALLARD, P., *Le Christianisme...*, cit., p. 12; WORKMAN, H. B., *Persecution...*, cit., pp. 157-165; WORKMAN, H. B., *Persecution...*, cit., pp. 127-137.

⁷⁶ Por ejemplo, se ha sugerido que en la primera persecución -la decretada por el emperador Nerón (54-68) tras acusarlos de ser los responsables del incendio de Roma en el año 64- los cristianos fueron condenados por odio al género humano (*odium generis humani*), que constituiría un delito imputable a envenenadores y magos (ALLARD, P., *Le Christianisme...*, cit., p. 14; FREND, W.H.C., *Orthodoxy, Paganism and Dissent in the Early Christian Centuries*, Aldershot/Burlington: Ashgate, 2002, p. 821), pero la suerte que corrieron contradice esa opinión, ya que, como castigo, fueron arrojados a los perros o quemados vivos, las penas aplicables a los pirómanos (vid. CEZARD, L., *Histoire ...*, cit., pp. 9-14 y 19).

⁷⁷ Para FREND, los cristianos eran detenidos y acusados en tanto que cristianos, con delitos comunes asociados como cargos secundarios (FREND, W.H.C., *Orthodoxy...*, cit., p. 821; también GIUFFRÉ, V., *La repressione...*, cit., pp. 115-118). Con el tiempo, la autoridad romana dejó de prestar atención a este tipo de acusaciones, pero ello no supuso el fin de las persecuciones (GRÉGOIRE, H., *Les persécutions...*, cit., p. 24).

⁷⁸ PUGLIESE, G., “Linee generali...”, cit., p. 781.

⁷⁹ ROBINSON, O. F., *The Criminal ...*, cit., p. 96.

⁸⁰ DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, cit., pp. 110-111.

⁸¹ “Puesto que en todo nos tratáis en forma distinta que a los demás culpables, con una sola pretensión, que perdamos este nombre (pues efectivamente lo perdemos si llegamos a hacer lo que hacen los no cristianos), podéis comprender que no es un crimen lo que está en litigio, sino un nombre, perseguido por no sé qué clase de odio, cuyo único fin es impedir que los hombres conozcan con seguridad lo que ellos tienen la seguridad de desconocer. Así pues, creen acerca de nosotros cosas que no se prueban, y al mismo tiempo no quieren indagar para que no se les demuestre que no existe lo que ellos quieren creer. De forma que se castiga un nombre enemigo de aquel odio, basándose en crímenes que se suponen y no se prueban, simplemente por confesarlo. Así pues, se nos tortura cuando confesamos, se nos castiga cuando perseveramos y se nos absuelve cuando renegamos; porque se lucha sólo contra un nombre.

Y finalmente ¿por qué en la tablilla escribís “cristiano” y no también “homicida”, si es homicida el cristiano? ¿Por qué no también “incestuoso” o cualquier otro de los crímenes que nos imputáis? ¿Solamente tratándose de nosotros da vergüenza o lástima llamar a los delitos por su nombre? Si “cristiano” no es el nombre de ningún delito, hacer del nombre un delito es absurdo” (*Apol.*, 2, 18-20, en: TERTULIANO, *Apologético. A los gentiles* (introducción, traducción y notas de C. Castillo García), Madrid: Editorial Gredos, 2001, pp. 61-62).

b) *La progresiva tipificación del cristianismo como conducta prohibida.*

Si se acepta que el hecho mismo de ser cristiano en el Alto Imperio romano podía estar prohibido, entonces sería de prever que, de conformidad con el principio de legalidad penal, hubiera una norma que estableciera ese *non licet esses christianos*⁸² y que fundamentara el inicio de un proceso contra los presuntos autores de tal actividad prohibida. Sin embargo, la aparente ausencia durante los primeras oleadas de persecuciones de un instrumento normativo en el que se tipificara ese presunto delito de cristianismo y la inexistencia de un criterio claro sobre cómo se debía desarrollar el procedimiento contra los cristianos no vendrían sino a corroborar el carácter *extra ordinem* de su persecución.

Cuál fue el instrumento jurídico sobre el que se basaban los procesos seguidos contra los cristianos a la muerte de Nerón es una cuestión rodeada de incertidumbre⁸³. Ciertas fuentes sugieren la existencia de un edicto emitido por este emperador⁸⁴ (el llamado *institutum neronianum*)⁸⁵ que permitiría la persecución general de los cristianos porque en él se prohibía ser cristiano⁸⁶, mientras que otras teorías apuntan a la existencia de un principio republicano que prohibiría la *superstitio illicita*⁸⁷. Sin embargo, la más que posible inexistencia en el siglo II de una base jurídica que fundamentara la persecución de los cristianos se pone de manifiesto en una carta enviada a Trajano (98-117) por Plinio el Joven (gobernador de la provincia de Bitinia, en Asia Menor, desde el año 111 o 112), quien planteó al emperador la cuestión de cómo había de tratar a los cristianos.

⁸² SORDI, M., *Los cristianos...*, cit., p. 66; GRÉGOIRE, H., *Les persécutions...*, cit., p. 155.

⁸³ Para GUÉRIN, el silencio de los documentos prueba que no existía ninguna disposición al respecto, puesto que "les mesures, si elles existaient, devaient être connues de tout le monde" (GUÉRIN, L., "Étude sur le fondement juridique des persécutions contre les chrétiens", *NRHDFE*, tomo XIX, 1895, p. 723).

⁸⁴ ALLARD, P., *Histoire des persécutions pendant les deux premiers siècles*, cit., pp. 64-66; DAHYOT-DOLIVET, J., "La procédure...", cit., p. 96; GUERIN, L., "Étude...", cit., pp. 729-730 (aunque este último autor no cree que el edicto siguiera vigente a la muerte de Nerón). Cfr. CEZARD, L., *Histoire...*, cit., p. 18; JOSSA, G., *I cristiani e l'Impero romano. Da Tiberio a Marco Aurelio*, Napoli: M. D'Auria Editore, 1991, p. 59.

⁸⁵ *Ad nat.*, 1, 7, 8 (TERTULLIEN, *Le premier livre Ad Nationes de Tertullien* (introduction, texte, traduction et commentaire par A. Schneider), Rome: Institut Suisse de Rome, 1968, p. 70).

⁸⁶ Para DURRY, este *institutum* era una legislación especial contra los cristianos en el que se decretaba la ilicitud de ser cristianos (*vid.* PLINE LE JEUNE, *Lettres*, cit., p. 71).

⁸⁷ Se trataría de un "principe législatif républicain [...], extrêmement élastique, prohibant la *superstitio illicita*" (GRÉGOIRE, H., *Les persécutions...*, cit., p. 24), y se basaría en un senadoconsulto del año 35, a raíz de una solicitud que Tiberio habría hecho al Senado de reconocer la divinidad de Jesús y otorgar por tanto al cristianismo el estatuto de *religio licita*, pero que el Senado habría rechazado y, por consiguiente, el cristianismo habría pasado a ser una religión ilícita (BARZANÒ, A., *Il Cristianesimo...*, cit., pp. 21-24; SORDI, M., *Los cristianos...*, cit., pp. 24-28; cfr. GUÉRIN, L., "Étude...", cit., p. 728).

Plinio desconocía a qué hechos y en qué medida se aplicaban la pena y los procedimientos habituales⁸⁸, y dudaba sobre qué era lo que se debía castigar: la profesión de la fe cristiana en sí misma o los crímenes que iban ligados a dicha profesión⁸⁹. La respuesta de Trajano confirma que no existía norma general alguna sobre la cuestión, aunque también evidencia que el emperador daba por supuesta la existencia de un régimen de prohibición del cristianismo, probablemente atribuido a Nerón. Pero, en lugar de abolir un régimen carente de sustento legal, el emperador optó por aconsejar a Plinio no buscar a los cristianos de oficio ni admitir denuncias anónimas, y, si hubiera una denuncia oficial, castigar sólo a quienes admitieran la acusación al ser interrogados, pero no a quienes lo negaran⁹⁰. La condena quedaría así supeditada a que la persona acusada se declarara cristiana, se pudiera probar o no, y aunque su comportamiento fuera irreprochable desde cualquier otro punto de vista; por tanto, era una condena por el *nomen*, es decir, una condena por cristianismo, pese a que no había norma alguna que prohibiera ser cristiano (y que, en cualquier caso, tampoco Trajano dictó durante su mandato). Por tanto, en ausencia de un comportamiento prohibido específicamente tipificado y de un procedimiento ordinario para el enjuiciamiento de las personas acusadas de haberlo cometido⁹¹, el recurso a la persecución se convirtió en una práctica fundamentada en el principio de la culpabilidad de los cristianos en tanto que tales⁹².

La carta de Trajano es lo más parecido a una regulación jurídica de la persecución que se puede encontrar en esa época, y marca un cambio con respecto a las décadas precedentes en cuanto al fundamento jurídico de la persecución, ya que a partir de entonces y durante todo el siglo II las respuestas de los emperadores a las dudas planteadas por sus delegados, es decir, los **rescriptos**, serán los instrumentos normativos que en alguna medida regularán la política persecutoria⁹³.

⁸⁸ *Epis.*, X, 96, 1, en: PLINIE LE JEUNE, *Lettres*, *cit.*, pp. 73 y 74.

⁸⁹ *Epis.*, X, 96, 2, en: *ibid.*, p. 74.

⁹⁰ *Epis.*, X, 97, en: *ibid.*, p. 75.

⁹¹ LAST, H., "The Study of the 'Persecutions'", *The Journal of Roman Studies*, vol. 27, Part 1 ("Papers Presented to Sir Henry Stuart Jones"), 1937, p. 81; GUTERMAN, S. L., *Religious...*, *cit.*, p. 48.

⁹² GREGOIRE, H., *Les persécutions...*, *cit.*, p. 155.

⁹³ *Vid.* ALLARD, P., *Histoire des persécutions pendant les deux premiers siècles*, *cit.*, p. iii.

Mediante un rescripto modificó Adriano (117-138) el régimen establecido por Trajano, sustituyendo el criterio de la culpabilidad de los cristianos en tanto que tales por una nueva norma: los cristianos denunciados como tales sólo serían castigados cuando resultaran culpables de haber infringido alguna ley, es decir, de haber cometido algún delito común (*vid.* WORKMAN, H. B., *Persecution...*, *cit.*, pp. 217-219; SORDI, M., *Los cristianos...*, *cit.*, pp. 69-70; FRENCH, W.H.C., *Orthodoxy...*, *cit.*, p. 822; GRÉGOIRE, H., *Les*

La cuestión de la base jurídica de las persecuciones se aclara en el siglo III, pues por primera vez se establecerán en un instrumento normativo, los **edictos imperiales**⁹⁴, en los cuales generalmente se indica qué se castiga, en qué medida y cuáles son las penas aplicables a los seguidores de esta fe, y que dotarán a las persecuciones de un alcance general en todo el Imperio. Se abre entonces una nueva fase de las persecuciones, que ahora cuentan con una cobertura legal específica, cuando sin embargo la noción ya ha desaparecido del ámbito procesal. Hasta ese momento la política persecutoria ha consistido esencialmente en brotes de violencia asistemáticos⁹⁵: los cristianos son perseguidos aisladamente, en el ámbito local, por decisión de los gobernadores provinciales, sobre todo en función del ánimo popular en cada momento⁹⁶; en consecuencia, la persecución carece de carácter universal, ya que son los particulares con sus denuncias, más que el Estado, quienes la ponen en marcha⁹⁷.

persécutions..., cit., p. 155. Cfr. ALLARD, P., *Histoire des persécutions pendant les deux premiers siècles*, cit., p. i; DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, cit., pp. 118-119, excluyendo que este rescripto modificara el régimen de Trajano). Bajo el gobierno de su sucesor, Antonio Pío (138-161), este rescripto fue empero "interpretado en su forma más reductiva, como simple confirmación de la norma de Trajano y con el único añadido [...] de dejar a la acusación el peso de la demostración" (SORDI, M., *Los cristianos...*, cit., p. 71). Asimismo, en un primer momento del reinado del siguiente emperador, Marco Aurelio (161-180) se siguió aplicando la regulación de Trajano (ALLARD, P., *Le Christianisme...*, cit., p. 57), aunque posteriormente (en torno al año 177) se intensificaron las persecuciones, permitiendo que los cristianos fueran buscados de oficio (SORDI, M., *Los cristianos...*, cit., pp. 74-76; la modificación de la regla de no perseguir de oficio se pudo haber producido como consecuencia de un decreto imperial, aunque este extremo no está claro, vid. GRÉGOIRE, H., *Les persécutions...*, cit., pp. 155-157).

⁹⁴ Vid. ALLARD, P., *Histoire des persécutions pendant les deux premiers siècles*, cit., p. iii.

Es discutible si entre estos edictos puede incluirse el adoptado por Septimio Severo (193-211) en 202, por el que se prohibía la propaganda y la conversión al judaísmo y al cristianismo, aparentemente con el fin de frenar la veloz expansión que ambos estaban experimentando, pero que no atacaba a quienes ya lo eran o adquirieran estas religiones por razón del nacimiento (AUBÉ, B., *Les chrétiens...*, cit., pp. 71, 72, 75-76; cfr. ALLARD, P., *Histoire des persécutions pendant la première moitié...*, cit., p. 63).

⁹⁵ Que ciertamente evocan los pogromos que desde el siglo XIX sufrieron los judíos en Europa del Este primero y después en Alemania. Tras algunos incidentes aislados bajo los flavios Vespasiano (69-79) y Tito (79-81) (ALLARD, P., *Histoire des persécutions pendant la première moitié...*, cit., p. 85), Domiciano (81-96) desencadenó una persecución contra los cristianos, aparentemente motivada por razones fiscales (vid. SORDI, M., *Los cristianos...*, cit., pp. 43-57). Tras él se inició la dinastía antonina (96-192) con una etapa de tolerancia, ya que el emperador Nerva (98-117) adoptó diversas medidas que obstaculizaban cualquier intento de retomar las persecuciones contra los cristianos (ALLARD, P., *Histoire des persécutions pendant la première moitié...*, cit., pp. 134-135), aunque la carta de Plinio el Joven a Trajano apuntaría a que éstas se mantuvieron de oficio. También la tolerancia hacia los cristianos en Roma caracterizó en general la época de los Severos (193-235) (SORDI, M., *Los cristianos...*, cit., pp. 77-78), aunque se produjeron episodios de persecución, por ejemplo, en Alejandría y en África bajo el mandato de Septimio Severo (AUBÉ, B., *Les chrétiens...*, cit., pp. 127-129, 170-181 y 235-236; ALLARD, P., *Histoire des persécutions pendant la première moitié...*, cit., pp. 85-142).

⁹⁶ Cuando el odio contra los cristianos se avivaba –sobre todo ante desastres naturales–, abundaban las delaciones (CLARK, G., *Christianity...*, cit., p. 47; DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, cit., p. 121).

⁹⁷ ALLARD, P., *Le Christianisme...*, cit., pp. 67-68; vid. también NORWOOD, F. A., *Strangers...*, cit., p. 92.

A partir del siglo III, por el contrario, se puede hablar de una lucha abierta entre el Imperio y la Iglesia⁹⁸: las persecuciones se orquestan desde el gobierno imperial⁹⁹ y se dirigen contra la Iglesia como organización, una entidad que ha ido creciendo fuera de foco, afianzando su personalidad jurídica durante las décadas precedentes¹⁰⁰, y que ahora emerge unida y en expansión¹⁰¹. Su creciente poder y su riqueza mobiliaria e inmobiliaria¹⁰² la convierten en una amenaza para el Imperio, lo que hace que su total supresión sea claramente una necesidad política¹⁰³, hasta el punto de que a mediados del siglo III la destrucción de la Iglesia es un objetivo al servicio del cual se ponen todos los recursos del Estado¹⁰⁴. Por ello, el enfrentamiento entre los dos poderes que coexisten ahora sobre el mismo territorio -el Imperio pagano y la Iglesia¹⁰⁵- se traduce en grandes persecuciones, como las emprendidas por Decio (emperador de 249 a 251)¹⁰⁶, Valeriano

⁹⁸ WORKMAN, H. B., *Persecution...*, cit., pp. 201-202; DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, cit., pp. 106-107. Las luchas entre ambos, plasmadas en las persecuciones, son calificadas de “guerras” en ALLARD, P., *Histoire des persécutions pendant les deux premiers siècles*, cit., p. ii, que concluyen con “vrais traités de paix”, en los que el Estado devuelve a la Iglesia los bienes confiscados y le reconoce implícitamente el derecho a la existencia (*ibid.*, p. ii).

⁹⁹ La animadversión popular hacia el cristianismo del siglo II se atenúa en el siguiente siglo, posiblemente porque su amplia expansión le hizo perder su secretismo (DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, cit., pp. 137-138).

¹⁰⁰ El derecho de la comunidad cristiana a poseer bienes inmuebles a su nombre (y no por persona interpuesta) está ya bien establecido en el siglo III (GRÉGOIRE, H., *Les persécutions...*, cit., p. 163; ALLARD, P., *Histoire des persécutions pendant la première moitié...*, cit., p. 184). La consolidación de la Iglesia como asociación se explica a partir de su acceso en tanto que entidad a la propiedad del suelo, como consecuencia de la progresiva colectivización de los cementerios cristianos (*ibid.*, pp. 6-9), favorecida por el desarrollo de las asociaciones funerarias -a las que desde fines del siglo II se les permitía legalmente poseer lugares de sepultura- (*ibid.*, pp. 10-12). Esta política se fortalece bajo el reinado de Alejandro Severo -supuestamente el primer emperador en reconocer expresamente el derecho de los cristianos a existir: *christianos esse passus est* (AUBE, B., *Les chrétiens...*, cit., p. 299; ALLARD, P., *Le Christianisme...*, cit., p. 91)-, permitiendo a los cristianos adquirir territorios y construir iglesias. Además se consolida una “aristocracia” cristiana, la influencia de cuyos obispos va más allá de las congregaciones (WORKMAN, H. B., *Persecution...*, cit., p. 240; AUBE, B., *Les chrétiens...*, cit., p. 419).

¹⁰¹ Durante los siglos I y II el Estado persigue a los cristianos, pero ignora a la Iglesia, organización que poco a poco va consolidándose en el interior del Imperio y sólo saltará a la vista del Estado a principios del siglo III (ALLARD, P., *Histoire des persécutions pendant la première moitié...*, cit., pp. 2-3), aprovechando el debilitamiento de las instituciones civiles romanas (AUBE, B., *Les chrétiens...*, cit., pp. 61-62 y 287-289).

¹⁰² ALLARD, P., *Histoire des persécutions pendant la première moitié...*, cit., p. 436.

¹⁰³ WORKMAN, H. B., *Persecution...*, cit., p. 230. Dado el grado de expansión del cristianismo dentro de la sociedad, “the risk of disloyalty could be, and was, seen as real in a period of economic break-down and military threat from the Goths” (ROBINSON, O. F., *The Criminal...*, cit., p. 97).

¹⁰⁴ WORKMAN, H. B., *Persecution...*, cit., p. 230.

¹⁰⁵ ALLARD, P., *Histoire des persécutions*, vol. IV-1 (“Persécutions de Dioclétien et le triomphe de l’Église”), Roma: “L’Erma” di Bretschneider, 1971 (ristampa anastática dell’edizione Paris 1903), p. xi.

¹⁰⁶ Aunque esta persecución finalizó a la muerte de Decio, su sucesor, Galo (251-253), emprendió una nueva persecución contra los cristianos (WORKMAN, H. B., *Persecution...*, cit., p. 249).

(253-260)¹⁰⁷ o Diocleciano (284-305)¹⁰⁸, cuyos edictos bien prohibían las prácticas cristianas, bien preveían duras penas para los cristianos¹⁰⁹.

En este estado de cosas, la promulgación por Constantino (306-337) del *Edicto de Milán* en 313, por el que se reconocía a todos los habitantes del Imperio la libertad de culto¹¹⁰ -y a partir del cual los cristianos gozaron de forma habitual del favor imperial¹¹¹-, rubricó de alguna forma el triunfo de la Iglesia tras los embates del siglo III, triunfo que fue definitivo en 380, bajo el reinado de Teodosio, quien proclamó el cristianismo trinitario religión oficial del Imperio y prohibió los movimientos heréticos y disidentes (*Edicto de*

¹⁰⁷ El fin de esta persecución llegó con un edicto de tolerancia emitido por Galieno en 260, por el que se restituyeron a la Iglesia las basílicas confiscadas, se reabrieron los cementerios y se garantizó la libertad de credo, con lo que el cristianismo logró el reconocimiento de *religio licita*, que duró hasta el advenimiento de Diocleciano (ALLARD, P., *Les dernières persécutions...*, cit., pp. 165-167). La única excepción en este periodo de calma fue un edicto emitido en 274 por Aureliano (214-275) que da inicio a una persecución concluida pocos meses después de su muerte, aunque dicho edicto cayó casi inmediatamente en desuso (ALLARD, P., *Le Christianisme...*, cit., p. 113).

¹⁰⁸ Aunque Diocleciano abdicó en 305, su sucesor, Galerio (260-311), intensificó la política para suprimir el cristianismo, de manera que a partir de 308 la pena de muerte se convierte en el castigo habitual a la fe cristiana (WORKMAN, H. B., *Persecution...*, cit., p. 277). Sin embargo, en 311, en su lecho de muerte y probablemente dominado por la superstición y el miedo a lo desconocido, dictó el *Edicto de tolerancia de Nicomedia* por el que decidía que existieran de nuevo los cristianos (*ut denuo sint christiani*) y rescindía los edictos anteriores (*ibid.*, pp. 278-279; ALLARD, P., *Le Christianisme...*, cit., pp. 140-141).

¹⁰⁹ Por ejemplo, desobedecer la orden de realizar sacrificios impuesta por Decio en 250 (SELINGER, R., *The Mid-Third Century Persecutions of Decius and Valerian*, Frankfurt am Main: P. Lang, 2004, pp. 32-53) acarrearía un proceso criminal durante el cual se intentaba hacer apostatar a los cristianos mediante tortura, o -de resultar ésta infructuosa- se imponían como penas la muerte o el exilio; además, los bienes de los condenados desterrados y de los fugitivos pasaban al fisco (ALLARD, P., *Le Christianisme...*, cit., p. 99; WORKMAN, H. B., *Persecution...*, cit., pp. 244-245).

Igualmente, un edicto de Valeriano del año 257 decretó enviar al exilio a los miembros del clero y prohibía prácticas como la reunión para la oración o el uso de los cementerios cristianos (*ibid.*, p. 252; SELINGER, R., *The Mid-Third...*, cit., p. 95; ALLARD, P., *Le Christianisme...*, cit., p. 102), y otro de 258 ordenó imponer la pena de muerte a los miembros de la alta jerarquía eclesiástica que se negaran a abjurar y castigar a los senadores, nobles y caballeros que no renunciaran a la religión cristiana (WORKMAN, H. B., *Persecution...*, cit., p. 254; SELINGER, R., *The Mid-Third...*, cit., p. 95; ALLARD, P., *Les dernières persécutions...*, cit., pp. 79-80).

La etapa más dura -la llamada "Gran Persecución"- llegó con Diocleciano, iniciándose en 303 con un edicto que establecía medidas orientadas a acabar con la Iglesia: todas las iglesias debían ser destruidas, los libros sagrados quemados y los bienes valiosos de las iglesias confiscados; se prohibían las reuniones para el culto; y se castigaba a los cristianos que persistieran en mantener su fe -desproveyendo a aquellos que ostentaban un rango elevado de derechos civiles, reduciendo a la condición de esclavos a quienes fueran de condición humilde, impidiendo que los esclavos pudieran ser nunca más liberados- (NORWOOD, F. A., *Strangers...*, cit., p. 94; DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, cit., pp. 35-36 y 38). Un segundo edicto de ese mismo año (ALLARD, P., *Le Christianisme...*, cit., p. 126) ordenaba el arresto del clero, aunque meses después se decretó la amnistía y el perdón de todos los detenidos, a condición de que hicieran sacrificios (DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, cit., pp. 37-38). Un último edicto (304) conminaba a realizar sacrificios, so pena de castigos atroces, incluida la muerte (*ibid.*, pp. 42 y 59; ALLARD, P., *Le Christianisme...*, cit., p. 130).

¹¹⁰ WORKMAN, H. B., *Persecution...*, cit., pp. 273-274.

¹¹¹ ROBINSON, O. F., *The Criminal...*, cit., p. 97.

Tesalónica)¹¹², dándole un estatuto de oficialidad que terminará de afianzarse con la prohibición del paganismo por el *Edicto de Constantinopla* (392).

En resumen, se puede afirmar que la desnaturalización de la *persecutio* de su origen jurídico procesal se produce porque simbólicamente se asume la transformación de su instrumentalidad procesal como inicio de la *cognitio extra ordinem* en el inicio de una acción arbitraria de criminalización y represión respecto a los miembros de un colectivo. En su nueva concepción, el término presentará connotaciones negativas, reflejo de una serie de rasgos característicos de las persecuciones en el Imperio Romano que aquí se han extraído de la obra de los apologistas romanos:

(i) Quienes ostentan el poder consideran a los perseguidos enemigos públicos¹¹³.

(ii) Su animadversión hacia ellos se traduce en un trato discriminatorio con respecto al resto de la población, a la que se permite sin restricciones comportamientos prohibidos para el grupo perseguido¹¹⁴.

(iii) No existe un delito tipificado que justifique el inicio de la persecución: el único delito es pertenecer a ese grupo que las autoridades consideran indeseable y una amenaza¹¹⁵.

(iv) Finalmente, para garantizar que los miembros de ese grupo son castigados se activan todos los mecanismos de que dispone el poder público, lo que culmina con un castigo sin que se hayan observado garantías procesales¹¹⁶.

¹¹² ALLARD, P., *Le Christianisme...*, cit., p. 263.

¹¹³ *Építome*, 37, 3-4, en: LACTANCE, *Építomé des institutions divines* (introduction, texte critique, traduction, notes et index par M. Perrin), Paris: Les Éditions du Cerf, 1987, p. 187.

¹¹⁴ ATENÁGORAS alegaba que Roma era tolerante con las costumbres y religiones locales de todos los demás, y pedía el mismo trato para los cristianos (vid. ATENÁGORAS, *Supplica per i cristiani* (texto crítico e commento di P. Ubaldi), Torino: Società Editrice Internazionale, 1933, pp. xxiii-xxiv). TERTULIANO, por su parte, no tenía dudas de que la discriminación que sufrían los cristianos en medio de un ambiente general de tolerancia era debida a que no adoraban al dios de los romanos, pese a que la religión era una cuestión de conciencia y nadie podía imponer la fe coercitivamente (*Apol.*, 24, 6-9, en: TERTULIANO, *Apologético...* cit., pp. 133-134). En 212 defenderá que la libertad religiosa se fundamenta en la ley natural y en la ley humana, y que la religión debe ser aceptada espontáneamente y no por la fuerza (*Liber ad Scapulam*, II, 2, en: TERTULIANO, *Quinti Septimii Florentis Tertulliani Presbyteri Cartaghiniensis opera omnia* (edición de J.-P. Migne), Patrologiae Latinae Tomus 1, Turnhout: Brepols, 1956, p. 699).

¹¹⁵ Vid. *Apol.*, 2, 18-20, en: TERTULIANO, *Apologético...*, cit., pp. 61-62), y "Primera Apología de Justino en favor de los cristianos dirigida a Antonino Pio", en: SAN JUSTINO, *Apologías* (trad., prólogo y notas de H. Yabén), Sevilla: Apostolado Mariano, 1990, párr. 4, pp. 38-39.

¹¹⁶ "[...] si alguno reniega de ese nombre y afirma que no es cristiano, lo dejáis libre. [dando a entender] que en nada tenéis que argüirle de delito. Pero si alguno confiesa le imponéis la pena por la sola confesión, siendo así que lo oportuno sería examinar la conducta del que confiesa y del que niega, para que por los actos

Este patrón, sin embargo, no se agotará con el fin de las persecuciones de los cristianos, sino que se mantendrá en las persecuciones de los siglos venideros, como se podrá comprobar a lo largo de este capítulo.

1.2. LA PERSECUCIÓN RELIGIOSA EN EUROPA DESDE LA CAÍDA DEL IMPERIO ROMANO HASTA LA PAZ DE WESTFALIA.

La consolidación de la Iglesia como una estructura poderosa se manifestará en toda su amplitud en la Edad Media, unida al poder civil. Durante siglos, la influencia del elemento religioso sobre el poder condicionará necesariamente la respuesta de quienes lo ostentan frente a las opiniones divergentes: la disidencia religiosa es una amenaza al poder político, y la disidencia política un ataque al poder religioso. La alianza entre el trono y el altar se fortalece en la persecución del enemigo común: el hereje.

La unión del poder civil y el poder religioso se estrechará aún más con el triunfo de la Reforma protestante, que dividirá las lealtades de los príncipes en torno a las diferentes creencias, en un intento de afianzar su poder frente al emperador. La complejidad de las relaciones que surgirán entre los diversos centros de poder secular/religioso degenerará en un estado de guerra general en el Occidente europeo, la Guerra de los Treinta Años (1618-1648). El saldo será una Europa arrasada que forzará el establecimiento de reglas del juego para permitir la coexistencia de las entidades territoriales resultantes del resquebrajamiento de la sociedad medieval: los Estados.

Las persecuciones ocupan un lugar destacado en todo este proceso, aunque su alcance variará en función de la época. Durante la Edad Media conservarán el carácter esencialmente interno que habían tenido en el Imperio romano, puesto que la lucha contra la heterodoxia se plantea como un pilar fundamental de la unidad político-religiosa de la *Respublica Christiana*; por el contrario, en las relaciones de ésta con otras entidades territoriales se tiende a garantizar la libertad religiosa. La situación dará un vuelco cuando el triunfo de un sector de la heterodoxia, el protestantismo, venga acompañado de las simpatías de algunos príncipes que verán en él una oportunidad de desembarazarse del poder imperial. La reacción de los poderes medievales frente a estas afinidades político-religiosas ya no logrará revertir

pueda conocerse qué tal es cada uno" (*ibid.*, p. 39; *vid.* también las críticas de LACTANCIO en *Epitome*, 37, 4, en : LACTANCE, *Épitomé...*, *cit.*, p. 187).

la situación, inevitablemente abocada hacia una nueva etapa de la Historia, la Edad Moderna. La solución a la cuestión religiosa pasará entonces por implantar el principio *cuius regio eius religio*, que si bien determinará la vigencia del principio de igualdad religiosa como principio regulador de las relaciones entre las entidades territoriales surgidas de este proceso, en el plano interno constituirá un argumento perfecto para imponer la unidad religiosa, admitiéndose sólo una limitada tolerancia religiosa.

El fenómeno de la persecución, en conexión con la cuestión de la tolerancia religiosa, será abordado aquí a lo largo de ambas épocas, comenzando por la Edad Media (§ A) y prosiguiendo con la transición a la Edad Moderna (§ B).

A) El fenómeno de las persecuciones durante la Edad Media.

Desde el momento en que el cristianismo se convirtió en religión oficial, uno de los grandes objetivos de las autoridades eclesiales fue garantizar la ortodoxia. Para ello, la alianza con el poder civil resultaba esencial, de manera que una de las consecuencias más evidentes de la estrecha relación entre el poder político y el poder religioso en la Europa medieval fue la anulación de cualquier tentativa de libertad religiosa que pudiera poner en peligro el *statu quo*. Las persecuciones tuvieron como objetivo tanto a paganos como a herejes y cismáticos dentro del cristianismo¹¹⁷, y, dado que en el interior de la Cristiandad no había lugar para los cuestionamientos políticos o religiosos, el poder civil se puso al servicio de la Iglesia para eliminar a los disidentes.

Sin embargo, en la política medieval se observa una cierta dualidad en el tratamiento de la libertad religiosa, puesto que esta búsqueda denodada de homogeneidad *ad intra* no alcanzaba al exterior de la *Res publica Christiana*, donde el desarrollo de las relaciones con otras entidades territoriales estaba normalmente marcado por la tolerancia religiosa hacia otras comunidades monoteístas. Esta práctica se aprecia sobre todo en las relaciones de la época con los reinos musulmanes, primero con los territorios de los califatos omeya y abasida, y posteriormente con el Imperio Otomano. Este último merece un especial interés, por cuanto su estructura socio-administrativa favorecía la coexistencia en su seno de distintas comunidades religiosas, aunque ello no quiere decir que la diferente organización lograra evitar las persecuciones a lo largo de su historia.

¹¹⁷ Una lista de los herejes y cismáticos en esta época, con breves descripciones que permiten una aproximación general al tema, puede consultarse en BARZANÓ, A., *Il Cristianesimo...*, cit., pp. 360-372.

Sobre estas premisas, este apartado se aproximará al localismo de la persecución en la Edad Media (§ a), que contrasta con el tratamiento de la libertad religiosa en las relaciones con el mundo islámico (§ b).

a) *La persecución como un fenómeno local.*

El fin del Imperio Romano de Occidente, en 476, abrió una oscura etapa en la historia de Europa occidental¹¹⁸, que sin embargo volvería a ver resurgir el ideal imperial con la coronación de Carlomagno como emperador en el año 800 por el Papa León III¹¹⁹. La unión del poder político y religioso se convirtió así en una realidad incontestable durante la Edad Media, con el Emperador y el Papa como instituciones supremas en lo terrenal y en lo espiritual respectivamente.

Fundamentada en el principio de totalidad o indivisibilidad, la Cristiandad centró su atención no en el hombre, sino en el cristiano¹²⁰. Como recuerda ULLMANN, la totalidad del hombre era cristiana, y “así como el cristiano era una unidad, un *totum*, la unión de todos los cristianos en un cuerpo era también un todo indivisible”¹²¹, un cuerpo únicamente cohesionado “por la fe cristiana y la adhesión a las normas deducibles de ella”¹²². Por consiguiente, los paganos y los cristianos heterodoxos difícilmente tenían cabida en el territorio de la Cristiandad¹²³.

Así pues, el monopolio espiritual alcanzado por el cristianismo en Europa no supuso, ni mucho menos, el fin de las persecuciones religiosas durante la Edad Media. Paradójicamente, los nuevos perseguidores negarán que sus acciones puedan ser

¹¹⁸ Etapa que “no era favorable a desarrollos jurídicos de carácter internacional” (NUSSBAUM, A., *Historia del Derecho Internacional* (trad. de F. J. Osset), Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949, p. 19).

¹¹⁹ Aunque su muerte impidió que el Imperio Carolingio tuviera continuidad, el modelo imperial fue restablecido en 962 por el rey germánico Otón I, bajo la forma del Sacro Imperio Romano Germánico.

¹²⁰ ULLMANN, W., *Principios de gobierno y política en la Edad Media* (trad. de G. Soriano), Madrid: Eds. de la Revista de Occidente, 1971, p. 38.

¹²¹ *Ibid.*, p. 39. En la práctica, este ideal de la unidad no se alcanzó, sino que, siguiendo la descripción de TRUYOL, la Cristiandad fue en realidad un cuerpo social jerarquizado, pero no unitario, integrado por otros cuerpos sociales que gozaban de gran autonomía (TRUYOL Y SERRA, A., *Histoire...*, cit., p. 20).

¹²² ULLMANN, W., *Principios...*, cit., p. 39.

¹²³ La unidad tanto en la fe como en la organización es una idea recurrente desde el momento mismo en que el Imperio romano se hizo cristiano, pues ya Constantino sintió la necesidad de imponer la unidad en la fe (DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, cit., pp. 214-215). Como apunta HILBERG, a diferencia de los romanos precristianos, “who claimed no monopoly on religion and faith”, la Iglesia cristiana insistió en la aceptación de la doctrina cristiana (HILBERG, R., *The destruction...*, cit., p. 5).

calificadas como persecuciones¹²⁴, pese a que su comportamiento y el de los emperadores romanos que defendían el paganismo era esencialmente igual. La gran diferencia era que el cristianismo se había convertido en la religión dominante, y sobre el titular del Sacro Imperio recaía la obligación de defender la Iglesia. De manera que los esfuerzos por protegerla frente a cualquier cuestionamiento de la ortodoxia provocaron que dentro del territorio de la Cristiandad las herejías fueran ferozmente perseguidas¹²⁵, actitud ésta que revelaba un componente marcadamente político, pues el hereje era visto por los gobernantes de la Iglesia y del Estado como una fuerza revolucionaria capaz de destruir la sociedad cristiana¹²⁶ (de hecho, los propios movimientos disidentes generalmente se gestaban y difundían impulsados por ese factor político¹²⁷).

El fundamento de la persecución fue establecido por el papa Inocencio III¹²⁸, quien, tras haber equiparado la herejía al delito de lesa majestad en su Bula *Urgentis et senium* (1198), reguló en el IV Concilio de Letrán (1215) la persecución de los herejes, la expropiación de sus bienes, la carga de la prueba de su inocencia y la excomunión de quienes los apoyaran, atribuyendo a la autoridad civil la competencia para determinar el castigo y ejecutar la pena. De esta forma, los príncipes eran también responsables de la defensa de la verdadera fe en sus territorios, y no cumplir con esa obligación podía llevarlos a ser declarados herejes y excomulgados¹²⁹.

En cualquier caso, el problema de los herejes en Europa quedaba completamente circunscrito al ámbito interno: por una parte, no era *casus belli* en el seno de la Cristiandad (por tanto no le era aplicable lo que podían ser unas incipientes normas

¹²⁴ DE STE. CROIX, G. E. M., *Christian...*, cit., p. 208.

¹²⁵ Sobre los fundamentos doctrinales de la persecución de la herejía, vid. BLÁZQUEZ MARTÍN, D., *Herejía y traición: Las doctrinas de la persecución religiosa en el siglo XVI*, Madrid: Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" – Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, 2001.

¹²⁶ MOORE, R. I., "Heresy, repression, and social change in the age of Gregorian reform", en: WAUGH, S. L. & DIEHL, P. D., *Christendom and its discontents. Exclusion, persecution, and rebellion, 1000-1500*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 22.

¹²⁷ MARTINA, G., *La Iglesia...*, cit., p. 103.

¹²⁸ Algunos precedentes son recogidos por BLÁZQUEZ MARTÍN, D., *Herejía...*, cit., p. 24.

¹²⁹ Este proceso de "previa institucionalización de la fe, y su posterior juridificación" (*ibid.*, p. 25) llevará al establecimiento del Tribunal de la Inquisición en 1231, cuya estructura final será fijada por Inocencio IV (1243-1254). Las consecuencias para quienes eran denunciados como herejes podían ser terribles: estaba previsto que fueran arrestados, encarcelados e interrogados, recurriendo a la tortura cuando fuera necesario; las casas de los condenados eran destruidas y sus bienes confiscados, y ellos exiliados o quemados en la hoguera, mientras que sus colaboradores eran excomulgados (NORWOOD, F. A., *Strangers...*, cit., p. 185).

internacionales, básicamente limitadas a las costumbres de la guerra)¹³⁰ y, por otra, tampoco generaba movimientos masivos de población que pudieran desestabilizar el continente, puesto que, aunque muchas personas intentaban huir para evitar ser detenidas y los herejes podían ser castigados con el exilio, la universalidad de la Inquisición, unida al ámbito restringido y localista de la cerrada sociedad medieval, dificultaba sobremanera tales flujos de personas¹³¹.

b) *Las relaciones con el mundo islámico: el Imperio Otomano.*

Hacia el exterior de la Cristiandad, las diferencias religiosas no se enmarcaban en el estado de persecución general contra el hereje, sino que primordialmente se limitaban a determinar el ámbito de relación con los infieles. En efecto, el mundo medieval estaba esencialmente polarizado en torno a dos potencias: el Cristianismo y el Islam. En este contexto, las relaciones con el Islam eran sustancialmente bélicas o comerciales¹³²; incluso, la *República Cristiana* podía definirse por el objetivo compartido de luchar contra los infieles¹³³.

Es cierto que, por lo general, los tratados de paz y de comercio que se firmaban con las autoridades musulmanas solían incorporar cláusulas en las que, entre otras, se reconocía la libertad religiosa¹³⁴, práctica que se encuentra en el origen del régimen de

¹³⁰ Por ejemplo, en su análisis sobre las leyes de las naciones entre los siglos XI y XV, WARD elude expresamente la cuestión del proceso contra Juana de Arco, quemada en la hoguera el 30 de mayo de 1431 por relapsa. Pese a que los hechos tuvieron lugar en un contexto bélico (Juana de Arco lanzó un ataque contra los ingleses contraviniendo las ordenes del soberano francés), este autor considera que queda fuera del ámbito de estudio porque la acusación no tuvo que ver con los usos de la guerra, sino con la acusación de que era una encantadora y una hereje (WARD, R., *An Enquiry into the Foundation and History of the Law of Nations in Europe from the Time of the Greeks and Romans to the Age of Grotious*, vol. II, New York/London: Garland Publishing, Inc., 1973 (reimpresión de la edición de 1795), p. 262). Por lo demás, las guerras en el interior de la Cristiandad, protagonizadas por los señores feudales, tampoco tenían un carácter internacional, sino que eran más bien “privadas” (TRUYOL Y SERRA, A., *Histoire...*, cit., p. 21).

¹³¹ NORWOOD, F. A., *Strangers...*, cit., p. 191.

¹³² Ello influyó en el desarrollo de las leyes de la guerra y el derecho comercial (WARD, R., *An Enquiry...*, cit., pp. 285-286; TRUYOL Y SERRA, A., *Histoire...*, cit., p. 22).

¹³³ ZERBI la define como una “comunità di organismi politici rispettosi della legge di Dio e dei diritti della Chiesa, legati da rapporti pacifici e di un vincolo di solidarietà che si realizza nella concorde difesa contro gli infideli, e posti, per il conseguimento di quei fini, sotto la direzione del pontefice” (ZERBI, P., *Papato, impero e “respublica christiana” dal 1187 al 1198*, Milano: Pubblicazioni della Università Cattolica del Sacro Cuore, 1980, p. 48).

¹³⁴ TRUYOL Y SERRA, A., *Histoire...*, cit., p. 23. Vid. DE MAS LATRIE, M. L. (comp.), *Traité de Paix et de Commerce et documents divers concernant les relations des Chrétiens avec les arabes de l'Afrique septentrionale au Moyen Age*, Paris: Henri Plon, Imprimeur-Éditeur, 1866. Vid. también SCHOPOFF, A., *Les réformes et la protection des Chrétiens en Turquie, 1673-1904: firmans, bérats, protocoles, traités, capitulations, conventions, arrangements, notes, circulaires, règlements, lois, memorandums, etc.*, Paris: Librairie Plon, 1904, que ofrece una amplia base documental de la continuación de las relaciones con el Imperio Otomano y la protección de los cristianos entre los siglos XVII y XX.

capitulaciones, mediante el que los poderes musulmanes permitían a los extranjeros establecer comunidades con un significativo grado de autonomía, incluido el derecho de libre culto¹³⁵. Sin embargo, este régimen no tiene aquí más que un interés superficial, por cuanto constituía una regulación unilateral del estatuto de los extranjeros, pero nada aportaba al trato otorgado a los propios súbditos.

Más interesante, por las implicaciones que tendría para las relaciones del Imperio Otomano -la "Sublime Puerta"- con las demás Potencias Europeas, especialmente a partir del siglo XIX, es el régimen de los *millet*, es decir, divisiones administrativas basadas en la afiliación religiosa de los individuos que las integraban. Cabe recordar a este respecto la distinta concepción del Estado existente en el Imperio otomano, donde el soberano, el Sultán, era a la vez Califa, jefe religioso de los musulmanes, concurriendo en la misma persona la autoridad política y la autoridad espiritual. El sistema jurídico del Imperio Otomano se basaba en la ley musulmana, y la sociedad se estructuraba no conforme a un principio territorial, sino personal. De esta manera, aquellas comunidades que no ostentaban la religión musulmana gozaban de un autogobierno bajo autoridades religiosas propias¹³⁶, pudiendo los no musulmanes utilizar sus propias leyes e instituciones para regular sus relaciones y conflictos. El estatuto y la capacidad jurídica venían así determinados por la religión a la que perteneciera la persona¹³⁷.

La falta de voluntad de convertir a los cristianos atendía sobre todo a intereses económicos, ya que el derecho islámico imponía a los sujetos no musulmanes un impuesto personal (*kharadj*), por lo que interesaba a las autoridades otomanas que

¹³⁵ CURCIO, M., *La Dichiarazione dei Diritti delle Nazioni Unite*, Milano: Giuffrè, 1950; EVANS, M. D., *Religious...*, *cit.*, pp. 60-62.

¹³⁶ SHAW, S. J., *History of the Ottoman Empire and Modern Turkey*, vol. I ("Empire of the Gazis. The Rise and Fall of the Ottoman Empire, 1280-1808"), Cambridge: Cambridge University Press, 1976, p. 59. Esta autonomía, sin embargo, es calificada por HINTLIAN de "mutilada" porque "estaba celosamente desprovista de cualquier tipo de expresión política" (HINTLIAN, G., "El genocidio armenio", *Historia y Política*, nº 10, 2003, p. 66).

¹³⁷ SHAW, S. J., *History...*, *cit.*, p. 151. Los tres *millet* básicos (ortodoxo, judío y armenio) son abordados con más detalle en *ibid.*, pp. 151-153. El régimen de los *millet* tocará su fin a fines del siglo XIX, en particular con la implantación de una política de otomanismo mediante la Constitución de 1876, cuyo artículo 8 disponía que todos los sujetos del Imperio se llamaban otomanos, con independencia de la religión que profesaran, mientras que el artículo 17 establecía la igualdad ante la ley de todos los otomanos, así como la igualdad de derechos y deberes hacia el Estado con independencia de su religión (SHAW, S. J. & SHAW, E. K., *History of the Ottoman Empire and Modern Turkey*, vol. II ("Reform, Revolution, and Republic: The Rise of Modern Turkey, 1808-1975"), Cambridge: Cambridge University Press, 1977, p. 177).

conservaran su religión¹³⁸. A cambio, los otomanos tenían que otorgarles una autonomía casi total en relación con el estatuto personal (al que no era aplicable el Derecho islámico cuando se trataba de infieles), y además les concedían privilegios en relación con la religión y el idioma¹³⁹. No obstante, este trato no implicaba la vigencia del principio de igualdad en el interior del Imperio, que, si acaso, era más formal que real¹⁴⁰. De hecho, la situación de inferioridad en la que este sistema colocaba a los cristianos con respecto a la mayoría musulmana terminó por convertirse en un foco de tensiones y conflictos, cuyo estallido fue inevitable cuando en el siglo XIX las comunidades cristianas unieron al elemento religioso sus aspiraciones nacionales, cuestión ésta sobre la que se volverá en otro momento de este capítulo¹⁴¹.

B) La transición hacia la Edad Moderna.

La monolítica estructura político-religiosa medieval se empieza a resquebrajar entre los siglos XIV y XV, y termina de hundirse en el siglo XVI. Un dato fundamental para explicar este cambio es la aparición de un movimiento que pone en tela de juicio la ortodoxia católica: el protestantismo. Lutero y sus seguidores -dirá BALLIS- “destroyed the unity of the Church, drove Europe into two armed camps and disdained all authority and tradition”¹⁴², contando en este proceso con el apoyo de muchos príncipes alemanes¹⁴³, que vieron en su causa una oportunidad de plantar cara al Emperador. Así pues, las reivindicaciones a favor de la libertad religiosa constituyeron el principal motivo de enfrentamiento político en el siglo XVI, trasladándose al campo de batalla en el marco de las constantes guerras de religión que en esa época se sucedieron en el continente europeo.

¹³⁸ HINTLIAN, G., “El genocidio...”, *cit.*, p. 66.

¹³⁹ MANDELSTAM, A. N., *La Société des Nations et les Puissances devant le Problème Arménien*, Paris: A. Pedone, 1925, p. 4.

¹⁴⁰ MANDELSTAM apunta que “l'égalité des Chrétiens devant la loi restait un vain mot”: su testimonio carecía de valor en sede judicial, podían ser detenidos sin orden escrita, no eran admitidos en el ejército y en el servicio civil ocupaban, salvo raras excepciones, puestos subalternos (*ibid.*, p. 13; *vid.* también HINTLIAN, G., “El genocidio...”, *cit.*, pp. 66-71).

¹⁴¹ *Vid. infra* apartado 2.1.

¹⁴² BALLIS, W., *The Legal Position of War: Change in its Practice and Theory from Plato to Vattel*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1937, p. 69.

¹⁴³ Con el término *protestante* se denominó originalmente a los príncipes y Electores que presentaron una *protestatio* contra el Edicto de Worms —el cual declaraba a Lutero hereje y prohibía su obra— en la Dieta de Espira de 1529.

La solución que se ideó para acabar con esta inestable situación fue la implantación del principio *cuius regio eius religio*, conforme al cual cada gobernante podía elegir la religión oficial en su territorio. De esta forma, se impuso la igualdad religiosa como principio articulador de las relaciones interterritoriales; sin embargo, esa misma igualdad no se observó en el interior de las diferentes entidades territoriales, donde la unidad de la fe que implicaba la imposición de una religión oficial apenas dejó margen para algo más que una tolerancia religiosa limitada.

Así pues, el estallido de las guerras de religión tras la aparición del protestantismo (§ a) y el recurso al principio de tolerancia como solución a las mismas (§ b) serán los principales temas que se tratarán en las próximas líneas.

a) *La Reforma y las guerras de religión.*

El siglo XIV marcó el inicio de la crisis de la Cristiandad en Occidente, que desembocaría en la ruptura definitiva con la Edad Media en el siglo XV, momento de cierre de esta etapa y apertura de la Edad Moderna. Pese a su proclamada unidad, Europa occidental se encontraba en realidad fragmentada en numerosas monarquías cada vez más pujantes y deseosas de alcanzar la autonomía respecto de la Iglesia y del Emperador¹⁴⁴. Así las cosas, los movimientos de reforma religiosa del siglo XVI dieron a sus aspiraciones un impulso definitivo. Cuestionada la autoridad universal de la Iglesia de Roma, las nuevas iglesias pasaban a estar sometidas al poder secular: muchos príncipes pronto abrazaron la nueva fe, en un intento de salvaguardar su autonomía frente al poder creciente del emperador, y poco a poco se fueron creando iglesias nacionales que facilitarían la consolidación de los Estados modernos en el siglo siguiente¹⁴⁵.

Por supuesto, además de su relevancia en el ámbito político, la Reforma protestante tuvo importantes consecuencias en el plano de la libertad individual, ya que puso en entredicho el dogma católico, y por ende la imposición medieval de una verdad trascendental única e incuestionable. La consecuencia fue “el reforzamiento del individualismo y del papel del sujeto individual en la sociedad y en la historia”¹⁴⁶: a partir

¹⁴⁴ Vid. MIRABELLI, A. R., “Le Congrès de Westphalie”, *Bibliotheca Visseriana*, tomo VIII, 1929, p. 29.

¹⁴⁵ Vid. RUIZ VIEYTEZ, E., *La protección jurídica de las minorías en la Historia Europea (siglos XVI-XX)*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 3, Bilbao: Universidad de Deusto, 1998, p. 22.

¹⁴⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Madrid: Editorial Mezquita, 1982, p. 94). Junto al individualismo, PECES-BARBA destaca el auge del “principio del

de entonces, cada persona podía construir su propia “verdad” relativa, lo que conduciría a la coexistencia de una pluralidad de opiniones y convicciones dentro de la sociedad¹⁴⁷.

No obstante, ese pluralismo sólo fue posible a largo plazo. En un primer momento, los nuevos aires de secularización y humanismo que caracterizaron el Renacimiento no lograron erradicar las persecuciones. Por el contrario, los principales reformistas pronto abandonaron toda posición inicial de tolerancia para dar muestra de una intransigencia similar a la de los inquisidores medievales¹⁴⁸. La ortodoxia de las grandes iglesias luterana, calvinista y anglicana (el “protestantismo viejo”) se contrapuso en el seno mismo de la religión reformada a la profunda libertad individual propugnada por las corrientes protestantes radicales que surgieron aprovechando la brecha abierta en la unidad religiosa medieval (el “protestantismo nuevo”)¹⁴⁹. En consecuencia, la intolerancia comenzó a manifestarse en una doble dirección: entre católicos y reformados, y de la ortodoxia contra la heterodoxia.

Este escenario no podía traer consigo sino una perpetuación de las persecuciones como herramienta política en el ámbito interno. En el proceso de consolidación del

pluralismo, del relativismo y de la tolerancia como únicos principios que pueden evitar la guerra de todos contra todos” (*ibid.*, pp. 97-98).

¹⁴⁷ TROELTSCH, E., *El protestantismo y el mundo moderno* (traducción de E. Ímaz), México: Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 17.

¹⁴⁸ Lutero, que en una primera etapa se mostró favorable a la libertad de credo de todas las personas, modificó sus posiciones hacia la defensa del uso de la fuerza contra los herejes. Igualmente, Calvino abogó por la represión de las herejías y la llevó a la práctica, como lo ilustra el caso de Miguel Servet, ejecutado por sus ideas sobre la Trinidad y otras cuestiones dogmáticas (*vid.* NORWOOD, F. A., *Strangers...*, *cit.*, pp. 226-228). Insiste PECES-BARBA en que lo relevante es “subrayar la importancia política de ese protestantismo, para preparar el mundo liberal del siglo XVIII, aunque ideológicamente, al menos el protestantismo viejo, el luteranismo, el calvinismo y el anglicanismo ortodoxos, estuvieran lejos de ser liberales y teóricamente estuvieran más próximos de la Iglesia católica medieval” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Tránsito...*, *cit.*, p. 93; *vid.* *asimismo* p. 115). La reforma de Lutero, en palabras de TROELTSCH, “considerado desde el punto de vista de la historia eclesiástica y dogmática, no es más que una transformación del catolicismo, una prolongación de planteamientos católicos a los que se ofrece una nueva respuesta” (TROELTSCH, E., *El protestantismo...*, *cit.*, p. 38).

¹⁴⁹ La distinción entre protestantismo *viejo* y *nuevo* es de TROELTSCH: “[...] el viejo protestantismo se distinguirá [...] de aquellas formaciones históricas que aparecen junto a él y que sólo el protestantismo nuevo ha acogido en mayor o menor grado, pero que se distinguían íntimamente del viejo protestantismo y tuvieron su propia acción histórica [la teología humanista, el bautismo y el espiritualismo]. El viejo protestantismo se ha diferenciado de estos tres de un modo riguroso y hasta sangriento, y no por una pasión miope o por ergetismo teológico ni tampoco por oportunismo o por la estrechez de los epígonos. Todos los caudillos, como Lutero, Zwinglio y Calvino, han sentido desde un principio frente a ellos una oposición interna y esencial, lo cual se debió a que cada una de esas tres corrientes, a pesar de un cristianismo de principios, negó la idea de la cultura eclesiástica, la existencia absoluta del fundamento de una cultura semejante en la revelación, y también la pretensión, extraída de ahí por la Iglesia, de cristianizar la vida toda en forma más o menos violenta” (TROELTSCH, E., *El protestantismo...*, *cit.*, pp. 31-32). Este autor afirma con rotundidad que “el padre de los derechos del hombre no es el genuino protestantismo eclesiástico, sino las sectas y el espiritualismo odiados por él” (*ibid.*, p. 68).

Estado moderno pronto se vio la necesidad de controlar y reprimir a todos aquellos que pudieran llegar a constituir una amenaza para la autoridad política. Apunta MARRUS que por el interés de consolidar sus Estados, “rendering them more homogeneous politically and culturally, rulers sometimes turned on cohesive groups whose loyalties were deemed suspect”¹⁵⁰. Y las minorías religiosas presentaban sin duda esas características de grupos cohesionados, fieles a unas ideas distintas de las oficiales. En consecuencia, sus miembros eran con frecuencia considerados también disidentes políticos¹⁵¹.

La confusión entre lo secular y lo religioso se acentuó a medida que el absolutismo se fue afianzando como sistema de gobierno. Si la legitimidad del poder del monarca tenía un origen divino, al profesar una religión distinta de la oficial las minorías estaban poniendo en tela de juicio esa legitimidad, “y, por extensión, [...] la legitimidad del poder político que se ejercía sobre dichas poblaciones”¹⁵². Europa asistió entonces al estallido de una sucesión de guerras civiles, provocadas o acompañadas por persecuciones de las minorías religiosas dentro de las diferentes entidades territoriales, que no tardaron en tener incidencia más allá de las fronteras internas. Las rivalidades de la Casa de Habsburgo con Francia y con Inglaterra respectivamente, unidas a los enfrentamientos religiosos entre católicos y protestantes, generaron un entramado de relaciones de gran complejidad entre las Potencias continentales, entremezclándose las afinidades políticas y religiosas para constituir alianzas con el fin bien de contestar al orden establecido (príncipes protestantes), bien de mantener el *statu quo* (hegemonía imperial católica). En consecuencia, durante los siglos XVI y XVII la cuestión religiosa fue un importante factor de inestabilidad en Europa, tendencia que se mantuvo -aunque atenuándose- hasta el siglo XVIII¹⁵³.

¹⁵⁰ MARRUS, M. R., *The Unwanted: European Refugees in the Twentieth Century*, New York/Oxford: Oxford University Press, 1985, p. 4.

¹⁵¹ Un ejemplo claro de los difusos límites entre lo religioso y lo político a los ojos de las autoridades es lo ocurrido en Münster entre 1533 y 1535, donde los anabaptistas derrocaron a las autoridades eclesiales y civiles con el fin de preparar la ciudad para la llegada del Señor. Tales acontecimientos sirvieron para unir a católicos y luteranos en una causa común contra quienes veían como unos peligrosos subversivos, además de herejes, por lo que, desde entonces, fueron perseguidos por toda Europa (sobre los sucesos de Münster, *vid.* KAMEN, H., *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa moderna* (trad. de M. J. del Río), Madrid: Alianza Editorial, 1987, pp. 58-59; NORWOOD, F. A., *Strangers...*, *cit.*, p. 238; MARTINA, G., *La Iglesia...*, *cit.*, pp. 127-128).

¹⁵² RUIZ VIEYTEZ, E., *La protección...*, *cit.*, p. 23.

¹⁵³ BURNS y RALPH destacan la naturaleza religiosa de los enfrentamientos en sus inicios, durante el siglo XVI, mientras que la mayoría de las guerras después de 1600 “partook of the nature of struggles for supremacy among the powerful despots of the principal countries”, si bien la religión siguió siendo un factor relevante en

La intolerancia religiosa y las tensiones políticas se fueron intensificando hasta desembocar en la Guerra de los Treinta Años, que enfrentó a la Casa de los Habsburgo con Francia, a los católicos con los protestantes, en lo que fue una guerra general que implicó a toda Europa con la que culminó este período de enfrentamientos basados en la religión¹⁵⁴. Con ella se hizo patente que el trato dispensado a las minorías religiosas no era sólo un problema interno de los Estados, sino que constituía una cuestión de alcance continental, ya que ponía en peligro la estabilidad política de Europa.

b) *El principio de tolerancia como solución a las guerras de religión.*

Un primer intento de resolver los enfrentamientos religiosos, que tenían sumida a Europa en un estado de guerra permanente, se materializó en la Dieta de Augsburgo (1555), celebrada como consecuencia de las luchas emprendidas por Carlos I contra los luteranos en Alemania. En la misma se instauró oficialmente el principio de tolerancia religiosa, aunque en realidad sólo los príncipes y Estados del Imperio se beneficiaban de tal tolerancia¹⁵⁵, puesto que la decisión adoptada fue permitir a los gobernantes optar entre catolicismo o luteranismo como religión oficial de sus territorios, sin que ninguna otra forma de cristianismo fuera aceptada. El Emperador acordó así por primera vez el principio *cuius regio eius religio*¹⁵⁶, en virtud del cual la religión de los súbditos era elegida por príncipes, electores y señores¹⁵⁷. Sólo estos gozaban del llamado *ius reformandi* (el derecho de reformar la Iglesia¹⁵⁸), de manera que ante la decisión de las autoridades, los súbditos no tenían posibilidad de elegir otra religión.

muchas de estas guerras. Muchísimo menor fue la importancia del nacionalismo, que realmente no fue un motivo de conflicto hasta los siglos XIX y XX (BURNS, E. MCN. & RALPH, P. L., *World Civilizations from Ancient to Contemporary*, vol. 1 y 2, New York: W. W. Norton & Company, Inc., 1964 (3ª ed.), pp. 27-28).

¹⁵⁴ MIRABELLI considera que la Guerra de los Treinta Años no es sino el último capítulo de un siglo de guerras que puede verse como una única gran guerra (MIRABELLI, A. R., "Le Congrès...", *cit.*, p. 21).

¹⁵⁵ ASCH, R. G., *The Thirty Years War. The Holy Roman Empire and Europe, 1618-1648*, London: Macmillan, 1997, pp. 9-10.

¹⁵⁶ Ya en la Dieta de Espira de 1526 se había acordado que, a la espera de que el problema de la Iglesia se arreglase en un concilio internacional, los Príncipes y las ciudades libres podrían seguir la creencia que estimasen oportuna, lo que los autorizaba a adoptar el protestantismo (MARTINA, G., *La Iglesia...*, *cit.*, p. 130; ATKINSON, J., *Lutero y el nacimiento del Protestantismo*, Altaya: Barcelona, 1997, p. 319). Sin embargo, esta decisión no pretendía ser definitiva, pues no era intención de Carlos V "garantizar ninguna tolerancia a los protestantes", pues el Emperador no aceptaba esta situación (*ibid.*, p. 320).

¹⁵⁷ LEE, S. J., *The Thirty Years War*, London/New York: Routledge, 1991, p. 32.

¹⁵⁸ ASCH, R. G., *The Thirty...*, *cit.*, p. 10.

En todo caso, el principio presentaba dos límites¹⁵⁹: (i) en primer lugar, los gobernantes de un territorio no podían presionar a los territorios vecinos para que modificaran sus creencias; (ii) en segundo lugar, no se debían poner obstáculos a que emigraran a otro lugar quienes en un territorio no pudieran aceptar la nueva fe que se les imponía (*beneficium emigrationis*)¹⁶⁰, opción que en la práctica se tradujo en considerables movimientos de población entre territorios luteranos y católicos¹⁶¹ como una forma de evitar las persecuciones.

Aunque la aplicación de este principio permitió a Alemania una cierta estabilidad hasta la Guerra de los Treinta Años, lo cierto es que no pretendió ser una solución definitiva al conflicto¹⁶². Sin embargo, pese a la probada precariedad de tal arreglo, en la Paz de Westfalia de 1648 (Tratados de Münster y Osnabrück), que puso fin a la Guerra de los Treinta Años, de nuevo se pactó el reconocimiento del *ius reformandi* de los Estados, es decir, el derecho del príncipe a determinar la religión de su territorio, como solución a la cuestión religiosa que en la medida de lo posible garantizara una paz duradera en el continente.

Ahora bien, a diferencia de 1555, las religiones elegibles no se limitaron en Westfalia al catolicismo y al luteranismo, sino que se ampliaron a los reformados (calvinistas y zwinglianos), y, además del derecho a emigrar a otros territorios donde se hubiera establecido una fe acorde con su conciencia, a aquellos súbditos que no pudieran aceptar la religión elegida por el príncipe se les podría permitir el ejercicio privado y doméstico del

¹⁵⁹ LEE, S. J., *The Thirty...*, cit., p. 32.

¹⁶⁰ De acuerdo con el artículo 24, a quienes emigraran se les permitía la venta de sus bienes y propiedades, “con el pago de una adecuada pero modesta compensación por su servidumbre y deudas atrasadas”, y se señalaba que no deberían sufrir “injurias en su honor ni en sus usos” (texto disponible en NAVARRO-VALLS, R. y PALOMINO, R., *Estado...*, cit., pp. 152-158. Lo que se presentaba como un beneficio era sin embargo un dudoso privilegio, puesto que la obligación de abandonar el país era también uno de los castigos más severos que un tribunal podía imponer; de ahí que la mayoría de los juristas protestantes alegaran que quien tenía el *derecho* a emigrar debía disponer del derecho a permanecer en el país (ASCH, R. G., *The Thirty...*, cit., p. 10).

¹⁶¹ NORWOOD, F. A., *Strangers...*, cit., p. 248.

¹⁶² *Vid.* Artículo 12 de la Paz de Augsburgo (en: NAVARRO-VALLS, R. y PALOMINO, R., *Estado...*, cit., p. 157). Para MIRABELLI, “il s’agit plutôt d’une simple trêve que d’une paix” (MIRABELLI, A. R., “Le Congrès...”, cit., p. 36). En el fondo, los firmantes de la Paz de Ausburgo conservaban la esperanza de que su religión terminara imponiéndose como la única auténtica (ASCH, R. G., *The Thirty...*, cit., pp. 10-11), lo que explica el que las guerras continuaran y que no se lograran resolver las diferencias religiosas sino con la Paz de Westfalia (ATKINSON, J., *Lutero...*, cit., p. 320).

culto que profesaran¹⁶³. Esta relevante limitación al *ius reformandi*¹⁶⁴ suponía abrir las puertas a una incipiente tolerancia religiosa en el interior de los Estados, aunque estuviera restringida a las religiones mencionadas y su profesión quedara supeditada a la autorización del gobernante y circunscrita a la esfera privada. Así se establecía en el artículo VII del Tratado de Osnabrück¹⁶⁵:

“1. Assimismo se ha acordado de unanime consentimiento de S. M. Imperial, y de todos los Estados del Imperio, que el mismo derecho, ò beneficio, que conceden à los Estados, y Subditos Catholicos, y à los de la Confession de Auxbourg, assi la Paz de la Religion, y esta pública Transaccion, y la decision de los agravios, que en ella se contiene, como todas las demàs Constituciones del Imperio, deberá tambien competer à los que entre ellos se llaman Reformados, quedando no obstante salvos en todo tiempo los Pactos, Privilegios, Reversales, y otras disposiciones, que los Estados, que se llaman Protestantes, han estipulado entre si, y con sus Subditos, por las quales se ha proveido hasta el presente à los Estados, y Subditos de cada Lugar, en orden à la Religion, y su exercicio, y à las cosas que de ella dependen; y assimismo quedando salva la libertad de conciencia de cada uno.

Y por quanto las diferencias de Religion, que hay entre los Protestantes, no se han terminado hasta aora, estando reservadas à una composicion ulterior, y por esta razon forman dos partidos: por tanto se ha convenido entre ambos, por lo tocante al derecho de reforma, que si algun Principe, ò otro Señor Territorial, ò Patrono de alguna Iglesia, passàre de aqui en adelante à la Religion de otro partido, ò adquiriere, ò recobràre por derecho de succession, ò en virtud del presente Tratado de Paz, ò por qualquier otro titulo, algun Principado, ò Señorìo, en donde actualmente estè en su vigor el exercicio público de la Religion de otro partido, le serà lícito tener consigo, y en su residencia Predicadores de su Confession, sin gravamen, ni perjuicio de sus Subditos. Pero no le serà lícito mudar el exercicio público de la Religion, ni las Leyes, ò Constituciones Eclesiasticas, que anteriormente se hayan recibido, ni quitar à los primeros poseedores los Templos, Escuelas, Hospitales, ò las rentas, pensiones, y salarios de su pertenencia, y aplicarlos à las gentes de su Religion, ò obligar à sus Subditos, con pretexto de derecho Territorial, Episcopal, de Patronato, ò otro qualquiera, à recibir por Ministros à los de otra Religion, ò causar directa, ò indirectamente à los de la otra Religion alguna turbacion, ò perjuicio. Y para que esta Convencion se observe mas exactamente, serà permitido, en caso de esta novedad, à las mismas Comunidades presentar, ò si no tuvieren este derecho, nombrar Ministros idoneos, assi para las Escuelas, como para las Iglesias, los quales seràn examinados, y ordenados por el Consistorio, y Ministros públicos del Lugar, si fueren de la misma Religion que las Comunidades que los presentaren, ò nombraren; y en defecto de esto, seràn examinados, y ordenados en el

¹⁶³ Se ha apuntado que el derecho de reforma se venía interpretando no tanto como un derecho del príncipe de interferir en la fe religiosa de sus súbditos sino como la autoridad de regular las manifestaciones religiosas en la comunidad (LEE, S. J., *The Thirty...*, cit., p. 32).

¹⁶⁴ ASCH, R. G., *The Thirty...*, cit., p. 145.

¹⁶⁵ ABREU Y BERTODANO, J. A. de, “Coleccion de los Tratados de Paz de España. Reynado de Phelipe IV, Parte V”, *Coleccion de los Tratados de Paz, Alianza, Neutralidad, Garantia, Proteccion, Tregua, Mediacion, Accession, Reglamento de los limites, Comercio, Navegacion, etc. hechos por los Pueblos, Reyes, y Principes de España con los Pueblos, Reyes, Principes, Republicas, y demás Potencias de Europa, y otras Partes del Mundo; y entre si mismos, y con sus respectivos Adversarios; y juntamente de los hechos directa, ò indirectamente contra ella, desde antes del Establecimiento de la Monarchia Gothica, hasta el feliz reynado del Rey N.S.D. Fernando VI*, Madrid: Antonio Marín, Juan de Zúñiga, y la Viuda de Peralta, 1750, pp. 544-546.

lugar que las mismas Comunidades eligieren, y despues confirmados por el Principe, ò Señor, sin escusa alguna.

2. Y si alguna Comunidad, en el caso de la dicha novedad, haviendo abrazado la Religion de su Señor, pidiere de su proprio motivo el mismo exercicio, que tuviere el Principe, ò Señor, será à éste lícito concedersele sin perjuicio de los otros, y no se le podrán impedir sus Successores. Pero los Consistoriales, Visitadores de las cosas sagradas, Professores de las Escuelas, y Universidades de Theologia, y Philosophia, no serán de otra Religion, que de la que en aquel tiempo se professáre publicamente en cada Lugar.

Y por que todas estas cosas se deben entender de las mutaciones, que pueden ocurrir en lo venidero, no traerán perjuicio alguno à los derechos, que por lo que mira à esto tienen los Principes de Anhalt, y otros.

Pero à excepcion de las Religiones arriba expressadas, no se recibirá, ni tolerará otra alguna en el Sacro Romano Imperio”.

Desde la perspectiva internacional, en Westfalia se establecieron acuerdos territoriales que duraron hasta el siglo XIX, basados en la soberanía territorial de los Estados¹⁶⁶, se distribuyó el poder con el fin de alcanzar un sistema de equilibrio destinado a evitar la dominación de fuerzas¹⁶⁷ y, por vez primera, se garantizará internacionalmente el principio de igualdad religiosa entre los Estados europeos¹⁶⁸. De esta forma, los Tratados de Münster y Osnabrück permitieron el establecimiento de una sociedad internacional de Estados soberanos que coexistían en condiciones de igualdad con independencia de la confesión profesada.

Desde la perspectiva interna, la necesidad de articular jurídicamente el pluralismo religioso para evitar nuevas guerras condujo finalmente a admitir una cierta tolerancia religiosa en el interior de los Estados¹⁶⁹. Con la experiencia del sangriento siglo vivido en Europa, el reconocimiento de diferentes confesiones dentro de un Estado pasó a

¹⁶⁶ Por oposición a la “soberanía universal” del Emperador o del Papa (MIRABELLI, A. R., “Le Congrès...”, *cit.*, pp. 15 y 41-49).

¹⁶⁷ Sobre la relevancia de la Paz de Westfalia en el equilibrio político europeo, *vid. ibid.*, pp. 10-12.

¹⁶⁸ *Vid. GROSS, L., “The Peace of Westphalia, 1648-1948”, Selected Essays on International Law and Organization, Irvington-on-Hudson: Transnational Publishers, Inc. / Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 5; MIRABELLI, A. R., “Le Congrès...”, *cit.*, p. 14. Según FERNÁNDEZ LIESA, “la disgregación del Santo Imperio como consecuencia del empuje del Estado moderno, poder político supremo que se escapa de la tutela del Santo Imperio, condujo a que la libertad religiosa, en ese mundo nuevo que se había formado, iniciase el camino de su configuración como uno de los principios del orden internacional nuevo, que se fue creando progresivamente” (FERNÁNDEZ LIESA, C. R., “La protección...”, *cit.*, p. 56).*

¹⁶⁹ MARTÍNEZ DE PISÓN caracteriza el acto de tolerancia como aquel que presupone “la existencia de razones para no admitir una acción, una ideología o una creencia”, pero que “tras sopesar o ponderar otro tipo de razones éstas se sobreponen a las primeras de forma que se convierten en un motivo válido para cambiar la actitud y, en definitiva, permitir, tolerar dicha acción, ideología y creencia”. Desde este punto de vista, “tolerar” tiene connotaciones negativas (MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid: Tecnos, 2001, p. 59). PECES-BARBA destaca que “la tolerancia, precursora de la libertad religiosa, será el primer derecho fundamental que se formule con carácter moderno” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Tránsito...*, *cit.*, p. 8).

concebirse como un mal menor que permitía asegurar la estabilidad del mismo, frente a la alternativa de la homogeneización de épocas anteriores¹⁷⁰. Esta última opción, representada por la persecución de las minorías para acabar con ellas mediante la violencia, se había revelado sin embargo inútil, puesto que (al igual que ya ocurriera con el cristianismo en Roma) todas habían sobrevivido a las guerras de religión¹⁷¹.

En todo caso, sólo se admitió una tolerancia incompleta y sin reciprocidad¹⁷², y en la práctica la aplicación del principio *cuius regio eius religio* supuso la adopción de religiones de Estado y la consiguiente ejecución de políticas de unificación basadas en la intolerancia frente a quienes no profesaran el credo oficial¹⁷³ (o aquellos otros credos que hubieran sido expresamente acordados) que no dejarían demasiado margen al respeto a la libertad religiosa y la protección de las minorías en el interior de los Estados europeos hasta los siglos venideros¹⁷⁴.

¹⁷⁰ RUIZ VIEYTEZ, E., *La protección...*, cit., p. 23.

¹⁷¹ MIRABELLI, A. R., "Le Congrès...", cit., pp. 39-40, nota 5.

¹⁷² GROSS, L., "The Peace...", cit., p. 5.

¹⁷³ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., "La protección...", cit., p. 57.

Una excepción temporal al principio general *cuius regio eius religio* la constituyó el caso de los protestantes (*hugonotes*), cuyas persecuciones y las guerras internas de religión (sobre éstas *vid.* DE BERTIER DE SAUVIGNY, G., *Histoire de France*, Paris: Flammarion, 1977, pp. 152-168) se habían sucedido en Francia durante el siglo XVI. Con la paz alcanzada en 1570 se dio libertad de culto a grupos privados de protestantes, así como ciertos derechos civiles y la posibilidad de utilizar algunas ciudades fortificadas (*vid.* NORWOOD, F. A., *Strangers...*, cit., p. 250). Sin embargo, dos años después, la Matanza de San Bartolomé se saldó con unos veinte mil hugonotes muertos y la huida de miles más. La situación continuó siendo inestable, hasta que en 1598 el Edicto de Nantes (los extractos relevantes del cual se pueden consultar en NAVARRO-VALLS, R. y PALOMINO, R., *Estado...*, cit., pp. 146-148) estableció la libertad de conciencia y el derecho de culto privado de los hugonotes, además de otorgarles amplios derechos civiles y políticos (como la posibilidad de organizarse políticamente o de establecer sus propias escuelas). De esta forma se superó por vez primera el principio *cuius regio eius religio* -salvedad hecha de los dominios austríacos de Maximiliano, príncipe católico que concedió la tolerancia a la nobleza protestante, aunque no al resto de la población (KAMEN, H., *Nacimiento...*, cit., p. 86)-, al permitir que dos religiones, la protestante y la católicorromana, coexistieran dentro de un Estado católico. Sin embargo, tras la muerte de Enrique IV, en 1610, las prerrogativas que el Edicto establecía se fueron suprimiendo progresivamente, hasta que en 1685 se derogó oficialmente (*vid.* NORWOOD, F. A., *Strangers...*, cit., vol. II, pp. 34-41; DE BERTIER DE SAUVIGNY, G., *Histoire...*, cit., pp. 178-179 y 215-219; para KAMEN, H., *Nacimiento...*, cit., p. 188, "es probable que el edicto dejara de observarse a la muerte de Enrique IV en 1610").

¹⁷⁴ CONTRERAS MAZARIO, J. M., *Las Naciones Unidas y la protección de las minorías religiosas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 31-32. Aun así, todavía en el siglo XIX se podía encontrar algún ejemplo de normas de desarrollo de tratados internacionales conforme a las cuales se garantizaba la igualdad religiosa de los Estados pero dejaba en manos del soberano la decisión de tolerar la profesión individual de una determinada fe (*vid.* por ejemplo el apartado LXIII del *Recès général de la députation extraordinaire de l'Empire concernant les indemnités à régler d'après le Traité de Lunéville, signé à Ratisbonne*, de 25 de febrero de 1803, reproducido en DESCAMPS (Baron) et RENAULT, L., *Recueil international des traités du XIXe Siècle*, Tome I (1801-1825), Paris: Arthur Rousseau, 1914, p. 84).

Junto al problema generalizado de las persecuciones religiosas en Europa, hay un supuesto específico que permite atisbar una nueva dimensión de esta práctica, más allá de lo puramente religioso: la persecución de los moriscos en España entre los siglos XVI y XIX, considerada por DE ZAYAS una persecución por motivos de raza¹⁷⁵. Aunque bajo el reinado de los Reyes Católicos y de Carlos I la persecución de estos y de los judíos conversos por parte de las autoridades se había circunscrito a la esfera religiosa¹⁷⁶ (la condición de judío o de musulmán venía dada por la práctica de su religión), desde el siglo XVI se generalizó la adopción de estatutos de limpieza de sangre¹⁷⁷, medidas puramente racistas de las que tanto judeoconversos como moriscos fueron objeto¹⁷⁸. Estos últimos, además, comenzaron en tiempos de Felipe II a ser calificados de “nación”, consolidándose progresivamente la idea de que había que acabar con la “nación morisca”¹⁷⁹. A tal fin Felipe III optó por una solución rápida¹⁸⁰: la expulsión¹⁸¹, culminando así la puesta en marcha de una modalidad novedosa de persecución, la

¹⁷⁵ DE ZAYAS, R., “Le précédent des morisques d’Espagne”, *Manière de voir*, nº 76, Août-Septembre 2004, p. 35.

¹⁷⁶ Dentro de la política emprendida por los Reyes Católicos de unificación religiosa como base de su proyecto de unidad nacional -MARTINA, G., *La Iglesia...*, cit., p. 71; vid. también SUÁREZ FERNÁNDEZ, L., *La expulsión de los judíos de España*, Madrid: Editorial MAPFRE, 1992 (2ª ed.), p. 318-, del que fueron víctimas las minorías religiosas (MONTES ROMERO-CAMACHO, I., *Los judíos en la Edad Media española*, Arco Libros: Madrid, 2001, pp. 63, 65 y 66.

¹⁷⁷ Un estudio detallado de esta cuestión se puede encontrar en SICROFF, A. A., *Los estatutos de limpieza de sangre. Controversias entre los siglos XV y XVI* (trad. de M. Armiño), Madrid: Taurus, 1985.

Los estatutos de sangre estaban fundamentalmente orientados a excluir a los cristianos nuevos de las élites (HERNÁNDEZ FRANCO, J., *Cultura y limpieza de sangre en la España moderna: puritate sanguinis*, Murcia: Universidad de Murcia, 1996, pp. 61-66). Normalmente estos estatutos no formaban parte de la legislación estatal -básicamente porque en el momento de su aparición aún no existía el Estado como unidad político-territorial de poder independiente- (*ibid.*, p. 63), sino que eran emitidos por determinadas instituciones, como cabildos catedralicios, órdenes religiosas, órdenes militares,... (*ibid.*; DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., *Los judeoconversos...*, cit., pp. 140-156), aunque debían ser sancionados por las autoridades civiles y canónicas (*ibid.*, pp. 137-138), y también proliferaron en las corporaciones profesionales -cofradías, gremios,...- (*ibid.*, pp. 165-167). Aun así, hay constancia de algunas iniciativas impulsadas desde el trono para exigir la limpieza de sangre -en particular para ocupar determinados puestos- (vid. DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., *Los judeoconversos...*, cit., p. 160); igualmente, en algunos territorios se prohibió la admisión de cristianos nuevos, y en algunos casos la normativa local alcanzó rango de ley (*ibid.*, pp. 163-165).

¹⁷⁸ DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., *Los judeoconversos en la España moderna*, Madrid: Ediciones MAPFRE, 1993 (2ª ed.), p. 137.

¹⁷⁹ DE ZAYAS, R., “Le précédent...”, cit., p. 36.

¹⁸⁰ LEA, H. C., *Los moriscos españoles. Su conversión y expulsión*, Alicante: Universidad de Alicante, 2001 (2ª ed.), pp. 354-355.

¹⁸¹ El 22 de septiembre de 1609 el rey firmó un edicto que prohibía a los miembros de la “nación morisca” residir en los territorios bajo autoridad española, so pena de muerte (DE ZAYAS, R., “Le précédent...”, cit., p. 37). Sobre las condiciones y ejecución de la expulsión conforme a este edicto, así como la adopción de ulteriores decretos orientados a completar el objetivo de la expulsión total de los moriscos, vid. LEA, H. C., *Los moriscos...*, cit., pp. 367-408. Medio millón de personas (sobre una población total en la época de ocho millones de habitantes) fueron deportadas (DE ZAYAS, R., “Le précédent...”, cit., p. 38).

basada en motivos raciales, de la que el trato otorgado a los cristianos nuevos españoles fue una muestra temprana.

2. LA PROGRESIVA INCORPORACIÓN DE LA NOCIÓN DE PERSECUCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

La apertura operada por la Paz de Westfalia hacia el reconocimiento de una cierta tolerancia religiosa dentro de los Estados marca el inicio de una nueva etapa en el tratamiento que las persecuciones van a recibir por parte de los Estados, caracterizada por la voluntad de prevenir la intolerancia religiosa para lograr una cierta estabilidad internacional mediante la inclusión de cláusulas convencionales en las que los Estados regulan la cuestión religiosa como fórmula para evitar los continuos conflictos. Aunque el principio de tolerancia podría haber sido una garantía de paz en el interior de los Estados, éste (y menos aún cualquier tentativa de protección) no se formalizará en los ordenamientos jurídicos internos hasta el siglo XVIII¹⁸². Mientras tanto, la existencia de religiones oficiales provocará frecuentemente que las divergencias religiosas sean perseguidas y reprimidas sin miramientos, provocando la reacción de aquellos otros Estados en los que se profesa oficialmente la misma fe de los perseguidos y ofreciendo una excusa a las intervenciones de unos Estados en otros, con lo que las persecuciones religiosas en el interior del territorio estatal continuarán constituyendo un elemento de tensión e inestabilidad política en el seno del continente europeo. Este tratamiento casuístico de las persecuciones, bien por la vía de la prevención mediante la regulación de la tolerancia religiosa en tratados internacionales, bien por la vía de la reacción interviniendo cuando se producen, será la tónica general hasta el siglo XX.

Al iniciarse ese siglo, la conexión entre las persecuciones religiosas y la inestabilidad internacional está ya suficientemente demostrada; además, el progresivo surgimiento de nuevas afinidades identitarias en el interior de los Estados durante el siglo XIX ha introducido una dimensión ampliada del fenómeno persecutorio, que ya no sólo tiene como objetivo los grupos diferenciados en el plano religioso, sino también aquellos que alteran la homogeneidad del Estado, por ejemplo por sus reivindicaciones nacionales o por razones raciales. En la

¹⁸² La excepción fue la vigencia del Edicto de Nantes en Francia. Pero, tras su derogación, hubo que esperar hasta la Revolución de 1789 para la proclamación de la libertad religiosa y de culto.

reconstrucción de Europa tras la I Guerra Mundial no se podrán obviar estas variables, y durante la elaboración del Pacto de la Sociedad de Naciones (SN) se producirán los primeros intentos de establecer consecuencias jurídicas internacionales derivadas de la prohibición de cometer persecuciones, aunque sin éxito. En su lugar, se insistirá en la política de prevención basada en la regulación internacional del estatuto garantizado en el interior de los Estados a los grupos diferenciados por motivos de raza, lengua o religión, es decir, las minorías. A tal fin, se diseñará en el marco de la SN un régimen de protección de minorías que, a diferencia de los siglos precedentes, ya no se basará en el principio de tolerancia, sino en el principio de igualdad.

Esta evolución en las respuestas dadas al fenómeno persecutorio será analizado a continuación, comenzando por el período que abarca desde la Paz de Westfalia a la I Guerra Mundial (§ 2.1) para posteriormente profundizar en la cuestión de las persecuciones y el estatuto de las minorías en el marco de la SN (§ 2.2).

2.1.LA INCIDENCIA DE LA PERSECUCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL CLÁSICO: LA SITUACIÓN DE LAS MINORÍAS Y LA ESTABILIDAD DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES DESDE WESTFALIA HASTA LA I GUERRA MUNDIAL.

La aparición de los Estados modernos vino acompañada de la formulación de normas jurídicas para regular sus relaciones y aquellos aspectos que incidían en las mismas, de manera que la cuestión religiosa se incorporó a un naciente Derecho internacional público¹⁸³. Dado el carácter desestabilizador de las persecuciones religiosas en las relaciones internacionales¹⁸⁴, entre los siglos XVII a XIX la sociedad internacional reaccionó frente a las persecuciones que se producían en el interior de los Estados

¹⁸³ CONTRERAS identifica tres etapas de protección internacional de las minorías religiosas: (i) el periodo comprendido entre la Paz de Westfalia y el siglo XIX, (ii) la época de la Sociedad de Naciones y (iii) desde el establecimiento de la Organización para las Naciones Unidas (CONTRERAS MAZARÍO, J. M., *Las Naciones Unidas...*, cit., p. 41). Sobre la interacción histórica entre religión y Derecho internacional vid. NAFZIGER, J. A. R., "The Functions of Religion in the International Legal System", en: JANIS, M. W. (ed.), *The Influence of Religion on the Development of International Law*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 152; KENNEDY, D., "A New Stream of International Law Scholarship", *Wisconsin International Law Journal*, vol. 7 (1), 1988, p. 25. Según este último autor, en los orígenes del Derecho internacional se encuentra una intolerancia social bien articulada, pues es este ordenamiento el encargado de operar la exclusión de los diferentes (judíos, heréticos,...), en una "collaborative practice of religious inter-sovereign action" (*ibid.*).

¹⁸⁴ CAPOTORTI, F., *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*, Nueva York: Naciones Unidas, 1991, p. 1, párr. 4.

mediante dos modalidades de respuesta¹⁸⁵: la adopción de tratados internacionales (§ A) y las intervenciones armadas (§ B).

A) La prevención de las persecuciones por vía convencional.

En la Europa del siglo XVII quedó suficientemente acreditado que las armas no eran una solución viable a los conflictos religiosos. La única alternativa, por tanto, parecía ser tratar de resolver esa cuestión mediante acuerdos. Se inicia entonces una práctica consistente en regular la diversidad religiosa en el interior de los Estados a través de cláusulas insertas en tratados internacionales, como una forma de prevenir las persecuciones. Esta práctica se prolongará durante varios siglos, aunque con características diferenciadas a lo largo del tiempo, de manera que es posible distinguir dos etapas:

(i) Entre los siglos XVII y XVIII, la regulación de la cuestión religiosa se produce única y exclusivamente en el plano internacional, y, como en Westfalia, su principal objeto es la articulación de la tolerancia religiosa en el interior de los Estados -generalmente a través de un reconocimiento restringido de la libertad religiosa, limitado a la profesión de determinados credos y sólo respecto de aspectos específicos de esa profesión- (§ a).

(ii) En la segunda etapa (que se desarrolla esencialmente en el siglo XIX) la práctica convencional internacional oscila entre el continuismo con la etapa anterior y la inserción de aspectos novedosos, sobresaliendo en este sentido la protección convencional de grupos distintos de los religiosos (§ b).

a) *La práctica convencional en los siglos XVII y XVIII.*

En un primer momento, el incipiente esfuerzo de los Estados por proteger los derechos de grupos religiosos minoritarios se caracterizó -en palabras de CONTRERAS MAZARÍO- “por un tratamiento casuístico del problema”, que solía plasmarse en tratados internacionales bilaterales¹⁸⁶, normalmente **tratados de paz**¹⁸⁷, sobre todo en aquellos

¹⁸⁵ Vid. CERONE, J., “Persecution”, en: SHELTON, D. (ed.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, vol. 2, Detroit: Thomson Gale, 2005, p. 795.

¹⁸⁶ CONTRERAS MAZARÍO, J. M., *Las Naciones Unidas...*, cit., p. 41. Era además habitual que la protección de estos grupos fuera “unilaterally imposed by the more powerful on the weaker State” (VERZIJL, J. H. W., *Human rights in historical perspective*, Haarlem: J. Enschedé en Zonen, 1958, p. 7).

¹⁸⁷ REMEC, P. P., *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1960, p. 13. También algunos tratados de amistad recogerán previsiones sobre la libertad religiosa, generalmente sobre la base del principio de reciprocidad de trato respecto a su ejercicio. Vid.,

casos en los que la paz iba acompañada de transferencias de territorio, con lo que se pretendía evitar la persecución de grupos minoritarios en los Estados de cuya población pasaran a formar parte¹⁸⁸. En consecuencia, era habitual que las disposiciones del tratado establecieran **obligaciones unilaterales** –impuestas al Estado en el que pasaba a encontrarse el grupo- **no recíprocas**¹⁸⁹, destinadas a garantizar por dicho Estado la tolerancia religiosa del grupo afectado en sus territorios. Tales obligaciones prácticamente se limitaban a la garantía de libertad de culto (incluyendo ocasionalmente las manifestaciones externas) y a la prohibición de imponer la religión mayoritaria¹⁹⁰, y no suponían ni mucho menos una protección general de la libertad religiosa o una prohibición de las persecuciones, en la medida en que estas cláusulas limitaban su alcance a la profesión de religiones concretas. Se consolidaba así el planteamiento seguido ya en los Tratados de Münster y Osnabrück para prevenir las persecuciones religiosas¹⁹¹, y que, al igual que entonces, atendía sobre todo a intereses políticos y estratégicos¹⁹², más que a una voluntad de salvaguardar la libertad individual, lo que explica por qué estas garantías se imponían en acuerdos internacionales, en lugar de ser fruto de la iniciativa interna de los Estados.

Las obligaciones relativas a la tolerancia religiosa se materializaban en dos tipos de cláusulas: (i) las más habituales eran aquellas que establecían una garantía de libertad religiosa limitada a un determinado grupo en unas circunstancias concretas, pero ocasionalmente también se utilizaba (ii) la cláusula de nación más favorecida.

por ejemplo, el Tratado de amistad, de navegación y de comercio renovado entre sus Majestades el emperador de todas las Rusias y la reina de Portugal, firmado en San Petersburgo, 16-27 de diciembre de 1798 -artículo II (RT (II), tomo VI (1795-1799), p. 539)-, o el Tratado de paz, amistad, navegación, comercio y pescio, entre S.M. Católica y S.M. Marroquí, firmado en Mequinez el 1 de marzo de 1799 -artículo XII (*ibid.*, pp. 588 y 590)-.

¹⁸⁸ FERNÁNDEZ LIESA estima que tales tratados “llevaron a establecer el *principio, consolidado ya a principios del siglo XIX, de que cuando una población era transferida de una soberanía a otra debía garantizarse su libertad religiosa*” (FERNÁNDEZ LIESA, C. R., “La protección...”, *cit.*, p. 66).

¹⁸⁹ REMEC, P. P., *The position...*, *cit.*, p. 13.

¹⁹⁰ RUIZ VIEYTEZ, E., *La protección...*, *cit.*, p. 27.

¹⁹¹ Existe algún acuerdo anterior a 1648, como el Tratado de Viena (1606) (entre el Rey de Hungría y el Príncipe de Transilvania, que reconoció a los protestantes en este último territorio la libertad de culto), o el Tratado de Dortmund (1609) (entre los gobernantes de Brandenburgo y de Neuburgo para administrar el Ducado de Jülich-Cleves) por el que se garantizaba la libertad de culto a católicos, a luteranos y también, probablemente por primera vez en un tratado alemán, a calvinistas (KAMEN, H., *Nacimiento...*, *cit.*, p. 89). En 1614 el Tratado de Xanten dividió el Ducado de forma oficial y reforzó las garantías de libertad religiosa (sobre este episodio, *vid.* PARKER, G. (ed.), *The Thirty Years' War*, London/New York: Routledge, 1997 (2nd ed.), pp. 23-27 y 31-33; ASCH, R. G., *The Thirty...*, *cit.*, pp. 29-31). Hay incluso algún ejemplo de regulación de la libertad religiosa en las Indias, como es el caso del tratado holandés con Ternate (1607), que establecía en su artículo 12 que ninguna persona se burlaría de otra en cuestiones religiosas (GREWE, W. G. (ed.), *Fontes Historiae Iuris Gentium*, vol. II (1493-1815), Berlin: Walter de Gruyter, 1988, p. 66). Nótese el carácter más horizontal que vertical de esta disposición, que superaría la mera regulación de la tolerancia.

¹⁹² *Vid.* RUIZ VIEYTEZ, E., *La protección...*, *cit.*, p. 25.

(i) Existen numerosos ejemplos de cláusulas de **delimitación expresa del alcance personal y contextual de la libertad religiosa**. Uno de los primeros en incluirlas fue el Tratado anglo-portugués de 10 de julio de 1654, firmado en el marco de la *Paz de Westminster*, que otorgaba una amplia libertad religiosa para los ingleses en territorio bajo dominación portuguesa, como modo de garantizar y permitir el correcto ejercicio de los derechos de comercio y de paz en él reconocidos, que serían declarados nulos y sin efecto si los ingleses eran molestados por razones de conciencia (artículo XVI)¹⁹³. Aunque esta referencia expresa a la incidencia negativa que sobre el desarrollo de las relaciones pacíficas entre ambos Estados podría tener la intolerancia religiosa no es habitual, resulta significativa por cuanto refleja la visión del problema en la época: la preocupación de los Estados por garantizar la libertad de creencias a fin de asegurarse un escenario internacional favorable para las relaciones mutuas.

También las relaciones con el Imperio Otomano determinaron la celebración de algunos tratados internacionales conteniendo cláusulas sobre libertad religiosa, como el *Tratado de Carlowitz* con Alemania (1699)¹⁹⁴, el *Tratado de Paz de Passarowitz* con Austria (1781)¹⁹⁵, o el *Tratado de Kutchuk-Kainardji* con Rusia (1774)¹⁹⁶.

¹⁹³ GREWE, W. G. (ed.), *Fontes...*, cit., vol. II, p. 296.

Otros acuerdos que recogían cláusulas de protección de la libertad religiosa fueron, por ejemplo, el Tratado de Paz entre Suecia, Prusia y Polonia de 23 de abril de 1660, con motivo de la *Paz de Oliva* -artículos I§3 y IV§2- (*ibid.*, pp. 312 y 315)-; el Tratado entre Francia, Holanda y España de 10 de agosto de 1678, en el marco de la *Paz de Nimega* -artículos VIII y XIX (*ibid.*, p. 202)-; el Tratado entre Francia, Holanda y el Imperio de 30 de octubre de 1697, dentro de la *Paz de Ryswick* -artículo IV (*ibid.*, p. 214)-; en el marco de la *Paz de Utrecht*, el Tratado entre Inglaterra y Francia de 11 de abril de 1713 -artículo XIV (*ibid.*, pp. 227-228)- y el Tratado anglo-español de 13 de julio de 1713 -que llama la atención por las restricciones que, como contrapartida, prevé para judíos y musulmanes, pues Gran Bretaña se comprometía a no permitirles establecer su domicilio en Gibraltar, *vid.* artículo X (*ibid.*, p. 237)-; el *Tratado de Paz de Nystad* (30 de agosto de 1721) entre Rusia y Suecia -artículo X (*ibid.*, p. 328)-; el *Tratado de Paz de París* (10 de febrero de 1763), entre Francia, España y Gran Bretaña -artículos IV y XX (*ibid.*, pp. 264-265 y 270)-; el *Tratado de Varsovia* (18 de septiembre de 1773), entre Polonia y Prusia -artículos VIII y IX (*ibid.*, p. 622)-; o el *Tratado de Paz de Fredrikshamn* (1809), entre Suecia y Rusia -artículo VI (*vid. NRT*, tomo I (1808-1814), p. 19)-.

¹⁹⁴ El artículo XIII reconocía la libertad de culto y garantizaba la protección de los monjes católicos en el Imperio (GREWE, W. G. (ed.), *Fontes...*, cit., vol. II, p. 354).

¹⁹⁵ Cuyo artículo XI no limitaba el reconocimiento de la libertad religiosa al clero, sino que alcanzaba a todos los católicos en territorio otomano (*ibid.*, pp. 359-360).

¹⁹⁶ En él, el Imperio Otomano se comprometía a proteger la religión cristiana y sus iglesias -artículo VII-, a la vez que se permitía a Rusia establecer una iglesia greco-rusa en Constantinopla que quedaría bajo la protección del Imperio ruso -artículo XIV- (*RT* (II), tomo II (1771-1779), pp. 300-301). Rusia interpretó estas cláusulas como una concesión del derecho a interceder en favor de todos los cristianos ortodoxos, lo que posteriormente sería utilizado como justificación para intervenir en el Imperio Otomano (*vid.* EVANS, M. D., *Religious...*, cit., pp. 63-64). MANDELSTAM va más allá y defiende que este artículo obligaba a Rusia a “une protection constante de la religion chrétienne et des églises de cette religion” (MANDELSTAM, A. N., *La Société...*, cit., p. 5).

(ii) En algunas ocasiones, empero, se optaba simplemente por insertar la **cláusula de nación más favorecida**, en virtud de la cual se acordaba otorgar a los nacionales de un Estado libertad de culto en las mismas condiciones que disfrutaban los nacionales de los Estados a los que el otorgante concedía más privilegios en esa materia dentro de su territorio. Ejemplos de esta técnica son el artículo X del *Tratado de paz entre Francia y el Rey de las Dos Sicilias* (1796)¹⁹⁷, o el artículo XIV del *Tratado de paz y amistad entre Francia y Portugal* (1797)¹⁹⁸. La relevancia de esta cláusula no debe ser desdeñada, pues del recurso a la misma se deduce que a finales del siglo XVIII había ya una tendencia a asumir la coexistencia de una pluralidad de minorías religiosas en algunos territorios.

b) *La práctica convencional en el siglo XIX: la ampliación de la protección a nuevos grupos.*

Un cambio sustantivo se va a producir con las Revoluciones francesa y americana de fines del siglo XVIII¹⁹⁹ y las ulteriores revoluciones liberales del siglo XIX. Éstas supondrán el triunfo del principio conforme al cual la soberanía reside en el pueblo frente al principio de legitimidad imperante en el absolutismo, y la consiguiente limitación del poder de los gobernantes, que se traducirá en el reconocimiento dentro de los ordenamientos jurídicos internos de los derechos y libertades de los ciudadanos, entre ellos la libertad religiosa y de conciencia. Además, la influencia del liberalismo tendrá dos consecuencias relevantes a los efectos de este trabajo: (i) por una parte, el creciente interés por las minorías nacionales; (ii) por otra parte, la exclusión de la persecución de los delitos políticos.

¹⁹⁷ “Tout citoyen français [...] jouiront, dans les états de Sa Majesté le roi des deux Siciles, de la même liberté de culte que celle dont y jouissent les individus des nations non catholiques les plus favorisées à cet égard” (RT (II), tomo VI, *cit.*, p. 237).

¹⁹⁸ “Tous citoyens français [...] jouiront, dans les états de S. M. très-fidèle, de la même liberté de cultes dont y jouissent les nations les plus favorisées à cet égard. [...]” (*ibid.*, p. 417).

¹⁹⁹ En el caso de los Estados Unidos de América (EUA), se constatan considerables avances en el tratamiento de la libertad religiosa en sus relaciones con otros Estados, en las que buscarán no sólo garantizar la tolerancia, sino más bien una auténtica salvaguarda de la pluralidad religiosa. Así ocurre en sendos Tratados de amistad y comercio entre Prusia y los EUA, donde se proclama la libertad de conciencia y de culto de los ciudadanos de cada Parte en la jurisdicción de la otra y se añade que “personne ne sera inquiété à cet égard, pour aucune raison quelconque, excepté pour insulte faite à la religion de l’autre” (artículos XI, respectivamente, de los Tratados de 10 de septiembre de 1785, en: RT (II), tomo IV (1785-1790), p. 42, y de 11 de julio de 1799, en: RT (II), tomo VI, *cit.*, p. 677). Por tanto, se introduce excepcionalmente una cierta obligación internacional de garantía también en el plano horizontal, en tanto que se deduce la posibilidad de adoptar medidas frente a la persona que no respete la libertad religiosa ajena, con lo que se supera la obligación de mera tolerancia por parte del Estado hacia las minorías religiosas (*cfr.* por ejemplo con el Tratado de amistad y de comercio con los Países Bajos de 8 de octubre de 1782 (RT (II), tomo III (1780-1784), p. 431), donde se garantiza una libertad de conciencia plena, aunque sometido a la ley del país en lo que se refiere a las manifestaciones públicas del culto).

(i) Al amparo de las ideas liberales²⁰⁰ se fraguará el concepto de *nación*, que vendrá a sustituir a la religión en la construcción de identidades en Europa. Éste, sin embargo, es un concepto con un contenido difícil de delimitar -y esa dificultad se traslada a la delimitación de aquellos grupos que fundamentan su membresía en este criterio²⁰¹-, pues incorpora un importante componente subjetivo de pertenencia²⁰². En todo caso, los grupos nacionales comparten un objetivo común de naturaleza política: constituirse en Estado, un derecho que se derivaría del principio de nacionalidad, conforme al cual todo pueblo unido por la lengua y por una civilización común tiene derecho a la independencia y a la unidad política²⁰³. Por tanto, tal y como sugiere WEBER, se podría definir la *nación* como una comunidad de sentimiento que se manifestaría adecuadamente en un Estado propio²⁰⁴.

(ii) También bajo la influencia del espíritu revolucionario-liberal aparecerá una nueva práctica convencional, con la adopción de algunos tratados internacionales en los que se prohíbe específicamente la persecución por **motivos políticos e ideológicos**, que generalmente se manifiesta bajo la forma de una obligación de amnistiar a las personas

²⁰⁰ Vid. WOOLF, S. J., *Nationalism in Europe, 1815 to the present: A Reader*, London/New York: Taylor & Francis, 1996, p. 12; HOBBSAWM, E. J., *Naciones y nacionalismo desde 1780* (trad. de J. Beltrán), Barcelona: Editorial Crítica, 1991 (en particular el capítulo 1, sobre “La nación como novedad: de la revolución al liberalismo”, y dentro de él pp. 47-50).

²⁰¹ Vid. *infra* Capítulo IV, apartado 3.2.

²⁰² De acuerdo con WEBER: “[...] the concept undoubtedly means, above all, that one may exact from certain groups of men a specific sentiment of solidarity in the face of other groups. Thus, the concept belongs in the sphere of values” (WEBER, M., *From Max Weber: Essays in Sociology* (translated, edited, and with an introduction by H. H. Gerth and C. Wright Mills), New York: Oxford University Press, 1970 (reprint), p. 172).

En esta misma línea, más modernamente, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en una propuesta de Protocolo adicional sobre los derechos de las minorías nacionales a la Convención Europea de Derechos Humanos anexa a su Recomendación 1201 (1993), definía en los siguientes términos la expresión *minoría nacional*: “a group of persons in a state who: a. reside on the territory of that state and are citizens thereof; b. maintain longstanding, firm and lasting ties with that state; c. display distinctive ethnic, cultural, religious or linguistic characteristics; d. are sufficiently representative, although smaller in number than the rest of the population of that state or of a region of that state; e. *are motivated by a concern to preserve together that which constitutes their common identity, including their culture, their traditions, their religion or their language*” (cursiva añadida) (COUNCIL OF EUROPE PARLIAMENTARY ASSEMBLY, *Recommendation 1201 (1993) on an additional protocol on the rights of national minorities to the European Convention on Human Rights*, 1 de febrero de 1993, “Text of the proposal for an additional protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning persons belonging to national minorities”, article 1).

²⁰³ TRUYOL Y SERRA, A., *Histoire...*, *cit.*, p. 104. Para GIDDENS, una nación “only exists when a state has a unified administrative reach over the territory over which its sovereignty is claimed” (GIDDENS, A., “The Nation as Power-Container”, en: HUTCHINSON, J. & SMITH, A. D. (eds.), *Nationalism*, Oxford/New York: Oxford University Press, 1994, p. 34). En la misma línea, HOBBSAWM rechaza que la nación sea “una entidad social primaria e invariable”, precisando que es “una entidad social sólo en la medida en que se refiere a cierta clase de estado territorial moderno, el «estado nación»” (HOBBSAWM, E. J., *Naciones...*, *cit.*, p. 18).

²⁰⁴ WEBER, M., *From...*, *cit.*, p. 176. Vid. también RENAN, E., “Qu’est-ce qu’une nation?”, en: HUTCHINSON, J. & SMITH, A. D. (eds.), *Nationalism*, *cit.*, p. 17.

castigadas por tales motivos o de no tomar represalias contra ellas o sus bienes²⁰⁵. En un primer momento, esta garantía de no persecución por motivos políticos e ideológicos carece de alcance general, pues se suele vincular a un contexto previo de guerra, bien porque se predica únicamente de aquellas personas que durante la contienda hubieran tomado partido política o militarmente por alguna de las partes beligerantes²⁰⁶, bien porque se establece el compromiso de no perseguir por opiniones políticas manifestadas o acciones emprendidas durante ese período²⁰⁷. Pero, a medida que esta tendencia se va consolidando, se observan eventuales ampliaciones de su alcance. Así, se pueden encontrar tratados internacionales relativos a cesiones y/o restituciones de territorios en los que se prohíbe expresamente la persecución no sólo por motivos políticos, sino en general bajo cualquier pretexto. Además, dichos acuerdos extienden sus efectos a quienes hayan sido colaboradores de Estados diferentes a aquel bajo cuya jurisdicción pasan a encontrarse por obra del Tratado, sin que se haga referencia alguna a que esa colaboración se deba haber producido en un contexto de guerra. Las únicas excepciones previstas son las persecuciones por deudas contraídas con otros particulares o por actos cometidos con posterioridad a la celebración del acuerdo²⁰⁸.

²⁰⁵ Un ejemplo que llama la atención por su amplitud, ya que incorpora asimismo provisiones de restitución, es el Tratado de paz y de amistad entre el Rey de Cerdeña y la República francesa (15 de mayo de 1796), en cuyo artículo VIII se establecía que: “Le Roi de Sardaigne s’oblige à accorder une amnestie pleine et entière à tous ceux de ses sujets qui ont été poursuivis pour leur opinions politiques. Tous procès qui pourraient leur avoir été suscités à ce sujet, ainsi que les jugements qui y sont intervenus, sont abolis; tous leurs biens meubles et immeubles, ou le prix d’iceux s’ils ont été vendus, leur seront restitués sans délais; il leur sera loisible d’en disposer, de rentrer et de demeurer dans les états du Roi de Sardaigne, ou de s’en retirer” (RT (II), tomo VI, *cit.*, p. 213).

También en el Acta General del Congreso de Viena (9 de junio de 1815), firmada por Gran Bretaña, Austria, Francia, Portugal, Prusia, Rusia, España y Suecia, se acordó que habría “amnistía plena, general y particular a favor de todos los individuos de cualesquiera clase, sexo o condición que fueren” -artículo XI-, y como consecuencia se establecía que “no se podrá en lo sucesivo buscar, inquietar de modo alguno a nadie por cualquiera causa de participación directa o indirecta, sea la época que se quiera, en los sucesos políticos, civiles o militares de Polonia. Todo procedimiento o indagación se considerará como no hecho; se levantarán los secuestros o confiscaciones provisionales, y no se continuará actuación alguna dimanada de semejante causa” -artículo XII- (DEL CANTILLO, A., *Tratados, convenios y declaraciones de paz y de comercio*, Madrid: Imprenta de Alegría y Charlain, 1843, p. 751).

²⁰⁶ En la Paz de Tilsit (1807), los tratados firmados por Francia tanto con Rusia (7 de julio) como con Prusia (9 de julio) garantizan la protección de quienes hubieran tomado partido militar o políticamente por cualquiera de las partes durante la guerra -artículos X y XXII-XXIII, respectivamente- (ISRAEL, F. L. (ed.), *Major ...*, *cit.*, vol. I, pp. 472 y 481). *Vid.* también el artículo 22 del Acta General del Congreso de Viena (DEL CANTILLO, A., *Tratados...*, *cit.*, p. 753).

²⁰⁷ Sirva como ejemplo el artículo XVI del Tratado de paz entre Francia y Austria (Campo-Formio, 17 de octubre de 1797): “Aucun habitant de tous les pays occupés par les armées autrichiennes et françaises, ne pourra être poursuivi ni recherché, soit dans sa personne, soit dans ses propriétés, à raison de ses opinions politiques, ou actions civiles, militaires et commerciales, pendant la guerre qui a eu lieu entre les deux puissances” (RT (II), tomo VI, *cit.*, p. 425).

²⁰⁸ Es el caso del Tratado de Paz anglo-francés, firmado con motivo de la *primera Paz de París* (30 de mayo de 1814) entre Francia y Austria, Prusia, Rusia y Gran Bretaña, cuyo artículo XVI dispone que: “Les Hautes Parties Contractantes voulant mettre et faire mettre dans un entier oubli les divisions qui ont agité

Ahora bien, aunque estos tratados abren las puertas a la posterior aceptación de los motivos políticos como uno de los motivos persecutorios prohibidos por el ordenamiento jurídico internacional, conviene tomarlos con todas las reservas en este momento histórico. La inclusión de cláusulas que regulan la suerte de los opositores políticos resulta de interés en la medida en que refleja un tratamiento novedoso de la persecución en el ámbito internacional, pues no se aborda como un problema de grupos, sino desde la perspectiva procesal que la persecución presentaba en sus orígenes (como inicio de un procedimiento judicial), estableciéndose garantías internacionales contra la persecución judicial de comportamientos que se consideran no criminales por ser una manifestación de la libertad de opinión²⁰⁹. Además, contribuirá al progresivo desarrollo del Derecho penal internacional, cuya función es la delimitación de las competencias penales entre los Estados²¹⁰.

l'Europe, déclarent et promettent que, dans les Pays restitués et cédés par le présent Traité, aucun Individu de quelque classe et condition qu'il soit ne pourra être poursuivi, inquiété, ou troublé dans sa personne ou dans sa propriété, sous aucun prétexte, ou à cause de sa conduite ou opinion politique, ou de son attachement soit à aucune des Parties Contractantes, soit à des Gouvernements qui ont cessé d'exister, ou pour toute autre raison, si ce n'est pour les dettes contractées envers des Individus, ou pour des actes postérieurs au présent Traité" (GREWE, W. G. (ed.), *Fontes...*, cit., vol. II, pp. 289-290). Una cláusula similar se había incluido también en el artículo XIII del Tratado de Amiens entre el Reino Unido, Francia, España y la República de Batavia, de 27 de marzo de 1802 (*vid.* ISRAEL, F. L. (ed.), *Major...*, cit., vol. I, p. 451).

²⁰⁹ Estos nuevos contenidos deben ser puestos en relación con la aparición de una práctica convencional en materia de extradición, de la que se excluyen los delitos políticos (OPPENHEIM, L., *International Law...*, cit., vol. I, §328, pp. 696-697; FIORE, P., *Traité de droit pénal international et de l'extradition* (trad. de C. Antoine), Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1880, pp. 583-601, §§ 391-411; DONNEDIEU DE VABRES, H., *Principes modernes du Droit Pénal International*, Paris: Sirey, 1928, p. 138; BETTATI, M., *L'asile politique en question. Un statut pour les réfugiés*, Paris: PUF, 1985, pp. 23-28; GRAHL-MADSEN, A., *The Status...*, vol. I, cit., p. 9; *vid.* también NOIRIEL, G., *La tyrannie du national. Le droit d'asile en Europe 1793-1993*, Paris: Calmann-Lévy, 1991, p. 31). Téngase en cuenta que la noción de *delito político* apareció en el contexto de la Revolución Francesa (*vid.* OPPENHEIM, L., *International Law...*, cit., vol. I, §333, pp. 704-707), introduciéndose en esa época la distinción entre delito común y delito político para castigar con más rigor las infracciones que se dirigen contra el Estado, planteamiento que se verá modificado como efecto de las revoluciones liberales del segundo cuarto del siglo XIX (DONNEDIEU DE VABRES, H., *Traité de Droit Criminel et de Législation Pénale Comparée*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, pp. 115-116).

A modo de ejemplo, baste mencionar aquí las Convenciones para la extradición recíproca de malhechores celebradas por Francia con el Gran Ducado de Baden (Karlsruhe, 27 de junio de 1844), cuyo artículo 6 dispone que: "Les crimes et délits politiques sont exceptés de la présente convention. Il est expressément stipulé que l'individu dont l'extradition aura été accordée ne pourra être, dans aucun cas, poursuivi ou puni pour aucun délit politique antérieur à l'extradition ou pour aucun fait connexe à un semblable délit" (*NRG*, tomo VII (1844), p. 126); con el Gran Ducado de Luxemburgo (La Haya, 26 de septiembre de 1844), cuyo artículo 4 se expresa en términos similares (*ibid.*, p. 410), al igual que el artículo 2 de la Convención con el reino de los Países Bajos (La Haya, 8 de noviembre de 1844) (*ibid.*, p. 572); con Toscana (Florencia, 11 de septiembre de 1844), cuyo artículo 6 se limita a excluir los delitos políticos de su ámbito de aplicación (*ibid.*, p. 384); o con Prusia (firmado en París el 21 de junio de 1845), cuyo artículo 8 indica que "les dispositions de la présente Convention ne pourront être appliquées à des individus qui seront rendus coupables d'un délit politique quelconque", aclarando a continuación que "l'extradition ne pourra avoir lieu que pour la poursuite et la punition des crimes communs" (*NRG*, tomo VIII (1845), p. 335).

²¹⁰ *Vid. infra* Capítulo II, nota 3.

Más allá de estos contenidos convencionales novedosos, a lo largo del siglo XIX se continúa la práctica asentada en los siglos precedentes de **proteger a los grupos minoritarios mediante la inserción de previsiones específicas en tratados internacionales**, aunque se observa una cierta evolución concretada en tres novedades:

(i) las cláusulas de salvaguarda **amplían su objeto de protección**, abarcando no sólo las minorías religiosas sino también las nacionales, las lingüísticas e incluso las raciales²¹¹;

(ii) se **incrementan los derechos protegidos**, y, junto al derecho de culto, se comienza a garantizar la igualdad de derechos civiles y políticos²¹²; y

(iii) cada vez es más habitual que se recojan en **tratados multilaterales**²¹³.

El primer instrumento internacional en el que se plasman estos avances será el Acta General del Congreso de Viena (9 de junio de 1815). Su artículo 1 se refiere al establecimiento de un régimen que asegure a los súbditos polacos de Rusia, Austria y Prusia “una representación e instituciones nacionales conformes a la clase de existencia política que cada uno de los gobiernos a quien pertenezcan juzgue útil y conveniente concederles”²¹⁴, con lo que se introduce la nacionalidad como criterio relevante para la identificación de grupos minoritarios. Además, en el Acta también se encuentran ya preceptos en los que se proclama la igualdad de derechos de algunos grupos religiosos, aunque esa igualdad está lejos de ser plena, puesto que normalmente sólo beneficia a las diferentes corrientes del cristianismo²¹⁵.

Esos planteamientos aparecen también en el Tratado general de paz entre Austria, Francia, Gran Bretaña, Prusia, Rusia, Cerdeña y la Puerta Otomana, firmado en París el 30 de marzo de 1856, que incluye además la raza en una declaración del Sultán en la que señala la adopción de medidas para mejorar la suerte de sus súbditos “sans distinction de religion ni de race” (artículo IX)²¹⁶. Las Potencias contratantes expresamente excluyeron

²¹¹ VERZIJL, J. H. W., *Human...*, cit., p. 7.

²¹² CONTRERAS MAZARÍO, J. M., *Las Naciones Unidas...*, cit., p. 52.

²¹³ CAPOTORTI, F., *Estudio...*, cit., p. 2, párr. 7.

²¹⁴ DEL CANTILLO, A., *Tratados...*, cit., p. 750

²¹⁵ *Vid* los artículos 46 y 77 (*ibid.*, p. 760 y 766, respectivamente).

²¹⁶ NRG, tomo XV, pp. 774-775.

que dicha declaración pudiera constituir una autorización para intervenir individual o conjuntamente en los asuntos internos del Imperio Otomano (artículo XI)²¹⁷.

Dos décadas después, en el marco de la Conferencia de Berlín de 1878, la Sublime Puerta volverá a declarar su intención de mantener el principio de libertad religiosa, y así se hará constar en el artículo 62 del Tratado de Berlín, en el que además se proclama que en ninguna parte del Imperio Otomano podría ser la diferencia de religión alegada como un motivo de exclusión o incapacidad respecto del cumplimiento de derechos civiles y políticos, la admisión en empleos públicos o el ejercicio de profesiones²¹⁸.

La relevancia del Tratado de Berlín de 1878 a los efectos de este trabajo es destacable, pues probablemente sea el mejor reflejo del *statu quo* durante el siglo XIX en materia de protección de minorías y prevención de la persecución²¹⁹. En él se dio un salto cualitativo, ya que a los Estados desgajados del Imperio Otomano también se les impuso la obligación de garantizar la igualdad en el disfrute de los derechos civiles y políticos, incluida la admisión en cargos públicos y el ejercicio profesional, de todas las personas, sin distinción por motivos de raza o credo²²⁰; además, en el caso concreto de Rumanía, la garantía de igualdad ciudadana para los judíos constituía una condición para el reconocimiento de su independencia²²¹. Puesto que en ese momento la consolidación del principio de tolerancia religiosa en Europa era ya un hecho²²², se pretendía imponer el principio de total libertad religiosa e igualdad religiosa²²³. Pero la igualdad de derechos con independencia de la

²¹⁷ *Ibid.*, p. 775.

²¹⁸ El artículo continúa afirmando que todas las personas serán admitidas, con independencia de su religión, a testimoniar ante los tribunales, además de garantizar el libre ejercicio de todas las formas de culto (*vid.* ISRAEL, F. L. (ed.), *Major...*, *cit.*, vol. II, p. 996).

²¹⁹ En todo caso, una vez más se intentó articular el problema de los grupo minoritarios de tal forma que garantizara la paz y la estabilidad en Europa, pero sin ánimo de profundizar más en la cuestión, pues este Congreso “carefully avoided every larger issue, every humanitarian question, any attempt at building up the law of nations” (LORD, R. H., “The Congress of Berlin”, en: HAZEN, C. D., THAYER, W. R., LORD, R. H. & COOLIDGE, A. C., *Three Peace Congresses of the Nineteenth Century & Claimants to Constantinople*, Cambridge: Harvard University Press/London: Humphrey Milford, Oxford University Press, 1919, p. 58).

²²⁰ *Vid.* los artículos 5 (respecto de Bulgaria), 27 (Montenegro), 35 (Serbia) y 44 (Rumanía). Para OPPENHEIM, la prohibición de discriminación religiosa “restricted the personal supremacy of Bulgaria, Montenegro, Serbia, and Roumania” (OPPENHEIM, L., *International Law...*, *cit.*, vol. I, §128, p. 296).

²²¹ Artículo 43 (texto disponible en D’AVRIL, A., *Négotiations relatives au Traité de Berlin et aux arrangements qui ont suivi, 1875-1886*, Paris: E. Leroux, Éditeur, 1886, p. 470). *Vid.* EVANS, M. D., “Religious Liberty and Non-Discrimination”, en: LOENEN, T. & RODRIGUES, P. R. (eds.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 123.

²²² GROSS, L., “The Peace...”, *cit.*, p. 6.

²²³ LORD, R. H., “The Congress...”, *cit.*, p. 65. El Congreso se vio como una ocasión “pour faire affirmer les principes de la liberté religieuse par les représentants de l’Europe”, que él incluía entre los principios “qui

religión profesada estaba lejos de ser un principio general del Derecho, ya que ni siquiera estaba generalmente reconocido en el orden público interno de las potencias europeas²²⁴. De hecho, en el plano internacional, la igualdad de derechos no se articulará realmente como base de la protección de las minorías (y, por ende, como mecanismo de prevención de la persecución) hasta la primera postguerra mundial, como se verá más adelante²²⁵.

B) La intervención como reacción a las persecuciones.

Los intentos de regulación internacional de la tolerancia religiosa no bastarán para evitar que se sigan produciendo persecuciones. Esta constatación provocará que los Estados reaccionen mediante la presión o incluso la coerción militar contra el Estado perseguidor, reflejando la tensión antagónica entre la reticencia de unos Estados a mejorar la suerte de los grupos minoritarios en el interior de sus territorios y los intereses estratégicos de las otras Potencias en proteger a aquéllas.

Las actuaciones -tanto unilaterales como colectivas- de unos Estados en aquel en cuyo territorio se hallan los grupos minoritarios, consideradas intervenciones en los asuntos internos del mismo, adoptan distintas formas, yendo desde las meras actuaciones diplomáticas hasta el uso de la fuerza armada²²⁶. La preferencia por el recurso a unas u

sont la base de l'organisation sociales dans tous les États de l'Europe" (Protocolo nº 8, sesión de 28 de junio de 1878, intervención del delegado francés, en: GEISS, I. (comp.), *Der Berliner Kongress, 1878. Protokolle und Materialien*, Boppard am Rhein: Harald Boldt Verlag, 1978, p. 85); *vid.* también la opinión de Bismarck durante la discusión sobre el caso de Rumanía (Protocolo nº 10, sesión de 1 de julio de 1878, en: *ibid.*, p. 102).

²²⁴ Sirva de ejemplo la posición de Rusia en relación con el trato que debían recibir los judíos en ese Estado, donde vivía la mayor parte de los judíos de Europa oriental de la época, pues aunque su delegado en la Conferencia declaró que el principio de libertad religiosa siempre se había aplicado en Rusia, consideraba que cuando se trataba de derechos civiles y políticos no se debía confundir a "les Israélites de Berlin, Paris, Londres ou Vienne, auxquels on ne saurait assurément refuser aucun droit politique et civil, avec les Juifs de la Serbie, de la Roumanie et de quelques provinces russes qui sont, à son avis, un véritable fléau pour les populations indigènes" (Protocolo nº 8, sesión de 28 de junio de 1878, en: *ibid.*, p. 85).

²²⁵ *Vid. infra* apartado 2.2.

²²⁶ TESÓN ofrece una triple clasificación de la intervención: blanda (*soft intervention*, que hace referencia a un comportamiento consistente en discusión, estudio y recomendación), dura (*hard intervention*, que supone la adopción de medidas coercitivas que no implican el uso de la fuerza) y forzosa (*forcible intervention*, que implica el uso de la fuerza) (TESÓN, F. R., *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, Irvington-on-Hudson, New York: Transnational Publishers, Inc., 1997, p. 135). Con carácter general, la posibilidad de que la intervención en los asuntos internos de otro Estado pueda manifestarse de distintas formas, y no sólo mediante el uso de la fuerza, ha sido admitida por la Corte Internacional de Justicia (CIJ). De acuerdo con la CIJ: "[...] ce principe interdit à tout État ou groupe d'États d'intervenir directement ou indirectement dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État. L'intervention interdite doit donc porter sur des matières à propos desquelles le principe de souveraineté des États permet à chacun d'entre eux de se décider librement. Il en est ainsi du choix du système politique, économique, social et culturel de la formulation des relations extérieures. L'intervention est illicite lorsque à propos de ces choix, qui doivent demeurer libres, elle utilise des moyens de contrainte" (CIJ, *Activités*

otra marca dos etapas en la evolución de la práctica de las intervenciones a lo largo de los siglos, que coinciden con las identificadas en relación con la prevención de la persecución por vía convencional²²⁷:

(i) En la primera etapa (siglos XVII-XVIII), los Estados suelen limitar su reacción a intervenciones de tipo diplomático, pues la legalidad del recurso a las intervenciones armadas es discutible, ya que significan *hacer la guerra*²²⁸, aunque los teóricos de la época ofrecen argumentos que permiten justificar estos ataques si su finalidad es poner fin a las persecuciones en el interior de un Estado²²⁹.

(ii) Así se irá allanando el camino para que en el siglo XIX se generalicen las denominadas *intervenciones de humanidad* (también denominadas *intervenciones por motivos de humanidad* o *intervenciones humanitarias*²³⁰), expresiones que en sentido amplio se refieren a la intervención “realizada para proteger a la población que se encuentra

militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, párr. 205, p. 108).

²²⁷ De hecho, esta modalidad de respuesta puede entenderse vinculada a la adopción de acuerdos internacionales con previsiones sobre minorías religiosas en un doble sentido: por una parte, porque en ocasiones estas cláusulas eran impuestas por las Potencias que habían intervenido con éxito en otro Estado; por otra parte, porque la formalización de los términos de protección de las minorías religiosas en tratados internacionales permitía reducir los posibles pretextos para llevar a cabo tales intervenciones, y evitar que por esa vía se alterara el equilibrio de poderes sobre el que se sustentaba la estabilidad internacional (CAPOTORTI, F., *Estudio...*, cit., párr. 16, p. 3).

²²⁸ BOYLE, J., “Traditional Just War Theory and Humanitarian Intervention”, en: NARDIN, T. & WILLIAMS, M. S. (eds.), *Humanitarian Intervention*, New York/London: New York University Press, 2006, p. 32.

²²⁹ Tales desarrollos teóricos se enmarcan fundamentalmente en el estudio de la guerra justa; sin embargo, profundizar en esta cuestión nos desviaría del objeto central de este trabajo, por lo que nos remitimos a los estudios realizados en la materia, por ejemplo: RUSSELL, F., *The Just War in the Middle Ages*, Cambridge: Cambridge University Press, 1975 (repr. 1977); JOHNSON, J. T., *Just War Tradition and the Restraint of War. A Moral and Historical Inquiry*, Princeton: Princeton University Press, 1981; CHESTERMAN, S., *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001 (en particular pp. 7-44); EVANS, M. (ed.), *Just War Theory. A Reappraisal*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 2005; o, entre las obras más recientes, FIALA, A., *The Just War Myth. The Moral Illusions of War*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2008, en particular pp. 29-43.

²³⁰ MARIÑO MENÉNDEZ identifica cierta imprecisión terminológica en relación con los supuestos de intervención, y estima que la expresión *intervención humanitaria* o *intervención armada con fines humanitarios* podría englobarlos a todos (MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., “Algunas consideraciones sobre el derecho internacional relativo a la “intervención” armada de protección de los derechos fundamentales”, *Revista de Occidente*, nº 236-237, 2001, pp. 107-108). En todo caso, distingue entre *intervención de humanidad*, entendida como “la utilización de la fuerza armada para proteger frente a los criminales a las víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de sus derechos fundamentales”, e *intervención humanitaria*, que supone que “la fuerza militar se utiliza para asegurar que la «ayuda humanitaria» prestada por organismos internacionales u organizaciones privadas (ONGs) llegue a las poblaciones en peligro” (*ibid.*, p. 108). Para recoger con mayor precisión la práctica a la que se alude en este trabajo, aquí se preferirán las expresiones *intervención de humanidad* o *intervención por motivos de humanidad*, antes que *intervención humanitaria*.

bajo la jurisdicción de un Estado frente a los abusos cometidos por éste²³¹, y que en sentido estricto aluden al recurso de los Estados a la fuerza “sobre el territorio de otro Estado –con o sin el consentimiento del Gobierno de ese Estado- con el fin de proteger las personas que se encuentren en este último de los tratos inhumanos a los que están sometidas por ese Estado, y que no se pueden evitar más que por un recurso a la fuerza”²³².

Ambas etapas serán presentadas con más detalle a continuación, comenzando con el período que abarca los siglos XVII y XVIII (§ a) y siguiendo con el siglo XIX (§ b).

a) *Antecedentes de las intervenciones de humanidad y desarrollos doctrinales en los siglos XVII y XVIII.*

A lo largo de los siglos XVII y XVIII se pueden encontrar ya ejemplos de intervenciones a favor de grupos religiosos. No obstante, estas actuaciones solían limitarse al ámbito diplomático, y en general la doctrina excluye que constituyeran intervenciones de humanidad en sentido estricto²³³. Tal sería el caso de la intervención en 1655 de Inglaterra y Holanda en Francia en favor de los valdenses²³⁴, o las intervenciones en Polonia primero de Suecia, Prusia y Rusia, con motivo de la situación de los protestantes y los ortodoxos

²³¹ PETIT DE GABRIEL, E. W., *Las exigencias de humanidad en el Derecho internacional tradicional (1789-1939). El marco normativo y doctrinal de la intervención de humanidad y de la asistencia humanitaria*, Madrid: Tecnos, 2003, pp. 90-91; *vid.* también FINNEMORE, M., *The Purpose of Intervention. Changing Beliefs about the Use of Force*, Ithaca/London: Cornell University Press, 2003, p. 53.

²³² BERMEJO GARCÍA, R., *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*, Civitas: Madrid, 1993, p. 391. RAMÓN CHORNET se refiere al despliegue de fuerzas armadas en otro Estado llevado a cabo en atención a violaciones de derechos humanos de no nacionales (RAMÓN CHORNET, C., *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en Derecho internacional*, Madrid: Editorial Trotta, 1995, pp. 41-42), en lo que sería una definición actualizada, puesto que en el siglo XIX no existen realmente elementos para hablar en puridad de términos de “derechos humanos” (*vid.* también BOYLE, J., “Traditional...”, *cit.*, p. 32).

²³³ Es decir, en atención a violaciones de derechos humanos (RAMÓN CHORNET, C., *¿Violencia necesaria?...*, *cit.*, pp. 41-42; FERNÁNDEZ LIESA, C. R., “La protección...”, *cit.*, p. 65; FONTEYNE, J.-P. L., “The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention: Its Current Validity under the U.N. Charter”, *California W. ILJ*, vol. 4 (2), 1973-1974, p. 206; PETIT DE GABRIEL, E. W., *Las exigencias...*, *cit.*, pp. 92-93). *Cfr.* MANDELSTAM, A. N., *La Société...*, *cit.*, p. 6, nota 1; tampoco BERMEJO GARCÍA considera que convenga “excluir *prima facie* otras medidas coercitivas que no impliquen forzosamente el uso de la fuerza” (BERMEJO GARCÍA, R., *El marco...*, *cit.*, p. 391). PÉREZ VERA distingue entre protección de humanidad e intervención de humanidad: la primera, con un contenido más amplio, incluye todas las medidas de presión que un Estado ejerce sobre otro para que se comporte conforme a las leyes de humanidad, mientras que reserva la segunda (abarcada por la primera) para las intervenciones armadas con el mismo fin (PÉREZ VERA, E., “La protection d’humanité en Droit international”, *RBDI*, 1969 (2), pp. 401-402).

²³⁴ Tratado secreto entre Inglaterra y Holanda para intervenir con el Duque de Saboya en favor de los valdenses, concluido en La Haya el 20 de octubre de 1690 (*NS*, tomo I (1761-1828), pp. 701-702). Sobre los efectos de esta intervención, *vid.* VERZIJL, J. H. W., *International Law in Historical Perspective*, Part V: “Nationality and other matters relating to individuals”, Leiden: A. W. Sijthoff, 1972, pp. 178-179.

(1660), de Suecia y Prusia en ayuda de los protestantes en 1707²³⁵, o de Prusia, Rusia, Gran Bretaña y Dinamarca entre 1764 y 1766, de nuevo en favor de los no católicos²³⁶. Incluso, los tratados adoptados para proteger a las minorías religiosas mencionados anteriormente han sido calificados de ejemplos de intervención, en particular de los Estados católicos en nombre de sus súbditos en territorios cedidos a soberanos protestantes²³⁷.

Esta intervención esencialmente diplomática marca una clara diferencia con el posterior desarrollo de la práctica a lo largo del siglo XIX, cuando se considerará que las persecuciones (un problema que no sólo pone en peligro la estabilidad internacional, sino que además se conjuga con las más elementales exigencias de humanidad) pueden llegar a justificar suficientemente una intervención incluso mediante el uso de la fuerza armada en otro Estado en favor de las minorías, constituyendo así un supuesto de intervención por motivos de humanidad²³⁸.

Ahora bien, las bases teóricas que legitimarán la intervención de humanidad en el siglo XIX se desarrollan doctrinalmente en los siglos previos. Pueden encontrarse antecedentes en la polémica de los justos títulos y el *ius communicationis* de Francisco de VITORIA (1480-1546)²³⁹, para quien “la tiranía de los mismos gobernantes de los bárbaros o las leyes tiránicas en daño de los inocentes” constituía un justo título en la medida en que “Dios mandó a cada uno cuidar de su prójimo, y todos ellos son prójimos nuestros. Por tanto cualquiera podrá defenderlos de semejante tiranía y opresión”²⁴⁰. También la obra de Hugo GROCIO (1583-1645) -quien considera que debe aplicarse “el derecho de la sociedad

²³⁵ HARSTN, M., “Intervention to prevent religious persecution in International Law”, *St. John's Law Review*, vol. 1 (1), 1926-1927, pp. 42-43; CAPOTORTI, F., *Estudio...*, cit., p. 1, párr. 4.

²³⁶ FERNÁNDEZ LIESA, C. R., “La protección...”, cit., p. 65. Sobre la incidencia de los memorandos y declaraciones de las Potencias en este caso, vid. VERZIJL, J. H. W., *International Law...*, cit., p. 179.

²³⁷ ABIEW, F. K., *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*, The Hague/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 46; HARSTN, M., “Intervention...”, cit., p. 43.

²³⁸ STOWELL, M. E. C., “La théorie et la pratique de l'intervention”, *RCADI*, tomo 40, 1932-II, p. 141.

²³⁹ Vid. RAMÓN CHORNET, C., *¿Violencia necesaria?...*, cit., p. 35; FIALA, A., *The Just...*, cit., p. 37; PETIT DE GABRIEL, E. W., *Las exigencias...*, cit., p. 92; BOYLE, J., “Traditional...”, cit., p. 45; COATES, A., “Humanitarian...”, cit., pp. 65-68; BARCIA TRELLES, C., *Francisco de Vitoria, fundador del derecho internacional moderno*, Valladolid: Universidad de Valladolid, 1928, p. 115.

²⁴⁰ *Relectio de Indis*, I.3, 14 (VITORIA, F. de, *Relectio de Indis o Libertad de los indios* (ed. de L. Pereña y J. M. Pérez Prendes), *Corpus Hispanorum de Pace*, vol. V., Madrid: CSIC, 1967, p. 93). Sobre estas cuestiones vid. también PÉREZ LUÑO, A.-E., “Intervención por razones de humanidad. Una aproximación desde los clásicos españoles de la filosofía del derecho”, *Revista de Occidente*, nº 236-237, 2001, pp. 71-90.

humana” cuando la opresión es manifiesta²⁴¹ - ofrece fundamentos para derivar un deber de ayuda en favor de las víctimas de la tiranía²⁴².

Pero a los efectos de este estudio, interesa sobre todo la fundamentación de Emerich de Vattel, quien, pese a ser un defensor de la no intervención en una sociedad de Estados soberanos e independientes²⁴³, acepta sin embargo una excepción:

“Lorsqu’une religion est persécutée dans un pays, les Nations étrangères qui la professent peuvent intercéder pour leurs frères; mais c’est là tout ce qu’elles peuvent faire légitimement, à moins que la persécution ne soit portée jusqu’à des excès intolérables, contre laquelle il est permis à toutes les Nations de secourir un peuple malheureux. L’intérêt de leur sûreté peut encore les autoriser à prendre la défense des persécutés”²⁴⁴.

Se trata de una justificación que gira en torno a un único supuesto de hecho –la persecución religiosa-, pero con un triple contenido:

(i) En primer lugar, en el caso de persecución de un determinado grupo religioso, todo lo que pueden hacer legítimamente los príncipes extranjeros que profesen la misma religión es interceder en favor de sus correligionarios. Tal referencia a la “intercesión” del príncipe parece aludir a una intervención de carácter exclusivamente diplomático, en línea con la práctica de los siglos XVII y XVIII.

(ii) Si esa persecución, sin embargo, alcanza extremos intolerables, la autorización se extiende a toda la sociedad internacional. Por consiguiente, mientras que en el supuesto anterior los Estados pueden sólo “interceder”, en el caso de persecuciones

²⁴¹ *De Jure Naturae et Gentium*, L. II, Cap. XXV, VIII, 2 (GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz* (trad. de J. Torrubiano Ripoll), tomo 3, Madrid: Reus, 1925, p. 247).

²⁴² *Vid.* RAMÓN CHORNET, C., *¿Violencia necesaria?...*, *cit.*, pp. 37-39.

²⁴³ *Vid. ibid.*, pp. 40-42; PETIT DE GABRIEL, E. W., *Las exigencias...*, *cit.*, p. 92; RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, I., *La historia de la intervención humanitaria. El imperialismo altruista*, Madrid: Catarata, 2005, p. 45. De acuerdo con REMEC, Vattel no reconoce la existencia de un derecho de castigar en nombre de la sociedad internacional a los Estados que cometan crímenes contra sus ciudadanos, de manera que la intervención de humanidad para proteger los derechos fundamentales de los individuos en un Estado extranjero es “an unjust and unwarranted interference in the affairs of that state” (REMEC, P. P., *The position...*, *cit.*, p. 232).

²⁴⁴ VATTEL, E., *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Paris: Librairie de Guillaumin et Cie., 1863, libro II, cap. IV, §62, pp. 40-41. RAMON CHORNET estima que Vattel admite la intervención por razones de humanidad, entendida como “intervención para preservar las creencias religiosas” (RAMÓN CHORNET, C., *¿Violencia necesaria?...*, *cit.*, p. 41). Para REMEC, el que admita como excepción la intervención colectiva en favor de las minorías religiosas perseguidas refleja una cierta incongruencia con la teoría general del autor suizo (REMEC, P. P., *The position...*, *cit.*, p. 232). Para WINFIELD, aunque estrechamente vinculadas, la intervención por motivos religiosos es distinta de la intervención por motivos de humanidad (WINFIELD, P. H., “The Grounds of Intervention in International Law”, *BYIL*, vol. 5, 1924, p. 161).

particularmente graves se permite a toda la sociedad internacional “socorrer” a un pueblo (lo que parece posibilitar el uso de la fuerza a tal fin).

(iii) Asimismo, junto a estas dos opciones, más preocupadas en la protección de la libertad religiosa como un bien en sí misma, VATTEL incluye otra perspectiva que admitiría la intervención de terceros Estados: el interés por el mantenimiento de su seguridad. Ello no sólo enlaza con la percepción de que la persecución de una minoría religiosa en un Estado es una cuestión que puede tener incidencia internacional, sino que además supone permitir que la intervención de humanidad pueda en apariencia tener un carácter de guerra preventiva, para evitar que la lucha religiosa se traduzca en una acumulación de demasiado poder²⁴⁵.

Estas tres perspectivas tienen su reflejo en la práctica, pues, además de las fundamentaciones humanitarias, desde la Paz de Westfalia las intervenciones se consideraban admisibles cuando tenían por objeto restablecer el equilibrio de poderes en el continente europeo²⁴⁶. En cualquier caso, a los efectos de este estudio interesa sobre todo la intervención en supuestos de persecución, que estará en la base de la intervención por motivos de humanidad, cuyo momento de apogeo llegará en el siglo XIX.

b) *La intervención de humanidad en el siglo XIX: la “cuestión de Oriente”*.

En el siglo XIX la preocupación por la situación de las minorías justificará numerosas intervenciones. Así, se producirán reacciones diplomáticas de algunos Estados europeos y de los Estados Unidos de América (EUA) ante la persecución religiosa y racial de los judíos en Europa del Este²⁴⁷, si bien la mayoría de las intervenciones protagonizadas por las

²⁴⁵ En palabras de REMEC: “The intervention for the sake of persecuted coreligionists has, therefore, the quality of a preventive war. It should prevent “fanatics” from attaining to great a force” (REMEC, P. P., *The position...*, cit., p. 233). Para RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, dos son las excepciones admitidas por Vattel: la intervención para conservar el equilibrio de poderes y aquella en apoyo de un pueblo oprimido por su gobernante (RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, I., *La historia...*, cit., p. 45). Vid. también RAMÓN CHORNET, C., *¿Violencia necesaria?...*, cit., p. 42.

²⁴⁶ OPPENHEIM, L., *International Law...*, cit., vol. I, §136, p. 311.

²⁴⁷ Particularmente activa fue la reacción ante la situación de los judíos rumanos, que se plasmó en acciones diplomáticas y protestas como la realizada conjuntamente por los cónsules de Austria, Francia, Gran Bretaña, Italia, Prusia y Rusia en Galatz en 1867 (vid. LIPMAN, S. & LIPMAN, V. D. (eds.), *The century of Moses Montefiore*, Oxford: The Littman Library of Jewish Civilization/The Jewish Historical Society of England/Oxford University Press, 1985, p. 240; vid. también WOLF, L., *Sir Moses Montefiore: a centennial biography with extracts of letters and journals*, London: John Murray, 1884, pp. 241-242), mientras que en 1872 diversas potencias europeas y EUA firmaron una declaración conjunta de rechazo a la política rumana (BENTWICK, N., “The League of Nations and racial persecution in Germany”, en: THE GROTIUS SOCIETY, *Problems of Peace and War. Papers read before the Society in the year 1933*, vol. 19, London: The Grotius

potencias europeas vendrán motivadas por la llamada “cuestión de Oriente”²⁴⁸, en respuesta a la represión de los pueblos cristianos dentro del Imperio Otomano²⁴⁹, los cuales comenzaron a rebelarse contra la dominación otomana a finales del siglo XVIII²⁵⁰. La influencia de las ideas liberales sobre estos pueblos hizo que en el siglo XIX el problema se acentuara, puesto que, unido al elemento religioso, nació un marcado sentimiento nacional, a menudo alentado por la esperanza de que las potencias europeas apoyaran sus reivindicaciones²⁵¹.

Es precisamente en este contexto en el que se consolidará la noción de *intervención de humanidad*²⁵². Diversos ejemplos ilustran esta práctica: la intervención de Gran Bretaña, Francia y Rusia en el conflicto greco-turco para poner fin a la cruenta represión que Turquía está llevando a cabo contra la población griega (1827)²⁵³; la intervención de

Society, 1934, pp. 75-76; HARSTN, M., “Intervention...”, *cit.*, p. 44). Asimismo, la situación de los judíos rumanos fue una de las cuestiones centrales en el Congreso de Berlín de 1878 (*vid. supra* apartado 2.1.A.b).

Pero también la preocupante situación de los judíos en Rusia motivó el recurso de los EUA a su influencia diplomática para tratar de aliviarla (*vid. HARSTN, M., “Intervention...”, cit.*, p. 44). Diversas notas dirigidas por el Departamento de Estado a la legación estadounidense en Rusia lo ilustran (*vid.*, por ejemplo, U.S. DEPARTMENT OF STATE, Doc. 557, “Mister Evarts to Mister Foster”, April 14, 1880, en: *Index to the executive documents of the House of Representatives for the third session of the forty-sixth Congress*, vol. I (“Papers Relating to the Foreign Relations of the United States, nº 1, part 1”), Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1881, p. 873; Doc. 268, “Mr. Frelinghuysen to Mr. Hoffman”, April 15, 1882, en: *Index to the executive documents of the House of Representatives for the second session of the forty-seventh Congress*, vol. I (“Papers Relating to the Foreign Relations of the United States, nº 1, part 1”), Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1883, p. 451).

²⁴⁸ En los territorios cristianos de los Balcanes, sujetos al Sultán desde el siglo XVI, los turcos, en palabras de RENOUVIN, “exploitent les pays qu’ils ont soumis, sans chercher à convertir ou à assimiler des populations sujettes”, de manera que éstas conservan la libertad de culto, pero no por razones de tolerancia o por respeto, sino por otras como los ingresos derivados del pago de impuestos de los *millet* o, sencillamente, como indica este autor, por mero desprecio (RENOUVIN, P., *Histoire des relations internationales*, tomo quinto (“Le XIXe Siècle. I. De 1815 à 1871. L’Europe des nationalités et l’éveil de nouveaux mondes”), Paris: Librairie Hachette, 1954, pp. 24-25).

²⁴⁹ Es difícil ver en las intervenciones de humanidad del siglo XIX una genuina voluntad de defender la libertad religiosa como derecho reconocido a todas las personas, puesto que —como ha puesto de relieve FINNEMORE— los beneficiarios eran única y exclusivamente cristianos blancos (FINNEMORE, M., *The Purpose...*, *cit.*, p. 53). Por el contrario, no habrá reacción armada a favor de otras minorías religiosas cuya situación no era precisamente fácil, como podía ser el caso apenas mencionado de los judíos en Europa del Este (más ejemplos en este sentido pueden encontrarse en: *ibid.*, pp. 65-66).

²⁵⁰ Sobre estos hechos, *vid. SHAW, S. J. & SHAW, E. K., History...*, *cit.*, pp. 158-160).

²⁵¹ *Vid. MANDELSTAM, A. N., La Société...*, *cit.*, p. 307.

²⁵² BERMEJO GARCÍA, R., *El marco...*, *cit.*, p. 390; MANDELSTAM, A. N., *La Société...*, *cit.*, p. 307; PETIT DE GABRIEL, E. W., *Las exigencias...*, *cit.*, p. 92.

²⁵³ OPPENHEIM, L., *International Law...*, *cit.*, vol. I, §137, pp. 312-313; RENOUVIN, Pierre, *Histoire...*, *cit.*, tomo quinto, pp. 104-105; MANDELSTAM, A. N., *La Société...*, *cit.*, p. 7; HARSTN, M., “Intervention...”, *cit.*, p. 43; FONTEYNE, J.-P. L., “The Customary...”, *cit.*, pp. 207-208).

Las potencias afirmarán en el preámbulo del Tratado de Londres (6 de julio del mismo año) que la acción conjunta y formalmente acordada atiende tanto a un sentimiento de humanidad como a “l’intérêt du repos de l’Europe” (GREWE, W. G. (ed.), *Fontes...*, *cit.*, vol. III/1, p. 150). Para evitar recelos, en el artículo 5 se

Francia en Siria con el argumento de acabar con las matanzas de que están siendo víctimas los maronitas a manos de los drusos (1860)²⁵⁴; la declaración de guerra de Rusia contra Turquía (1877) por la represión de los cristianos en Bosnia, Herzegovina y Bulgaria²⁵⁵; o la protesta de las Potencias frente a Turquía (intervención en sentido amplio) por la brutal violencia contra los armenios tras los intentos de las poblaciones cristianas de Armenia, Creta y Macedonia de obtener una autonomía administrativa (1896)²⁵⁶, que no llegó a ser una intervención armada por los intereses contrapuestos de las

declara expresamente que las Potencias “ne chercheront dans ces arrangements aucune augmentation de territoire, aucune influence exclusive, aucun avantage de commerce pour leurs sujets, que ceux de toute autre nation ne puissent également obtenir” (*ibid.*, p. 151).

²⁵⁴ FONTEYNE, J.-P. L., “The Customary...”, *cit.*, pp. 208-209; RENOUVIN, P., *Histoire...*, *cit.*, tomo quinto, pp. 333-334, estimando que las preocupaciones humanitarias escondían intereses de política interna, económicos y especialmente internacionales, ya que para él el verdadero móvil de la expedición era la cuestión del canal de Suez (*ibid.*, p. 334). *Cfr.* MANDELSTAM, A. N., *La Société...*, *cit.*, p. 12, que defiende el carácter netamente humanitario de la intervención.

²⁵⁵ Entre 1875 y 1876, Turquía reprime violentamente los movimientos insurreccionales que se están produciendo en esos territorios. Desde un principio, Rusia se muestra dispuesta a intervenir incluso en solitario si las potencias europeas no llegan a un acuerdo “pour imposer au Sultan un programme de réformes au profit des populations chrétiennes”. Los intentos de que tales reformas sean adoptadas fracasan, y en abril de 1877 Rusia inicia la guerra con el propósito declarado de “obliger le Sultan à améliorer le sort des populations chrétiennes de son Empire” (*vid.* RENOUVIN, P., *Histoire...*, *cit.*, tomo sexto (“Le XIXe Siècle. II. De 1871 à 1914. L’apogée de l’Europe”), Paris: Librairie Hachette, 1955, pp. 64-69; FONTEYNE, J.-P. L., “The Customary...”, *cit.*, pp. 211-212).

No obstante, es muy dudoso que Rusia actuara únicamente inspirada por la filantropía, ya que desde el inicio de la crisis había visto en ella “l’occasion d’affaiblir l’Empire ottoman et de consolider son influence sur les populations slaves de la péninsule balkanique” (RENOUVIN, P., *Histoire...*, *cit.*, tomo sexto, p. 66). La guerra ruso-turca impulsó la celebración del Congreso de Berlín al año siguiente, ya que Rusia pretendió que el resto de las Potencias también participaran en la reorganización de los Balcanes, si bien previamente impuso a Turquía el Tratado de Santo Stefano (*vid.* LORD, R. H., “The Congress...”, *cit.*, pp. 48-51).

²⁵⁶ *Vid.* RENOUVIN, P., *Histoire...*, *cit.*, tomo sexto, pp. 192-193. Como continuación de esta política de intervención a favor de los armenios frente a la represión turca (*vid.* FINNEMORE, M., *The Purpose...*, *cit.*, p. 63), no se puede dejar de mencionar la declaración conjunta de Rusia, Francia y Gran Bretaña (28 de mayo de 1915) para protestar por las atrocidades de Turquía contra los armenios (“France, Great Britain and Russia joint declaration”, en: http://www.armenian-genocide.org/popup/affirmation_window.html?Affirmation=160, consultada el 15/1/10).

Los asesinatos y deportaciones masivas sufridas por los armenios en 1915 son consideradas por la doctrina actual un ejemplo histórico de la noción moderna de genocidio, pese a que tradicionalmente Turquía ha rechazado que esos hechos puedan ser calificados como tal, alegando por ejemplo que las medidas acometidas contra los armenios atendían a las necesidades de la guerra -sin que hubiera en ellas premeditación o ánimo alguno de destruir total o parcialmente a la población armenia-, o que existía una guerra civil entre armenios y turcos en el marco más amplio de la I Guerra Mundial. Estos argumentos son refutados en DADRIAN, V. N., “The determinants of the Armenian genocide”, *JGR*, vol. 1 (1), 1999, pp. 68-71, y DADRIAN, V. N., “The signal facts surrounding the Armenian genocide and the Turkish denial syndrome”, *JGR*, vol. 5 (2), 2003, pp. 269-279 (especialmente 274-277).

Otro argumento igualmente discutible es el presunto apoyo de Armenia a Rusia en el marco de la I Guerra Mundial, inexistente incluso en el plano religioso -los armenios ni siquiera tenían una vinculación religiosa a la Iglesia Ortodoxa rusa- (FINNEMORE, M., *The Purpose...*, *cit.*, p. 63).

En relación con la historiografía oficial turca respecto del genocidio armenio y los estudios que intentan desmontarla *vid.* BLOXHAM, D. & MÜGE GÖÇEK, F., “The Armenian Genocide”, en: STONE, D. (ed.), *The Historiography of Genocide*, New York: Palgrave Macmillan, 2008, pp. 344-372. Sobre la diversidad de argumentos negacionistas utilizados respecto a este y otros genocidios, puede consultarse CHARNY, I. W., “A classification of denials of the Holocaust and other genocides”, *JGR*, vol. 5 (1), 2003, pp. 11-34.

Potencias²⁵⁷. Ya en el siglo XX, Bulgaria, Grecia y Serbia intervendrán para poner freno a la represión de los cristianos macedonios (1912)²⁵⁸.

En teoría, estas intervenciones se fundamentaban y escudaban en su fin humanitario²⁵⁹, y en ellas “se observa de forma incipiente la protección de la persona y de sus derechos fundamentales”²⁶⁰. Sin embargo, a menudo era difícil discernir cuándo se trataba realmente de genuinos actos de auxilio en favor de un pueblo injustamente oprimido, y no de acciones que encubrían otros intereses²⁶¹. Para CARRILLO SALCEDO no cabe duda de las motivaciones políticas de estas intervenciones, que llevaban a parte de la doctrina y a algunos Estados a considerarlas ilícitas “por estimarlas contrarias a los principios de igualdad soberana, no intervención e integridad territorial de los Estados”²⁶². En cualquier caso, no parece haber elementos suficientes para afirmar que la práctica de algunas potencias europeas de recurrir

²⁵⁷ FINNEMORE, M., *The Purpose...*, cit., p. 64. Tal intervención armada podría haberse considerado autorizada (y consentida por Turquía) por el Tratado de Berlín de 1878 (REDSLOB, R., *Histoire des grands principes du droit des gens depuis l'Antiquité jusqu'à la veille de la Grande Guerre*, Paris: Librairie A. Rousseau, 1923, p. 409). En virtud de su artículo 61, la Sublime Puerta se había comprometido a llevar a cabo, sin retraso, “the improvements and reforms demanded by local requirements in the provinces inhabited by the Armenians”, habiéndose acordado además que las medidas adoptadas a tal efecto serían periódicamente puestas por la Sublime Puerta en conocimiento de las Potencias, las cuales supervisarían su aplicación (ISRAEL, F. L. (ed.), *Major Peace Treaties...*, cit., vol. II, p. 996). Ésta fue la disposición invocada por las Potencias en sus protestas, si bien ha de tenerse en cuenta que el artículo LXIII del mismo tratado declaraba vigente el Tratado de París de 30 de marzo de 1856 “in all such of their provisions as are not abrogated or modified by the preceding stipulations”, y este tratado sometía el recurso a la intervención armada a la existencia de un acuerdo entre todas las Potencias firmantes, incluida la Sublime Puerta (artículo 27, reproducido en: GOURDON, É., *Histoire du Congrès de Paris*, Paris: Librairie Nouvelle, 1857, p. 16).

²⁵⁸ RENOUVIN, P., *Histoire...*, cit., tomo sexto, pp. 233-236; FONTEYNE, J.-P. L., “The Customary...”, cit., pp. 212-213.

²⁵⁹ Vid. TESÓN, F. R., *Humanitarian...*, cit., p. 177.

²⁶⁰ PETIT DE GABRIEL, E. W., *Las exigencias...*, cit., p. 91. Para OPPENHEIM no cabe duda de que “when a State renders itself guilty of cruelties against and persecution of its nationals in such a way as to deny their fundamental human rights and to shock the conscience of mankind, intervention in the interest of humanity is legally permissible” (OPPENHEIM, L., *International Law...*, cit., vol. I, §137, p. 312)

²⁶¹ Para SUNGA, la formulación clásica de la intervención de humanidad implica el derecho del Estado interviniente de apreciar subjetivamente los hechos y de evaluar si ha habido una violación de las normas humanitarias y si esa violación amerita una intervención militar (SUNGA, L. S., *The Emerging System of International Criminal Law. Developments in Codification and Implementation*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1997, p. 81). Esa “apreciación subjetiva” tenía también mucho de arbitraria, pues no se daba el mismo tratamiento a todos los casos de persecución; por ejemplo, los Babi y los Baha'i en Irán fueron objeto de persecuciones a lo largo de todo el siglo XIX, con conocimiento de las potencias europeas, sin que hubiera una reacción frente a las mismas para ponerles fin (al respecto, vid. MOMEN, M., “The Babi and Baha'i community of Iran: a case of “suspended genocide”?”, *JGR*, vol. 7 (2), 2005, pp. 222 y 229).

²⁶² CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía...*, cit., p. 30. Vid. también CARRILLO SALCEDO, J. A., *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid: Trotta, 1999, p. 31; SUNGA, L. S., *The Emerging...*, cit., p. 82; OPPENHEIM, L., *International Law...*, cit., vol. I, §138, p. 313; REDSLOB, R., *Histoire...*, cit., p. 408; MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., “Algunas...”, cit., pp. 108-109; FONTEYNE, J.-P. L., “The Customary...”, cit., p. 232; HARSTN, M., “Intervention...”, cit., pp. 39-40.

a las intervenciones de humanidad como “instrumentos de política internacional”²⁶³ llegara a generar una norma consuetudinaria internacional que les diera cobertura jurídica²⁶⁴. Por tanto, esta forma de reacción frente a las persecuciones no llegó a dar lugar a una regulación de las consecuencias jurídicas internacionales que debería acarrear una política persecutoria, algo que no ocurrirá hasta después de la II Guerra Mundial, aunque hubo alguna tentativa previa de regular jurídicamente el fenómeno en la época de la SN.

2.2. UN INTENTO DE FORMALIZACIÓN JURÍDICA DE LA PERSECUCIÓN: LA PAZ DE VERSALLES Y EL PACTO DE LA SOCIEDAD DE NACIONES.

El primer intento de elaborar una regulación jurídica internacional de alcance general relativa a la persecución no llegó hasta el fin de la I Guerra Mundial, en el marco de las negociaciones de la Paz de Versalles que desembocarían en el Pacto de la SN. Pese a que las propuestas allí presentadas se ceñían inicialmente a la persecución religiosa y trataban de dar respuesta a la cuestión de la libertad religiosa de las minorías, la progresiva consolidación en el ámbito internacional de la convicción de que los religiosos no eran los únicos grupos minoritarios en el interior de los Estados que requerían protección pronto llevó a que se sugiriera regular no sólo la persecución por razones religiosas, sino también por otros motivos, como la raza.

Sin embargo, el temor a las posibles consecuencias políticas y jurídicas que la prohibición de toda persecución por cualquier motivo podía acarrear tanto en el ámbito

²⁶³ MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., “Algunas...”, *cit.*, p. 108.

²⁶⁴ La doctrina de la intervención de humanidad, de acuerdo con LAUTERPACHT, nunca llegó a ser “a fully acknowledged part of positive international law” (LAUTERPACHT, H., “The Grotian Tradition in International Law”, *BYIL*, vol. 23, 1946, p. 46). Para MARIÑO MENÉNDEZ “no llegó a adquirir en ningún caso carta de naturaleza en el orden jurídico internacional” (*ibid.*, p. 109), mientras que BERMEJO GARCÍA opina que en esa época “la intervención humanitaria llegó a considerarse generalmente como que formaba parte del Derecho internacional consuetudinario” (BERMEJO GARCÍA, R., *El marco...*, *cit.*, p. 394). Las posiciones favorables al surgimiento de una norma de Derecho internacional en la materia no parecen tener fundamento suficiente. Por ejemplo, MANDELSTAM afirma que las intervenciones de humanidad de las Potencias en Turquía crearon “un *droit coutumier en faveur des nations opprimés de l’Empire ottoman*” (MANDELSTAM, A. N., *La Société...*, *cit.*, p. 307), pero precisamente el que las intervenciones de humanidad se dirigieran únicamente contra el Imperio Otomano, sin que el Imperio Otomano interviniera a su vez en el territorio de las Potencias occidentales, o sin que hubiera intervenciones en favor de religiones no cristianas (por ejemplo de los judíos en Rusia) parece ir en detrimento de la generalidad necesaria para dar lugar al surgimiento de una norma jurídica de carácter consuetudinario (*vid.* WINFIELD, P. H., “The Grounds of Intervention in International Law”, *BYIL*, vol. 5, 1924, pp. 161-162; *vid.* también ROLIN, H., “Principes de Droit International Public”, *RCADI*, tomo 77, 1950-II, p. 408, refiriéndose además a la formulación “intermittente et hésitante” del principio de intervención de humanidad). Sobre el debate en torno a la legalidad o no de las intervenciones por motivo de humanidad, *vid.* también CHESTERMAN, S., *Just War...*, pp. 35-42.

interno como en el internacional prevaleció sobre cualquier otra consideración, bloqueando cualquier intento de atribuir consecuencias jurídicas internacionales a las prácticas persecutorias ya en la fase preparatoria del Pacto de la SN. En su lugar se optó por seguir la tendencia de los siglos anteriores, concentrando la atención en la protección de las minorías, y se desarrolló en el marco de la SN de un sistema de protección de base convencional y articulado en torno al principio de igualdad. Sin embargo, el mecanismo diseñado, operativo durante el período de entreguerras, no dio los resultados deseados.

El fallido intento de regular la persecución en el Pacto de la SN será objeto del primer apartado (§ A), mientras que en el segundo se describirá el régimen de protección de las minorías finalmente establecido (§ B).

A) La persecución en los trabajos preparatorios del Pacto de la Sociedad de Naciones.

Durante la Conferencia de Paz de París de 1919, el problema de las persecuciones planeó desde un principio sobre las discusiones que llevarían a la adopción del Pacto de la SN²⁶⁵. El tema fue inicialmente suscitado por el presidente estadounidense Wilson, quien no sólo se había erigido en adalid del establecimiento de una organización internacional que permitiera institucionalizar el esfuerzo conjunto de los Estados en pro de la paz internacional, sino que consideraba que la consecución de esa paz pasaba - entre otros aspectos- por resolver la situación de las minorías en el interior de los Estados y prevenir las persecuciones.

Para él, la importancia de incluir un precepto dentro del Pacto en el que se establecieran las consecuencias jurídicas de la persecución residía en su incidencia inequívoca en el mantenimiento de la paz, lo que hacía su regulación necesaria para garantizar la estabilidad internacional. De ahí que estas cuestiones estuvieran presentes en los diferentes proyectos de Pacto que el propio Wilson elaboró con el fin de que sirvieran de documento de base a la comisión que se había creado para discutir el contenido del borrador de tratado que se presentaría a la Conferencia (la *Comisión sobre la SN*²⁶⁶), así

²⁶⁵ Vid. BENTWICK, N., "The League...", *cit.*, p. 78.

²⁶⁶ Sobre esta Comisión, *vid.* MILLER, D. H., *The Drafting of the Covenant*, New York/London: G. P. Putnam's Sons, 1928, vol. I, p. 118.

como en algunos de los proyectos conjuntos resultantes de las negociaciones previas entre estadounidenses y británicos.

Pero en el seno de la Comisión sobre la SN resultó ser uno de los aspectos más controvertidos de los debates. Y es que, pese a que Wilson había optado por una propuesta más bien conservadora, limitando la regulación de las persecuciones a aquéllas de carácter religioso, la realidad internacional había hecho patente que los grupos religiosos no eran los únicos que podían ser perseguidos, y por tanto algunos Estados consideraban deseable la ampliación de los motivos persecutorios que podían generar consecuencias jurídicas internacionales. Sin embargo, la mayoría de los Estados se mostraron reticentes a incorporar una previsión de esas características, por lo que la propuesta de Wilson fue descartada.

Los diferentes proyectos sobre la cuestión previos a la Comisión sobre la SN serán sistematizados en el primer apartado (§ a), dedicándose el segundo a ver cómo la propuesta de ampliación de los motivos persecutorios determinó el fracaso de la iniciativa (§ b).

a) *La cuestión de las minorías y la persecución en los primeros proyectos de Pacto de la Sociedad de Naciones.*

Antes de que la Comisión sobre la SN comenzara sus trabajos, el presidente Wilson presentó cuatro proyectos de Pacto²⁶⁷, en los que dejó constancia de su voluntad de insertar previsiones específicas que regularan la situación de las minorías, sobre la base de los principios de igualdad de derechos y de libertad religiosa.

(i) En los trece artículos del primero de los proyectos (“**Proyecto de Washington**”, de 18 de julio de 1918) esta cuestión era tratada sólo de forma indirecta en el artículo III, en el que se daba prioridad a los aspectos raciales, sociales y políticos frente a la garantía de integridad territorial a la hora de rediseñar las fronteras de los Estados²⁶⁸.

²⁶⁷ Tres de los cuatro proyectos a los que aquí se hace referencia fueron preparados cuando Wilson se hallaba ya en París. Sin embargo, durante el verano de 1918, Wilson había elaborado un primer proyecto en Washington (*vid. ibid.*, vol. I, pp. 15-17 y Vol II, pp. 12-15).

²⁶⁸ “The Contracting Powers unite in guaranteeing to each other political independence and territorial integrity; but it is understood between them that such territorial readjustments, if any, as may in the future become necessary by reason of changes in present racial conditions and aspirations or present social and political relationships, pursuant to the principle of self-determination, and also such territorial readjustments as may in the judgement of three fourths of the Delegates be demanded by the welfare and manifest interest of the peoples concerned, may be effected, if agreeable to those peoples; and that territorial changes may in equity involve material compensation. The Contracting Powers accept without

(ii) El segundo proyecto (“**Primer Proyecto de París**”), presentado el 10 de enero de 1919, se acompañó de seis nuevos artículos (adicionales a los trece del primer proyecto) denominados “Acuerdos Suplementarios” (*Supplementary Agreements*)²⁶⁹. Entre ellos, el Acuerdo Suplementario VI incluía una previsión sobre la aplicación del principio de igualdad de todos los ciudadanos como condición ineludible para que la SN reconociera nuevos Estados, inspirado en el Tratado de Berlín de 1878:

“VI. The League of Nations shall require all new states to bind themselves as a condition precedent to their recognition as independent or autonomous States, to accord to all racial and national minorities within their several jurisdictions exactly the same treatment and security, both in law and in fact, that is accorded the racial or national majority of their people”²⁷⁰.

(iii) El contenido de este Acuerdo Suplementario VI, primer intento de garantizar una protección de las minorías en el marco del Pacto²⁷¹, era sin embargo demasiado general como para no plantear problemas de aplicación²⁷², por lo que Wilson lo complementó en su tercer proyecto (“**Segundo Proyecto de París**”, de 20 de enero de 1919) con un nuevo Acuerdo Suplementario VII relativo a la no discriminación por motivos religiosos²⁷³, en el que se aludía expresamente a la persecución religiosa como fuente de conflictos:

“VII. Recognizing religious persecution and intolerance as fertile sources of war, the Power signatory hereto agree, and in the League of Nations shall exact from all new States and all States seeking admission to it the promise, that they will make no law prohibiting or interfering with the free exercise of religion, and that they will in no way discriminate, either in law or in fact, against those who practice any particular creed, religion, or belief whose practices is not inconsistent with public order or public morals”²⁷⁴.

reservation the principle that the peace of the world is superior in importance to every question of political jurisdiction or boundary” (vid. MILLER, D. H., *The Drafting...*, cit., vol. II, pp. 12-13).

²⁶⁹ Vid. *ibid.*, vol. I, p. 40.

²⁷⁰ SOCIÉTÉ DES NATIONS, *La Paix de Versailles. La Conférence de la Paix et la Société des Nations*, vol. 2, Paris: Les Éditions Internationales, 1929, p. 83. Este precepto fue, de acuerdo con MILLER, un anticipo de los posteriores Tratados de Minorías (MILLER, D. H., *The Drafting...*, cit., vol. I, p. 40).

²⁷¹ EVANS, M. D., *Religious...*, cit., p. 88.

²⁷² MILLER, D. H., *My Diary at the Conference of Paris, with documents*, New York: Priv. print., 1924-1926, vol. III, p. 308 (Comentario al artículo).

²⁷³ MILLER, D. H., *The Drafting...*, cit., vol. II, p. 50.

²⁷⁴ MILLER, D. H., *My Diary...*, cit., vol. III, doc. 211 (“Covenant – Second Paris draft of President Wilson”), p. 455. El 27 de enero de 1919 se presentó el texto con las enmiendas a este segundo proyecto de París acordadas por Lord R. Cecil y Miller, que no modificó el acuerdo suplementario VII (*ibid.*, vol. IV, doc. 239 (“Covenant incorporating changes agreed upon by Lord R. Cecil and David Hunter Miller”), p. 194).

Se pretendía lograr así el compromiso de las Potencias firmantes del Pacto de que no llevarían a cabo persecuciones, mediante la promesa de que los principios de libertad religiosa y de no discriminación por motivos de religión o creencia serían observados en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones. A la vez, el respeto de ambos principios se imponía como requisito para la admisión de nuevos miembros en el seno de la SN, mientras que respecto de los nuevos Estados no se configuraba expresamente como una condición para su reconocimiento, sino más bien como una autorización para intervenir en sus asuntos internos en caso de inobservancia.

(iv) El cuarto proyecto, presentado inmediatamente antes de que comenzaran los trabajos de la Comisión (“**Tercer Proyecto de París**”, de 2 de febrero de 1919), mantuvo el contenido de los Acuerdos Suplementarios VI y VII, de manera que tanto el respeto a las minorías como la no discriminación por motivos religiosos estaban presentes en el último borrador de Wilson²⁷⁵. Por el contrario, el artículo III, que se había conservado desde el Proyecto de Washington, fue suprimido²⁷⁶.

Las propuestas estadounidenses no fueron las únicas presentadas durante ese enero de 1919; también los británicos prepararon proyectos de Pacto, aunque ni el tema de las minorías ni la cuestión religiosa aparecían en los borradores iniciales²⁷⁷. Respecto de las minorías raciales o nacionales (Acuerdo Suplementario VI en el segundo proyecto de Wilson), la intención de la delegación británica era dejar que la cuestión se resolviera en los tratados territoriales garantizados por la SN, dada la potencial diversidad de demandas que podían plantear las minorías²⁷⁸.

En relación con el contenido del Acuerdo Suplementario VII, los británicos entendían que éste quedaba en buena medida cubierto por las previsiones del proyecto

²⁷⁵ Vid. MILLER, D. H., *The Drafting...*, cit., vol. II, pp. 153-154.

²⁷⁶ En su lugar se establecía la obligación de los Estados Contratantes de respetar y proteger contra la agresión externa la independencia política y la integridad territorial de los Miembros de la SN (*ibid.*, p. 146).

²⁷⁷ Vid. el Plan de Lord Robert Cecil (“Draft Sketch of a League of Nations”), de 14 de enero de 1919 (MILLER, D. H., *The Drafting...*, cit., vol. II, pp. 61-64) y el Proyecto de Convención de 20 de enero de 1919 (*ibid.*, pp. 106-116).

²⁷⁸ Mientras que unas minorías tal vez reclamarían un trato distinto en temas como las escuelas lingüísticas, otras exigirían la igualdad de trato sugerida por Wilson (*vid.* “Amalgamation of Wilson’s Second Paris Draft and British Draft Suggested by Lord Eustace Percy”, en: *ibid.*, pp. 129-130).

británico sobre los mandatos²⁷⁹, aunque lo cierto es que suponía una reducción muy significativa del ámbito de aplicación de la cláusula de no discriminación religiosa en comparación con la propuesta de Wilson, pues mientras que este último abogaba por aplicarla en los territorios de los Estados contratantes, de los nuevos Estados y de los candidatos a incorporarse a la SN, los británicos la circunscribían exclusivamente al territorio de los mandatos²⁸⁰. No obstante, el contenido del Acuerdo Suplementario VII no era innegociable, como lo prueba su inclusión en un texto conjunto del estadounidense David Hunter MILLER y el británico Lord Robert CECIL (“**Proyecto Cecil-Miller**”, de 27 de enero de 1919)²⁸¹. Sobre el VI, por el contrario, no se llegó a un entendimiento²⁸².

Un segundo acuerdo de compromiso entre las propuestas inglesas y las de Wilson, el “**Proyecto Hurst-Miller**”²⁸³, se concluyó el 2 de febrero de 1919. En él se suprimía el Acuerdo Suplementario VI, mientras que el VII era sustituido por el artículo 19²⁸⁴, el cual abandonaba toda referencia a la persecución para señalar en su lugar que:

“The High Contracting Parties agree that they will make no law prohibiting or interfering with the free exercise of religion, and that they will in no way discriminate, either in law or in fact, against those who practice any particular creed, religion or belief whose practices are not inconsistent with public order or public morals”²⁸⁵.

Ante las reticencias de los británicos hacia las provisiones del Acuerdo VII en relación con los Estados nuevos e independientes -pues consideraban que se referían a una cuestión de ámbito interno que la SN difícilmente podría supervisar, por lo que habían sugerido su supresión²⁸⁶-, en esta nueva propuesta se mantuvieron los principios de libertad de culto y de no discriminación obligando sólo a las Potencias firmantes del Pacto.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 130.

²⁸⁰ El artículo 4 del proyecto de Convención sobre mandatos disponía que: “In all vested territories or assisted states there shall be maintained: (i) Freedom of conscience or religion, subject only to the maintenance of public order and morals” (*vid. ibid.*, vol. I, p. 107).

²⁸¹ *Ibid.*, vol. II, p. 141.

²⁸² *Ibid.*, vol. I, p. 55.

²⁸³ MILLER, D. H., *My Diary...*, *cit.*, vol. V, doc. 409 (“Commission on the League of Nations. Minutes” -Seventh Meeting, February 10, 1919-), p. 417.

²⁸⁴ MILLER, D. H., *The Drafting...*, *cit.*, vol. I, p. 70.

²⁸⁵ *Ibid.*, vol. II, p. 237.

²⁸⁶ MILLER, D. H., *My Diary...*, *cit.*, vol. IV, doc. 224 (“Suggestions of Lord Eustace Percy”), p. 26.

- b) *La imposibilidad de alcanzar un acuerdo: consecuencias políticas de una perspectiva ampliada de la persecución.*

El 3 de febrero la Comisión sobre la SN inició la discusión del proyecto de pacto. El texto finalmente adoptado como base de las negociaciones fue el Proyecto Hurst-Miller. Sin embargo, Wilson no lo consideraba satisfactorio, por lo que presentó un documento (su cuarto proyecto o “Tercer Proyecto de París”, mencionado en el apartado precedente) que reincorporaba los Acuerdos Suplementarios VI y VII y volvía a introducir así en el debate la referencia expresa a la persecución. No obstante, su propuesta no progresó, y su proyecto no fue adoptado como documento de trabajo por la Comisión²⁸⁷.

Resulta llamativo que, aun siendo el objetivo declarado del Acuerdo Suplementario VII²⁸⁸ evitar persecuciones religiosas y guerras en el futuro²⁸⁹, el presidente estadounidense se limitara a las persecuciones religiosas al proponer el tratamiento jurídico que se debía dar a esta práctica, preocupado como estaba por la incidencia que la situación de las minorías nacionales y raciales tenía en la estabilidad internacional²⁹⁰. Posiblemente haya que ver en la decisión de Wilson la voluntad de mantener un cierto rigor terminológico coherente con lo que históricamente se había calificado de “persecución” -es decir, el hostigamiento de las minorías religiosas (al margen de las connotaciones políticas que se pudieran deducir de su disidencia)-, y excluyendo de la noción las políticas represivas contra otros grupos minoritarios cuya cohesión se derivaba de una identidad compartida por razones distintas de las religiosas, como podían ser las políticas o las raciales. Pero también es cierto que el surgimiento desde fines del siglo XIX de aspiraciones nacionales vinculadas al elemento religioso de algunas minorías había transformado la base personal común a sus integrantes en una base territorial y había difuminado las líneas divisorias entre la religión y otros aspectos identitarios, y que durante la I Guerra Mundial se habían producido persecuciones no sólo contra minorías religiosas, como pudieron ser los armenios en Turquía (brutalmente

²⁸⁷ MILLER, D. H., *The Drafting...*, cit., vol. I, p. 75.

²⁸⁸ Incluido en el proyecto Hurst-Miller como artículo 19, numeración con la que se incorporaría al proyecto de Pacto de Sociedad de Naciones elaborado por el Comité de Redacción, y que más tarde pasaría a ser el artículo 21.

²⁸⁹ *Ibid.*, vol. II, p. 273.

²⁹⁰ Wilson era partidario de satisfacer en la mayor medida posible aquellas aspiraciones nacionales que estuvieran bien definidas, como puso de manifiesto en sus *Catorce Puntos* (traducidos al castellano en SEARA VÁZQUEZ, M., *Del Congreso de Viena a la Paz de Versalles*, México: Universidad Autónoma de México, 1969, pp. 437-440).

reprimidos no tanto por profesar el cristianismo como por sus aspiraciones nacionales²⁹¹), sino también contra minorías raciales y contra grupos de oposición política²⁹².

A priori, ello podría interpretarse como que la noción de *persecución* no se había actualizado ante la consolidación de nuevos criterios identitarios que habían provocado una profusión de grupos minoritarios con reivindicaciones propias frente a los Estados en cuyo territorio se encontraban, de manera que el término no sería aplicable al acoso que pudieran sufrir grupos distintos de los religiosos. Sin embargo, como se verá acto seguido, del debate entre los miembros de la Comisión y de su rechazo a unos artículos cuyo contenido consideraban excesivo se deduce lo contrario²⁹³, dejando entrever que ya se había operado una ampliación del alcance del concepto, lo que exigía mucha más prudencia a la hora de aceptar que ese tipo de prácticas en el interior de un Estado pudieran recibir una respuesta internacional.

En la sexta reunión de la Comisión el representante británico, Lord CECIL, presentó un texto alternativo al artículo 19, en el que no sólo se retomaba la referencia a la persecución, sino que además se introducía una novedad de gran calado, pues se atribuía a la SN el derecho a intervenir cuando la persecución y la intolerancia religiosa pusieran en peligro la paz internacional. El texto propuesto era el siguiente:

“Recognising religious persecution and intolerance as fertile sources of war, the High Contracting Parties agree that political unrest arising therefrom is a matter of concern to the League, and authorise the Executive Council, wherever it is of opinion that the peace of the world is threatened by the illiberal action of the Government of any State towards the adherents of any particular creed, religion, or belief, to make such representations or take such other steps as will put an end to the evil in question”²⁹⁴.

²⁹¹ *Vid. supra* apartado 2.1.B.b), nota 256.

²⁹² *Vid. UNWCC, History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, London: H. M. Stationery Office, 1948, p. 36.

²⁹³ En la sesión del 8 de febrero se hizo ya patente que los Estados tenían sus reservas respecto a la inclusión de un artículo con ese tenor (*vid. MILLER, D. H., My Diary..., cit.*, vol. V, doc. 409 (“Commission on the League of Nations. Minutes” –Sixth Meeting, 8th February, 1919-), pp. 406-407). Por ejemplo, para el delegado belga, se corría el riesgo de que se abusara del término “intolerancia” y que se pudiera utilizar para que la SN intercediera como juez en supuestos de reclamaciones de partidos políticos contra gobiernos. Portugal, por su parte, recondujo el problema al aspecto de la libertad religiosa, indicando que cada vez que una religión de Estado dejaba de serlo, sus seguidores se consideraban *ipso facto* perseguidos. Asimismo, la estrecha conexión de la cuestión con la jurisdicción interna de los Estados se puso de manifiesto en las observaciones de la delegación de Italia, cuyo representante apeló a la prudencia para evitar que la redacción de un artículo así entrara en contradicción con las Constituciones de algunos Estados.

²⁹⁴ *Vid. ibid.*, vol. II, p. 276 (“Annex 5 to Minutes of Sixth Meeting”).

A la luz de las observaciones hechas por los miembros de la Comisión, y con una clara influencia de la propuesta británica, el Comité de Redacción del Pacto reelaboró el artículo 19 en los siguientes términos:

“Recognising religious persecution as a fertile source of war, the High Contracting Parties solemnly undertake to extirpate such evils from their territories, and they authorise the Executive Council, wherever it is of opinion that the peace of the world is threatened by the existence in any State of evils of this nature, to make such representations or take such other steps as it may consider that the case require”²⁹⁵.

Las principales modificaciones saltan a la vista: se suprimía la referencia a la intolerancia, se proclamaba la obligación de los Estados de erradicar las persecuciones en sus territorios y además se establecía la competencia del Consejo Ejecutivo para poder adoptar las medidas que estimara oportunas si las persecuciones religiosas llegaban a poner en peligro la paz mundial. Esta nueva versión del precepto suponía un avance muy considerable en relación con las obligaciones jurídicas de los Estados ante el fenómeno de las persecuciones religiosas, ya que no se limitaba a exigirles el respeto al principio de no discriminación en la legislación que adoptaran, sino que les imponía una obligación de resultado: erradicar las persecuciones -aunque se mantenía la restricción de considerar “persecuciones” sólo aquellos casos de hostigamiento fundados en motivos religiosos-. Además, el compromiso de los Estados de adoptar medidas internas a tal fin se acompañaba de la posibilidad de adoptar también medidas internacionales a través de un mecanismo institucionalizado, siempre que las persecuciones pusieran en peligro la paz internacional. Como señalara MILLER, esta previsión era claramente más drástica que la propuesta de CECIL; para el diplomático estadounidense se estaba yendo muy lejos, “farther than any other provision in the Covenant”²⁹⁶.

La literalidad de este precepto no fue del agrado de los miembros de la Comisión²⁹⁷, así que Wilson propuso una nueva redacción del artículo 19 en la que se eliminaba toda mención a la persecución y se volvía a la idea de que los Estados asumieran la obligación de no permitir que sus ciudadanos fueran molestados en su vida, su libertad o su búsqueda de la felicidad por ser seguidores de cualquier fe, religión o creencia

²⁹⁵ MILLER, D. H., *My Diary...*, cit., vol. V, doc. 409 (“Commission on the League of Nations. Minutes” –Seventh Meeting, February 10, 1919-), p. 417.

²⁹⁶ MILLER, D. H., *The Drafting...*, cit., vol. I, p. 196.

²⁹⁷ *Ibid.*

respetuosa con el orden y la moral pública²⁹⁸. Este nuevo texto no fue sin embargo recogido en el proyecto de 13 de febrero (elaborado por el Comité de Redacción a partir de las discusiones en primera lectura sobre el texto de base), en el que se limitaba a asignar al artículo el numeral 21, indicando que se trataba del antiguo artículo 19, reescrito²⁹⁹.

Pese a sus esfuerzos, la delegación estadounidense no logró la inserción de un artículo con este tenor en el proyecto final, cuya inclusión Wilson estimaba de gran importancia³⁰⁰. El precepto acabaría siendo eliminado del proyecto durante la sesión de la tarde del 13 de febrero de 1919, a lo largo de la cual otros delegados afirmaron compartir su convicción sobre la relevancia de proclamar la inviolabilidad de la conciencia humana y el ejercicio de la religión, pero también mostraron sus reservas a la hora de incluir una cláusula sobre esa cuestión³⁰¹.

La balanza terminó por inclinarse desfavorablemente para el presidente estadounidense en el momento en que la cuestión religiosa se vinculó a la cuestión racial³⁰². Si la cuestión religiosa planteaba ciertos recelos, pretender que una Comisión cuyos delegados no

²⁹⁸ El texto de esta propuesta en su versión en inglés resulta incoherente si se tiene en cuenta el objetivo perseguido por el artículo: "The High Contracting Parties agree that they will make no law prohibiting or interfering with the free exercise of religion, and they resolve that they will not permit the practice of any particular creed, religion, or belief, whose practices are not inconsistent with public order or with public morals, to interfere with the life, liberty or pursuit of happiness of their people". La verdadera voluntad de Wilson estaría, por el contrario, plasmada en la versión francesa: "Les Hautes Parties Contractantes décident qu'elles ne permettront pas que leurs citoyens, adhérents d'une foi, religion ou croyance quelconque, qui ne porte pas atteinte à l'ordre ou aux mœurs publiques, soient pour cette raison inquiétés dans leur vie, leur liberté et leur poursuite du bonheur" (MILLER, D. H., *The Drafting...*, cit., vol. I, p. 196).

²⁹⁹ *Ibid.*, vol. I, p. 215.

³⁰⁰ *Ibid.*, vol. II, p. 486 ("Procès-verbal N° 10. Séance du 13 février 1919").

³⁰¹ Así, el delegado francés, BOURGEOIS ET LARNAUDE, estimaba que era difícil insertar un texto a este respecto, pero tampoco le daba más importancia, puesto que en su opinión las preocupaciones del Presidente Wilson se referían a Estados que no se encontraban entre los representados en la Conferencia de Paz (*ibid.*). BATALHA-REIS, el delegado portugués, se adhirió a las reservas del delegado francés (*ibid.*, vol. I, p. 268).

³⁰² El primero en enfatizar esa conexión fue el delegado portugués, quien se mostró convencido de que "les luttes que l'on croit être des luttes religieuses sont presque toujours des luttes de races" -*ibid.*, vol. II, p. 486 ("Procès-verbal N° 10. Séance du 13 février 1919")-. A continuación, el Barón MAKINO, representante de Japón, abogó por dar un tratamiento conjunto a las cuestiones religiosas y raciales e incluir también la siguiente cláusula referida a la raza, puesto que podía ser igualmente un elemento desestabilizador de las relaciones internacionales: "L'égalité des nations étant un principe fondamental de la Société des nations, les Hautes Parties Contractantes conviennent d'accorder, aussitôt que possible, à tous les étrangers nationaux des États membres de la Société un traitement juste et égal à tous les points de vue, sans faire aucune distinction, en droit ou en fait, à raison de leur race ou de leur nationalité" (MILLER, D. H., *The Drafting...*, cit., vol. II, p. 487).

escatimaban comentarios racistas³⁰³ enfrentara el problema de la discriminación racial se antojaba casi una provocación. Muy diplomáticamente, el representante griego sugirió no aludir por el momento a las cuestiones religiosas y raciales, de las que sin duda se debería ocupar la SN en el futuro³⁰⁴. Varios delegados apoyaron esta posición, que el representante estadounidense no tuvo más remedio que aceptar, aunque se reservó el derecho del presidente Wilson de volver a plantear la cuestión en la Conferencia de Paz³⁰⁵. En consecuencia, el artículo entonces 21 se eliminó definitivamente del proyecto.

Los debates y el resultado del trabajo de la Comisión de la SN ponen de manifiesto que a principios del siglo XX ya se empezaban a abrir las puertas a una concepción ampliada de las persecuciones, asumiéndose que su objeto no tenían por qué ser sólo las minorías religiosas, sino que también podían dirigirse contra otros grupos identificados por rasgos como su raza, su lengua o su origen nacional. Pero, a la vez, salta a la vista que los Estados todavía no estaban dispuestos a aceptar una norma jurídica internacional que pudiera reducir su capacidad de acción en el interior de sus territorios, tema éste altamente sensible. Por ello, la ausencia de una regulación de la libertad religiosa fue recibida casi con alivio, incluso entre la delegación estadounidense³⁰⁶.

B) La prevención de la persecución de las minorías nacionales bajo la Sociedad de Naciones.

Pese a la falta de acuerdo para regular específicamente la persecución en el Pacto de la SN, los desarrollos jurídicos que se produjeron en el período de entreguerras en relación con la cuestión de las minorías constituyen el último eslabón en el proceso que condujo a la configuración del contenido actual de la persecución como noción jurídica internacional.

³⁰³ A modo de ejemplo, es muy reveladora la reflexión que el delegado portugués hizo sobre la situación de los judíos en Rusia: "Persecutions took place between two races: the Slavs and the Israelites. Many Israelites have submitted to baptism and become orthodox. Without wishing to offend the race, from certain points of view this race is inferior and is struggling against a superior" (MILLER, D. H., *My Diary...*, *cit.*, vol. V, doc. 407 ("Commission on the League of Nations. Minutes" –Tenth Meeting, February 13, 1919-), p. 371).

³⁰⁴ MILLER, D. H., *The Drafting...*, *cit.*, vol. II, p. 488 ("Procès-verbal N° 10. Séance du 13 février 1919").

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 489.

³⁰⁶ MILLER escribirá que la propuesta del Barón Makino sirvió para algo bueno, ya que ayudó "to make impossible any article on religious liberty in any form; any such article in the Covenant would have been most dangerous, and perhaps fatal to the League; the subject was never again considered" (MILLER, D. H., *The Drafting...*, *cit.*, vol. I, p. 269).

La principal aportación de la época a la formación de la noción jurídica de *persecución* será el diseño de un régimen de protección de minorías, que confirma la ampliación de los criterios identitarios considerados relevantes por el Derecho internacional para otorgar esa protección y que se articula en torno al principio de igualdad.

La cuestión de las minorías fue uno de los aspectos más importantes en la Conferencia de Paz de 1919, en la medida en que la redefinición del mapa de Europa que saliera de Versalles debía tener necesariamente en cuenta su situación, para evitar así que pudieran ser un motivo de desestabilización en el futuro³⁰⁷. No obstante, en el Pacto de la SN no se incluyó ninguna referencia a las minorías ni a su protección por la organización que creaba. En su lugar, se estableció un sistema internacional de protección integrado por cuatro tipos de documentos vinculantes, de acuerdo con la clasificación propuesta por RUIZ VIEYTEZ³⁰⁸:

- (i) *tratados de paz* (Tratados de Versalles, Saint-Germain, Neuilly, Trianon y Sèvres)³⁰⁹;
- (ii) *tratados paralelos* (entre las Potencias aliadas y asociadas y los nuevos Estados independientes –Checoslovaquia, Polonia y Yugoslavia- y aquellos que habían incrementado su territorio –Grecia y Rumanía-)³¹⁰;

³⁰⁷ NUÑEZ SEIXAS describe la complejidad de la situación en los siguientes términos: “El problema de las nacionalidades y el agudizamiento de las rivalidades étnicas se presentaba ante la opinión pública europea, y ante los hombres de Estado occidentales, como una cuestión que necesitaba ser resuelta ante todo para evitar el estallido de un nuevo conflicto bélico. Pero al mismo tiempo [...] era necesario no mermar la soberanía de los Estados como principio básico, contrarrestar la posible expansión de la naciente Unión Soviética entre las minorías nacionales insatisfechas, y evitar posibles *contagios peligrosos* en Occidente o en los territorios coloniales de ultramar” (NUÑEZ SEIXAS, X. M., “La cuestión de las minorías nacionales en Europa y la Sociedad de las Naciones (1919-1939): El contexto histórico de la actuación de Pablo de Azcárate”, en: AZCÁRATE Y FLÓREZ, P. de, *Minorías nacionales y derechos humanos*, Madrid: Congreso de los Diputados/Universidad Carlos III de Madrid, 1998, p. 64.

³⁰⁸ RUIZ VIEYTEZ, E., *La protección...*, cit., pp. 38-39.

³⁰⁹ El Tratado de Sèvres, sustituido en 1923 por el de Lausanne, no llegó a entrar en vigor. En estos tratados se insertó una cláusula, tomando como modelo la literalidad del artículo 93 del Tratado de Versalles en relación con Polonia, conforme a la cual el Estado polaco, Checoslovaquia (artículo 86 del Tratado de Versalles), el Estado Serbo-croata esloveno (artículo 44 del Tratado de Trianon), Rumania (artículo 47 del Tratado de Trianon) y Grecia (artículo 46 del Tratado de Neuilly) aceptaban y acordaban “to embody in a Treaty with the Principal Allied and Associated Powers such provisions as may be deemed necessary by the said Powers to protect the interests of inhabitants of that State who differ from the majority of the population in race, language, or religion”.

³¹⁰ También llamados “Tratados especiales” (AZCÁRATE Y FLÓREZ, P. de, “La Sociedad de Naciones y las minorías nacionales”, en: AZCÁRATE Y FLÓREZ, P. de, *Minorías...*, cit., p. 176), eran el resultado de las referidas cláusulas insertas en los Tratados de paz. Con un contenido similar al de estos tratados se

- (iii) *tratados específicos* (entre distintos Estados, relativos a minorías específicas en Danzig³¹¹, las Islas Aaland³¹², Alta Silesia³¹³ y el territorio del Memel³¹⁴), y
- (iv) *declaraciones unilaterales* (de Albania, Lituania, Estonia, Letonia e Irak obligándose a respetar los derechos de las minorías como condición para su ingreso en la SN³¹⁵).

Además, se dotó al sistema de protección de dos tipos de garantías, tanto en el plano interno como en el internacional, que aseguraran su observancia³¹⁶:

- (i) **normativas** (se debía asignar rango constitucional a las disposiciones sobre minorías en los ordenamientos jurídicos internos³¹⁷ y su modificación estaba supeditada a la aprobación de la mayoría del Consejo de la SN³¹⁸), e

incluyeron en los Tratados de Saint-Germain, Trianon y Neuilly capítulos específicos sobre la protección de las minorías en los Estados signatarios que habían perdido la guerra (Austria, Hungría y Bulgaria).

³¹¹ Convención entre Polonia y la Ciudad libre de Danzig, concluido en París el 9 de noviembre de 1920 (*vid. SOCIÉTÉ DES NATIONS, Protection des minorités de langue, de race et de religion par la Société des Nations. Recueil des stipulations contenues dans les différents instruments internationaux actuellement en vigueur*, Genève: Publications de la Société des Nations, 1927, pp. 100-101).

³¹² Los términos del acuerdo entre Finlandia y Suecia sobre este particular están reproducidos en "The Aaland Islands Question. V. Minutes of the Seventeenth Meeting of the Council", *LNOJ*, vol. 2 (7), 1921, pp. 701-702.

³¹³ Convención germano-polaca relativa a Alta Silesia, de 15 de mayo de 1922 (*vid. ibid.*, pp. 64-87).

³¹⁴ Convención firmada en París el 8 de mayo de 1924 entre las Potencias aliadas (Imperio Británico, Francia, Italia, Japón y EUA) y Lituania (*vid. ibid.*, pp. 37-38).

³¹⁵ *vid. ibid.*, pp. 3-5 (declaración escrita de Albania), 14-15 (declaración oral de Estonia), 31-32 (declaración de Letonia), 33-36 (declaración de Lituania). La declaración del Reino de Irak, hecha en Bagdad el 30 de mayo de 1923, con motivo de la terminación del Régimen Mandatario en Irak, y que contiene las garantías dadas al Consejo por el Gobierno Iraquí, se puede encontrar reproducida en ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/NGO/27, *Protection of minorities: Written statement submitted by International Fellowship of Reconciliation, a non-governmental organization in consultative status (category II)*, 3 de septiembre de 1992, párr. 6.

³¹⁶ Sobre las garantías establecidas y las cuestiones procedimentales y orgánicas, *vid. AZCÁRATE Y FLÓREZ, P. de, "La Sociedad de Naciones..."*, *cit.*, pp. 176-201 y 231-250 ("Informe de la labor de la Sociedad de Naciones en relación con la protección de minorías, preparado por un Comité constituido por el Consejo de la Sociedad en su resolución de 7 de marzo de 1929. Parte II.I: Acuerdo del Consejo para situar las estipulaciones de Tratados sobre protección de minorías bajo la garantía de la Sociedad de Naciones: naturaleza y límites de esta garantía"). *Vid. también OPPENHEIM, L., International Law...*, *cit.*, vol. I, §340d, pp. 713-714.

³¹⁷ *Vid. el artículo 1 del Tratado de Versalles firmado por las Potencias vencedoras con Polonia: "La Pologne s'engage à ce que les stipulations contenues dans les articles 2 à 8 du présent Chapitre soient reconnues comme lois fondamentales, à ce qu'aucune loi, aucun règlement ni aucune action officielle ne soient en contradiction ou en opposition avec ces stipulations et à ce qu'aucune loi, aucun règlement ni aucune action officielle ne prévalent contre elles" (SOCIÉTÉ DES NATIONS, Protection..., cit., p. 42); idénticos son los artículos 62 del Tratado firmado en Saint-Germain con Austria (ibid., p. 8), 1 del Tratado firmado en el mismo lugar con el Reino de los serbios, croatas y eslovenos (ibid., p. 60) y 1 del firmado con*

- (ii) **institucionales** (como la legitimación de los Estados miembros para presentar quejas ante el Consejo y la competencia de éste para adoptar las medidas pertinentes³¹⁹, o incluso la posibilidad de que el Consejo conociera de peticiones individuales o colectivas que le presentaran directamente los miembros de una minoría³²⁰).

Las minorías que debían resultar beneficiadas por este sistema eran aquellas categorizadas como “nacionales”. No obstante, ninguno de los tratados de paz que pusieron fin a la I Guerra Mundial utilizó expresamente este término, sino que, en su lugar, se referían a las minorías de raza, lengua o religión³²¹. Sin entrar en disquisiciones sobre la oportunidad de definir a las minorías nacionales desde esta triple perspectiva³²², resulta relevante para el estudio de la persecución confirmar la ampliación iniciada en el siglo XIX de los criterios de pertenencia a una minoría, añadiéndose otros al tradicional

Checoslovaquia (*ibid.*, p. 91); el artículo 49 del Tratado de Neuilly, que obliga a Bulgaria en términos similares (*ibid.*, p. 11); el artículo 1 del Tratado de París firmado con Rumanía (*ibid.*, p. 51); el artículo 54 del Tratado de Trianon en relación con Hungría (*ibid.*, p. 29); el artículo 1 del Tratado de Sèvres respecto de Grecia (*ibid.*, p. 21); el artículo 65 de la Convención germano-polaca relativa a Alta Silesia (*ibid.*, p. 65); o el artículo 37 del Tratado de paz con Turquía firmado en Lausanne en 1923 (*ibid.*, p. 97).

³¹⁸ *Vid.* el artículo 12 del Tratado de Versalles firmado por las Potencias vencedoras con Polonia: “Elles [les stipulations des articles précédents] ne pourront être modifiées sans l’assentiment de la majorité du Conseil de la Société des Nations [...]” (SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Protection...*, *cit.*, pp. 44-45); los artículos 69 del Tratado firmado en Saint-Germain con Austria (*ibid.*, p. 9), 11 del Tratado firmado en el mismo lugar con el Reino de los serbios, croatas y eslovenos (*ibid.*, p. 63) y 14 del firmado con Checoslovaquia (*ibid.*, p. 94); el artículo 57 del Tratado de Neuilly, con idéntico contenido respecto de Bulgaria (*ibid.*, p. 12); el artículo 12 del Tratado de París firmado con Rumanía (*ibid.*, p. 53); el artículo 60 del Tratado de Trianon en relación con Hungría (*ibid.*, p. 30); el artículo 16 del Tratado de Sèvres respecto de Grecia (*ibid.*, p. 24); el artículo 72.1 de la Convención germano-polaca relativa a Alta Silesia (*ibid.*, p. 68); o el artículo 44 del Tratado de paz con Turquía firmado en Lausanne en 1923 (*ibid.*, p. 98).

³¹⁹ *Vid.* el artículo 1 del Tratado de Versalles firmado por las Potencias vencedoras con Polonia: “La Pologne agréee que tout Membre du Conseil de la Société des Nations aura le droit de signaler à l’attention du Conseil toute infraction ou danger d’infraction à l’une quelconque de ces obligations, et que le Conseil pourra procéder de telle façon et donner telles instructions qui paraîtront appropriées et efficaces dans la circonstance [...]” (SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Protection...*, *cit.*, p. 45); los artículos 69 del Tratado firmado en Saint-Germain con Austria (*ibid.*, p. 9), 11 del Tratado firmado en el mismo lugar con el Reino de los serbios, croatas y eslovenos (*ibid.*, p. 63) y 14 del firmado con Checoslovaquia (*ibid.*, p. 94); el artículo 57 del Tratado de Neuilly, por el que Bulgaria acepta idénticas condiciones (*ibid.*, p. 12); el artículo 12 del Tratado de París firmado con Rumanía (*ibid.*, p. 53); el artículo 60 del Tratado de Trianon en relación con Hungría (*ibid.*, p. 30); el artículo 16 del Tratado de Sèvres respecto de Grecia (*ibid.*, p. 24); el artículo 72.2 de la Convención germano-polaca relativa a Alta Silesia (*ibid.*, p. 68); o el artículo 44 del Tratado de paz con Turquía firmado en Lausanne en 1923 (*ibid.*, p. 98).

³²⁰ *Vid.* los artículos 147 a 157 de la Convención germano-polaca relativa a Alta Silesia (SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Protection...*, *cit.*, pp. 85-87).

³²¹ Aunque se referían a las minorías *nacionales* (*vid.* VIERDAG, E. W., *The Concept of Discrimination in International Law. With Special Reference to Human Rights*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1973, p. 88).

³²² Sobre la necesidad de una correcta definición de las minorías, *vid.* AZCÁRATE Y FLÓREZ, P. de, “La Sociedad de Naciones...”, *cit.*, pp. 119-120.

criterio religioso³²³, pues con ello también se amplía indirectamente el alcance de la persecución, que dejará de percibirse como un fenómeno exclusivamente vinculado a la libertad religiosa.

El objetivo del sistema de protección establecido en el marco de la SN era fundamentalmente asegurar a las minorías la posibilidad de coexistir pacíficamente con la población mayoritaria del Estado, conservando a la vez sus caracteres distintivos³²⁴. Ahora bien, si hasta entonces la garantía de no persecución de las minorías venía dada por la observancia del principio de tolerancia, en la primera posguerra mundial el régimen establecido se sustentará en el **principio de igualdad**, que se afianzará como base de la protección³²⁵. No obstante, el Pacto de la SN no incorporará cláusula alguna que proclame este principio, sino que será en los Tratados de minorías donde la igualdad operará como principio angular, plasmado en una triple fórmula que incluye la “igualdad ante la ley”, la “igualdad de derechos civiles y políticos” y el “trato y seguridad iguales de derecho y de hecho”³²⁶.

Así planteada, la igualdad se manifestaba con una doble vertiente, pues implicaba:

- (i) Garantizar la plena igualdad y la no discriminación –tanto de hecho como de derecho³²⁷- de esas minorías respecto del resto de ciudadanos del Estado (igualdad *formal*)³²⁸.

³²³ La doctrina también incorporará progresivamente ese criterio, *vid.* por ejemplo el planteamiento de STOWELL al abordar la persecución como fundamento de la intervención de humanidad (STOWELL, M. E. C., “La théorie...”, *cit.*, p. 141).

³²⁴ *Vid.* CPII, *Écoles minoritaires en Albanie, Avis consultatif du 6 avril 1935*, Série A/B n° 64, p. 17.

³²⁵ El otro gran principio, complementario al principio de igualdad y necesario para garantizar la supervivencia de las minorías, será el de autonomía (BARSH, R. B., “The United Nations and Protection of Minorities”, *Nordic JIL*, vol. 58 (2), 1989, p. 188), que se manifiesta en el reconocimiento de ciertos derechos especiales a las minorías, como el libre uso de su idioma o el mantenimiento de sus escuelas, iglesias y fundaciones (TCHIRKOVITCH, S., “La règle de non-discrimination et la protection des minorités”, en: *Mémoires de l'Académie internationale de droit comparé*, vol. 3, Roma: Istituto italiano di studi legislativi, 1957, p. 480). TCHIRKOVITCH añade un tercer principio dentro del sistema de protección de las minorías: el principio del reconocimiento de ciertos derechos fundamentales del hombre, en particular la vida, la libertad y la libertad de religión o de creencia -incluido su libre ejercicio- (*ibid.*), si bien este reconocimiento, cuando se producía, alcanzaba a todos los habitantes del Estado en el que hubiera minorías (*vid.* por ejemplo el artículo 2 del Tratado de Versalles firmado por las Potencias vencedoras con Polonia).

³²⁶ AZCÁRATE Y FLÓREZ, P. de, “La Sociedad de Naciones...”, *cit.*, p. 130; *vid.* también MYNTTI, K., “The Prevention of Discrimination v. Protection of Minorities – With Particular Reference to ‘Special Measures’”, *Baltic YIL*, vol. 2, 2002, p. 200.

³²⁷ OPPENHEIM, L., *International Law...*, *cit.*, vol. I, §340c, p. 713. La jurisprudencia internacional insistió en este particular; al respecto *vid.* CPII, *Traitement des nationaux polonais et des autres*

- (ii) Garantizar que los grupos minoritarios dispusieran de medios adecuados para conservar sus rasgos distintivos y sus tradiciones (igualdad *material*)³²⁹.

Ambos aspectos están íntimamente ligados: como señalara la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el asunto de las escuelas minoritarias en Albania (1935), “il n’y aurait pas de véritable égalité entre majorité et minorité si celle-ci était privée de ses propres institutions et partant obligée de renoncer à ce qui constitue l’essence même de sa vie en tant que minorité”³³⁰.

Este régimen pudo haber constituido la primera tentativa internacional de establecer un sistema general de protección internacional de las personas; sin embargo, su alcance se supeditó a la pertenencia a una minoría. En todo caso, se ha de tener presente que la igualdad de derechos se otorgaba a los miembros de la minoría, no a la minoría como tal³³¹, y sólo se garantizaba a los nacionales, de manera que los habitantes del territorio que pertenecieran a la minoría pero que no ostentasen la nacionalidad sólo tenían asegurada la protección de su vida y su libertad y el libre ejercicio de la religión³³². De cualquier manera, no se puede olvidar que su objetivo no era humanitario, sino político; en realidad, la razón de ser de este modelo de protección no era sino el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, puesto que con él se trataba de “prevenir las numerosas fricciones y conflictos interestatales que habían ocurrido en el pasado como resultado del frecuente maltrato u opresión de las minorías nacionales”³³³.

personnes d’origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, Avis consultatif du 4 février 1932, Série A/B, n° 44, p. 28; Écoles minoritaires en Albanie, cit., p. 18.

³²⁸ ALCOCK la denomina “igualdad negativa” (ALCOCK, A. E., “A New Look at Protection of Minorities and the Principle of Equality of Human Rights”, *Community Development Journal*, vol. 12 (2), 1977, p. 87).

³²⁹ La igualdad material (o “positiva”, en la terminología de ALCOCK) incluía: (i) dar facilidades para el uso de la lengua de la minoría en determinadas ocasiones oficiales y públicas (por ejemplo ante un tribunal); (ii) facilitar la enseñanza en la propia lengua a las minorías en aquellas zonas en las que formaran una proporción considerable de la población; y, cuando se diera la misma condición cuantitativa, (iii) garantizar una cuota equitativa de fondos públicos para fines educativos, religiosos o caritativos (*ibid.*).

³³⁰ CPJI, *Écoles minoritaires en Albanie, cit.*, p. 17.

³³¹ ALCOCK, A. E., “A New Look...”, *cit.*, p. 87.

³³² *Vid.* OPPENHEIM, L., *International Law...*, *cit.*, vol. I, §340c, p. 713; también TCHIRKOVITCH, S., “La règle...”, *cit.*, p. 480.

³³³ AZCÁRATE Y FLÓREZ, P. de, “La Sociedad de Naciones...”, *cit.*, p. 126.

Esa despreocupación de la sociedad internacional de la época por la dimensión humanitaria de la cuestión queda claramente ejemplificada en otro procedimiento aplicado en el periodo de entreguerras para resolver el problema de las minorías: el intercambio de poblaciones (*ibid.*, pp. 127-129). Según relata MANDELSTAM, Fridtjof Nansen, impulsor de la idea, declaró que las Potencias eran favorables a sus

Por otra parte, el sistema presentaba una importante laguna cuando la minoría perseguida no era ninguna de las beneficiarias del sistema de protección³³⁴, pues, en buena medida, quedaba abandonada a su suerte. En efecto, si bien los tratados de minorías incluían una cláusula general por la que los Estados respectivos se comprometían a “accorder à tous les habitants pleine et entière protection de leur vie et de leur liberté sans distinction de naissance, de nationalité, de langage, de race ou de religion” (artículo 2 del Tratado con Polonia), este reconocimiento de derechos para todos los habitantes sin distinción no venía acompañado de una extensión de las garantías previstas en el sistema de protección³³⁵.

Estas limitaciones del sistema³³⁶ permitieron que en el interior de los Estados se siguieran produciendo persecuciones frente a las que la SN disponía de muy escasos recursos para ponerles fin, como se puso de relieve en el caso de los judíos en Alemania, cuya progresiva reducción de derechos tras la llegada del Partido Nazi y la situación de acoso de que eran objeto fue condenada por la organización en 1933, lo

propuestas “parce qu’elles croyaient que la séparation des populations du Proche-Orient tendrait à assurer la pacification effective du pays et parce qu’elles pensaient que l’échange des populations constituait le moyen le plus rapide et le plus efficace de donner une solution aux graves problèmes économiques issus du grand déplacement ethnique qui a déjà eu lieu” (MANDELSTAM, A. N., *La Société...*, cit., p. 266).

Especialmente cruel fue el acordado entre Grecia y Turquía en el Tratado de Lausanne de 30 de enero de 1923 (que reemplazó el Tratado de Sèvres de 10 de agosto de 1920), en el que se establecieron intercambios obligatorios y exclusivamente basados en la religión. En efecto, su artículo primero establece “l’échange obligatoire des ressortissants turcs de religion grecque-orthodoxe établis sur les territoires turcs et des ressortissants grecs de religion musulmane établis sur les territoires grecs” (“Convention concernant l’échange des populations grecques et turques, signée à Lausanne le 30 janvier 1923, en: SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Protection...*, cit., p. 107). Su carácter obligatorio lo diferenciaba de aquellos que establecían un derecho de opción para los miembros de minorías que prefirieran pasar a otro territorio (por ejemplo, el propio Tratado de Sèvres, que preveía la regulación de un proceso de emigración voluntaria; el Tratado de Neuilly, que permitía el intercambio voluntario entre poblaciones de Grecia y Bulgaria, o el de Trianon, que establecía un derecho de opción para los ciudadanos del antiguo Imperio Austro-húngaro). Sobre esta cuestión, vid. ONU, DOC. E/CN.4/Sub.2/1993/17, *Consecuencias del traslado de poblaciones, incluida la implantación de colonos y asentamientos, en el disfrute de los derechos humanos. Informe preliminar preparado por el Sr. A. S. Al-Khasawneh y el Sr. R. Hatano*, 6 de julio de 1993, párr. 115-141.

³³⁴ Vid. ALCOCK, A. E., “A New Look...”, cit., p. 88.

³³⁵ Sobre esta cuestión, vid. CASTELLÀ, S., *La protección internacional de las minorías*, Tarragona: Silva Editorial, 2002, pp. 72-75; EZEJIOFOR, G., *Protection of Human Rights under the Law*, London: Butterworths, 1964, p. 50.

³³⁶ Otros factores internos e internacionales de orden tanto político como jurídico también vinieron a comprometer el sistema de protección de las minorías; entre ellos, TCHIRKOVITCH destaca: “A) Le caractère régional des traités des minorités; B) La manque de dispositions concernant *les devoirs* des minorités envers les États dont elles faisaient partie; C) L’utilisation des minorités par certains États pour des buts politiques, nationalistes, revisionistes ou expansionistes; D) La pratique des échanges facultatifs et obligatoires et le transfert en masse forcé des populations minoritaires” (TCHIRKOVITCH, S., “La règle...”, cit., p. 481).

que, unido a la política multilateral de reducción de armamentos promovida por la SN, motivó la retirada de Alemania de la misma³³⁷.

De todas formas, en ningún momento el sistema de protección instaurado por la SN llegó a establecer una normativa de alcance general relativa a las minorías, sino que quedó circunscrito al ámbito regional europeo³³⁸. Así lo confirmaría una resolución adoptada en Lima el 23 de diciembre de 1938 en el seno de la Octava Conferencia Internacional de Estados Americanos, en la que se señalaba que el sistema de protección de minorías étnicas, lingüísticas o religiosas no podía ser aplicado en modo alguno en América “where the conditions which characterize de group known as minorities do not exist”, por lo que se declaraba que los residentes extranjeros no podían reclamar colectivamente la condición de minorías, aunque individualmente seguirían disfrutando de los derechos que tuvieran reconocidos³³⁹. A la vez, la Conferencia declaraba en otra resolución relativa a la persecución que “in accordance with the fundamental principle of equality before the Law, any persecution on account of racial or religious motives which makes it impossible for a group of human beings to live decently, is contrary to the political and juridical systems of America”³⁴⁰.

3. EL DESDOBLAMIENTO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PERSECUCIÓN TRAS LA II GUERRA MUNDIAL

El fin de la II Guerra Mundial marcó un punto de inflexión en la atribución de consecuencias jurídicas internacionales a la persecución. Pero la complejidad del fenómeno persecutorio como realidad socio-política, con sus múltiples facetas

³³⁷ En mayo de 1933, un grupo de judíos alemanes utilizaron las previsiones del Tratado germanopolaco relativo a la protección de las minorías en Alta Silesia para presentar una queja ante la SN por las leyes antijudías que se estaban aplicando en dicho territorio, queja que fue firmada por Franz Bernheim, un judío allí residente. La conocida como *petición Bernheim* fue admitida por la Sociedad de Naciones, que consideró que se estaba violando el tratado. En octubre de ese mismo año, Alemania se retiró de la organización. El texto de la petición, así como las actas de los debates en el seno del Consejo de la Sociedad de Naciones y la opinión anexa de un comité de juristas presidido por Max HUBER, está disponible en SCHNEIDERMAN, H., “Review of the Year 5693. Appendices. I. Bernheim Petition to the League of Nations”, *American Jewish Year Book*, vol. 35, 1933-1934, pp. 74-101.

³³⁸ TCHIRKOVITCH, S., “La règle...”, *cit.*, p. 482. Para DE AZCÁRATE tampoco hubiera sido deseable haber dado un “carácter universal al régimen de protección de minorías” (AZCÁRATE Y FLÓREZ, P. de, “La Sociedad de Naciones...”, *cit.*, p. 133).

³³⁹ Resolución XXVII, *Foreign Minorities*, en: EIGHTH INTERNATIONAL CONFERENCE OF AMERICAN STATES, “Official Documents”, *AJIL Suppl.*, vol. 34, 1940, p. 198.

³⁴⁰ Resolución XXXVI, *Persecution for Racial or Religious Motives*, en: *ibid.*

(vinculadas tanto a la estabilidad internacional como a una dimensión humanitaria), hacían poco viable una respuesta jurídica unitaria. Ello llevó a desdoblarse su naturaleza jurídica internacional y a atribuir diferentes efectos jurídicos a una misma realidad: como crimen de Derecho internacional y como fundamento de la condición jurídica de refugiado.

De una parte, la sociedad internacional, en plena crisis de conciencia tras el conocimiento de las brutalidades nazis, se negó a aceptar esa crueldad extrema fruto de la intolerancia y por primera vez mostró una voluntad decidida de castigar pertinentemente la práctica de la persecución y de otras atrocidades cometidas en el interior del territorio alemán contra los propios nacionales. De otra parte, la política nazi había provocado movimientos masivos de personas que, huyendo de las persecuciones, se habían refugiado en otros territorios. Definir el estatuto jurídico y resolver la situación de estas personas se convirtió también en una prioridad. A tal fin, el ser víctima de una persecución se consideró el elemento clave para acceder a la condición de refugiado, y así se plasmó en la Convención sobre el estatuto de refugiado de 1951.

Así pues, el Derecho internacional de la segunda posguerra mundial respondió de dos formas ante la persecución: desde el Derecho internacional penal (objeto específico de este estudio) y desde el régimen jurídico internacional de los refugiados, configurando respectivamente la persecución como un crimen de Derecho internacional (§ 3.1) y como fundamento de la determinación del estatuto de refugiado (§ 3.2).

3.1. LA CRIMINALIZACIÓN INTERNACIONAL DE LA PERSECUCIÓN: LOS TRIBUNALES MILITARES INTERNACIONALES DE NUREMBERG Y TOKYO.

Las persecuciones llevadas a cabo por los nazis en el marco de la II Guerra Mundial adquirieron unas dimensiones y un grado de tecnificación hasta entonces desconocido. No sorprende entonces que también la reacción de la sociedad internacional ante las mismas fuera en buena medida igualmente novedosa, y por primera vez se quebrara el criterio tradicional por el que se consideraba que el trato otorgado por un Estado a sus nacionales era una cuestión circunscrita al ámbito de su jurisdicción interna, en la que el resto de Estados no debía intervenir. Ante conductas que atentaban gravemente contra la dignidad del ser humano, no bastaba con determinar la responsabilidad del Estado:

ninguna estructura estatal podía amparar y garantizar la impunidad de tantas atrocidades como las cometidas por los nazis y, por consiguiente, los causantes de tanto horror debían responder individualmente por su comportamiento.

La respuesta aliada consistió en el establecimiento de un tribunal militar, el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMIN), para enjuiciar a los criminales de guerra nazis (inspirado en el modelo que se había intentado utilizar fallidamente para condenar al Káiser Guillermo II tras la I Guerra Mundial³⁴¹, y, a su vez, modelo del otro Tribunal Militar de la segunda posguerra mundial, el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (TMILO), establecido en Tokyo el 19 de enero de 1946 mediante una proclama especial del General MacArthur³⁴²), descartándose métodos más expeditivos, como la ejecución sumaria, por la que abogaban algunos de los Aliados³⁴³. Pero la instauración de un tribunal exigía también delimitar el derecho que éste debería aplicar, lo que no resultaba fácil dada la ausencia de antecedentes en materia penal dentro del Derecho internacional.

Los rasgos de las persecuciones nazis y el alcance limitado de la reacción inicial de los Estados aliados frente a las mismas será abordado seguidamente (§ A), mientras que el apartado posterior se ocupará del proceso que desembocó en el establecimiento del TMIN y la tipificación dentro de su Estatuto de la persecución como crimen contra la

³⁴¹ Artículo 227 del Tratado de Versalles (*Texto completo del Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania, y Protocolo. Firmado en Versalles el 28 de junio de 1919*, Madrid, Tipográfica Renovación, 1919, pp. 214-216). El Káiser estaba acusado del “delito de ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los Tratados”. Las personas acusadas de violaciones de las leyes y usos de la guerra, por el contrario, serían juzgadas por tribunales militares estatales (artículos 228 y 229). El recurso a tribunales militares también se preveía en el Tratado de Sèvres para castigar a los criminales de guerra turcos (artículos 226 a 230, “Treaty of Peace between the Allied Powers and Turkey, signed at Sèvres, August 10, 1920”, *Supplement AJIL*, vol. 15 (3), 1921, pp. 234-235); no obstante, estas previsiones nunca se llegaron a aplicar, al no entrar el tratado en vigor, y cualquier referencia a esta cuestión fue omitida en el Tratado de Lausanne de 1923, que lo sustituyó.

³⁴² “Trial of Far Eastern War Criminals. Special Proclamation: Establishment of an International Military Tribunal for the Far East”, *The Department of State Bulletin*, Vol. XVI, nº 349, 10 de marzo de 1946, p. 362.

³⁴³ A diferencia de los dirigentes de la URSS y de los EEUU, Churchill no era inicialmente favorable a utilizar la vía judicial para exigir responsabilidades a los jefes nazis. Creía que la cuestión se debía resolver de forma rápida, deteniéndolos y ejecutándolos inmediatamente. Estimaba que castigándolos mediante un “acto político” se ahorrarían las complicaciones derivadas de un proceso, que además podía volverse contra los Aliados, ya que Hitler y el resto de altos cargos nazis podían aprovecharlo en su beneficio, ante la falta de normativa internacional en la materia (OVERY, R., *Interrogatorios. El Tercer Reich en el banquillo* (trad. de M. L. García de la Hoz), Barcelona: Tusquets, 2003, pp. 27-30; STIMSON, H. L., “The Nuremberg Trial: Landmark in Law”, *Foreign Affairs*, vol. 25 (2), 1947, p. 179. Sobre la posición soviética, vid. TRAININ, A. N., *Hitlerite Responsibility Under Criminal Law*, London: Hutchinson & Co., 1945, pp. 15-16).

humanidad, así como su ulterior aplicación jurisprudencial por distintos tribunales militares internacionales de la segunda posguerra mundial (§ B).

A) Las persecuciones nazis durante la II Guerra Mundial y la reacción internacional.

Para comprender la gravedad de los comportamientos que las Potencias aliadas pretendieron castigar, procede detenerse, aunque sea brevemente, a identificar los rasgos más característicos de la política persecutoria diseñada por las autoridades nazis, así como a describir la forma en que la misma se desarrolló.

Esa presentación de los hechos permitirá disponer de un contexto que proporcionará una mejor comprensión de las razones que motivaron la creación del TMIN como respuesta de los Aliados a la política nazi, después de haber mantenido una cierta pasividad ante una situación bien conocida por ellos -las persecuciones en Alemania-, apelando al principio de la no intervención en los asuntos internos

A continuación se esbozarán las características de la política persecutoria nazi (§ a) y se analizará la reacción internacional a las mismas (§ b).

a) *Características de la política persecutoria nazi.*

Articulado en torno a la exaltación de la unidad del Estado, la figura cuasi-mística del Führer y la idea de la superioridad nazi, a lo que se añadía un imperialismo exacerbado que garantizara espacio vital (*Lebensraum*) para la raza aria, el nacionalsocialismo no podía aceptar la existencia de otros potenciales focos de poder que dieran al traste con sus planes de dominación, ni organización alguna al margen de la estructura nazi que pudiera ser “susceptible de provocar adhesiones diferentes de las debidas al régimen”³⁴⁴.

En esta construcción de la sociedad fundamentada en la dicotomía schmittiana “amigo-enemigo”³⁴⁵, el Derecho se convirtió en una herramienta más para lograr la

³⁴⁴ CONWAY, J. S., *La persecución religiosa de los nazis: 1933-45* (trad. de R. Sánchez – M. Vázquez), Espulas de Llobregat: Plaza & Janés, 1973, p. 233.

³⁴⁵ De acuerdo con SCHMITT, “la distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de *amigo y enemigo*” (SCHMITT, C., *El concepto de lo político* (versión de R. Agapito), Madrid: Alianza Editorial, 2002, p. 56). Para él, el enemigo político “es el otro, el extraño, y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto y extraño en un

destrucción de todo elemento extraño a los valores de la ideología nazi: la igualdad sólo se predicaba de quienes apoyaban los intereses nacionales y cooperaban con el gobierno³⁴⁶, mientras que pasaba a ser punible “tout ce qui allait à l’encontre de la «saine opinion populaire»”³⁴⁷, una cláusula general totalmente imprecisa que serviría de base a la persecución de la disidencia³⁴⁸.

En particular, las persecuciones nazis atendieron principalmente a una triple motivación: política, religiosa y racial.

(i) El principal objetivo de las persecuciones políticas fueron principalmente los grupos de izquierdas, que desarrollaron durante todo el régimen nazi una labor de resistencia frente al Estado totalitario³⁴⁹. También, aunque desprovistas de un carácter estrictamente político, se podrían incluir en esta categoría a las logias masónicas³⁵⁰.

(ii) En cuanto a la cuestión religiosa, aunque Hitler había manifestado poco después de llegar al poder su intención de seguir una política de tolerancia religiosa³⁵¹, no tardó en poner de manifiesto su intención de acabar con el cristianismo³⁵², si bien por distintas

sentido particularmente intensivo”, admitiendo que “pueden producirse conflictos con él que no puedan resolverse ni desde alguna normativa general previa ni en virtud del juicio o sentencia de un tercero «no afectado» o «imparcial»” (*ibid.*, p. 57). SCHMITT precisa que *enemigo* “es sólo un conjunto de hombres que siquiera eventualmente [...] se opone *combativamente* a otro conjunto análogo” (*ibid.*, p. 58).

³⁴⁶ BRACHER, K. D., *La Dictature Allemande. Naissance, structure et conséquences du National-Socialisme* (trad. de F. Straschitz), Toulouse: Privat, 1986, p. 483.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 484.

³⁴⁸ *Ibid.*.

³⁴⁹ *Ibid.*, pp. 491-502.

³⁵⁰ RAUSCHNING, H., *Hitler me dijo...: confidencias del Führer sobre sus planes de dominio del mundo*, Madrid: Atlas, 1946, pp. 251-252. La campaña contra las logias arrancó en 1933, ante el temor de que sus conexiones internacionales se tradujeran en una conspiración contra el régimen nazi (CONWAY, J. S., *La persecución...*, cit., p. 232). La peligrosidad de la masonería se derivaba, según Hitler, de su secretismo, que él quiso imitar (RAUSCHNING, H., *Hitler...*, cit., p. 251).

³⁵¹ Esta afirmación debe ser tomada con todas las reservas, ya que dicha tolerancia estaba condicionada a exigencias de seguridad y orden público y desde luego no incluía el judaísmo. Al respecto, el punto 24 del programa del Partido Nazi disponía: “Exigimos libertad para todas las confesiones religiosas del Estado, mientras no constituyan un peligro para el mismo y no vengán contra las costumbres y la moralidad de la raza alemana. El partido como tal defiende un cristianismo positivo, pero no se liga en cuestiones de credo a ninguna confesión en particular. Hay que luchar contra el espíritu del materialismo judío *dentro y fuera* de nuestras filas y tener el convencimiento de que nuestra nación sólo puede alcanzar la salud permanente desde dentro por medio de un principio: «El bienestar de la comunidad es más importante que el del individuo»” (reproducido en: CONWAY, J. S., *La persecución...*, cit., p. 45). En la medida en que este punto era interpretado según los intereses de cada uno, llevaba a la paradoja de ser generalmente considerado una declaración de tolerancia (*ibid.*).

³⁵² Hitler llegó a declarar: “Ninguna [religión] tiene porvenir, para los alemanes cuando menos. El fascismo puede, si quiere, hacer su paz con la Iglesia. Yo haré lo mismo. [...] Ello no me impedirá en

razones: la reacción contra la Iglesia católica presentaba un cariz marcadamente político frente a lo que veía como una organización muy poderosa³⁵³, mientras que la intensidad de la persecución contra las iglesias protestantes³⁵⁴ atendía al desprecio que le provocaba su falta de unidad³⁵⁵.

La misma política se aplicó en los territorios ocupados por los nazis, quienes pronto dejaron patente que no tenían la intención de respetar las leyes y usos de la guerra sobre el trato debido a la población de estos territorios, incluido el respeto a su libertad religiosa³⁵⁶. Detenciones, encarcelamientos, deportaciones a campos de concentración, ejecuciones de

absoluto extirpar el cristianismo de Alemania. [...] Se es o bien cristiano, o bien alemán; mas no se puede ser ambas cosas a la vez" (citado por: RAUSCHNING, H., *Hitler...*, cit., p. 57).

En la consecución de sus propósitos, Hitler contó con un aliado insospechado: la tibieza ante sus desmanes de la jerarquía católica, que optó por mantenerse del lado del Estado. LEWY ve en esta decisión causas y consecuencias políticas de enorme alcance: "the consent of the Curia to the liquidation of all Catholic organizations having a political program also helped strengthen the emerging totalitarian regime" (LEWY, G., *The Catholic Church and Nazi Germany*, New York: McGraw-Hill, 1964, p. 91). Ni siquiera la intensificación de las persecuciones lograron alterar la convicción de la jerarquía católica de que el Estado nazi era la autoridad legítima que debían sostener (*ibid.*, p. 99).

³⁵³ Para CONWAY "no cabe duda de que en su antagonismo hacia la Iglesia católica había un fuerte elemento de envidia, al que iba unida una especie de respeto por un organismo que había conservado su influencia en el transcurso de dos mil años" (CONWAY, J. S., *La persecución...*, cit., p. 43; *vid.* también RAUSCHNING, H., *Hitler...*, cit., p. 59). De hecho, le ofrecía un modelo a imitar. Así, en relación con la estrategia respecto de las iglesias cristianas, Hitler consideraba que el programa a seguir era "exactamente el de la Iglesia católica cuando impuso su religión a los paganos: conservar lo que pueda conservarse y reformar lo demás" (*ibid.*, p. 58).

³⁵⁴ CONWAY, J. S., *La persecución...*, cit., p. 229. Treinta y cuatro grupos religiosos fueron prohibidas y cinco más disueltos entre 1933 y 1939 (*vid. ibid.*, Apéndice XI, pp. 399-404). Proporcionalmente la persecución más cruenta fue la sufrida por los Testigos de Jehová (un 97 por ciento fueron víctimas de la persecución), ante el convencimiento nazi de que representaban una seria amenaza política (les presumían una vinculación al marxismo) y, sobre todo, porque veían en ellos un fanatismo, una capacidad de sacrificio y una organización tales que sólo podían esconder fines políticos superiores; de hecho, la resolución de los Testigos de Jehová en Alemania de mantener sus convicciones pacifistas y negarse a empuñar las armas prácticamente los condenó a muerte, toda vez que la pena capital fue impuesta como castigo a quienes se negasen o incitasen a otros a negarse a servir en el Ejército (*ibid.*, pp. 229-231; CHU, J., "God's things and Caesar's: Jehovah's Witnesses and political neutrality", *JGR*, vol. 6 (3), 2004, pp. 319-320).

³⁵⁵ CONWAY, J. S., *La persecución...*, cit., p. 43. No obstante, también la jerarquía de las iglesias evangelistas celebró acuerdos con el régimen nazi que regulaban la relación entre las iglesias protestantes y el Estado (FRIEDLÄNDER, S., *Nazi Germany and the Jews*, vol. I ("The Years of Persecution, 1933-1939"), London: Weidenfeld & Nicolson, 1997, p. 326).

³⁵⁶ INTER-ALLIED INFORMATION COMMITTEE, "Religious Persecution", en: *Conditions in Occupied Territories*, n° 3, London: His Majesty's Stationery Office, 1942, p. 5. La persecución religiosa en los territorios ocupados por las Potencias del Eje era contraria al artículo 46 de la Convención de La Haya de 1907, según el cual "el honor y los derechos de la familia, la vida de los individuos y la propiedad privada, así como las creencias religiosas y el ejercicio de los cultos, deberán ser respetados" (Convenio (IV) de La Haya, de 18 de octubre de 1907, relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre y Reglamento sobre las leyes y usos de la guerra terrestre, reproducido en: ORIHUELA CALATAYUD, E., *Derecho Internacional Humanitario. Tratados internacionales y otros textos*, Madrid: McGraw-Hill, 1998, p. 111).

clérigos, todo valía para erradicar a las comunidades cristianas³⁵⁷ y evitar que se convirtieran en núcleos de resistencia frente a la ocupación nazi³⁵⁸.

(iii) La supresión de las iglesias sólo se veía priorizada por la erradicación de quienes amenazaban la pureza de la raza aria: los “degenerados” y los “extranjeros”³⁵⁹. Entre los primeros se encontraban principalmente las personas con discapacidades físicas y psíquicas, que fueron objeto de una política eutanásica³⁶⁰ (de “depuración de la especie mediante la erradicación” en la terminología eufemística nazi -*Aufartung durch Ausmerzung*-), pero también otros grupos de “asociales”³⁶¹ como los criminales “incorregibles”³⁶² o los homosexuales³⁶³. Por su parte, la categoría de “extranjeros” incluía a los miembros de otras razas³⁶⁴, como los gitanos³⁶⁵ y sobre todo los judíos, considerados una raza inferior que ponía en peligro la pureza aria.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 327.

³⁵⁸ CONWAY, J. S., *La persecución...*, *cit.*, p. 326.

³⁵⁹ FRIEDLANDER, H., “The Exclusion and Murder of the Disabled”, en: GELLATELY, R. & STOLTZFUS, N. (eds.), *Social Outsiders in Nazi Germany*, Princeton: Princeton University Press, 2001, p. 145.

³⁶⁰ Los programas de eutanasia tenían por objeto eliminar a todas las personas con discapacidades que, según la ideología nazi, ponían en peligro la salud y la pureza de la raza aria (EVANS, S. E., *Forgotten Crimes. The Holocaust and People with Disabilities*, Chicago: Ivan R. Dee, 2004, p. 15). Las primeras víctimas fueron entre 5.000 y 25.000 niños con discapacidades, a las cuales siguió un programa -el “Aktion T4”- de eliminación de adultos alemanes discapacitados (al menos 275.000 personas entre enero de 1940 y agosto de 1941, momento en el que las protestas públicas llevaron a Hitler a ordenar la paralización del programa oficial; sin embargo, el régimen nazi continuó el exterminio de forma no oficial y descentralizada). Pero además se llevaron a cabo programas de esterilización para evitar la transmisión de enfermedades genéticas, durante los cuales miles de personas fallecieron como consecuencia de los métodos utilizados (*ibid.*, pp. 16-18). Sobre estas cuestiones *vid.* también BROWNING, C. R., *The Origins of the Final Solution. The Evolution of Nazi Jewish Policy, September 1939-March 1942*, London: William Heinemann, 2004, pp. 184-193; FRIEDLANDER, H., “The Exclusion...”, *cit.*, pp. 147-157).

³⁶¹ FRIEDLÄNDER, S., *Nazi...*, *cit.*, pp. 203-204.

³⁶² *Vid.* WASCHMANN, N., “From Indefinite Confinement to Extermination: «Habitual Criminals» in the Third Reich”, en: GELLATELY, R. & STOLTZFUS, N. (eds.), *Social...*, *cit.*, pp. 165-191, en particular p. 182.

³⁶³ Sobre el proceso de criminalización de la homosexualidad y su persecución en la Alemania nazi, *vid.* GILES, G. J., “The Institutionalization of Homosexual Panic in the Third Reich”, en: GELLATELY, R. & STOLTZFUS, N. (eds.), *Social...*, *cit.*, pp. 233-255. *Vid.* también FRIEDLÄNDER, S., *Nazi...*, *cit.*, pp. 205-207.

³⁶⁴ FRIEDLANDER, H., “The Exclusion...”, *cit.*, p. 145.

³⁶⁵ Aunque las cifras son inciertas, miles de gitanos (roma y sinti) fueron exterminados por los nazis (las cifras citadas por LEWY se mueven en torno a las 200.000 personas -LEWY, G., *The Nazi Persecution of the Gypsies*, New York: Oxford University Press, 2000, pp. 221-222-, mientras que MILTON habla de entre 250.000 y 500.000 víctimas -MILTON, H. S., “«Gypsies» as Social Outsiders”, en: GELLATELY, R. & STOLTZFUS, N. (eds.), *Social...*, *cit.*, p. 212-). Bajo el régimen nazi, los gitanos fueron progresivamente desprovistos de sus derechos como ciudadanos (*ibid.*, p. 216), para posteriormente ser objeto de una política de “limpieza social” que los llevó a ser masivamente confinados en campos de detención -estructuras paralelas que coexistían con los campos de concentración, de acuerdo con MILTON (*ibid.*, p. 224)- y por último enviados a campos de concentración (*ibid.*, pp. 226-227). El paralelismo entre la persecución de los gitanos y la de los judíos es destacada en BROWNING, C. R., *The Origins...*, *cit.*, pp. 178-184, y FRIEDLÄNDER, S., *Nazi...*, *cit.*, pp. 204-205. Sobre la visión de los gitanos por los nazis como una raza

En 1933 se adoptaron las primeras medidas contra los no arios por parte de las autoridades alemanas, que a golpe de decreto los excluyeron del funcionariado civil, las profesiones jurídicas, la profesión médica y la enseñanza (restringiéndose además el acceso a la educación a un número limitado de no arios)³⁶⁶. A la vez, arrancó una campaña de violencia³⁶⁷ y un boicot antijudío impulsados por militantes del partido nazi³⁶⁸. En consecuencia, además de las campañas públicas de denigración, los judíos fueron víctimas de numerosas medidas discriminatorias³⁶⁹: las empresas judías no recibían contratos públicos y eran boicoteadas; se despedía de las grandes empresas tanto a los empleados como a los miembros de los consejos directivos; se les impidió el ejercicio de numerosas profesiones; se prohibió la publicación de libros de autores judíos; se les vetó el acceso a los tranvías municipales, etc.

Estos hechos fueron seguidos de la elaboración de una legislación discriminatoria dirigida a reforzar este proceso para eliminar progresivamente a los judíos de la vida pública. Así, en 1935 se aprobaron las Leyes de Nuremberg, que incluían la *Ley de Ciudadanía del Reich* y la *Ley para la protección de la sangre y el honor germanos*, más varios decretos complementarios³⁷⁰. En 1938 se ordenó la expulsión de los judíos y se

extranjera y la política contra ellos, que incluyó la ley de esterilización de 1933 y el Decreto para Combatir la Plaga Gitana de 8 de diciembre de 1938, *vid.* LEWY, G., *The Nazi...*, *cit.*, pp. 36-55.

³⁶⁶ *Vid.* la Ley para la restauración del servicio civil regular, de 4 de abril de 1933 (*Reichsgesetzblatt* n° 34) y los tres decretos que la desarrollan, de 11 de abril (*Reichsgesetzblatt* n° 37), 4 de mayo (*Reichsgesetzblatt* n° 46) y 6 de mayo de 1933 (*Reichsgesetzblatt* n° 48) respectivamente; la Ley relativa a la admisión en la profesión de abogado, de 10 de abril de 1933 (*Reichsgesetzblatt*, n° 36); la Ley relativa a la admisión en la Asociación de Abogados de Patentes, de 24 de abril de 1933 (*Reichsgesetzblatt*, n° 41); el decreto de 1 de abril de 1933, relativo al ejercicio de la notaría; la Ley relativa a la admisión de asesores tributarios, de 11 de mayo de 1933 (*Reichsgesetzblatt*, n° 49); las instrucciones del Ministerio de Justicia prusiano sobre remoción de jueces y abogados de los tribunales de justicia prusianos; la Ley sobre la elección de grandes y pequeños jurados y jueces comerciales, de 10 de abril de 1933 (*Reichsgesetzblatt*, n° 36); la Ley relativa a la reconstitución de Comités de Asesores Tributarios, de 24 de abril de 1933 (*Reichsgesetzblatt*, n° 44); la Ley relativa a la admisión de médicos en el Servicio Nacional de Salud, de 25 de abril de 1933 (*Reichsgesetzblatt*, n° 42); o la Ley relativa a las escuelas, institutos y universidades alemanas, de 26 de abril de 1933 (*Reichsgesetzblatt*, n° 43) (reproducidos y traducidos al inglés en AMERICAN JEWISH COMMITTEE, *The Jews in Nazi Germany. The Factual Record of their Persecution by the National Socialists*, New York: The American Jewish Committee, 1933, pp. 1-7).

³⁶⁷ Lo que incluyó detenciones y encarcelamientos arbitrarios, tratos inhumanos y degradantes, asesinatos, allanamiento y destrucción de viviendas, apropiaciones de bienes, como testimonian diversas cartas de judíos alemanes en las que relatan la situación que estaban viviendo, publicadas en *ibid.*, pp. 28-35.

³⁶⁸ HILBERG, R., *The destruction...*, *cit.*, pp. 34-35.

³⁶⁹ AMERICAN JEWISH COMMITTEE, *The Jews...*, *cit.*, pp. 9-13.

³⁷⁰ La primera establecía la distinción entre *Reichsbürger* (o ciudadano de pura raza alemana) y *Staatsangehöriger* (el súbdito), mientras que en virtud de la segunda se excluía la convivencia entre ambos (REITLINGER, G., *La solución final* (trad. de R. de Andrés), Barcelona/México, D.F.: Grijalbo, 1973, p. 17). Éstos serían los primeros pasos para implantar oficialmente la política antijudía, que los nazis consideraron

decretó la nulidad de sus pasaportes, junto con la exigencia de una autorización especial para emigrar. En otoño de ese año se sucedieron los pogromos hasta desembocar en la *Noche de los cristales rotos*, del 9 al 10 de noviembre de 1938, en la que las SS atacaron de forma generalizada a la población judía de Alemania y Austria, deteniendo a miles de judíos y destruyendo un gran número de sinagogas, cementerios y comercios³⁷¹.

Tras estos acontecimientos el régimen nazi siguió una doble estrategia contra los judíos: la emigración forzosa y la segregación de quienes se quedaban³⁷². Pero en septiembre de 1939 estalló la II Guerra Mundial. Dado que este suceso obstaculizaba las emigraciones forzosas³⁷³, la persecución se intensificó³⁷⁴, y para el verano de 1941 se comenzó a planificar la “solución final” para la cuestión judía en Europa³⁷⁵. Ésta terminaría de concretarse en el llamado *Protocolo Wansee*, actas de la reunión o *Conferencia sobre la solución final de la cuestión judía* celebrada por quince representantes de las SS, el NSDAP y varios ministerios del gobierno nazi el 20 de enero de 1942. En la misma, los nazis fijaron dos objetivos: (i) obligar a los judíos a salir de las distintas áreas de la vida del pueblo alemán (“Die Zurückdrängung der Juden aus den einzelnen Lebensgebieten des deutschen Volkes”), y (ii) obligar a los judíos a salir del espacio vital del pueblo alemán³⁷⁶ (“Die Zurückdrängung der Juden aus dem Lebensraum des deutschen Volkes”). La cronología de los hechos se ajustaba perfectamente a este plan: primero se había procedido a la eliminación social de los judíos para posteriormente proceder a su eliminación física³⁷⁷. La primera fase se había cumplido³⁷⁸. Sólo faltaba completar la segunda.

esencial dotar de cobertura legal; así, en octubre de ese mismo año, Streicher declarará que la cuestión judía “was being solved, «piece by piece», in a legal manner” (HILBERG, R., *The destruction...*, cit., p. 38).

³⁷¹ *Vid. ibid.*, pp. 38-39.

³⁷² BROWNING, C. R., *The Origins...*, cit., p. 169.

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ Sobre las nuevas medidas antijudías adoptadas y su impacto sobre los judíos, *vid. ibid.*, p. 172.

³⁷⁵ IMT, “Judgment”, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946*, vol. I (“Official documents” – Official text in the English language), Nuremberg: IMT, 1947, p. 250.

³⁷⁶ Reproducción del Protocolo de Wansee disponible en: <http://www.ghwk.de/deut/Dokumente/seite-3-sw.pdf> (consultada el 15/1/10), con traducción al castellano en: <http://www.ghwk.de/span/protosp.htm>.

³⁷⁷ La destrucción de los judíos fue un proceso de pasos secuenciales: comenzó con la definición del concepto de *judío*; después vinieron las medidas expropiatorias, seguidas de la concentración de los judíos en ghettos; finalmente; “the decision was made to annihilate European Jews” (HILBERG, R., *The destruction...*, cit., p. 53).

³⁷⁸ HILBERG afirma sin ningún género de duda que la política de expulsión y exclusión adoptada por los nazis “remained the goal of all anti-Jewish activity until 1941” (*ibid.*, p. 8).

b) *La reacción internacional.*

Las primeras protestas internacionales se centraron en la situación en los territorios ocupados³⁷⁹. Sin embargo, la situación en el interior de Alemania no mereció la misma respuesta. Aunque la persecución de los judíos se conocía desde antes de 1941³⁸⁰, los Aliados no lo consideraron un motivo suficiente para intervenir porque lo que estaba ocurriendo era visto como una cuestión puramente interna³⁸¹. La ausencia de reacción de las Potencias aliadas en los años 30 deja clara una cosa: la persecución por sí misma no era considerada una práctica tan grave como para justificar suficientemente una respuesta contundente. De hecho, en un primer momento la gravedad de la información recibida sobre los asesinatos en masa de los judíos fue infravalorada y, al estimarse que eran una muestra más de las persecuciones que sufrían, no se adoptó ninguna medida³⁸². La de los judíos no era la primera persecución religiosa o racial de la Historia: mientras sólo afectara a los nacionales alemanes, podía considerarse un asunto interno del Reich; la reacción internacional, siguiendo el criterio tradicional, sólo se produciría si llegaba a

³⁷⁹ Así, los gobiernos polaco y checo en el exilio denunciaron en una declaración conjunta hecha en noviembre de 1940 la situación en sus respectivos países (UNWCC, *History...*, cit., p. 87).

³⁸⁰ Ya en 1933 el American Jewish Committee publicó un informe sobre la persecución de los judíos en Alemania, en el que se presentaban los hechos relativos a los actos de opresión y violencia y se sometían "to the judgment of the public of the United States" (AMERICAN JEWISH COMMITTEE, *The Jews...*, cit., p. iii). En dicho informe se recogen no sólo referencias a la situación de los judíos en Alemania aparecidas en la prensa estadounidense (*ibid.*, pp. 69-91) y diversas declaraciones emitidas por colectivos de la sociedad civil (*ibid.*, pp. 92-98), sino que además se reproducen varias intervenciones ante el Senado de EUA durante la sesión de 10 de junio de 1933 (*ibid.*, pp. 59-68) que prueban el minucioso conocimiento que la clase política estadounidense tenía de lo que estaba ocurriendo en Alemania.

³⁸¹ KALLIS, A. A., "Eliminationist crimes, state sovereignty and international intervention: the case of Kosovo", *JGR*, vol. 1 (3), 1999, p. 425. Son reveladoras las palabras del senador Joseph T. ROBINSON en su intervención de 10 de junio de 1933 ante el Senado de los EUA manifestando su preocupación por la situación de los judíos en Alemania: "It is not suggested that the United States intervene or attempt to determine the domestic policies of the German people. Such cruel policies as are referred to will bring their own penalties. They will result in loss of international prestige, in moral reaction among the German people of far-reaching effect, in loss of trade and commerce" (AMERICAN JEWISH COMMITTEE, *The Jews...*, cit., p. 62). No obstante, varios senadores consideraron que EUA debía manifestar su protesta (intervención de los senadores Jesse H. METCALF y Robert F. WAGNER, en: *ibid.*, pp. 63 y 67, respectivamente) y activar los cauces diplomáticos oportunos para promover un cambio de actitud por parte del gobierno nazi (intervención del senador David I. WALSH, en: *ibid.*, p. 65). Sobre la posición británica, *vid.* EZEJIOFOR, G., *Protection of Human Rights under the Law*, London: Butterworths, 1964, p. 35.

³⁸² *Vid.* KOCHAVI, A. J., *Prelude to Nuremberg. Allied War Crimes Policy and the Question of Punishment*, Chapel Hill/London: The University of North Carolina Press, 1998, p. 139. Sin embargo, "all the policies of the Nazi regime prior to the Holocaust (cultural persecution, depriving groups of their fundamental human rights, discrimination, sporadic use of state violence in the 1930s etc.) were acknowledged as early indications of such a plan to commit genocide, thus linking cultural/religious oppression to the later policy of active elimination" (KALLIS, A. A., "Eliminationist...", cit., p. 425).

tener incidencia en la estabilidad internacional, o, eventualmente, respecto de la población de los territorios ocupados, por tratarse de una violación de las leyes y usos de la guerra³⁸³.

Sólo a partir de 1941 comenzaron a sucederse diversas declaraciones gubernamentales en las que se puso de manifiesto no sólo que los Aliados tenían noticias de que los judíos estaban siendo exterminados, sino también su voluntad de no dejar impunes los crímenes que los nazis estaban cometiendo, planteándose la posibilidad de investigar los hechos y enjuiciar a los responsables de tales crímenes³⁸⁴.

El 20 de octubre de 1943 representantes de diecisiete Estados³⁸⁵ establecieron en Londres la *United Nations War Crimes Commission* (UNWCC), con el mandato de recopilar, documentar e investigar pruebas de la comisión de crímenes de guerra y sus

³⁸³ Ni siquiera el conocimiento de las atrocidades nazis alteró la convicción de que el principio de no intervención debía ser respetado. Al respecto es significativa la siguiente afirmación del Juez Robert H. JACKSON en la Conferencia Internacional sobre Juicios Militares celebrada en Londres en 1945: "It has been a general principle of foreign policy of our Government from time immemorial that the internal affairs of another government are not ordinarily our business; [...] the way Germany treats its inhabitants, or any other country treats its inhabitants, is not our affair any more than it is the affair of some other government to interpose itself in our problems. The reason that this program of extermination of Jews and destruction of the rights of minorities becomes an international concern is this: it was a part of a plan for making an illegal war. Unless we have a war connection as a basis for reaching them, [...] we have no basis for dealing with atrocities" (JACKSON, R. H., *Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials, London, 1945*, Washington: Department of State, 1949, p. 331, Doc. XLIV: "Minutes of Conference Session of July 23, 1945").

³⁸⁴ Tras sendas declaraciones emitidas el 25 de octubre de 1941 por el Presidente Roosevelt y el Primer Ministro Churchill afirmando que las ejecuciones de inocentes deberían ser castigadas (UNWCC, *History...*, cit., p. 88), el 13 de enero del año siguiente nueve Potencias europeas –Bélgica, Checoslovaquia, el Comité Nacional Francés Libre, Grecia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia y Yugoslavia- adoptaron la Declaración de St. James, en la que figuraba como uno de sus principales objetivos de guerra el castigo, "through the channel of organised justice", de los responsables de los crímenes cometidos contra las poblaciones civiles (UNWCC, *History...*, cit., p. 90).

En 1942, Roosevelt y Churchill volvieron a manifestarse en el mismo sentido. En el comunicado de prensa emitido por la Casa Blanca el 21 de agosto, Roosevelt advertía a los Estados del Eje que "the time will come when they shall have to stand in courts of law in the very countries which they are now oppressing and answer for their acts" (en: <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Holocaust/fdrwarcrimes.html>, consultada el 15/1/10). En diciembre de ese año, el Secretario de Asuntos Exteriores británico, Anthony Eden, emitió una nueva declaración en nombre de los Aliados, condenando los crímenes nazis contra los judíos y reafirmando "their solemn resolution to ensure that those responsible for the crimes shall not escape retribution, and to press on with the necessary practical measures to this end" (UNWCC, *History...*, cit., p. 106).

De 1943 es la Declaración de Moscú, que advertía de que los delitos sin una localización geográfica determinada se castigarían mediante una decisión conjunta de los gobiernos aliados (en: <http://www.ibiblio.org/pha/policy/1943/431000a.html>, consultada el 15/1/10).

La decisión de no dejar impunes los crímenes nazis fue una vez más confirmada en la Conferencia de Yalta de 1945, aunque el tema quedó pendiente de ser examinado por los tres Ministros de Asuntos Exteriores al cierre de la conferencia (*Protocol of Proceedings of Crimea Conference*, "VI. Major War Criminals", en: <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/ww2/yalta.html>, consultada el 4/12/09).

³⁸⁵ Australia, Bélgica, Canadá, China, Checoslovaquia, EUA, Francia, Grecia, India, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, Sudáfrica y Yugoslavia. La Unión Soviética declinó participar, aunque apoyó la iniciativa.

autores. Los Aliados se plantearon en 1944 la posibilidad de atribuir a la UNWCC también competencias de enjuiciamiento, pero Reino Unido no se mostró favorable a ampliar su mandato³⁸⁶. En su lugar, se optó por establecer en 1945 un Tribunal Militar Internacional que se ocupara de enjuiciar a los criminales de guerra nazis.

B) Tipificación de la persecución como crimen contra la humanidad en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

La primera vez que la persecución aparecerá recogida dentro de un tratado internacional como un crimen de Derecho internacional será en el Estatuto del TMIN (ETMIN), formando parte de los comportamientos que el Estatuto calificaba de *crímenes contra la humanidad*, una categoría criminal novedosa que suscitó no poca controversia entre los juristas de la época. Sin embargo, en el ETMIN no se precisaba qué se había de entender por cada una de las conductas incluidas dentro de esta categoría; consecuentemente, tampoco se ofrecía una definición convencional de *persecución*.

Ello no fue óbice para que el TMIN apreciara la comisión de crímenes contra la humanidad de persecución por parte de los criminales de guerra que se encargó de juzgar y condenar. De igual forma, los tribunales creados en virtud de la Ley del Consejo Aliado nº 10 (y muy en particular los estadounidenses) continuaron aplicando el tipo de persecución como crimen contra la humanidad en los ulteriores procesos que se llevaron a cabo en el territorio alemán bajo control aliado. No obstante, ni la sentencia dictada por aquél ni la jurisprudencia de estos aportó mayor claridad al alcance del término *persecución* como noción jurídico-internacional.

A continuación se examinará la tipificación de los crímenes contra la humanidad -y dentro de ellos de la persecución- (§ a) y la aplicación del crimen contra la humanidad de persecución por el TMIN y por los tribunales de las zonas de ocupación aliadas (§ b).

³⁸⁶ U.S. DEPARTMENT OF STATE, Doc. 740.00116 European War/8-1944, "The British Ambassador (Halifax) to the Secretary of State", August 19, 1944, en: *Foreign Relations of the United States. Diplomatic Papers*, 1944, vol. I ("General"), Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1944, p. 1352. *Vid.* también CLARK, R. S., "Crimes Against Humanity at Nuremberg", en: GINSBURGS, G.E. & KUDRIAVTSEV, V. N. (eds.), *The Nuremberg Trial and International Law*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1990, p. 180.

a) *La tipificación de los crímenes contra la humanidad, incluida la persecución, en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.*

El 8 de agosto de 1945 Reino Unido, EUA, Francia y la URSS concluyeron el Acuerdo de Londres, por el que se creaba un Tribunal Militar Internacional para juzgar a los dirigentes y las organizaciones de la Alemania nazi. Anexo al Acuerdo y formando parte integral del mismo se incluía el ETMIN, que establecía las normas procedimentales y sustantivas que habían de regir la labor del Tribunal. Además, en su artículo 6 preveía tres modalidades de crímenes que entraban dentro de su competencia material y podían generar responsabilidad individual: a) los crímenes contra la paz, b) los crímenes de guerra, y c) los crímenes contra la humanidad³⁸⁷.

Las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos³⁸⁸ aparecían específicamente recogidas en el artículo 6.c) como una de las dos categorías de actos punibles³⁸⁹ a título de crimen contra la humanidad (*categoría “persecución”*). La otra

³⁸⁷ Artículo 6 ETMIN (tras la enmienda operada por el Protocolo de Berlín del 6 de octubre de 1945):

“The Tribunal established by the Agreement referred to Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

(a) CRIMES AGAINST PEACE: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;

(b) WAR CRIMES: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;

(c) CRIMES AGAINST HUMANITY: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan”.

³⁸⁸ El Estatuto del TMILO presenta pocas variaciones en relación con el derecho aplicable (el Estatuto está reproducido en “Trial of Far Eastern War Criminals: Charter of the International Military Tribunal for the Far East”, *The Department of State Bulletin*, Vol. XVI, nº 349, 10 de marzo de 1946, pp. 361-364). No obstante, una de las más destacables se refiere precisamente al crimen de persecución, ya que los motivos persecutorios aparecen restringidos a dos: políticos y raciales (pese a haber constancia de que los japoneses también persiguieron en los países ocupados a quienes profesaban religiones diferentes al sintoísmo oficial (*vid.* INTER-ALLIED INFORMATION COMMITTEE, “Religious Persecution”, *cit.*, pp. 6-7).

³⁸⁹ *Vid.* ONU, Doc. A/CN.4/5, *The Charter and Judgment of the Nuremberg Tribunal. History and Analysis (Memorandum submitted by the Secretary General)*, 3 de marzo de 1949, pp. 71-72; MEYROWITZ, H., *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l’humanité et de*

categoría estaba integrada por el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos, cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra (*categoría "actos inhumanos"*)³⁹⁰.

La inclusión de los crímenes contra la humanidad se estimó necesaria con vistas a enjuiciar las atrocidades cometidas por los nazis contra sus propios nacionales. De acuerdo con el Derecho internacional vigente, tales conductas no constituían crímenes de guerra, sino que se consideraban cuestiones del ámbito doméstico de los Estados³⁹¹. Para solventar las objeciones en relación con el respeto al principio de legalidad penal que se pudieran derivar de la inclusión de una categoría criminal inexistente en el momento de la realización de las conductas sancionadas (lo que podía considerarse contrario al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*), se acordó que los crímenes contra la humanidad sólo podrían ser enjuiciados cuando hubieran sido cometidos en ejecución de o en conexión con algún otro crimen que entrara dentro de la jurisdicción del tribunal³⁹². En particular, tras la corrección operada en las versiones inglesa y francesa de dicho artículo por el Protocolo de Berlín de 6 de octubre de 1945 -por el que se sustituyó el punto y coma que originalmente separaba ambas categorías por una coma-, no cabe duda de que la intención de los Aliados era exigir que todos los comportamientos calificables de crímenes contra la humanidad (y no sólo las persecuciones, como parecía derivarse de la redacción precedente) hubieran sido cometidos en ejecución o en conexión con cualquier otro crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal para que éste pudiera entrar a conocer de ellos³⁹³.

l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1960, p. 249-251; MORRIS, V. & SCHARF, M. P., *An Insider's Guide to The International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia*, vol. 1, Irvington-on-Hudson: Transnational Publishers, 1995, p. 74.

³⁹⁰ Algunos autores prefieren hablar de una *categoría "asesinato"* (vid. MEYROWITZ, H., *La répression...*, *cit.*, p. 249-251; VIVES CHILLIDA, J., "La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2003, p. 347).

³⁹¹ Vid. UNITED NATIONS, *The Charter and Judgment...*, *cit.*, p. 71. Como WOETZEL señala: "Such acts may be violations of international law or of the national penal code or both; they are usually subject only to the jurisdiction of the national courts" (WOETZEL, R. K., *The Nuremberg Trials in International Law*, London: Stevens & Sons Limited / New York: F. A. Praeger Inc., 1962, p. 178).

³⁹² Para CERONE, esta precaución atiende más bien a que los redactores del ETMIN no estaban preparados "to depart entirely from the primarily interstate structure of classical international law" (CERONE, J., "Persecution", *cit.*, p. 795).

³⁹³ SUNGA, L. S., *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 44-45.

Aun así, en el momento de adoptarse el ETMIN era muy discutible que estas modalidades estuvieran claramente definidas en el Derecho internacional³⁹⁴, de ahí que la principal crítica que se hizo (y se hace) al ETMIN sea que habría violado el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*³⁹⁵, en la medida en que ciertos crímenes que eran objeto de su competencia no habían sido tipificados con anterioridad al enjuiciamiento. No falta el debate sobre este punto. De las tres categorías señaladas, los únicos que en cierta medida tenían antecedentes en el Derecho internacional eran las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, los denominados *crímenes de guerra*³⁹⁶, si bien el TMIN también trató de justificar la inclusión de los *crímenes contra la paz* en el ETMIN apoyándose en lo que consideraba precedentes convencionales, como el Tratado de Versalles o el Pacto Briand-Kellogg³⁹⁷.

³⁹⁴ En 1945, mientras se discutía cómo proceder contra los principales criminales de guerra nazi, TRAININ afirmaba con rotundidad que en la esfera del Derecho internacional penal de la época “there is no experience, there are no traditions, there are no ready-made formulae of the criminal and the punishable” (TRAININ, A. N., *Hitlerite ...*, cit., pp. 26-27, también p. 10; SUNGA, L. S., *Individual...*, cit., p. 47).

³⁹⁵ Vid. entre otros muchos KELSEN, H., “Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, *ILQ*, vol. 1 (2), 1947, p. 164 (pero *cf.* p. 165, donde ofrece argumentos para salvar esa objeción); BASSIOUNI, M. C., *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 3.

³⁹⁶ El antecedente inmediato de este tipo se puede encontrar en el artículo 228 del Tratado de Versalles de 1919: “El Gobierno alemán reconoce el derecho que asiste a las Potencias Aliadas y Asociadas para hacer comparecer ante Tribunales militares a aquellas personas que sean acusadas de haber violado las leyes y usos de la guerra. Caso de probarse la culpabilidad de tales personas, se les impondrán los correctivos que la ley determine [...]” (*Texto completo del Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania, y Protocolo. Firmado en Versalles el 28 de junio de 1919*, Madrid: Tipográfica Renovación, 1919, p. 215).

No obstante, sus orígenes son muy anteriores. La idea de regular el modo de conducción de las hostilidades se remonta a la Edad Media (ABELLÁN HONRUBIA, V., “El derecho humanitario bélico: evolución histórica”, en: ABELLÁN, V. (dir.), *La regulación jurídica internacional de los conflictos armados. Ponencias del III Seminario sobre la Regulación Jurídica Internacional de los Conflictos Armados*, Barcelona: Cruz Roja Cataluña, DL 1992, p. 58), mientras que la primera regulación estatal de esta materia lo constituyó el Código elaborado por Francis Lieber y promulgado por Abraham Lincoln en 1863, según el cual la ley marcial era aplicable en territorio ocupado y reprimía las violaciones del derecho de la guerra así como los crímenes de derecho común (ABI-SAAB, G. et ABI-SAAB, R., “Les crimes de guerre”, en: ASCENSIO, H., DECAUX, E., et PELLET, A. (dirs.), *Droit International Pénal*, Paris: Éditions Pedone, 2000, pp. 266-267). Los primeros instrumentos internacionales en la materia, como los elaborados en las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907, estaban dirigidos a regular el derecho de la guerra, pero no imponían ninguna pena en caso de incumplimiento, previéndose exclusivamente una responsabilidad internacional estatal por infracción de sus normas (*vid.* LA ROSA, A.-M., *Dictionnaire...*, cit., pp. 27-28). Ahora bien, pese a lo apenas dicho en relación con las Convenciones de La Haya, no puede obviarse que en la época del proceso de Nuremberg hacía años que los tribunales militares juzgaban y castigaban a las personas culpables de infracciones de las reglas de la guerra terrestre establecidas por la Convención de La Haya de 1907 y de la Convención de Ginebra de 1929 relativa al trato debido a los prisioneros de guerra, como el Tribunal resaltó en su sentencia (IMT, “Judgment”, cit., p. 253). Aun así, conviene tener en cuenta que ninguno de estos instrumentos establecía responsabilidad penal internacional por violación de sus normas (TRAININ, A. N., *Hitlerite...*, cit., p. 34).

³⁹⁷ Vid. IMT, “Judgment”, cit., pp. 219-222. En contra, RÖLING, B. V. A. & CASSESE, A., *The Tokyo Trial and beyond*, Cambridge: Polity Press, 1993, pp. 98-100-; KELSEN, H., “Will...”, cit., pp. 155-162; PAECH, N., “Les apports du procès de Nuremberg au Droit Pénal International de l’époque”, en: CENTRE DE DROIT INTERNATIONAL DE L’INSTITUT DE SOCIOLOGIE DE L’UNIVERSITE LIBRE DE BRUXELLES (CENTRE HENRI

En todo caso, incluso aunque las dos categorías precedentes pudieran considerarse más o menos respetuosas con el principio *nullum crimen sine lege* –discutible a la vista de la falta de antecedentes en materia de responsabilidad penal internacional del individuo–, no resulta tan fácil salvar la presencia en el Estatuto de los *crímenes contra la humanidad* alegando una tipificación preexistente en el ordenamiento jurídico internacional³⁹⁸. DAVID los considera una incriminación novedosa, al menos en parte³⁹⁹, y es que, en efecto, no era la primera vez que se utilizaba la noción de *crimen contra la humanidad* en el plano internacional⁴⁰⁰. Así, tales crímenes traerían su fundamento del principio de humanidad⁴⁰¹, y la prohibición de las conductas particularmente graves englobadas en esta categoría se apuntaría ya en la remisión genérica al respeto a las “leyes de humanidad” de la *cláusula Martens*, recogida en los respectivos Preámbulos de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre⁴⁰². Por su parte, la expresión

ROLIN)-FONDATION AUSCHWITZ-STICHTING (CENTRE D'ÉTUDES ET DOCUMENTATION), *Le Procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation (Actes du Colloque international Université Libre de Bruxelles. Bruxelles, le 27 mars 1987)*, Bruxelles: Bruylant/Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988, p. 24; LOMBOIS, C., “Un crime international en droit positif français. L'apport de l'affaire Barbie à la théorie française du crime contre l'Humanité”, en: AA.VV., *Droit Pénal Contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris: Éditions Cujas, 1989, pp. 371-372; BRING, O., *International Criminal Law in Historical Perspective. Comments and Materials*, Stockholm: Juridiska Fakulteten, 2002 (2nd ed.), pp. 18-19), entre otros.

³⁹⁸ Según MIAJA DE LA MUELA, eran actos evidentemente antijurídicos, pero no contradecían normas internacionales, sino normas de derecho interno (MIAJA DE LA MUELA, A., “El genocidio, delito internacional”, *REDI*, vol. IV (2), 1951, p. 384).

³⁹⁹ DAVID, É., “L'actualité...”, *cit.*, p. 95. Cfr. LOMBOIS, C., “Un crime...”, *cit.*, pp. 371-372.

⁴⁰⁰ Aunque no por ello era menos problemática (BIDDLE, F., “Le procès de Nuremberg”, *RIDP*, 1948-1, p. 18).

⁴⁰¹ GREPPI, E., “The evolution of individual criminal responsibility under international law”, *IRRC*, n° 835, 1999, p. 549. Hasta Grocio remonta HAZAN el origen de la noción, aunque considera que la inculpación a título de crímenes contra la humanidad era totalmente novedosa (HAZAN, E. T., *L'État de Nécessité en Droit Pénal Intérétatique et International*, Paris: Editions A. Pedone, 1949, p. 140). *Vid.* asimismo el Informe preliminar de la Comisión de expertos independientes establecida de conformidad con la resolución 935 (1994) del Consejo de Seguridad (ONU, Doc. S/1994/1125, *Carta de fecha 1º de octubre de 1994 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General. Anexo: Informe preliminar de la Comisión de expertos independientes establecida de conformidad con la resolución 935 (1994) del Consejo de Seguridad*, 4 de octubre de 1994, párr. 115, p. 25).

⁴⁰² En esta cláusula las Altas Partes contratantes hacían constar que “en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública” (Convenio (II) de La Haya, de 29 de julio de 1899, y Convenio (IV) de La Haya, de 18 de octubre de 1907, ambos relativos a las leyes y usos de la guerra terrestre, compilados en: BROWN SCOTT, J. (comp.), *Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, Nueva York: Oxford University Press, 1916, pp. 101-102). Sobre el contenido jurídico de la *cláusula Martens*, *vid.* PONS RÀFOLS, X., “Revisitando a Martens: las normas básicas de humanidad en la Comisión de Derechos Humanos”, en: AA. VV., *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, tomo II, Sevilla: Universidad de Granada/Universidad de Córdoba/Universidad de Sevilla, 2005, pp. 1101-1107. Con anterioridad a estos convenios, se puede encontrar una referencia a las “leyes de humanidad” en la

crímenes contra la humanidad fue usada por primera vez en la declaración conjunta emitida en 1915 por los gobiernos francés, inglés y ruso para condenar la represión brutal de la población armenia en Turquía, y en la que se afirmaba que “all members of the Turkish Government will be held responsible together with its agents implicated in the massacres”⁴⁰³. Sin embargo, tales antecedentes conceptuales no bastaban para demostrar la existencia de una costumbre internacional conforme a la cual la comisión de estas conductas acarrearía responsabilidad individual, como parecía pretender el TMIN⁴⁰⁴.

Pese a estas dificultades, se consideró que su inclusión como categoría distinta a los crímenes de guerra era necesaria, ya que los Aliados no estaban dispuestos a limitar los poderes del TMIN al enjuiciamiento de quienes hubieran cometido crímenes de guerra en el sentido tradicional, sino que pretendían extenderlos también al conocimiento de aquellos crímenes graves que quedaban fuera de dicho ámbito, como podían ser los supuestos en los que la víctima era apátrida, o tenía la misma nacionalidad que el autor o la de un Estado aliado del autor, o los hechos se habían producido en su territorio⁴⁰⁵. Así que, para salvar las críticas a la falta de respeto al principio de legalidad, se introdujo la

Declaración de San Petersburgo de 1868 sobre la prohibición del uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra, donde se afirmaba que el empleo de tales armas sería, a partir de aquel momento, contrario a las leyes de la humanidad (al respecto, *vid.* GARRETÓN MERINO, R., “La protección de los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad y el genocidio. La responsabilidad del individuo”, en: DIRECCIÓN GENERAL DE LA GUARDIA CIVIL/UNED, *XII Seminario “Duque de Ahumada”: Crímenes contra la humanidad y genocidio (10 y 11 de mayo de 2000)*, Madrid: Ministerio del Interior, 2001, p. 27).

No obstante, según la UNWCC: “All such references to «humanity», «interest of humanity» and «laws of humanity» as appear in this Convention [de La Haya de 1907] and in the other documents and enactments of that period, are used in a non-technical sense and certainly not with the intention of indicating a set of norms different from the «laws and customs of war»” (UNWCC, *History...*, *cit.*, p. 26).

⁴⁰³ “France, Great Britain and Russia joint declaration”, facsímil disponible en: http://www.armenian-genocide.org/popup/affirmation_window.html?Affirmation=160, consultada el 15/1/10. Al respecto *vid.* GARIBIAN, S., “Génocide arménien et conceptualisation du crime contre l’humanité. De l’intervention pour cause d’humanité à l’intervention pour violation des lois de l’humanité”, *Revue d’histoire de la Shoah*, nº 177-178, 2003, pp. 274-294.

⁴⁰⁴ Según KITTICHAISAREE, “this was the first technical use of the terminology ‘crimes against humanity’, and the statesmen involved fully appreciated that crimes against humanity under the Nuremberg Charter were in a different category from war crimes”, aunque “they were not treated by the Nuremberg Tribunal as a new concept” (KITTICHAISAREE, K., *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 86; *vid.* asimismo BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para la represión*, Bilbao: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2004, pp. 63-64; CLARK, R. S., “Crimes...”, *cit.*, p. 178; PIGNATELLI Y MECA, F., “La Corte Penal Internacional”, en: RAMÓN CHORNET, C., *Problemas actuales del derecho internacional humanitario: V Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*, Valencia: Universidad de Valencia, DL 2001, p. 12).

⁴⁰⁵ Según BASSIOUNI, los crímenes contra la humanidad eran considerados una extensión de los crímenes de guerra que, si no habían sido tipificados con anterioridad, era sencillamente porque el Derecho no había sido capaz de anticipar atrocidades tan esencialmente ilícitas (BASSIOUNI, M. C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999 (2ª ed. rev.), pp. 41-42).

exigencia de que los crímenes contra la humanidad se hubieran cometido en ejecución o en conexión con alguno de los otros crímenes bajo la competencia del Tribunal⁴⁰⁶.

Las objeciones que se pueden hacer a la existencia de antecedentes normativos que justificaran la tipificación de la categoría de crímenes contra la humanidad están aún más justificadas cuando el análisis se centra específicamente en la persecución. Podría afirmarse que en Derecho internacional general existía una prohibición de perseguir por motivos religiosos, derivada de la práctica convencional en materia de protección de minorías y cuya inobservancia justificaba la reacción del resto de la sociedad de Estados, a través, por ejemplo, de intervenciones de humanidad⁴⁰⁷. Incluso cabría concluir lo mismo en relación con la persecución por motivos políticos, en virtud de la práctica existente a partir del siglo XIX en materia de Derecho penal internacional, especialmente en materia de extradición. Y, aunque mucho más próxima en el tiempo (y posiblemente más discutible), podía estimarse que la sociedad internacional había aceptado la prohibición de la persecución racial desde el período de entreguerras, gracias a la aplicación de las garantías previstas en el sistema de protección de minorías institucionalizado en el marco de la SN. Pero ninguno de estos argumentos basta para deducir responsabilidad penal individual por la comisión de persecuciones.

Algunos autores han entendido que la fuente de la responsabilidad individual en los crímenes contra la humanidad recogidos en el ETMIN fueron los principios generales del derecho⁴⁰⁸. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría con la categoría “actos inhumanos”,

⁴⁰⁶ GRYNFOGEL, C., “Un concept juridique en quête d’identité: le crime contre l’humanité”, *RIDP*, vol. 63 (3/4), 1992, pp. 1034-1035; BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho...*, cit., p. 65.

⁴⁰⁷ Tal argumento fue utilizado por los tribunales militares estadounidenses establecidos en la zona ocupada de Alemania, que concluyeron que las persecuciones organizadas por un gobierno se venían considerando violaciones de Derecho internacional, como demostraban las protestas e intervenciones de los Estados ante tales hechos desde el siglo XIX (IMT, *The Justice Case*, “Judgment”, cit., pp. 981-982). De acuerdo con el Tribunal, hasta Hitler había reconocido ese principio cuando había justificado sus actos de agresión contra Checoslovaquia alegando que la persecución de alemanes en ese país constituía un motivo de preocupación internacional que requería la intervención de Alemania (*ibid.*, p. 982). Aun así, este argumento habría podido justificar la reacción internacional contra Alemania, pero no la imposición de una pena a los presuntos responsables de esos hechos.

⁴⁰⁸ Pese a la ausencia de una base consuetudinaria clara, hay autores que defienden la legalidad penal de estas modalidades criminales fundamentándolas en los principios generales del derecho, al estimar que aquellos eran ya punibles conforme a las reglas jurídicas en vigor en todos los Estados (WOETZEL, R. K., *The Nuremberg...*, cit., p. 188; TOMUSCHAT, C., “La cristallisation coutumière”, en: ASCENSIO, H., DECAUX, E., et PELLET, A. (dirs.), *Droit...*, cit., p. 31; PAECH, N., “Les apports...”, cit., p. 28; LOMBOIS, C., “Un crime ...”, cit., p. 372; *vid. también* IMT, *The Justice Case*, “Judgment”, en: IMT, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10. Nuernberg, October 1946-April 1949*, vol. III, Washington: U.S. Government Printing Office, 1951, pp. 976-978. *Cfr.* KELSEN, H., “Will...”, cit., p. 157, quien rechaza que los principios de derecho puedan fundamentar una condena penal.

la persecución agrupaba una serie de conductas criminales que podían ser punibles en los Derechos penales internos, pero no necesariamente lo eran todas ni en todos los ordenamientos⁴⁰⁹. De hecho, como apunta LOMBOIS, no sólo podía haber un silencio total respecto de las persecuciones en los ordenamientos jurídicos internos, en una muestra clara de permisividad, sino que incluso podían estar ordenadas por la legislación interna, como efectivamente ocurrió en la Alemania nazi o bajo el régimen de Vichy en Francia⁴¹⁰.

En definitiva, no existiría demasiada base para sustentar que la actuación del TMIN fue conforme al principio de legalidad. Ante esta tesitura, no quedan muchas más opciones que aceptar que la prohibición de los crímenes contra la humanidad y la atribución de responsabilidad penal internacional por su comisión fue una norma establecida *ex novo* por el ETMIN⁴¹¹ en atención a la nueva “conciencia pública transformadora” surgida en la sociedad internacional tras la II Guerra Mundial⁴¹², lo que explicaría las limitaciones que se impusieron y las reticencias del TMIN a la hora de aplicarlos⁴¹³.

⁴⁰⁹ MEYROWITZ, H., *La répression...*, *cit.*, p. 250.

⁴¹⁰ LOMBOIS, C., “Un crime...”, *cit.*, p. 372.

⁴¹¹ CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 70; BONET PÉREZ, J., “La lucha contra la impunidad y sus implicaciones jurídicas internacionales para el ejercicio de la justicia transicional”, en: BONET PÉREZ, J. y ALJA FERNÁNDEZ, R. A., *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2009, p. 64; *vid. asimismo* STIMSON, H. L., “The Nuremberg...”, *cit.*, p. 180.

⁴¹² BONET PÉREZ, J., “La lucha...”, *cit.*, p. 65. En momentos de grave crisis en la sociedad internacional puede surgir la necesidad de medidas excepcionales “that cannot be encompassed within the general formulation of the formally valid rule” (KOSKENNIEMI, M., “Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations”, en: BYERS, M., *The role of law in international politics. Essays in International Relations and International Law*, New York: Oxford University Press, 2000, pp. 31-32). En tales circunstancias puede producirse una ruptura con el ordenamiento jurídico precedente motivada por la aparición de una conciencia pública transformadora, “susceptible de ser transformada en convicción jurídica”, que “tendría una dimensión *axiológica* –que identificaría unos parámetros de futuro para la formación social-, a partir de las necesidades, intereses y relaciones de poder existentes; transformada en convicción jurídica, proyectaría un acuerdo social general sobre cuáles han de ser las futuras reglas jurídicas expresado en unos principios jurídicos elementales que, insertos en un período de transición entre el antiguo y el nuevo orden, podrían resultar en parte contradictorios con normas jurídicas internacionales precedentes y aparentemente vigentes pero que en todo caso serían jurídicamente desarrollados debido a las necesidades sociales en presencia” (BONET PÉREZ, J., “La lucha...”, *cit.*, p. 65; en relación con la situación en 1945 *vid. también* TRAININ, A. N., *Hitlerite...*, *cit.*, pp. 14-15).

⁴¹³ CASSESE, A., *International...*, *cit.*, p. 70; como señala DELMAS-MARTY: “le tribunal a soigneusement évité d’opérer une distinction entre crimes de guerre et crimes contre l’humanité, préférant retenir pour la plupart des accusés les deux chefs d’accusation” (DELMAS-MARTY, M., “Le crime contre l’humanité, les droits de l’homme, et l’irréductible humain”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, nº 3, 1994, p. 480), de forma que la categoría de los crímenes contra la humanidad “s’est, du fait du jugement, volatilisée” (DONNEDIEU DE VABRES, H., “Le procès de Nuremberg devant les principes du droit pénal international”, *RCADI*, tomo 70, 1947-I, pp. 481-582). *Vid. también* ZOLLER, E., “La définition des crimes contre l’humanité”, *JDI*, vol. 120 (3), 1993, p. 553, quien prefiere achacar al ETMIN esas limitaciones.

b) *La persecución en el juicio de Nuremberg contra los Grandes Criminales de Guerra y los procesos conforme a la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado.*

Durante el proceso contra los altos mandos nazis, el TMIN dejó claro que la total exclusión de los judíos de la vida alemana constituía una persecución⁴¹⁴. En una detallada descripción de los hechos, la sentencia relataba cómo en un primer momento la comunidad judía había sido víctima de medidas discriminatorias y restrictivas de sus derechos, acompañadas de propaganda antijudía, y cómo hacia finales de 1938 la campaña para excluir a los judíos de la vida social en Alemania se había radicalizado, y se había pasado a quemar y demoler sinagogas, a saquear negocios y detener empresarios, a confiscar sus bienes, a restringir sus movimientos, a crear ghettos, o a obligarlos a hacer visible su condición de judíos mediante signos distintivos⁴¹⁵.

Sin embargo, la minuciosidad descriptiva del TMIN no vino acompañada de una noción precisa de *persecución*. El Tribunal alcanzó apenas a caracterizar la persecución de los judíos como “a record of consistent and systematic inhumanity on the greatest scale”⁴¹⁶, pero en ningún momento llegó a dar una definición de lo que debía entenderse por *persecución* en el ordenamiento jurídico internacional⁴¹⁷. Por lo tanto, la vaguedad de la noción tal y como se formulaba en el ETMIN tampoco se resolvió por vía jurisprudencial.

No obstante, la sentencia arroja cierta luz sobre la naturaleza jurídica que el TMIN atribuía a la persecución. *A priori*, los términos en que la decisión está redactada apuntan a que el TMIN la concebía esencialmente como una política, una práctica que servía de contexto a la realización de actos inhumanos; así se deduce de las numerosas referencias a la misma como “policy” o “plan”⁴¹⁸; por el contrario, sólo muy ocasionalmente parecería identificar la persecución con un comportamiento criminal específico, de naturaleza similar a las incluidas en la categoría de *actos inhumanos*. Esa configuración dual podría verse en el

⁴¹⁴ Vid. IMT, “Judgment”, *cit.*, p. 248; CERONE, J., “Persecution”, *cit.*, p. 795.

⁴¹⁵ IMT, “Judgment”, *cit.*, pp. 247-253.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 247.

⁴¹⁷ Vid. WITSCHER, G. & RÜCKERT, W., “Article 7(1)(h)-Crime Against Humanity of Persecution”, en: LEE, R. S. (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley: Transnational Publishers, 2001, p. 94.

⁴¹⁸ A modo de ejemplo se pueden señalar las alusiones a “the anti-Jewish policy” (IMT, “Judgment”, *cit.*, p. 248), la “anti-Semitic policy” (*ibid.*, p. 249), “the plan for exterminating the Jews” (*ibid.*, p. 250), o la conclusión de que las atrocidades relatadas en la sentencia “were all part and parcel of the policy inaugurated in 1941” (*ibid.*, p. 251).

uso dado al término en el siguiente fragmento, al contraponer el TMIN la política seguida contra los opositores al régimen nazi y el trato dado a los judíos:

“The *policy of persecution*, repression, and murder of civilians in Germany before the war in 1939, who were likely to be hostile to the Government, was most ruthlessly carried out. The *persecution* of Jews during the same period is established beyond all doubt”⁴¹⁹ (cursiva añadida).

Así expresado, se diría que los civiles contrarios al régimen nazi fueron sometidos a tres prácticas diferentes (persecución, represión y asesinato) dentro de una misma política, mientras que cualquier comportamiento criminal contra los judíos entraría dentro de una única modalidad criminal: la persecución. De todas formas, es muy probable que cualquier intento de dilucidar si el Tribunal quiso o no introducir aquí una distinción suponga ir más allá de lo que el propio TMIN nunca pretendió, ya que en el resto de la sentencia no hay ningún otro elemento que justifique elucubrar sobre una posible concepción jurisprudencial de la persecución como modalidad criminal autónoma; antes bien, las variaciones conceptuales que eventualmente se perciben en el texto de la sentencia parecen más bien deberse a una cierta incongruencia del TMIN que a razones de técnica jurídica.

En consecuencia y en resumen, la única conclusión aparentemente incontestable que se puede derivar de la jurisprudencia del TMIN en relación con la persecución es que, a los efectos del ETMIN, hay que entender que la misma consistía en una política o plan para llevar a cabo actos criminales o inhumanos, que el Tribunal sólo podía considerar constitutiva de crimen contra la humanidad cuando se hubiera cometido en ejecución de, o en conexión con, cualquier crimen que entrara dentro de su competencia⁴²⁰.

En todo caso, conviene no olvidar que el juicio ante el TMIN no fue el único proceso llevado a cabo para enjuiciar a los responsables nazis inmediatamente después de la II Guerra Mundial, sino que se completó con otros en las zonas bajo control aliado, en los que también se aplicó jurisprudencialmente la persecución como crimen contra la humanidad. En efecto, el 20 de diciembre de 1945, el Consejo de Control Aliado de Alemania promulgó la Ley N° 10 para dar cumplimiento a la Declaración de Moscú de 1943, al Acuerdo de Londres de 1945 y al ETMIN, además de para establecer una base jurídica uniforme en Alemania para el enjuiciamiento de aquellos criminales que no habían sido procesados por el TMIN. Si bien la Ley N° 10 incorporaba por referencia tanto la

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 254.

⁴²⁰ *Vid. ibid.*

Declaración de Moscú como el Acuerdo de Londres (y, por ende, el ETMIN) -artículo 1-⁴²¹, ofrecía un concepto autónomo de *crimen contra la humanidad*⁴²², recogido en su artículo II.1(c)⁴²³: de una parte, abandonaba la conexión con los crímenes de guerra o contra la paz exigida en el ETMIN; de otra parte, ampliaba la lista de comportamientos que podían constituir crímenes contra la humanidad⁴²⁴.

La aplicación de la ley se llevó a cabo por medio de los tribunales de cada zona de ocupación. Sobre esta base, los EUA crearon en 1946 tribunales militares como parte de la administración de la ocupación de la zona estadounidense en Alemania, encargados de juzgar a criminales de guerra que no habían sido enjuiciados en Nuremberg⁴²⁵. Conocieron de doce casos entre 1946 y 1949⁴²⁶, pero en ninguno de ellos se puede encontrar una definición de *persecución*, de forma que no se solventó la oscuridad conceptual que ya había rodeado a esta noción en el TMIN. Aun así, sirvieron para confirmar lo que ya había planteado el TMIN en relación con la naturaleza jurídica de la persecución: que se trataría no tanto de una específica conducta criminal como de una política organizada, la cual ofrecería un contexto adecuado para la perpetración de

⁴²¹ Artículo 1 de la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado: "The Moscow Declaration of 30 October 1943 "Concerning Responsibility of Hitlerites for Committed Atrocities" and the London Agreement of 8 August 1945 "Concerning Prosecution and Punishment of Major War Criminals of European Axis" are made integral parts of this Law. Adherence to the provisions of the London Agreement by any of the United Nations, as provided for in Article V of that Agreement, shall not entitle such Nation to participate or interfere in the operation of this Law within the Control Council area of authority in Germany". El texto de la ley está disponible en el Proyecto Avalon de la Facultad de Derecho de Yale, en: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp> (consultada el 15/1/10).

⁴²² VIVES CHILLIDA, J., "La evolución...", *cit.*, p. 348.

⁴²³ Artículo II.1.c) de la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado: "Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated".

⁴²⁴ *Vid.* VIVES CHILLIDA, J., "La evolución...", *cit.*, p. 348.

⁴²⁵ Los juicios llevados a cabo por los británicos partieron de un concepto estricto de "crimen de guerra", entendido como violación de las leyes y usos de la guerra. Por tanto, la jurisdicción de los Tribunales Militares Británicos era más restringida que la del TMIN, ya que no incluía ni los crímenes contra la paz ni los crímenes contra la humanidad (*vid.* UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. II: "The Belsen Trial", London: His Majesty's Stationery Office, 1947, pp. X y 126).

⁴²⁶ Los casos conocidos por estos Tribunales (*The Doctors' (o Medical) Case, The Milch Case, The Judges' (o Justice) Case, The Pohl Case, The Flick Case, The Hostages Case, The IG Farben Case, The Einsatzgruppen Case, The RuSHA Case, The Krupp Case, The Ministries Case, y The High Command Case*) se caracterizaron por enjuiciar a responsables de crímenes de Derecho internacional pertenecientes no sólo a la estructura político-militar nazi, sino también a diferentes sectores de la actividad profesional y económica alemana (por ejemplo empresarios, médicos, personas vinculadas a la administración de justicia,...), implicados en el engranaje nazi destinado a acabar con elementos socialmente "indeseables".

violaciones de derechos⁴²⁷. De hecho, en el *Justice Case* el Tribunal estimó que la existencia de un gran plan o patrón de persecución racial era un elemento material del crimen que se imputaba y por tanto debía ser probado⁴²⁸.

Para finalizar, conviene retener dos ideas: en primer lugar, que la aplicación en el proceso contra los principales criminales de guerra ante el TMIN y los ulteriores procesos seguidos conforme a la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado confirmaron el carácter criminal de la persecución⁴²⁹; en segundo lugar, que no resolvieron otra cuestión de gran calado: qué había que entender por *persecución*, dada la ausencia de una definición en el ETMIN. Así pues, la ausencia de una definición jurídica clara y precisa de la persecución en el ETMIN tampoco se vio suplida por vía jurisprudencial. Baste por ahora con dejar planteado este escenario, que constituye el punto de partida del objeto específico de este estudio, y sobre el que se desarrollará el resto del mismo.

3.2.LA PERSECUCIÓN COMO FUNDAMENTO DEL ESTATUTO DE REFUGIADO.

Junto al análisis de la persecución a partir de las tentativas de protección de la libertad religiosa o de la protección de las minorías, y al estudio de la incidencia de la persecución en el uso de la fuerza en las relaciones interestatales, cabe una tercera aproximación jurídica internacional al fenómeno persecutorio, sobre la base de los movimientos de población transfronterizos que suele provocar.

⁴²⁷ En el *Ministries Case* se señaló que la persecución de los judíos “went on steadily from step to step and finally to death in foul form” (IMT, *The Ministries Case*, “Judgment”, en: IMT, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10. Nuernberg, October 1946-April 1949*, vol. XIV, Washington: U.S. Government Printing Office, 1952, p. 471). De acuerdo con el Tribunal en el *Justice Case*, considerar los actos individuales de persecución “to consider these cases as isolated and unrelated instances of perversion of justice would be to overlook the very essence of the offense charged in the indictment”, pues los acusados habrían participado en la realización de “a governmental plan and program for the persecution and extermination of Jews and Poles, a plan which transcended territorial boundaries” (IMT, *The Justice Case*, “Judgment”, en: *ibid.*, vol. III, 1951, p. 1603). Vid. también IMT, *The Pohl Case*, “Judgment”, en: *ibid.*, vol. V, 1950, p. 974.

⁴²⁸ *Ibid.* El Tribunal argumenta la existencia de dicho plan en: *ibid.*, pp. 1063-1081.

⁴²⁹ Por lo que respecta al ETMILO, en la medida en que su aplicación por el TMILO no aportó desarrollos relevantes en relación con el contenido de la persecución como crimen contra la humanidad, este estudio tomará como referencia el trabajo del TMIN y de los tribunales encargados de aplicar la Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado. En general, como ha destacado el que fuera juez del Tribunal Bert V. A. RÖLING, “the whole concept of crimes against humanity played a minor role in Tokyo”, ya que los comportamientos enjuiciados se podían incluir sin problema en la categoría de los crímenes de guerra, a diferencia de lo que ocurría con los crímenes nazis contra sus propios nacionales (RÖLING, B. V. A. & CASSESE, A., *The Tokyo...*, *cit.*, p. 55; *vid.* también GREPPI, E., “The evolution...”, *cit.*, p. 538).

La dimensión transfronteriza de las persecuciones se puso de manifiesto tempranamente, pues ya la persecución de los cristianos en Roma generó movimientos de población hacia el exterior, debidos fundamentalmente a que (i) la pena de exilio era una de las posibles penas que se podía imponer a los cristianos⁴³⁰ y (ii) traspasar las fronteras del Imperio era en ocasiones la única vía de que disponían los perseguidos para salvar su vida. Con el tiempo, llegaron incluso a dar lugar a la inserción de cláusulas sobre su situación en los acuerdos celebrados entre los Imperios implicados, en lo que podría considerarse una incipiente regulación jurídica “internacional”⁴³¹ de la cuestión. Un ejemplo de esa práctica lo ofrecen las relaciones entre el Imperio Romano y el Imperio Persa, donde tradicionalmente los cristianos fueron tratados teniendo en cuenta su condición de perseguidos y, consecuentemente, se les podían llegar a otorgar prerrogativas que los favorecieran⁴³². Ya en tiempos de Justiniano, un acuerdo de paz del año 562 garantizó el derecho de los cristianos en el Imperio Persa a conservar sus iglesias y al libre culto en ellas, a la vez que los eximía de participar en la religión oficial (el zoroastrismo), con el único límite de la prohibición del proselitismo⁴³³. Esta práctica favoreció no sólo a los cristianos, sino también a otros grupos, como los filósofos neoplatónicos⁴³⁴.

⁴³⁰ La pena de exilio era un castigo habitualmente reservado a los miembros de la clase social más alta, los *honestiores* (CEZARD, L., *Histoire...*, cit., pp. 27-28; BAUMAN, R. A., *Crime...*, cit., p. 159). Las fuentes acreditan que el exilio se encontraba entre las penas infligidas a los cristianos, como ocurrió, por ejemplo, durante la persecución de Domiciano, quien, tras detener su campaña de hostigamiento contra los cristianos, el emperador hizo volver a quienes había exiliado (*Apol.*, 5, 4, en: TERTULIANO, *Apologético...*, cit., p. 70; vid. también ALLARD, P., *Histoire des persécutions pendant les deux premiers siècles*, cit., p. 126).

⁴³¹ En un sentido amplio, entendiendo por tal la relación que se produce entre grupos humanos organizados, diferenciados e independientes (TRUYOL Y SERRA, A., *Histoire du droit international public*, Paris: Éditions Economica, 1995, p. 2).

⁴³² Vid. TRUYOL Y SERRA, A., *Histoire...*, cit., p. 18, donde –al referirse al Imperio Persa– apunta que el trato recibido por los refugiados en Persia contrasta con la severidad del reservado a los prisioneros.

⁴³³ De este acuerdo da noticia un historiador de la época, MENANDER PROTECTOR, quien, al referirse al contenido del tratado de 562, indica: “When these matters had been agreed and ratified, they turned to a separate consideration of the status of the Christians in Persia. It was agreed that they could build churches and worship freely and without hindrance sing their hymns of praise [...]. Furthermore, they would not be compeled to take part in Magian worship nor against their will to pray to the gods that the Medes believe in. For their part, the Christians would not venture to convert the Magians to our beliefs. It was also agreed that the Christians would be permitted to bury their dead in graves” (BLOCKLEY, R. C., *The history of Menander the Guardsman: introductory essay, text, translation and historiographical notes*, Liverpool: Francis Cairns, 1985, fragmento 6.1, párr. 13, pp. 74-77). Vid. asimismo TRUYOL Y SERRA, A., *Histoire...*, cit., p. 18, donde se mencionan ambos tratados.

⁴³⁴ Así ocurrió en tiempos del Imperio Romano de Oriente, bajo el gobierno de Justiniano. Éste, de profundas convicciones cristianas, se fijó entre sus objetivos la unidad religiosa dentro del imperio, que para él era equivalente a “uniformidad” (URE, P. N., *Justiniano y su época* (trad. de P. Sela Hoffman), Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963, p. 143). En el marco de esta política dictó un edicto en el año 529 que prohibía la enseñanza filosófica en Atenas (ATHANASSIADI, P., “Persecution and Response in Late

En todo caso, sólo a partir del siglo XIX comienzan a suscitar los movimientos de población provocados por las persecuciones un auténtico interés internacional, interés que se incrementará a raíz de los desplazamientos generados por la Revolución Rusa y la I Guerra Mundial. Pero será sobre todo la crisis humanitaria provocada por la II Guerra Mundial la que determine el desarrollo de mecanismos internacionales encaminados a establecer un régimen general de protección de quienes traspasan las fronteras de su Estado intentando salvaguardar su vida y su integridad física: los refugiados.

En la búsqueda de una definición general de *refugiado* fue fundamental la exigencia de prueba de la persecución como condición para el otorgamiento de protección a los refugiados en diferentes instrumentos internacionales posteriores a la II Guerra Mundial relativos al refugio⁴³⁵, requisito que se reiteraría en la Convención sobre el estatuto de refugiado de 1951 (modificada en 1967 por un Protocolo que eliminaba las restricciones geográficas y temporales que inicialmente se habían previsto en el texto de la

Paganism: The Evidence of Damascius”, *Journal of Hellenic Studies*, vol. 113, 1993, p. 24), lo que obligó a cerrar la Academia Ateniense, y supuso el inicio de la persecución de los neoplatónicos, que se refugiaron en Persia, donde se ganaron los favores de Chrosroes I. Gracias a la buena relación que entablaron con este rey persa, en el año 532 lograron convencerlo para que incluyera en el acuerdo de paz que iba a celebrar con Justiniano una cláusula por la que se permitió a los filósofos retornar a sus hogares con la garantía de que no serían obligados a cambiar sus creencias o a aceptar otras, sino que podrían mantener sus planteamientos tradicionales. AGATHIAS hace referencia en sus *Historias* al beneficio logrado por los neoplatónicos en su estancia en Persia: “A clause was inserted in fact in the treaty, which at that time was being concluded between the Romans and the Persians, to the effect that the philosophers should be allowed to return to their homes and to live out their lives in peace without being compelled to alter their traditional religious beliefs or to accept any view which did not coincide with them. Chrosroes insisted on the inclusion of this point and made the ratification and continued observance of the truce conditional on its implementation” (AGATHIAS, *The Histories. Translated with an introduction and short explanatory notes by Joseph D. Frendo (Corpus fontium historiae Byzantinae*, vol. 2 A: Ser. Berolinensis), Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1975, ii.31.3-ii.31.4, p. 66). ATHANASSIADI defiende que las obligaciones introducidas en este tratado llevaron a Justiniano a concentrar su esfuerzo unificador en otras comunidades paganas (ATHANASSIADI, P., “Persecution...”, *cit.*, p. 24).

⁴³⁵ La relación entre el estatuto de refugiado y la persecución también se recogerá en otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y de Derecho internacional humanitario de la misma época. Es el caso, por ejemplo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948, en cuyo artículo 14.1 se proclama que: “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”; la Convención de 1951 servirá, precisamente, para dotar a este precepto de sustantividad (KJÆRUM, M., “Article 14”, en: EIDE, A. *et al.* (eds). & SWINEHART, T. (col.), *The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary*, Oslo: Scandinavian University Press, 1992, p. 218). En similares términos, el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948, establece que: “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”.

Siempre en relación con los movimientos de personas, aunque específicamente circunscrito a las transferencias de población, se puede mencionar también el artículo 45 del IV Convenio de Ginebra (1949), relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, donde entre otras cuestiones se dispone que “[...] En ningún caso se podrá transferir a una persona protegida a un país donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas”.

Convención). Ésta vino a paliar la ausencia de una noción consuetudinaria de *refugiado*⁴³⁶, y en ella el temor de sufrir una persecución se configura como un elemento central en la noción⁴³⁷. No obstante, pese a la gran relevancia que se le otorga de cara a la concesión del estatuto de refugiado, la Convención de 1951 no ofrece una definición de lo que se ha de entender por *persecución*.

En los apartados siguientes se desarrollarán estas ideas, comenzando por las primeras respuestas jurídicas internacionales a los movimientos de población y la progresiva incorporación del temor fundado de persecución como requisito de atribución del estatuto de refugiado (§ A) y siguiendo por las incertezas que existen y los debates que suscita la indefinición de la noción de persecución en el régimen convencional del estatuto de los refugiados (§ B).

A) De la protección ad hoc de los refugiados al temor fundado de persecución como requisito de atribución del estatuto de refugiado.

Tradicionalmente, los Estados no hacían distinciones entre los extranjeros que entraban en su territorio como inmigrantes y aquellos que estaban huyendo de una persecución⁴³⁸. Cuantitativamente tampoco constituían una verdadera amenaza, en la medida en que no se trataba de movimientos de grandes masas de población cuya absorción pudiera ser crítica para el Estado receptor⁴³⁹.

⁴³⁶ GRAHL-MADSEN, A., *The Status...*, vol. I, *cit.*, p. 73.

⁴³⁷ MUNTARBHORN, V., "Determination of the Status of Refugees: Definition in Context", en: UNHCR/UNESCO/UNU, *Symposium...*, *cit.*, p. 83.

⁴³⁸ MARRUS, M. R., *The Unwanted...*, *cit.*, p. 5; NOIRIEL, G., *La tyrannie...*, *cit.*, p. 45; BARNETT, L., "Global Governance and the Evolution of the International Refugee Regime", *IJRL*, vol. 14 (2/3), 2002, p. 240.

⁴³⁹ *Ibid.*, pp. 5 y 14.

La escasa incidencia en las relaciones internacionales de los movimientos de población provocados por persecuciones se tradujo incluso en la ausencia de un término específico para referirse a quienes escapaban de una persecución. Sólo hubo un caso que mereció una atención excepcional: el de los hugonotes que huyeron de Francia tras la revocación del Edicto de Nantes, y que tuvieron el dudoso honor de ser los primeros perseguidos de la Historia a los que se aplicó el término *refugiados*: aunque en los tratados internacionales no se menciona a los refugiados hasta el siglo XIX, el término se venía usando con anterioridad para referirse a ellos (MARRUS, M. R., *The Unwanted...*, *cit.*, pp. 8-9); así lo prueba su uso en documentos de la época, como por ejemplo la *Adresse charitable Aux Francois Refugiez, Apellez Protestants* redactada por un activista cuáquero de Colchester, Stephen CRISP, en enero de 1688 (CRISP, S., *Adresse charitable Aux Francois Refugiez, Apellez Protestants. En quelle pattie du monde qu'ils soient eparts Dans ce temps de Tribulation et Persecution qu'ils Souffrent de la part de Ceux qui S'appellent Catholiques Romains*, Londres, 1688). Si bien algunos Estados adoptaron normas como consecuencia de su llegada, autorizando su permanencia y regulando su situación (*vid.* GRAHL-MADSEN, A., *The Status...*, vol. I, *cit.*, p. 10), lo cierto es que tal calificación no tuvo mayores consecuencias jurídicas en el plano

Por otra parte, hasta el siglo XIX tampoco se distinguía, respecto de las personas que huían de una persecución, entre quienes trataban de eludir un proceso penal y quienes escapaban de una situación de represión⁴⁴⁰. El Estado al que llegaban decidía a quién concedía protección, quién debía abandonar el país, o quién sería entregado a la autoridad extranjera de la que intentaba escapar. Ciertamente es que normalmente se permitía a los exiliados permanecer en los Estados receptores sin prácticamente restricciones⁴⁴¹, aunque esta actitud solía atender a razones puramente pragmáticas, como eran las limitaciones técnicas de las administraciones estatales de la época para ejercer un control de esta naturaleza⁴⁴².

Las vicisitudes políticas en Europa durante la segunda mitad del siglo XIX generaron una nueva hornada de refugiados, mucho más heterogénea que en décadas anteriores (trabajadores y campesinos polacos expulsados de Prusia como medida de homogeneización pro-germánica de la población de la nueva Alemania unificada surgida en 1871; alemanes y otras minorías exiliados de la Rusia zarista; anarquistas italianos, rusos, españoles...)⁴⁴³, sin que quedara clara cuál debía ser la responsabilidad de los Estados ante esta nueva realidad⁴⁴⁴. Excepcionalmente, las emigraciones masivas de los judíos de Europa del Este (particularmente en Rusia, donde, además de las duras condiciones de vida, tuvieron que enfrentar desde 1881 pogromos que dieron pie a medidas discriminatorias sobre las que se fue orquestando una intensa política persecutoria por parte de las autoridades zaristas⁴⁴⁵) provocaron una cierta reacción internacional⁴⁴⁶. Y a los judíos rusos se unieron los judíos rumanos⁴⁴⁷, cuyo caso, apunta MARRUS, fue un “interesting and rare example of international effort to prevent the

internacional, ya que no supuso la aplicación de un estatuto jurídico específico, inexistente en esa época (vid. MARRUS, M. R., *The Unwanted...*, cit., pp. 7-9).

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 9.

⁴⁴¹ MARRUS, M. R., *The Unwanted...*, cit., pp. 15-20. Ocasionalmente podían interferir en las relaciones entre Estados, pero su situación nunca llegó a constituir una auténtica preocupación capaz de generar tensiones internacionales serias (*ibid.*, p. 21).

⁴⁴² *Ibid.*, p. 22; también NOIRIEL, G., *La tyrannie...*, cit., pp. 50-51 y 58-63.

⁴⁴³ MARRUS, M. R., *The Unwanted...*, cit., pp. 23-26.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 26.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, pp. 27-31.

⁴⁴⁶ BENTWICK, N., “The League...”, cit., p. 77.

⁴⁴⁷ El tercer foco productor de emigrantes judíos fue la provincia austríaca de Galitzia, aunque por motivos puramente económicos (MARRUS, M. R., *The Unwanted...*, cit., pp. 32-33).

expulsion of unwanted subjects and arrest the flow of refugees”⁴⁴⁸, que incluso mereció, como se vio previamente, una regulación convencional en el Tratado de Berlín de 1878⁴⁴⁹.

En el primer cuarto del siglo XX se pusieron en práctica en el marco de la SN respuestas institucionalizadas para resolver los problemas que planteaban los grandes flujos de personas resultantes sobre todo de la Revolución Bolchevique⁴⁵⁰. Se partió de un tratamiento casuístico de la cuestión, esencialmente orientado a proporcionar a esas personas documentos de identidad y de viaje⁴⁵¹, sobre la base de instrumentos jurídicos⁴⁵² en los que se definía a los refugiados en función de tres factores: el origen nacional o étnico de las personas protegidas, la ausencia de protección del Estado de origen y el no haber adquirido otra nacionalidad⁴⁵³. Por el contrario, eran irrelevantes para la definición de refugiado los motivos que hubieran llevado a las personas a abandonar su país de origen⁴⁵⁴. Así pues, cuando las persecuciones producían

⁴⁴⁸ *Ibid.*, cit., p. 33.

⁴⁴⁹ *Vid. supra* apartado 2.1.A.b). La intervención de humanidad también se barajó para poner freno a los ataques de las autoridades rumanas contra los judíos. En 1902, ante la persistente violación del Tratado por parte de Rumanía, que seguía persiguiendo a los judíos, los EUA invitaron a las potencias europeas a actuar conjuntamente de conformidad con los principios del Derecho internacional y los dictados de humanidad; sin embargo, dicha intervención nunca se llevó a cabo (BENTWICK, N., “The League...”, cit., p. 77).

⁴⁵⁰ SJÖBERG, T., *The Powers and the Persecuted: the Refugee Problem and the Intergovernmental Committee on Refugees (IGCR), 1938-1947*, Lund: Lund University Press, 1991, pp. 24-25.

⁴⁵¹ Por ese entonces los Estados tendían a rechazar en el interior de sus fronteras a refugiados no identificados, lo que amenazaba con crear cierta tensión internacional (SJÖBERG, T., *The Powers...*, cit., p. 26).

⁴⁵² Los instrumentos adoptados fueron: el acuerdo relativo a la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos, de 5 de julio de 1922; el acuerdo relativo a la creación de certificados de identidad para los refugiados armenios, de 31 de mayo de 1924; el acuerdo sobre la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos y armenios, de 12 de mayo de 1926, que completaba y enmendaba a los anteriores; el acuerdo relativo a la extensión a otras categorías de refugiados de ciertas medidas adoptadas a favor de los refugiados rusos y armenios, de 30 de junio de 1928; la Convención sobre el estatuto internacional de los refugiados, de 28 de octubre de 1933; el Acuerdo provisional y la Convención relativos al estatuto de los refugiados procedentes de Alemania, firmados respectivamente el 4 de julio de 1936 y el 10 de febrero de 1938, y el Protocolo adicional a ambos, de 14 de septiembre de 1939..

⁴⁵³ MARIÑO MENÉNDEZ, F., “El concepto de refugiado en un contexto de Derecho Internacional General”, *REDI*, vol. 35 (2), 1983, p. 339; MCNAMARA, D., “Determination of the Status of Refugees – Evolution of the definition”, en: UNHCR/UNESCO/UNU, *Symposium on the Promotion, Dissemination and Teaching of Fundamental Human Rights of Refugees (Tokyo, 7-11 December, 1981). Collected Proceedings*, Geneva: UNHCR (Division of International Protection), 1982, p. 76.

⁴⁵⁴ MARIÑO MENÉNDEZ, F., “El concepto...”, cit., p. 339; PONTE IGLESIAS, M. T., *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el Derecho internacional actual*, Santiago de Compostela: Tórculo Edicións, 2000, p. 64. No obstante, como indica MARIÑO MENÉNDEZ, progresivamente se comenzó a manifestar en las definiciones “la idea de que el refugiado había abandonado su país porque allí se había atentado contra ciertos de sus derechos” (*ibid.*), como demuestra, por ejemplo, la exclusión del ámbito de aplicación del Convenio de 10 de febrero de 1938, relativo al estatuto de los refugiados provenientes de Alemania, de “las personas que abandonaran Alemania por razones de conveniencia puramente personal”.

movimientos transfronterizos de personas, los casos más acuciantes se resolvían *ad hoc*, pero no se consideraban un problema internacional de suficiente entidad como para establecer un régimen general de protección de los refugiados.

Este planteamiento cambió tras la II Guerra Mundial: los movimientos masivos de personas que huían de las atrocidades cometidas en la contienda, unidos al surgimiento de una nueva conciencia internacional más preocupada por los aspectos humanitarios, permitieron avanzar en la elaboración de un régimen de protección de los refugiados. A tal fin, una cuestión prioritaria fue delimitar quiénes debían ser los beneficiarios de esa protección conforme a un criterio general, para poder separarse así del casuismo imperante en la postguerra anterior, lo que acabaría llevando a exigir prueba de un temor fundado de persecución como requisito para otorgar el estatuto de refugiado.

La primera referencia formal a la persecución como elemento de la regulación del estatuto de refugiado⁴⁵⁵ será la recogida en el Anexo I de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados (OIR), de 15 de diciembre de 1946⁴⁵⁶. En dicho anexo, además de considerar “refugiados” a las víctimas de los regímenes nazi, fascista, de los quislings y falangista (sección A.1, apartados a y b), se establecía una categoría general (apartado c) en la que entraban las “personas consideradas como refugiados antes de que estallara la segunda guerra mundial, a causa de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas”.

De todas estas personas se encargaría la OIR, bien para repatriarlas o bien en aquellos casos en los que, “habiendo recibido informes adecuados de los Gobiernos de los países de que son nacionales o en que residan habitualmente”, alegaran razones válidas para no regresar a tales Estados (sección C.1). Entre las objeciones que se reconocían como válidas se encontraba:

“(i) la persecución, o el temor bien fundado, de persecución por motivos raciales, religiosos, de nacionalidad u opiniones políticas, siempre que estas opiniones no se opongan a los principios de las Naciones Unidas enunciados en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas”.

Por consiguiente, aunque en esta primera ocasión la persecución no constituía estrictamente un elemento definitorio de la condición de refugiado, sí se consideraba

⁴⁵⁵ MCNAMARA, D., “Determination...”, *cit.*, p. 76.

⁴⁵⁶ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 62 (I), *Refugiados y personas desalojadas*, 15 de diciembre de 1946, Anexo.

una circunstancia relevante que fundamentaba tanto la no devolución al territorio del Estado donde se corría el riesgo de ser perseguido como la asistencia proporcionada por la OIR⁴⁵⁷.

En todo caso, este organismo había sido creado con carácter temporal, y pronto fue evidente que una vez concluyera su mandato (lo que ocurrió en 1952) los refugiados quedarían sin protección legal y política si no se establecía algún ente institucionalizado que la sustituyera⁴⁵⁸. Los trabajos para evitar que esto sucediera se iniciaron en 1949 en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y fueron canalizados a través del Consejo Económico y Social e impulsados por la Asamblea General (AGNU)⁴⁵⁹.

Así las cosas, el 14 de diciembre de 1950, la AGNU adoptaba el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en cuyo capítulo II se establecían las funciones del Alto Comisionado, indicando en su punto 6 que éste tendría competencia no sólo respecto de quienes hubieran sido considerados refugiados en los instrumentos anteriores al estallido de la guerra (apartado A.i) sino también de:

“A.ii) Cualquier persona que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera acogerse a la protección de ese país o que por carecer de nacionalidad y estar fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera regresar a él”.

Este planteamiento se mantuvo en la Convención que en julio del año siguiente vino a completar las iniciativas promovidas desde la ONU para abordar el problema de los

⁴⁵⁷ De acuerdo con el artículo 2 de su Constitución, entre las funciones de la OIR se encontraban “la repatriación; la identificación, registro y clasificación; la ayuda y el cuidado; la protección política y jurídica; el transporte; y el restablecimiento y la reinstalación en los países que puedan y quieran recibirlas, de las personas de las que se ocupa la Organización”.

⁴⁵⁸ TABORI, P., *The Anatomy of Exile. A semantic and historical study*, London: Harrap, 1972, p. 294. Sobre la OIR (o “IRO” en sus siglas inglesas), *vid. ibid.*, pp. 285-288.

⁴⁵⁹ *Vid.* Resolución AGNU 319 (IV), de 3 de diciembre de 1949, sobre *Refugiados y apátridas*, y las resoluciones 428 (V), sobre el *Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas*, 429 (V), sobre el *Proyecto de Convención relativa al estatuto de refugiado*, y 430 (V), sobre el *Problema de asistencia a los refugiados*, todas ellas de 14 de diciembre de 1950.

refugiados: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados⁴⁶⁰, la cual establece en el apartado A.2 de su artículo 1, relativo a la definición del término *refugiado*, que:

“A. A los efectos de la presente Convención, el término “refugiado” se aplicará a toda persona: [...] 2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

La definición de *refugiado* contenida en la Convención de 1951 es, por vez primera, una definición general, aunque no universal⁴⁶¹, pues está limitada temporalmente, además de admitir que los Estados también puedan establecer límites geográficos (Europa y otro lugar o sólo Europa –artículo 1.B.1-), inconveniente éste que se resolvió mediante la adopción del Protocolo de 1967, cuyo artículo I.2 dispone que:

“el término «refugiado» “denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras «como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y ...» y las palabras «... a consecuencia de tales acontecimientos», que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1”.

Asimismo, el apartado 3 de dicho artículo precisa que el Protocolo “será aplicado por los Estados Partes en el mismo sin ninguna limitación geográfica”.

De esta forma, el ámbito de competencia personal en la determinación del estatuto de refugiado bajo el mandato del ACNUR resultaba complementado con un criterio de determinación convencional vinculante para los Estados Partes⁴⁶², y en ambos casos se hacía girar en torno a la existencia de un temor fundado de ser perseguido. No obstante, el alcance de la persecución en uno y otro caso no es exactamente el mismo, ya que la Convención incluye entre los motivos persecutorios, junto a la raza, la religión, la nacionalidad y las opiniones políticas, la *pertenencia a un determinado grupo social*, un criterio que ofrece un amplio margen de interpretación a los Estados⁴⁶³. Por el contrario, no recoge la referencia a las “razones que no sean de mera conveniencia personal” como

⁴⁶⁰ Adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 y en vigor desde el 22 de abril de 1954. Esta Convención fue modificada por el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967 y en vigor desde el 4 de octubre de ese mismo año.

⁴⁶¹ WEIS, P., “Le concept de réfugié en droit international”, *JDI*, vol. 87 (4), 1960, p. 937.

⁴⁶² GOODWIN-GILL, G.S., *The Refugee in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 1996 (2nd ed.), pp. 32-33.

⁴⁶³ Sobre este motivo, *vid. ibid.*, pp. 46-48.

argumento válido para que una persona se niegue a volver a su país de origen, que sí aparece en el Estatuto de la Oficina del ACNUR. Asimismo, el mandato del ACNUR se extiende a situaciones que afectan a Estados que no necesariamente son partes de la Convención de 1951 y a situaciones fuera de los límites temporales fijados en ésta⁴⁶⁴.

B) La indefinición de la noción de persecución en el régimen convencional del estatuto de los refugiados.

De acuerdo con las previsiones de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, la persecución se erige en el prerequisite esencial para poder obtener el estatuto de refugiado⁴⁶⁵. Por consiguiente, y en la medida en que la Convención sitúa la protección en el centro de la responsabilidad de la sociedad internacional hacia los refugiados⁴⁶⁶, y que esa protección se supedita a la determinación de la condición de refugiado⁴⁶⁷, basada en la existencia de un temor fundado de persecución, se puede concluir que el desencadenamiento de una persecución genera una primera obligación para los Estados: la obligación de proteger a las víctimas que dicha persecución genere.

⁴⁶⁴ Sobre las diferencias de redacción a este respecto entre el Estatuto de la OACNUR y la Convención de 1951, *vid.* MUNTARBHORN, V., "Determination...", *cit.*, p. 84; WEIS, P., "Le concept...", *cit.*, p. 939; MARIÑO MENÉNDEZ, F., "El concepto...", *cit.*, p. 341. La mayor generalidad del Estatuto es enfatizada en VERNANT, J., *Les réfugiés dans l'après-guerre. Rapport préliminaire d'un groupe d'étude sur le problème des réfugiés*, Genève: ONU, 1951, p. 13).

⁴⁶⁵ BETTATI, M., *L'asile politique en question. Un statut pour les réfugiés*, Paris: PUF, 1985, p. 98; VERNANT, J., *Les réfugiés...*, *cit.*, p. 6; BEYANI, C., "Introduction", en: WEIS, P. (ed.), *The Refugee Convention, 1951*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. xv; MORTILLARO, A., "The status of refugees", en: OUNHCR, *Seminar on the International Protection of Minorities. Rome, 11, 12 and 13 December 1958*, Geneva: Palais des Nations, 1959, p. 9.

Téngase en cuenta, no obstante, que el temor fundado de persecución no tiene por qué ser el único requisito para que se atribuya la condición de refugiado. En particular, cabe destacar las previsiones de la Convención de la Organización para la Unidad Africana (hoy Unión Africana) reguladora de los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África, adoptada en Addis Abeba el 10 de septiembre de 1969, en la cual la condición de *refugiado* no sólo se vincula al temor fundado de persecución (artículo 1.1), sino que además su artículo 1.2 dispone que: "The term «refugee» shall also apply to every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality".

⁴⁶⁶ O'CONNOR, C., "The Meaning of "Persecution" within European Asylum Law and Policy Today – Searching for a Scale to Measure", *Irish Law Times*, nº 1, 2003, p. 11.

⁴⁶⁷ FLAUSS recuerda que el beneficiarse de los derechos previstos en la Convención "est tributaire de la détermination préalable d'une qualité, celle de réfugié" (FLAUSS, J.-F., "Les droits de l'homme et la Convention de Genève du 28 juillet 1951 au statut des réfugiés", en: HCNUR-DÉLEGATION POUR LA FRANCE/INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME, *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*, Bruxelles: Bruylant, 2001, p. 98).

Ahora bien, más allá de enumerar los motivos persecutorios, la Convención no ofrece ninguna pista sobre el contenido del término *persecución*. De hecho, existe el convencimiento generalizado de que los redactores de la Convención de 1951 dejaron sin definir este término intencionadamente, por la dificultad de enumerar *a priori* todas las modalidades de maltrato que podían justificar que una persona recibiera la protección otorgada por la Convención⁴⁶⁸. En su lugar se optó por vincular la atribución del estatuto de refugiado a una noción subjetiva, cuya apreciación varía en función de factores temporales, locales y personales⁴⁶⁹.

Para solventar esa carencia, HATHAWAY propone una definición sustentada en una interpretación histórica de la Convención, basada en el proceso de elaboración de la misma, a la luz de la cual habría que entender que la persecución, en el contexto del derecho de los refugiados, es la violación continuada o sistemática de derechos humanos básicos que demuestra un fracaso en la protección de estos por parte del Estado. Dicho de otra forma, existiría un temor fundado de persecución cuando se puede razonablemente prever que no conseguir abandonar el país puede resultar en alguna forma de daño grave –daño que puede ir desde actos hostiles específicos a una

⁴⁶⁸ HATHAWAY, J. C., “«Fear of persecution» and the law of human rights”, *Bulletin of Human Rights*, nº 91/1, United Nations: New York, 1992, p. 99; WEIS, P., “Le concept...”, *cit.*, p. 971. En opinión de GRAHL-MADSEN, esta indefinición parece apuntar a la voluntad de introducir un concepto flexible que se pudiera ir aplicando a medida que las circunstancias fueran surgiendo, o, dicho de otro modo, parecería que los redactores “capitulated before the inventiveness of humanity to think up new ways of persecuting fellow men” (GRAHL-MADSEN, A., *The Status...*, vol. I, *cit.*, p. 193). Esa misma ambigüedad parece haberse mantenido en la práctica jurisprudencial estatal, de la que puede extraerse poco más que la exigencia de que el trato dispensado a la persona que solicita refugio alcance un cierto nivel de gravedad en el acoso para poder considerarla persecución (*vid.* O’CONNOR, C., “The Meaning...”, *cit.*, pp. 12-14).

Los trabajos preparatorios de la Convención tampoco aportan pistas sobre este particular (*vid.* BEYANI, C., “Introduction”, *cit.*, p. xvii). Los principales temas de debate en relación con el artículo 1 de la Convención fueron el alcance geográfico y temporal que se debía dar a la definición de *refugiado* (*vid.* ONU, Docs. A/CONF.2/SR.19, *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Nineteenth Meeting*, 26 de noviembre de 1951; A/CONF.2/SR.20, *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Twentieth Meeting*, 26 de noviembre de 1951; A/CONF.2/SR.21, *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Twenty-first Meeting*, 26 de noviembre de 1951; A/CONF.2/SR.22, *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Twenty-second Meeting*, 26 de noviembre de 1951; A/CONF.2/SR.23, *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Twenty-third Meeting*, 26 de noviembre de 1951; A/CONF.2/SR.24, *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Twenty-fourth Meeting*, 27 de noviembre de 1951).

⁴⁶⁹ BETTATI, M., *L’asile...*, *cit.*, pp. 98-102. TÜRK y NICHOLSON valoran positivamente esta capacidad de adaptación de la noción a un fenómeno “qui a malheureusement montré sa capacité d’adaptation au cours de l’histoire de l’humanité” (TÜRK, V. et NICHOLSON, F., “La protection des réfugiés en droit international: perspective globale”, en: FELLER, E., TÜRK, V. et NICHOLSON, F. (dirs.), *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles: Larcier/UNHCR, 2008, p. 66).

acumulación de circunstancias adversas en una atmósfera de inseguridad y temor- que el Estado no puede o no va a evitar⁴⁷⁰.

La postura de este autor respecto de la noción de *persecución* puede enmarcarse dentro de la corriente que GRAHL-MADSEN denomina “liberal”⁴⁷¹, conforme a la cual una persecución se puede verificar con carácter general cuando la persona se ve afectada por medidas que atentan contra su dignidad⁴⁷². Este planteamiento extensivo contrasta con la posición que este mismo autor caracteriza como “restrictiva”, conforme a la cual sólo hay persecución cuando se atenta contra la vida y/o la libertad física⁴⁷³. Por supuesto, en ambos supuestos tales ataques se deben haber producido “por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”.

Una posición intermedia estaría ejemplificada por el criterio seguido por el ACNUR. Las directrices de su práctica parten de la inexistencia de una definición universalmente aceptada del concepto de *persecución*, y se reconoce el escaso éxito que han tenido los intentos de formularla⁴⁷⁴. Aun así, conectando el término recogido en el artículo 1 con el

⁴⁷⁰ HATHAWAY, J. C., “«Fear of persecution»...”, *cit.*, p. 100.

⁴⁷¹ GRAHL-MADSEN, A., *The Status...*, vol. I, *cit.*, p. 193.

⁴⁷² WEIS, P., “Le concept...”, *cit.*, p. 971; BETTATI, M., *L’asile...*, *cit.*, p. 99. También VERNANT se situaría en esta corriente, en tanto que para él *refugiado* es toda persona sobre la que recaen “mesures d’un caractère arbitraire et de sanctions graves, visant sa personne ou ses biens et incompatibles avec les principes énoncés dans la Déclaration universelle des Droits de l’Homme, le caractère arbitraire des mesures ne pouvant être établi que par référence aux principes énoncés dans la Déclaration universelle des Droits de l’Homme” (VERNANT, J., *Les réfugiés...*, *cit.*, p. 10), mientras que MARIÑO MENÉNDEZ estima que los supuestos de persecución por los motivos indicados en la Convención –excluidos los motivos de opinión política- “constituyen en principio casos de violación de derechos humanos protegidos por el Derecho internacional general o convencional” (MARIÑO MENÉNDEZ, F., “El concepto...”, *cit.*, p. 355). Para BEYANI, el concepto de *persecución* no puede ser impermeable a los desarrollos en materia de derechos humanos, de manera que el significado que se haya de dar a dicho concepto “must take into account the existing general human rights standards” (BEYANI, C., “Introduction”, *cit.*, p. xvii).

⁴⁷³ GRAHL-MADSEN, A., *The Status...*, vol. I, *cit.*, p. 193. Estas posiciones se apoyan en las propias previsiones de la Convención de 1951, particularmente en las referencias contenidas en los artículos 31.1 (en relación con “los refugiados que, llegando directamente del territorio *donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1*” –cursiva añadida-) y 33.1 (“Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios *donde su vida o su libertad peligre* por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas” –cursiva añadida-); *vid.* al respecto PLENDER, R., *International Migration Law*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, 1988 (2ª ed. rev.), p. 417 (aunque admite que “any other serious disadvantage will constitute persecution when it gives rise to intolerable psychological pressure”). BEYANI critica las restricciones del significado de “persecución” al entender que con ellas “the institution of asylum as a whole faces constraints which threaten the humanitarian spirit of the Convention” (BEYANI, C., “Introduction”, *cit.*, p. xvii).

⁴⁷⁴ ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra: ACNUR, 1979 (reed. 1992), párr. 51.

contenido del artículo 33 de la Convención⁴⁷⁵, se llega a la conclusión de que “toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona” así como “otras violaciones graves de los derechos humanos” son siempre persecución⁴⁷⁶. Por el contrario, en relación con el carácter persecutorio o no de “otras amenazas o acciones lesivas” o en el caso de que una persona haya sido “objeto de diversas medidas que de por sí no constituyan persecución” (es decir, una combinación de medidas perjudiciales, lo que también se denomina “motivos concurrentes”), habrá que estar a las circunstancias del caso para poder determinar si las mismas son o no constitutivas de persecución⁴⁷⁷.

En la práctica es habitual interpretar las disposiciones de la Convención a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, y ciertamente hay una clara tendencia a determinar la existencia de una persecución utilizando como escala el grado de lesión de derechos fundamentales⁴⁷⁸. Conviene sin embargo no olvidar que no siempre las víctimas de violencia consistente en graves violaciones de derechos humanos entran dentro de la definición de *refugiado*⁴⁷⁹.

Como se tendrá la oportunidad de ver en los próximos capítulos, las propuestas más favorables a una concepción extensiva de la persecución, entendida como un conjunto de comportamientos que lesionan gravemente la dignidad humana, están en línea con la tendencia seguida tanto por la jurisprudencia internacional penal como por los más recientes instrumentos de Derecho internacional penal, y en particular con el Estatuto de la Corte Penal Internacional, donde la persecución se define como una violación de derechos fundamentales, exigiéndose adicionalmente que dicha violación sea siempre cometida con ánimo discriminatorio.

⁴⁷⁵ El artículo 33 de la Convención de 1951, relativo a la no devolución, establece en su apartado 1 que “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

⁴⁷⁶ ACNUR, *Manual de Procedimientos...*, cit., párr. 51.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, párr. 52-53; HAINES QC, R., “La persécution liée au genre”, en: FELLER, E., TÜRK, V. et NICHOLSON, F. (dirs.), *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles: Larcier/UNHCR, 2008, p. 374.

⁴⁷⁸ CARLIER, J.-Y., “Et Genève sera... La définition du réfugié: bilan et perspectives”, en: HCNUR-DELEGATION POUR LA FRANCE/INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L’HOMME, *La Convention...*, cit., p. 80; *vid.* también MORTILLARO, A., “The status...”, cit., pp. 7-8. De acuerdo con BEYANI, la violación de determinados derechos humanos puede ser tanto constitutiva de persecución como una prueba de que ésta se está produciendo (BEYANI, C., “Introduction”, cit., p. xvii).

⁴⁷⁹ FLAUSS, J.-F., “Les droits...”, cit., p. 115; PLENDER, R., *International...*, cit., p. 418. *Vid.* también MARIÑO MENÉNDEZ, F., “El concepto...”, cit., pp. 344-345.

Si bien la delimitación del contenido de la persecución tampoco es una cuestión resuelta en el ámbito de la determinación y protección de los refugiados⁴⁸⁰, conviene tener presente que, aun cuando en el régimen internacional de los refugiados se dispusiera de una noción nítidamente establecida, no por ello quedaría inmediatamente solucionado el problema del alcance de la persecución como crimen contra la humanidad. Esa opción ha sido excluida por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, que ha indicado que, al tratarse de un concepto elaborado en otro sector del Derecho interno e internacional, no resulta tan sencillo importar sus normas como Derecho internacional penal consuetudinario que entraña responsabilidad penal individual y, por ende, puede acarrear una pena⁴⁸¹.

Esta posición, no obstante, es matizable, puesto que una cosa es cómo se define la persecución en otros sectores del Derecho internacional público y otra muy diferente es el alcance de las consecuencias jurídicas que se le atribuyen en dichos sectores, las cuales, evidentemente, no pueden ser extrapolables al Derecho internacional penal. Por el contrario, nada impide que un tipo penal se construya a partir de elementos normativos cuya concreción requiere acudir a otros sectores del ordenamiento jurídico⁴⁸². Más bien el problema que aquí se plantea es que tampoco en el régimen internacional de los refugiados existe una definición suficientemente precisa, lo que explicaría que -a la

⁴⁸⁰ Cfr. SWAAK-GOLDMAN, O., "The Crime of Persecution in International Criminal Law", *LJIL*, vol. 11 (1), 1998, p. 147.

⁴⁸¹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, sentencia de instancia, 7 de mayo de 1997, párr. 694; *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, sentencia de instancia, 14 de enero de 2000, párr. 589: "It would be contrary to the principle of legality to convict someone of persecution based on a definition found in international refugee law or human rights law. In these bodies of law the central determination to be made is whether the person claiming refugee status or likely to be expelled or deported has a «well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion». The emphasis is more on the state of mind of the person claiming to have been persecuted (or to be vulnerable to persecution) than on the factual finding of whether persecution has occurred or may occur. In addition, the intent of the persecutor is not relevant. The result is that the net of «persecution» is cast much wider than is legally justified for the purposes of imposing individual criminal responsibility. The definition stemming from international refugee law or human rights law cannot therefore be followed here"; también SUNGA, L. S., *The Emerging...*, cit., p. 149.

⁴⁸² Vid. por ejemplo ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, caso n° IT-96-23-T, sentencia de instancia, 22 de febrero de 2001, párr. 519-539, donde el Tribunal usa el Derecho internacional de los derechos humanos y las normas de Derecho internacional humanitario para establecer el contenido de la noción de *esclavitud* conforme al Derecho internacional consuetudinario. Este uso del Derecho internacional de los derechos humanos para interpretar las normas que el Tribunal debe aplicar ha tenido gran importancia en su jurisprudencia (vid. LAMBERT-ABDELGAWAD, E., "Les Tribunaux Pénaux pour l'Ex-Yougoslavie et le Rwanda et l'appel aux sources du Droit international des Droits de l'Homme", en: DELMAS-MARTY, M., FRONZA, E. et LAMBERT-ABDELGAWAD, E. (dirs.), *Les sources du Droit international pénal. L'expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, Paris: Société de Législation Comparée, 2004, pp. 118-124).

inversa- los instrumentos jurídicos internacionales más recientes en materia de refugio estén incorporando elementos de la noción de *persecución* elaborada por la jurisprudencia internacional en los términos que se verán en el Capítulo IV⁴⁸³.

Sea como sea, para delimitar el contenido de la persecución como modalidad criminal dentro del Derecho internacional penal no quedará más alternativa que recurrir a las normas jurídicas propias de este sector. Eso es lo que se hará en los próximos capítulos, con el objetivo de identificar los elementos de la persecución como modalidad criminal, tomando como punto de partida su caracterización como crimen contra la humanidad.

⁴⁸³ *Vid.* en particular el artículo 9 (*Actos de persecución*) de la Directiva 2004/83/CE:

“1. Los actos de persecución en el sentido de la sección A del artículo 1 de la Convención de Ginebra deberán:

a) ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del apartado 2 del artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o bien

b) ser una acumulación de varias medidas, incluidas las violaciones de los derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a).

2. Los actos de persecución definidos en el apartado 1 podrán revestir, entre otras, las siguientes formas:

a) actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual;

b) medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o se apliquen de manera discriminatoria;

c) procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios;

d) denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias;

e) procesamientos o penas por la negativa a cumplir el servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento del servicio militar conllevaría delitos o actos comprendidos en las cláusulas de exclusión establecidas en el apartado 2 del artículo 12;

f) actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños.

3. De conformidad con lo previsto en la letra c) del artículo 2, los motivos mencionados en el artículo 10 y los actos de persecución definidos en el apartado 1 del presente artículo deberán estar relacionados”

(UE, *Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida*, DO nº L 304, 30.9.2004, pp. 16-17. *Vid.* asimismo el artículo 6 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE nº 263, 31 de octubre de 2009, p. 90865), que traspone al ordenamiento jurídico español el contenido de ésta y otras Directivas en la materia).