



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

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

Rosa Ana Alija Fernández



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

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

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



UNIVERSITAT DE BARCELONA



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

Tesis presentada para aspirar al Título de Doctora  
por:

**ROSA ANA ALIJA FERNÁNDEZ**

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

Barcelona, enero de 2010

## CAPÍTULO III

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

Durante los más de cuarenta años que separan el ETMIN y el ECPI, el contenido de dicha categoría criminal que abarca los comportamientos denominados *crímenes contra la humanidad* ha sido objeto de estudio en el seno de la CDI y se ha visto plasmado en resoluciones judiciales tanto internacionales como internas, además de haber sido incorporada a los ordenamientos jurídicos de numerosos Estados, en lo que supone una amplia muestra del grado de *opinio iuris* existente no sólo respecto de su prohibición, sino también, en buena medida, respecto de sus elementos, aun en ausencia de un tratado internacional que los tipifique expresamente.

Ahora bien, aunque el carácter consuetudinario de la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad y de la atribución de responsabilidad individual por su comisión no ha sido seriamente cuestionado desde su inclusión en el ETMIN<sup>1</sup>, el breve lapso de tiempo transcurrido desde que el ECPI entró en vigor hace que los elementos generales que se establecen para el conjunto de la categoría, y que integran la llamada *cláusula general* o *cláusula umbral*, aún planteen algunos problemas de interpretación y de concreción, dado que se observan ciertas cuestiones abiertas en las que es necesario

---

<sup>1</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso nº IT-94-1-T, sentencia de instancia, 7 de mayo de 1997, párr. 623.

profundizar. La delimitación de los contornos de los crímenes contra la humanidad resulta esencial para poder determinar cuándo las conductas recogidas en la categoría alcanzan a ser crímenes de Derecho internacional, ya que, en su mayoría, tales comportamientos están habitualmente tipificados como delitos de Derecho común en los ordenamientos jurídicos nacionales. No obstante, la excepción a esta afirmación la constituye la persecución, un comportamiento prohibido que resulta ser una modalidad criminal extraña a los Derechos penales internos<sup>2</sup>, en los que por lo general no ha aparecido tipificada como delito hasta tiempos muy recientes, y esencialmente como consecuencia de la incorporación a los ordenamientos jurídicos estatales de las previsiones del ECPI<sup>3</sup>, lo que permite poner en duda, cuando menos, la existencia previa a 1998 de una definición jurídica de esta conducta aceptada por los Estados. De hecho, a lo largo del capítulo anterior se pudo constatar la ausencia de definiciones de la noción de *persecución* en los diferentes instrumentos que preveían responsabilidad penal internacional por su comisión, excepción si acaso hecha del ECPI, en cuyo artículo 7.2.g) se indica lo que se ha de entender por persecución a los efectos del artículo 7.1.h),

<sup>2</sup> BOLLO AROCENA entiende que, “por su propia especificidad”, tanto la persecución como el exterminio, la esclavitud, el *apartheid* y la deportación o el traslado forzoso de población “no pueden ser otra cosa que un crimen contra la Humanidad”, en la medida en que “su propia configuración exige intrínsecamente, la presencia de los elementos generales del crimen contra la humanidad” (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, p. 101, argumentado en 101-106. Aunque esta afirmación puede estar fundamentada en el caso del exterminio, la persecución, el *apartheid* o la deportación/el traslado forzoso de población, por sus particulares características, es más discutible en el caso de la esclavitud, una práctica aberrante que puede cometerse de forma asistemática y localizada y que los Estados se comprometieron a reprimir ya en la Convención sobre la Esclavitud, de 25 de septiembre de 1926 (artículo 2), compromiso corroborado en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 30 de abril de 1956 (artículo 6).

<sup>3</sup> El ejemplo más cercano es el Código Penal español, aunque en él la persecución no está tipificada como uno de los específicos comportamientos que pueden ser constitutivos de crimen contra la humanidad, sino como un motivo que, de concurrir, constituirá la base de una presunción *iuris et de iure* de la comisión de crímenes contra la humanidad. Así, de conformidad con el artículo 607 *bis*:

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

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

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

Esta divergencia con respecto a la literalidad del artículo 7 del ECPI es significativa, sobre todo si se tiene en cuenta que la inclusión del artículo 607 *bis* mediante la reforma legislativa operada por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 286, 23 de noviembre de 2003, pp. 41842-42875) buscaba dar cumplimiento a las exigencias derivadas de la entrada en vigor del ECPI. Al respecto, la ley señalaba expresamente en su Exposición de Motivos que en el nuevo texto se definían y regulaban los delitos que permitían “coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional” (*ibid.*, p. 41844).

una descripción a su vez criticada por la jurisprudencia, precisamente por separarse de los elementos de la cláusula general. En ese estado de cosas, si bien es innegable la convicción de los Estados respecto de que la persecución es un comportamiento criminal que acarrea responsabilidad internacional penal para su autor, resulta empero cuestionable que los elementos de la persecución como modalidad criminal estén también precisados consuetudinariamente.

En todo caso, desde Nuremberg hasta la actualidad nunca se ha cuestionado seriamente que la persecución es un crimen contra la humanidad cuando se comete, eso sí, en el contexto más amplio de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil con conocimiento de dicho ataque, requisitos todos estos comunes al conjunto de comportamientos criminales calificados de crímenes contra la humanidad. Dicho de otra forma, para que se pueda apreciar un crimen contra la humanidad de persecución se requiere no sólo que se realice la conducta persecutoria prohibida, sino también que además concurren los elementos generales de la cláusula general. Precisamente, las condiciones especificadas en esta cláusula constituyen el umbral que marca el paso de lo interno a lo internacional, pues, cuando las mismas concurren, aquellos comportamientos delictivos que normalmente constituirían crímenes de Derecho común adquieren el carácter de crímenes de Derecho internacional<sup>4</sup>. Por consiguiente, conviene identificar y precisar el contenido de esos elementos comunes a todos los crímenes contra la humanidad antes de profundizar en el estudio de los elementos propios de la persecución como un crimen contra la humanidad, a los que se dedicará el Capítulo IV, para así poder disponer de un marco de análisis que permita determinar la finalidad de la incriminación y las características comunes de todos los comportamientos criminales integrados en la categoría, que también la persecución debería compartir.

Como criterio de referencia para desglosar los elementos de la cláusula general de los crímenes contra la humanidad se recurrirá al artículo 7.1 ECPI, formulación convencional más reciente de la categoría y sobre la que –como ya se viene insistiendo– hay acuerdo respecto de su efecto cristalizador del contenido de la norma jurídica consuetudinaria<sup>5</sup>. Dicho precepto dispone que, a los efectos del ECPI, se entenderá por

---

<sup>4</sup> QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 234.

<sup>5</sup> *Vid. supra* Capítulo II, apartado 2.2.

*crimen de lesa humanidad* cualquiera de los actos que a continuación enumera “cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

De esta descripción de la **cláusula general de la categoría** se deduce que la misma está integrada por un **elemento objetivo** (“el aspecto externo de la conducta delictiva”, en palabras de FLETCHER<sup>6</sup>) y por un **elemento subjetivo** (el aspecto interno de dicha conducta<sup>7</sup>). Este contenido ha sido confirmado por la jurisprudencia de los órganos judiciales penales internacionales; así, el TPIY ha considerado que, para que un acto pueda ser calificado de crimen contra la humanidad, deberá satisfacer una serie de requisitos, en concreto<sup>8</sup>:

- (i) la existencia de un ataque;
- (ii) los actos del sujeto activo deben formar parte de ese ataque;
- (iii) el ataque debe ser dirigido contra cualquier población civil;
- (iv) el ataque debe ser “generalizado o sistemático”; y
- (v) el sujeto activo ha de conocer el contexto más amplio en el que sus actos ocurren y que sus actos son parte del ataque.

Los cuatro primeros requisitos forman parte del elemento objetivo de la cláusula general. A ellos habría que añadir un quinto: la exigencia de una política organizada con el fin de llevar a cabo dicho ataque. Aunque implícito en la descripción del crimen propuesta por el TPIY, se trata de un requisito al que se otorga una clara preeminencia en el ECPI y que por esta vía parece haber quedado incorporado al contenido consuetudinario de la cláusula general, delimitando aún más su alcance. Por su parte, la última de las condiciones señaladas por el TPIY integra el elemento subjetivo, que se concreta en el conocimiento del contexto y en la intencionalidad de cometer los actos

---

<sup>6</sup> FLETCHER, G. P., *Gramática del Derecho penal* (trad. de F. Muñoz Conde), Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 84.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Vid. ICTY, Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23 & IT-96-23/1-T, sentencia de instancia, 22 de febrero de 2001, párr. 410.

incriminados<sup>9</sup>.

Ambos elementos –objetivo y subjetivo– son objeto de análisis en este capítulo, con el fin de determinar cómo están contruidos en su configuración vigente. Al respecto conviene hacer algunas precisiones metodológicas con vistas a clarificar el enfoque que se ha seguido para abordar esta cuestión.

(i) En primer lugar, se ha de tener presente que para desarrollar el contenido de los crímenes contra la humanidad se ha optado por la estructura de origen anglosajón<sup>10</sup> que construye el crimen sobre el binomio *offences* (los delitos, la concurrencia de los elementos del delito que, de acuerdo con MUÑOZ CONDE, “fundamentan «positivamente» la responsabilidad criminal”<sup>11</sup>) / *defences* (circunstancias que excluyen la responsabilidad penal)<sup>12</sup>. Esta elección<sup>13</sup> se sustenta en dos constataciones: por una parte, la decisiva influencia que el sistema de *common law* ha tenido en la configuración del Derecho internacional penal sustantivo<sup>14</sup>; por otra parte, la asunción por parte de la jurisprudencia internacional penal de esta estructura dual. Ambas circunstancias han

<sup>9</sup> Al respecto *vid.*, por ejemplo, ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, sentencia de instancia, 14 de enero de 2000, párr. 556.

<sup>10</sup> Como indica FLETCHER, en los sistemas influenciados por la teoría alemana la referencia para el análisis es la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, mientras que en el marco del *common law* los juristas trabajan sobre la distinción entre *offences* y *defences* (FLETCHER, G. P., *Conceptos básicos de Derecho Penal* (prólogo, traducción y notas de F. Muñoz Conde), Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 145).

<sup>11</sup> *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., nota de traducción en *ibid.*

<sup>12</sup> MATUS, J. P., *La transformación de la teoría del delito en el derecho penal internacional*, Atelier/Ediciones Jurídicas de Santiago: Barcelona/Santiago de Chile, 2008, pp. 22 y 29.

<sup>13</sup> Otra sistemática podría ser la propuesta por GLASER, que distingue los siguientes elementos de la infracción: elemento material (“l’infraction en tant qu’acte”), elemento legal (“l’infraction en tant qu’acte prévu par le droit”), elemento injusto (“l’infraction en tant qu’acte contraire au droit”), elemento moral o de culpabilidad (“l’infraction en tant qu’acte fautif”) y elemento penal (“l’infraction en tant qu’acte punissable”). Se trata de una sistematización mucho más próxima al método de análisis del delito propio de los sistemas continentales (*vid.* GLASER, S., *Infraction internationale. Ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, Bruxelles/Paris: Bruylant/LGDJ, 1957, p. 10).

<sup>14</sup> *Vid.* MATUS, J. P., *La transformación...*, *cit.*, p. 19.

La predominancia de los dos Estados anglosajones en Nuremberg, frente a la menor influencia de las otras dos tradiciones jurídicas presentes (la continental, representada por Francia, y la soviética) necesariamente había de incidir en la configuración de los crímenes contra la humanidad desde los inicios de su tipificación. Su incidencia en Nuremberg y sobre el ETPIY se apunta en TAVERNIER, P., “The experience of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda”, *IRRC*, n° 321, 1997, p. 613. En el momento actual, la influencia del *common law* se percibe de forma clara en el ECPI (FLETCHER, G. P., *Gramática...*, *cit.*, p. 162), aunque también aparecen elementos de los sistemas continentales, en perjuicio de otros sistemas como el islámico, los africanos o los asiáticos, cuya influencia es inapreciable (DELMAS-MARTY, M., “L’influence du droit comparé sur l’activité des Tribunaux pénaux internationaux”, en: CASSESE, A. ET DELMAS-MARTY, M. (dirs.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris: PUF, 2002, p. 98; CABEZUDO RODRIGUEZ, N., *La Corte Penal Internacional*, Madrid: Dykinson, 2002, p. 27).

favorecido que el modelo anglosajón se haya afianzado en gran medida como la forma de análisis preferida del Derecho internacional penal<sup>15</sup>.

En los sistemas de *common law*, el “crimen” (*criminal offence*, *crime* u *offence*<sup>16</sup>) se puede definir como un “act (or sometimes a failure to act) that is deemed by statute or by the common law to be a public wrong and is therefore punishable by the state in criminal proceedings”<sup>17</sup>. La noción de *crimen* coincide en esencia con la de *delito* (que en un sentido formal puede definirse como la conducta humana (activa u omisiva) típica, antijurídica, culpable y punible<sup>18</sup>), si bien la construcción teórica del crimen es mucho más sencilla, y se resume en el aforismo *actus non facit reum nisi mens sit rea* (“un acto no hace a un hombre culpable, a no ser que su mente sea también culpable”), de donde se deduce la necesidad de que concurren un elemento objetivo (*actus reus*) y otro subjetivo (*mens rea*)<sup>19</sup>.

Siguiendo a SMITH y HOGAN, el *actus reus* está compuesto, con carácter general pero no invariablemente, de la conducta y, en su caso, de sus consecuencias, así como de las circunstancias en que dicha conducta tiene lugar en la medida en que son relevantes<sup>20</sup>. En el caso de crímenes establecidos por ley (*statutory crimes*), como los que nos ocupan, la definición del elemento objetivo vendrá dada por los términos de la ley tal y como los interpreten los tribunales. Por su parte, el elemento subjetivo o *mens rea* hace referencia a la actitud mental que una persona tiene respecto al *actus reus* del

<sup>15</sup> Con algunos matices, el modelo bipartito que distingue entre elemento objetivo y elemento subjetivo es el que en esencia se ha incorporado al ECPI (FLETCHER, G. P., *Gramática...*, cit., pp. 87-88).

<sup>16</sup> Hoy en día las tres expresiones son equivalentes, aunque no siempre ha sido así. Como explica VINCIGUERRA, en el pasado el término *crime* hacía referencia a un delito previsto por el *common law*, mientras que se reservaba la denominación *offenses* a los delitos establecidos a través de la ley escrita (VINCIGUERRA, S., *Introduzione allo studio del Diritto Penale Inglese. I principi*, Padova: CEDAM, 1992, p. 133).

<sup>17</sup> LAW, J. & MARTIN, E. A., “crime n.”, en: *A Dictionary of Law, Oxford Reference Online*, Oxford University Press, 2009, <http://www.oxfordreference.com/views/ENTRY.html?subview=Main&entry=t49.e960>.

<sup>18</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del Delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007 (4ª ed.), p. 21; BUENO ARÚS, F., “Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998”, en: ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática Nº 4, Madrid: BOE, 2000, p. 116. Algunos autores incluyen también en esta lista la imputabilidad; sin embargo, se discute que sea un elemento esencial o un atributo de la culpabilidad; sobre la inclusión de la imputabilidad en la culpabilidad, *vid.* HENDLER, E. S., *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 43.

<sup>19</sup> Este sistema bipartito es descrito por FLETCHER como “el sistema más simple, y también el menos correcto” (FLETCHER, G. P., *Gramática...*, cit., p. 84).

<sup>20</sup> SMITH, J. C. & HOGAN, B., *Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005 (11ª ed.), 2005, p. 39.

crimen<sup>21</sup>.

Simplificando, puede decirse que esta estructuración del crimen en los sistemas de *common law* coincide con la concepción -propia de los sistemas continentales- del delito como un doble juicio de desvalor: sobre una conducta (antijuridicidad) y sobre el autor de ese hecho (culpabilidad)<sup>22</sup>. Por tanto, existen equivalencias entre ambos sistemas en cuanto a la forma de construir la conducta punible, de manera que la acción antijurídica y culpable propia de los sistemas continentales encuentra su equivalente en los sistemas de *common law*. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la tipicidad,

---

<sup>21</sup> Tal actitud puede manifestarse de distintas formas: (i) *intention*, (ii) *recklessness*, (iii) *negligence* y (iv) *blameless inadvertence* (*ibid.*, pp. 77-86). En su traducción de la *Gramática del Derecho penal* de Fletcher, MUÑOZ CONDE traduce estas nociones como “la intención, la conciencia, la negligencia y la imprudencia” (*vid.* FLETCHER, G. P., *Gramática...*, *cit.*, p. 85), teniendo presente que por *recklessness* se puede entender “el desprecio o la desconsideración [...] o la conciencia del riesgo” (*ibid.*, p. 413). El Model Penal Code estadounidense (*Model Penal Code*, §2.02, 2) ofrece las siguientes definiciones de estas formas de culpabilidad:

“(a) Purposely [es decir, con intención, de acuerdo con el párrafo 12 de la sección §1.13 del Model].

A person acts purposely with respect to a material element of an offense when:

(i) if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his conscious object to engage in conduct of that nature or to cause such a result; and

(ii) if the element involves the attendant circumstances, he is aware of the existence of such circumstances or he believes or hopes that they exist.

(b) Knowingly.

A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when:

(i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and

(ii) if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result.

(c) Recklessly.

A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation.

(d) Negligently.

A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation”.

<sup>22</sup> *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Teoría...*, *cit.*, p. 18. CARNELUTTI, por su parte, utiliza una sistemática de los elementos del delito que lo aproxima a la terminología del *common law*, ya que distingue entre “elementos subjetivos” y “elementos objetivos” del delito (CARNELUTTI, F., *Teoría General del Delito* (trad. de W. Roces), Madrid: Editorial Reus, DL 2007, pp. 125-126), requiriendo los primeros “fijar la atención sobre el modo de ser” de la persona que comete el delito (*ibid.*, p. 127), y tomando en consideración los segundos “no el hombre que se mueve, sino el movimiento, prescindiendo del hombre” (*ibid.*, p. 130).

expresión ajena a estos ordenamientos, si bien puede considerarse implícita en el sistema<sup>23</sup>.

(ii) En segundo lugar, en el estudio de la norma consuetudinaria que tipifica los crímenes contra la humanidad se ha optado por iniciar cada apartado identificando los elementos que se consideran integrantes del tipo, para lo cual se ha preferido tomar como base las normas convencionales más recientes (y en particular el ECPI) con las que pueda interaccionar la norma consuetudinaria.

Una vez determinados tales elementos, se ha procedido a verificar su contenido a la luz de la jurisprudencia internacional en la materia y de las aportaciones doctrinales<sup>24</sup>. El papel fundamental que la jurisprudencia desempeña en el desarrollo del Derecho internacional penal y, por ende, la relevancia que tiene en la concreción del contenido de sus normas ha sido reconocido por el TPIY. Éste ha indicado al respecto que:

“The Tribunal’s need to draw upon judicial decisions is only to be expected, due to the fact that both substantive and procedural criminal law is still at a rudimentary stage in international law. In particular, there exist relatively few treaty provisions on the matter. By contrast, especially after World War II, a copious amount of case law has developed on international crimes. Again, this is a fully understandable development: it was difficult for international law-makers to reconcile very diverse and often conflicting national traditions in the area of criminal law and procedure by adopting general rules capable of duly taking into account those traditions. By contrast, general principles may gradually crystallise through their incorporation and elaboration in a series of judicial decisions delivered by either international or national courts dealing with specific cases”<sup>25</sup>.

No obstante, no se puede olvidar que en el Derecho internacional público los órganos jurisdiccionales internacionales no participan tanto en la formación de las normas internacionales como en la precisión de su contenido en tanto que medio auxiliar para la aplicación de las mismas<sup>26</sup>. Por tanto, pese a ser la suya una interpretación autorizada, no establece sino que precisa el contenido de las normas internacionales en el momento de su aplicación a un caso concreto, y en consecuencia no basta para atribuir de forma concluyente un alcance general a la norma

---

<sup>23</sup> Vid. HENDLER, E. S., *Derecho penal...*, cit., pp. 43-44.

<sup>24</sup> Vid. *supra* Capítulo II, nota 21.

<sup>25</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso nº IT-95-16-T, cit., párr. 537.

<sup>26</sup> Recuérdese al respecto el artículo 38.1.d) del Estatuto de la CIJ: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: [...] d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho [...]”.

consuetudinaria, siendo necesario valorar otros elementos de la práctica internacional para delimitar su contenido<sup>27</sup>.

El principio de la responsabilidad penal individual por la realización de conductas incriminadas a título de crímenes contra la humanidad está establecido fuera de toda duda. Si en 1945 era muy cuestionable la afirmación del TMIN de que el ETMIN no era sino la expresión de Derecho existente en el momento de su creación<sup>28</sup>, la práctica posterior ha dado lugar a una norma jurídica internacional que establece la incriminación internacional de los crímenes contra la humanidad y describe su

---

<sup>27</sup> Si bien en el actual estadio de desarrollo del Derecho internacional penal las funciones de creación y de aplicación de normas a menudo se superponen (FRONZA, E., MALARINO, E. et SOTIS, C., “Le principe de précision et la justice pénale internationale”, 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. 158-159), la posibilidad de que los tribunales penales internacionales desarrollen progresivamente los principios y normas de Derecho internacional penal debe ser excluida, ya que ello atentaría contra el principio de legalidad penal y de irretroactividad de la ley penal, además de que supondría asumir una función de producción normativa que el ordenamiento jurídico internacional no les otorga. Su labor innovadora debe limitarse a la aplicación de los principios y normas ya existentes a nuevos supuestos de hecho, y por esta vía favorecer la concreción de las reglas existentes; pero, en ausencia de normas convencionales específicas, la identificación de las normas consuetudinarias aplicables debe hacerse de forma restrictiva, sin pretender ampliar su contenido (sobre esta perspectiva “conservadora” en la aplicación del Derecho internacional consuetudinario en el ámbito penal, *vid.* MERON, T., “Revival of Customary Humanitarian Law”, *AJIL*, vol. 99 (4), 2005, pp. 821-829; en general, sobre el debate en torno al activismo judicial, GINSBURG, T., “Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking”, *IJIL*, vol. 45 (3), 2005, pp. 631-673, y LOLLINI, A., “L’expansion «interne et externe» du rôle du juge dans le processus de création du Droit international pénal”, en: DELMAS-MARTY, M., FRONZA, E. et LAMBERT-ABDELGAWAD, E. (dirs.), *Les sources...*, *cit.*, pp. 230-234).

En relación con la determinación de la responsabilidad internacional del individuo el debate va más allá de la discusión sobre la plenitud o no del Derecho internacional. Si habitualmente resulta controvertida la posibilidad de que los tribunales internacionales declaren un *non liquet* (sobre la noción de *non liquet* *vid.* BODANSKY, D., “Non Liqueur and the Incompleteness of International Law”, en: BOISSON DE CHAZOURNES, L. & SANDS, P. (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 154), en el caso de los tribunales penales una declaración en ese sentido respecto del alcance de los elementos de los crímenes equivaldría a declarar la inexistencia previa de tipos penales, de manera que no se podría dictar sentencia sin violar el principio de legalidad penal.

En el caso de los crímenes contra la humanidad, dada su tipificación consuetudinaria, surge adicionalmente el problema de la prueba de la costumbre que -a diferencia de lo que ocurre ante aquellos tribunales internacionales que dirimen controversias entre Estados- no se puede hacer recaer sobre las partes del litigio. Por el contrario, el respeto al principio de legalidad penal requiere que esa norma necesariamente exista, por lo que las partes sólo deberán probar la concurrencia o no de los elementos requeridos por la misma para apreciar la comisión de crímenes contra la humanidad.

<sup>28</sup> 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. 218: “The Charter is not an arbitrary exercise of power on the part of the victorious Nations, but in the view of the Tribunal, as will be shown, it is the expression of international law existing at the time of its creation; and to that extent is itself a contribution to international law”.

contenido jurídico<sup>29</sup>.

Por paradójico que pueda resultar conforme a los principios de Derecho penal el que la tipificación de los crímenes contra la humanidad sea objeto de una norma internacional de carácter consuetudinario, esta circunstancia no supone una violación del principio *nullum crimen sine lege* de acuerdo con los parámetros del Derecho internacional público, y en particular con los procedimientos de creación de normas que le son propios. A tenor de lo dispuesto en el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>30</sup>, relativo al principio de legalidad penal, nada de lo dispuesto en ese precepto “se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por

<sup>29</sup> PELLET, A., “Le Tribunal criminel international pour l’ex-Yougoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive?”, *RGDIP*, tomo 98 (1), 1994, p. 34.

<sup>30</sup> Aprobado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y en vigor desde el 23 de marzo de 1979.

También el artículo 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) establece que no atenta contra el principio de legalidad el enjuiciamiento y castigo de una persona culpable de una acción u omisión que en el momento de su comisión fuera considerada criminal de acuerdo con los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, “ce qui est le cas du crime contre l’humanité, dont l’imprescriptibilité a été consacrée par le statut du Tribunal de Nuremberg” (*Kolk et Kislyiy v. Estonia* (déc.), nº 23052/04 et 24018/04, CEDH 2006-I). A tenor de los trabajos preparatorios de la Convención, esta disposición no afectaría “laws which, under the very exceptional circumstances at the end of the second world war, were passed in order to suppress war-crimes, treason and collaboration with the enemy” (COE, Doc. CDH (70) 10, *Preparatory work on article 7 of the European Convention on Human Rights. Information document prepared by the Registry*, 13 de abril de 1970, “V. Committee of Experts on Human Rights on the Council of Europe – Second Meeting (Strasbourg, 6<sup>th</sup>-10<sup>th</sup> March 1950)”, apdo. 5: “Report of the Committee of Experts to the Committee of Ministers”, p. 12).

Al respecto, el TEDH ha precisado que:

“a) Le second paragraphe de l’article 7 de la Convention relative «au jugement et à la punition d’une personne coupable d’une action ou d’une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d’après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées», constitue une clause de dérogation exceptionnelle au principe général contenu dans le premier. Les deux paragraphes constituent ainsi un système uni et doivent faire l’objet d’une interprétation concordante (*Tess c. Latvia* (déc.), nº 34854/02, 12 décembre 2002).

(b) Il ressort des travaux préparatoires de la Convention que le second paragraphe de l’article 7 a pour but de préciser que cet article n’affecte pas les lois qui, dans les circonstances tout à fait exceptionnelles à l’issue de la Seconde Guerre mondiale, ont été passées pour réprimer les crimes de guerre et les faits de trahison et de collaboration avec l’ennemi; dès lors, il ne vise aucune condamnation juridique ou morale de ces lois (*X. c. Belgique*, nº 268/57, décision de la Commission du 20 juillet 1957, Annuaire 1, p. 241). Ce raisonnement vaut également pour les crimes contre l’humanité perpétrés pendant la même période (*Touvier c. France*, nº 29420/95, décision de la Commission du 13 janvier 1997, Décisions et rapports (DR) 88, p. 148, et *Papon c. France* (nº 2) (déc.), nº 54210/00, CEDH 2001-XII (extraits))” (*Kononov c. Lettonie*, nº 36376/04, § 115, 24 juillet 2008; sobre la aplicación del artículo 7.2 *vid. Korbely c. Hongrie* [GC], nº 9174/02, § 76, 19 septembre 2008).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) describe el alcance del principio de legalidad penal mediante una fórmula amplia aplicable también a los crímenes de Derecho internacional, al disponer en su artículo 9 que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”, mientras que la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CAfDHP) hace referencia a actos u omisiones que no constituyeran en el momento de su comisión una infracción legalmente punible (artículo 7.2).

actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Aunque esto parezca contradecir la exigencia derivada del principio de legalidad de que el delito esté recogido en una *lex praevia, scripta, stricta et certa*<sup>31</sup>, hay que tener presentes las particularidades propias de la formación de normas en el ordenamiento jurídico internacional<sup>32</sup>, en el que ni existe una jerarquía entre los distintos procedimientos de creación de normas ni está prevista una “reserva de ley”<sup>33</sup> que exija la tipificación en un tratado internacional de los crímenes de Derecho internacional<sup>34</sup>. Por consiguiente, en tanto que procedimiento de creación de normas positivas, la costumbre internacional ha de considerarse también válida para satisfacer esa “exigencia de «tipificación» o «juridicidad» previa”<sup>35</sup> que se deriva del principio de legalidad penal<sup>36</sup>, tal y como ésta

<sup>31</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General* (trad. de D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal), tomo I, Madrid: Civitas, 1997, pp. 140-141.

<sup>32</sup> Sobre este particular, MARTÍN MARTÍNEZ apunta cuatro aspectos a considerar: (i) “La inexistencia de un legislador internacional, y por tanto de leyes internacionales en sentido estricto”; (ii) el hecho de que la única fuente material de creación de normas internacionales sea el consentimiento; (iii) la interacción entre los distintos procedimientos formales de creación de normas internacionales; y (iv) la necesidad de “tener en cuenta la existencia de otros valores o intereses de justicia material en la lucha contra la impunidad” que hacen que ni “la formulación del principio de legalidad penal contenida en los tratados internacionales” ni “su aplicabilidad” sea “ni absoluta ni aséptica” (MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “La configuración del principio de legalidad penal en el Derecho internacional contemporáneo”, en: CUERDA RIEZU, A. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2009, pp. 379-380. Vid. también BASSIOUNI, M. C. & MANIKAS, P., *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Irvington-on-Hudson: Transnational Publishers, 1996, p. 268).

<sup>33</sup> En sentido figurado, entendiéndose por tal la reserva de un procedimiento específico de creación normativa para la regulación de determinados contenidos (FERNÁNDEZ PONS, X., “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”, *REEI*, nº 5, 2002, p. 8, en <http://www.reei.org/reei5/XFdez.pdf>, consultada el 15/1/10).

<sup>34</sup> *Ibid.* FERNÁNDEZ PONS identifica tres tendencias en el tratamiento del alcance del principio de legalidad en Derecho internacional público: la negación de la vigencia del principio en la incriminación internacional del individuo, la afirmación del principio de no retroactividad y justificación de su vulneración a través de una ponderación de los diversos valores en presencia, y la adaptación del principio de legalidad a las formas de creación de las normas internacionales. Esta última es la solución que ha primado en la jurisprudencia internacional, aunque, si bien permite resolver de forma coherente la exigencia de respeto al principio *nullum crimen sine lege*, no ofrece una respuesta a otra dimensión del principio de legalidad, cual es la necesidad de positivización previa de la pena, conforme al principio *nullum crimen sine pena* (*ibid.*, pp. 2-10; vid. también TRAININ, A. N., *Hitlerite Responsibility Under Criminal Law*, London: Hutchinson & Co., 1945, p. 33, donde se recuerda que “the conception of *lex* is not homogeneous in the spheres of national and international law”).

De todas formas, no es éste un problema que se circunscriba exclusivamente a la tipificación consuetudinaria de los crímenes de Derecho internacional, puesto que tampoco los tratados internacionales en material penal suelen satisfacer las exigencias de precisión y claridad requeridas por el principio de legalidad penal (BASSIOUNI, M. C. & MANIKAS, P., *The Law...*, *cit.*, p. 269).

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ PONS, X., “El principio...”, *cit.*, p. 8.

<sup>36</sup> Dado que la costumbre internacional es un modo espontáneo de creación del Derecho internacional, hay que admitir la posibilidad de que el contenido jurídico de los crímenes contra la humanidad varíe a lo largo del tiempo. Sobre este particular, señala CASTILLO que: “[...] la notion

es entendida en el Derecho internacional público<sup>37</sup>.

Una vez que los requisitos que integran la cláusula general han sido verificados, se debe proceder a determinar si se ha producido la comisión de las concretas conductas que pueden ser calificadas de *crímenes contra la humanidad*. Siguiendo lo previsto en el artículo 7.1 ECPI, la jurisprudencia penal internacional y las elaboraciones doctrinales, éstas son: (i) el homicidio intencional; (ii) el exterminio; (iii) la esclavitud; (iv) la deportación o el traslado forzoso de población; (v) la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho internacional; (vi) la tortura; (vii) la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; (viii) la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo

---

d'infraction n'est pas une valeur constante et immuable. Tout comme le droit international, elle évolue continuellement" (CASTILLO, M., "La compétence du Tribunal Pénal pour la Yougoslavie", *RGDIP*, tomo 98 (1), 1994, p. 77). Por ello recae en los tribunales que deban aplicar la norma que los tipifica la importante tarea de identificar correctamente cuáles eran sus elementos constitutivos en el momento de comisión del crimen, o, tal y como lo plantea ABI-SAAB, reducir el margen de ambigüedad que rodea a las normas de Derecho internacional en esta materia, margen que por otra parte también existe en los ordenamientos jurídicos internos y es inherente a la generalidad de las normas (ABI-SAAB, G., "Droits de l'homme et juridictions pénales internationales: convergences et tensions", en: DUPUY, R.-J. (dir.) et SICILIANOS, L.-A. (coord.), *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Droit et justice*, Paris: Éditions Pedone, 1999, p. 248). Al respecto, MERON considera que el principio de legalidad puede reconciliarse con la aplicación de normas consuetudinarias siempre y cuando se utilicen "clear and well-established methods of identifying customary law" (MERON, T., "Revival...", *cit.*, p. 818). En este sentido, el principio de legalidad "thus serves as a restraint on the tribunals' ability to be "progressive" in their contributions to the development of customary humanitarian law" (*ibid.*).

CASSESE apunta tres consecuencias primarias de la falta de especificidad que se deriva de esta particular característica de las normas internacionales penales, las tres con clara incidencia sobre el crimen contra la humanidad de persecución. En primer lugar, dado que los crímenes de Derecho internacional se construyen como categorías que abarcan diversas conductas prohibidas bajo una misma cláusula general, es preciso identificar inicialmente los componentes generales de la categoría y después los específicos de la conducta concreta; ahora bien, mientras que los generales se pueden inferir de la norma internacional, los específicos no son identificables por esta vía, sino que los elementos específicos de las conductas prohibidas deben ser delimitados mediante un análisis comparativo de los ordenamientos penales internos -algo muy problemático en el caso de una conducta como la persecución que no está prevista en los sistemas estatales-. En segundo lugar, la amplitud de algunas normas internacionales penales lleva a que ni siquiera se pueda especificar la conducta prohibida por remisión a los ordenamientos jurídicos internos -aunque CASSESE pone el ejemplo de los actos inhumanos, idéntico problema se plantea respecto de la persecución-. En tercer y último lugar, observa imprecisiones en la definición del elemento subjetivo o *mens rea* de los distintos crímenes -con su inevitable incidencia negativa sobre aquellos crímenes que se consideran principalmente contruidos sobre el elemento subjetivo, como es el caso de la persecución- (CASSESE, A., "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections", *EJIL*, vol. 10 (1), 1999, pp. 148-149).

<sup>37</sup> En consecuencia, BASSIOUNI y MANIKAS sugieren que en Derecho internacional penal el principio de legalidad queda mejor formulado en términos de *nullum crimen sine iure*, lo que en todo caso requiere la existencia de una prohibición normativa establecida en el Derecho internacional penal consuetudinario (BASSIOUNI, M. C. & MANIKAS, P., *The Law...*, *cit.*, pp. 268 y 289).

al derecho internacional; (ix) la desaparición forzada de personas; (x) el crimen de *apartheid*<sup>38</sup>; y (xi) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. La caracterización de estas conductas como crímenes contra la humanidad se basa en que todas ellas violan derechos fundamentales; por tanto, su comisión constituye un serio ataque a la dignidad humana, que se erige así en el bien jurídico protegido con esta categoría criminal, como se verá a continuación.

En el *common law*, finalmente, una vez verificada la presencia de todos los elementos de la *offence* se ha de excluir la presencia de *defenses*, o circunstancias eximentes de la responsabilidad. De la misma forma, tras comprobar la concurrencia de los elementos de la cláusula general de los crímenes contra la humanidad, junto con los elementos del comportamiento criminal de que se trate, habrá también que descartar la concurrencia de circunstancias que puedan excluir la responsabilidad penal. En este punto, el Derecho internacional penal sigue en buena medida las mismas pautas que la mayoría de los ordenamientos penales estatales, los cuales suelen prever determinadas circunstancias cuya concurrencia elimina el juicio de valor negativo sobre la conducta o sobre la culpabilidad del individuo, de manera que en esos casos no es posible apreciar la responsabilidad de quien haya realizado un comportamiento tipificado como delito. No obstante, el ordenamiento penal internacional es mucho más restrictivo que los ordenamientos jurídicos internos a la hora de admitir la concurrencia de circunstancias que excluyen la responsabilidad, por lo que ciertos principios en la materia habitualmente aplicables en el Derecho interno no son por el contrario admitidos en el ámbito internacional. En la medida en que conforme al método de análisis propio de los sistemas de *common law* éstas también forman parte integrante del crimen, conviene revisar cuáles son y las particularidades que presentan en Derecho internacional, en especial para poder evaluar su operatividad respecto de la persecución como crimen contra la humanidad.

Esta estructura que apenas se ha sugerido es la que se seguirá a continuación para abordar el análisis de los elementos propios de la categoría de los crímenes contra la humanidad. Un estudio más detallado del fundamento y los elementos de los crímenes contra la humanidad resulta esencial para contextualizar la persecución como conducta

---

<sup>38</sup> Sobre la caracterización del *apartheid* como crimen contra la humanidad, *vid. supra* Capítulo II, apartado 2.1.B).

criminal dentro del ordenamiento penal internacional y disponer de esta forma de un marco de referencia. Por esta razón, se procederá, en primer lugar, a determinar el fundamento de la incriminación internacional de los crímenes contra la humanidad, para lo cual se delimitará el bien jurídico protegido por la categoría, con el fin de comprobar si su relevancia justifica la intervención del ordenamiento internacional penal como forma más extrema de garantizar su protección (§ 1). En segundo lugar, se identificarán los requisitos generales que sirven para caracterizar un comportamiento como crimen contra la humanidad, para lo cual se comenzará abordando el contenido jurídico del elemento objetivo (§ 2). A continuación se realizará la misma operación respecto del elemento subjetivo (§ 3), para concluir con una aproximación a las circunstancias que pueden excluir la responsabilidad penal individual en el ordenamiento penal internacional (§ 4).

## **1. EL FUNDAMENTO DE LA INCRIMINACIÓN INTERNACIONAL DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD.**

En ausencia de una convención que tipifique expresamente los crímenes contra la humanidad, sus elementos están establecidos en virtud de una norma de Derecho internacional consuetudinario, conforme a la cual son *crímenes contra la humanidad* determinados actos que se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil al que subyace una política organizada y con conocimiento de dicho ataque.

La incriminación internacional de los crímenes contra la humanidad se sustenta en la existencia de un interés de una relevancia tal para la sociedad internacional que su salvaguarda fundamenta la oportunidad y la necesidad de reprimir desde la esfera penal a los individuos que cometan o participen en la comisión de tales actos, puesto que, de forma análoga al Derecho penal interno, “le droit international pénal est là pour sauvegarder les intérêts supérieurs dont la protection appartient au droit international”<sup>39</sup>. Por consiguiente, no cualquier acto que se cometa en el marco de un ataque como el apenas descrito es calificable de *crimen contra la humanidad*, sino sólo aquellos mediante los cuales se produce la lesión de dicho interés, que constituye el bien jurídico

---

<sup>39</sup> GLASER, S., *Infraction...*, cit., p. 9.

protegido por la prohibición de cometer estos crímenes.

Resulta entonces que el denominador común a todas las conductas incriminadas como crímenes contra la humanidad es su carácter lesivo del bien jurídico específicamente protegido, cuyo valor para la sociedad internacional lo hace meritorio de protección, en el entendido de que las concretas circunstancias que concurren en la comisión de los crímenes contra la humanidad suponen la expresión última y más grave de ataque contra ese interés, de una forma inaceptable para la sociedad internacional, lo que justifica la intervención del Derecho internacional penal<sup>40</sup>.

Por consiguiente, la identificación del bien jurídico protegido resulta esencial para justificar la necesidad de la incriminación y confirmar que la norma consuetudinaria que tipifica los crímenes contra la humanidad viene en efecto a colmar esa necesidad. Asimismo, constituye un valioso criterio para evaluar si los elementos que integran la categoría criminal de acuerdo con la norma consuetudinaria son suficientes para garantizar la protección que se pretende. El objetivo de este apartado es precisamente determinar cuál es el interés a proteger mediante la tipificación de los crímenes contra la humanidad. A tal fin, hay que tener en cuenta que los crímenes contra la humanidad son crímenes complejos que exigen un análisis en cascada, determinando en primer lugar la concurrencia de los elementos comunes contenidos en la cláusula general y en segundo lugar los elementos propios de cada crimen, y que lo mismo ocurre respecto del bien jurídico protegido, que se presenta en dos niveles:

(i) En el primer nivel se sitúa el bien jurídico protegido con carácter general por la categoría, y que consiste en un interés superior para el mantenimiento del orden social. Dado que la sociedad afectada en el caso de los crímenes de Derecho internacional es la sociedad internacional, el bien jurídico protegido se debe localizar por tanto en el plano de las relaciones interestatales, entre los valores que en la sociedad internacional se

---

<sup>40</sup> De acuerdo con SCHWARZENBERGER: "In any social group in which a criminal law exists the highest values and interests are protected by rules of criminal law. International crimes would, therefore, be in all likelihood only acts of subjects or objects in international law which strike at the very roots of international society" (SCHWARZENBERGER, G., "The Problem of an International Criminal Law", *Current Legal Problems*, vol. 3, 1950, pp. 272-273, también reproducido en: DUGARD, J. & VAN DEN WYNGAERT, C. (eds.), *International Criminal Law and Procedure*, Aldershot/Brookfield: Dartmouth, 1996, pp. 12-13). Vid. también TRAININ, A. N., *Hitlerite...*, cit., p. 37 ("International crime is the punishable infringement of the foundations of international communion"); WRIGHT, Q., "The Law of the Nuremberg Trial", *AJIL*, vol. 41 (1), 1947, p. 56 ("A crime against international law is an act committed with intent to violate a fundamental interest protected by international law or with knowledge that the act will probably violate such an interest, and which may not be adequately punished by the exercise of the normal criminal jurisdiction of any state").

asumen como fundamentales para su conservación. A partir del análisis de los distintos tipos incluidos en la categoría, se puede inferir que dicho bien jurídico será la **dignidad humana**.

(ii) En un segundo nivel se encontrarían los derechos específicamente lesionados por cada modalidad criminal contenida en la categoría, de los que son titulares las víctimas, y que, en tanto que manifestaciones concretas de la dignidad humana, presentan un **carácter fundamental**. Estos derechos, sin embargo, sólo serán relevantes para el ordenamiento penal internacional en la medida en que su violación incida sobre el bien jurídico protegido con carácter general y en tanto en cuanto se cometan **en circunstancias particularmente graves** que justifiquen la intervención del Derecho internacional penal.

Partiendo de la premisa de que el rasgo del que participan todas las conductas incriminadas dentro de la categoría es la violación grave de derechos fundamentales, se verá en primer lugar cómo la dignidad humana, fundamento de la obligación jurídica internacional de proteger los derechos fundamentales, se erige en el interés que la sociedad internacional pretende proteger mediante el castigo de los crímenes contra la humanidad (§ 1.1), para a continuación tratar de identificar los bienes jurídicos específicamente protegidos mediante la tipificación de cada uno de los crímenes contra la humanidad, y que constituyen una concreción del principio de respeto a la dignidad humana: los derechos fundamentales (§ 1.2). Para finalizar, se analizará la razón última que impulsa a la sociedad internacional a tipificar la lesión de esos derechos en determinadas circunstancias como un crimen contra la humanidad, y que no es otra que su incidencia negativa sobre el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (§ 1.2).

### **1.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: LA DIGNIDAD HUMANA.**

La identificación del bien jurídico protegido por la categoría de los crímenes contra la humanidad debe realizarse a partir de los intereses considerados esenciales para la salvaguarda del orden público internacional, en la medida en que se trata de una modalidad criminal propia del Derecho internacional penal tipificada al margen de los

ordenamientos penales estatales. Mientras que estos últimos aspiran a regular la convivencia en el interior del Estado, y para ello habilitan respuestas frente a las lesiones más graves de los derechos reconocidos a las personas bajo su jurisdicción o frente a comportamientos perjudiciales para el conjunto de personas que integran el cuerpo social que el Estado se ocupa de regular, el ordenamiento internacional penal es una reacción ante conductas que afectan a la sociedad internacional, una sociedad en la que –no se puede olvidar– los sujetos que están en relación no son los individuos particulares<sup>41</sup>.

A este respecto, es innegable que la configuración actual de los crímenes contra la humanidad refleja los avances experimentados en la esfera internacional respecto de la protección de los derechos humanos y su progresiva consagración como una de las preocupaciones centrales de la sociedad internacional, meritoria incluso de protección penal. Esta constatación pone de relieve la interconexión entre el Derecho internacional penal y el Derecho internacional de los derechos humanos<sup>42</sup>, dado que ese creciente interés del ordenamiento jurídico internacional por proteger al individuo ha posibilitado una identificación más precisa del bien jurídico que debe salvaguardarse con la incriminación internacional de los crímenes contra la humanidad<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> El desarrollo del Derecho internacional público hace insostenibles afirmaciones como la realizada por PAOLI a mediados de la década de los 40, considerando que los crímenes contra la humanidad eran “une violation de l’ordre juridique interne reconnu internationalement” (PAOLI, J., “Contribution à l’étude des crimes de guerre et des crimes contre l’humanité en droit pénal international”, *RGDIP*, tomo 49 (II), 1941-1945, p. 134).

<sup>42</sup> Vid. CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 65. El desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos no sólo ha favorecido el desarrollo del Derecho internacional penal, sino que se puede afirmar que esta interconexión ha operado en los dos sentidos. Así, MERLE apuntaba en 1949 que, dado que los crímenes contra la humanidad se cometían con frecuencia en el interior de los Estados, su reconocimiento como incriminación debía llevar a los Estados a fijar un mínimo de derechos civiles y políticos para sus ciudadanos, y la mejor forma para asegurar el respeto de las libertades individuales “consisterait sans doute à rédiger une déclaration internationale des Droits de l’homme à laquelle les États seraient obligés de conformer leur Constitution” (MERLE, M., *Le procès de Nuremberg et le châtime des criminels de guerre*, Paris: Pedone, 1949, p. 159). En este sentido, la incriminación de los crímenes contra la humanidad ha supuesto un impulso hacia la consecución “d’un minimum d’ordre juridique interne reconnu internationalement et au dessous duquel nul, en temps de guerre ou même en temps de paix ne peut descendre” (PAOLI, J., “Contribution...”, *cit.*, p. 136).

<sup>43</sup> MEYROWITZ relacionaba la imposibilidad de identificar un bien jurídico propiamente internacional que justificara la incriminación de los crímenes contra la humanidad con la conexión de los mismos a las otras dos categorías criminales recogidas en el ETMIN. Según este autor: “Les auteurs du statut ont donc considéré que les crimes contre l’humanité, malgré toute leur atrocité, ne suffisaient pas, en eux-mêmes, à entraîner la compétence de la communauté internationale. Pour déclencher cette compétence, il faut toujours, selon eux, une lésion causée à la communauté internationale” (MEYROWITZ, H., *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l’humanité et de l’appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Alliés*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1960, p. 182).

Incluso, a la vista de los crímenes de Derecho internacional generalmente considerados más graves (los llamados *core crimes*<sup>44</sup>) actualmente tipificados en el ordenamiento jurídico internacional (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra), se podría afirmar que hoy por hoy ostentan principalmente esta condición comportamientos que constituyen atentados graves contra las personas (o grupos, como ocurre en el genocidio), materializados en violaciones de los derechos humanos<sup>45</sup>. Ello no excluye, sin embargo, la posibilidad de que comportamientos que atenten contra otros intereses especialmente relevantes para la sociedad internacional puedan llegar a ser tipificados como crímenes de Derecho internacional<sup>46</sup>. Así podría

<sup>44</sup> REISINGER CORACINI recuerda que la expresión *core crimes* “emerged during the negotiations [del ECPI] as referring to crimes which a growing majority of states considered as most serious and of concern to the international community as a whole” (REISINGER CORACINI, A., “‘Amended Most Serious Crimes’: A New Category of Core Crimes within the Jurisdiction but out of the Reach of the International Criminal Court?”, *LJIL*, vol. 21 (3), 2008, p. 701).

<sup>45</sup> Los crímenes contra la humanidad se insertan en el núcleo duro de los crímenes de Derecho internacional, núcleo constituido por “las violaciones de los valores más trascendentales de la comunidad internacional”, como es “el respeto de los derechos” (CARDONA LLORENS, J., “Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales y los crímenes internacionales: ¿tipificación o delimitación competencial?”, en: CUERDA RIEZU, A. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2009, p. 195; *vid. asimismo* SCHABAS, W., “Punishment of Non-State Actors in Non-international Armed Conflict”, *Fordham ILJ*, vol. 26 (4), 2003, pp. 910-911; GARCÍA ARÁN, M., “El principio de justicia universal en la L.O. del Poder Judicial español”, en: GARCÍA ARÁN, M., LÓPEZ GARRIDO, D. (coords.) *et al.*, *Crímen internacional y jurisdicción universal (El Caso Pinochet)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 69.

También BASSIOUNI ha puesto de relieve que las cuestiones que afectan a los derechos humanos (“particularly those affecting life, liberty and personal security, safety and well-being”) parecen ser el objeto de la mayoría de los instrumentos internacionales que contienen previsiones penales. En su opinión, ello puede deberse “to the fact that they may have, in comparison with other categories of crimes, a lesser political and ideological dimension, and a less sensitive level of state interest” (BASSIOUNI, M. C., *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 33).

DE GOUTTES, por su parte, no duda en afirmar que las normas de Derecho internacional penal desarrolladas a lo largo de los últimos años han venido “au secours des victimes des violations les plus graves des droits de l’homme” (DE GOUTTES, R., “Droit pénal et droits de l’homme”, en: BOULOC, B. *et al.*, *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, Paris: Dalloz, 2000, pp. 139-140), es decir que, a su modo de ver, el Derecho internacional penal se ha puesto “au service des droits de l’homme” (*ibid.*, p. 142).

<sup>46</sup> *Vid.* BASSIOUNI, M. C., “International Crimes: The *Ratione Materiae* of International Criminal Law”, en: BASSIOUNI, M. C. (ed.), *International Criminal Law*, vol. I (“Sources, Subjects, and Content”), Leiden: Martinus Nijhoff, 2008 (3<sup>rd</sup> ed.), p. 133.

En este sentido podría también interpretarse la cláusula contenida en el artículo 1.F.c) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), por la que se excluye la aplicación de la Convención a toda persona respecto de la que existan motivos fundados para considerar que “se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”, que retoma la previsión del artículo 14.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), por el que se excluye la posibilidad de invocar el derecho a buscar asilo “por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”. Estas previsiones sugieren que la Carta de las Naciones Unidas constituye un instrumento de referencia válido para identificar al menos una serie de valores e intereses básicos para la sociedad internacional que podrían ser objeto de protección incluso por vía penal.

ocurrir, por ejemplo, con otros valores e intereses esenciales de tal relevancia que su garantía se establece en normas jurídicas internacionales de carácter imperativo<sup>47</sup>, y cuya lesión afectaría a “une fonction générale propre du droit international”<sup>48</sup>. Como ejemplo se pueden destacar los intentos de tipificación del crimen de agresión, respecto del cual no se ha alcanzado aún un acuerdo sobre su contenido jurídico preciso<sup>49</sup>, pero cuya incriminación, en todo caso, no estaría orientada a proteger derechos humanos fundamentales, sino a castigar penalmente violaciones a la prohibición del recurso a la amenaza o del uso de la fuerza<sup>50</sup>.

La categoría de los crímenes contra la humanidad es la muestra más clara de la voluntad internacional de reforzar la salvaguardia de los derechos humanos fundamentales por la vía penal<sup>51</sup>. A diferencia de otras categorías criminales, como los

---

<sup>47</sup> KADELBACH sugiere que de la identificación de una norma primaria de *ius cogens* se deducirían diversas consecuencias jurídicas, como la aplicabilidad de todas las normas secundarias que se hayan atribuido al *ius cogens*, el surgimiento de obligaciones *erga omnes* “and, possibly, international criminal law would apply” (KADELBACH, S., “*Ius Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The Identification of Fundamental Norms*”, en: TOMUSCHAT, C. & THOUVENIN, J.-M. (eds.), *The Fundamental Rules of International Legal Order. Ius Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 27; *vid.* también BASSIOUNI, M. C., “International Crimes: *Ius Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*”, en: JOYNER, C. C. (sp. ed.) & BASSIOUNI, M. C. (gen. ed.), *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference, 17-21 September 1998, Nouvelles Études Pénales*, vol. 14, 1998, pp. 142-143). No obstante, “it is undisputed that not all individual *jus cogens* or *erga omnes* violations constitute crimes under international law” (KADELBACH, S., “*Ius Cogens...*”, *cit.*, p. 40). Sobre la punición de las violaciones de normas de *ius cogens*, *vid.* asimismo HANNIKAINEN, L., *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law. Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki: Finnish Lawyers’ Publishing Company, 1988, p. 301.

<sup>48</sup> ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité internationale de l’individu”, *RCADI*, tomo 280, 1999, p. 201.

<sup>49</sup> El ECPI no define el crimen de agresión, que es objeto de una moratoria en virtud del artículo 5.2 ECPI, el cual dispone que: “La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”. Conforme a los dos artículos indicados, la definición de la agresión podrá volver a tratarse en una Conferencia de Revisión convocada por el Secretario General de la ONU siete años después de la entrada en vigor del ECPI, que en principio está prevista para 2010.

<sup>50</sup> También la lesión del principio de libre determinación de los pueblos bajo la forma del colonialismo ha sido frecuentemente considerada un crimen. Sobre este particular, *vid.* BEAUDOUIN, A., “Le maintien par la force d’une domination coloniale”, en: ASCENSIO, H., DECAUX, E. et PELLET, A., *Droit international pénal*, Paris: Éditions A. Pedone, 2000, pp. 427-444. Igualmente, ha habido intentos en el seno de la CDI de tipificar la intervención, lo que supondría un atentado contra el principio de no intervención en los asuntos de la jurisdicción interna de los Estados (*vid.* THOUVENIN, J.-M., “L’intervention”, en: ASCENSIO, H., DECAUX, E. et PELLET, A., *Droit international pénal*, Paris: Éditions A. Pedone, 2000, pp. 447-456. Menos factible parece la tipificación de un crimen que atente contra otros principios, como la cooperación pacífica.

<sup>51</sup> Como indica PLAWSKI, “la notion des crimes contre l’humanité découle du principe que le but suprême de tous les droits est la protection de l’être humain et les droits fondamentaux de l’homme” (PLAWSKI, S., *Étude des principes fondamentaux du droit international pénal*, Paris: LGDJ, 1972, p. 98). A idéntica conclusión llegaba Dautricourt en el informe sobre la definición de los crímenes contra la

crímenes de guerra, cuya aplicabilidad queda circunscrita a un ámbito tradicionalmente objeto de regulación internacional -los conflictos armados-, o el genocidio, cuyo fin último es garantizar la supervivencia de grupos raciales, nacionales, étnicos o religiosos, y por tanto está orientado a una protección de carácter colectivo<sup>52</sup>, los crímenes contra la humanidad despliegan toda su eficacia cuando los Estados privan gravemente a la población de sus derechos más fundamentales, afectando al espacio de desarrollo personal que corresponde a todas las personas dentro de la sociedad.

Por consiguiente, mediante la tipificación de los crímenes contra la humanidad el ordenamiento jurídico internacional aspira a ofrecer garantías de que las personas dispondrán de un ámbito de convivencia que les permita al menos un mínimo desarrollo individual, incluso cuando el propio Estado bajo cuya jurisdicción se encuentren favorezca las violaciones de derechos fundamentales y permita la impunidad de quienes impiden a otros disfrutar de sus derechos. Así, mientras que en Nuremberg la posibilidad de penar los ataques cometidos contra los propios nacionales fue objeto de las máximas reservas (lo que determinó que los crímenes contra la humanidad se incluyeran en el ETMIN condicionados a la conexión con otros crímenes contenidos en el mismo y que fueran apreciados restrictivamente por el TMIN, circunscritos al período de guerra)<sup>53</sup>, a día de hoy no caben dudas respecto de que el trato dispensado por un Estado a los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción tiene en ciertos supuestos repercusión jurídica internacional.

Ahora bien, se ha de tener presente que los crímenes contra la humanidad no pretenden salvaguardar los intereses de los particulares<sup>54</sup>, sino los intereses propios de la humanidad en su conjunto<sup>55</sup>. Por tanto, aunque ciertamente cada una de las conductas

---

humanidad elaborado en el marco de la VIIIª Conferencia Internacional para la unificación del derecho penal (DAUTRICOURT, M. J. Y., "Définition du crime contre l'humanité. Rapport général", en: CORNIL, L. (dir.) et PELLA, V., *VIII<sup>e</sup> Conférence Internationale pour l'unification du droit pénal (Bruxelles, 10 et 11 juillet 1947). Actes de la Conférence*, Paris: Ed. Pedone, 1949, p. 53).

<sup>52</sup> Cfr. LÓPEZ DE LA VIESCA, E., *El delito de genocidio. Consideraciones penales y criminológicas*, Madrid: Edersa, 1999, pp. 249-250.

<sup>53</sup> *Vid. supra* Capítulo I, apartado 3.1.B.

<sup>54</sup> Buena prueba de ello es que los particulares carecen de legitimidad activa para reclamar directamente ante la CPI.

<sup>55</sup> DONNEDIEU DE VABRES, H., *Principes modernes du Droit Pénal International*, Paris: Sirey, 1928, p. 144; CASTILLO, M., "La compétence...", *cit.*, p. 73. ABELLÁN HONRUBIA estima que los bienes jurídicos protegidos por los crímenes de Derecho internacional son dos: la salvaguarda del Estado como tal y la salvaguarda del ser humano, pero no de forma individual, sino colectivamente considerado, es decir la humanidad (ABELLÁN HONRUBIA, V., "La responsabilité...", *cit.*, pp. 199-200). También WERLE estima que

incriminadas a título de crímenes contra la humanidad afecta a bienes jurídicos individuales<sup>56</sup> –los derechos humanos fundamentales reconocidos a todas las personas–, el bien jurídico protegido por la categoría ha de buscarse entre los valores y/o intereses en torno a los que el orden público internacional se articula.

Más concretamente, deberá ser aquel valor o interés que resulta especificado a través de la positivación de los derechos humanos fundamentales y que en última instancia se pretende salvaguardar mediante el establecimiento de la prohibición internacional de lesionar dichos derechos: la **dignidad humana**<sup>57</sup>. Como el TPIY señaló en el asunto *Kupreškić*, los crímenes contra la humanidad “are intended to safeguard basic human values by banning atrocities directed against human dignity”<sup>58</sup>.

La dignidad humana –es decir, el valor intrínseco que todos los seres humanos tienen por el mero hecho de serlo<sup>59</sup>, “la cualidad que hace a un ser merecedor de tener derechos”<sup>60</sup>, de manera que el respeto a la dignidad de las personas implica que no

---

el interés protegido por la incriminación de estos crímenes es la humanidad, que él describe como un “minimal standard of the rules of coexistence” (WERLE, G., *Principles of International Criminal Law*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2005, p. 220).

<sup>56</sup> GIL GIL define los crímenes contra la humanidad como “atentados contra bienes jurídicos individuales fundamentales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto*” (GIL GIL, A., *Derecho penal...*, *cit.*, p. 151; en idéntico sentido LAURENZO COPELLO, P., “Hacia la Corte Penal Internacional”, en: DIRECCIÓN GENERAL DE LA GUARDIA CIVIL/UNED, *XII Seminario...*, *cit.*, p. 48).

<sup>57</sup> *Vid.* ZOLLER, E., “La définition des crimes contre l’humanité”, *JDI*, vol. 120 (3), 1993, p. 552; DAVID, É., “Les valeurs, politiques et objectifs du droit pénal international à l’heure de la mondialisation”, en: AA.VV., “*International Criminal Law: Quo Vadis?*”. *Proceedings of the International Conference held in Siracusa, Italy, 28 November – 3 December 2002, on the Occasion of the 30th Anniversary of ISISC, Nouvelles Études Pénales*, nº 19, 2004, p. 158. Según SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: “Los derechos fundamentales son considerados como facultades o pretensiones integrantes del *status* básico del individuo, elementos imprescindibles para su desarrollo y proyección inmediata de su dignidad como persona. Aunque la condición de los mismos no se capta adecuadamente considerándolos como un desarrollo lógico inevitable de la dignidad, sin reparar en los condicionantes históricos o políticos de su reconocimiento concreto, no cabe duda de que son una especificación de la misma. Su positivación ha de explicarse como resultado de la pretensión de dotarles de eficacia al establecer su contenido y conferirles la protección que el Estado confiere a su ordenamiento” (SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., “Dignidad humana”, en: AA.VV., *Enciclopedia jurídica básica*, vol. II, Madrid: Civitas, 1995, p. 2491).

<sup>58</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso nº IT-95-16-T, *cit.*, párr. 537.

<sup>59</sup> VAN RAEMDONCK, D., “Droits de l’homme et intérêt collectif”, en: BERNS, T. (dir.), *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 303.

<sup>60</sup> ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., “Artículo 1”, en: ASOCIACIÓN PARA LAS NACIONES UNIDAS EN ESPAÑA, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Barcelona: Icaria, 1998, p. 105. En consecuencia, los seres humanos “pueden ser titulares de derechos porque tienen dignidad” (*ibid.*).

pueden ser tratadas como objetos o instrumentos por parte del Estado o los demás<sup>61</sup>- se erige entonces en el bien jurídico protegido por los crímenes contra la humanidad<sup>62</sup>, y cada uno de los actos incriminados dentro de esta categoría lo están por atentar en abstracto contra la misma, y por atacar en concreto contra los diversos derechos y valores subyacentes que se derivan de ella<sup>63</sup>. Así pues, procede detenerse a analizar el alcance jurídico internacional de este valor.

La “fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derecho de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”<sup>64</sup> aparece ya proclamada en el Preámbulo de la CNU<sup>65</sup>. Ésta constituye el punto de partida de la cristalización en el ordenamiento jurídico internacional<sup>66</sup> del principio de respeto a la dignidad humana como un principio

---

<sup>61</sup> VAN RAEMDONCK, D., “Droits...”, *cit.*, p. 303; MERCADER UGUINA, J. R., “El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, *AFDUAM*, vol. 7 (2003), p. 194; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., “Dignidad...”, *cit.*, p. 2490.

<sup>62</sup> Según CASSESE, los crímenes contra la humanidad son acciones que, entre otros rasgos, tienen en común el ser “*particularly odious offences* in that they constitute a serious attack on human dignity or a grave humiliation or degradation of one or more human beings” (CASSESE, A., *International...*, *cit.*, p. 64). También el TPIY vincula expresamente la noción de dignidad humana a los crímenes contra la humanidad, al tratar de establecer un criterio general que pueda servir para identificar qué comportamientos pueden merecer tal calificación. Al respecto, ha afirmado que “more defined parameters for the definition of human dignity can be found in international standards on human rights such as those laid down in the Universal Declaration on Human Rights of 1948, the two United Nations Covenants on Human Rights of 1966 and other international instruments on human rights or on humanitarian law. Drawing upon the various provisions of these texts it proves possible to identify a set of fundamental rights appertaining to any human being, the gross infringement of which may amount, depending on the surrounding circumstances, to a crime against humanity” (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 621).

<sup>63</sup> Esta afirmación también es predicable de la persecución como crimen contra la humanidad, cuya incriminación fundamentada en la no discriminación deriva de la exigencia última de respeto a la dignidad humana, cuestión ésta sobre la que se volverá en el Capítulo IV.

<sup>64</sup> GONZÁLEZ CAMPOS considera que “quizá sea el Preámbulo de este texto [la CNU] el que refleje mejor el sentido político de esta proclamación de los derechos humanos como “valor” esencial en la comunidad internacional” (GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas”, en: AA.VV., *ONU año XX 1946-1966*, Madrid: Tecnos, 1966, p. 250).

<sup>65</sup> La CNU fue el segundo texto internacional que incorporó la noción de *dignidad*, recogida por primera vez en la Declaración de Filadelfia, de 10 de mayo de 1944, relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, en cuyo apartado II se señalaba que: “La Conferencia, convencida de que la experiencia ha demostrado plenamente cuán verídica es la declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, según la cual la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social afirma que: a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”.

<sup>66</sup> El alcance jurídico de la referencia en el Preámbulo de la CNU a la dignidad humana y a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres no está exento de discusión. Algunos autores sostienen que la no inclusión de un catálogo de derechos humanos, tal y como habían propuesto ciertos Estados durante la Conferencia de San Francisco, cuya elaboración fue pospuesta y encargada a la Asamblea General, debe ser interpretada en el sentido de que estas referencias tienen únicamente un carácter declarativo

estructural<sup>67</sup>, del que se deriva la obligación general de respetar y proteger los derechos humanos<sup>68</sup>. Dicho principio, en palabras de CARRILLO SALCEDO, “ha venido a añadirse al principio constitucional tradicional, el de la soberanía de los Estados”, haciendo que éste resulte “erosionado y relativizado”, aunque no haya sido “desplazado ni eliminado”<sup>69</sup>. Así, en la sociedad internacional inaugurada por la CNU el trato que los Estados dan a las personas sujetas a su jurisdicción deja de ser una cuestión estrictamente doméstica, en virtud del carácter internacional de la obligación de proteger los derechos humanos basada en el respeto a la dignidad humana<sup>70</sup>.

Dos años después de la adopción de la CNU, en 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) afirmará con contundencia que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (considerando primero del Preámbulo)<sup>71</sup>. De esta manera, la DUDH hace reposar la consecución de la paz internacional no sólo en el reconocimiento de los derechos humanos, sino también en el reconocimiento de la *dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana*. Siguiendo a DICKE, ello supone que la dignidad “is

---

(WOLFRUM, R., “Preamble”, en: SIMMA, B. (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 46-47). Ahora bien, aunque la CNU no establece normas concretas relativas a los derechos humanos, sí formula el principio de protección y promoción internacional de los mismos (TRUYOL Y SERRA, A., *Los derechos humanos*, Madrid: Tecnos, 1977 (2ª ed.), p. 27), del que se derivan obligaciones para los Estados.

<sup>67</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid: Trotta, 1999, p. 19; *vid.* también GROS ESPIELL, H., *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid: Civitas, 1988, pp. 26-28.

<sup>68</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., *Dignidad...*, *cit.*, p. 17. *Vid.* asimismo la resolución adoptada por el Institut de Droit International en su sesión de Santiago de Compostela (1989), titulada “La protection des droits de l’homme dans les affaires intérieures des États”, cuyo artículo 1 afirma: “Les droits de l’homme sont l’expression directe de la dignité de la personne humaine. L’obligation pour les États d’en assurer le respect découle de la reconnaissance même de cette dignité que proclament déjà la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l’homme” (*AIDI*, vol. 63-II, 1990, p. 340).

<sup>69</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 2001 (2ª ed.), pp. 37-38. *Vid.* también CLEVELAND, H., “The Internationalization of Internal Affairs”, en: HENKIN, A. H. (ed.), *Human Dignity. The Internationalization of Human Rights*, New York/Dobbs Ferry/Alphen aan den Rijn: Aspen Institute for Humanistic Studies/Oceana Publications/Sijthoff & Noordhoff, 1979, p. 46; WILSON, T.W., JR., “A Bedrock Consensus of Human Rights”, en: *ibid.*, pp. 47-52.

<sup>70</sup> TRUYOL Y SERRA, A., *Los derechos...*, *cit.*, p. 29. CARRILLO SALCEDO, J. A., *Dignidad...*, *cit.*, p. 45; CARRILLO SALCEDO, J. A., “Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public”, *RCADI*, tomo 257, 1996, pp. 65-66.

<sup>71</sup> La DUDH reitera la referencia a la dignidad humana en otras cuatro ocasiones. Además de dos menciones en el marco de los derechos económicos y sociales (artículos 22 y 23), de nuevo el Preámbulo reproduce en su quinto considerando la mención contenida en la CNU, para insistir en su artículo 1 en que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, han de comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

considered the fundamental principle in light of which each and every policy and lawmaking to secure freedom, to implement justice and to maintain peace must be seen”<sup>72</sup>.

También el PIDCP y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos de 1966, reiterarán esta idea, al afirmar en su Preámbulo común que “conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”, derechos que “se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

El respeto a la dignidad humana se erige entonces no sólo en principio fundamentador de los derechos humanos, sino también en principio informador de la actuación del Estado en el plano internacional, y por consiguiente en un principio estructural del ordenamiento jurídico internacional. De esta forma, los límites al poder del Estado no vienen únicamente impuestos por el respeto a la soberanía de los demás Estados, sino también por el respeto a la dignidad de las personas sometidas a su jurisdicción<sup>73</sup>, bajo la cual disfrutan de los derechos humanos que el ordenamiento jurídico internacional les reconoce<sup>74</sup>. Al respecto señala GONZÁLEZ CAMPOS que “la comunidad internacional, en la creación de un orden jurídico de paz, requiere un *tipo de Estado* determinado y concreto, que será aquel que, mediante la afirmación de los derechos y libertades del hombre, haga posible el desarrollo de la persona como ser social en su comunidad política y en la comunidad internacional”<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> DICKE, K., “The Founding Function of Human Dignity”, en: KRETZMER, D. & KLEIN, E. (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2002, p. 115.

<sup>73</sup> GONZÁLEZ CAMPOS llama la atención sobre el “cambio en la perspectiva axiológica del orden internacional” que resulta de la afirmación de los derechos humanos en la CNU: “mediante la protección de los derechos humanos, se trata de volver a una concepción «personalista», en la cual se afirman lo que Charles de Visscher ha llamado los «fines humanos del poder». Se busca esencialmente, subordinar la actuación del poder político a los fines de la persona, no sólo como límites de su acción, sino también como inspiración de una positiva acción de Gobierno” (GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “La protección...”, *cit.*, p. 253).

<sup>74</sup> *Vid.* CASSESE, A., *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 144.

<sup>75</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “La protección...”, *cit.*, p. 253; también ABELLÁN HONRUBIA, V., “Internacionalización del concepto y contenido de los derechos humanos”, en: JIMÉNEZ DE PARGA, R., ABELLÁN HONRUBIA, V. y FERREIRO LAPATZA, J. J., *Tres lecciones magistrales. Inauguración de los cursos 1995-1996, 1996-1997 y 1997-1998*, Madrid: Marcial Pons / Barcelona: Universidad de Barcelona, 1998, pp. 45-47; RISSE, T. & SIKKINK, K., “The socialization of international human rights norms into domestic

Sobre este particular, es significativo el tenor de la resolución adoptada por el Institut de Droit International en su sesión de Lausanne de 1947 (“Les droits fondamentaux de l’homme, base d’une restauration du droit international”), en la que se denunciaba que “les régimes qui ont asservi et dégradé la personne humaine ont recherché dans cette subordination totale de l’homme à leurs fins politiques les moyens de se livrer à des entreprises d’agression et de conquête”.

Sobre esta base, afirmaba en su artículo I que:

“La reconnaissance et le respect des droits inhérents à la personne humaine, que doit servir et non asservir l’État, sont intimement liés au progrès du Droit des Gens.

Cette reconnaissance et ce respect sont à la base de toute conception fonctionnelle du Pouvoir – Pouvoir qui puise son titre dans son aptitude à réaliser les fins individuelles et sociales de la personne humaine.”

Por consiguiente, además de rechazar que el individuo fuera tratado como una herramienta al servicio del poder estatal, la resolución hacía residir en el respeto a los derechos humanos en el ámbito interno la eficacia del orden jurídico internacional<sup>76</sup>.

En definitiva, los Estados se encuentran vinculados por una serie de obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos que no se derivan únicamente de los compromisos convencionales que hayan adquirido, sino también y sobre todo de las obligaciones jurídicas derivadas del principio de respeto a la dignidad humana. Pero la relevancia que para el orden público internacional presenta la salvaguarda de la dignidad humana se manifiesta asimismo en el hecho de que, en determinadas circunstancias, su lesión acarrea consecuencias no sólo para los Estados, sino que también los particulares incurrirán por ello en responsabilidad penal internacional, y justifica la necesidad de intervenir penalmente en los supuestos de ataques graves contra la misma, tanto por su valor inherente como por su incidencia en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales<sup>77</sup>.

---

practices: introduction”, en: RISSE, T., ROPP, S. C. & SIKKINK, K., *The power of human rights: international norms and domestic change*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 3, y RISSE, T. & ROPP, S. C., “International human rights norms and domestic change: conclusions”, en: *ibid.*, p. 234.

<sup>76</sup> “Un ordre juridique efficace entre États est inséparable du respect de la personne humaine dans l’ordre interne de chaque État” (artículo III).

<sup>77</sup> PELLA, V. V., *La guerre-crime et les criminels de guerre*, Neuchatel: Éditions de Baconnière. 1964, p. 49.

**1.2. LA ESPECIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPETO DE LA DIGNIDAD HUMANA: CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

En la medida en que el bien jurídico protegido por la categoría general es la dignidad humana, sólo pueden ser crímenes contra la humanidad las **violaciones manifiestas o flagrantes de derechos humanos fundamentales**<sup>78</sup>, tal y como la jurisprudencia ha reconocido expresamente<sup>79</sup>. No existe, sin embargo, una enumeración cerrada de tales derechos, ni hay acuerdo entre la doctrina respecto de los criterios a seguir para su determinación.

Para la identificación de aquellos derechos humanos que pueden ser considerados fundamentales es preciso recurrir a otros sectores del ordenamiento jurídico internacional distintos del Derecho internacional penal; en particular, la aplicación de los parámetros normativos del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario permitirán establecer cuándo la violación de tales derechos fundamentales contraviene el Derecho internacional, sea convencional o consuetudinario<sup>80</sup>. Con el fin de disponer de catálogo meramente orientativo (pues intentar llegar a conclusiones definitivas en este punto es un objetivo que trasciende en mucho esta investigación) de derechos fundamentales una lista de derechos fundamentales que permita concretar en alguna medida el contenido del principio de respeto a la dignidad humana, y que además sirva ulteriormente de base al estudio de la noción de *persecución*<sup>81</sup>, aquí se seguirá

<sup>78</sup> Tanto la Comisión de Expertos sobre la ex Yugoslavia, establecida en virtud de la resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad, como la Comisión de Expertos sobre Ruanda, establecida en virtud de la resolución 935 (1994) del Consejo de Seguridad, estimaron que los crímenes contra la humanidad son “violaciones manifiestas de las normas fundamentales del derecho humanitario y del relativo a los derechos humanos” (ONU, Docs. S/25274, *Carta de fecha 9 de febrero de 1993 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General*, 10 de febrero de 1993, “Anexo I: Informe provisional de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la Resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad”, párr. 49, y S/1994/1125, *Carta de fecha 1 de octubre de 1993 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General*, 4 de octubre de 1994, “Anexo I: Informe preliminar de la Comisión de expertos independientes establecida de conformidad con la resolución 935 (1994) del Consejo de Seguridad”, párr. 118). *Vid.* también POCAR, F., “The Rome Statute of the International Criminal Court and Human Rights”, en: POLITI, M. & NESI, G. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Challenge to Impunity*, Aldershot/Burlington: Ashgate, 2005 (reprint.), p. 68.

<sup>79</sup> Al respecto, es oportuno traer a colación la sentencia de instancia en el asunto *Kupreškić*, en la que el TPIY, aplicando el criterio *eiusdem generis*, llegaba a la conclusión de que “only gross or blatant denials of fundamental human rights can constitute crimes against humanity” (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 620).

<sup>80</sup> En consecuencia, los derechos humanos violados por la persecución podrán ser aquellos que tienen el carácter de fundamentales en virtud tanto de normas internacionales convencionales como consuetudinarias (ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, sentencia de instancia, 15 de marzo de 2002, párr. 431; *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 621), o incluso de principios generales.

<sup>81</sup> *Vid. infra* Capítulo IV, apartado 2.1.

esencialmente el criterio propuesto por el Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH) en su Observación General nº 29, relativa a la suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, conforme al cual pueden considerarse derechos fundamentales aquellos derechos respecto de los cuales existen obligaciones establecidas en normas de *ius cogens*<sup>82</sup>.

Una primera lista para seleccionar dentro del elenco de derechos humanos reconocidos por los Estados a los individuos aquellos que integrarían ese “núcleo irreductible” por ser considerados fundamentales la proporciona un tratado internacional de carácter universal como el PIDCP en su artículo 4, relativo a la suspensión de derechos en situaciones excepcionales. El apartado 2 de dicho precepto expresamente excluye la posibilidad de suspender en cualquier circunstancia los artículos 6 (derecho a la vida), 7 (prohibición de las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, o de los experimentos médicos o científicos que no sean libremente consentidos), 8 -párrafos 1 y 2- (prohibición de la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre), 11 (prohibición de ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual), 15 (principio de legalidad en materia penal), 16 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica) y 18 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) del PIDCP.

A estos habría que añadir, además, la obligación de respetar el principio de no discriminación, que se introduce en el apartado 1 del mismo precepto como una condición ineludible para que cualquier derogación de los derechos contenidos en el Pacto sea legítima. Al respecto, el CDH ha afirmado que:

“Aun cuando el artículo 26 y las demás disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación (artículos 2 y 3, párrafo 1 del artículo 14, párrafo 4 del artículo 23, párrafo 1 del artículo 24 y artículo 25) no figuran entre las disposiciones que según el párrafo 2 del artículo 4 no pueden ser suspendidas, existen elementos o dimensiones

---

<sup>82</sup> CDH, *Observación General Nº 29: Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (artículo 4)*, 2001, párr. 11, en: ONU, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol.I), *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos-Volumen I*, 27 de mayo de 2008, p. 284. Vid. también CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 2001 (2ª ed.), pp. 151-152; 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. 37; QUEL LÓPEZ, F. J., “La protección internacional de los derechos humanos: aspectos generales”, en: FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid: Dilex, 2003 (2ª ed.), pp. 93-94.

del derecho a la no discriminación que no admiten excepción en circunstancia alguna”<sup>83</sup>.

El CDH ha precisado que la consideración de algunos de estos derechos como fundamentales no viene dada por su inderogabilidad incluso en situaciones de excepción<sup>84</sup>, sino porque respecto de ellos surgen obligaciones que “tienen el carácter de normas imperativas de derecho internacional”<sup>85</sup>. En consecuencia, ni todos los derechos inderogables enumerados son fundamentales ni esta enumeración agota la lista de derechos que pueden ser considerados fundamentales<sup>86</sup>, sino que el criterio a seguir es que pertenezcan al *ius cogens*<sup>87</sup>. Así, por ejemplo, no tienen la consideración de derechos fundamentales la prohibición de ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual, ni la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión,

<sup>83</sup> CDH, *Observación General N° 29*, cit., párr. 8, p. 283.

<sup>84</sup> Cfr. BOOT, M., *Genocide...*, cit., § 494, p. 518, que considera fundamentales aquellos derechos humanos regulados por disposiciones que no admiten reservas y aquellos inderogables, tomando como referencia el párrafo 8 de la Observación General n° 24 del CDH (CDH, *Observación General N° 24: Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*, 1994, párr. 8, en: ONU, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol.I), *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos-Volumen I*, 27 de mayo de 2008, p. 254: “[...] las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (y *a fortiori* cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas. Así pues, un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, de privar arbitrariamente a las personas de la vida, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de denegar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fomento del odio nacional, racial o religioso, de denegar a las personas en edad núbil el derecho a contraer matrimonio o el de denegar a las minorías el derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma”).

<sup>85</sup> CDH, *Observación General N° 29*, cit., párr. 11, p. 284; *vid.* también VAN BOVEN, T. C., “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en: VASAK, K. (ed.), *Las dimensiones...*, cit., p. 82; ORAA, J., *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 94.

<sup>86</sup> *Vid.* MERON, T., *Human Rights Law...*, cit., pp. 192-194.

<sup>87</sup> *Vid.* SIMMA, B. & ALSTON, P., “The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles”, *Aust. YIL*, vol. 12, 1988-1989, p. 103; ORAA, J., *Human...*, cit., p. 96; CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía...*, cit., pp. 151-153; ABELLÁN HONRUBIA, V., “Internacionalización del concepto y contenido de los derechos humanos”, en: JIMÉNEZ DE PARGA, R., ABELLÁN HONRUBIA, V. y FERREIRO LAPATZA, J. J., *Tres lecciones magistrales. Inauguración de los cursos 1995-1996, 1996-1997 y 1997-1998*, Madrid: Marcial Pons / Barcelona: Universidad de Barcelona, 1998, pp. 43-44. Su carácter esencial conllevaría que dicho carácter inderogable fuera visto como un reflejo de la imperatividad de las normas que los regulan (CHOWDHURY, S. R., *Rule of Law in State of Emergency. The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*, New York: St Martin’s Press, 1989, p. 145). La CBH también ha destacado este dato, si bien considera que sólo presentan esa naturaleza las normas que prohíben la tortura y la esclavitud –pese a que también califica de “the most basic and universally recognised human rights” a otros como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a detención arbitraria (CBH, asunto *Dragan Damjanović*, n° X-KR-05/51, sentencia de instancia, 15 de diciembre de 2006, p. 46).

ambos incluidos en el artículo 4 PIDCP porque en un estado de excepción no resulta necesario suspender su vigencia<sup>88</sup>.

Por el contrario, existen otras prácticas que afectan a determinados derechos humanos contrarias a normas imperativas de Derecho internacional que no se incluyen en el artículo 4 PIDCP. El CDH ha considerado que se encuentran entre estas “la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia”<sup>89</sup>. La prohibición de tales comportamientos aparece asimismo establecida en el Derecho internacional humanitario<sup>90</sup>, que reconoce un mínimo ineludible de trato establecido en las garantías fundamentales reconocidas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Conforme a este precepto, “están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar”, respecto de las personas que no participan directamente en las hostilidades:

“a) Los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;

b) La toma de rehenes;

c) Los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio por un tribunal regularmente constituido y dotado de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”.

---

<sup>88</sup> CDH, *Observación General N° 29*, cit., párr. 11, p. 284; BUERGENTHAL, T., “To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations”, en: HENKIN, L. (ed.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, New York: Columbia University Press, 1981, p. 83. La no inclusión de un derecho en la lista de derechos inderogables tampoco significa que esté automáticamente permitida su derogación, pues, de acuerdo con ORAA, en situaciones de emergencia también se ha de aplicar estrictamente el principio de proporcionalidad (ORAA, J., *Human...*, cit., p. 94).

<sup>89</sup> CDH, *Observación General N° 29*, cit., párr. 11, p. 284. *Vid.* también MERON, T., *Human Rights Law...*, cit., pp. 191-192.

<sup>90</sup> *Vid.* CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía...*, cit., p. 153; MARKS, S. P., “Principios y normas de derechos humanos aplicables a situaciones de emergencia: subdesarrollo, catástrofes y conflictos armados”, en: VASAK, K. (ed.), *Las dimensiones...*, cit., pp. 297-301. Así lo ha confirmado el TPIY: “[...] most norms of international humanitarian law, in particular those prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide, are also peremptory norms of international law or *jus cogens*, i.e. of a non-derogable and overriding character” (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, cit., párr. 520). Sobre la violación de normas fundamentales de Derecho internacional humanitarios y de derechos humanos mediante la comisión de crímenes contra la humanidad, *vid.* ONU, Docs. S/25274, *Carta de fecha 9 de febrero de 1993 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General*, 10 de febrero de 1993, “Anexo I: Informe provisional de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la Resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad”, párr. 49, y S/1994/1125, S/1994/1125, *Carta de fecha 1 de octubre de 1993 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General*, 4 de octubre de 1994, “Anexo I: Informe preliminar de la Comisión de expertos independientes establecida de conformidad con la resolución 935 (1994) del Consejo de Seguridad”, párr. 118.

De esta forma, el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario confluyen en este punto para garantizar que en cualquier circunstancia se aplican “niveles mínimos de protección del ser humano”<sup>91</sup>. Esta finalidad marca el punto de convergencia entre ambos sectores del Derecho internacional. Según el TPIY, la protección de la dignidad humana es un principio general que constituye la auténtica razón de ser del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos, pues intenta amparar a los seres humanos “from outrages upon their personal dignity, whether such outrages are carried out by unlawfully attacking the body or by humiliating and debasing the honour, the self-respect or the mental well being of a person”<sup>92</sup>.

En definitiva, son derechos fundamentales **aquellos cuyo respeto resulta imperativo para garantizar la protección de la dignidad humana**, y entre los cuales se encontrarían: el derecho a la vida; la prohibición de las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; la prohibición de la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre; el principio de legalidad en materia penal<sup>93</sup>; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; ciertos aspectos del derecho a la libertad (como el no ser tomado como rehén, la prohibición de la privación arbitraria de la libertad, o la no deportación o traslado forzoso de población “sin motivos autorizados por el derecho internacional, en forma de desplazamiento forzado de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes”<sup>94</sup>), y el derecho a que se observen los principios fundamentales de juicio imparcial. Asimismo, determinados aspectos vinculados a la no discriminación y a la protección de las minorías deben ser

<sup>91</sup> BOUCHET-SAULNIER, F., *Diccionario práctico de derecho internacional humanitario*, Barcelona: Península, 2001, pp. 264-265; JORGE URBINA, J., “La protection des personnes civiles au pouvoir de l’ennemi et l’établissement d’une juridiction pénale internationale”, *RICR*, n° 840, 2000, pp. 869-870.

<sup>92</sup> ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, caso n° IT-95-17/1-T, sentencia de instancia, 10 de diciembre de 1998, párr. 183.

<sup>93</sup> De acuerdo con CHOWDHURY, existe el consenso entre los juristas respecto del carácter básico de estos cuatro primeros derechos, en tanto su carácter inderogable se reconoce de forma coincidente en el PIDCP, el CEDH y la CADH (CHOWDHURY, S. R., *Rule...*, *cit.*, p. 145), a los que se añadiría el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949 (*ibid.*). Al respecto, *vid.* MERON, T., “On a Hierarchy...”, *cit.*, p. 11; ORAÁ, J., *Human...*, *cit.*, p. 96. Para GUNN y SCARRITT los derechos más fundamentales son la supervivencia física y la seguridad y subsistencia (GUNN, T. R., & SCARRITT, J. R., “Minorities Rights at risk: A Global Survey”, *HRQ*, vol. 11 (3), 1989, p. 379); estos autores ofrecen asimismo distintas posiciones doctrinales que van de una concepción amplia de los derechos fundamentales a una visión restrictiva que limita la lista de los derechos básicos para la preservación de la vida (*ibid.*).

<sup>94</sup> CDH, *Observación General n° 29*, *cit.*, párr. 13.a), b) y d), pp. 284-285. En relación con la privación de libertad y la toma de rehenes, *vid.* también CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt*, *C.I.J. Recueil 1980*, párr. 91, p. 42.

igualmente observados en todo momento, en virtud de la prohibición de prácticas tales como el genocidio<sup>95</sup>, la discriminación racial o la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia<sup>96</sup>. Esta lista viene corroborada por la doctrina, que incluso propone catálogos más amplios de derechos no derogables, aunque sin entrar a determinar cuáles están específicamente regulados en normas imperativas<sup>97</sup>.

El requisito de que los derechos humanos lesionados sean fundamentales queda satisfecho en las conductas incluidas en la tipificación consuetudinaria de la categoría, que abarcan desde la lesión del derecho a la vida y del derecho a la integridad física y mental hasta diferentes manifestaciones de la libertad personal, sin que la lista de actos incriminados agote el elenco de los posibles crímenes contra la humanidad. De hecho, dado que no existe una enumeración cerrada y definitiva que indique cuáles son tales derechos humanos fundamentales, tampoco es posible establecer una lista tasada de

---

<sup>95</sup> Vid. CIJ, *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1951, p. 23.

<sup>96</sup> CDH, *Observación General n° 29, cit.*, párr. 13.c) y e), p. 285.

<sup>97</sup> Vid. la *Declaración de Normas Humanitarias Mínimas* o “*Normas de Turku*”, entre las cuales se incluyen: el reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho al honor, a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; la no discriminación; mínimas garantías para las personas privadas de libertad; el derecho a un recurso eficaz; la prohibición de ataques contra las personas que no participen en actos de violencia; la prohibición de actos de terrorismo; el derecho a permanecer en paz en el propio hogar y en el lugar de residencia; el derecho a la vida; mínimas garantías judiciales penales; derechos del niño (ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/55, *Declaración de normas humanitarias mínimas*, 12 de agosto de 1991). De acuerdo con DRZEWICKI, esta Declaración “consists largely of rules constituting the reaffirmation of modern international law but also contains aspects of its progressive development” (DRZEWICKI, K., “The Concept of Minimum Humanitarian Standards”, *Polish Quarterly of International Affairs*, vol. 8 (3), 1999, p. 67). La tarea de identificar un conjunto de normas básicas de humanidad sigue en la agenda de la ONU, desarrollándose primero en el seno de la Comisión de Derechos Humanos (vid. su decisión 2004/118, de 21 de abril de 2004, en: ONU, Doc. E/2004/23-E/CN.4/2004/127, *Comisión de Derechos Humanos. Informe sobre el sexagésimo período de sesiones (15 de marzo a 23 de abril de 2004)*, pp. 392-393) y desde 2006 en el seno del Consejo de Derechos Humanos, con el objeto de “fortalecer la protección práctica de las personas en todas las circunstancias” (ONU, Doc. E/CN.4/2006/87, *Normas básicas de humanidad. Informe del Secretario General*, 3 de marzo de 2006, párr. 2; vid. también Doc. A/HRC/8/14, *Normas básicas de humanidad. Informe del Secretario General*, 28 de mayo de 2008). Vid. también los *Estándares Mínimos de París* elaborados por la International Law Association (ILA), que incluyen entre los derechos inderogables los siguientes: derecho a la personalidad jurídica; no sometimiento a esclavitud o servidumbre; no discriminación; derecho a la vida; no privación arbitraria de la libertad; no sometimiento a tortura; derecho a un juicio justo; libertad de pensamiento, conciencia y religión; no detención por impago de una obligación contractual; derechos de las minorías; derecho a fundar una familia; derecho a un nombre; derechos del niño; derecho a la nacionalidad; derecho a participar en los asuntos públicos; derecho a un recurso (vid. LILLICH, R. B., “The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency”, *AJIL*, vol. 79 (4), 1985, pp. 1073-1081); asimismo vid. los *Principios de Siracusa* n° 58-60 y 66-70 (AA.VV., “The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights”, *HRQ*, vol. 7 (1), 1985, pp. 9-13).

actos que puedan constituir una violación de estas características<sup>98</sup>, sino que cualquier otro acto inhumano que presente una gravedad comparable a los recogidos en la tipificación consuetudinaria de la categoría es susceptible de constituir un crimen contra la humanidad<sup>99</sup>, lo que por lo demás permite una constante actualización de la categoría, en virtud del consenso que exista en cada momento respecto de qué derechos humanos merecen ser considerados fundamentales.

### 1.3. 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.

Diferente del bien jurídico que se pretende salvaguardar mediante la prohibición de los crímenes contra la humanidad es el motivo último que impulsa al Derecho internacional a castigar penalmente la realización de tales conductas (la *ratio puniendi*). Así pues, identificado ya el bien jurídico protegido por la categoría de los crímenes contra la humanidad, esto es, la dignidad humana, procede hacer algunas precisiones relativas a la finalidad que el ordenamiento jurídico internacional pretende conseguir con la incriminación de esta categoría criminal, lo que permitirá disponer de un criterio teleológico que puede ser de utilidad a la hora de delimitar los elementos que integran la categoría.

La primera idea que hay que retener es que, en la medida en que la aplicación de cualquier ordenamiento penal debe estar supeditada al principio de intervención mínima, es evidente que no toda violación de derechos humanos puede generar responsabilidad penal internacional. Dado el carácter de última *ratio* del Derecho penal,

---

<sup>98</sup> SCHWELB habla de una enumeración exhaustiva sólo en la forma, pero no en la sustancia (SCHWELB, E., "Crimes Against Humanity", *BYIL*, vol. 23, 1946, p. 191).

<sup>99</sup> *Vid.* el artículo 7.1.k) ECPI, que incluye entre los crímenes contra la humanidad "otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física", en términos similares al tipo residual de "otros actos inhumanos" que la CDI incluyó en el artículo 18.k) de su Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad, aprobado en segunda lectura en 1996. La decisión de incorporar un tipo residual (que, por lo demás, se ha conservado en la tipificación consuetudinaria de la categoría) se basó en el reconocimiento de que "era imposible hacer una lista exhaustiva de todos los actos inhumanos que podían constituir crímenes contra la humanidad" (ONU, Doc. A/50/10, *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 47º periodo de sesiones, 2 de mayo a 21 de julio de 1995*, párr. 50, comentario al artículo 18, párr. 17). Para poder ser considerado un crimen contra la humanidad, la CDI estimaba que cualquier otro acto inhumano no enumerado expresamente debía satisfacer dos requisitos: el primero era que debía tratarse de "otros actos que sean de gravedad similar a la de los enumerados en los apartados anteriores", mientras que en segundo lugar se exigía que el acto lesionara "al ser humano en lo que se refiere a su integridad física o mental, su salud o su dignidad" (*ibid.*).

esa intervención sólo estará prevista para los ataques más graves contra los mismos<sup>100</sup>. Por el contrario, para responder frente a atentados de menor gravedad contra los derechos humanos existen en el Derecho internacional otras normas, cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad del Estado, pero cuya punición no alcanza al individuo<sup>101</sup>.

Siendo como es el ordenamiento jurídico internacional eminentemente estatocéntrico, del hecho de que la responsabilidad por determinados comportamientos no se limite al Estado, sino que también se haga recaer en el individuo, se puede deducir la gravedad extrema que para la sociedad internacional presentan tales conductas. De hecho, ante semejantes comportamientos se desdobra la responsabilidad por la infracción de la norma primaria de prohibición de esas conductas: por una parte, cabe apreciar la responsabilidad del Estado por la comisión de un hecho ilícito (consistente en la inobservancia de la obligación de proteger los derechos fundamentales), si ese hecho le es atribuible, y, por otra, se castiga también a los autores materiales del acto con independencia de que éste pueda o no ser atribuible al Estado<sup>102</sup>, siempre que se den

---

<sup>100</sup> En virtud del principio de intervención mínima, que rige y limita el poder punitivo del Estado (MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, Barcelona: Bosch, 1975, p. 59). Esa gravedad vendrá determinada por la gran escala de las violaciones de derechos humanos (*vid.* GIL GIL, A., *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid: Tecnos, 1999, p. 145) o por la sistematicidad del ataque (*vid.* por ejemplo CONDORELLI, L., “La Cour Pénale Internationale: Un pas de géant (pourvu qu’il soit accompli...)”, *RGDIP*, tomo 103 (1), 1999, p. 10).

<sup>101</sup> SUR advierte del riesgo de que la salvaguardia de los derechos humanos fundamentales por la vía penal, operativa en situaciones excepcionales, pueda paradójicamente acarrear una regresión de la protección de los derechos humanos en situaciones de normalidad, dado que la protección penal es una protección de mínimos. En consecuencia, poner el acento “sur ce minimum vital garanti risque de conduire, sinon à dévaloriser les autres droits, mais à se satisfaire de son respect en minorant les exigences supplémentaires” (SUR, S., “Vers une Cour Pénale Internationale: la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité”, *RGDIP*, tomo 103, 1999, p. 35).

<sup>102</sup> DOMINICE, C., “La question de la double responsabilité de l’État et de son agent”, en: YAKPO, E. & BOUMEDRA, T. (eds.), *Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999, pp. 145-147.

Más discutible es que se pueda derivar de la responsabilidad internacional del individuo la existencia de obligaciones jurídicas internacionales que incumban específicamente a los particulares, sino que más bien dicha responsabilidad es una consecuencia que el ordenamiento jurídico internacional establece para situaciones extraordinarias en las que los individuos aparecen implicados (PENTASSUGLIA, G., *Minorités en droit international*, Strasbourg: Éditions du Conseil de l’Europe, 2004, p. 47; *vid.* también ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité...”, *cit.*, p. 198); de esta manera, y en pos del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, los Estados han decidido que las normas de Derecho internacional público tengan consecuencias jurídicas directas para los particulares, sin que por ello se pueda afirmar que las mismas normas jurídicas internacionales que prohíben a los Estados la realización de prácticas constitutivas de crímenes de Derecho internacional son también aplicables a los individuos. De hecho, la prohibición de determinadas prácticas se regulan para unos y otros en normas distintas y de distinto alcance, que consecuentemente atribuyen a esos hechos efectos jurídicos diferentes.

Un ejemplo de la especificidad de las normas jurídicas en esta materia respecto de los particulares es la consolidación como práctica habitual ante los tribunales penales internacionales de la negociación entre

determinadas circunstancias contextuales que permitan calificar el acto de crimen de Derecho internacional.

Esta constatación conduce a otra reflexión sobre la doble vertiente en que se manifiesta esa gravedad y que justifica la intervención del Derecho internacional penal. Por un lado, es indudable que las conductas incriminadas tienen graves consecuencias para los individuos contra los que se dirigen, puesto que lesionan sus derechos más fundamentales. Pero, por otro lado, tales comportamientos tienen un efecto indeseable sobre las relaciones interestatales, por lo que el reconocimiento internacional de su gravedad se deriva además de la seria amenaza que suponen para el orden público internacional, ya que ponen en peligro la paz y seguridad internacionales<sup>103</sup>.

Esta última consideración enlaza con la noción de *crímenes contra la paz y seguridad internacionales*, originalmente definidos por la CDI como “delitos que contienen un elemento político<sup>104</sup> y que ponen en peligro o perturban el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”<sup>105</sup>. Interesa retener aquí la segunda parte de la

---

la fiscalía y la defensa de los cargos que se imputan a una persona -la llamada *plea bargaining*- (vid. COMBS, N. A., *Guilty pleas in international criminal law: constructing a restorative approach*, Stanford: Stanford University Press, 2007, pp. 57-126; SCHABAS, W. A., “Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach”, *Duke JCIL*, vol. 7 (2), pp. 496-497), de manera que cargos inicialmente incluidos en las actas de acusación desaparecen a cambio de que el presunto responsable de crímenes de Derecho internacional se declare culpable de alguno de los que se le imputan. Esa negociación puede traducirse, por ejemplo, en la retirada del cargo de genocidio por la fiscalía a cambio de que se acepte la comisión de crímenes contra la humanidad (normalmente persecución), como ocurrió por ejemplo en los casos de Duško Sikirica, Biljana Plavšić, Momir Nikolić y Dragan Obrenović ante el TPIY (COMBS, N. A., *Guilty...*, cit., pp. 65-66. Vid. ICTY, *Prosecutor v. Sikirica et al.*, caso n° IT-95-8-S, sentencia condenatoria, 13 de noviembre de 2001; *Prosecutor v. Biljana Plavšić*, caso n° IT-00-39 & 40/1-S, sentencia condenatoria, 27 de febrero de 2003; *Prosecutor v. Momir Nikolić*, caso n° IT-02-60/1-S, sentencia condenatoria, 2 de diciembre de 2003; *Prosecutor v. Dragan Obrenović*, caso n° IT-02-60/2-S, sentencia condenatoria, 10 de diciembre de 2003).

<sup>103</sup> DE THAN, C. & SHORTS, E., *International Criminal Law and Human Rights*, London: Sweet & Maxwell, 2003, p. 10. Cfr. BASSIOUNI, M. C., “International...”, cit., p. 142, indicando que los crímenes contra la humanidad no siempre amenazan la paz y seguridad internacionales.

<sup>104</sup> Esta concepción de los crímenes contra la paz y la seguridad fue criticada en su momento tanto por la doctrina como por los Estados, ya que atribuirles un carácter político suponía atribuirles una excepcionalidad con graves consecuencias prácticas, como la posibilidad de denegar la extradición de los responsables de su comisión, cuando en realidad debían ser considerados crímenes ordinarios en Derecho internacional (vid. JOHNSON, D.H.N., “The Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 4 (3), 1955, pp. 455-459). En el caso de los crímenes contra la humanidad, si bien pueden considerarse crímenes con un elemento político, ello no significa que sean delitos políticos, como se apunta en MEYROWITZ, H., *La répression...*, cit., pp. 300-303.

<sup>105</sup> ONU, Doc. A/1858, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su tercer periodo de sesiones, 16 de mayo a 27 de julio de 1951*, párr. 58.

En su primer informe, el Relator Especial había caracterizado los crímenes que debían ser contenidos en el Código como aquellos “acts which, if committed or tolerated by a State, would constitute violations of international law and involve international responsibility. The main characteristic of the offences in question is their highly *political* nature. They are offences which, on account of their specific character,

definición, que es la que motivó la voluntad de profundizar en el desarrollo de tipos penales internacionales. En efecto, las atrocidades cometidas en la II Guerra Mundial, además de golpear profundamente la conciencia internacional, hicieron surgir la convicción de que las violaciones graves de derechos humanos podían constituir una seria amenaza al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Esta preocupación se plasmó en la ONU, la cual, además de hacer referencia a los derechos humanos en su Preámbulo y entre los propósitos de la Organización recogidos en su artículo primero (en concreto dentro del apartado 3 de dicho artículo 1), dispone en su artículo 55.c) que:

“Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: [...] c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

Sin embargo, hay que descartar que el mantenimiento de la paz y la seguridad de la humanidad sea el bien jurídico a proteger por los crímenes de Derecho internacional en general, y de los crímenes contra la humanidad en particular<sup>106</sup>. Es cierto que se trata de una función esencial del ordenamiento jurídico internacional, y precisamente por ello se procede a la incriminación de ciertas conductas que pueden ponerlo en peligro<sup>107</sup>, entre

---

normally would affect the international relations in a way dangerous for the *maintenance of peace*” (ONU, Doc. A/CN.4/25, *Draft code of offences against the peace and security of mankind. Report by J. Spiropoulos, Special Rapporteur*, 26 de abril de 1950, párr. 35, en: UN, *YILC*, 1950, vol. II, p. 259). Por el contrario, el Código no tendría por objeto “questions concerning conflicts of legislation and jurisdiction in international criminal matters”, de forma que quedaban excluidos delitos como la piratería, el tráfico de drogas, el tráfico de personas, o la supresión de la esclavitud (*ibid.*, párr. 36).

Con posterioridad, la CDI reinterpreto la noción en un sentido amplio, estimando que en la misma se incluían relaciones “que comprenden no sólo a los Estados sino también a grupos étnicos, poblaciones civiles, ideologías, creencias, etc.” (ONU, Doc. A/40/10, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 37º periodo de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1985*, párr. 78), pues dicha noción “integra valores que hacen del derecho internacional un derecho cada vez más humanizado” (*ibid.*). De esta forma se asumía que mantener la paz y la seguridad internacionales es una tarea que exige un planteamiento omnicompreensivo (sobre este particular *vid.* también ONU, Doc. A/47/277-S/241112, *Un programa de paz. Diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz. Informe del Secretario General presentado de conformidad con la declaración aprobada el 31 de enero de 1992 en la Reunión en la Cumbre del Consejo de Seguridad*, 17 de junio de 1992, párr. 11-18).

<sup>106</sup> En sentido contrario, BUENO ARÚS, F., “Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998”, en: ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (ed.), *Creación...*, *cit.*, p. 117.

<sup>107</sup> ABELLÁN HONRUBIA considera que la existencia de una conexión entre los actos que lesionan bienes jurídicos relevantes para el ordenamiento jurídico internacional y una función general del Derecho internacional puede ser considerado un criterio útil para establecer cuándo dichos actos entrañan responsabilidad penal internacional (ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité internationale de l’individu”, *RCADI*, tomo 280, 1999, pp. 199 y 201).

las cuales se encuentran las violaciones graves de derechos humanos<sup>108</sup>. De ahí que se pueda afirmar que el fundamento de la represión de todo crimen de Derecho internacional reside en que se trata de una infracción que constituye “une atteinte grave aux règles du droit international public, c’est-à-dire, un danger à l’ordre social international”<sup>109</sup>. Es la gravedad de estas infracciones, que lesionan bienes esenciales poniendo en peligro el orden social, la que lleva a los Estados a tipificarlas como crímenes de Derecho internacional<sup>110</sup>.

Así pues, el mantenimiento de la paz y la seguridad de la humanidad constituye la *ratio* de tutela de los bienes jurídicos protegidos por los crímenes de Derecho internacional<sup>111</sup>, pero no el bien jurídico protegido en sí mismo<sup>112</sup>. Éste deberá buscarse entre aquellos intereses o valores que la sociedad internacional estima esenciales para salvaguardar el orden público internacional, puesto que son tales valores -en torno a los cuales se articula el ordenamiento jurídico internacional- los que resultan lesionados con la comisión de dichos crímenes.

En conclusión, para salvaguardar la dignidad humana, en tanto que valor relevante para la sociedad internacional en su conjunto, el Derecho internacional prohíbe los atentados contra la misma, si bien el ordenamiento penal internacional se limita a intervenir en aquellos casos en que se producen violaciones de derechos humanos considerados fundamentales en unas circunstancias o a una escala tal que ponen en peligro la paz y la seguridad internacionales. Ante tales situaciones, el Derecho internacional trata de salvaguardar el orden social y, en el ejercicio de su función de

<sup>108</sup> Vid. PARTSCH, K. J., “Article 55 (c)”, en: SIMMA, B. (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 778.

<sup>109</sup> PLAWSKI, S., *Étude...*, cit., p. 10; MERLE, R. et VITU, A., *Traité de Droit Criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Paris: Eds. Cujas, 1997 (7<sup>ème</sup> éd.), p. 479; ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité...”, cit., p. 202.

<sup>110</sup> Al respecto PELLA afirmará que las infracciones internacionales se pueden considerar “des faits dirigés contre les biens juridiques de haute valeur que représente pour les États la raison d’être de la paix internationale, ou plus précisément, comme des faits dirigés contre les intérêts fondamentaux d’ordre moral et matériel, qui imposent l’établissement et le maintien de relations pacifiques entre les membres de la communauté internationale” (PELLA, V. V., *La guerre-crime...*, cit., p. 51); vid. también PLAWSKI, S., *Étude...*, cit., p. 75; GIL GIL, A., “La actuación de la Organización de Naciones Unidas en materia de crímenes contra la humanidad y genocidio”, 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. 57.

<sup>111</sup> Vid. a este respecto el Preámbulo del ECPI; también PICOTTI, L., “Criminally Protected Legal Interests at the International Level after the Rome Statute”, en: POLITI, M. & NESI, G. (eds.), *The Rome...*, cit., p. 258.

<sup>112</sup> Vid. PELLA, V. V., *La guerre-crime...*, cit., p. 50.

mantener la paz y seguridad internacionales, impone un castigo también a las personas responsables de tan graves comportamientos.

Las concretas circunstancias en las que las violaciones de derechos humanos fundamentales se convierten en una amenaza a la paz y seguridad internacionales son las que se introducen en la tipificación de la categoría como elementos de la misma. Así pues, procede ahora entrar a analizar cómo se configura la categoría criminal, para ver en qué términos y en qué contexto está prevista la protección penal internacional de la dignidad humana a través de la prohibición de los crímenes contra la humanidad. A tal fin, dos son las cuestiones a considerar: en primer lugar se estudiará cómo está construido el elemento objetivo de la cláusula general, que es el que delimita el contexto en el que las violaciones de derechos humanos fundamentales merecerán una respuesta por parte del ordenamiento penal internacional, para posteriormente abordar los aspectos que integran el elemento subjetivo exigidos para poder imputar al sujeto activo la conducta incriminada a título de crimen contra la humanidad.

## **2. EL ELEMENTO OBJETIVO DE LA CLÁUSULA GENERAL DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD.**

El elemento objetivo de un crimen recoge los aspectos materiales del mismo, lo que incluye la conducta, eventualmente sus consecuencias, y las circunstancias en que dicha conducta tiene lugar en la medida en que son relevantes<sup>113</sup>. En el caso de los crímenes contra la humanidad, el elemento objetivo de cada modalidad específica estará por tanto integrado por:

(i) el concreto comportamiento incriminado (ya sea una conducta activa u omisiva),

(ii) su resultado (cuando la punibilidad de la conducta se condicione a la causación de determinados efectos), y

(iii) el contexto en que se comete, es decir, el contexto propio de los crímenes contra la humanidad descrito en la cláusula general de la categoría con un alcance general para todas las conductas incriminadas en la misma. Este último componente es trascendental en la categoría criminal analizada, puesto que es el que dota de un carácter internacional a

---

<sup>113</sup> SMITH, J. C. & HOGAN, B., *Criminal...*, cit., p. 39.

comportamientos que, de otra forma, serían generalmente delitos de carácter exclusivamente interno<sup>114</sup>.

Sobre esta base, y en una primera aproximación, se puede señalar que todo crimen contra la humanidad consiste, desde el punto de vista material, en la realización de una conducta específicamente considerada criminal en el contexto que caracteriza a la categoría, es decir, en el marco de un **ataque sistemático o generalizado contra una población civil al que subyace una política organizada**. En efecto, tres son los aspectos clave dentro del elemento objetivo de la cláusula general: de una parte, la existencia de un ataque sistemático o generalizado; de otra parte, que el mismo esté dirigido contra una población civil; finalmente, que exista una política organizada tras dicho ataque. Por el contrario, no forma parte del mismo la exigencia de conexión con un conflicto armado: como se vio en el capítulo precedente, tal requisito fue abandonado por la CDI ya en 1954, la jurisprudencia internacional también lo ha excluido de la noción consuetudinaria de *crimen contra la humanidad*, y tampoco el ECPI ni los diferentes instrumentos por los que se crean órganos jurisdiccionales híbridos lo incluyen en el elemento objetivo de la cláusula general de la categoría<sup>115</sup>.

En todo caso, aún se plantean algunos problemas a la hora de delimitar con precisión el elemento objetivo de la cláusula general, que merecen, en consecuencia, ser analizados con detenimiento, puesto que admiten diversas interpretaciones que pueden tener una incidencia significativa en el momento de la aplicación de la norma. Por ejemplo, la definición de los crímenes contra la humanidad dada por los Elementos de los Crímenes del ECPI parece haber atenuado la relevancia que en los últimos años se ha dado a la sistematicidad o la generalidad en la comisión de estos crímenes como criterios justificativos de la incriminación internacional de los mismos; en su lugar, de la redacción de los Elementos se deriva una mayor preeminencia de la exigencia de que exista una política organizada detrás del ataque en el marco del cual se cometen los crímenes contra la humanidad. Este último, si bien es un criterio más restrictivo, resulta

---

<sup>114</sup> Dicho contexto marca el grado de gravedad necesario para que determinados comportamientos criminales puedan ser caracterizados como crímenes contra la humanidad y, dentro del ámbito de la CPI, puedan además ser conocidos por ésta (LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona: Ariel, 2001, p. 121).

<sup>115</sup> La definitiva eliminación de esta exigencia se considera uno de los grandes logros de la Conferencia de Roma (por todos *vid.* MCCORMACK, T. LH, "Crimes Against Humanity", en: MCGOLDRICK, D., ROWE, P. & DONNELLY, E., *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2004, pp. 184-185).

más coherente con el principio de intervención mínima del Derecho penal, puesto que restringe la respuesta penal a crímenes cometidos en situaciones de violencia favorecidas por la estructura del Estado o de una organización, es decir, en situaciones en las que el propio Estado no quiere o no puede salvaguardar los derechos humanos fundamentales de las personas bajo su jurisdicción. No obstante, los dos primeros criterios no son incompatibles con el segundo, sino que todos ellos deben ser considerados en conjunto con el fin de delimitar el contexto que integra el elemento objetivo de la cláusula general de la categoría, aunque es indudable que poner el énfasis sobre unos u otro a la hora de justificar el carácter internacional de la incriminación condiciona el ámbito de aplicación de estos crímenes.

Estas y otras cuestiones serán tratadas a continuación en el marco del análisis del elemento objetivo de la cláusula general, es decir, la existencia de un ataque con las características que se especificarán y que convierten las conductas prohibidas dentro de la categoría en crímenes de Derecho internacional. En primer lugar se identificarán los requisitos del ataque (§ 2.1). Éstos se encuentran estrechamente vinculados con la cuestión de quiénes pueden cometer las conductas incriminadas, por lo que sobre esta base se abordará posteriormente la determinación de los sujetos activos de estos crímenes (§ 2.2). Para concluir el análisis del elemento objetivo quedará por estudiar el contenido jurídico asignado a la noción de *población civil* en el contexto de los crímenes contra la humanidad, que se conectará con la cuestión de los sujetos pasivos de esta categoría criminal (§ 2.3).

## **2.1.LA COMISIÓN DEL ACTO COMO PARTE DE UN ATAQUE SISTEMÁTICO O GENERALIZADO.**

El elemento objetivo de los crímenes contra la humanidad exige en primer lugar que el acto se cometa como parte de un ataque sistemático o generalizado. Se trata de un requisito complejo<sup>116</sup> que se puede desglosar en cuatro componentes, los cuales serán objeto de otros tantos apartados: la noción de *ataque* (§ A), los criterios de *sistematicidad* o *generalidad* (§ B), un componente de *política organizada* (§ C), y el requisito del *nexo* entre el acto y el ataque (§ D).

---

<sup>116</sup> CHESTERMAN, S., "An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes Against Humanity", *Duke JCIL*, vol. 10 (2), 2000, p. 314.

**A) La noción de *ataque*.**

El primer requisito para apreciar un crimen contra la humanidad es que exista un ataque. En el ámbito de la CPI se define de forma restrictiva, ya que de acuerdo con el artículo 7.2.a) ECPI se entiende por *ataque* “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto”. Por tanto, los actos de violencia relevantes quedarían circunscritos a los recogidos en el ECPI dentro de la categoría de los crímenes contra la humanidad<sup>117</sup>, que presentan la nota común de estar todos ellos dirigidos contra las personas.

La jurisprudencia penal internacional maneja otras nociones de *ataque*, por lo general más amplias que la de los Elementos de los Crímenes. Por ejemplo, el TPIY ha definido el ataque como un *curso de conducta que implica la comisión de actos de violencia*<sup>118</sup>. El TPIR, por su parte, ha utilizado distintas definiciones. Así, la Sala de Instancia del TPIR estimó en el asunto *Akayesu* que un ataque consistía en “an unlawful act of the kind enumerated in Article 3(a) to (I) of the Statute, like murder, extermination, enslavement etc.”<sup>119</sup>, aunque precisó que no tiene por qué ser violento en su naturaleza, de manera que imponer un sistema de *apartheid* o ejercer presión sobre la población para que actúe de una determinada forma “may come under the purview of an attack, if orchestrated on a massive scale or in a systematic manner”<sup>120</sup>. Sin embargo, en el asunto *Kayishema & Ruzindana* se consideró que el ataque era “the event in which the enumerated crimes must form part”, admitiendo que “within a single attack, there may exist a combination of the

<sup>117</sup> Similar es la noción de *ataque* recogida en el Código Penal bosnio (artículo 172.2.a), aunque obviamente se remite al artículo 172.1 del propio Código y no al ECPI para delimitar los actos relevantes para apreciar el ataque. No obstante, la jurisprudencia parece manejar una noción más amplia, en la que no se precisa que los actos que integran el ataque deban ser crímenes contra la humanidad (*vid.* CBH, asunto *Marko Samardžija*, caso nº X-KR-05/07, sentencia de instancia, 3 de noviembre de 2006, p. 19).

<sup>118</sup> “An “attack” may be described as a course of conduct involving the commission of acts of violence” (ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, caso nº IT-98-32-T, sentencia de instancia, 29 de noviembre de 2002, párr. 29). FENRICK señala que el ataque incluye “all unlawful acts directed against the victim group” (FENRICK, W. J., “The Crime against Humanity of Persecution in the Jurisprudence of the ICTY”, *Neth. YIL*, vol. XXXII, 2001, p. 85).

<sup>119</sup> ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso nº ICTR-96-4-T, sentencia de instancia, 2 de septiembre de 1998, párr. 581.

<sup>120</sup> *Ibid.*; ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, caso nº ICTR-93-3-T, sentencia de instancia, 6 de diciembre de 1999, párr. 70. Se trataría de una definición más amplia que la del TPIY, pues no requeriría una línea de conducta ni que el ataque fuera violento (TORRES PÉREZ, M., *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 114).

enumerated crimes”<sup>121</sup>.

Llama la atención que tanto las definiciones propuestas por el TPIR como la contenida en los Elementos de los Crímenes del ECPI parecen exigir la comisión de más de un acto constitutivo de crimen contra la humanidad para poder afirmar que se está en presencia de un ataque<sup>122</sup>. Sin embargo, ello supone caer en planteamientos circulares, puesto que se condiciona la apreciación de un crimen contra la humanidad a la existencia de un ataque, el cual, a su vez, sólo se apreciará si se demuestra la comisión de otros crímenes contra la humanidad, que, de nuevo, sólo se podrán apreciar si previamente se prueba la existencia del ataque. Así pues, este criterio aporta muy poco o nada a la hora de determinar si se cumple el requisito de que exista un ataque, tal y como destaca CHESTERMAN<sup>123</sup>, además de que requiere una carga probatoria excesiva a la hora de demostrar que un acto constituye un crimen contra la humanidad<sup>124</sup>.

En consecuencia, la definición del TPIY, aunque más general, resulta más satisfactoria, en la medida en que permite incluir dentro de la noción de *ataque* otras formas de violencia que afecten a las personas sin dirigirse directamente contra ellas -por ejemplo, los ataques contra el medio en el que habitan o contra la propiedad-.

Ahora bien, dentro de la noción de *ataque* debería tener también cabida la perspectiva más amplia sugerida por el TPIR de que el mismo no debe ser necesariamente violento, si se entiende como tal aquél que se caracteriza por consistir en actos que implican el uso de fuerza física. Otras formas más sutiles de violencia, manifestadas a través de una presión constante que coarte de forma grave la capacidad de autodeterminación personal o constituya cualquier forma de maltrato a la población también deben considerarse

---

<sup>121</sup> ICTR, *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, caso nº ICTR-95-1-T, sentencia de instancia, 21 de mayo de 1999, párr. 122.

<sup>122</sup> Ambos considera que la noción jurisprudencial de *ataque* se refiere a “la comisión múltiple de actos que cumplen con los requisitos de los actos inhumanos enumerados en el Artículo 5 del Estatuto del TPIY y el 3 del Estatuto del TPIR” (AMBOS, K., *Los crímenes del nuevo Derecho Penal Internacional*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, p. 51; también TORRES PÉREZ, M., *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 115).

<sup>123</sup> CHESTERMAN, S., “An Altogether...”, *cit.*, p. 316.

<sup>124</sup> No es razonable exigir la comisión de una multiplicidad de actos para poder apreciar un único crimen contra la humanidad, pues, siguiendo los argumentos de CHESTERMAN, puede ocurrir que un único acto -por ejemplo de exterminio- sea cometido a tal escala que alcance el nivel de un ataque generalizado o sistemático, de manera que sería “perverse to hold that such an attack amounts to a crime against humanity only upon proof of additional acts” (*ibid.*).

constitutivas de un ataque<sup>125</sup>, como así ha reconocido posteriormente en su jurisprudencia el propio TPIY, al optar por una noción que combina ambos criterios: el ataque como un curso de conducta que no sólo implica violencia física<sup>126</sup>. Esta concepción más amplia resulta particularmente relevante en el caso de la persecución como crimen contra la humanidad, ya que se admite de forma general que determinados comportamientos que no implican el ejercicio de violencia física directamente sobre el individuo -como los ataques contra la propiedad o la destrucción de edificios públicos (lugares de culto, centros educativos,...)- pueden constituir actos persecutorios<sup>127</sup>.

En cualquier caso, dado que los crímenes contra la humanidad se pueden cometer tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, se excluye que ese ataque deba ser necesariamente un ataque armado consistente en una operación militar<sup>128</sup>. En efecto, la noción de *ataque* no es equivalente a *conflicto armado*, sino que se trata de dos conceptos distintos e independientes<sup>129</sup>. De acuerdo con GRAVEN, “les circonstances de guerre où [les crimes contre l’humanité] s’accomplissent peuvent les faciliter, multiplier leur fréquence, leur ampleur ou leur atrocité, mais ne les constituent pas et ne touchent pas à leur nature fondamentale”<sup>130</sup>. A la inversa, una operación militar sólo podrá ser considerada un ataque

<sup>125</sup> Vid. WERLE, G., *Principles...*, cit., p. 224; DE THAN, C. & SHORTS, E., *International...*, cit., p. 91. Esta posibilidad es rechazada por AMBOS, para quien otros actos no enumerados en los Estatutos “no pueden por regla general considerarse un «ataque»”, salvo que puedan subsumirse en la categoría de “otros actos inhumanos” (AMBOS, K., *Los crímenes...*, cit., p. 52).

<sup>126</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, sentencia de apelación, 12 de junio de 2002, párr. 86; *Prosecutor v. Vasiljević*, caso n° IT-98-32-T, cit., párr. 29; *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, caso n° IT-95-13/1-T, sentencia de instancia, 27 de septiembre de 2007, párr. 436: “An «attack» within the meaning of Article 5 has been defined as a course of conduct involving the commission of acts of violence. It is not limited to the use of armed force but it may also encompass any mistreatment of the civilian population. The attack may be, but need not be, part of the armed conflict as such”.

<sup>127</sup> Vid. *infra* apartado 2.2.B. del Capítulo IV.

<sup>128</sup> ROBINSON, D., “The elements of crimes against humanity”, en: LEE, R. S. (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley: Transnational Publishers, 2001, p. 74; BOOT, M., *Genocide, crimes against humanity, war crimes*, Antwerpen: Intersentia, 2002, § 455, p. 478.

<sup>129</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-A, sentencia de apelación, 16 de julio de 1999, párr. 251. De acuerdo con la jurisprudencia del TPIY, la noción de *ataque* en el contexto de los crímenes contra la humanidad presenta un sentido ligeramente diferente al que se asigna en el Derecho internacional humanitario, puesto que en el primer caso el ataque no se limita a la conducción de las hostilidades, sino que también puede abarcar “situations of mistreatment of persons taking no active part in hostilities” (ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23 & IT-96-23/1-T, cit., párr. 416).

<sup>130</sup> GRAVEN, J., “Les Crimes contre l’Humanité”, *RCADI*, tomo 76, 1950-I, p. 543. En igual sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, tomo I, Madrid: C.S.I.C./Instituto Francisco de Vitoria, 1955, p. 644; PLAWSKI, S., *Étude...*, cit., pp. 105-107; *vid. asimismo* CASSESE, A., *International...*, cit., p. 64.

en este contexto jurídico penal si se dirige contra la población civil<sup>131</sup>.

Esta concepción del ataque como una realidad distinta al conflicto armado es coherente con la autonomía alcanzada por los crímenes contra la humanidad respecto de los crímenes de guerra. La principal consecuencia de dicha autonomía conceptual es, como ya se ha venido indicando, la no exigencia de su conexión con una situación de conflicto armado<sup>132</sup>. No obstante, su origen común en el marco de un contexto excepcional como son los conflictos armados parece haber influido a la hora de exigir que los crímenes contra la humanidad se produzcan en el marco de un ataque, es decir: en un contexto de violencia con un grado de excepcionalidad análogo al conflicto armado<sup>133</sup>, que merma seriamente la capacidad de autodeterminación personal de las víctimas de ese ataque y que puede y suele derivar en la comisión de crímenes contra la humanidad.

De todas formas, el que haya un ataque no basta para que se verifique la concurrencia del contexto propio de los crímenes contra la humanidad, sino que dicho ataque ha de presentar además unos rasgos determinados; en particular, deberá caracterizarse por la sistematicidad o la generalidad con la que se cometen los actos incriminados.

## **B) Los criterios de sistematicidad o generalidad.**

Uno de los aspectos característicos del crimen contra la humanidad es la forma en que el ataque se lleva a cabo. Al respecto, el artículo 7.1 ECPI establece que será un crimen contra la humanidad cualquiera de los actos enumerados en dicho precepto “cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático”. Por consiguiente, se prevén alternativamente dos criterios de ejecución relevantes: la sistematicidad y la generalidad.

En 1946, el Comité Legal de la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas consideró que “systematic mass action [...] was necessary to transform a common crime, punishable only under municipal law, into a crime against humanity, which thus became also the concern of international law”<sup>134</sup>. Aunque predicados de la

---

<sup>131</sup> AMBOS, K., *Los crímenes...*, cit., p. 51.

<sup>132</sup> Vid. por todos ROBINSON, D., “Defining «Crimes against Humanity» at the Rome Conference”, *AJIL*, vol. 93 (1), 1999, pp. 45-46.

<sup>133</sup> GIL GIL, A., *Derecho penal...*, cit., p. 143.

<sup>134</sup> UNWCC LEGAL COMMITTEE, Doc. C.201, *General Propositions defining the term “Crimes against Humanity”, under the Charters of the International Military Tribunals and the Control Council*

comisión del acto, en lugar del ataque, ambos criterios aparecían también recogidos en el artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad presentado por la CDI en 1996, donde se disponía que por crimen contra la humanidad se entendería “la comisión *sistemática o en gran escala*” (cursiva añadida) de cualquiera de los actos que se enumeraban a continuación.

La jurisprudencia ha considerado igualmente que estos requisitos deben estar presentes para que se pueda hablar de un crimen contra la humanidad. Así, pese a que en el ETMIN no había mención expresa alguna a estas circunstancias (aunque la generalidad podría deducirse de la exigencia de que los crímenes se cometieran contra cualquier población civil<sup>135</sup>), el TMIN recalcó que “the policy of terror was certainly carried out on a *vast scale*, and in many cases was *organized and systematic*”<sup>136</sup> (cursiva añadida). Ambos criterios fueron pronto incorporados por la jurisprudencia posterior al concepto de *crimen contra la humanidad*. En efecto, tres años después del juicio a los criminales de guerra nazi, en 1949, la Corte de Casación Especial Holandesa afirmaba en el asunto *Ahlbrecht* que sólo podían ser considerados crímenes contra la humanidad aquellos caracterizados “either by their magnitude and savagery, or by their large number or by the fact that a similar pattern was applied at different times and places”<sup>137</sup>.

La jurisprudencia más reciente también ha insistido en la necesidad de que estos criterios caractericen el ataque. Al respecto cabe destacar que, si bien el ETPIY no los recoge expresamente<sup>138</sup>, el TPIY ha superado las previsiones estatutarias y asumido el

---

*Law No. 10*”), 30 de mayo de 1946, reproducido parcialmente en: UNWCC, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, London: H. M. Stationery Office, 1948, p. 179.

<sup>135</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado...*, cit., tomo I, p. 647. Según este autor, el crimen contra la humanidad se concibió “a modo del clásico patrón de los asesinatos en masa del tipo de pogromo”, lo que llevó a que incluso se propusiera “la fijación de un número predeterminado de víctimas, precisamente el millar, según algunos miembros americanos de la Comisión redactora del Estatuto de 1945”. Posteriormente, sin embargo, el criterio numérico fue perdiendo vigencia a favor del criterio subjetivo de pertenencia a un grupo determinado (*ibid.*). En contra de esta opinión GIL GIL, A., *Derecho penal...*, cit., p. 114.

<sup>136</sup> IMT, “Judgment”, cit., p. 254. Ya en el acta de acusación se afirmaba que los crímenes contra la humanidad cometidos “were involved in and part of a systematic course of conduct” (IMT, “Indictment”, *ibid.*, p. 65).

<sup>137</sup> SPECIAL COURT OF CASSATION OF HOLLAND, *In re Ahlbrecht (Nº 2)*, 11 de abril de 1949, ILR, vol. 16, p. 398.

<sup>138</sup> Pese a que en el informe presentado al Consejo de Seguridad sobre los aspectos que planteaba el establecimiento de un Tribunal Penal *ad hoc* para Yugoslavia el Secretario General de la ONU definía los crímenes contra la humanidad como “actos inhumanos de carácter gravísimo, tales como el asesinato, la tortura o la violación, cometidos como parte de un ataque *generalizado o sistemático* contra la población civil por razones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas” (cursiva añadida), no conservó esta definición en su propuesta de artículo 5 ETPIY (*vid.* ONU, Doc. S/25704, *Informe del Secretario General*

desarrollo consuetudinario de este requisito, derivando del término *población* el carácter colectivo de los crímenes contra la humanidad, que desglosa en los dos criterios señalados<sup>139</sup>. Por el contrario, sí aparecen en el artículo 3 ETPIR, que atribuye al TPIR la competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que enumera “cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático”, y su presencia en el concepto de *crimen contra la humanidad* ha sido corroborada por el propio Tribunal<sup>140</sup>.

En lo que se refiere a los tribunales híbridos, la fórmula utilizada por el artículo 7.1 ECPI se reproduce en la Sección 5.1 del Reglamento n° 2000/15 de la UNTAET, que delimita la competencia material de las TDD-SECG, en el artículo 2 ECESL y, por remisión al ECPI, en la normativa aplicable por las Salas especiales para el enjuiciamiento del Khemer Rojo en Camboya. Lo mismo ocurre en el artículo 172 del Código Penal bosnio, que constituye la base sustantiva de las decisiones de las Salas de Crímenes de Guerra de la CBH.

(i) En cuanto al parámetro cualitativo, el criterio de **sistematicidad** indica la existencia de un patrón o plan metódico<sup>141</sup>. Por vía jurisprudencial se han individualizado cuatro elementos que caracterizarían la sistematicidad de un ataque:

- la existencia de un objetivo político, un plan preestablecido para cuya realización se lleva a cabo el ataque o una ideología, en el sentido amplio del término, para destruir, perseguir o debilitar una comunidad;
- la perpetración de un acto criminal a una escala muy amplia contra un grupo de civiles o la comisión repetida y continua de actos inhumanos conectados entre ellos;
- la preparación y uso de recursos públicos o privados significativos, sean

---

de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, presentado el 3 de mayo de 1993, 20 de mayo de 1993, párr. 48-49).

<sup>139</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 648; *Prosecutor v. Jelisić*, caso n° IT-95-10-T, sentencia de instancia, 14 de diciembre de 1999, párr. 53; CHESTERMAN, S., “An Altogether...”, *cit.*, p. 315.

<sup>140</sup> ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso n° ICTR-96-4-T, *cit.*, párr. 578.

<sup>141</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 648. El TPIR ha interpretado el término *sistemático* como “thoroughly organized and following a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources” (ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso n° ICTR-96-4-T, *cit.*, párr. 580) o simplemente como un ataque “carried out pursuant to a preconceived policy or plan” (ICTR, *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, caso n° ICTR-95-1-T, *cit.*, párr. 123), excluyendo así que los crímenes contra la humanidad sean actos casuales (ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, *cit.*, párr. 94; BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho...*, *cit.*, p. 84).

militares o de otro tipo; y

— la implicación de autoridades de alto nivel políticas y/o militares en la definición y establecimiento del plan metódico<sup>142</sup>.

(ii) La **generalidad**, por su parte, es un criterio cuantitativo que hace referencia a la escala de los actos perpetrados y al número de víctimas<sup>143</sup>. El TPIR ha definido esta noción como “massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims”<sup>144</sup>. Conviene aclarar que la generalidad no se deriva de la determinación taxativa de un número determinado de víctimas<sup>145</sup>. Como la CDI ha afirmado, *gran escala* es un término lo suficientemente amplio como para incluir diversas situaciones en las que hay una multiplicidad de víctimas, ya sea por el resultado cumulativo de una serie de actos inhumanos, o por el resultado de un único acto de gran magnitud<sup>146</sup>.

La inclusión de estos dos criterios dentro de la cláusula general pretende enfatizar la naturaleza colectiva de los crímenes contra la humanidad<sup>147</sup>. En efecto, se excluyen de la incriminación los actos inhumanos aislados cometidos por un sujeto que actúa al margen del ataque<sup>148</sup>. Ahora bien, ello no significa que un único acto no pueda constituir un crimen contra la humanidad: si el mismo está suficientemente vinculado al contexto específico consistente en un ataque generalizado o sistemático contra una población

<sup>142</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, sentencia de instancia, 3 de marzo de 2000, párr. 203.

<sup>143</sup> *Ibid.*, párr. 206; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, *cit.*, párr. 94; CHESTERMAN, S., “An Altogether...”, *cit.*, p. 314; BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho...*, *cit.*, p. 83.

<sup>144</sup> ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso n° ICTR-96-4-T, *cit.*, párr. 580.

<sup>145</sup> CHESTERMAN, S., “An Altogether...”, *cit.*, p. 315; FENRICK, W. J., “The Crime...”, *cit.*, p. 87 (“there is no precise arithmetical formula for its tabulation, whether in numerical, geographical or temporal terms”); BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho...*, *cit.*, p. 84.

<sup>146</sup> Comentario al artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, apdo. 4, ONU, Doc. A/51/10, *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, párr. 50; *vid. asimismo* CBH, asunto *Nikola Kovačević*, caso n° X-KR-05/40, sentencia de instancia, 3 de noviembre de 2006, pp. 21-22.

<sup>147</sup> CHESTERMAN, S., “An Altogether...”, *cit.*, p. 315.

<sup>148</sup> 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, p. 982; ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 648-649; ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso n° ICTR-96-4-T, *cit.*, párr. 579; DE THAN, C. & SHORTS, E., *International...*, *cit.*, pp. 91-92; CHESTERMAN, S., “An Altogether...”, *cit.*, p. 315; BAZELAIRE, J.-P. et CRETIN, T., *La justice pénale internationale. Son evolution, son avenir. De Nuremberg à La Haye*, Paris: PUF, 2000, p. 74, entre otras muchas obras.

civil, el autor de alguna de las conductas prohibidas será penalmente responsable, sin que sea preciso que cometa más delitos<sup>149</sup>. Según expresó la Sala de Instancia del TPIY en el asunto *Kupreškić*, la naturaleza de los crímenes contra la humanidad, que deben ser dirigidos contra una población civil, “ensures that what is to be alleged will not be one particular act but, instead, a course of conduct”<sup>150</sup>. No obstante, el Tribunal precisó que, en algunas circunstancias, “a single act has comprised a crime against humanity when it occurred within the necessary context”<sup>151</sup> (por ejemplo, el hecho de denunciar a un vecino judío a las autoridades nazis en el contexto de la persecución generalizada contra la comunidad judía en Alemania), mientras que, por el contrario, “an isolated act, however – i.e. an atrocity which did not occur within such a context – cannot”<sup>152</sup>.

Por lo demás, en el momento de verificar el cumplimiento de los requisitos de sistematicidad o generalidad se ha de tener en cuenta que los mismos se predicen del ataque en su conjunto, y no del acto concreto incriminado; es decir, es el ataque el que debe ser sistemático o generalizado, no la comisión de cada uno de los actos constitutivos de crímenes contra la humanidad<sup>153</sup>. Asimismo, la presencia de estos criterios se exige de forma alternativa, y no cumulativa<sup>154</sup>. Esta relación de alternatividad tiene una gran

---

<sup>149</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 649; *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, caso n° IT-95-13/1-T, *cit.*, párr. 438; GIL GIL, A., *Derecho penal...*, *cit.*, p. 144.

<sup>150</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 550.

<sup>151</sup> *Ibid.*

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, *cit.*, párr. 96; *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, caso n° IT-95-13/1-T, *cit.*, párr. 437; DE THAN, C. & SHORTS, E., *International...*, *cit.*, p. 92.

<sup>154</sup> *Vid.* Artículo 7.1 ECPI, artículo 5 ETPIR, Sección 5.1 del Reglamento n° 2000/15 de la UNTAET, artículo 2 ECESL. En el ámbito de la jurisprudencia del TPIY, *vid.* ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 646- 647, y *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 207. Cabe señalar que el texto en francés del ETPIR contiene una discrepancia con respecto a las versiones en los demás idiomas oficiales de la ONU, al referirse a un ataque “*généralisée et systématique*”. Ello ha llevado al TPIR a aclarar en el asunto *Akayesu* que “Customary International Law requires only that the attack be either widespread or systematic”, considerando por tanto que la versión francesa presenta un error de traducción (ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso n° ICTR-96-4-T, *cit.*, párr. 579, nota 144; también *vid.* *Prosecutor v. Rutaganda*, caso n° ICTR-93-3-T, *cit.*, párr. 67-68).

La interrelación de ambos criterios en términos de alternatividad estaría recogida en la formulación más actual de la norma consuetudinaria. Por el contrario, la jurisprudencia posterior a la II Guerra Mundial parece haber interpretado en algunos casos que la sistematicidad y la generalidad eran requisitos cumulativos. En el asunto *Enigster*, por ejemplo, la Corte del Distrito de Tel Aviv estimó que “the singling out specifically of murder, extermination, etc., of any civilian population was done [...] to show that the act must be performed against a civilian population on a broad scale *and* systematically, as distinct from isolated acts, so that it arouses the conscience of mankind against it” (cursiva añadida). No obstante, a continuación admitió que “systematic undermining of human dignity was also a crime against humanity”, sin exigir probar además la comisión generalizada del acto incriminado (TEL AVIV DISTRICT COURT, *Attorney-General v. Enigster*, January 4, 1952, *ILR*, vol. 18, pp. 541-542).

relevancia, ya que, como QUEL LÓPEZ destaca, ello permite calificar una acción de crimen contra la humanidad en función de parámetros tanto cuantitativos como cualitativos<sup>155</sup>, lo que en cierta medida libera de rigores poco deseables la subsunción en la práctica de muchos supuestos dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad, máxime cuando los criterios para apreciar una u otra circunstancia aparecen a menudo solapados<sup>156</sup>.

La CDI ha llegado a afirmar que las formas particulares del acto ilegal son menos cruciales que la definición de los factores de escala y política deliberada, así como el estar dirigidos contra la población civil en su totalidad o en parte<sup>157</sup>, que serán los aspectos que doten de especialidad al crimen. No obstante, la importancia que se ha dado a estos parámetros como criterios de internacionalización de la conducta incriminada<sup>158</sup> parece haber quedado atenuada a la luz del artículo 7.2 ECPI, donde *a priori* se otorga mayor relevancia a la existencia de una política organizada<sup>159</sup>.

En realidad, el énfasis que el ECPI pone en este requisito no plantea problemas en

---

De hecho, esta cuestión fue objeto de discusión en las negociaciones del ECPI. Finalmente triunfó el criterio de la alternatividad, pero a cambio de que se incluyera la definición de ataque (recogiendo entre sus elementos el requisito de la política organizada) en el artículo 7.2.a). Sobre esta cuestión, *vid.* WERLE, G., *Principles...*, *cit.*, p. 225; ROBINSON, D., "Defining «Crimes against Humanity» at the Rome Conference", *AJIL*, vol. 93 (1), 1999, pp. 47-48.

Así las cosas, nótese sin embargo que ocasionalmente la jurisprudencia de la CBH en esta materia ha aludido a ambos requisitos cumulativamente, considerando un elemento esencial del crimen contra la humanidad "the widespread *and* systematic attack against any civilian population" (cursiva añadida) (*vid.* CBH, asunto *Nikola Kovačević*, caso n° X-KR-05/40, *cit.*, p. 20; asunto *Boban Šimšić*, caso n° X-KR-05/04, sentencia de instancia, 11 de julio de 2006, párr. 63). No obstante, antes que una alteración de las previsiones del artículo 172 del Código penal bosnio, parecería más bien una forma de aclarar que ambas circunstancias concurren en el conflicto yugoslavo (CBH, asunto *Nikola Kovačević*, caso n° X-KR-05/40, *cit.*, pp. 20 y 22; asunto *Dragoje Paunović*, caso n° X-KR-05/16, sentencia de instancia, 26 de mayo de 2006, p. 15).

<sup>155</sup> QUEL LÓPEZ, F. J., "Los Tribunales Penales Internacionales «ad hoc»", en: FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid: Dilex, 2003 (2ª ed.), p. 367.

<sup>156</sup> ICTY, *Prosecutor v. Jelisić*, caso n° IT-95-10-T, *cit.*, párr. 53; *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 207, afirmando que "for inhumane acts to be characterised as crimes against humanity it is sufficient that one of the conditions be met", aunque a continuación el TPIY admite que en la práctica "these two criteria will often be difficult to separate since a widespread attack targeting a large number of victims generally relies on some form of planning or organisation". *Vid.* FENRICK, W. J., "The Crime...", *cit.*, p. 88; BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho...*, *cit.*, p. 85.

<sup>157</sup> ONU, Doc. A/49/10, *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 46º periodo de sesiones, 2 de mayo a 22 de julio de 1994*, párr. 91, comentario al artículo 20, apdo. 14.

<sup>158</sup> GIL GIL considera que el requisito de la comisión de estos crímenes de forma generalizada o sistemática "por sí solo no fundamenta [...] el carácter internacional del delito" (GIL GIL, A., *Derecho penal...*, *cit.*, p. 143).

<sup>159</sup> AMBOS, K., *Los crímenes...*, *cit.*, p. 53; KITTICHAISAREE, K., *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 96.

relación con la exigencia de un ataque sistemático, dado que la planificación subyace al concepto mismo de *sistematicidad*. Más problemático puede resultar armonizarlo con el requisito de generalidad<sup>160</sup>, por lo que conviene detenerse a analizar el alcance que el requisito de la política organizada presenta en la definición del crimen contra la humanidad.

### C) La política organizada.

El ataque exige además un componente de *política organizada*, detrás de la cual se pueden encontrar, de acuerdo con el ECPI, tanto un Estado como una organización no estatal. De acuerdo con algunos autores, se trata de un requisito esencial para poder apreciar la existencia de crímenes contra la humanidad, ya que fundamenta la incriminación internacional de los mismos; al respecto apunta la doctrina que este elemento es el que dota de internacionalidad a comportamientos criminales que normalmente serían crímenes de Derecho común, transformándolos en crímenes contra la humanidad<sup>161</sup>. Y es que, hipotéticamente, cabría la posibilidad de que un individuo llevara a cabo un ataque generalizado o sistemático<sup>162</sup>, pero tal situación no sería

---

<sup>160</sup> La jurisprudencia internacional ha reconocido que el criterio de la generalidad no puede ser definido objetivamente ni ofrece un umbral a partir del cual se pueda considerar que existe un crimen contra la humanidad. Por ello, generalmente será necesario identificar también la concurrencia de alguna forma de planificación para su comisión (ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 207).

<sup>161</sup> SUNGA, L. S., *The Emerging System of International Criminal Law. Development in Codification and Implementation*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1997, p. 126; BASSIOUNI, M. C., *Crimes Against Humanity in International Law*, The Hague: Kluwer Law International, 1999 (2ª ed. rev.), p. 245; ROBINSON, D., "The elements...", *cit.*, p. 64; AMBOS, K., *Los crímenes...*, *cit.*, p. 54; BASSIOUNI, M. C., "Crimes Against Humanity", en: BASSIOUNI, M. C. (ed.), *International Criminal Law*, vol. I ("Sources, Subjects, and Content"), Leiden: Martinus Nijhoff, 2008 (3ª ed.), p. 478; LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte...*, *cit.*, p. 122; QUEL LÓPEZ, F. J., "Los Tribunales...", *cit.*, p. 367; 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...*, *cit.*, p. 29; 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. 35; *vid.* también HAZAN, E. T., *L'État de Nécessité en Droit Pénal Intérétatique et International*, Paris: Editions A. Pedone, 1949, p. 142, afirmando que los crímenes contra la humanidad forman parte de "un plan préétabli, destiné à être exécuté au moment jugé opportun". Para GRYNFOGEL y ROBERGE fue en el asunto *Barbie* en el que se dio rango de elemento constitutivo de la infracción a lo que la Corte de Casación francesa denominó *política de hegemonía ideológica* (GRYNFOGEL, C., "Un concept juridique en quête d'identité: le crime contre l'humanité", *RIDP*, vol. 63 (3/4), 1992, pp. 1040-1041; ROBERGE, M.-C., "Jurisdiction of the ad hoc Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda over crimes against humanity and genocide", *IRRC*, n° 321, 1997, pp. 657-658).

<sup>162</sup> Por ejemplo, para sustentar su argumento de que es una hipótesis técnicamente posible, FLETCHER alude al *modus operandi* del terrorista Ted Kaczynski, *Unabomber* (FLETCHER, G. P., *Gramática...*, *cit.*, p. 440). *Vid.* también BASSIOUNI, M. C., "Crimes Against Humanity", *cit.*, p. 478.

calificada de crimen contra la humanidad, precisamente porque detrás de ese ataque no habría una política organizada por una entidad estatal u otro tipo de organización<sup>163</sup>. En todo caso, existen discrepancias entre la doctrina respecto de su exigibilidad como elemento de la definición conforme al Derecho internacional consuetudinario<sup>164</sup>.

El requisito de la política organizada no es una exigencia novedosa, sino que ya encuentra antecedentes en la caracterización en Nuremberg de delitos comunes como crímenes contra la humanidad siempre y cuando estuvieran vinculados al sistema nazi<sup>165</sup>. Asimismo, los Tribunales Militares encargados de aplicar la Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado en la zona de ocupación estadounidense estimaron que, de acuerdo con dicha ley, los crímenes contra la humanidad sólo eran punibles cuando hubiera prueba de

<sup>163</sup> La incorporación del elemento de la política organizada en el ECPI resultó imprescindible en las negociaciones para lograr un consenso sobre el contenido jurídico de los crímenes contra la humanidad, pues se estimaba imprescindible para establecer un adecuado umbral de gravedad que justificara la intervención de la CPI (VON HEBEL, H. & ROBINSON, D., "Crimes within the Jurisdiction of the Court", en: LEE, R. S. (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 96-97; *vid.* también ARSANJANI, M. H., "The Rome Statute of the International Criminal Court", *AJIL*, vol. 93 (1), 1999, p. 31; SCHEFFER, D. J., "The United States and the International Criminal Court", *AJIL*, vol. 93 (1), 1999, p. 16; BANTEKAS, I., NASH, S. & MACKAREL, M., *International Criminal Law*, London/Sidney: Cavendish Publishing Ltd., 2001, p. 127; BOOT, M., *Genocide...*, *cit.*, § 447, p. 471).

<sup>164</sup> METTRAUX rechaza que la existencia de una política sea un requisito de la definición de los crímenes contra la humanidad; en su lugar, estima que el mismo aparece más bien como "one of the factors which a court can take into account to conclude that an attack was directed upon a civilian population rather than against one or several individual members of this population, and to conclude that this attack was indeed systematic" (METTRAUX, G., "Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda", *HIJL*, vol. 43 (1), 2002, p. 282). En idéntico sentido WERLE, G., *Principles...*, *cit.*, p. 230. Considerando que es muy probable que los crímenes contra la humanidad exijan este requisito, pero sin llegar a conclusiones definitivas, BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho...*, *cit.*, p. 92; similar es la posición de TORRES PÉREZ, M., *La responsabilidad...*, *cit.*, p. 112, nota 14, y pp. 115-118, aunque en principio opta por no incluirlo como un elemento específico de los crímenes contra la humanidad conforme al Derecho internacional consuetudinario (*ibid.*, p. 111; *idem* DE THAN, C. & SHORTS, E., *International...*, *cit.*, p. 92).

<sup>165</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* BASSIOUNI, M. C., "Crimes Against Humanity", *cit.*, p. 439; MEYROWITZ, H., *La répression...*, *cit.*, pp. 255-257; MERLE, M., *Le procès de Nuremberg et le châtement des criminels de guerre*, Paris: Pedone, 1949, p. 158; *cfr.* HUET, A. et KOERING-JOULIN, R., *Droit pénal international*, Paris: PUF, 1994, p. 105. MERLE estima que el crimen contra la humanidad es "la manifestation d'une politique criminelle" (MERLE, M., *Le procès...*, *cit.*, p. 158). Así formulada, la opinión de MERLE refleja una concepción del crimen contra la humanidad no como una categoría criminal que engloba diferentes tipos penales, sino como un crimen único. Por el contrario, la actual definición consuetudinaria de los crímenes contra la humanidad se aleja de este planteamiento, al concebirlos como modalidades criminales diferentes que presentan unas características comunes, las cuales los dotan de alcance internacional. Ello permite apuntar una evolución en la exigencia de una política organizada como elemento de los crímenes contra la humanidad: definitoria en aquellas primeras concepciones del crimen contra la humanidad como un tipo en sí mismo, desaparece cuando la noción comienza a ser aplicada a una categoría que abarca diversos tipos penales que comparten ciertos elementos de internacionalidad (como el móvil, o la sistematicidad o generalidad en su comisión –*vid. supra* Capítulo II-), para de nuevo ser exigida en la definición consuetudinaria más actual como rasgo que dota a todas las conductas incriminadas de un carácter internacional.

“conscious participation in systematic government organized or approved procedures amounting to atrocities and offenses of the kind specified in the act and committed against populations or amounting to persecutions on political, racial, or religious grounds”<sup>166</sup>.

También el Tribunal Supremo holandés afirmó en el asunto *Menten* que la noción de *crímenes contra la humanidad* “also requires [...] that the crimes in question form part of a system based on terror or constitute a link in a consciously pursued policy directed against particular groups of people”<sup>167</sup>. En términos similares, la Corte de Casación francesa estimó en el asunto *Barbie* que los crímenes contra la humanidad eran actos cometidos “au nom d’un État pratiquant une politique d’hégémonie idéologique”<sup>168</sup>.

Por el contrario, el TPIY, aun admitiendo que los crímenes contra la humanidad necesariamente implican una política organizada, se ha mostrado cauto a la hora de considerar que la misma constituye un requisito de la definición, sin llegar a resultados concluyentes al respecto<sup>169</sup>. En contraposición, el TPIR afirmó en un primer momento que:

“For an act of mass victimisation to be a crime against humanity, it must include a policy element. Either of the requirements of widespread or systematic are enough to exclude acts not committed as part of a broader policy or plan”<sup>170</sup>.

Posteriormente, ese criterio fue matizado por las apreciaciones de la Sala de Apelación común a ambos tribunales, que estimó que “although the existence of a policy or plan may be useful to establish that the attack was directed against a civilian population and that it was widespread and systematic, it is not an independent legal element”<sup>171</sup>.

<sup>166</sup> IMT, *The Justice Case*, “Judgment”, *cit.*, p. 982.

<sup>167</sup> SUPREME COURT OF HOLLAND, *Public Prosecutor v. Menten*, Judgment, 13 de enero de 1981, *ILR*, vol. 75, pp. 362-363.

<sup>168</sup> COUR DE CASSATION (Chambre criminelle), Audience publique du vendredi 20 décembre 1985, n° de pourvoi: 85-95166, reproducida en *JDI*, vol. 113 (1), 1986, p. 140.

<sup>169</sup> *Vid.* ICTY, *Prosecutor v. Nikolić*, caso n° IT-94-2-R61, revisión del acta de acusación de conformidad con la Regla 61 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, 20 de octubre de 1995; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, *cit.*, párr. 98, excluyendo que sea un elemento de los crímenes contra la humanidad, pero *cfr.* *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 551, planteando que tal vez lo sea. FENRICK pone de relieve que este tema “is not consistently articulated in the Tribunal’s jurisprudence”, y que la prueba de su existencia más bien se vincula a la determinación del criterio de sistematicidad, bien porque se exige probar la existencia de una política para apreciarlo, bien porque su presencia se considera un indicio de la sistematicidad del ataque (FENRICK, W. J., “The Crime...”, *cit.*, pp. 87-88; *vid.* también SCHABAS, W., “Punishment...”, *cit.*, pp. 928-929, y SCHABAS, W. A., “Whither genocide? The International Court of Justice finally pronounces”, *Journal of Genocide Research*, vol. 9 (2), 2007, p. 189).

<sup>170</sup> ICTR, *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, caso n° ICTR-95-1-T, *cit.*, párr. 124.

<sup>171</sup> ICTR, *Laurent Semanza v. The Prosecutor*, caso n° ICTR-97-20-A, sentencia de apelación, 20 de mayo de 2005, párr. 269; ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, *cit.*, párr. 9.

En el marco de los trabajos de la CDI, el artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad presentado en 1996 introducía el requisito de que la comisión de los actos incriminados estuviera “instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo”<sup>172</sup>. Por su parte, los Elementos de los Crímenes del ECPI establecen una clara conexión entre la exigencia de un ataque y dicha política organizada, al disponer que el ataque es una línea de conducta que se lleva a cabo “a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque”<sup>173</sup>.

Sobre estas bases, se puede afirmar que se da el contexto propio de los crímenes contra la humanidad cuando **el ataque se produce con el objetivo de servir a una política preestablecida por un Estado o por actores no estatales organizados**. A modo de ejemplo, no habría crimen contra la humanidad si alguien aprovechara la situación de violencia generalizada en una revuelta popular espontánea para matar a otras personas, mientras que sí lo habría si esa revuelta hubiera sido provocada, incitada o permitida por autoridades estatales o autoridades *de facto* con el fin de generar un estado de caos en el que poder cometer impunemente homicidios intencionales contra alguna población civil.

De acuerdo con la jurisprudencia internacional, la planificación que subyace al concepto de *crimen contra la humanidad* no necesariamente se ha de traducir en una política estatal formalmente adoptada<sup>174</sup>, y ni siquiera tiene por qué ser declarada expresamente o anunciada con claridad y precisión<sup>175</sup>. Ni la formalización altera en lo esencial la existencia de crímenes contra la humanidad, si en la práctica puede verificarse la planificación a la que viene haciéndose referencia<sup>176</sup>, ni es necesaria que la

<sup>172</sup> Vid. Comentario al artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, apdo. 5, en: ONU, Doc. A/51/10, *cit.*, párr. 50. Se reintroducía así una exigencia que ya se había previsto en el Proyecto de 1954 pero que había sido eliminada en el Proyecto de 1991.

<sup>173</sup> CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *Parte II.B: Elementos de los Crímenes*, 9 de septiembre de 2002, “Introducción a los Crímenes contra la Humanidad”, p. 120, párr. 3.

<sup>174</sup> ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso n° ICTR-96-4-T, *cit.*, párr. 580: “Il est nullement exigé que cette politique soit officiellement adoptée comme politique d’État”.

<sup>175</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 204: “This plan, however, need not necessarily be declared expressly or even stated clearly and precisely”.

<sup>176</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 653. En el asunto *Blaskić*, la Sala de Instancia enumeró una serie de indicios o elementos de hecho que pueden permitir deducir la existencia de ese plan, como las circunstancias históricas y políticas, el establecimiento de estructuras políticas autónomas en un determinado territorio, o de estructuras militares autónomas, el contenido general de un programa político plasmado en documentos y discursos, la propaganda en los medios de comunicación, la

coordinación proceda de las instituciones estatales.

Tres cuestiones de relevancia respecto del contenido de la política organizada merecen ser comentadas separadamente a continuación: la primera es su articulación con los requisitos de generalidad y de sistematicidad (§ a), la segunda se refiere al grado de control territorial requerido a las entidades no estatales (§ b) y la tercera es el grado de participación en la política requerido al Estado o a la entidad no estatal (§ c).

a) *La política organizada y los requisitos de generalidad y de sistematicidad.*

La exigencia de una política organizada está en consonancia con los requisitos de sistematicidad y de generalidad, en el sentido de que enfatiza la naturaleza colectiva del crimen contra la humanidad para excluir del tipo los actos delictivos aislados, cometidos por individuos que actúan de forma descoordinada<sup>177</sup>. Es decir, no entran dentro de los crímenes contra la humanidad los actos criminales espontáneos, llevados a cabo por propia iniciativa del autor, ni siquiera cuando se producen como consecuencia de una situación de violencia, si no es posible identificar un patrón de actuación que denote un cierto grado de planificación previa procedente de las autoridades estatales o de otros grupos organizados.

No se ha de entender la exigencia de una política como una mera reiteración del criterio de sistematicidad, ni como un requerimiento de que este criterio se aprecie en todo ataque. Exigir que se pruebe la existencia de algún elemento de política organizada no es lo mismo que exigir prueba de que el ataque se organizó concienzudamente y siguió un patrón preestablecido<sup>178</sup>, y si bien detrás de todo ataque sistemático deberá haber una política, no toda política se traducirá en un ataque sistemático<sup>179</sup>. En todo caso, la introducción de este requisito no altera en esencia el alcance del criterio de

---

movilización de fuerzas armadas, ofensivas militares repetidas y coordinadas temporal y geográficamente, vínculos entre la jerarquía militar y la estructura política y su programa político, alteraciones de la composición étnica de las poblaciones, medidas discriminatorias (administrativas o de otro tipo), o la escala de los actos de violencia perpetrados (ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 204).

<sup>177</sup> AMBOS, K., *Los crímenes...*, *cit.*, p. 54.

<sup>178</sup> MCCORMACK, T. LH, "Crimes...", *cit.*, p. 28.

<sup>179</sup> AMBOS, K., *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Berlin/Montevideo: Duncker & Humboldt/Konrad-Adenauer-Stiftung/Temis, 2005, p. 402; AMBOS, K., "Some preliminary reflections on the mens rea requirements of the crimes of the ICC Statute and of the elements of the crimes", en: VOHRAH, L. C., POCAR, F., FEATHERSTONE, Y. *et al.* (eds.), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2003, p. 28.

sistematicidad<sup>180</sup>.

No ocurre lo mismo en relación con el criterio de generalidad, respecto del cual el requisito de la política organizada sí introduce matices. Al ser un criterio esencialmente cuantitativo, la generalidad no basta para dotar de carácter internacional a los crímenes contra la humanidad<sup>181</sup>. La doctrina recuerda al respecto que los crímenes en masa pueden ser cometidos sin necesidad de que exista una política estatal o de un grupo organizado que actúe de forma análoga al Estado, y en tales casos la competencia para enjuiciarlos corresponde a las jurisdicciones internas porque constituyen crímenes ordinarios; por el contrario, los crímenes contra la humanidad no son simples crímenes en masa, sino que constituyen crímenes de Derecho internacional en razón de la existencia de esa política que subyace a su comisión, y, en consecuencia, no basta con deducir del número de víctimas causadas el carácter internacional de estos crímenes<sup>182</sup>.

Por tanto, en la práctica, el requisito de la política organizada atenúa la distinción entre los criterios de sistematicidad y de generalidad<sup>183</sup>, ya que en ambos casos (y no sólo respecto del criterio de sistematicidad) se exige la existencia de una política previa. En opinión de BASSIOUNI, es preferible ver estos criterios como medios de prueba de la política o plan, lo que llevaría a concluir que el elemento realmente distintivo de los crímenes contra la humanidad no es tanto la sistematicidad o generalidad como que formen parte de una política estatal o de un grupo<sup>184</sup>.

<sup>180</sup> *Vid. supra* apartado 2.1.B).

<sup>181</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 207.

<sup>182</sup> BASSIOUNI, M. C., *Crimes...*, *cit.*, pp. 244-245; BASSIOUNI, M. C., "Crimes Against Humanity", *cit.*, p. 479. En igual sentido AMBOS, K., *Los crímenes...*, *cit.*, p. 54.

<sup>183</sup> KITTICHAISAREE, K., *International...*, *cit.*, p. 96. De hecho, se ha estimado que el requisito de la política organizada altera la exigencia de que el ataque sea cometido de forma generalizada o sistemática, para transformarla en un requisito cumulativo (generalizada y sistemática) (BOOT, M., *Genocide...*, *cit.*, § 458, p. 481 y § 460, p. 483).

<sup>184</sup> BASSIOUNI, M. C., *Crimes...*, *cit.*, pp. 243-281; BASSIOUNI, M. C., "Crimes Against Humanity", *cit.*, p. 479. También SCHABAS, W. A., "Whither...", *cit.*, pp. 189-190. Por su parte, KITTICHAISAREE sugiere que "the difference between the two types of attack is one of degree of organization of the attack", en cuanto que un ataque generalizado resulta probado cuando "it is directed against a multiplicity of victims as part of a course of conduct involving multiple commission of acts in pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack", mientras que un ataque sistemático, si bien comparte estos mismos elementos, requiere además ser "orchestrated, coordinated, or organized by a group of people so that the attack is carried out in a systematic manner" (KITTICHAISAREE, K., *International...*, *cit.*, p. 97). Por consiguiente, para este autor "systematicity is a higher threshold test than widespreadness because the latter involves unorganized, uncoordinated, and unorchestrated multiple commission of acts that somehow serve a policy to commit a crime against humanity" (*ibid.*).

b) *El grado de control sobre el territorio requerido a las organizaciones no estatales.*

De acuerdo con las previsiones del ECPI, el promotor de la política podría ser no sólo un Estado, sino también una organización no estatal<sup>185</sup>. El TPIY llegó a indicar en la sentencia de instancia del asunto *Tadić* que el plan puede haber sido diseñado por cualquier grupo u organización, sin que tan siquiera sea preciso que *de facto* ostentase el control de un determinado territorio<sup>186</sup>; por consiguiente, lo relevante no sería tanto el grado de institucionalización de la estructura que respalda esa política como la constatación de una participación colectiva y organizada en su ejecución<sup>187</sup>, ya que, aunque no sea preciso que los actos estén vinculados a una política necesariamente estatal, no se admite que sean la obra de individuos aislados<sup>188</sup>.

La doctrina, sin embargo, no comparte esta interpretación, y exige al menos que la organización no estatal ostente un poder *de facto* sobre el territorio<sup>189</sup>. En ulteriores

---

<sup>185</sup> La posibilidad de que los crímenes contra la humanidad sean cometidos por actores no estatales también ha sido admitida por la jurisprudencia internacional, y supone un avance respecto al criterio mantenido por el TMIN, que introducía la noción de *complot* o *plan estatal* (KITTICHAISAREE, K., *International...*, cit., p. 979. Aunque ya en los años 50 la doctrina demandaba una interpretación más amplia de la noción de *política* (vid. GRAVEN, J., “Les Crimes...”, cit., p. 567), lo cierto es que sólo recientemente se ha impuesto este criterio (vid. SCHABAS, W., “Punishment...”, cit., pp. 925-926).

<sup>186</sup> Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, cit., párr. 655, donde el TPIY reproduce los comentarios de la CDI sobre este particular en relación con la interpretación que debe darse a este requisito en la regulación de crímenes contra la humanidad recogida en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad.

<sup>187</sup> Para que el grupo constituya una organización bastaría con que esté “dotado de ciertos medios para alcanzar determinados objetivos comunes” (GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el derecho penal español”, en: BACIGALUPO ZAPATER, E. (dir.), *El Derecho penal internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII-2001, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 25).

<sup>188</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, cit., párr. 655; *Prosecutor v. Nikolić*, caso n° IT-94-2-R61, cit., párr. 26.

<sup>189</sup> Para CASSESE, detrás de esa política organizada debería encontrarse un gobierno o una autoridad *de facto*, de forma que la comisión de los actos inculcados sea “the manifestation of a policy or a plan drawn-up, or inspired by, State authorities or by the leading officials of a de facto state-like organization, or of an organized political group” (CASSESE, A., *International...*, cit., p. 64). BASSIOUNI opina que la extensión “to non-state actors by analogy to state actors presupposes that the non-state actors partake of the characteristics of state actors in that they exercise some dominion or control over territory and people, and carry out a «policy» which have similar characteristics as those of «state action or policy»” (BASSIOUNI, M. C., *Crimes...*, cit., pp. 244-245. En igual sentido AMBOS, K., *Los crímenes...*, cit., p. 245). Por el contrario, QUEL LÓPEZ incluye tanto a “entidades que controlen una parte del territorio” como otras “que simplemente posean la capacidad de desplegar organizadamente una multiplicidad de actos criminales” (QUEL LÓPEZ, F. J., “Los Tribunales...”, cit., p. 368).

decisiones, también el TPIY ha modificado su criterio<sup>190</sup>, pues una interpretación tan amplia como la propuesta en el asunto *Tadić* permitiría que dentro de los crímenes contra la humanidad tuvieran cabida desde un atentado terrorista<sup>191</sup> que cause un gran número de víctimas hasta los asesinatos cometidos de forma sistemática por una organización mafiosa. Los dos casos sugeridos serían claros ejemplos de criminalidad merecedores de una respuesta que debe proceder del ordenamiento jurídico interno de los Estados<sup>192</sup> -ello sin perjuicio de que puedan activarse, en su caso, mecanismos de cooperación penal internacional-.

La exigencia a las organizaciones no estatales de un cierto control sobre el territorio se sustenta en la razón última que originariamente motivó la punición de los crímenes contra la humanidad, es decir, la voluntad de no dejar impunes los actos cometidos por el Estado contra sus propios ciudadanos<sup>193</sup>, idea que debe guiar en última instancia la incriminación internacional de los mismos. En efecto, sin la intervención del Derecho internacional penal tales comportamientos quedarían sin castigo, dadas las particulares circunstancias que rodean a su comisión<sup>194</sup>: así ocurriría tanto en los casos en que los crímenes contra la humanidad sean consecuencia de una política estatal como en los supuestos en que el plan sea ejecutado por una organización no estatal con la anuencia del Estado, o bien cuando dicha organización ostente un poder tal que supere toda capacidad de reacción de las autoridades estatales, lo que se traduciría en un control *de*

<sup>190</sup> Vid. ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 552: “The need for crimes against humanity to have been at least tolerated by a State, Government or entity is also stressed in national and international case-law. The crimes at issue may also be State-sponsored or at any rate may be part of a governmental policy or of an entity holding *de facto* authority over a territory”.

<sup>191</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 654; *cfr.* SCHABAS, W., “Punishment...”, *cit.*, p. 927.

<sup>192</sup> Vid. GIL GIL, A., *Derecho penal...*, *cit.*, p. 122.

<sup>193</sup> SCHABAS, W., “Punishment...”, *cit.*, p. 929.

<sup>194</sup> Vid. CLARKE, K. M., “Internationalizing the Statecraft: Genocide, Religious Revivalism, and the Cultural Politics of International Criminal Law”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 28, 2006, p. 293. Para PLAWSKI: “Les infractions massives dépassent les frontières de l’État et c’est pour cela que l’État est souvent impuissant à les réprimer. D’autre part, les gens appartenant au gouvernement de l’État et responsables de son activité deviennent parfois les instigateurs, voir les auteurs de ces crimes. C’est pourquoi la répression de ces crimes dépasse les limites du droit pénal interne (national) et il incombe de créer le droit international pénal” (PLAWSKI, S., *Étude des principes fondamentaux du droit international pénal*, Paris: LGDJ, 1972, p. 9).

QUINTANO RIPOLLÉS afirmaba tajante que “la protección penal ordinaria de la vida humana y otros bienes jurídicos, siendo realizada localmente por el Derecho penal nacional, es en defecto del mismo cuando el Internacional debe entrar en juego, dado que reservar al Estado su autopunición es un pueril subterfugio, cuando no una sangrienta farsa” (QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado...*, *cit.*, pp. 652-653).

*facto* de una parte del territorio estatal<sup>195</sup>.

La necesidad o no de acreditar dicho control territorial resulta particularmente controvertida en relación con las acciones de grupos terroristas<sup>196</sup>, ya que, si bien al incluir la referencia a las organizaciones no estatales como promotoras de la política organizada en el ECPI se estaba pensando precisamente en este tipo de organizaciones –así como grupos insurrectos y secesionistas-<sup>197</sup>, en la práctica se observa una tendencia a abusar de la noción de *crimen contra la humanidad* para calificar las acciones terroristas, sobre todo aquellas que se saldan con numerosas víctimas, aunque también para aludir a la política de acoso al que este tipo de organizaciones someten a la población.

En el caso de los actos terroristas que afectan a un gran número de personas, la línea de separación debería establecerse a partir de la noción de *ataque*, tal y como ha sido definida, excluyendo aquellas lesiones de derechos que se produzca en ausencia de un curso de conducta que implique la comisión de actos de violencia<sup>198</sup>. Cuando, por el contrario, sí exista una línea de conducta dirigida a la comisión planificada de actos de violencia contra la población, la misma se quebrará cuando las autoridades estatales

---

<sup>195</sup> “Sólo cuando la organización o grupo ha alcanzado tal poder que neutraliza el poder del Estado o controla *de facto* una parte del territorio puede hablarse de la necesidad de la intervención subsidiaria del Derecho penal internacional” (GIL GIL, A., *Derecho penal...*, cit., p. 122).

<sup>196</sup> A favor de la inclusión de los grupos terroristas entre los que pueden cometer crímenes contra la humanidad, GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., “Elementos...”, cit., p. 26; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Terrorismo y derechos humanos. Una aproximación desde el Derecho Internacional*, Madrid: Dykinson, 2005, p. 51. El TPIY admitió esa posibilidad en ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso nº IT-98-1-T, cit., párr. 654.

<sup>197</sup> ARSANJANI, M. H., “The Rome...”, cit., p. 30.

<sup>198</sup> Desde un punto de vista terminológico se trataría de distinguir entre la noción penal internacional de *ataque* y la noción de *atentado*, que carece de una definición específica en el ordenamiento jurídico internacional. Por *atentado* podría entenderse con carácter general una agresión contra un derecho humano (en particular la vida o la integridad física o psíquica, si se toma en consideración una de las definiciones ofrecidas por la Real Academia Española en el *Diccionario de la Lengua Española*), y es obvio que para su realización es preciso un cierto grado de planificación, pero no la preparación de un ataque, en el sentido de una línea de conducta que engloba actos de violencia. Esta distinción terminológica, clara en castellano, no lo es empero en inglés, donde por lo general se utiliza para ambos casos el término “*attack*”.

Sirvan las acciones de Al-Qaeda en los atentados del 11 de septiembre y en Irak para ejemplificar el argumento. El primer supuesto (los atentados contra las Torres Gemelas) no debería ser calificado de crimen contra la humanidad, puesto que la organización no lo llevó a cabo en el marco de un curso de conducta que implicara la comisión de actos de violencia, sino que consistieron en actos aislados perfectamente delimitados en el tiempo. Por el contrario, en el segundo supuesto no se puede excluir con tanta rotundidad la comisión de crímenes contra la humanidad, dado que Al-Qaeda y sus seguidores posiblemente han contado con un poder *de facto* en Irak demostrado mediante la realización continuada de acciones violentas y actos criminales contra la población civil que escapan al control de las autoridades estatales, dentro, eso sí, del contexto más amplio de enfrentamientos entre distintas comunidades religiosas y políticas en el seno de la sociedad iraquí.

intervengan con el fin de prevenirlos, reprimirlos o castigarlos<sup>199</sup>, aunque ello exija una actuación constante del poder público y a pesar de que la actuación de la organización logre su objetivo de generar un estado de terror entre la población. La intervención activa del Estado para reprimir las conductas criminales en este supuesto evita que lleguen a concurrir los elementos característicos del contexto propio de los crímenes contra la humanidad, pues, cuando menos, no se podrá apreciar la existencia de una política organizada. Si no interviniera, de su tolerancia se podría deducir que está ratificando una política conducente a la realización de tales actos criminales, que en consecuencia le sería atribuible, a no ser que su pasividad se deba a la imposibilidad de adoptar medidas efectivas por carecer de control sobre el territorio en el que están ocurriendo los hechos.

- c) *El grado de participación en la política requerido al Estado o a la organización no estatal.*

El tema de la intervención del Estado para reprimir comportamientos criminales potencialmente constitutivos de crímenes contra la humanidad enlaza con otra cuestión de relevancia, cual es el grado de implicación que debe mostrar el Estado o la organización no estatal para poder afirmar la existencia de una política organizada.

Sobre este extremo se ha de señalar que los Elementos de los Crímenes del ECPI indican que el Estado o la organización deben promover o alentar *activamente* dicha política. Sin embargo, en una nota a pie de página se precisa que, “en circunstancias excepcionales”, esa política “podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo”<sup>200</sup>. Por tanto, se admite que, aunque la política organizada es atribuible normalmente cuando se lleva a cabo por acción, también se podría responsabilizar al Estado u organización de la ejecución de dicha política por omisión<sup>201</sup>. Aun así, la misma nota precisa que “la

---

<sup>199</sup> Como ABELLÁN HONRUBIA ha apuntado, la conexión o interferencia del terrorismo con una función general del Derecho internacional no es clara (ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilidad...”, *cit.*, p. 201). Activar los mecanismos propios del ordenamiento jurídico internacional para su represión como crimen de Derecho internacional no parece, por tanto, pertinente. La acción a nivel internacional quedaría en consecuencia limitada al establecimiento de formas de cooperación para su represión en el ámbito interno.

<sup>200</sup> CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *Parte II.B*, *cit.*, “Introducción a los Crímenes contra la Humanidad”, p. 120, párr. 3 y nota 6.

<sup>201</sup> A fin de cuentas, una política de no actuar para prevenir o castigar la comisión de crímenes contra la humanidad también constituye un curso de conducta (BOOT, M., *Genocide...*, *cit.*, § 462, p. 484).

existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización”, una frase reiterativa que busca insistir en la idea de que será necesario derivar de la inacción el apoyo del Estado o la organización a dicha política<sup>202</sup>. Por tanto, sólo será factible una exoneración de la responsabilidad por dicha política cuando la misma quede totalmente fuera del control del Estado o la organización.

A nivel jurisprudencial se admite sin discusión que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos tanto con la tolerancia como con el patrocinio del Estado o el grupo organizado de que se trate<sup>203</sup>. También la doctrina excluye que la política deba ser necesariamente ejecutada o impulsada de forma activa. Aparte de las dificultades que surgirían para probar este extremo, AMBOS pone en cuestión que “un umbral tan elevado” sea “compatible con el Derecho Consuetudinario Internacional” y que tenga “algún sentido una concepción tan restringida de los crímenes contra la humanidad”<sup>204</sup>. En el caso de los crímenes contra la humanidad cometidos en el marco de un ataque sistemático es evidente que debe existir una política activa de impulso o al menos promoción de los actos incriminados, pues, como se indicó anteriormente, la sistematicidad se caracteriza por la planificación. Por el contrario, respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos como parte de un ataque generalizado, resulta más adecuado interpretar que basta la mera tolerancia del Estado o la organización frente a la realización de los mismos para verificar la existencia de una política organizada<sup>205</sup>.

AMBOS y WIRTH consideran que dicha política de tolerancia sólo puede existir siempre y cuando la entidad tenga el deber jurídico de intervenir, además de la capacidad para hacerlo<sup>206</sup>. En el caso de los Estados, ese deber es evidente, dado que los crímenes contra la humanidad consisten en violaciones de derechos humanos fundamentales, cuya protección constituye una obligación *erga omnes* ineludible para aquellos por estar prohibida su lesión de forma imperativa. Sin embargo, más problemático resulta apreciar la existencia de una obligación jurídico-internacional en

---

<sup>202</sup> Vid. ROBINSON, D., “The elements...”, *cit.*, p. 76.

<sup>203</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso nº IT-95-16-T, *cit.*, párr. 552.

<sup>204</sup> AMBOS, K., *Los crímenes...*, *cit.*, p. 55. También WERLE, G., *Principles...*, *cit.*, p. 229; GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., “Elementos...”, *cit.*, pp. 23-25. Como señala este último autor: “Establecer la necesidad de una identidad entre quienes establecen la política y quienes la ejecutan va mucho más allá del Estatuto y de lo razonable” (*ibid.*, p. 24).

<sup>205</sup> AMBOS, K., *Los crímenes...*, *cit.*, p. 56.

<sup>206</sup> AMBOS, K. & WIRTH, S., “The Current Law of Crimes against Humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000”, *Criminal Law Forum*, vol. 13 (1), 2002, pp. 32-33.

idénticos términos respecto de otras organizaciones a las que el ordenamiento jurídico internacional no les otorgue una cierta personalidad jurídica internacional, como sí ocurre en el caso de los movimientos de liberación nacional o de los grupos reconocidos como beligerantes, pero no respecto de otros grupos que no hayan obtenido reconocimiento alguno con efectos jurídicos internacionales.

No obstante, cuando se trata de establecer la comisión de crímenes de Derecho internacional parece haber una tendencia a flexibilizar la exigencia de reconocimiento de la subjetividad internacional, que quedaría sustituida por el criterio del grado de organización y el control efectivo del territorio<sup>207</sup>. Así, el Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur estimó que aquellos grupos insurgentes que hubieran adquirido “un cierto grado de organización, estabilidad y control efectivo del territorio” poseían personalidad jurídica internacional y, por lo tanto, eran “vinculantes para ellos las normas pertinentes del derecho internacional consuetudinario sobre los conflictos armados internos”<sup>208</sup>.

En todo caso, si en la práctica resulta demostrada la organización del grupo y su capacidad para actuar, requerir que se demuestre que la entidad tiene un “deber jurídico de intervenir” parece imponer una carga de la prueba excesivamente onerosa para quien pretenda demostrar la comisión del crimen, sobre todo porque no se trata de determinar la responsabilidad internacional de la propia entidad. De hecho, la jurisprudencia no exige que se pruebe una obligación tal. Por consiguiente, para poder atribuir por omisión a una organización no estatal la ejecución de la política organizada, debería bastar con probar que el grupo de que se trate ostenta de hecho el control efectivo sobre un territorio y son capaces de ejercer atribuciones propias del poder público, de manera que dispone de la capacidad suficiente para evitar que se cometan este tipo de crímenes.

---

<sup>207</sup> En consonancia con las previsiones del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II), de 8 de junio de 1977, aplicable, de conformidad con su artículo 1.1, a los conflictos armados no cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) que “se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, *ejercen sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo*” (cursiva añadida).

<sup>208</sup> ONU, Doc. S/2005/60. *Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad, de 18 de septiembre de 2004, 7 de febrero de 2005, párr.172.*

#### D) El nexo entre el acto y el ataque.

Un último requisito para que se verifique el elemento objetivo de la cláusula general de los crímenes contra la humanidad es la existencia de una conexión entre el acto criminal y el ataque. En el caso del artículo 7 ECPI, los Elementos de los Crímenes requieren expresamente respecto de cada una de las conductas incriminadas la necesidad de que la misma “se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil”<sup>209</sup>. Idéntica exigencia se recoge en los artículos 5 ETPIY y 3 ETPIR.

Ello supone que cada uno de los actos criminales individuales ha de formar parte del ataque general<sup>210</sup>. El TPIY ha afirmado que el nexo entre los actos del sujeto activo y el ataque consiste en dos elementos:

(i) la comisión de un acto que, por su naturaleza o consecuencias, es objetivamente parte del ataque (elemento material), unido a

(ii) el conocimiento por parte del sujeto activo de que hay un ataque contra la población civil y que su acto es parte del mismo (elemento subjetivo)<sup>211</sup>.

Como se indicó en el asunto *Kunarac*, no es necesario que el acto criminal fundamental constituya el ataque, sino únicamente que *forme parte del mismo*<sup>212</sup>. Desde otra perspectiva, ello supone que no será preciso demostrar que cada acto criminal presenta los elementos que caracterizan el ataque, sino únicamente que son parte de éste<sup>213</sup>. En consecuencia, no es preciso que el sujeto activo cometa una multiplicidad de

---

<sup>209</sup> Se trata de una fórmula reiterada en cada uno de los crímenes. En el caso concreto del crimen de persecución, la misma constituye el elemento nº 5 de los que integran el tipo (CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *Parte II.B*, *cit.*, “Artículo 7 1) h). Crimen de lesa humanidad de persecución. Elementos”, p. 126).

<sup>210</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso nº IT-98-1-A, *cit.*, párr. 248.

<sup>211</sup> ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, caso nº IT-98-32-T, *cit.*, párr. 32; *Prosecutor v. Tadić*, caso nº IT-98-1-A, *cit.*, párr. 248; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos nº IT-96-23 & IT-96-23/1-T, *cit.*, párr. 418. De acuerdo con Ambos, cualquier otro elemento adicional resulta irrelevante (AMBOS, K., *Los crímenes...*, *cit.*, p. 60). De acuerdo con CHESTERMAN, este test aplicado por el TPIY “appears to reflect customary international law” (CHESTERMAN, S., “An Altogether...”, *cit.*, p. 320).

<sup>212</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos nº IT-96-23 & IT-96-23/1-T, *cit.*, párr. 417. *Vid.* también CHESTERMAN, S., “An Altogether...”, *cit.*, p. 321. En relación con la pertenencia del acto al ataque, AMBOS propone como criterio para probar que un acto forma parte del ataque evaluar “si aquél habría sido menos peligroso para la víctima si no hubiesen existido tanto el ataque como la política” (AMBOS, K., *Los crímenes...*, *cit.*, p. 60).

<sup>213</sup> ICTR, *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, caso nº ICTR-95-1-T, *cit.*, párr. 135: “The crimes themselves need not contain the three elements of the attack [...], but must form *part of* such an attack”.

actos para que se aprecie la conexión con el ataque, sino que un único crimen bastará, como tampoco se exige que con su comportamiento cause un número elevado de víctimas<sup>214</sup>.

Por lo demás, se estima suficiente “to show that the act took place in the context of an accumulation of acts of violence which, individually, may vary greatly in nature and gravity”<sup>215</sup>. De esta forma, no es preciso que los actos se cometan en el momento álgido del ataque, sino que también podrán ser considerados crímenes contra la humanidad actos cometidos cuando el mismo ya ha perdido intensidad pero es aún posible apreciar el nexo entre unos y otro<sup>216</sup>.

La exigencia de que el ataque vaya dirigido contra la población civil también incide en la apreciación del nexo entre el ataque y el acto, en el sentido de que bastará con probar que la víctima de la conducta incriminada lo es por causa de un ataque contra una población civil<sup>217</sup>. Por el contrario, no es preciso demostrar ni que era miembro de un determinado grupo, ni su relación con cualquiera de los bandos que, en su caso, estuvieran enfrentados<sup>218</sup>.

## 2.2. EL SUJETO ACTIVO DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD.

Al hablar del requisito de la política organizada dirigida a la comisión del ataque se ha indicado que la misma puede estar diseñada tanto por el Estado como por una organización no estatal, de manera que la noción de *complot estatal* manejada por el TMIN ha quedado superada en la tipificación consuetudinaria vigente del crimen contra la humanidad. En estrecha conexión con este particular y con el requisito de sistematicidad se encuentra la cuestión del posible **sujeto activo** en esta modalidad criminal, en la que conviene detenerse para analizar algunos extremos que han sido objeto de discusión doctrinal y que se han planteado precisamente por el particular papel que tradicionalmente ha desempeñado la estructura estatal en la comisión de los

---

<sup>214</sup> METTRAUX, G., “Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda”, *HILJ*, vol. 43 (1), 2002, pp. 251-252.

<sup>215</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23 & IT-96-23/1-T, *cit.*, párr. 419.

<sup>216</sup> ICTY, *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, caso n° IT-95-13/1-A, sentencia de apelación, 5 de mayo de 2009, párr. 41; METTRAUX, G., “Crimes...”, *cit.*, p. 252.

<sup>217</sup> AMBOS, K., *Los crímenes...*, *cit.*, p. 61.

<sup>218</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23 & IT-96-23/1-T, *cit.*, párr. 423.

crímenes contra la humanidad, circunstancia que ha provocado el debate respecto de quién debe ser considerado sujeto activo de estos crímenes: el propio Estado o los particulares.

En concreto, parte de la doctrina sugirió en su momento que el crimen contra la humanidad debía necesariamente ser cometido por agentes estatales, puesto que era un supuesto de criminalidad estatal<sup>219</sup>. Se introducía de esta manera la idea del Estado criminal, que, de forma análoga a los individuos, debía ser castigado con una pena, idea que, en realidad, no traía su origen en la asunción de la responsabilidad penal internacional del individuo y su posterior extensión al Estado, sino en el planteamiento inverso: si en el Derecho internacional clásico el único sujeto de Derecho era el Estado, la admisión de un sistema de Derecho internacional penal pasaba por aceptar que éste podía delinquir y ser castigado con una pena<sup>220</sup>.

Esta concepción, sin embargo, está ya superada<sup>221</sup>, y en su lugar se ha consagrado la distinción entre dos modalidades de responsabilidad: la propia del Estado por hecho internacionalmente ilícito, y otra, aplicable exclusivamente a los individuos, que acarrea una pena como forma específica de castigo<sup>222</sup>.

La posibilidad de que el Estado como persona jurídica pueda ser penalmente responsable queda así excluida, prevaleciendo los principios de individualización y de culpabilidad, de forma que sólo cabe una responsabilidad individual delimitada en

---

<sup>219</sup> ARONEANU, E., *Le crime contre l'humanité*, Paris: Librairie Dalloz, 1961, pp. 56-57; CORNIL, L. (dir.), PELLA, V. et SASSERATH, S., *VIII Conférence...*, cit., p. 55; MERLE, M., *Le procès...*, cit., p. 157.

<sup>220</sup> Vid. PELLA, V. V., *La guerre-crime et les criminels de guerre*, Neuchatel: Éditions de Baconnière, 1964, pp. 58-67.

<sup>221</sup> Ya en los años 50 se rechaza la idea del Estado criminal a la luz del Derecho internacional consuetudinario y de la jurisprudencia internacional (vid. por ejemplo SCHWARZENBERGER, G., "The Problem...", cit., pp. 272-280; GLASER, S., *Infraction internationale: ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques. Exposé sur la base du Droit pénal comparé*, Bruxelles/Paris: Bruylant/LGDJ, 1957, p. 12; DROST, P. N., *The crime of State. Penal protection for fundamental freedoms of persons and peoples*, book I ("Humanicide. International governmental crime against individual human rights"), Leyden: A. W. Sythoff, 1959, pp. 290-293).

<sup>222</sup> Se produce entonces una doble responsabilidad cumulativa (DOMINICE, C., "La question de la double responsabilité de l'État et de son agent", en: YAKPO, E. & BOUMEDRA, T. (eds.), *Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999, pp. 146-147). MERLE aprecia esta doble responsabilidad ya en Nuremberg, aunque la cuestión no se suscitara expresamente. Al respecto señala que si bien el principio de la responsabilidad individual "a donc été nettement posé et appliqué", de ello no se sigue necesariamente que "la responsabilité de l'État ait été écartée", aclarando que: "Si aucun texte n'y fait allusion – si ce n'est pour affirmer qu'elle ne peut faire écran aux responsabilités individuelles – c'est sans doute en raison de la disparition de l'État allemand à la suite de l'Acte de capitulation. Le problème de la double responsabilité n'a donc pas été tranché au Procès de Nuremberg" (MERLE, M., *Le procès...*, cit., pp. 95-96).

función de la voluntad delictiva que resulte probada<sup>223</sup>. Y es que un crimen contra la humanidad no es, en palabras de GRAVEN, un “acte de souveraineté criminel”<sup>224</sup> que deba poder ser atribuible al Estado, sino que la responsabilidad debe recaer en sus autores materiales<sup>225</sup>.

En la misma línea, tampoco ha lugar el debate respecto de la especialidad o no del sujeto activo, es decir, respecto de si los autores deben estar investidos de poder público o, por el contrario, cualquier individuo puede cometer un crimen contra la humanidad. Aunque se ha planteado si deben ser los agentes del Estado los que cometan estos crímenes o no, ha de descartarse que hoy por hoy éste sea un elemento de la categoría<sup>226</sup>. De una parte, los crímenes contra la humanidad no requieren un sujeto activo especial<sup>227</sup>, y de otra parte, los órganos estatales tampoco serían los únicos que con su comportamiento pueden generar la responsabilidad internacional del Estado, ya que

<sup>223</sup> CASTILLO, M., “La compétence...”, *cit.*, p. 78.

<sup>224</sup> GRAVEN, J., “Les Crimes...”, *cit.*, p. 566.

<sup>225</sup> *Ibid.*, pp. 566-567. También QUINTANO RIPOLLES se muestra favorable a la “doble responsabilidad individual y estatal, [...] pero cada una en su esfera propia de exigencia” (QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado...*, *cit.*, p. 652). PLAWSKI distingue a este respecto entre el Derecho internacional penal y un Derecho internacional interestatal: mientras que el primero es una realidad jurídica, el segundo únicamente existiría en un plano teórico-conceptual, referido a aquellas infracciones en las que los sujetos activos serían “les États, les personnes physiques et les personnes juridiques et d’autres collectivités organisées au sein de l’État ou ayant un caractère international” (PLAWSKI, S., *Étude...*, *cit.*, p. 14).

<sup>226</sup> *Vid.* por todos MEYROWITZ, H., *La répression...*, *cit.*, p. 263.

La posibilidad de imputar los crímenes contra la humanidad a personas que no actúen en nombre del Estado ya fue en cierta medida admitida por el TMIN, como lo pone de manifiesto la condena a Streicher por incitación al asesinato y el exterminio de los judíos desde su posición de editor de un periódico (*vid.* ONU, Doc. A/CN.4/5, *Le Statut et le Jugement du Tribunal de Nuremberg. Historique et analyse (Mémoire du Secrétaire général)*, 3 de marzo de 1949, pp. 73-74, donde el Secretario General de la ONU argumenta que el TMIN admitió la posibilidad de que un particular pueda ser autor de un crimen contra la humanidad a partir de este caso y el de Von Schirach). Streicher y Von Schirach fueron los dos únicos condenados exclusivamente por comisión de crímenes contra la humanidad (quebrando en la práctica la exigencia de conexión con un crimen de guerra o contra la paz), pero el primer caso resulta mucho más ilustrativo en relación con la autoría de estos crímenes por un particular, dado que Von Schirach ostentaba el cargo de Gobernador del Reich en Viena, y por tanto existía un vínculo institucional con el Gobierno nazi, aunque no participara directamente en el diseño del Holocausto. No obstante, no se puede afirmar que en Nuremberg se admitiera la posibilidad de apreciar un crimen contra la humanidad en el caso de un acto totalmente privado, sino que cuando menos la persona debía haber actuado en interés del Estado. Sobre la exigencia en Nuremberg de que la persona hubiera actuado en interés del Estado, *vid.* GIL GIL, A., *Derecho penal...*, *cit.*, p. 114.

<sup>227</sup> Ni siquiera la tortura (*vid.* al respecto CASSESE, A., *International...*, *cit.*, p. 118; LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte...*, *cit.*, p. 124), separándose de esta forma de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes, de 1984, conforme a cuyo artículo 1 se entenderá por tortura “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, [...] cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia [...]”, aunque acercándose al enfoque de las previsiones contenidas en algunos tratados de derechos humanos de ámbito regional, como el artículo 3 CEDH o el artículo 5.2 CADH.

podría apreciarse esa responsabilidad por el comportamiento de particulares que actúan por cuenta del Estado.

En la base de esta discusión se encontraría la confusión al identificar a los responsables de la organización del ataque con los autores materiales del acto incriminado a título de crimen contra la humanidad. Sin embargo, se trata de dos fases distintas en la comisión del crimen, y las personas implicadas en una y otra no tienen por qué coincidir necesariamente, aunque con frecuencia así ocurra.

En un primer momento, para apreciar la existencia de un crimen contra la humanidad será necesario determinar si se satisfacen los requisitos del elemento objetivo de la cláusula general. Por consiguiente, habrá que probar la existencia de un ataque sistemático o generalizado detrás del cual se encuentra una política preestablecida por las autoridades estatales o por una organización, en los términos señalados en el apartado anterior. En este punto, la participación de agentes estatales o de responsables políticos o militares de la organización de que se trate es, evidentemente, necesaria<sup>228</sup>.

Sin embargo, el crimen contra la humanidad no se comete con la mera planificación del ataque, sino con la realización de los actos incriminados, lo que marca un segundo momento en la realización de crímenes contra la humanidad. Y ciertamente, en una atmósfera de odio generalizado e instigado por las autoridades estatales o *de facto* es esperable que haya personas físicas que, a título particular, se sumen a la comisión de atrocidades. En tales casos, no hay ninguna razón para eximir de responsabilidad penal a quienes, con sus actos, sirven activamente a la consecución de los fines que el Estado o la organización se hubieran fijado<sup>229</sup>.

En consecuencia, cualquier persona puede ser sujeto activo de un crimen contra la humanidad, con independencia de que sea o no un agente del Estado o actúe a instancias de éste<sup>230</sup>. Eso sí, el acto delictivo debe estar conectado con el ataque generalizado o

---

<sup>228</sup> DE THAN, C. & SHORTS, E., *International...*, cit., p. 95.

<sup>229</sup> En palabras de CASTILLO, "le véritable responsable au-delà de l'écran étatique" (CASTILLO, M., "La compétence...", cit., p. 75).

<sup>230</sup> Vid. Comentario de PAWLAK al artículo 21 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la Seguridad de la Humanidad (ONU, Doc. A/CN.4/SR.2239, *Actas resumidas de la 2239ª sesión. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, párr. 62, en: ONU, *ACDI*, 1991, vol. I, p. 231).

sistemático que integra el elemento objetivo de la categoría, como se señalaba en el apartado anterior. Será respecto de la organización y ejecución de dicho ataque (o de la anuencia para que el mismo se cometa) de la que eventualmente se pueda predicar además la responsabilidad del Estado (por acción o por omisión), si la misma le es atribuible, lo que ocurrirá cuando las personas implicadas hayan actuado como agentes del Estado o por cuenta del mismo. Pero se tratará en ese caso de una responsabilidad con una naturaleza diferente, por la comisión de un hecho ilícito internacional (como es la violación de la obligación de proteger los derechos humanos), que se añadirá a la responsabilidad individual, de carácter penal, de cada uno de los autores de los crímenes cometidos<sup>231</sup>.

### 2.3. EL SUJETO PASIVO DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: LA PERTENENCIA A UNA “POBLACIÓN CIVIL”.

Una vez que se ha determinado la existencia de un ataque, es preciso verificar que el mismo está dirigido contra una población civil, lo que constituye otro elemento más de la cláusula general de la categoría. Para delimitar el alcance de este requisito, se procederá a continuación a desglosar su análisis en dos aspectos: la noción de población (§ A) y la naturaleza civil tanto de la población como de las personas que la integran (§ B).

#### A) La noción de población.

La alusión a la *población* ha sido interpretada por la jurisprudencia internacional en sentido amplio, como referida a la **naturaleza colectiva** del crimen más que a la condición misma de las víctimas<sup>232</sup>, lo que excluye que los actos individuales o aislados puedan entrar dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad<sup>233</sup>. No obstante, conviene precisar que no constituye un elemento de la cláusula general del crimen

<sup>231</sup> Como la CDI señaló: “[...] el hecho del cual es responsable una persona natural podría atribuirse también a un Estado si aquella hubiera actuado como «agente del Estado», «por cuenta del Estado», «en nombre del Estado» o en calidad de agente de hecho, sin mandato legal. Por ello se establece claramente en el artículo 4 que la responsabilidad penal de las personas «no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional»” (comentario al artículo 2 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, apdo. 4, en: ONU, Doc. A/51/10, *cit.*, párr. 50. *Vid.* asimismo el comentario al artículo 4, *ibid.*).

<sup>232</sup> ICTY, *Prosecutor v. Jelisić*, caso n° IT-95-10-T, *cit.*, párr. 54.

<sup>233</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 644; 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. 80.

contra la humanidad el que se produzca una pluralidad de víctimas en el mismo acto<sup>234</sup>. El contexto en el que se cometen los crímenes contra la humanidad presupone la multiplicidad de sujetos pasivos, implícita en la noción de *ataque*<sup>235</sup>, lo que también denota la referencia a la población civil. Ello no significa, por el contrario, que la comisión de un crimen contra la humanidad deba provocar múltiples víctimas. Siguiendo a MEYROWITZ, un acto inhumano cometido contra una sola persona constituye un crimen contra la humanidad<sup>236</sup> siempre y cuando dicho acto presente un nexo con el ataque. Por lo tanto, resulta **irrelevante el número de víctimas** que el acto cause a los efectos de calificarlo de crimen contra la humanidad.

Cabe además señalar que las referencias genéricas a “una” o “cualquier” población civil que suelen aparecer en las definiciones convencionales y jurisprudenciales de los crímenes contra la humanidad<sup>237</sup> han pretendido tradicionalmente **eliminar cualquier posible distinción entre las personas bajo la jurisdicción del Estado** como parte de su población o de cualquier otro territorio que esté bajo su control efectivo, de manera que se podrán cometer crímenes contra la humanidad contra personas que ostenten la misma nacionalidad que el autor, contra extranjeros o contra apátridas<sup>238</sup>. Ninguna parte de la población civil quedará por tanto excluida de la protección que ofrece la prohibición de los crímenes contra la humanidad<sup>239</sup>.

Asimismo, excluyen que el objeto del ataque deba ser *toda* la población civil; por el contrario, basta con que el ataque esté dirigido contra una **parte de la población civil**

---

<sup>234</sup> MEYROWITZ, H., *La répression...*, cit., pp. 280-281; WERLE, G., *Principles...*, cit., p. 221. En contra SCHWELB, E., “Crimes Against Humanity”, *BYIL*, vol. 23, 1946, p. 191; UNWCC, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, London: H. M. Stationery Office, 1948, p. 193; MORRIS, V. & SCHARF, M. P., *An Insider's...*, cit., pp. 79-80; BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho...*, cit., pp. 93-94, argumentando que la pluralidad de víctimas requerida por los crímenes contra la humanidad puede producirse “como resultado de una serie de actos individuales”.

<sup>235</sup> AMBOS, K. & WIRTH, S., “The Current...”, cit., p. 22.

<sup>236</sup> MEYROWITZ, H., *La répression...*, cit., p. 281.

<sup>237</sup> *Vid.* por todas el artículo 7 ECPI.

<sup>238</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, cit., párr. 635; UNWCC, *History...*, cit., p. 193; ONU, Doc. A/1316, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. Período comprendido entre el 5 de junio y el 29 de Julio de 1950*, párr. 124; SCHWELB, E., “Crimes...”, cit., p. 206; KITTICHAISAREE, K., *International...*, cit., p. 95; BOOT, M., *Genocide...*, cit., § 464, p. 485. FENRICK estima que esta referencia hace irrelevante no solo la nacionalidad de las víctimas, sino también su etnicidad (FENRICK, W. J., “The Crime...”, cit., p. 86).

<sup>239</sup> AMBOS, K. & WIRTH, S., “The Current...”, cit., p. 22.

dentro de una determinada área geográfica<sup>240</sup>. Como señaló la Corte Suprema de Israel en el asunto *Pal*:

“[...] ‘civilian population’ is a broad term which includes also part of a civilian population [...]. For instance, in a town where the majority of the population were Nazis, acts of extermination of a Polish minority would be acts of extermination of a civilian population”<sup>241</sup>.

No obstante, el requisito aquí analizado no quedaría satisfecho si el objetivo del ataque fueran sólo “a few randomly selected persons”<sup>242</sup>.

No es necesario, empero, que dentro de esa población civil los sujetos pasivos se adscriban a un grupo con algún elemento diferenciador, lo que marca una diferencia evidente con la concepción del crimen contra la humanidad dominante hasta los años 90, cuyo rasgo distintivo se situaba en la especial intención de atentar contra una persona precisamente por su pertenencia a un grupo determinado. Bajo ese prisma, se consideraba consecuentemente que la víctima del crimen contra la humanidad era un determinado grupo humano, identificado en virtud de criterios tales como la raza, la religión o la nacionalidad<sup>243</sup>. Por el contrario, la configuración más actual del crimen no deja lugar a dudas de que la víctima del crimen contra la humanidad puede ser cualquier

<sup>240</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 644; ICTR, *Prosecutor v. Bagilishema*, caso n° ICTR-95-1A-T, sentencia de instancia, 7 de junio de 2001, párr. 80; FENRICK, W. J., “The Crime...”, *cit.*, p. 86; WERLE, G., *Principles...*, *cit.*, p. 223. Siguiendo de cerca a la Sala de Apelación en el asunto *Kunarac*, WERLE indica que el ataque debe, en ese caso, provocar un número *relevante* de víctimas (*ibid.*, p. 224), recogiendo así la idea expuesta por la Sala de que es suficiente con demostrar que “*enough individuals were targeted*” –cursiva añadida– (ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, *cit.*, párr. 90). Sin embargo, ni WERLE ni la Sala de Apelación ofrecen criterios para determinar esa relevancia o esa suficiencia en el número de víctimas.

<sup>241</sup> SUPREME COURT OF ISRAEL SITTING AS THE COURT OF CRIMINAL APPEALS, *Pal v. Attorney-General*, Judgment, 6 de junio de 1952, *ILR*, vol. 18, p. 542. La jurisprudencia también ha considerado que, en el caso particular de civiles separados del resto de la población por hallarse confinados en un centro de detención, esta circunstancia tampoco altera su pertenencia a la población civil (TEL AVIV DISTRICT COURT, *Attorney-General v. Tarnek*, Judgment, 14 de diciembre de 1951, *ILR*, vol. 18, p. 540).

<sup>242</sup> WERLE, G., *Principles...*, *cit.*, p. 224.

<sup>243</sup> Una crítica a esta interpretación se encuentra en GIL GIL, A., *Derecho penal...*, *cit.*, pp. 115-116 y 124-127. Para esta autora, ello supondría “mantener que lo que se protege en estos delitos es un bien jurídico colectivo”, mientras que “la vida, la integridad o la libertad del individuo perteneciente a dicho grupo, por medio de cuyo ataque se lesiona o pone en peligro el bien jurídico colectivo, no podría ser otra cosa que el objeto de la acción de dichos delitos”. El resultado sería que “estos bienes jurídicos individuales se verían privados de una protección directa e independiente en Derecho penal internacional” (*ibid.*, pp. 124-125).

Similares argumentos se aportan en MEYROWITZ, H., *La represión...*, *cit.*, p. 279, rechazando igualmente que las víctimas de los crímenes contra la humanidad deban pertenecer a un grupo determinado (*ibid.*, p. 276), aunque este autor no niega que en algunos supuestos, como la persecución, la incriminación de los crímenes contra la humanidad muestra cierta vocación de proteger grupos minoritarios (*ibid.*, p. 277). También se excluye la pertenencia a un grupo como elemento del crimen contra la humanidad en MORRIS, V. & SCHARF, M. P., *An Insider's...*, *cit.*, p. 81.

persona<sup>244</sup>, en el bien entendido de que la protección se le otorga en tanto que forma parte de la población civil<sup>245</sup>. Ahora bien, incluso cuando predominaba la concepción hoy superada de que la víctima de los crímenes contra la humanidad era el grupo, se admitía que la responsabilidad penal individual podía surgir por la comisión de uno de los actos incriminados contra un único individuo, aunque esta posibilidad se sometía a la condición de que existiera la intención de causar daño a todo el grupo<sup>246</sup>.

## B) La naturaleza civil de la población objeto del ataque.

En lo que se refiere a la verificación de la *naturaleza civil de la población*, la cuestión tiende a resolverse de forma igualmente laxa: basta que la población contra la que se dirige el ataque sea **predominantemente civil**. Este criterio resulta particularmente relevante en caso de conflicto armado, puesto que en ese supuesto la presencia de combatientes no altera en esencia el carácter de la población, como claramente lo ha expresado el TPIY en el asunto *Kupreškić*, al afirmar que “the presence of those actively involved in the conflict should not prevent the characterization of a population as civilian”<sup>247</sup>.

---

<sup>244</sup> Puede traerse aquí a colación la discusión sobre la calificación de esta modalidad criminal como crímenes “de lesa humanidad” o “contra la humanidad”, en función de que la misma se vea como un comportamiento que lesiona la esencia misma del ser humano o que se considere un ataque contra la humanidad en su conjunto (GRYNFOGEL, C., “Un concept juridique en quête d’identité: le crime contre l’humanité”, *RIDP*, vol. 63 (3/4), 1992, pp. 1027-1028; MARTENS, P., “L’humanité comme sujet du droit”, en: BERNS, T. (dir.), *Le droit...*, cit., pp. 213-215), una discusión que se suscitó ya en el proceso de elaboración del ETMIN (BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho...*, cit., p. 62), aunque no se derivaran de una opción u otras consecuencias jurídicas realmente distintas, e incluso sean perfectamente factibles interpretaciones que conjuguen ambos sentidos (por ejemplo, CALERO RODRIGUES, miembro de la CDI, afirmaba en el seno de la misma que era preciso “buscar la definición de los crímenes contra la humanidad en el concepto de “lesa humanidad” que [...] se aplica a los actos que, no sólo son horribles de por sí, sino que constituyen una amenaza para la seguridad de la humanidad en el sentido más amplio de la expresión”; vid. ONU, Doc. A/CN.4/SR.1959, *Actas resumidas de la 1959ª sesión. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, párr. 21, en: ONU, *ACDI*, 1986, vol. I, p. 109; MARTENS, P., “L’humanité...”, cit., pp. 222-223; también ICTY, *Prosecutor v. Erdemović*, caso nº IT-96-22-T, sentencia de instancia, 29 de noviembre de 1996, párr. 128).

<sup>245</sup> DE THAN, C. & SHORTS, E., *International...*, cit., p. 92.

<sup>246</sup> En el asunto *Pal* se afirmó que “a man can be convicted in respect of an act committed against individuals, if the act was committed with the intention of harming the group and the crime was in part performance of the evil intention against a whole group” (SUPREME COURT OF ISRAEL SITTING AS THE COURT OF CRIMINAL APPEALS, *Pal v. Attorney-General*, Judgment, 6 de junio de 1952, *ILR*, vol. 18, p. 542).

<sup>247</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso nº IT-95-16-T, cit., párr. 549; *Prosecutor v. Tadić*, caso nº IT-94-1-T, cit., párr. 638 (“[...] the targeted population must be of a predominantly civilian nature. The presence of certain non-civilians in their midst does not change the character of the population”). Este criterio es el recogido en el artículo 50.3 del Protocolo I, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

En la medida en que los crímenes contra la humanidad se pueden cometer tanto en tiempo de guerra como de paz, la identificación de la población civil conforme a los criterios del Derecho internacional humanitario no es suficiente, aunque indudablemente ayude a su delimitación<sup>248</sup>. Así, en una primera aproximación puede ser útil identificar a los civiles por oposición a los combatientes<sup>249</sup>. No obstante, según la Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 (1994) del Consejo de Seguridad:

“[...] el artículo 5 es aplicable en primerísimo lugar a los civiles, es decir, a los no combatientes. Sin embargo, ello no debe dar pábulo a conclusiones precipitadas respecto de las personas que en algún momento hayan portado armas. [...] Es importante tener información de las circunstancias generales para poder interpretar la disposición de forma coherente con su propósito”<sup>250</sup>.

Entre la doctrina se apunta al respecto que para determinar la condición de civil de una persona en los términos requeridos para los crímenes contra la humanidad es más orientativa la necesidad de protección de la víctima en caso de indefensión frente a una fuerza organizada, estatal o de otro tipo, de manera que cualquiera que no forme parte de esa fuerza organizada debería ser considerado civil<sup>251</sup>.

En sede jurisprudencial se observa una tendencia a seguir también esa perspectiva amplia. Por ejemplo, en la sentencia de instancia del asunto *Blaskić*, el TPIY equipara

<sup>248</sup> WERLE, G., *Principles...*, cit., p. 222; BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho...*, cit., p. 98. Para Fenrick, la definición de “civil” contenida en las normas de Derecho internacional humanitario sólo es aplicable por analogía a los crímenes contra la humanidad, respecto de los cuales deberá ser interpretada en un sentido amplio (FENRICK, W. J., “The Crime...”, cit., p. 86).

<sup>249</sup> Vid. Artículo 50.1 del Protocolo I, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales: “Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1) [miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, y miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas], 2) [miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, cuando reúnan ciertas condiciones], 3) [miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora], y 6) [población de un territorio no ocupado que tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra], del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo [relativo a las fuerzas armadas]. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil”.

Esta perspectiva restrictiva aparece recogida en UNWCC, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, London: H. M. Stationery Office, 1948, p. 193.

<sup>250</sup> ONU, Doc. S/1994/674, *Carta de fecha 24 de mayo de 1994 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General*, 27 de mayo de 1994, Anexo: “Informe final de la Comisión de Expertos Establecida en virtud de la resolución 780 del Consejo de Seguridad (1992)”, párr. 78.

<sup>251</sup> WERLE, G., *Principles...*, cit., p. 222; AMBOS, K. & WIRTH, S., “The Current...”, cit., p. 22; BAGARIC, M. & MORSS, J., “In Search of Coherent Jurisprudence for International Criminal Law: Correlating Universal Human Responsibilities with Universal Human Rights”, *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 29 (2), 2006, p. 179, precisando que, a los efectos del Derecho internacional consuetudinario, “the victims can also be enemy service personnel”.

abiertamente el concepto de *civiles* a las personas protegidas por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. El criterio resultante es que entran en la categoría de civiles tanto las personas que no tomen parte activa en las hostilidades como los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y quienes hayan quedado fuera de combate<sup>252</sup>, además de que, con carácter general, también serán consideradas civiles aquellas personas que, por una u otra razón, ya no estén directamente implicadas en los enfrentamientos<sup>253</sup>. En última instancia, “the specific situation of the victim at the moment the crimes were committed, rather than his status, must be taken into account in determining his standing as a civilian”<sup>254</sup>. De hecho, la Sala de Apelación del TPIY ha sostenido que no es un requisito de los crímenes contra la humanidad el que las víctimas individuales sean estrictamente civiles<sup>255</sup>.

No hay motivo para excluir del concepto de *civil* a las personas implicadas en movimientos de resistencia, que también podrán ser víctimas de un crimen contra la humanidad<sup>256</sup>, e incluso se ha llegado a sostener entre la doctrina que, en situación de conflicto, la noción de *población civil* en el Derecho internacional consuetudinario abarca también a los combatientes de la otra parte beligerante<sup>257</sup>. El TPIY estimó en el asunto *Kupreškić* que esa posibilidad cabía respecto del crimen contra la humanidad de

---

<sup>252</sup> Sobre la posibilidad de que las personas que hayan quedado fuera de combate puedan ser víctimas de crímenes contra la humanidad, *vid.* ICTY, *Prosecutor v. Milan Martić*, caso n° IT-95-11-A, sentencia de apelación, 8 de octubre de 2008, párr. 311; *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, caso n° IT-95-13/1-A, *cit.*, párr. 29. *Cfr.* Asunto *Pilz*, donde la Corte Especial de Casación holandesa estimó por el contrario que el que un médico alemán impidiera que se diera asistencia médica a un soldado holandés y permitiera que fuera asesinado no constituía un crimen contra la humanidad, entre otros motivos, porque la víctima ya no formaba parte de la población civil del territorio ocupado (SPECIAL COURT OF CASSATION OF HOLLAND, *In re Pilz*, Judgment, 5 de julio de 1950, *ILR*, vol. 17, p. 392).

<sup>253</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 209.

<sup>254</sup> *Ibid.*, párr. 214.

<sup>255</sup> ICTY, *Prosecutor v. Milan Martić*, caso n° IT-95-11-A, *cit.*, párr. 307; *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, caso n° IT-95-13/1-A, *cit.*, párr. 29.

<sup>256</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-A, *cit.*, párr. 351; *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 549; *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, caso n° IT-95-13-R61, revisión del acta de acusación de conformidad con la Regla 61 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, párr. 29; ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso n° ICTR-96-4-T, *cit.*, párr. 575. Entre la doctrina, SOROETA LICERAS, J., “La protección de la persona humana en Derecho internacional”, en: FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid: Dilex, 2003 (2ª ed.), p. 50; MARTENS, P., “L’humanité...”, *cit.*, pp. 210-213).

<sup>257</sup> CASSESE, A., *International...*, *cit.*, p. 64; METTRAUX, G., “Crimes...”, *cit.*, p. 256. *Cfr.* HUET, A. et KOERING-JOULIN, R., *Droit pénal international*, Paris: PUF, 1994, p. 105. GIL GIL considera que la referencia a la *población civil* debe entenderse en el sentido de “indicar que las víctimas han de ser civiles, por oposición a los militares, y con independencia de su nacionalidad” (GIL GIL, A., *Derecho penal...*, *cit.*, p. 115).

persecución conforme al Derecho internacional consuetudinario<sup>258</sup> y, si bien la misma idea se sugirió con alcance general para el conjunto de la categoría, por entenderse que “these rules may be held to possess a broader humanitarian scope and purpose than those prohibiting war crimes”<sup>259</sup>, no llegó a concluir que existiera una costumbre internacional en ese sentido. Ahora bien, si se considera admisible en relación con el crimen contra la humanidad de persecución, nada impide que el mismo criterio sea extensible a todos los crímenes contra la humanidad, puesto que el requisito de dirigir el ataque contra una población civil es un elemento integrante de la cláusula general, común al conjunto de la categoría, y no de las distintas conductas incriminadas. Conviene señalar a este respecto que ya en la versión enmendada del ETMILO se incluía una definición de crímenes contra la humanidad lo suficientemente amplia como para poder incluir entre las víctimas de los mismos al personal militar. Así, mientras que el artículo 6.c) ETMIN consideraba criminales el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos “committed against any civilian population”, en el artículo 5.c) ETMILO se acabó eliminando toda referencia a la comisión contra una población civil<sup>260</sup>.

El TPIR ha introducido además otro parámetro de interés, aplicable al margen de los conflictos armados, al considerar que la noción de *población civil* no incluye a las personas que tienen el deber de mantener el orden público y que tienen medios legítimos para ejercer el uso de la fuerza, como los miembros de la policía o de la gendarmería nacional<sup>261</sup>. CHESTERMAN critica esta interpretación de la Sala de Instancia II, por hacer que la noción resulte más restrictiva de lo que sería en una situación de conflicto armado, y estima por ello que no se puede considerar una regla general de

<sup>258</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 568; esa posibilidad es coherente con la interpretación del TPIY conforme a la cual los crímenes de guerra pueden constituir la conducta típica de la persecución (*vid. infra* Capítulo IV, apartados 2.2 y 2.3), tal y como sugiere TORRES PÉREZ, M., *La responsabilidad...*, *cit.*, p. 198. *Vid.* SCHWELB, E., “Crimes Against Humanity”, *BYIL*, vol. 23, 1946, p. 190. Igualmente, esa interpretación fue admitida por la Corte de Casación francesa en el asunto *Barbie* (*vid.* VIOUT, J.-O., “The Klaus Barbie Trial and Crimes against humanity”, *Hofstra Law & Policy Symposium*, vol. 3, 1999, pp. 163-165).

<sup>259</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 547.

<sup>260</sup> El texto enmendado del artículo 5 ETMILO puede consultarse en HORWITZ, S., “The Tokyo Trial”, *International Conciliation*, vol. 28 (465), 1950, p. 484. Sobre este extremo *vid.* RÖLING, B. V. A. & CASSESE, A., *The Tokyo Trial and beyond*, Cambridge: Polity Press, 1993, p. 3; BASSIOUNI, M. C., “From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal”, *HHRJ*, vol. 10, 1997, p. 36; GARRETÓN MERINO, R., “La protección...”, *cit.*, nota 9, p. 33.

<sup>261</sup> ICTR, *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, caso n° ICTR-95-1-T, *cit.*, párr. 127.

derecho<sup>262</sup>. Por el contrario, WERLE apoya este criterio, por estimar que lo relevante es que utilizan su poder contra la población civil en nombre del aparato estatal o del grupo organizado que ostenta la autoridad *de facto*<sup>263</sup>, lo que es coherente con una interpretación de la noción de *civil* distinta de la ofrecida por el Derecho internacional humanitario y adaptada al objeto de los crímenes contra la humanidad.

En definitiva, de todo lo antedicho se sigue, tal y como señalara el TPIY en el asunto *Blaskić*, que la especificidad de los crímenes contra la humanidad se deriva no del hecho de que las víctimas tengan o no la condición de civiles, sino de la escala y la organización con la que estos crímenes se cometen<sup>264</sup>. De hecho, la amplitud con la que se aprecia el carácter civil o no de la población objeto del ataque y de las víctimas de los crímenes denota una preferencia por aquellos elementos que caracterizan la forma de ejecución del ataque (según una política organizada y conforme a criterios de sistematicidad o generalidad) a la hora de apreciar la existencia de un crimen contra la humanidad. Este planteamiento está en consonancia con el fundamento de la incriminación de estos actos, dado que su fin es proteger al individuo *per se*, mediante la salvaguardia de sus derechos fundamentales, de manera que el hecho de que una persona goce de un determinado estatuto conforme al Derecho internacional en el momento de la comisión del crimen no incide de manera relevante en la calificación de esa conducta como crimen contra la humanidad, siendo por el contrario más significativas a tal efecto las particulares circunstancias en que las violaciones de derechos humanos se producen<sup>265</sup>.

### 3. EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA CLÁUSULA GENERAL DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD.

El segundo de los elementos que integran la cláusula general de los crímenes contra la humanidad es el elemento subjetivo o *mens rea*, siguiendo el aforismo latino conforme al cual “*actus non facit reum nisi mens sit rea*”. Ello implica que, una vez

---

<sup>262</sup> CHESTERMAN, S., “An Altogether...”, *cit.*, p. 322.

<sup>263</sup> WERLE, G., *Principles...*, *cit.*, p. 223; *vid.* también BOOT, M., *Genocide...*, *cit.*, § 466, pp. 489-490; TORRES PÉREZ, M., *La responsabilidad...*, *cit.*, p. 127.

<sup>264</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso nº IT-95-14-T, *cit.*, párr. 208.

<sup>265</sup> *Vid. ibid.*, párr. 214; SCHABAS, W., *The UN International Criminal Tribunals. The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 191.

que se han verificado las condiciones materiales analizadas en el apartado anterior (existencia de un ataque sistemático o generalizado conectado a una política organizada y dirigido contra la población civil, en el marco del cual se comete el acto incriminado), ha de evaluarse la concurrencia de una serie de requisitos de carácter subjetivo. Ello es así porque la responsabilidad penal sólo será imputable cuando se pueda apreciar la culpabilidad individual del sujeto activo.

En efecto, el principio de culpabilidad implica que la imposición de una pena sólo puede fundamentarse “en la comprobación de que al autor le puede ser reprochado personalmente su hecho”<sup>266</sup>. No obstante, en Derecho internacional penal, este principio no es hoy por hoy absoluto, pues existen ciertas excepciones al mismo, como se podrá ver seguidamente.

En relación con el elemento subjetivo de los crímenes de Derecho internacional, el artículo 30.1 ECPI dispone expresamente<sup>267</sup> que:

“Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por «conocimiento» se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras «a sabiendas» y «con conocimiento» se entenderán en el mismo sentido”.

Los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, por el contrario, no incluyen ninguna previsión específica sobre la atribución de la culpabilidad; sin embargo, ello no ha impedido el reconocimiento jurisprudencial de que el elemento subjetivo es un elemento esencial de los crímenes que entran en el ámbito de la competencia material de dichos Tribunales<sup>268</sup>.

Con carácter general, el elemento subjetivo se verificará cuando el sujeto activo

---

<sup>266</sup> JESCHECK, H.-H. y WEIGEND, T., *Tratado...*, cit., p. 24.

<sup>267</sup> Aunque algún autor pone en tela de juicio la necesidad de introducir una previsión expresa sobre el elemento de intencionalidad (*vid.* SCHABAS, W. A., “Mens Rea and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *New Eng. L. R.*, vol. 37 (4), 2002-2003, p. 1025).

<sup>268</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso nº IT-95-16-T, cit., párr. 556.

haya actuado con intención y conocimiento de los aspectos materiales que integran el elemento objetivo del crimen. En los crímenes contra la humanidad, este elemento se traduce en:

(i) la intención de cometer el acto incriminado, y

(ii) con conocimiento de que el mismo se comete dentro del ataque que integra el elemento objetivo<sup>269</sup>.

Por el contrario, no forma parte del elemento subjetivo la motivación que haya impulsado al sujeto activo a cometer el crimen. En consecuencia, no es preciso probar que se ha llevado a cabo con un ánimo discriminatorio para cometerlo (salvo en el caso del crimen contra la humanidad de persecución, debido a su propia especificidad típica), como tampoco son relevantes las motivaciones personales, de acuerdo con la tipificación consuetudinaria vigente.

El estudio del elemento subjetivo de la cláusula general de los crímenes contra la humanidad se va a estructurar en torno a tres aspectos: en primer lugar, se comentará el alcance de la exigencia de culpabilidad personal en el Derecho internacional penal vigente (§ 3.1), entrando en segundo lugar a analizar los requisitos que deben concurrir para que el elemento subjetivo quede satisfecho, esto es, la intención de cometer el acto y el conocimiento de estar actuando dentro de un plan preconcebido (§ 3.2), y, en último lugar, se concluirá el estudio de esta cuestión identificando los aspectos subjetivos que no forman parte del elemento subjetivo, o sea las motivaciones específicas (§ 3.3).

### **3.1. EL ALCANCE DE LA CULPABILIDAD INDIVIDUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL.**

En el ordenamiento jurídico internacional, al igual que en los ordenamientos internos, el fundamento de la responsabilidad penal es la culpabilidad individual<sup>270</sup>. Así

---

<sup>269</sup> *Ibid.*

<sup>270</sup> De acuerdo con SCHABAS, la exigencia de un elemento subjetivo de los crímenes es probablemente un principio general del derecho, en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (SCHABAS, W. A., "Mens Rea...", *cit.*, p. 1015), si bien advierte que "it is certainly difficult to claim, as the law now stands and as it is interpreted by courts and treaty bodies, that international human rights standards dictate that mens rea be an essential element of all criminal prosecutions" (*ibid.*, p. 1017).

lo ha confirmado la Sala de Apelación del TPIY, precisando que “nobody may be held criminally responsible for acts or transactions in which he has not personally engaged or in some other way participated (*nulla poena sine culpa*)”<sup>271</sup>.

Esta exigencia se traduce en la necesidad de **apreciar individualmente la responsabilidad penal**<sup>272</sup>, es decir: *a priori* nadie puede ser considerado responsable por actos cometidos por otras personas, y además nadie será responsable si no es en alguna medida culpable de una violación de las normas penales. Por tanto, de forma similar a lo previsto en los ordenamientos penales estatales<sup>273</sup>, el principio de culpabilidad se erige en el fundamento subjetivo de la responsabilidad penal.

No obstante, se ha de precisar que en el Derecho internacional penal este principio no opera de forma absoluta, siendo eventualmente posible que la culpabilidad de un individuo se establezca indirectamente, respecto de actos que no ha realizado personalmente. Ello ocurre en dos supuestos: (i) en aplicación del principio de la responsabilidad del superior y (ii) en aplicación de la noción de *empresa criminal conjunta*.

(i) El **principio de la responsabilidad del superior** está previsto en el artículo 28 ECPI, conforme al cual se extiende al “jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar” la responsabilidad penal “por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas” si sabía o debía saber que se estaban cometiendo esos crímenes y aun así no adoptó “todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento” (apartado 1).

Cuando las relaciones de jerarquía no son de carácter militar, y de acuerdo con el apartado 2 de dicho artículo 28 ECPI, “el superior será penalmente responsable por los crímenes [...] cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados”, si tuvo conocimiento o deliberadamente hizo caso omiso de información que “indicase

<sup>271</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-A, *cit.*, párr. 186.

<sup>272</sup> *Vid. CASSESE, A., International..., cit.*, pp. 136-137.

<sup>273</sup> *Vid. JESCHECK, H.-H. y WEIGEND, T., Tratado..., cit.*, p. 437.

claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”. los crímenes guardaban “relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo”, y no adoptó “todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”<sup>274</sup>.

(ii) Con respecto a la **empresa criminal conjunta**, la posibilidad de derivar la responsabilidad individual por la pertenencia a un grupo u organización considerado criminal de los miembros de un grupo fue ya prevista en Nuremberg, a través de la noción de “organización criminal”, conforme a la cual serían responsables penalmente los miembros de aquellas organizaciones que hubieran sido previamente declaradas criminales<sup>275</sup>. No obstante, el TMIN únicamente condenó a quienes, dentro de cada organización, se hubieran adherido a la misma voluntariamente y con conocimiento de causa, o que hubieran participado en la comisión de los crímenes que se atribuían a la organización; así pues, la adhesión a una organización de este tipo no presumía necesariamente la responsabilidad del individuo, sino que debía probarse que éste formaba parte de ese “grupo criminal” dentro de la misma<sup>276</sup>.

Con posterioridad a Nuremberg, por el contrario, se prefirió aplicar el principio de la responsabilidad individual, en lugar de apreciar la existencia de una empresa criminal conjunta. Ahora bien, la jurisprudencia del TPIY evidencia un regreso a la teoría de que es posible imputar a una persona que participa en una actividad criminal colectiva la responsabilidad por actos cometidos por otros y que eran un resultado previsible de las conductas llevadas a cabo dentro de ese propósito común de delinquir<sup>277</sup>.

En el asunto *Tadić*, la Sala de Apelación identificó tres modalidades de empresa criminal conjunta:

---

<sup>274</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* SHRAGA, D. & ZACKLIN, R., “The International...”, *cit.*, p. 370; SCHABAS, W. A., “Mens Rea...”, *cit.*, pp. 1025-1030.

<sup>275</sup> *Vid.* MEYROWITZ, H., *La répression...*, *cit.*, p. 436.

<sup>276</sup> PATIN, M., “La France et le jugement des crimes de guerre”, *RSCDPC*, vol. 3, 1951, p. 399; MEYROWITZ, H., *La répression...*, *cit.*, p. 437. Estos límites pretendían precisamente salvaguardar el principio de culpabilidad individual (IMT, “Judgment”, *cit.*, p. 256; *vid.* también DROST, P. N., *The crime of State. Penal protection for fundamental freedoms of persons and peoples*, Leyden: A. W. Sythoff, 1959, book I (“Humanicide. International governmental crime against individual human rights”), pp. 298-299; POMORSKI, S., “Conspiracy and Criminal Organization”, en: GINSBURGS, G.E. & KUDRIAVTSEV, V. N. (eds.), *The Nuremberg Trial and International Law*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1990, pp. 242-243.

<sup>277</sup> *Vid.* SCHABAS, W. A., “Mens Rea...”, *cit.*, pp. 1030-1033.

- Una primera modalidad sería aquella en la que todos los co-autores, actuando concertadamente en pos de un propósito criminal común, poseen la misma intención criminal<sup>278</sup>.
- La segunda modalidad abarcaría los *casos de campos de concentración*, en los que los crímenes imputados habrían sido cometidos por las personas encargadas de la puesta en práctica del propósito criminal común (es decir, las unidades militares o administrativas de los campos de concentración)<sup>279</sup>.
- La tercera modalidad incluiría los casos en los que, existiendo un propósito criminal común, uno de los autores comete un acto que queda fuera de tal propósito común, pero que no obstante era una consecuencia natural y previsible de llevar a la práctica dicho propósito<sup>280</sup>.

Para derivar la responsabilidad de una persona de su participación en una empresa criminal conjunta, el TPIY exige que se den los siguientes requisitos:

- En el *plano objetivo* se precisa: la concurrencia de una **pluralidad de personas**; la existencia de un **plan, diseño o propósito común que es o implica la comisión de un crimen** recogido en el ETPIY; y la **participación del acusado en el plan común** mediante la perpetración de alguno de los crímenes previstos en el ETPIY<sup>281</sup>.
- En el *plano subjetivo* los requisitos pueden variar, en función del tipo de plan común de que se trate. Así, en la primera modalidad se requerirá la **intención de perpetrar un determinado crimen** (siendo ésta la intención compartida por todos los co-autores), en los casos de campos de concentración será necesario el **conocimiento personal del sistema de abusos** (probado mediante testimonio expreso o razonablemente deducido de la posición de autoridad del acusado), y en la tercera modalidad se exigirá la **intención de participar y promover la**

<sup>278</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-A, *cit.*, párr. 196. La Sala pone como ejemplo la participación en una empresa conjunta con el fin de matar en el que todos los participantes tienen la intención de matar.

<sup>279</sup> *Ibid.*, párr. 202.

<sup>280</sup> *Ibid.*, párr. 204.

<sup>281</sup> *Ibid.*, párr. 227. Piénsese por ejemplo en una empresa criminal conjunta para torturar con el fin de lograr información, uno de cuyos miembros, durante una sesión de tortura, acaba con la vida de la víctima, lo que sería constitutivo de un crimen de homicidio.

**actividad criminal o el propósito criminal de un grupo y de contribuir a la empresa criminal conjunta** o, en todo caso, a la comisión de un crimen por el grupo. En esta última modalidad, además, podrá haber responsabilidad por un crimen distinto al que se haya consentido en el plan común si, dadas las circunstancias, era previsible que dicho crimen fuera perpetrado por algún miembro del grupo y el acusado asumió ese riesgo con conocimiento de causa<sup>282</sup>.

Es sobre todo esta última posibilidad de condenar por crímenes que no se han cometido ni se tenía la intención de cometer la que más controversia genera, porque supone una peligrosa relativización del principio de culpabilidad basado en la responsabilidad individual<sup>283</sup>.

El recurso a la figura de la empresa criminal conjunta como una forma de comisión del crimen ha suscitado diversas críticas entre la doctrina<sup>284</sup>. Por ejemplo, en la medida en que carece de sustento en el Derecho internacional general<sup>285</sup>, se estima que podría constituir una violación del principio de legalidad penal<sup>286</sup>. Además, la utilización de esta figura por parte del TPIY parece atender a la necesidad de asegurar que los presuntos responsables sean condenados cuando no ha podido probarse su participación material en los hechos<sup>287</sup>, aunque sea a costa de principios básicos de Derecho penal<sup>288</sup>. Igualmente, el TPIY tiende a equiparar la empresa criminal conjunta como la

---

<sup>282</sup> *Ibid.*, párr. 228.

<sup>283</sup> Al respecto, el juez Schömburg ha afirmado que esta modalidad de la empresa criminal conjunta “lacks both in specificity and objective criteria – such as control over the crime” (ICTY, *Prosecutor v. Milan Martić*, caso nº IT-95-11-A, *cit.*, opinión separada del juez SCHOMBURG sobre la responsabilidad penal individual de Milan Martić, párr. 3). En su opinión: “Precisely defining these missing elements would better describe the criminal conduct and provide the sharp contours necessary in substantive criminal law in order to satisfy the principle of *nullum crimen sine lege stricta*” (*ibid.*). Finalmente, añade que “the compartmentalized theory of JCE does not assist in focusing on the individual criminal contribution to a crime, an element indispensable for determining the appropriate sentence” (*ibid.*).

<sup>284</sup> Varias de esas críticas se recogen en GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “La doctrina de la «empresa criminal conjunta» en las resoluciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”, en: MUÑOZ CONDE, F. (dir.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 1103-1105.

<sup>285</sup> BOGDAN, A., “Individual Criminal Responsibility in the Execution of a «Joint Criminal Enterprise» in the Jurisprudence of the *ad hoc* International Tribunal for the Former Yugoslavia”, *ICLR*, vol. 6, 2006, pp. 109-112.

<sup>286</sup> *Ibid.*, pp. 115-120.

<sup>287</sup> MARSTON DANNER, A. & MARTINEZ, J. S., “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law”, *California Law Review*, vol. 93 (1), 2005, p. 134.

<sup>288</sup> *Ibid.*

conspiración o la complicidad, confundiendo ambas figuras<sup>289</sup>. Asimismo, también se ha indicado que las condenas basadas en la existencia de una empresa criminal conjunta no sólo ponen en riesgo las garantías procesales de los acusados y el principio de presunción de inocencia<sup>290</sup>, sino también, en palabras de SCHABAS, resultan “in discounted convictions that inevitably diminish the didactic significance of the Tribunal’s judgements and that compromise its historical legacy”<sup>291</sup>.

### 3.2. EL CONOCIMIENTO DE ESTAR ACTUANDO DENTRO DE UN PLAN PRECONCEBIDO Y LA INTENCIÓN DE COMETER EL ACTO.

Desde el punto de vista subjetivo, para poder apreciar la comisión de un crimen contra la humanidad se precisa la concurrencia de un doble requisito:

- (i) que el sujeto activo conozca el contexto más amplio dentro del cual se comete, y
- (ii) que además tenga la intención de cometer el acto incriminado.

El primer aspecto constituye lo que se puede denominar el *elemento cognitivo* (§ A), mientras que el segundo requisito integra el llamado *elemento volitivo* (§ B).

#### A) El elemento cognitivo.

Tal y como se ha señalado, el contexto de criminalidad descrito en el apartado 2 forma parte de los aspectos materiales de los crímenes contra la humanidad. Por consiguiente, el **conocimiento** de estar actuando dentro del mismo aparece como una exigencia fundamental dentro de los elementos de la cláusula general<sup>292</sup>. Tal conocimiento forma parte del tipo y se debe probar su presencia para poder apreciar la responsabilidad penal por crimen contra la humanidad del autor del acto<sup>293</sup>. De lo contrario, sólo será imputable un delito ordinario (si está así tipificado en el

---

<sup>289</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “La doctrina...”, *cit.*, p. 1105.

<sup>290</sup> SCHABAS, W. A., “Mens Rea...”, *cit.*, p. 1033.

<sup>291</sup> *Ibid.*, p. 1034.

<sup>292</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-A, *cit.*, párr. 248.

<sup>293</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-94-14-T, *cit.*, párr. 244.

ordenamiento jurídico correspondiente), pero no un crimen contra la humanidad<sup>294</sup>.

Según dispone el artículo 30.3 ECPI, por *conocimiento* se entiende “la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos”. De acuerdo con la jurisprudencia internacional, dos son los aspectos a tomar en consideración para verificar la concurrencia de este requisito<sup>295</sup>:

- (i) que el sujeto activo conozca el contexto general en el que ocurre su acto, y
- (ii) el conocimiento de estar participando en dicho contexto (es decir, ha de conocer el nexo entre su acto y ese contexto).

En lo que respecta al grado de conocimiento exigible, se ha de señalar que, si bien el TPIR ha considerado que el autor ha de tener un conocimiento *objetivo o razonado* del contexto más amplio en el que se inscribe el ataque -lo que se traduce en saber que su acto es parte integrante de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil llevado a cabo para cumplir una política o plan determinados<sup>296</sup>-, no es, sin embargo, preciso un conocimiento exhaustivo de las características del ataque ni de los detalles del plan<sup>297</sup>.

Según la Sala de Instancia del TPIY –que abordó este tema en detalle en el asunto *Blaskić*-, no es necesario que el sujeto activo busque todos los elementos del contexto en que sus actos son cometidos, sino que basta con que asuma el riesgo de participar en la ejecución del mismo a través de las funciones que voluntariamente haya aceptado<sup>298</sup>. Incluso aunque no se identifique con la ideología, política o plan en cuyo nombre se

---

<sup>294</sup> KITTICHAISAREE, K., *International...*, cit., p. 91; QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 252; MCAULIFFE DEGUZMAN, M., “The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity”, *HRQ*, vol. 22 (2), 2000, p. 337.

<sup>295</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, cit., párr. 656-657; *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, cit., párr. 247; ICTR, *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, caso n° ICTR-95-1-T, cit., párr. 133.

<sup>296</sup> ICTR, *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, caso n° ICTR-95-1-T, cit., párr. 134; *Prosecutor v. Rutaganda*, caso n° ICTR-93-3-T, cit., párr. 71. Tampoco es necesario que conozca lo que les ocurrirá a las víctimas (ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, cit., párr. 657).

<sup>297</sup> CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *Parte II.B*, cit., “Introducción. Artículo 7: Crímenes de lesa humanidad”, p. 119, párr. 2. Vid. AMBOS, K., “Some preliminary...”, cit., pp. 14 y 30 (“the requirements for *knowledge* of a particular “policy” or of a plan may not be set too high”); ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23 & IT-96-23/1-T, cit., párr. 434, confirmado en la sentencia de apelación, cit., párr. 102.

<sup>298</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, cit., párr. 251; vid. también BOOT, M., *Genocide...*, cit., § 467, p. 491.

cometen los crímenes, el requisito subjetivo se cumple si la persona colabora con los ejecutores o promotores de dicha política y con su participación implícitamente acepta el contexto en el que desarrolla tales funciones<sup>299</sup>, de manera que conscientemente asume el riesgo de que sus actos estén vinculados a la misma<sup>300</sup>. De hecho, la determinación de que ese conocimiento existe se realiza de forma objetiva<sup>301</sup>, pudiendo inferirse de las circunstancias<sup>302</sup>.

## B) El elemento volitivo.

Del requisito del conocimiento planteado en los términos del apartado precedente se deriva que el grado de **intencionalidad** requerido en los crímenes contra la humanidad es el **dolo**<sup>303</sup>. Ello es coherente con la concepción de los crímenes de Derecho internacional como los crímenes más graves que, con carácter general, una persona puede cometer, pues se entiende que causan un daño a la sociedad internacional en su conjunto<sup>304</sup>, si bien es cierto que, al menos en el plano teórico, no se puede excluir

<sup>299</sup> *Ibid.*, párr. 255. En el asunto *Enigster*, la Corte de Distrito de Tel Aviv estimó que una persona detenida en un campo de concentración podía ser igualmente responsable de crímenes contra la humanidad “if he performs inhumane acts against his fellow prisoners. In contrast to a war criminal, the perpetrator of a crime against humanity does not have to be a man who identified himself with the persecuting regime or its evil intention” (TEL AVIV DISTRICT COURT, *Attorney-General v. Enigster*, 4 de enero de 1952, *ILR*, vol. 18, p. 542).

<sup>300</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 257.

<sup>301</sup> KITTICHAISAREE, K., *International...*, *cit.*, p. 91.

<sup>302</sup> Por ejemplo, pueden servir como indicios de la existencia de ese conocimiento el hecho de que la persona voluntariamente hubiera aceptado asumir las funciones que estuviera desempeñando; el que tales funciones la hubieran llevado a colaborar con las autoridades políticas, militares o civiles que hubieran definido la ideología, la política o el plan que subyaciera a la comisión de los crímenes; el que hubiera recibido órdenes relacionadas con esa ideología, política o plan, o el que hubiera contribuido a su comisión mediante actos intencionales o la mera negativa por propia voluntad a adoptar las medidas necesarias para evitar su comisión (ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 259).

<sup>303</sup> *Vid.* VAN DER VYVER, J. D., “The International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law”, *U.Miami ICLR*, vol. 12 (1), 2004, pp. 62-63. La relación entre conocimiento e intención se plantea en el ECPI en términos conjuntivos para denotar que no puede haber dolo si no se conocen todos los aspectos relevantes del elemento material (*vid.* ESER, A., “Mental Elements – Mistake of Fact and Mistake of Law”, en: CASSESE, A., GAETA, P. & JONES, J. R. W. D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 905).

<sup>304</sup> En los Elementos de los Crímenes del ECPI se indica al respecto que: “Por cuanto el artículo 7 corresponde al derecho penal internacional, sus disposiciones [...] deben interpretarse en forma estricta, teniendo en cuenta que los crímenes de lesa humanidad, definidos en el artículo 7, se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta que no es permisible con arreglo al derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo” (CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *Parte II.B*, *cit.*, “Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad. Introducción”, p. 119, párr. 1).

totalmente la posibilidad de que estos crímenes se cometan de forma imprudente<sup>305</sup>.

No obstante, se ha de insistir en que en el caso concreto de los crímenes contra la humanidad no basta con que haya la intención de cometer la conducta incriminada, sino que además se requiere que haya un conocimiento del patrón de actuación criminal en el que se comete<sup>306</sup>, por lo que resulta improbable su comisión por imprudencia<sup>307</sup>. En conclusión, sólo cabría, como apenas se indicaba, la comisión de crímenes contra la humanidad por dolo, ya sea dolo directo<sup>308</sup> o dolo eventual<sup>309</sup>.

La forma de dolo eventual parecería sin embargo haber sido excluida en el ECPI<sup>310</sup>, en virtud de cuyo artículo 30.2 “se entiende que actúa intencionalmente” la persona que: “a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella” y “b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos”<sup>311</sup>. No obstante, este inciso final puede permitir una interpretación favorable a la apreciación de dolo eventual, lo que dejaría abierto el

---

<sup>305</sup> La doctrina ha admitido la posibilidad, desde el punto de vista teórico, de que los crímenes de Derecho internacional se puedan cometer por imprudencia grave (QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado...*, cit., tomo I, p. 653; PLAWSKI, S., *Étude...*, cit., p. 162). GLASER se muestra favorable a aceptar que las infracciones internacionales también se puedan cometer por imprudencia (GLASER, S., *Infraction...*, cit., p. 119). FLETCHER, además, apunta que en el ECPI se acepta la negligencia “si está específicamente reconocida en la definición del delito de que se trate” (FLETCHER, G. P., *Gramática...*, cit., p. 163); en particular, esa posibilidad parece derivarse del artículo 28, sobre la responsabilidad de los jefes y otros superiores (*ibid.*). Vid. también DE THAN, C. & SHORTS, E., *International...*, cit., p. 5; CRYER, R., “General Principles of Liability in International Criminal Law”, en: MCGOLDRICK, D., ROWE, P. & DONNELLY, E., *The Permanent...*, cit., p. 255.

<sup>306</sup> Vid. ESER, A., “Mental Elements...”, cit., p. 907.

<sup>307</sup> Al respecto, CASSESE recuerda que no existe una práctica jurisprudencial uniforme: en algunos casos se ha llegado a admitir la comisión por imprudencia grave, mientras que en otros se ha rechazado que la imprudencia baste para imputar el crimen (CASSESE, A., *International...*, cit., p. 82).

<sup>308</sup> El dolo directo presenta dos grados. De acuerdo con MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, en el *dolo directo de primer grado* “el autor quiere realizar precisamente el resultado [...] o la acción típica”, mientras que en el *dolo directo de segundo grado* “el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que se pretende” (MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007 (7ª ed.), p. 270).

<sup>309</sup> “En el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización” (*ibid.*, p. 271). Para PLAWSKI, el dolo directo es característico de todos los crímenes de Derecho internacional, mientras que las otras modalidades pueden resultar más problemáticas, en especial el dolo eventual (PLAWSKI, S., *Étude...*, cit., p. 162).

<sup>310</sup> Esa parece ser la opinión mayoritaria (vid. ESER, A., “Mental Elements...”, cit., p. 932). Critica esta exclusión CASSESE, A., “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, *EJIL*, vol. 10 (1), 1999, pp. 153-154. A favor VAN DER VYVER, J. D., “The International...”, cit., p. 65.

<sup>311</sup> Sobre las formas de culpabilidad en el ECPI, vid. ESER, A., “Mental Elements...”, cit., pp. 898-902.

debate a expensas de que que la propia CPI concrete su admisibilidad<sup>312</sup>.

Por el contrario, el dolo eventual es admitido sin problemas por la jurisprudencia, que no suele exigir que el sujeto activo anticipe todas las consecuencias que se pueden derivar de su comportamiento, sino que basta con que sea consciente de que del mismo se deriva un riesgo de que las víctimas sufran graves consecuencias<sup>313</sup>. De hecho, esta posibilidad es coherente con la flexibilidad con la que se configura el elemento cognitivo, que, tal y como apenas se indicaba en el apartado anterior, no requiere que se conozcan en detalle todas las circunstancias del ataque, sino que es suficiente con que se

<sup>312</sup> LAURENZO COPELLO entiende que este artículo prevé “una amplia versión de la «intencionalidad» susceptible de abarcar no sólo al autor que obra con el fin de conseguir el resultado típico (dolo directo), sino también a aquel que, sin proponerse tal efecto lesivo, lo prevé como consecuencia segura (dolo de consecuencias necesarias) o posible de su acción (dolo eventual)” (LAURENZO COPELLO, P., “Hacia la Corte Penal Internacional”, en: DIRECCIÓN GENERAL DE LA GUARDIA CIVIL/UNED, *XII Seminario...*, cit., p. 44). GÓMEZ BENÍTEZ considera que la literalidad del artículo “difumina notablemente la pretensión de restringir el elemento intencional al llamado dolo directo” (GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., “Elementos...”, cit., p. 33). CASSESE, por su parte, estima que la extrema gravedad del genocidio y los crímenes contra la humanidad hace que sólo puedan ser cometidos mediante dolo directo, aunque es crítico con la exclusión del ECPI del *recklessness* como una forma de culpabilidad en la medida en que podría ser apreciada respecto de los crímenes de guerra (CASSESE, A., “The Statute...”, cit., p. 154).

En efecto, el debate surge porque el ECPI, en su versión inglesa, no hace referencia al *recklessness*, que sería una forma de culpabilidad inferior al *intent*. Sin embargo, no hay una coincidencia exacta entre dolo eventual y *recklessness*. PIÑA ROCHEFORT recuerda que: “[...] el *Criminal Law* no tiene acuñado un concepto correlativo al dolo eventual continental. Entre otras razones, ello se explica por una natural repugnancia a considerar intencional (doloso) un resultado cuya probabilidad es baja. Para el sistema angloamericano el elemento determinante es el grado efectivo de riesgo creado y su previsibilidad, mientras que la actitud del agente frente a ese riesgo sólo es secundariamente relevante. De hecho, al analizar los conceptos de *intent* y *recklessness*, es posible apreciar que los elementos detonantes de su presencia son la certeza o alta probabilidad de su resultado y no la disposición mental del agente frente a ellos” (PIÑA ROCHEFORT, J. I., *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”*, Granada: Editorial Comares, 2002, p. 101). Además, “los principios que informan el *recklessness* anglosajón y la distinción entre dolo eventual y culpa consciente de la tradición continental son lejanos. Por ello, la extrapolación del *recklessness* al derecho continental [...] implicaría una revisión completa y coherente de todo el sistema de imputación subjetiva”, (*ibid.*, p. 102). Sobre el distinto alcance de ambas nociones, *vid.* también FLETCHER, G. P., *Gramática...*, cit., pp. 417-418, quien apunta que el dolo eventual “se basa en una cierta actitud, especialmente negativa, de causar un resultado”, mientras que la *recklessness* “simplemente requiere el dejar de forma consciente que corra un riesgo injustificado”; VAN DER VYVER, J. D., “The International...”, cit., pp. 63-64.

Aun así, ESER recurre a la disposición mental de la persona para cuestionar que el ECPI admita el dolo eventual, ya que “this seems not to be the position of the Rome Statute when requiring that in the perception of the perpetrator the consequences ‘will’ rather than ‘may’ occur” (ESER, A., “Mental Elements...”, cit., p. 915). No obstante, no lo rechaza completamente; en efecto, al analizar el alcance de la exigencia de conocimiento, indica que este requisito no sólo es un elemento necesario de la intención, sino que, en el caso del dolo directo de segundo grado y del dolo eventual, es un elemento auxiliar para su determinación (*ibid.*, p. 916). Por consiguiente, si bien descarta que el *recklessness* sea una base suficiente para la responsabilidad penal en el ECPI, considera que está menos claro que se pueda decir lo mismo sobre el dolo eventual, y sugiere que no será posible apreciarlo respecto de las consecuencias del crimen, pero sí respecto de otros elementos del mismo (*ibid.*, pp. 932-933).

<sup>313</sup> CASSESE, A., *International...*, cit., p. 81. Así se ha apreciado sobre todo en los casos de denuncias realizadas dentro de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, las cuales por sí mismas no constituyen actos incriminados, pero las consecuencias que previsiblemente entrañan para las personas denunciadas sí (*ibid.*, p. 81).

asuma el riesgo de participar en el mismo con comportamientos realizados voluntariamente.

En consecuencia, los tribunales penales internacionales sostienen que la intencionalidad mostrada por el sujeto activo en su conducta no debe ser necesariamente de dolo directo, sino que basta con un dolo indirecto o incluso un dolo eventual. Concretando estas ideas, el TPIY ha afirmado que la exigencia de que el autor conociera la política criminal o plan:

“in itself does not necessarily require intent on his part or direct malicious intent (“...the agent *seeks* to commit the sanctioned act which is either his *objective* or at least the method of achieving his objective”). There may also be indirect malicious intent (the agent did not deliberately seek the outcome but knew that it would be the result) or recklessness, (“the outcome is foreseen by the perpetrator as only a probable or possible consequence”). In other words, knowledge also includes the conduct “of a person taking a deliberate risk in the hope that the risk does not cause injury”<sup>314</sup>.

Por último, los Elementos de los Crímenes del ECPI para determinar cuándo se verifica la concurrencia del elemento de intencionalidad disponen que, en aquellos casos en que el ataque estuviera comenzando, el elemento volitivo estará presente siempre que el sujeto activo “haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo [sistemático o generalizado contra una población civil]”<sup>315</sup>, o, dicho en los términos de la versión en inglés de los Elementos, si el sujeto activo tenía la intención de promover (*further*) dicho ataque<sup>316</sup>.

### 3.3. EXCLUSIÓN DE MOTIVACIONES ESPECÍFICAS.

En el capítulo precedente se tuvo la oportunidad de analizar cómo durante largo tiempo la existencia de un móvil específico (en particular el móvil discriminatorio) para la comisión de los crímenes contra la humanidad fue considerado un elemento relevante para distinguir la incriminación internacional de una conducta frente a la tipificación de

---

<sup>314</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 254 (la noción de “dolo eventual” es expresamente utilizada por el TPIY en la versión francesa de la sentencia, mientras que en la inglesa se traduce por “recklessness”); *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23 & IT-96-23/1-T, *cit.*, párr. 434, confirmado en la sentencia de apelación, *cit.*, párr. 102.

<sup>315</sup> CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *Parte II.B*, *cit.*, “Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad. Introducción”, p. 119, párr. 2. *Vid.* GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., “Elementos...”, *cit.*, p. 32.

<sup>316</sup> *Vid.* BOOT, M., *Genocide...*, *cit.*, § 467, p. 491.

la misma como un delito de Derecho común<sup>317</sup>. Sin embargo, este criterio ha sido descartado en la actual configuración consuetudinaria de la categoría de los crímenes contra la humanidad<sup>318</sup>.

Por consiguiente, no integran el elemento subjetivo de la cláusula general de los crímenes contra la humanidad las motivaciones específicas que el autor del crimen pudiera tener para su comisión. No obstante, ello no significa que carezcan por completo de relevancia. A continuación se analizará el alcance de estas motivaciones en la aplicación de los crímenes contra la humanidad, a partir del estudio de las dos modalidades que han sido objeto de desarrollos jurisprudenciales: las motivaciones personales (§ A) y las motivaciones discriminatorias (§ B).

#### A) Las motivaciones personales.

Respecto de las motivaciones personales, de apreciarse la existencia de un ataque sistemático y generalizado contra la población civil y la conciencia de que un acto concreto se está ejecutando dentro de ese contexto, poco importa el móvil que haya guiado la conducta ilícita del autor<sup>319</sup>, ya que el mismo “no aporta nada al desvalor de la acción ni al desvalor del resultado”<sup>320</sup>.

Ello significa que carecen de relevancia a los efectos de evaluar la concurrencia de los elementos necesarios para apreciar un crimen contra la humanidad, si bien es cierto

<sup>317</sup> Vid. DAUTRICOURT, M. J. Y., “Définition...”, *cit.*, p. 55.

<sup>318</sup> Vid. ya en 1960 MEYROWITZ, H., *La répression...*, pp. 289-290.

<sup>319</sup> Vid. MEYROWITZ, H., *La répression...*, *cit.*, p. 290; QUINTANO RIPOLLES, A., *Tratado...*, *cit.*, p. 654; BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho...*, *cit.*, pp. 79-81.

<sup>320</sup> GIL GIL, A., *Derecho penal...*, *cit.*, p. 133. Según esta autora, “cuando lo que se protege es la vida humana, la integridad, la salud... el motivo de su ataque por el Estado es irrelevante y por tanto su inclusión en el tipo sólo vendría a limitar el mismo sin que tal limitación encuentre una razón justificativa” (*ibid.*). Para un análisis detallado de los móviles, *vid. ibid.*, pp. 127-143.

La exclusión de los motivos como elemento de los crímenes contra la humanidad aporta un argumento adicional para rechazar que el terrorismo *per se* pueda ser considerado una modalidad criminal dentro de esta categoría, en la medida en que los actos delictivos que lo caracterizan ameritan la calificación de *terroristas* en tanto en cuanto se organizan en torno a un fin último, cual es obtener un objetivo político determinado, para lo cual se utiliza el fin mediato de generar terror entre la población (*vid.* GASSER, H.-P., “Acts of terror, «terrorism» and international humanitarian law”, *IRRC*, n° 847, 2002, p. 553). Sin embargo, estos objetivos definitorios de la noción de terrorismo no son sino los motivos que impulsan a cometer violaciones de derechos humanos, de manera que es este resultado el que hay que valorar para determinar si se ha producido un crimen contra la humanidad (la violación de derechos humanos fundamentales que se comete en el contexto descrito por la cláusula general de la categoría), de manera que la denominación de *terrorista* nada aporta a la calificación de crimen contra la humanidad (*cf.* FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Terrorismo...*, *cit.*, p. 51).

que la jurisprudencia internacional más reciente no siempre se ha ceñido a este criterio. Así, en la sentencia de instancia del asunto *Tadić* el TPIY requirió, para que se pudiera apreciar un crimen contra la humanidad, que “the perpetrator must know that there is an attack on the civilian population, know that his act fits in with the attack and *the act must not be taken for purely personal reasons unrelated to the armed conflict*”<sup>321</sup> (cursiva añadida). Con este último inciso, la Sala de Instancia parecía estar exigiendo que se probara que no habían concurrido motivos personales en la comisión del crimen, y por ende dando a esta ausencia de motivación personal el tratamiento de un elemento más del crimen.

Posteriormente, sin embargo, el TPIY ha corregido estas apreciaciones, y ha rechazado sin ambigüedades que del Estatuto TPIY se pueda derivar la existencia de un requisito referido a la ausencia de motivos personales en la comisión del crimen<sup>322</sup>, que, por consiguiente, no debe ser probado. En consecuencia, se podrá apreciar la existencia de un crimen contra la humanidad siempre que el acto se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático conectado a una política organizada y dirigido contra la población civil, siempre que sea posible probar la conexión entre dicho acto y el ataque, y además dicho acto se haya realizado con la intención de cometerlo y con el conocimiento de que el mismo se inscribe en el contexto más amplio del ataque; es decir: siempre que concurren los requisitos que integran los elementos objetivo y subjetivo de la cláusula general tal y como han sido descritos en los apartados precedentes. Si se verifican estos requisitos, los motivos que hayan llevado a la persona a actuar serán irrelevantes a los efectos de la calificación del acto como un crimen contra la humanidad<sup>323</sup>.

Por el contrario, no serán constitutivos de crímenes contra la humanidad aquellos

---

<sup>321</sup> Vid. ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 659, y opinión separada del Juez SHAHABUDEENN a la sentencia de apelación (caso n° IT-94-1-A), párr. 37-38; ICTR, *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, caso n° ICTR-95-1-T, *cit.*, párr. 122-123.

<sup>322</sup> La Sala de Apelación estimó en el asunto *Tadić* que no había nada en el ETPIY que ordenara “the imposition of a *further* condition that the acts in question must not be committed for purely personal reasons, except to the extent that this condition is a consequence or a re-statement of the other two conditions mentioned [that the acts of the accused must comprise part of a pattern of widespread or systematic crimes directed against a civilian population and that the accused must have *known* that his acts fit into such a pattern]” (ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-A, *cit.*, párr. 248. La sentencia analiza en profundidad la cuestión en *ibid.*, párr. 248-272; *vid.* asimismo ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 558).

<sup>323</sup> SCHABAS, W., *The UN International Criminal Tribunals. The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 195-196.

actos criminales realizados por motivos puramente personales sin presentar conexión alguna con el contexto propio de los crímenes contra la humanidad, aunque el autor tenga conocimiento de la existencia de un ataque<sup>324</sup>, ya que esos supuestos constituirán actos criminales aislados que no quedarán cubiertos por la categoría.

Es preciso matizar, no obstante, que aunque las motivaciones personales no sean relevantes a la hora de determinar la comisión de un crimen contra la humanidad, sí pueden sin embargo ser tenidas en cuenta como una circunstancia modificativa de la responsabilidad<sup>325</sup>. Así lo indicó claramente el TPIY en la sentencia de instancia en el asunto *Čelebići*, afirmando que el motivo que llevó a cometer el delito “is to some extent a necessary factor in the determination of sentence after guilt has been established”<sup>326</sup>. En consecuencia, se han considerado agravantes circunstancias como el sadismo o el deseo de venganza<sup>327</sup>; por el contrario, sería una circunstancia atenuante, por ejemplo, el actuar influenciado por la presión de grupo<sup>328</sup>.

## B) Las motivaciones discriminatorias.

Tampoco forma parte de los elementos integrantes del tipo el que el ataque a la población se lleve a cabo con una motivación discriminatoria<sup>329</sup>, con la excepción del crimen contra la humanidad de persecución, en el que el ánimo discriminatorio sí constituye un elemento legal del crimen<sup>330</sup>, como se tendrá la oportunidad de ver en el Capítulo IV.

<sup>324</sup> Vid. ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-A, *cit.*, opinión separada del Juez SHAHABUDEENN, párr. 35; BOOT, M., *Genocide...*, *cit.*, § 467, p. 491, estimando que un acto criminal llevado a cabo por motivos puramente personales puede ser considerado un crimen contra la humanidad en virtud del artículo 7 ECPI *si está conectado al ataque* y el sujeto activo actúa a sabiendas de esa conexión.

<sup>325</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-A, *cit.*, párr. 269; KITTICHAISAREE, K., *International...*, *cit.*, p. 92.

<sup>326</sup> ICTY, *Prosecutor v. Mucić et al.*, caso n° IT-96-21, sentencia de instancia, 16 de noviembre de 1998, párr. 1235.

<sup>327</sup> *Ibid.*, párr. 1235, 1269 y 1281; ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 785; *Prosecutor v. Milan Simić*, caso n° IT-95-9/2-S, sentencia condenatoria, 17 de octubre de 2002, párr. 74.

<sup>328</sup> ICTY, *Prosecutor v. Mucić et al.*, caso n° IT-96-21, *cit.*, párr. 1235.

<sup>329</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 558; ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso n° ICTR-96-4-T, *cit.*, párr. 568; DISTRICT COURT OF JERUSALEM, *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Judgment, 12 de diciembre de 1961, *ILR*, vol. 36, p. 41. Vid. asimismo VON HEBEL, H. & ROBINSON, D., “Crimes...”, *cit.*, pp. 93-94.

<sup>330</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-A, *cit.*, párr. 273-305; *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 244 y 260.

La exclusión de estas motivaciones del artículo 7 ECPI es el resultado de la evolución en la tipificación consuetudinaria de los crímenes contra la humanidad<sup>331</sup>, que ya fue objeto de estudio en el capítulo precedente<sup>332</sup>. No obstante, como se pudo ver entonces, la cuestión de si el móvil discriminatorio debía ser considerado o no un elemento del crimen contra la humanidad no ha sido pacífica hasta tiempos muy recientes. De hecho, en la sentencia dictada en primera instancia por el TPIY en el asunto *Tadić*, la Sala optó por exigirlo para apreciar la comisión de crímenes contra la humanidad, atendiendo a su inclusión en el informe del Secretario General<sup>333</sup> y a las observaciones que algunos Estados miembros del Consejo de Seguridad habían hecho tras la aprobación de la resolución 827 (1993)<sup>334</sup>. Pese a esta decisión, la Sala de Instancia asumía que ese requisito no era necesario en virtud del Derecho internacional consuetudinario<sup>335</sup>. Posteriormente, la Sala de Apelación corrigió ese criterio, afirmando que el ánimo discriminatorio no formaba parte de los elementos de los crímenes contra la humanidad, con la excepción del crimen contra la humanidad de persecución<sup>336</sup>.

De nuevo, ello no significa que carezca de relevancia alguna. Por el contrario, se ha admitido que el móvil discriminatorio en la comisión de crímenes contra la humanidad pueda constituir una circunstancia agravante, que quedará reflejada en la determinación de la pena<sup>337</sup>, comportando que la misma sea más alta de lo que se establecería de no

---

<sup>331</sup> ROBINSON, D., "Defining «Crimes against Humanity» at the Rome Conference", *AJIL*, vol. 93 (1), 1999, pp. 46-47. Junto con la eliminación del nexo con una situación de conflicto armado, es una de las grandes aportaciones del ECPI a la definición de los crímenes contra la humanidad (MCCORMACK, T. LH, "Crimes...", *cit.*, pp. 185-186).

<sup>332</sup> *Vid.* Capítulo II, apartado 1.2.A).

<sup>333</sup> ONU, Doc. S/25704, *cit.*, párr. 48.

<sup>334</sup> ONU, Doc. S/PV.3217, de 26 de mayo de 1993, pp. 11 (intervención del representante de Francia), 16 (intervención de la representante de EUA) y 45 (intervención del representante de la Federación de Rusia).

<sup>335</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 650-652; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, *cit.*, párr. 357. La decisión de exigir también la prueba de ese elemento habría atendido más bien a la voluntad del Tribunal de observar el principio *in dubio pro reo* (SWAAK-GOLDMAN, O., "The Crime of Persecution in International Criminal Law", *LJIL*, vol. 11 (1), 1998, p. 151). Pero *cf.* ICTY, *Prosecutor v. Nikolić*, caso n° IT-94-2-R61, *cit.*, párr. 26, donde se señala como un elemento de los crímenes contra la humanidad el que "the crimes must be directed at a civilian population, specifically identified as a group by the perpetrators of these acts".

<sup>336</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-A, *cit.*, párr. 283-305. *Vid.* también ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 260.

<sup>337</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23 & IT-96-23/1-T, *cit.*, párr. 867 (discriminación por motivos de género y étnicos); *Prosecutor v. Milan Simić*, caso n° IT-95-9/2-S, sentencia condenatoria, 17 de octubre de 2002, párr. 77.

El asunto *Kunarac et al.* es un buen ejemplo de esta práctica. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač y Zoran Vuković fueron condenados por la comisión, entre otros crímenes, de violaciones y tortura como

concurrir ese ánimo<sup>338</sup>.

La posibilidad de apreciar una agravante por discriminación plantea algunas cuestiones de interés respecto de la persecución como crimen contra la humanidad.

(i) En primer lugar, en la medida en que la persecución puede consistir en un comportamiento constitutivo de otro crimen de Derecho internacional<sup>339</sup>, cabe la posibilidad de que se cometa una conducta criminal que, además de ser potencialmente persecutoria, sea la acción típica de otro crimen contra la humanidad. En un caso así, la identificación del crimen contra la humanidad que es imputable puede ser problemática si además se aprecia que ha habido motivación discriminatoria para su comisión, puesto que la conducta criminal podría calificarse tanto de un crimen contra la humanidad de persecución como de cualquier otro crimen contra la humanidad con agravante por discriminación.

Una hipótesis que puede ejemplificar este problema sería la comisión de un homicidio intencional dentro del contexto propio de los crímenes contra la humanidad respecto del cual resulta probado que se cometió por motivos étnicos, en cuyo caso, la cuestión que se suscitara es si se ha de calificar como homicidio intencional con agravante de discriminación o como persecución. Dado que los operadores jurídicos se encuentran con cierta frecuencia ante esa tesitura, habría que cuestionarse la oportunidad de considerar la discriminación una agravante del homicidio intencional cuando se trata de un elemento relevante para transformarlo en un crimen contra la humanidad de persecución; en su lugar, parecería más coherente considerar que se ha

---

crímenes contra la humanidad en el área de Foca, donde los serbios llevaron una campaña para limpiar la zona de no serbios. Sin embargo, el acta de acusación no les imputó crimen alguno de persecución. La sentencia no vinculó el comportamiento criminal de los acusados a tal campaña, aunque sí agravó la pena de Kunarac por entender que habían concurrido motivos discriminatorios en la comisión de los crímenes por los que había sido encontrado responsable. Es evidente, no obstante, que sus actos presentaban elementos suficientes para que se pudiera haber apreciado un crimen contra la humanidad de persecución (ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23 & IT-96-23/1-T, *cit.*, párr. 867).

<sup>338</sup> También se ha considerado que puede ser relevante a efectos de una disminución de la pena el hecho de que el comportamiento discriminatorio haya sido puntual, si se puede demostrar que generalmente el acusado tiene una actitud ejemplar respecto de los grupos objeto de prejuicio. En el asunto *Rajić*, el TPIY consideró que el hecho de que Rajić “has neither been convicted prior to the events nor driven by racial or religious hatred and that he enabled 2,000 Jews to flee Sarajevo is clearly of relevance to the determination of his sentence” (ICTY, *Prosecutor v. Ivica Rajić*, caso n° IT-95-12-S, sentencia condenatoria, 8 de mayo de 2006, párr. 162). La falta de pruebas que acreditaran esta alegación determinó que no fuera tenida en consideración.

<sup>339</sup> Las posibles configuraciones del crimen contra la humanidad de persecución son analizadas en detalle en el apartado 2 del Capítulo IV.

cometido un crimen contra la humanidad de persecución (consistente en un homicidio intencional al que se incorpora el ánimo discriminatorio).

En el ejemplo propuesto, la decisión de optar por una u otra calificación dependería de que se estuviera apreciando el aspecto discriminatorio del hecho criminal como móvil o como intención, pues el primero es irrelevante para el crimen contra la humanidad de homicidio y el segundo es un elemento del crimen contra la humanidad de persecución<sup>340</sup>. El problema es, como afirman RATNER y ABRAMS, que, en la práctica, la línea entre intención -un elemento relevante en la construcción del crimen contra la humanidad- y motivo -un factor irrelevante en la configuración del tipo, pero apreciable como agravante- puede resultar muy estrecha<sup>341</sup>. Sirva para ilustrar esta afirmación un fragmento de la sentencia de instancia en el asunto *Blaskić*, en el que se afirma lo siguiente:

“The motive of the crime may also constitute an aggravating circumstance when it is particularly flagrant. Case-law has borne in mind the following motives: ethnic and religious persecution [...]. Resultantly, the Trial Chamber considers that it is essential to review the motives of the crimes violating international humanitarian law imputed to the accused. Here, the Trial Chamber takes note of the ethnic and religious discrimination which the victims suffered. In consequence, the violations are to be analysed as persecution which, in itself, justifies a more severe penalty”<sup>342</sup>.

Como se puede observar, la Sala parte de valorar la discriminación como un motivo, por tanto relevante a los efectos de la determinación de la pena, pero inmediatamente reinterpreta esa circunstancia para considerarla un elemento del crimen contra la humanidad de persecución, el cual merece, de acuerdo con el TPIY, una pena más severa, lo que a fin de cuentas supone que o bien se está considerando que se trata de una modalidad criminal más grave que otros crímenes contra la humanidad, o bien se le está aplicando la agravante de discriminación.

(ii) Esta conclusión conecta con un segundo problema, pues técnicamente la persecución resultaría ser el único crimen contra la humanidad para el que no cabría apreciar esa agravante. Ello conduce a la incoherencia de que un crimen contra la humanidad de persecución en el que la acción persecutoria consistiera en un homicidio intencional podría recibir una pena inferior a la aplicable a un homicidio intencional

<sup>340</sup> SCHABAS, W., *The UN International Criminal Tribunals. The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 196.

<sup>341</sup> RATNER, S. R. & ABRAMS, J. S., *Accountability for human rights atrocities in international law: beyond the Nuremberg legacy*, Oxford: Oxford University Press, 2001 (2<sup>nd</sup> ed.), p. 43.

<sup>342</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 785.

cometido por motivos discriminatorios, ya que, teóricamente, en tanto que crímenes contra la humanidad, los dos comportamientos presentarían de partida la misma gravedad, pero en el caso del crimen contra la humanidad de homicidio intencional podría además apreciarse una agravante a la hora de concretar la sentencia. A ello habría que añadir la carga de probar el ánimo discriminatorio en el primer caso –en tanto que la discriminación es un elemento del crimen–, mientras que en el segundo no sería necesario, puesto que el Tribunal lo valoraría de oficio a la vista de los hechos probados a la hora de imponer la pena. Es decir, en similares circunstancias la pena podría variar en función de cómo se califique la conducta criminal, en perjuicio de la persecución como crimen contra la humanidad, una modalidad tan grave como los demás crímenes contra la humanidad. Este problema parece insalvable, a no ser que –como hizo el TPIY en el asunto *Blaskić*– la persecución se castigue por sistema con una pena mayor que el resto de los crímenes contra la humanidad, lo cual tampoco resulta apropiado si se considera que todos ellos presentan la misma gravedad.

#### 4. CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

Analizados ya los elementos objetivo y subjetivo que integran la cláusula general de los crímenes contra la humanidad, es preciso abordar por último aquellas circunstancias que pueden excluir o modificar la responsabilidad aun cuando se haya verificado la concurrencia de los elementos del crimen. Esta necesidad surge por la construcción propia de los crímenes de Derecho internacional, en buena medida inspirada en los sistemas penales anglosajones, como ya se ha indicado al inicio de este capítulo, y que, por tanto, requiere un método de análisis similar. Así pues, una vez que se ha determinado la presencia de todos los elementos que integran el delito (*offence*), se debe comprobar que no existan *defences* o circunstancias eximentes de la responsabilidad del sujeto activo<sup>343</sup>, sean causas de justificación o de inimputabilidad<sup>344</sup>.

<sup>343</sup> BANTEKAS, I., “Defences in International Criminal Law”, en: MCGOLDRICK, D., ROWE, P. & DONNELLY, E., *The Permanent...*, cit., pp. 263-264.

<sup>344</sup> MUÑOZ CONDE, F., nota de traducción en FLETCHER, G. P., *Conceptos...*, cit., p. 145; MATUS, J. P., *La transformación...*, cit., p. 30. Dentro de las *defences* se distinguen algunas que inciden sobre el elemento objetivo (vid. DAVID, E., “Synthèse des réponses écrites. Essai de synthèse des rapports”, RBDI, vol. XXXIII (2), 2000, pp. 455-462; GALAND, R. ET DELOOZ, F., “L’article 31 par. 1c) du Statut de la Cour pénale internationale: une remise en cause des acquis du droit international humanitaire?”, RICR, n°

Una lista de las circunstancias que eximen de responsabilidad penal en el ámbito internacional puede encontrarse en los artículos 31 a 33 ECPI<sup>345</sup>. El artículo 31 recoge como circunstancias eximentes de responsabilidad penal la **alteración psíquica**, los **estados de intoxicación**, la **legítima defensa** y el **miedo insuperable**. No se trata de una enumeración cerrada, sino que se admite la posibilidad de que la CPI aprecie otras circunstancias que resulten aplicables en el ámbito penal internacional, como se deduce del apartado 3 del mismo precepto<sup>346</sup>. Así pues, al estudio de éstas se podría evaluar si resultan aplicables a los crímenes contra la humanidad otras habituales en los ordenamientos jurídicos internos, como la **edad** o el **consentimiento de la víctima**. Hay además otras dos disposiciones en el ECPI que recogen circunstancias modificativas de la responsabilidad. Se trata del artículo 32, que hace referencia al **error**, y del artículo 33, que regula el alcance del **cumplimiento de una orden**<sup>347</sup>.

Como se puede observar, tales circunstancias pueden referirse tanto a la antijuridicidad de la acción como a la culpabilidad del sujeto. En el ECPI no se distingue entre unas y otras<sup>348</sup>, optando en su lugar por la denominación genérica de *circunstancias eximentes de la responsabilidad penal*, por lo que aquí serán estudiadas conjuntamente, con independencia de que constituyan causas de justificación o causas

---

842, 2001, p. 536, donde se discute la oportunidad de que el ECPI reincorpore las causas de justificación) y otras que afectan a la *mens rea* (sobre estas últimas en los sistemas anglosajones *vid.* CHESNEY, E. J., "The Concept of Mens Rea in the Criminal Law", *Am.Inst.Crim.L.&Criminology*, vol. 29 (5), 1938-1939, pp. 639-643).

<sup>345</sup> Todas estas circunstancias inciden en la apreciación de responsabilidad penal individual, cuestión diferente a la posibilidad de excluir la acción penal contra los presuntos responsables. De ahí que no sea objeto de este apartado el tema de la inmunidad de las personas que representan al Estado (*vid.* artículo 27 ECPI, relativo a la improcedencia del cargo oficial para eximir de la aplicación del ECPI) ni la excepción del acto de Estado, por no ser relevantes a los efectos de la construcción del crimen.

<sup>346</sup> Artículo 31.3 ECPI: "En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21. El procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá en las Reglas de Procedimiento y Prueba".

Sobre este particular, *vid.* el artículo 14 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad ("El tribunal competente apreciará la existencia de circunstancias eximentes conforme a los principios generales del derecho, teniendo en cuenta la naturaleza de cada crimen") y el comentario al mismo (ONU, Doc. A/51/10, *cit.*, párr. 50); ESER, A., "Grounds for excluding criminal responsibility", en: TRIFFTERER, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court -Observers' Notes, Article by Article-*, München: C. H. Beck/Hart/Nomos, 2008 (2<sup>nd</sup> ed.), marginales 7 y 18-20, pp. 867 y 872.

<sup>347</sup> ESER añade además el desistimiento (artículo 25.3.f) ECPI), aunque el mismo podría ser también considerado un elemento de la tentativa de delito (*ibid.*, marginal 8, pp. 867-868).

<sup>348</sup> Sobre el tratamiento unitario de ambos grupos de circunstancias y otras cuestiones conceptuales de Derecho comparado que se plantearon en relación con las *defences* en el ECPI, *vid.* AMBOS, K., *La parte general...*, *cit.*, pp. 453-456; BANTEKAS, I., "Defences...", *cit.*, pp. 266-268.

de inimputabilidad, es decir, que eliminen el juicio de valor negativo sobre la acción (en el primer caso) o sobre la conducta (en el segundo supuesto)<sup>349</sup>.

A efectos expositivos, se seguirá el orden en el que aparecen enunciadas en el ECPI, completando la lista con otras circunstancias que han sido apreciadas en la práctica internacional. Por tanto, en primer lugar se hará referencia a las alteraciones psíquicas y los estados de intoxicación (§ 4.1), para continuar con la legítima defensa (§ 4.2), el estado de necesidad y el miedo insuperable (§ 4.3), el error (§ 4.4) y el cumplimiento de una orden superior (§ 4.5), y se concluirá evaluando la aplicabilidad de la edad (§ 4.6) y el consentimiento (§ 4.7) como circunstancias eximentes de la responsabilidad en relación con la comisión de crímenes de Derecho internacional.

#### **4.1. ALTERACIONES PSÍQUICAS Y ESTADOS DE INTOXICACIÓN.**

Las alteraciones del estado mentales regulan en el Derecho internacional penal en términos similares a lo previsto en los ordenamientos penales internos<sup>350</sup> y no plantean problemas significativos de interpretación y aplicación. Dichas alteraciones se pueden producir ya sea por motivos de enfermedad (§ A) o por intoxicación (§ B).

##### **A) Alteraciones psíquicas.**

En cuanto a las alteraciones psíquicas, el artículo 31.1 dispone que no será penalmente responsable “quien, en el momento de incurrir en una conducta:

---

<sup>349</sup> Al respecto, QUINTANO RIPOLLÉS opinaba que el dolo es “inexcusable en el delito contra la Humanidad” (QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado...*, cit., p. 653).

<sup>350</sup> Cfr. Artículo 20 CP1995: “Están exentos de responsabilidad criminal:

1º. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2º. El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

a) Padeciére de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley”<sup>351</sup>.

En estos casos, al no existir la voluntad consciente de cometer las conductas incriminadas, no podrá apreciarse el dolo necesario para imputar un crimen contra la humanidad. Nótese que el ECPI no ofrece ninguna precisión respecto de las nociones de *enfermedad mental* ni de *deficiencia mental*, pero con ello también se amplía el alcance de este precepto, que no se limita a determinadas enfermedades, sino que también puede consistir en una *deficiencia mental*<sup>352</sup>. Además, dicha deficiencia o enfermedad mental ha de *privar de la capacidad* para apreciar la ilicitud o naturaleza de la conducta o para controlarla, es decir: no basta una disminución de esa capacidad para eximir de responsabilidad penal internacional, sino que ha de quedar totalmente anulada<sup>353</sup>.

No hay previsiones respecto del trastorno mental transitorio. Por analogía con los ordenamientos jurídicos internos y con lo previsto respecto de los estados de intoxicación –que serán seguidamente analizados–, parecería posible su apreciación siempre que no hubiera sido provocado por el sujeto a sabiendas de que, como resultado del mismo, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen, o hubiera hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera. Pero la exigencia de que se padezca una enfermedad o una deficiencia mental apuntaría a una cierta permanencia de la anomalía, lo que excluiría la posibilidad de eximir de responsabilidad penal por alteraciones psíquicas o emocionales de carácter temporal<sup>354</sup>. Esa parece haber sido también la posición del TPIY en el asunto *Čelebići*, en el que la Sala de Instancia entendió que para aplicar esta eximente en un caso de homicidio, la discapacidad mental debería estar causada por un retraso mental o por una causa congénita o estar vinculada a una enfermedad o una lesión<sup>355</sup>. No obstante, esa circunstancia podría ser tomada en

---

<sup>351</sup> Vid. también UNTAET, Doc. UNTAET/REG/2000/15, *Establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences*, 6 de junio de 2000, sección 19.1.a).

<sup>352</sup> ESER, A., “Grounds...”, *cit.*, marginal 24, p. 874; KNOOPS, G. J. G. J., *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, Ardsley: Transnational Publishers, 2001, p. 114.

<sup>353</sup> ESER, A., “Grounds...”, *cit.*, marginales 28 y 29, p. 875; KNOOPS, G. J. G. J., *Defenses...*, *cit.*, p. 114. Ello no obsta para que la disminución de la capacidad pueda ser considerada atenuante (*ibid.*, p. 115).

<sup>354</sup> Vid. ESER, A., “Grounds...”, *cit.*, marginales 23 y 25, pp. 873-874; KNOOPS, G. J. G. J., *Defenses...*, *cit.*, p. 115.

<sup>355</sup> ICTY, *Prosecutor v. Mucić et al.*, caso n° IT-96-21-T, sentencia de instancia, 16 de noviembre de 1998, párr. 1166. El TPIY también ha excluido el estrés post-traumático como una eximente válida por estimar que no se trata de una disminución de la capacidad mental en ICTY, *Prosecutor v. Sikirica et al.*, caso n° IT-95-8-S, sentencia condenatoria, 13 de noviembre de 2001, párr. 196-199.

consideración como atenuante a la hora de fijar la condena<sup>356</sup>.

## B) Estados de intoxicación.

En relación con los estados de intoxicación, el apartado b) del mismo artículo 31.1 ECPI prevé también la exoneración de responsabilidad de quien, en el momento de cometer el crimen, “estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley”. No basta con que la sustancia cuyo consumo provoque el estado de intoxicación (ya sea alcohol, drogas o cualquier otra sustancia exógena que tenga el efecto de intoxicar<sup>357</sup>) limite la capacidad de apreciación y de control, sino que ha de anularlas<sup>358</sup>.

El precepto continúa limitando el alcance de esta eximente, que sólo será aplicable en caso de intoxicación involuntaria (por ejemplo, porque la persona sea intoxicada con sustancias estupefacientes sin percatarse de ello), ya que se excluye de su ámbito de aplicación aquellos supuestos en que la persona hubiera llegado a ese estado de intoxicación voluntariamente, “a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera”<sup>359</sup>. Se discute no obstante si basta con haberse intoxicado negligentemente para que esta circunstancia deje de ser operativa o si se requiere al menos dolo eventual (la persona se intoxicó a sabiendas de que la comisión del crimen era probable y aceptando esa probabilidad)<sup>360</sup>. En principio, cuando la persona ha buscado dolosamente encontrarse en ese estado para poder realizarla o ha asumido el riesgo de que el estado de intoxicación la lleve a realizarla, la intención de cometer la conducta incriminada persiste<sup>361</sup>. La jurisprudencia

<sup>356</sup> Vid. ICTY, *Prosecutor v. Mucić et al.*, caso n° IT-96-21-T, *cit.*, párr. 1278; GILBERT, J., “Justice not revenge: The International Criminal Court and the ‘grounds to exclude criminal responsibility’ - defences or negation of criminality?”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 10 (2), 2006, p. 146.

<sup>357</sup> ESER, A., “Grounds...”, *cit.*, marginal 33, pp. 876-877.

<sup>358</sup> *Ibid.*, marginal 34, p. 877.

<sup>359</sup> Vid. también UNTAET, Doc. UNTAET/REG/2000/15, *Establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences*, 6 de junio de 2000, sección 19.1.b).

<sup>360</sup> ESER, A., “Grounds...”, *cit.*, marginal 35, p. 877.

<sup>361</sup> *Ibid.*, p. 878.

Esta eximente fue alegada en el asunto *Carlos Soares Carmona* ante las TDD-SECG. consideraron que no había resultado probado que Soares Carmona se encontrara en un estado de intoxicación etílica en

ha considerado que ese estado ni siquiera puede ser considerado una circunstancia atenuante a la hora de fijar la pena por la comisión de crímenes contra la humanidad<sup>362</sup>.

#### 4.2.LA LEGÍTIMA DEFENSA.

El artículo 31.1.c) ECPI dispone que se excluirá la responsabilidad penal de quien

“Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado”<sup>363</sup>.

De este enunciado se deduce que los requisitos para que esta eximente opere son:

(i) la existencia de un uso inminente e ilícito de la fuerza que supone un peligro para uno mismo o para un tercero, y

(ii) una reacción razonable y proporcional al grado de peligro<sup>364</sup>.

En el asunto *Kordić y Čerkez* el TPIY añadió a los requisitos de razonabilidad y de proporcionalidad el de necesidad<sup>365</sup>. En el artículo 31.1.c) ECPI, empero, este requisito parece circunscribirse exclusivamente a los crímenes de guerra, en lugar de tratarse de

---

el momento de asesinar a su víctima (TDD-SECG, *Prosecutor v. Carlos Soares Carmona*, caso n° 03/CG/TDD/2000, sentencia de instancia, 19 de abril de 2001, p. 8), o, en todo caso, que se hubiera intoxicado contra su voluntad (*ibid.*, p. 5). Las conclusiones alcanzadas en instancia fueron confirmadas en este punto en apelación (sentencia del Tribunal de Recurso de 2 de agosto de 2001, párr. 4, p. 4). Nótese que, aunque la Sala resolvió de conformidad con el Reglamento 2000/15 de la UNTAET, sólo debía decidir si se había producido un delito (común) de asesinato, y no un crimen de Derecho internacional, ya que la competencia atribuida por dicho Reglamento no se limita a los crímenes de Derecho internacional, sino que incluye algunos otros crímenes graves.

<sup>362</sup> ICTY, *Prosecutor v. Milan Simić*, caso n° IT-95-9/2-S, *cit.*, párr. 74.

<sup>363</sup> *Vid.* también UNTAET, Doc. UNTAET/REG/2000/15, *Establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences*, 6 de junio de 2000, sección 19.1.c).

<sup>364</sup> Tanto la proporcionalidad como la razonabilidad se valorarán objetivamente, aunque en este último caso no se excluye la valoración adicional de circunstancias subjetivas (BANTEKAS, I., “Defences...”, *cit.*, p. 279). La exigencia de proporcionalidad pone de relieve “la convicción [...] de que el derecho de legítima defensa tiene límites” (AMBOS, K., *La parte general...*, *cit.*, p. 459).

<sup>365</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, sentencia de instancia, 26 de febrero de 2001, párr. 449: “The notion of ‘self-defence’ may be broadly defined as providing a defence to a person who acts to defend or protect himself or his property (or another person or person’s property) against attack, provided that the acts constitute a *reasonable, necessary and proportionate* reaction to the attack” (cursiva añadida). De todas formas, el TPIY no aplicó esta eximente, por no estar prevista esa posibilidad en el ETPIY.

una exigencia general para que esta eximente sea apreciada en relación con cualquier crimen de Derecho internacional.

El alcance de la legítima defensa en el Derecho internacional penal es similar al que se da a esta circunstancia en los ordenamientos penales internos, en los que es una eximente clásica<sup>366</sup>. Pueden por tanto aplicársele los criterios generales que se deducen de estos<sup>367</sup>. Por ejemplo, la existencia de un uso inminente e ilícito de la fuerza equivale a la exigencia de una agresión ilegítima contenida en el artículo 20.4 del Código Penal español de 1995<sup>368</sup>, en el que también se requiere que la reacción sea proporcionada. Por el contrario, nada se dice en el ECPI sobre la necesidad de que no haya habido provocación suficiente.

De las negociaciones del ECPI y del contenido del artículo 31.1.c), AMBOS deduce que este precepto no protege cualquier bien jurídico del peligro, sino sólo la vida, la integridad corporal y la libertad deambulatoria. Otros bienes jurídicos, como la propiedad, aparecen recogidos sólo de forma excepcional para los crímenes de guerra y sometidos a diversas condiciones<sup>369</sup>. No obstante, otros autores consideran que sí estaría cubierta por la eximente la defensa de un bien que sea esencial para la supervivencia de la persona que reacciona o un tercero<sup>370</sup>.

En cualquier caso, si ya es discutible que esta eximente pueda exonerar de responsabilidad al autor de un crimen contra la humanidad<sup>371</sup>, más cuestionable es aún

---

<sup>366</sup> *Vid.* Comentario de la CDI al artículo 14 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, apdos. 7 y 8, en: ONU, Doc. A/51/10, *cit.*, párr. 50.

<sup>367</sup> *Ibid.*, p. 458.

<sup>368</sup> Artículo 20 CP1995: “Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 4º. El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

1. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

2. Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo.

3. Falta de provocación suficiente por parte del defensor”.

<sup>369</sup> AMBOS, K., *La parte general...*, *cit.*, p. 458.

<sup>370</sup> CASSESE, A., “The Statute...”, *cit.*, p. 154. GILBERT, por el contrario, estima difícil de imaginar un tipo de bien cuya protección pueda justificar la comisión de un crimen de guerra proporcional (GILBERT, J., “Justice...”, *cit.*, p. 149).

<sup>371</sup> Entre la doctrina hay quien cuestiona incluso que la legítima defensa pueda, con carácter general, excluir la responsabilidad penal en los casos de comisión de crímenes contra la humanidad (*vid.* GALAND, R. et DELOOZ, F., “L’article 31...”, *cit.*, p. 536), por una parte porque el cumplimiento de la exigencia de que la reacción sea razonable y proporcional parece inconcebible en el caso de los crímenes contra la

que la legítima defensa -una eximente que entra dentro de lo que en los sistemas continentales se califica de “causa de justificación”, y por lo tanto opera sobre el elemento objetivo del crimen- pueda ser útil para excluir la responsabilidad en el caso de un crimen contra la humanidad de persecución, cuya nota característica –la intención de discriminar- se sitúa en el elemento subjetivo, por lo que es muy improbable que se llegue a plantear la posibilidad de utilizar la legítima defensa para eximir de responsabilidad en un crimen contra la humanidad de persecución.

Esta afirmación se basa, para empezar, en la insuficiencia de la eximente de legítima defensa para excluir el dolo especial<sup>372</sup>. Además, en el hipotético supuesto en el que una reacción proporcional a un “uso inminente e ilícito de la fuerza” presentara los elementos teóricamente necesarios para poder apreciar un crimen contra la humanidad de persecución consistente en un comportamiento constitutivo de otro crimen contra la humanidad (llevado a cabo con intención de discriminar), ni tan siquiera se llegaría a discutir si ha concurrido el especial ánimo discriminatorio propio de la persecución, puesto que la legítima defensa excluiría la antijuridicidad del crimen que sirviera de base fáctica a la persecución (como sería el caso de un homicidio intencional), y por tanto no se continuaría valorando si ha habido o no persecución. Por su parte, en aquellos supuestos en los que la persecución consistiera en un comportamiento que no estuviera tipificado como un crimen de Derecho internacional, difícilmente se cumpliría el requisito de proporcionalidad entre la reacción y el peligro requerido para poder apreciar la eximente de legítima defensa, teniendo en cuenta el alcance limitado de esta

---

humanidad (RONA, G., “Réponses à la question 2”, *RBDI*, vol. XXXIII (2), 2000, p. 447; VANDERMEERSCH, D., “Réponse à la question 2”, *RBDI*, vol. XXXIII (2), 2000, p. 454; DAVID, E., “Synthèse...”, *cit.*, p. 461; *cfr.* KEIJZER, N., “Réponses à la question 2”, *RBDI*, vol. XXXIII (2), 2000, pp. 441-442, quien considera que es difícil imaginar una situación en la que se pueda apreciar esa razonabilidad, pero que por prudencia prefiere no descartar la hipótesis), y por otra parte porque se estima que el dolo requerido para cometer estos crímenes no es compatible con la voluntad de defenderse o defender a una tercera persona (ABI-SAAB, G. et CONDORELLI, L., “Réponses à la question 1, b)”, *RBDI*, vol. XXXIII (2), 2000, pp. 406-407; DEYRA, M. et CHABANON, C., “Réponses à la question 1, b)”, *RBDI*, vol. XXXIII (2), 2000, pp. 414-415; RONA, G., “Réponses...”, *cit.*, p. 447; DAVID, E., “Synthèse...”, *cit.*, p. 458). En el caso de la persecución la posibilidad de excluir el dolo se antoja aún más remota, en la medida en que, además del dolo exigido con carácter general para cometer un crimen contra la humanidad, se requiere un ánimo especial en la comisión del crimen, cual es la intención discriminatoria (sobre esta cuestión, *vid. infra* Capítulo IV, apartado 3.1). Asimismo, a los argumentos en contra de la operatividad de la legítima defensa respecto de los crímenes contra la humanidad se puede añadir el de que no se puede justificar una respuesta dirigida contra personas distintas de las que lanzan el ataque, y por tanto es imposible justificar una respuesta dirigida contra la población civil (RONA, G., “Réponses...”, *cit.*, p. 447), o también el de la incompatibilidad entre la inmediatez en la respuesta requerida por la eximente y la exigencia de una política organizada subyacente al ataque como un elemento de la cláusula general de la categoría.

<sup>372</sup> DEYRA, M. et CHABANON, “Réponses...”, *cit.*, p. 412.

circunstancia que, tal y como se indicaba más arriba, no busca proteger cualquier bien jurídico, sino sólo la vida, la integridad corporal y la libertad de movimiento.

Incluso, aunque se intentara trasladar el componente discriminatorio al elemento objetivo, exigiendo para apreciar un crimen contra la humanidad de persecución que la conducta criminal tuviera efectos discriminatorios, se plantearía el inconveniente de respetar el requisito de proporcionalidad, en la medida en que al desvalor propio de la conducta criminal que sirviera de base a la persecución habría que sumar el efecto discriminatorio del acto, lo que incrementaría aún más si cabe la gravedad del crimen.

#### 4.3. EL ESTADO DE NECESIDAD Y EL MIEDO INSUPERABLE.

El apartado d) del artículo 31.1 ECPI exime de responsabilidad a quien hubiera incurrido

“en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar”<sup>373</sup>.

Esa amenaza “podrá”, prosigue el precepto, “haber sido hecha por otras personas” o “estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control”.

Así pues, se pueden identificar cuatro requisitos necesarios para que se pueda apreciar esta eximente, a saber:

- (i) la existencia de coerción sobre el autor;
- (ii) la coerción se ejerce por medio de una amenaza inminente de muerte o de lesiones corporales graves continuadas para la persona coaccionada u otra persona;
- (iii) la actuación es necesaria y razonable para evitar esa amenaza, y
- (iv) la persona que comete el crimen no ha tenido la intención de causar un daño

---

<sup>373</sup> Vid. también UNTAET, Doc. UNTAET/REG/2000/15, *Establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences*, 6 de junio de 2000, sección 19.1.d).

mayor que el que se proponía evitar<sup>374</sup>.

Un requisito adicional, que no se indica expresamente en el ECPI, debería ser el que la persona no hubiera “coadyuvado, por falta propia, a la coerción o el estado de necesidad”<sup>375</sup>. Así lo entendió la TDD-SECG que conoció del asunto *Joseph Leki*, en el que afirmó que esta circunstancia no excluye la responsabilidad “when the perpetrator deliberately before joined the purpose of the group in the knowledge of the intention to commit the crime”<sup>376</sup>.

En la formulación del artículo 31.1.d) ECPI se pueden apreciar dos circunstancias diferentes de exclusión de la responsabilidad<sup>377</sup>: el estado de necesidad<sup>378</sup> (*necessity*) y el miedo insuperable<sup>379</sup> (*duress*)<sup>380</sup>. El primero implicaría la existencia de una amenaza a la

---

<sup>374</sup> Aunque este requisito apunta a una exigencia de proporcionalidad entre el bien protegido y el bien sacrificado, *vid.* ONU, Doc. A/CN.4/460, *Duodécimo informe sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial*, 15 de abril de 1994, párr. 159), LAURENZO COPELLO pone de relieve que la redacción del artículo 31.1.d) ECPI parece excluir la necesidad de que el mal causado sea igual o inferior que el que se pretendía evitar, “bastando en apariencia, con que esa proporcionalidad concorra en la mente del autor” (LAURENZO COPELLO, P., “Hacia...”, *cit.*, pp. 45-46).

<sup>375</sup> *Vid.* ONU, Doc. A/CN.4/460, *cit.*, párr. 159

<sup>376</sup> TDD-SECG, *Prosecutor v. Joseph Leki*, caso n° 05/CG/TDD/2000, sentencia de instancia, 11 de junio de 2001, pp. 9-10. En su lugar, aceptó que había actuado en cumplimiento de una orden como una circunstancia atenuante (*ibid.*, p. 10). *Vid.* también *Prosecutor v. Manuel Gonçalves Leto Bere*, caso n° 10/CG/TDD/2000, sentencia de instancia, 15 de mayo de 2001, pp. 10-11; *Prosecutor v. Carlos Soares*, caso n° 12/CG/TDD/2000, sentencia de instancia, 31 de mayo de 2001, pp. 9-10; *Prosecutor v. Jose Valente*, caso n° 3/CG/TDD/2001, sentencia de instancia, 19 de junio de 2001, p. 9.

<sup>377</sup> DE THAN, C. & SHORTS, E., *International...*, *cit.*, p. 11. Así ocurre con carácter general en el Derecho comparado, aunque las diferencias en los ordenamientos anglosajones son menos evidentes que en los de tradición continental; por el contrario, ese tratamiento separado ha sido descartado por el ordenamiento penal internacional (AMBOS, K., *La parte general...*, *cit.*, p. 466, quien denomina esta eximente “estado de necesidad por coacción”).

<sup>378</sup> Artículo 20 CP1995: “Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 5°. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

<sup>379</sup> Artículo 20 CP1995: “Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 6°. El que obre impulsado por miedo insuperable”.

<sup>380</sup> Se ha optado aquí por utilizar la expresión “miedo insuperable”, más familiar al sistema penal español, en lugar del término “coacción” por el que la versión en castellano del ECPI traduce el concepto inglés *duress*, para evitar cualquier confusión entre la circunstancia eximente de responsabilidad (el miedo insuperable) y lo que en ordenamientos penales como el español sería un delito (la coacción) (*vid.* VARONA GÓMEZ, D., *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada: Comares, 2000, p. 77; RAGUÉS I VALLÈS, R., “¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad? Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 7, 2001, p. 102).

vida o a la integridad física que procede de circunstancias objetivas (ajenas al control de la persona, según el ECPI)<sup>381</sup>, mientras que el segundo aparecería vinculado en el ámbito internacional a las amenazas a la vida o a la integridad física hechas por otras personas (por ejemplo, derivadas de la negativa a cumplir una orden superior consistente en cometer un crimen de Derecho internacional<sup>382</sup>, aunque caben otros supuestos hipotéticos en los que esta circunstancia podría llegar a resultar operativa<sup>383</sup>).

Pero estas dos eximentes no se distinguen sólo por el origen de la amenaza. Técnicamente, la distinción entre una y otra se ha hecho tradicionalmente residir en el elemento del crimen sobre el que operan<sup>384</sup>. Así, si en el estado de necesidad es la acción la que no merece un juicio de valor negativo, en el miedo insuperable no habría juicio de valor negativo sobre la culpabilidad, ya que habitualmente se ha considerado que el autor del crimen no desea su comisión y por tanto no se podría apreciar el dolo en la medida en que el sujeto activo no habría tenido la posibilidad moral de elegir<sup>385</sup>. Esta última posición, empero, ha de ser matizada, pues entre la doctrina se viene argumentando que bajo miedo insuperable el autor actúa conscientemente y con libertad de decisión<sup>386</sup>, de manera que esta circunstancia en realidad justificaría la conducta, “que el ordenamiento se ve obligado a tolerar por no ser exigible otra distinta”<sup>387</sup>, en lugar de incidir sobre la culpabilidad.

La práctica jurisprudencial de la segunda posguerra mundial parece sugerir que sería

<sup>381</sup> CASSESE, A., *International...*, p. 242.

<sup>382</sup> *Ibid.*, p. 246.

<sup>383</sup> Por ejemplo, en la causa seguida contra Julio Fernandez ante una de las TDD-SECG se alegó que éste había asesinado a un presunto miembro de la milicia presionado por los gritos de la multitud que rodeaba a la víctima y pedía su muerte. Sin embargo, la Sala excluyó que el miedo fuera apreciable en ese caso a la vista de su posición y consideración dentro la comunidad, que se habría saldado como mucho con insultos e increpaciones si no hubiera actuado, pero no con un ataque a su vida (TDD-SECG, *Prosecutor v. Julio Fernandez*, caso nº 02/CG/TDD/2000, sentencia de instancia, 27 de febrero de 2001, “The Law”, párr. 4, pp. 8-9).

<sup>384</sup> La distinción se plantea en los sistemas penales continentales, en los que el estado de necesidad es una causa de justificación, mientras que el miedo insuperable se considera una causa de inimputabilidad, pero es inexistente en los sistemas anglosajones (*vid.* ONU, Doc. A/CN.4/460, *cit.*, párr. 160). Respecto de los crímenes contra la humanidad, MEYROWITZ estima que las condiciones restrictivas en las que se pueden dan estas dos eximentes difuminan las diferencias entre ambas (MEYROWITZ, H., *La répression...*, *cit.*, p. 407).

<sup>385</sup> *Vid.* Comentario al artículo 14 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, apdo. 10, en: ONU, Doc. A/51/10, *cit.*, párr. 50).

<sup>386</sup> *Vid.* por ejemplo VARONA GÓMEZ, D., *El miedo...*, *cit.*, p. 76

<sup>387</sup> CUERDA ARNAU, M. L., *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Valencia: Tirant lo Blanch/Universitat de València, 1997, p. 81.

posible apreciar estado de necesidad en el caso de los crímenes contra la humanidad, ya que el contexto en el que los mismos necesariamente deben ocurrir podría llegar a constituir una circunstancia objetiva que escapa al control de la persona que se ve compelida a cometer un crimen de estas características<sup>388</sup>. Por el contrario, no hay ningún caso reciente en el que se haya aplicado. En su lugar, los tribunales internacionales penales se han encontrado en la tesitura de valorar la aplicabilidad del miedo insuperable como circunstancia eximente en el caso de los crímenes contra la humanidad, tarea no exenta de dificultad.

Los inconvenientes para concretar el alcance del miedo insuperable se evidenciaron en el desacuerdo entre los jueces de la Sala de Apelación del TPIY que conocieron del

---

<sup>388</sup> Vid. CASSESE, A., *International...*, cit., pp. 243-244, poniendo como ejemplo -entre otros- el asunto *Flick*, en el que se juzgaron los crímenes de Derecho internacional cometidos por Friedrich Flick, industrial alemán propietario de un grupo de empresas, y algunos de sus colaboradores y socios, quienes en el momento de los hechos se encontraban al frente de empresas del grupo industrial perteneciente a Flick. El primero de los cargos que se les imputaba (crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad) se basaba en que, durante la II Guerra Mundial, cientos de miles de personas -principalmente internos de campos de concentración, prisioneros de guerra y población civil de países ocupados- fueron forzadas a trabajar en las empresas de Flick, a menudo en condiciones de esclavitud y sometidas a malos tratos, frecuentemente tras haber sido masivamente deportadas por la fuerza a Alemania, de acuerdo con un programa de explotación laboral (*slave-labor*) destinado a sostener la economía de guerra de la Alemania nazi (IMT, *The Flick Case*, "Indictment", en: IMT, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10. Nuernberg, October 1946-April 1949. Nuernberg, October 1946-April 1949*, vol. VI, Washington: U.S. Government Printing Office, 1952, p. 13).

Sin embargo, el Tribunal estimó que estos hechos se habían producido en una situación de estado de necesidad, pues el programa de explotación era impuesto por las autoridades del Reich, y los acusados no sólo no tenían control de la administración del mismo en sus plantas industriales (*ibid.*, "Opinion and Judgment", p. 1196), sino que tampoco querían emplear mano de obra extranjera o prisioneros de guerra (*ibid.*, p. 1197). Ahora bien, era sabido que "any act that could be construed as tending to hinder or retard the war economy programs of the Reich would be construed as sabotage and would be treated with summary and severe penalties, sometimes resulting in the imposition of death sentences" (*ibid.*), lo que llevó a los acusados a someterse al programa (*ibid.*, p. 1198). Este cúmulo de circunstancias determinó que el Tribunal concluyera que "the testimony establishes a factual situation which makes clearly applicable the defense of necessity as urged in behalf of the defendants" (*ibid.*, p. 1202). Cfr. con los asuntos *I.G. Farben y Krupp*, en el que no se apreció el estado de necesidad por entender que los responsables de las empresas implicadas habían participado de muy buen grado en el programa de explotación laboral esperando poder sacar provecho del mismo (IMT, *The I.G. Farben Case*, "Decision and Judgment of the Tribunal", en: IMT, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10. Nuernberg, October 1946-April 1949*, vol. VIII, Washington: U.S. Government Printing Office, 1952, p. 1179; IMT, *The Krupp 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. IX, Washington: U.S. Government Printing Office, 1950, pp. 1439-1446).

Es discutible, de todas formas, si en estos casos está en discusión un auténtico estado de necesidad o se trata más bien de supuestos de miedo insuperable en el que la amenaza de un daño procede de otras personas (vid. MEYROWITZ, H., *La répression...*, cit., pp. 403-404, apuntando la tendencia de los tribunales militares internacionales de la zona estadounidense a confundir ambas circunstancias; vid. en particular IMT, *The I.G. Farben Case*, "Decision and Judgment of the Tribunal", cit., p. 1179).

Cfr. HAZAN, E. T., *L'État de Nécessité en Droit Pénal Intérétatique et International*, Paris: Editions A. Pedone, 1949, p. 142, excluyendo totalmente la operatividad del estado de necesidad en el caso de los crímenes contra la humanidad.

asunto *Erdemović*<sup>389</sup>. Mientras que para unos jueces el miedo insuperable sólo podía operar como una atenuante, para otros resultaba claro que constituía una eximente. Finalmente, de la decisión de la Sala se deriva que el TPIY “proclama el principio de que el miedo insuperable no puede exculpar plenamente la comisión de crímenes contra la humanidad”<sup>390</sup>, una posición que sin embargo no comparte la doctrina<sup>391</sup>. Así las cosas, la inclusión del miedo insuperable en el ECPI puede haber servido como punto de partida a una regulación internacional penal en la materia, pues hasta ahora, en apariencia, no existían normas jurídicas consuetudinarias al respecto ni se podía deducir un principio general, dada la divergencia entre los sistemas continentales (en los que el miedo insuperable se considera generalmente una eximente aplicable a todos los delitos) y los sistemas anglosajones (donde se aplica como atenuante respecto de algunos delitos, como el asesinato)<sup>392</sup>.

Respecto de un crimen contra la humanidad como el de persecución se diría que es más beneficioso el que la eximente operara en el plano subjetivo, porque, de forma similar a lo que se indicó respecto de la legítima defensa, no resulta en absoluto evidente cómo podría una causa de justificación excluir la responsabilidad en ese caso. En efecto, toda vez que el elemento objetivo del crimen es impreciso y se superpone al propio de otros crímenes, cualquier eximente que opere sobre sus elementos materiales estará normalmente justificando la comisión de otro crimen contra la humanidad, sin que se pueda llegar a valorar si se ha cometido un crimen contra la humanidad de persecución, cuyo elemento distintivo, el ánimo discriminatorio, se suele situar en el elemento subjetivo. Así, la responsabilidad se excluiría si la conducta criminal se hubiera cometido como reacción a la coerción provocada por las circunstancias objetivas o por las amenazas de un tercero, pero no si la razón que hubiera impulsado a actuar fuera un ánimo discriminatorio. De todas formas, ni siquiera sosteniendo que el miedo insuperable es una causa de inimputabilidad se podría articular adecuadamente esta circunstancia con el crimen contra la humanidad de persecución, ya que aunque su

<sup>389</sup> ICTY, *Prosecutor v. Erdemović*, caso n° IT-96-22-A, sentencia de apelación, 7 de octubre de 1997. Este asunto se aborda pormenorizadamente en RAGUÉS I VALLÈS, R., “¿Debe el miedo...”, *cit.*, pp. 95-137, y EPPS, V., “The Soldier’s Obligation to Die When Ordered to Shoot Civilians or Face Death Himself”, *New Eng. L. R.*, vol. 37 (4), 2002-2003, pp. 987-1013.

<sup>390</sup> RAGUÉS I VALLÈS, R., “¿Debe el miedo...”, *cit.*, p. 127.

<sup>391</sup> *Vid.* KNOOPS, G. J. G. J., *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, Ardsley: Transnational Publishers, 2001, pp. 62-67.

<sup>392</sup> ICTY, *Prosecutor v. Erdemović*, caso n° IT-96-22-A, *cit.*, opinión separada de los jueces McDONALD y VOHRAH, párr. 72, y opinión separada y disidente del juez CASSESE, párr. 40.

comportamiento pudiera tener un efecto discriminatorio –e incluso aunque esa fuera la intención de quien ejerce coerción sobre el autor material del hecho- no podría haber persecución si esa intención no existía en la persona que realizó el acto criminal<sup>393</sup>.

#### 4.4. EL ERROR.

Con una redacción poco afortunada y un contenido incierto<sup>394</sup>, el artículo 32 ECPI considera que también puede excluir la responsabilidad penal del individuo el error<sup>395</sup>, tanto de hecho como de derecho, que elimine el elemento de intencionalidad requerido por el crimen. Al respecto se dispone que:

“1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.

2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto”.

En teoría, el error puede incidir tanto sobre las *offences* como sobre las *defences*, es decir, sobre los dos aspectos de la estructura del crimen: sus elementos descriptivos y las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal. Sin embargo, en el contexto de la CPI el error sólo eximirá de responsabilidad penal cuando haga desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por cada crimen, intencionalidad que el ECPI sólo exige respecto de los elementos materiales del crimen<sup>396</sup>. El error, por tanto, deberá versar sobre los elementos materiales del tipo, que son respecto de los cuales se exige

---

<sup>393</sup> Sobre la dificultad de excluir el dolo especial del crimen contra la humanidad de persecución, *vid. supra* nota 371.

<sup>394</sup> ESER califica el artículo 32 ECPI de “one of the most enigmatic impediments of the ICT Statute’s general elements of criminal responsibility” (ESER, A., “Mental Elements...”, *cit.*, p. 934).

<sup>395</sup> *Cfr.* Artículo 14 CP1995:

“1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

<sup>396</sup> *Cfr.* Artículo 30 ECPI.

que el autor actúe con conocimiento e intencionalmente, es decir, mediando dolo<sup>397</sup>. Por el contrario, no podrá invocarse respecto de las circunstancias eximentes<sup>398</sup>, con la excepción de la eximente basada en órdenes superiores y disposiciones legales, respecto de las cuales se admite la operatividad del error de derecho.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que en el ECPI no se establecen criterios para determinar cuándo y cómo el error elimina el elemento de intencionalidad<sup>399</sup>, y tampoco se dice nada respecto de si el error ha de ser invencible o no<sup>400</sup>, de manera que, aparentemente, incluso en aquellos casos en los que el error podría haberse evitado, éste excluiría la responsabilidad penal por la ausencia de dolo, dado que en el ECPI no está prevista la punibilidad por imprudencia<sup>401</sup>.

Dos son las formas de error admitidas en el artículo 32 ECPI: el error de hecho (§ A) y el error de derecho (§ B).

#### **A) Error de hecho.**

En el caso del error de hecho, la responsabilidad podrá excluirse cuando el autor no estuviera al corriente o percibiera equivocadamente circunstancias o consecuencias fácticas que constituyan requisitos materiales del crimen<sup>402</sup>.

Hay que tener presente que el error no siempre excluye la intencionalidad, como ocurre en los casos en que el mismo se refiere a la identidad de la persona o a las características del objeto. En tales supuestos, sólo desaparece el elemento intencional si la persona o el objeto confundidos “are not equivalent in terms of corresponding to the same material element of the crime”<sup>403</sup>.

Por el contrario, cuando el crimen requiere una intencionalidad especial, el error de

---

<sup>397</sup> AMBOS, K., *La parte general...*, cit., p. 435; GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., “Elementos...”, cit., p. 34.

<sup>398</sup> ESER, A., “Mental Elements...”, cit., p. 935.

<sup>399</sup> *Ibid.*, pp. 935-936.

<sup>400</sup> GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., “Elementos...”, cit., p. 34.

<sup>401</sup> *Vid.* AMBOS, K., *La parte general...*, cit., p. 435. La única excepción la constituye la responsabilidad del superior (artículo 28 ECPI), cuya responsabilidad sí se puede derivar de haber actuado con imprudencia grave (*ibid.*).

<sup>402</sup> ESER, A., “Mental Elements...”, cit., p. 940.

<sup>403</sup> *Ibid.*, p. 938. Sería el ejemplo, en el marco de un conflicto armado, del soldado que en la niebla dispara mortalmente a un civil creyendo que es un soldado.

hecho sobre la misma exime de responsabilidad al sujeto activo<sup>404</sup>. Así, no podría derivarse responsabilidad por persecución si se llevara a cabo un traslado forzoso de civiles del propio grupo étnico sin saber que entre ellos se encuentran personas de otro grupo étnico que está siendo objeto de una política persecutoria instigada por las autoridades del primero, puesto que no habría concurrido la especial intención discriminatoria característica de la persecución.

En cualquier caso, es discutible la necesidad de una previsión en este sentido, en la medida en que la culpabilidad en el ECPI se hace depender de que la persona cometa los elementos materiales del crimen con conocimiento e intencionalidad. Por consiguiente, cuando no se conocen esos elementos, la responsabilidad queda automáticamente excluida<sup>405</sup>.

## **B) Error de derecho.**

Respecto del error de derecho, el artículo 32.2 ECPI parte del criterio habitualmente establecido en los ordenamientos jurídicos internos y también en Derecho internacional de que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento<sup>406</sup>, aunque limita su alcance en la medida en que abre las puertas a la posibilidad de que se excluya la responsabilidad penal si se alega que se desconocía la prohibición de un determinado comportamiento por el Derecho internacional y, por ende, que no había intención de cometer el crimen<sup>407</sup>.

Tal y como se formula en el ECPI, el error de derecho se puede plantear en diferentes supuestos:

(i) Para empezar, cabe error de derecho respecto del conocimiento o no de la prohibición internacional del crimen<sup>408</sup>.

---

<sup>404</sup> KNOOPS, G. J. G. J., *Defenses...*, *cit.*, p. 106.

<sup>405</sup> TRIFFTERER, O., "Mistake of fact or mistake of law", en: TRIFFTERER, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court –Observers' Notes, Article by Article-*, München: C. H. Beck/Hart/Nomos, 2008 (2<sup>nd</sup> ed.), marginal 11, p. 900.

<sup>406</sup> SUNGA, L. S., *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 59-60.

<sup>407</sup> CASSESE, A., "The Statute...", *cit.*, p. 155.

<sup>408</sup> ESER, A., "Mental Elements...", *cit.*, p. 941; TRIFFTERER, O., "Mistake...", *cit.*, marginal 31, p. 906.

(ii) Asimismo, se admite la exclusión de responsabilidad por desconocimiento de la ilicitud de una orden superior o una disposición legal para eximir de responsabilidad penal, tal y como está previsto en el artículo 33 ECPI, al que el artículo 32.2 se remite –no obstante, se prevé expresamente la no aplicabilidad de esta eximente a los crímenes contra la humanidad, como se verá seguidamente-.

(iii) Finalmente, en la medida en que el ECPI incluye con cierta frecuencia entre los elementos materiales de los crímenes criterios normativos y valorativos<sup>409</sup>, el error de derecho respecto a los mismos podría llevar a eximir de responsabilidad a quienes cometan tales crímenes alegando el desconocimiento de su contenido.

Un buen ejemplo de crimen construido a partir de elementos normativos es el de persecución<sup>410</sup>. Pasando por alto la concreción de la noción misma de *persecución* –que, pese a su vaguedad, podría considerarse que posee un significado fácilmente comprensible para la generalidad de la sociedad, y que sería suficiente para apreciar la culpabilidad<sup>411</sup>-, pueden encontrarse en la tipificación del crimen diversos elementos normativos de difícil delimitación, como ocurre con la referencia a “otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional” incluidos en el artículo 7.1.h) del ECPI o la “privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional” a la que se hace referencia en el apartado 2.g) del mismo artículo<sup>412</sup>. Sobre los problemas que esta construcción plantea se tendrá ocasión de profundizar en el Capítulo IV; de todas formas, a los efectos que aquí interesan, saltan a la vista las numerosas posibilidades de invocar error de derecho que la configuración actual del crimen contra la humanidad de persecución ofrecería.

<sup>409</sup> Vid. GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., “Elementos...”, *cit.*, pp. 35-36; ESER, A., “Mental Elements...”, *cit.*, p. 941. Los elementos normativos se distinguen de los valorativos en que los primeros requieren “acudir a otras normas para comprender su significado” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error”, en: LUZÓN PEÑA, D.-M. y MIR PUIG, S., *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid: McGraw Hill, 1999, p. 65).

<sup>410</sup> TRIFFTERER, O., “Mistake...”, *cit.*, marginal 18, p. 902.

<sup>411</sup> ESER apunta que “the mental element does not require more than the perpetrator’s awareness of the social significance of a definitional element” (ESER, A., “Mental Elements...”, *cit.*, p. 941; también TRIFFTERER, O., “Mistake...”, *cit.*, marginal 16, p. 902.). Aun así, dada la indefinición de la noción, el autor de ciertas conductas que han sido consideradas persecutorias por la jurisprudencia podría alegar que desconocía que las mismas lo fueran.

<sup>412</sup> De hecho, la forma en que está formulado el artículo 7.1.h) lleva a concluir que se trata de una ley penal en blanco, en tanto en cuanto remite a otras normas jurídicas para poder determinar el hecho típico (*vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Los elementos...”, *cit.*, p. 74).

#### 4.5. EL CUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN SUPERIOR.

Una circunstancia de exclusión de la responsabilidad habitualmente admitida en los ordenamientos penales internos es la de actuar en cumplimiento de un deber<sup>413</sup>. El ordenamiento penal internacional, por el contrario, se separa en este punto de los principios reconocidos en el ámbito interno<sup>414</sup>, puesto que se rechaza desde Nuremberg que el cumplimiento de una orden emitida por un superior jerárquico pueda automáticamente eximir de responsabilidad al autor de un crimen contra la humanidad<sup>415</sup>.

Esta divergencia se explica porque los ordenamientos penales internos tienen un objeto distinto, a la par que más amplio, al del ordenamiento jurídico internacional<sup>416</sup>. Así, la eximente de cumplimiento de una orden superior encontraría su razón de ser en las particularidades del contexto militar y de las fuerzas de seguridad del Estado<sup>417</sup>, pero su aplicación estricta sería contraproducente si lo que se pretende es desincentivar y prevenir la comisión de crímenes de Derecho internacional<sup>418</sup>, a la par que supondría la subordinación del Derecho internacional a las normas jurídicas internas, que podrían entonces invocarse para justificar la comisión de crímenes de Derecho internacional<sup>419</sup>.

Conforme al Derecho internacional consuetudinario, el cumplimiento de una orden

---

<sup>413</sup> Artículo 20 CP1995: “Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 7º. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

<sup>414</sup> MERLE, M., *Le procès...*, cit., p. 98.

<sup>415</sup> MERON recuerda, sin embargo, que con posterioridad al TMIN los tribunales de crímenes de guerra mostraron una postura más matizada a este respecto (MERON, T., “The Normative Impact on International Law of the International Tribunal for Former Yugoslavia”, en: DINSTEIN, Y. & TABORY, M. (eds.), *War Crimes in International Law*, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 227-230). Cabe señalar que en virtud del artículo 8 ETMIN (“The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires”) sí podía valorarse como circunstancia atenuante, y ese parece ser el espíritu de las normas que en los estatutos de los tribunales *ad hoc* excluyen que el cumplimiento de una orden pueda operar como una eximente, pero admiten que pueda ser una circunstancia atenuante a la hora de fijar la pena (artículos 7.4 ETPIY, 6.4 ETPIR, 6.4 ECESL y sección 21 del Reglamento 15/2001 de la UNTAET, que se separa en este punto del ECPI).

<sup>416</sup> GAETA, P., “The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law”, *EJIL*, vol. 10 (1), 1999, p. 183.

<sup>417</sup> BASSIOUNI indica tres razones esenciales para la existencia de esta eximente: (i) la estructura jerárquica de la estructura militar, (ii) la necesidad de mantener la disciplina dentro de esta estructura, y (iii) el hecho de que un mando militar es responsable por los actos de su subordinado (BASSIOUNI, M. C., *Crimes...*, cit., p. 450).

<sup>418</sup> *Ibid.*

<sup>419</sup> SUNGA, L. S., *Individual...*, cit., p. 56.

superior nunca excluiría la responsabilidad penal internacional de su autor<sup>420</sup>. En efecto, se trata de una norma de Derecho internacional penal ya recogido en el ETMIN<sup>421</sup>, cuyo fundamento se encontraría, de acuerdo con MERLE, en la ilegalidad de la orden en la que se pretende amparar el comportamiento criminal<sup>422</sup>. En este sentido, un subordinado sólo está obligado a acatar aquellas órdenes que son legales, mientras que en el caso de órdenes contrarias a derecho el deber de cumplimiento desaparece. Por consiguiente, cualquier actuación conforme a la orden dada en contravención del Derecho internacional será responsabilidad de quien la acata, siempre que el sujeto activo conociera el carácter criminal de la orden o ese carácter criminal fuera manifiesto<sup>423</sup>.

Sin embargo, en el ECPI este principio general ha quedado relativizado respecto de los crímenes de guerra, separándose en este punto de la costumbre internacional vigente<sup>424</sup>, pues se admite que el acatamiento de una orden superior excluya la responsabilidad penal en otras circunstancias además de las apenas indicadas. Así, el artículo 33.1 ECPI, relativo a órdenes superiores y disposiciones legales, dispone que:

“Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

- a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
- b) No supiera que la orden era ilícita; y
- c) La orden no fuera manifiestamente ilícita”.

A tenor de esta disposición, la operatividad de esta eximente queda una vez más condicionada a que el autor del crimen no supiera o hubiera debido saber la licitud de la

---

<sup>420</sup> CASSESE, A., “The Statute...”, *cit.*, p. 155. Sobre el contenido de la norma consuetudinaria, *vid.* GAETA, P., “The Defence...”, *cit.*, pp. 183-188.

<sup>421</sup> De acuerdo con el artículo 8 ETMIN, el haber actuado en cumplimiento de una orden del Gobierno o de un superior jerárquico no excluía la responsabilidad del autor del crimen, aunque esa circunstancia podría ser tenida en cuenta como atenuante a la hora de determinar la pena.

<sup>422</sup> MERLE, M., *Le procès...*, *cit.*, pp. 98-100.

<sup>423</sup> *Vid.* IMT, *The High Command 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. XI, Washington: U.S. Government Printing Office, 1950, p. 511. También MEYROWITZ, H., *La répression...*, *cit.*, pp. 397-399.

<sup>424</sup> LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona: Ariel, 2001, p. 149.

orden recibida<sup>425</sup>, pero además se dispone también la exención de responsabilidad cuando la persona estuviera obligada por ley a obedecer, previsión que quiebra con el criterio tradicionalmente seguido en este ámbito.

En cualquier caso, esta eximente no resultará en ningún caso aplicable en relación con las órdenes de cometer genocidio o crímenes contra la humanidad, dado que el apartado 2 del mismo precepto establece expresamente que las mismas se considerarán siempre y en todo caso “manifiestamente ilícitas”. No obstante, téngase en cuenta que se puede plantear la hipótesis de que el cumplimiento de una orden superior atienda no a una ciega disciplina militar, sino a un miedo insuperable, siendo entonces operativa esta otra eximente<sup>426</sup>.

#### 4.6. LA EDAD

La edad es una *defence* clásica en los sistemas penales y su operatividad en el Derecho internacional penal parece fuera de duda. La modificación de la responsabilidad en razón de esta circunstancia ha sido aplicada en ocasiones por la jurisprudencia internacional a la hora de determinar la pena<sup>427</sup>, y también la CDI estimó que podría llegar a ser aplicada como eximente<sup>428</sup>.

En lo que concierne al ECPI, aparece una referencia a la edad en su artículo 26, el cual excluye la competencia de la CPI “respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen”. Sin embargo, no se puede derivar de esta previsión un principio general de exoneración de la responsabilidad penal internacional a los menores de 18 años, máxime cuando en los ordenamientos penales

---

<sup>425</sup> KNOOPS, G. J. G. J., *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, Ardsley: Transnational Publishers, 2001, pp. 46-48.

<sup>426</sup> Vid. MERON, T., “The Normative...”, *cit.*, pp. 230-231; IMT, *The I.G. Farben Case*, “Decision and Judgment of the Tribunal”, *cit.*, p. 1179 (excluyendo su validez para excluir la responsabilidad en ese caso si la persona que lo invoca hubiera sido “responsible for the existence or execution of such order or decree, or where his participation went beyond the requirements thereof, or was the result of his own initiative”).

<sup>427</sup> Vid. ICTY, *Prosecutor v. Erdemović*, caso n° IT-96-22-Tbis, sentencia condenatoria, 5 de marzo de 1998, párr. 16; también se consideró esa posibilidad en ICTY, *Prosecutor v. Mucić et al.*, caso n° IT-96-21-T, *cit.*, párr. 1278. Entre la doctrina, vid. SCHABAS, W. A., “Sentencing...”, *cit.*, pp. 493-494.

<sup>428</sup> Comentario al artículo 14 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, apdo. 13, en: ONU, Doc. A/51/10, *cit.*, párr. 50.

internos esa eximente no suele ser absoluta<sup>429</sup>. Por ejemplo, en el Código Penal español se prevé que la minoría de edad sea una causa relativa de inimputabilidad: no serán responsables con arreglo al mismo, pero sí con arreglo a una legislación específica<sup>430</sup>.

Esta afirmación viene corroborada por las previsiones del ECESL, en el que sí se trata con detalle la cuestión de la responsabilidad penal de los menores, regulación necesaria en la medida en que una de las prácticas habituales en el conflicto de Sierra Leona fue el reclutamiento de menores, que participaron activamente en las hostilidades y, por ende, cometieron eventualmente crímenes de Derecho internacional<sup>431</sup>. No obstante, en su artículo 7.1 el ECESL limita su jurisdicción a personas mayores de 15 años: por debajo de esa edad, se exime de responsabilidad penal a quienes presuntamente hubieran cometido crímenes bajo la competencia de la CESL.

En relación con las personas en la franja de edad de 15 a 18 años que comparezcan ante la Corte, el ECESL dispone expresamente que serán tratadas “con dignidad y sentido de su valía, teniendo en cuenta su edad y la conveniencia de promover su rehabilitación y su reinserción en la sociedad y de que asuma un papel constructivo en ella”, tomando como referencia las normas internacionales en materia de derechos humanos, en particular los derechos de la infancia (artículo 7.1).

Pero, además, a tenor de lo previsto en el párrafo 2 de dicho artículo 7, la edad no sólo puede incidir en la atribución de competencia personal a los órganos jurisdiccionales internacionales o en la graduación de la responsabilidad, sino también en las consecuencias jurídicas que se puedan derivar del crimen, y que no tienen por qué limitarse a la imposición de una pena. Así, el ECESL establece que la Corte decretará alguna de las medidas que enumera en el momento de fallar en el asunto de que se trate, y en concreto:

---

<sup>429</sup> Tampoco fue intención de los Estados resolver dentro del ECPI la determinación de la mayoría edad penal, cuestión nada pacífica en los trabajos preparatorios (*vid.* LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona: Ariel, 2001, pp. 150-151; LAURENZO COPELLO, P., “Hacia...”, *cit.*, p. 46). No obstante, ESER entiende que aunque en el ECPI se alude a la mínima edad en términos procesales, y por tanto tiene como efecto excluir la competencia de la CPI, la razón para ello es esencialmente la ausencia de responsabilidad penal por debajo de una cierta edad, de manera que “this exclusion can, in substance, be considered as a ground for excluding criminal responsibility” (ESER, A., “Grounds...”, *cit.*, marginal 9, p. 868).

<sup>430</sup> *Vid.* artículo 19 CP1995.

<sup>431</sup> *Vid.* SHRAGA, D., “The Second Generation UN-Based Tribunals: A Diversity of Mixed Jurisdictions”, en: ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. & KLEFFNER, J. K., *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 25-26, y SWART, B., “Internationalized Courts and Substantive Criminal Law”, en: *ibid.*, pp. 311-312.

“órdenes de cuidado, orientación y supervisión, órdenes de servicio en la comunidad, asesoramiento, asignación a hogares de guarda, a programas correccionales, de enseñanza o de formación profesional, a escuelas aprobadas o, según proceda, a programas de desarme, desmovilización y reinserción o programas de organismos de protección de la infancia”.

#### 4.7. EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA.

La exclusión de responsabilidad por constar el consentimiento de la víctima para que se cometa sobre ella la conducta incriminada no se recoge expresamente en ninguno de los instrumentos de atribución de competencia a tribunales penales internacionales. Sin embargo, la admisibilidad de dicha circunstancia como *defence* parece deducirse de la Regla 96 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de los dos tribunales *ad hoc*, el TPIY y el TPIR. Dicha Regla, relativa a la prueba en casos de violencia sexual, dispone que:

“In cases of sexual assault: [...]

(ii) consent shall not be allowed as a defence if the victim

(a) has been subjected to or threatened with or has had reason to fear violence, duress, detention or psychological oppression,

or

(b) reasonably believed that if the victim did not submit, another might be so subjected, threatened or put in fear”.

Por el contrario, la posibilidad de que el consentimiento de la víctima sea apreciada como una circunstancia que excluya la responsabilidad, a condición de que se cumplan ciertos requisitos, no está recogida en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la la CPI<sup>432</sup>.

La jurisprudencia internacional más reciente ha abordado la cuestión del alcance del consentimiento de la víctima respecto de tres conductas criminales distintas: (i) la violación, (ii) el trabajo forzoso como forma de persecución y (iii) las transferencias forzosas de población.

(i) En relación con la **violación**, el TPIY ha indicado que el consentimiento “must be given voluntarily, as a result of the victim’s free will, assessed in the context of the

---

<sup>432</sup> La Regla 70, relativa a los principios de la prueba en casos de violencia sexual, se ocupa de la inferencia del consentimiento en estos supuestos, pero sin sugerir en ningún caso que el mismo pueda considerarse una circunstancia eximente.

surrounding circumstances”<sup>433</sup>. De esta forma, la falta de consentimiento voluntaria y libremente otorgado se convierte en condición *sine qua non* de la violación y se incorpora al elemento objetivo del crimen. Además, el consentimiento de la víctima se interpreta de manera muy restrictiva, puesto que se toma en cuenta lo que se podría calificar de “violencia ambiental”, la presión e incapacidad para decidir libremente derivada de un entorno hostil.

(ii) Similar fue el argumento sostenido por la Sala de Apelación en el asunto *Krnjelac* respecto del **trabajo forzoso**. En ese caso, el Tribunal consideró que las duras condiciones de vida que enfrentaban los detenidos en el centro denominado KP Dom hacían objetivamente imposible el consentimiento libre de las víctimas, sin que fuera necesario probar que las víctimas se habían sentido obligadas a trabajar<sup>434</sup>.

(iii) Esta interpretación se aplicó en el mismo asunto a los **desplazamientos** de detenidos del KP Dom al otro lado de la frontera de Montenegro, por entenderse que las condiciones en el centro de detención condicionaban el consentimiento de las personas desplazadas, a las que, además, no se les había dado ninguna alternativa sobre su destino<sup>435</sup>.

A la vista de estas consideraciones, y en ausencia de ejemplos de la práctica jurisprudencial internacional en los que se haya excluido la responsabilidad o aminorado la pena por mediar el consentimiento de la víctima, se ha de concluir que las especiales circunstancias que deben concurrir para que sea posible apreciar un crimen contra la humanidad hacen prácticamente inviable que pueda considerarse válido el consentimiento a los efectos de excluir la responsabilidad penal. En la jurisprudencia interna, este tema fue objeto de atención en el asunto *Quispel*, en el que la Corte Especial de Casación holandesa consideró que el concepto de *crimen contra la humanidad* debía construirse restrictivamente. Por tanto, en virtud de la máxima *volentibus non fit injuria*, la esencia de los crímenes del artículo 6.c) ETMIN era que los actos incriminados se habían cometido contra la voluntad de las víctimas y con violencia<sup>436</sup>. Asimismo, esta conclusión viene corroborada por la doctrina, que entiende que el Derecho internacional consuetudinario no

<sup>433</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, caso n° IT-96-23-T, *cit.*, párr. 460.

<sup>434</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krnjelac*, caso n° IT-97-25-A, sentencia de apelación, 17 de septiembre de 2003, párr. párr. 195.

<sup>435</sup> *Ibid.*, párr. 233.

<sup>436</sup> SPECIAL COURT OF CASSATION OF HOLLAND, *In re Quispel*, 5 de junio de 1950, *ILR*, vol. 16, p. 395.

permite invocar el consentimiento como eximente respecto de aquellas prácticas contrarias a normas imperativas, como es el caso de los crímenes contra la humanidad, o de otras como el genocidio, la esclavitud o la tortura<sup>437</sup>.

---

<sup>437</sup> McDONALD, G. K. & SWAAK-GOLDMAN, O., *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts*, vol. I ("Commentary"), The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 2000, p. 314.