



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 IV

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

Aunque la incorporación de la persecución dentro de los instrumentos de atribución de competencia a los tribunales penales internacionales -y en particular en el ECPI- confirma que los Estados la consideran hoy por hoy una de las conductas que han de estar incriminadas dentro de la categoría de los crímenes contra la humanidad¹, menos evidente resulta en qué consiste exactamente la persecución desde el punto de vista jurídico, ya que carece de una noción precisa -o cuando menos plenamente satisfactoria desde un punto de vista técnico-jurídico- en el Derecho internacional público o en los ordenamientos jurídicos internos².

Cierto es que se trata de un término ampliamente utilizado en el lenguaje cotidiano cuando se hace referencia a violaciones de derechos humanos, lo que no sorprende,

¹ La inclusión de la persecución en el artículo 7 ECPI no fue en sí misma controvertida, dada la existencia de “precedents that had included this term in their definitions of crimes against humanity” (BOOT, M., *Genocide, crimes against humanity, war crimes*, Antwerpen: Intersentia, 2002, § 493, p. 517). Lo que realmente preocupaba a muchos Estados era que la inclusión sólo del término “persecución”, sin más aditamentos, pudiera llevar a que cualquier práctica discriminatoria se considerara un crimen contra la humanidad (*ibid.*).

² En consecuencia, el término *persecución* es “ambiguous and elastic” (SUNGA, L. S., *The Emerging System of International Criminal Law. Development in Codification and Implementation*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1997, p. 149).

dado que el proceso de reconocimiento y juridificación de derechos sustantivos cuya titularidad corresponde a las personas está directamente relacionado con la progresiva imposición de límites por parte del Derecho internacional público a prácticas como la persecución. En efecto, como se tuvo la oportunidad de ver en el Capítulo I, el fenómeno de la persecución antecede al reconocimiento de los derechos humanos que, de alguna forma, vino a poner coto a una práctica arraigada en la historia de la Humanidad: el uso arbitrario de la fuerza contra las personas como una herramienta más del poder público para suprimir la amenaza de la diferencia.

De una forma intuitiva, por tanto, resulta relativamente sencillo llegar a una noción de *persecución*. Ese parece haber sido el razonamiento de los redactores del artículo 6.c) ETMIN cuando optaron por incluirla entre los crímenes contra la humanidad sin tratar de definirla, pese a que carecía de un contenido jurídico propio, dando por hecho que cualquiera podía entender lo que era una persecución³. La escasa voluntad de definir la noción de *persecución* en el Derecho internacional público se pone también de manifiesto en otros sectores de este ordenamiento jurídico, en particular la regulación internacional del estatuto de refugiado, donde tampoco existe una definición jurídica con alcance universal de lo que debe entenderse por *persecución*, pese a ser un elemento fundamental para el otorgamiento del refugio⁴. Excepcionalmente, ha habido un intento de concretar normativamente el concepto en el ámbito comunitario europeo, mediante la Directiva 2004/83/CE del Consejo⁵, en cuyo preámbulo se destaca la necesidad de “introducir conceptos comunes de [...] «persecución», incluidos los «motivos de

³ Vid. LOMBOIS, C., “Un crime international en droit positif français. L’apport de l’affaire Barbie à la théorie française du crime contre l’Humanité”, en: AA.VV., *Droit Pénal Contemporain. Mélanges en l’honneur d’André Vitu*, Paris: Éditions Cujas, 1989, p. 375. LOMBOIS critica duramente esta falta de definición, en tanto que “les infractions doivent être définies dans leur élément matériel, non point résulter d’une allusion par le mot à la chose que tout le monde doit entendre par là” (*ibid.*). La imprecisión de la noción de *persecución* se enfatizó ya en el Congreso internacional del Movimiento judicial francés de 1946, en una de cuyas resoluciones se planteaba respecto de la persecución como comportamiento criminal “la question de la limite d’infraction”, y en particular cuándo hay persecución y “quels sont les droits essentiels de la personne humaine dont doivent être privés un individu ou un groupe d’individus pour qu’il y ait persécution et crime contre l’humanité” (DAUTRICOURT, M. J. Y., “Définition du crime contre l’humanité. Rapport général”, en: CORNIL, L. (dir.) et PELLA, V., *VIII^e Conférence Internationale pour l’unification du droit pénal (Bruxelles, 10 et 11 juillet 1947). Actes de la Conférence*, Paris: Ed. Pedone, 1949, p. 51).

⁴ Vid. *supra* Capítulo I, apartado 3.2.B).

⁵ UE, *Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida* (DO n° L 304, 30.9.2004, pp. 12-23).

persecución»⁶. No obstante, se queda en un intento, pues su parte dispositiva se limita a concretar los requisitos que deben presentar los actos persecutorios para merecer esta calificación, y en qué pueden consistir, sin proporcionar en ningún momento una definición de *persecución*⁷.

La imprecisión de la noción ha provocado en numerosas ocasiones reticencias a tipificar la persecución como crimen contra la humanidad⁸. Sin embargo, del contenido de los instrumentos internacionales en la materia se deduce que ha terminado por imponerse la tradición⁹, primando la perspectiva seguida en Nuremberg, de manera que a día de hoy la persecución aparece recogida entre las conductas que pueden constituir un crimen contra la humanidad. Ahora bien, pese a que no parece cuestionarse esa vinculación entre la persecución y los crímenes contra la humanidad, lo cierto es que la práctica demuestra que no está claramente establecido en qué términos se relacionan. Así, pese a que en todos los instrumentos internacionales la persecución se caracteriza

⁶ *Ibid.*, párr. 18, p. 13.

⁷ Artículo 9. Actos de persecución.

“1. Los actos de persecución en el sentido de la sección A del artículo 1 de la Convención de Ginebra deberán:

a) ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del apartado 2 del artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o bien

b) ser una acumulación de varias medidas, incluidas las violaciones de los derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a).

2. Los actos de persecución definidos en el apartado 1 podrán revestir, entre otras, las siguientes formas:

a) actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual;

b) medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o se apliquen de manera discriminatoria;

c) procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios;

d) denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias;

e) procesamientos o penas por la negativa a cumplir el servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento del servicio militar conllevaría delitos o actos comprendidos en las cláusulas de exclusión establecidas en el apartado 2 del artículo 12;

f) actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños.

3. De conformidad con lo previsto en la letra c) del artículo 2, los motivos mencionados en el artículo 10 y los actos de persecución definidos en el apartado 1 del presente artículo deberán estar relacionados”.

⁸ Un reflejo de las tensiones y posiciones encontradas que la inconcreción de la noción provoca en relación con su tipificación se encuentra en los trabajos de la CDI sobre el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, *vid. supra* Capítulo II, apartado 1.3.

⁹ De hecho, su inclusión en el ECPI se debió a la insistencia de algunas delegaciones, en base al argumento de que la persecución aparecía en los principales precedentes (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, p. 101).

como una modalidad criminal dentro de la categoría de los crímenes contra la humanidad, en unos aparece como un crimen autónomo, mientras que en otros –los más recientes, inspirados por el ECPI- se configura en conexión con otros crímenes; a la vez, la práctica internacional ofrece ejemplos de su incorporación a los ordenamientos jurídicos internos tanto como un crimen contra la humanidad autónomo¹⁰ como en conexión con otros crímenes (bien los de la competencia de la CPI¹¹, bien un catálogo de crímenes de Derecho internacional que la norma interna delimita¹², o bien en conexión con otros delitos comunes recogidos en el Código Penal en el que se inserta la previsión relativa a los crímenes contra la humanidad¹³), o incluso como una política en el marco de la cual los comportamientos criminales adquieren el carácter de crimen contra la humanidad¹⁴.

En definitiva, la persecución como modalidad criminal sigue presentando una naturaleza ambigua que permite mantener abierto el debate al menos a tres niveles, siguiendo la sistematización propuesta por DE HEMPTINNE: (i) respecto de su carácter de incriminación autónoma o conexa a otros crímenes, (ii) respecto de su carácter de

¹⁰ Es el caso de Portugal, cuya ley de adaptación de la legislación portuguesa al ECPI incluye entre los crímenes contra la humanidad enumerados en su artículo 9, apartado h), la “perseguição, entendida como a privação do gozo de direitos fundamentais, em violação do direito internacional, a um grupo ou colectividade que posse ser identificado por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos, de sexo ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional” (Lei nº 31/2004, de 22 de julio, *Diário da República*, nº 171, Série I-A, 22 de julio de 2004, p. 4563).

¹¹ Así, la ley sudafricana de incorporación y aplicación del ECPI dispone que es un crimen contra la humanidad la persecución “against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in item 3, or other grounds that are universally recognised as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this item or any crime within the jurisdiction of the Court” (*Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act*, nº 27 of 2002, 12 de julio de 2002, Schedule 1 (“Crimes”), Part 2: Crimes Against Humanity, *Government Gazette*, vol. 445, 18 de julio de 2002, nº 23642, p. 38)

¹² Como ocurre con el Código Penal belga, cuyo artículo 136ter, apdo. 8º, recoge entre los crímenes contra la humanidad la “persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d’ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste ou en fonction d’autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte vié dans les articles 136bis [actos de genocidio], 136ter [el resto de los crímenes contra la humanidad] et 136quater [crímenes de guerra]” (el Código Penal está disponible en www.juridat.be, consultada el 15/7/09).

¹³ Así lo dispone, por ejemplo, el Código Penal bosnio, como se vio *supra* Capítulo II, apartado 3.2.D.

¹⁴ El ejemplo más cercano de esta última configuración se encuentra en el artículo 607bis del Código Penal español, cuyo apartado 1 dispone que:

“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:

1. 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. [...]”

incriminación individual o incriminación-sistema (política), e incluso (iii) respecto de su carácter de crimen contra la humanidad o de incriminación distinta¹⁵.

La plena vigencia de estas concepciones divergentes respecto de la naturaleza jurídica de la persecución pone de relieve la insuficiencia de las actuales propuestas de delimitación de la noción, y con ello la necesidad de que se establezca con claridad su contenido jurídico. En este sentido, su inclusión como una modalidad específica dentro de los crímenes contra la humanidad puede resultar de utilidad en la búsqueda de una propuesta de definición, ya que mientras en otros ámbitos (como en la regulación del estatuto de refugiado) la persecución aparece como una noción cuyo contenido debe ser delimitado *per se*, en el ámbito del Derecho internacional penal la noción se presenta contextualizada dentro de una categoría, conjuntamente con otros comportamientos incriminados. Ello supone que la persecución debe poder ser sustancialmente comparable a las demás conductas tipificadas en la categoría, y que además no deberían plantearse problemas a la hora de verificar en ese caso específico la presencia de los elementos característicos de los crímenes contra la humanidad. Si no fuera así, entonces habría que poner en cuestión que la persecución constituya un crimen contra la humanidad.

Partiendo de los rasgos distintivos de los crímenes contra la humanidad, analizados con carácter general en el capítulo precedente, las premisas básicas para construir la definición de *persecución* serían cuatro:

(i) Del bien jurídico protegido con carácter general por la categoría se deriva que la persecución ha de consistir en un comportamiento contrario al respeto a la dignidad humana que por tanto viole la obligación de respetar y proteger los derechos fundamentales. En consecuencia, el **bien jurídico específicamente protegido** en el crimen contra la humanidad de persecución deberá ser un **derecho humano fundamental**, como manifestación concreta de ese principio más amplio¹⁶.

(ii) Ha de ser un **comportamiento que pueda formar parte de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil**, teniendo en cuenta que ese ataque atiende a la existencia de una política organizada por un Estado o un grupo

¹⁵ DE HEMPTINNE, J., "Controverses relatives à la définition du crime de persécution", *RTDH*, n° 53, 2003, pp. 15-48.

¹⁶ *Vid. supra* Capítulo III, apartado 1.2.

organizado¹⁷.

(iii) Además, se deriva del elemento subjetivo de la cláusula general de los crímenes contra la humanidad que **el acto debe cometerse con conocimiento de dicho ataque**¹⁸.

(iv) Por último, para confirmar que se trata de una modalidad criminal autónoma, debería consistir en una conducta que permita **distinguir la persecución como crimen contra la humanidad del resto de crímenes de Derecho internacional**, es decir, tanto de los crímenes de guerra como del genocidio y, dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad, del resto de conductas incriminadas.

Los Estados han tratado de subsanar la ausencia de una noción jurídico-internacional de *persecución* proponiendo en el ECPI que se considere como tal la “privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad” –artículo 7.2.g)-, descripción en buena medida asumida por la jurisprudencia internacional en su labor de determinación del contenido de la persecución como crimen contra la humanidad de conformidad. Aunque, como se podrá ver a lo largo de este Capítulo, existen ciertas discrepancias entre la literalidad del artículo 7.2.g) ECPI y la formulación de los diferentes tribunales penales internacionales, uno y otros coinciden en esencia en considerar que será una persecución la violación grave de derechos humanos fundamentales por motivos discriminatorios prohibidos por el Derecho internacional público, configurándolo por tanto como una conducta criminal de carácter discriminatorio.

Sin duda, la posibilidad de disponer de una descripción del contenido jurídico-internacional de la persecución es un gran avance en el intento de colmar esta laguna del ordenamiento penal internacional, pero no es suficiente¹⁹. De hecho, es muy dudoso que su inclusión en el ECPI haya servido para cristalizar una noción de *persecución* generalmente aceptada como norma de Derecho internacional. El principal argumento para sustentar esta afirmación es que los elementos que en él se establecen para determinar la competencia de la CPI no necesariamente coinciden con los que integrarían el crimen conforme a la que los tribunales penal internacionales consideran

¹⁷ *Vid. supra* Capítulo III, apartado 2.1.

¹⁸ *Vid. supra* Capítulo III, apartado 3.1.

¹⁹ DE HEMPTINNE, J., “Controverses...”, *cit.*, p. 17.

la norma consuetudinaria en esta materia.

En efecto, la jurisprudencia ha declarado en numerosas ocasiones que esta definición ya está establecida consuetudinariamente, lo que presupone la existencia de una costumbre internacional que tipifica la persecución como crimen contra la humanidad. Sin embargo, a la vista de las evidentes dificultades prácticas que los tribunales internacionales vienen experimentando al intentar aplicar el crimen contra la humanidad de persecución –y que, como se extrae de un primer análisis de la jurisprudencia, se traducen en la elaboración de criterios de aplicación constantemente ajustados y reajustados que derivan en un grado de imprecisión poco adecuado para un tipo penal-, esa afirmación debe ser rebatida, o cuando menos relativizada. A fin de demostrar que tampoco la jurisprudencia logra individualizar convincentemente los que se supone son los elementos de la persecución de conformidad con el Derecho internacional consuetudinario, en este capítulo se desarrollará un estudio del estado de la cuestión, evaluando los puntos débiles de la propuesta jurisprudencial (y en concreto de los criterios seguidos por el TPIY) que permiten poner en tela de juicio que exista una norma consuetudinaria que defina de manera precisa la persecución como modalidad criminal.

Desde la perspectiva de la estructura del tipo, y de forma análoga al resto de crímenes contra la humanidad, la persecución como crimen contra la humanidad requiere la concurrencia de un elemento objetivo, que consiste en la violación grave de derechos fundamentales, y un elemento subjetivo, integrado por la intención de cometer la conducta incriminada con un especial ánimo discriminatorio basado en motivos contrarios al Derecho internacional público. Sobre esta base, y siguiendo una sistemática similar a la del Capítulo III, se procederá a continuación a analizar la configuración que actualmente se atribuye a la persecución como crimen contra la humanidad.

A tal fin, se comenzará delimitando el bien jurídico protegido en la persecución, la única entre las conductas que pueden constituir un crimen contra la humanidad en la que específicamente se exige un componente discriminatorio para su apreciación (§ 1). A continuación, y teniendo en cuenta tanto criterios convencionales como jurisprudenciales, se delimitará el contenido de los elementos que actualmente se consideran integrantes de la persecución como crimen contra la humanidad, analizando en primer lugar el elemento objetivo (§ 2) y en segundo lugar el elemento subjetivo (§ 3).

1. EL BIEN JURÍDICO ESPECÍFICAMENTE PROTEGIDO EN EL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN.

Una consecuencia intrínseca del principio de respeto a la dignidad humana es la exigencia de igualdad y la prohibición de discriminación²⁰. El reconocimiento de la dignidad de todos los seres humanos en igual grado excluye cualesquiera “diferencias ontológicas” entre ellos²¹, lo que hace inadmisibles toda discriminación que coloque injustificadamente a unas personas en una situación diferenciada respecto a otras²².

Como tuvo la oportunidad de señalar la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su opinión consultiva de 21 de julio de 1971 sobre las consecuencias jurídicas de la presencia de África del Sur en Namibia, el hecho de establecer e imponer “des distinctions, exclusions, restrictions et limitations qui sont uniquement fondés sur la race, la couleur, l’ascendance ou l’origine nationale ou ethnique [...] constituent un déni des droits fondamentaux de la personne humaine”²³. Por ello, la protección internacional de los derechos humanos toma como uno de sus valores y principios esenciales “el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción alguna”²⁴.

²⁰ De acuerdo con VILLÁN DURÁN, la igualdad y la no discriminación son “consecuencia obligada de la afirmación de la dignidad de la persona humana como fundamento de los derechos humanos” (VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid: Trotta, 2002, p. 96).

²¹ ESTEVEZ ARAUJO, J. A., “Artículo 1”, *cit.*, p. 105; VANQUICKENBORNE, M., “La structure de la notion d’égalité en droit”, en: BUCH, H., FORIERS, P., et PERELMAN, C. (dirs.), *L’égalité (Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l’Université Libre de Bruxelles)*, vol. I, Bruxelles: Bruylant, 1971, p. 181; MERTENS, P., “Égalité et droits de l’homme: de l’homme abstrait à l’homme «situé»”, en: BUCH, H., FORIERS, P., et PERELMAN, C. (dirs.), *L’égalité (Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l’Université Libre de Bruxelles)*, vol. IV, Bruxelles: Bruylant, 1975, p. 268; SIEGHART, P., *The International Law of Human Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 18.

²² Si bien es cierto que, como apunta VANQUICKENBORNE, los debates sobre la igualdad no siempre giran en torno a la consecución de esta situación ideal (la igualdad como valor), sino que se circunscriben a la cuestión de la igualdad de derechos: “Le droit positif attribue certains droits subjectifs; et l’on veut qu’il évite toute discrimination, en attribuant ces droits” (VANQUICKENBORNE, M., “La structure...”, *cit.*, p. 181).

²³ CIJ, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, párr. 131, p. 57.*

²⁴ ONU, Doc. A/CONF.157/23, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, 12 de julio de 1993, párr. 15. *Vid.* también VILLÁN DURÁN, C., *Curso...*, *cit.*, pp. 94 y 96; MOECKLI, D., *Human Rights and Non-discrimination in the ‘War on Terror’*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 58 y 65; TOMUSCHAT, C., “Equality and Non-Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights”, en: AA.VV., *Staatsrecht – Völkerrecht – Europarecht. Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1981, p. 693; EIDE, A. & OPSAHL, T., “Equality and non-discrimination. General report”, en: COUNCIL OF EUROPE, *Rights of persons deprived of their liberty, equality and non-discrimination: proceedings of the 7th International Colloquy on the European Convention on human Rights organised by the Secretariat General of the Council of Europe in collaboration with Danish, Finnish, Norwegian, and Swedish Institutes of Human Rights, Copenhagen, Oslo, Lund (30 May – 2 June 1990)*, Kehl am Rhein/Strasbourg/Arlington: N. P. Engel, 1994, p. 99; PERAL FERNÁNDEZ, L., “Concepto de sexo

La consecución de esa situación ideal de igualdad que constituye un valor nuclear del Derecho internacional de los derechos humanos requiere del ordenamiento jurídico una actuación en dos direcciones: por una parte, la afirmación de que todos los seres humanos son iguales (dimensión positiva de la igualdad), y, por otra parte, la prohibición de la discriminación (dimensión negativa de la igualdad). Por ello, se suele afirmar que igualdad y no discriminación constituyen dos caras de una misma moneda²⁵; sin embargo, como se verá más adelante, no existe una reciprocidad total entre ambas. Además, la juridificación de este valor presenta en el Derecho internacional público una doble plasmación: como un principio y como un derecho. Así pues, será preciso dilucidar si el bien jurídico específicamente protegido en el crimen contra la humanidad de persecución es la igualdad, la no discriminación o ambas, y si se protegen en tanto que derecho, en tanto que principio o en ambos casos.

A tal fin parece oportuno comenzar elaborando un marco conceptual en el que se delimiten las diferentes dimensiones de la igualdad y la no discriminación (§ 1.1), que pueda servir de referencia para a continuación llevar a cabo un análisis general de la regulación jurídico-internacional de la igualdad dentro del sistema de protección de los derechos humanos (§ 1.2), y determinar cuál de sus dimensiones es específicamente el bien jurídico protegido en el crimen contra la humanidad de persecución, lo que permitirá confirmar si el bien jurídico protegido por la modalidad criminal objeto de estudio es una concreción del bien protegido con carácter general por la categoría de los crímenes contra la humanidad (§ 1.3).

1.1. LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN: MARCO CONCEPTUAL.

Pese a las numerosas referencias a la igualdad y la no discriminación que se pueden encontrar en los instrumentos jurídicos internacionales relativos a los derechos humanos,

y discriminación por razón de sexo en el Derecho social comunitario europeo: la contradictoria sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Grant respecto de su jurisprudencia en el asunto R/S”, *DyL*, N° 8, 2000, p. 396, nota 6.

²⁵ Vid. MCKEAN, W., *Equality and Discrimination under International Law*, New York: Clarendon Press, 1983, p. 288; ARNARDÓTTIR, O. M., *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, The Hague/London/New York: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, pp. 6-8; PARTSCH, K. J., “Principios fundamentales de los derechos humanos: autodeterminación, igualdad y no discriminación”, en: VASAK, K. (ed.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. I, Barcelona: Serbal/UNESCO, 1984, p. 101; DINSTEIN, Y., “Discrimination and International Human Rights”, *IYHR*, vol. 15, 1985, p. 11; BAYEFSKY, A. F., “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, *HRLJ*, vol. 11 (1/2), 1990, p. 1 y nota 1; VILLÁN DURÁN, C., *Curso...*, *cit.*, p. 96.

ninguno de ellos proporciona una noción jurídica general de *igualdad* o de *no discriminación*. Conviene por ello definir el marco conceptual dentro del que se moverá el análisis del bien jurídico protegido por el crimen contra la humanidad de persecución. A tal fin, se comenzará por la noción de *igualdad* (§ A) y se proseguirá con la noción de *discriminación* (§ B).

A) La noción de igualdad.

Desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos, la **igualdad** es un concepto indeterminado que permite dos interpretaciones: formal –es decir, igualdad *de iure*²⁶- (§ a) y material –o sea, igualdad *de facto*²⁷- (§ b).

a) *La igualdad formal.*

Desde un punto de vista formal, puede hablarse de igualdad para referirse al **trato idéntico que reciben todas las personas que se encuentren en las mismas condiciones o presenten una característica común**, es decir: la igualdad formal se traduce no en una identidad de trato²⁸, sino en la exigencia de tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes²⁹, lo que requiere (i) *igualdad en la ley* y (ii) *igualdad ante la ley*³⁰.

(i) La *igualdad en la ley* vincula principalmente al legislador, pues implica que las normas que otorgan derechos subjetivos los atribuyen sin discriminar, sin privilegiar a o ir

²⁶ CDESC, *Observación General N° 16: La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3)*, 2005, párr. 7, 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. 138.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ ONU, Doc. A/2929, *Commentaire du texte des projets de pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme (préparé par le Secrétaire général)*, 1 de julio de 1955, Capítulo VI: “Droits civils et politiques [3e partie (art. 6 à 26) du projet de pacte relatif aux droits civils et politiques]”, párr. 179, p. 66.

²⁹ VANQUICKENBORNE, M., “La structure...”, *cit.*, p. 179; WENTHOLT, K., “Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality”, en: LOENEN, T. & RODRIGUES, P. R. (eds.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999, pp. 54-58. Como indica ARNARDÓTTIR, “the formal approach is primarily characterised by the symmetrical equal treatment of what is considered equal in the definition of prevailing groups in society” (ARNARDÓTTIR, O. M., *Equality...*, *cit.*, p. 5). Tratar igual a los iguales es, de acuerdo con CHRISTENSEN, un principio sobre el que se construyen todos los ordenamientos jurídicos, y viceversa: “It is equally self-evident in all legal orders that different cases must be treated differently” (CHRISTENSEN, A., “Structural Aspects of Anti-Discriminatory Legislation and Processes of Normative Change”, en: NUMHAUSER-HENNING, A. (ed.), *Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination*, The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 32).

³⁰ KELSEN, H., “Justice et Droit naturel”, *Annales de Philosophie Politique*, vol. III: “Le Droit Naturel”, Paris: PUF, 1959, p. 56.

en detrimento de determinados grupos de personas³¹.

(ii) Por su parte, la *igualdad ante la ley* requiere una aplicación neutra, objetiva de la ley respecto de cualquier individuo³², con independencia de sus circunstancias particulares³³; por tanto, la igualdad ante la ley vinculará sobre todo a los órganos de aplicación del derecho, ya sean jurisdiccionales o administrativos³⁴. En consecuencia, mientras que la igualdad ante la ley consiste esencialmente en evitar la arbitrariedad, limitando el margen de apreciación que las normas dejen a quienes deban aplicarlas³⁵, la igualdad en la ley exige que en el momento de creación de la norma se prescriba un trato igual para todas las personas³⁶ (por supuesto, siempre desde el principio del trato igual a los iguales y desigual a los desiguales).

³¹ *Ibid.*; TOMUSCHAT, C., "Equality...", *cit.*, p. 700; VANQUICKENBORNE, M., "La structure...", *cit.*, pp. 181 y 183. Para VIERDAG, la igualdad en la ley parece ser "a preeminently political principle", pues exige hacer un juicio de valor sobre qué casos deben ser considerados iguales y cuáles desiguales, y supone la existencia de diferenciaciones y la utilización del trato desigual como una técnica inherente a la labor legislativa (VIERDAG, E. W., *The Concept of Discrimination in International Law. With Special Reference to Human Rights*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1973, pp. 17-18). En todo caso, esta técnica debe ajustarse a ciertas reglas, como el respeto al principio de no discriminación (*ibid.*, p. 18).

³² CDESC, *Observación General N° 16*, *cit.*, párr. 7, p. 138; TOMUSCHAT, C., "Equality...", *cit.*, pp. 695-696 y 700.

³³ EIDE, A. & OPSAHL, T., "Equality...", *cit.*, p. 121; VIERDAG, E. W., *The Concept...*, *cit.*, pp. 16-17.

³⁴ EIDE, A. & OPSAHL, T., "Equality...", *cit.*, p. 121; CDESC, *Observación General N° 16*, *cit.*, párr. 9, p. 138.

³⁵ VANQUICKENBORNE, M., "La structure...", *cit.*, p. 182; VIERDAG, E. W., *The Concept...*, *cit.*, p. 17. Para KELSEN, "ce qu'on appelle égalité devant la loi ne signifie pas autre chose que l'application de la loi conformément à la loi, c'est-à-dire son application correcte, quel que soit le contenu de cette loi, même si la loi prescrit non un traitement égal, mais un traitement différent" (KELSEN, H., "Justice...", *cit.*, p. 57). Ello lo lleva a concluir que la igualdad ante la ley no es igualdad, sino conformidad con la norma, en el sentido de que la norma individual (la decisión del órgano que aplica el derecho) es conforme a una norma general (*ibid.*). Esta perspectiva puramente formal es criticable, puesto que, de acuerdo con MCKEAN, el principio incorpora un mínimo contenido de justicia, de manera que cualquier clasificación de individuos debe ser razonable, además de no arbitraria (MCKEAN, W., *Equality...*, *cit.*, p. 4).

³⁶ BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles: Bruylant, 1976, p. 75. Siguiendo a VANQUICKENBORNE, respecto de cada derecho subjetivo se puede determinar "s'il vaut pour tous les citoyens de l'ordre juridique, ou s'il ne vaut que pour certains d'entre eux". Mientras que en el primer caso sólo habría una clase de equivalencia, en el segundo habría dos: los privilegiados y los no privilegiados (o –se podría añadir– los perjudicados y los no perjudicados, desde el punto de vista de la imposición de cargas). A medida que se vayan atribuyendo derechos subjetivos de forma discriminatoria, surgirán nuevas clases, de manera que el grado de desigualdad de un sistema jurídico se puede expresar en función del número de clases diferentes (VANQUICKENBORNE, M., "La structure...", *cit.*, p. 183).

De todas formas, de acuerdo con VIERDAG, la línea entre creación y aplicación del derecho es, a estos efectos, poco clara, pues la creación del derecho implica aplicar las normas sobre los procedimientos de creación de normas, mientras que aplicar las normas supone crear derecho para una situación particular (VIERDAG, E. W., *The Concept...*, *cit.*, p. 16).

b) *La igualdad material.*

Desde una perspectiva material, la igualdad incorpora un mínimo contenido de justicia³⁷, ya que presta atención a la realidad fáctica, teniendo en cuenta “los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica”³⁸ para tratar de aliviar la situación desfavorable en que se encuentran determinados grupos de personas³⁹. Por consiguiente, la realidad condicionará en cierta medida el contenido de la norma, que deberá estar orientada a la progresiva eliminación de las desigualdades de hecho. Por otra parte, esta perspectiva material puede también estar presente en las nociones de igualdad en la ley e igualdad ante la ley: en relación con la igualdad en la ley, exige al legislador que “promueva el disfrute por igual de los derechos”⁴⁰, garantizando igual protección legal a todas las personas⁴¹; respecto de la igualdad ante la ley se traduce, según lo expresa ARNARDÓTTIR, en una aplicación asimétrica del derecho que demuestra una cierta sensibilidad hacia el contexto en el que se produce la discriminación⁴².

B) La noción de discriminación.

Junto a la dimensión positiva de la igualdad, aparece una dimensión negativa: la prohibición de **discriminación**. De nuevo, no es posible encontrar una definición en los tratados generales de Derecho internacional de los derechos humanos, por lo que el CDH, basándose en las definiciones específicas de *discriminación* recogidas respectivamente en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (CEDR) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas

³⁷ MCKEAN, W., *Equality...*, *cit.*, p. 4. Sobre este particular, *vid.* también EIDE, A. & OPSAHL, T., “Equality...”, *cit.*, p. 121; LOENEN, T., “Rethinking Sex Equality as a Human Right”, *NQHR*, vol. 12 (3), 1994, p. 253; WENTHOLT, K., “Formal...”, *cit.*, pp. 58-64; VON LEYDEN, W., “On Justifying Inequality”, *Political Studies*, vol. 11 (1), 1963, pp. 56-70; BAYEFSKY, A. F., “The Principle...”, *cit.*, p. 11. La relación entre igualdad y justicia fue también enfatizada por el Juez TANAKA en su opinión disidente en los asuntos sobre África del Suroeste, *vid.* CIJ, *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt*, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 305 (opinión disidente del Juez TANAKA).

³⁸ CDESC, *Observación General N° 16*, *cit.*, párr. 7, p. 138; *vid.* también MULDER, L., “How Positive Can Equality Measures Be?”, en: LOENEN, T. & RODRIGUES, P. R. (eds.), *Non-Discrimination...*, *cit.*, p. 66.

³⁹ CDESC, *Observación General N° 16*, *cit.*, párr. 7, p. 138.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 9.

⁴¹ EIDE, A. & OPSAHL, T., “Equality...”, *cit.*, pp. 121-122; VIERDAG, E. W., *The Concept...*, *cit.*, p. 18.

⁴² ARNARDÓTTIR, O. M., *Equality...*, *cit.*, p. 5; *vid.* también HENKIN, L., *et al.*, *Human Rights*, New York: Foundation Press, 1999, p. 1036, nota 1.

de discriminación contra la mujer (CEDM)⁴³, ha establecido que por la misma habrá que entender:

“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”⁴⁴.

Así formulada, la discriminación puede ser tanto directa como indirecta, en función de que la medida en cuestión tenga bien por objeto o bien por resultado el menoscabo del igual disfrute de derechos. Mientras que la **discriminación directa** es intencionada, en el caso de la **discriminación indirecta** es indiferente que la misma no sea ofensiva o no haya intención de discriminar, puesto que lo relevante es el resultado⁴⁵. Por consiguiente, se producirá discriminación indirecta cuando una medida adoptada en base a criterios aparentemente neutros tenga en la práctica el efecto de discriminar⁴⁶.

⁴³ A los efectos de la CEDR, “la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública” (artículo 1.1), mientras que, conforme a la CEDM, “la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (artículo 1).

También el artículo 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) incluye una definición similar de *discriminación por motivos de discapacidad*, entendiéndose por tal “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables” (a continuación aclara que por “ajustes razonables” habrá que entender “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”).

⁴⁴ CDH, *Observación General Nº 18: No discriminación*, 1989, párr. 7, en: ONU, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol.I), *cit.*, p. 235.

⁴⁵ DAVIDSON, S., “Equality and Non-Discrimination”, en: CONTE, A., DAVIDSON, S. & BURCHILL, R., *Defining Civil and Political Rights. The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Aldershot/Burlington: Ashgate, 2004, p. 166; SEDLER, R. A., “The Role of ‘Intent’ in Discrimination Analysis”, en: LOENEN, T. & RODRIGUES, P. R. (eds.), *Non-Discrimination...*, *cit.*, p. 95.

⁴⁶ CDESC, *Observación General Nº 16*, *cit.*, párr. 13, p. 139; CEDAW, *Recomendación general nº 25: Medidas especiales de carácter temporal (párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer)*, 2004, nota 1, en: ONU, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol.II), *cit.*, p. 120; *vid.* también CDH, Doc. CCPR/C/54/D/516/1992, *Comunicación nº 516/1992, Simunek c. República Checa*, 31 de julio de 1995, párr. 11.7. En el ámbito de la UE, se estima que existe discriminación indirecta “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda

Ahora bien, hay que tener presente que “el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia”⁴⁷, ni toda distinción de trato atenta contra la dignidad humana⁴⁸. En la medida en que la igualdad incorpora una dimensión material (y con ella un cierto contenido de justicia), resulta tan discriminatorio tratar de forma desigual a los iguales como tratar de forma igual a los desiguales, sin tomar en consideración diferencias relevantes entre las personas.

Según señaló el TPJI en el asunto relativo a las escuelas de minorías en Albania (1935):

“Equality in law precludes discrimination of any kind; whereas equality in fact may involve the necessity of different treatment in order to attain a result which establishes an equilibrium between different situations”⁴⁹.

En este sentido, debe tenerse presente que un **trato desigual** puede traducirse bien en *discriminación*, bien en un *trato diferenciado*⁵⁰, puesto que el Derecho internacional no sólo admite la posibilidad de un trato diferenciado entre las personas siempre que éste no sea discriminatorio, sino que incluso contempla dicho trato cuando es necesario para erradicar supuestos arraigados en la sociedad de discriminación de determinados grupos⁵¹,

ocasionar una desventaja particular” a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, con una orientación sexual, con un origen racial o étnico, o de un sexo determinados, salvo que “dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios” (UE, Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la *aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico* (artículo 2.2.b), DO n° L 180, 19.7.2000, p. 24; 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al *establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación* (artículo 2.2.b), DO n° L 303, 2.12.2000, p. 18; 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la *aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)* (artículo 2.1.b), DO n° L 204, 26.7.2006, p. 26).

⁴⁷ CDH, *Observación General N° 18*, cit., párr. 8, p. 235.

⁴⁸ CIDH, *Opinión Consultiva OC-17/2002, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 28 de agosto de 2002, párr. 46; *Opinión consultiva OC-18/03, sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, párr. 89; EIDE, A. & OPSAHL, T., “Equality...”, cit., p. 105. Sobre la diferencia entre las nociones de *distinción* y de *discriminación*, vid. VIERDAG, E. W., *The Concept...*, cit., pp. 20-22 y 48-56. SIEGHART recuerda que es precisamente el reconocimiento de que todos los seres humanos son diferentes y que cada individuo es único lo que subyace al concepto de la integridad y la dignidad de la persona, cuya salvaguarda es la preocupación primordial del Derecho internacional de los derechos humanos (SIEGHART, P., *The International...*, cit., p. 18).

⁴⁹ PCIJ, *Advisory Opinion on Minority Schools in Albania*, Series A/B, vol. 64, 1935, p. 19.

⁵⁰ FAWCETT, J., “The notion of discrimination”, en: DEKKERS, R., FORIERS, P., et PERELMAN, C. (dirs.), *L'égalité (Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l'Université Libre de Bruxelles)*, vol. V, Bruxelles: Bruylant, 1977, p. 18; VAN DYKE, V., *Human Rights, Ethnicity, and Discrimination*, Westport/London: Greenwood Press, 1985, p. 4.

⁵¹ Según ha expresado la CIDH: “Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contrarie la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran” (CIDH, *Opinión*

requiriendo de los Estados la adopción de medidas positivas⁵². Conviene, por tanto, detenerse en estos dos aspectos, para identificar, en primer lugar, cuándo un trato diferenciado es discriminatorio (§ a) y para determinar, en segundo lugar, el mayor alcance que la exigencia de igualdad tiene respecto a la no discriminación, manifestado sobre todo en la posibilidad de adoptar medidas especiales (§ b).

a) *El trato discriminatorio.*

De acuerdo con lo indicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto “*relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*”, un trato distinto será discriminatorio cuando **carezca de justificación objetiva y razonable en virtud de los fines perseguidos y de los medios empleados:**

“L'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime: l'article 14 (art. 14) est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé”⁵³.

Consultiva OC-17/2002, cit., párr. 46). En el marco del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) señaló en el asunto *Stec* que el artículo 14 CEDH “n'interdit pas à un Etat membre de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des «inégalités factuelles» entre eux; de fait, dans certaines circonstances, l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de la disposition en cause” (TEDH, *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], nº 65731/01, § 51, CEDH 2006-VI).

⁵² De acuerdo con el CDH, la obligación de garantizar a todas las personas los derechos reconocidos en el PIDCP exige de cada Estado la eliminación de los obstáculos al igual disfrute de los mismos; por tanto, el Estado deberá adoptar no sólo medidas de protección, sino también medidas positivas (CDH, *Observación General N° 28: La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3)*, 2000, párr. 3, en: ONU, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol.I), *cit.*, p. 273). La relevancia de esta afirmación es notoria: evidentemente, la igualdad se podría lograr también por la vía de la supresión de los beneficios o privilegios (CHRISTENSEN, A., “Structural...”, *cit.*, pp. 32-33); sin embargo, de las palabras del CDH se deduce que no es esa la opción preferida por el ordenamiento jurídico internacional, que se muestra favorable a la progresiva ampliación igualitaria de derechos.

⁵³ TEDH, *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» c. Belgique* (fond), 23 juillet 1968, § 10, série A nº 6. En este asunto, un grupo de padres y madres de nacionalidad belga y francófonos residentes en diversos de los denominados “municipios con facilidades lingüísticas” del país pusieron en entredicho la conformidad con el CEDH de la legislación belga sobre el régimen lingüístico de la enseñanza. El TEDH sólo les dio parcialmente la razón, en la medida en que la ley en la materia no permitía a sus hijos acudir a las escuelas en lengua francesa que existían en seis municipios de la periferia de Bruselas –las cuales gozaban de un régimen lingüístico especial en materia educativa-, lo que suponía una discriminación motivada por la residencia de los padres. *Vid.* también TOMUSCHAT, C., “Equality...”, *cit.*, pp. 712-716; EIDE, A. & OPSAHL, T., “Equality...”, *cit.*, pp. 105-107; ASSCHER-VONK, I. P., “Towards One Concept of Objective Justification?”, en: LOENEN, T. & RODRIGUES, P. R. (eds.), *Non-Discrimination...*, *cit.*, pp. 39-51.

Por consiguiente, la distinción de trato sólo estará justificada si persigue un fin legítimo, siempre que, además, los medios empleados sean proporcionales para la consecución de tal fin⁵⁴. Al respecto, conviene tener presente que, a la hora de comprobar que estos criterios se cumplen, el TEDH reconoce un cierto *margen de apreciación* a los Estados⁵⁵ al evaluar si las diferencias en situaciones de otra forma similares justifican un trato diferente en la ley, y en qué medida⁵⁶.

Este criterio ha sido el seguido también por otros órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que no puede afirmarse que exista discriminación

“en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”⁵⁷.

Por su parte, el CDH se ha expresado en el sentido de que “no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”⁵⁸,

⁵⁴ Si la distinción carece de justificación razonable o no es proporcional al fin exigido habrá discriminación, aunque el fin sea en sí mismo legítimo (ROBERTSON, A. H., *Human Rights in Europe*, Manchester: Manchester University Press, 1977 (2nd ed. rev.), p. 109; CAMERON, I., *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, Uppsala: Iustus Förlag, 2006 (5th ed.), p. 150).

⁵⁵ Es decir, una cierta discrecionalidad en la aplicación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en la ponderación de intereses concurrentes que permite a los Estados “apreciar ante un supuesto de hecho concreto la existencia de una necesidad social imperiosa que justifique la adopción de medidas derogatorias o restrictivas enjuiciadas por los órganos jurisdiccionales del Convenio Europeo, así como la proporcionalidad de las mismas a dicha situación” (BONET, J., *El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos humanos*, Barcelona: PPU, 1994, p. 211).

⁵⁶ La jurisprudencia del TEDH sobre este particular es abundante. Por todas, *vid.* TEDH, *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» c. Belgique* (fond), *cit.*, § 10. Entre la doctrina, ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Mortsel: Intersentia, 2002, pp. 162-171; ARNARDÓTTIR, O. M., *Equality...*, *cit.*, pp. 42-51; MORAWA, A. H. E., “The Concept of Non-Discrimination: An Introductory Comment”, *JEMIE*, vol. 3/2002, p. 2. En relación con la oportunidad de otorgar a los Estados un margen de apreciación, no está de más tener presente que, como BANTON apunta con carácter general, decidir si algo es discriminatorio depende de que se identifique “an appropriate comparator”, y que “the selection of comparators raises different problems when seeking to ensure equal treatment for the various classes of persons to be protected” (BANTON, M., *Discrimination*, Buckingham – Philadelphia: Open University Press, 1994, p. 88).

⁵⁷ CIDH, *Opinión consultiva OC-4/84, sobre la Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, 19 de enero de 1984, párr. 57; *Opinión Consultiva OC-17/2002, cit.*, párr. 47; *Opinión consultiva OC-18/03, cit.*, párr. 89.

⁵⁸ CDH, *Observación General n° 18, cit.*, párr. 13, p. 170.

mientras que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) ha indicado que “una diferencia de trato no constituirá discriminación si los criterios para tal diferencia, juzgados en comparación con los objetivos y propósitos de la Convención, son legítimos o quedan incluidos en el ámbito del párrafo 4 del artículo 1⁵⁹ de la Convención”⁶⁰.

b) *El trato diferenciado: las medidas especiales.*

Aunque formalmente se proclame la igualdad de todas las personas, es innegable que determinados grupos se encuentran en una posición de desventaja dentro de la sociedad, por haberles sido históricamente negada su condición de iguales y, por ende, la igualdad de derechos⁶¹. Las diferencias estructurales existentes en la práctica hacen evidente que para garantizar la igualdad efectiva no basta con proteger frente a la discriminación directa o indirecta⁶², garantizando la igualdad de trato o tratando desigualmente a los desiguales⁶³, sino que es preciso adoptar medidas destinadas a favorecer progresivamente su consecución de hecho.

De hecho, tales medidas especiales orientadas a eliminar la desigualdad mediante acciones favorables a un determinado grupo de personas están previstas en diversos tratados internacionales, que excluyen expresamente que se puedan considerar

⁵⁹ Dicho precepto, relativo a las medidas especiales, dispone que: “Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”.

⁶⁰ CERD, *Recomendación General N° XIV relativa al párrafo 1 del artículo 1 de la Convención*, 1993, párr. 2, en: ONU, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol.II), 27 de mayo de 2008, *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos—Volumen II*, p. 18. También admite un cierto margen de apreciación, al señalar que: “Al examinar los criterios que puedan haberse empleado, el Comité reconocerá que una medida concreta puede obedecer a varios fines. Al tratar de determinar si una medida surte un efecto contrario a la Convención, examinará si tal medida tiene consecuencias injustificables distintas sobre un grupo caracterizado por la raza, el color, el linaje o el origen nacional o étnico” (*ibid.*).

⁶¹ Como MERON ha indicado, “the present effects of past discrimination may be continued or even exacerbated by facially neutral policies or practices that though not purposely discriminatory, perpetuate the consequences of prior, often intentional discrimination” (MERON, T., “The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, *AJIL*, vol. 79 (2), 1985, p. 289; también, en relación con la desigualdad por razón de sexo, LOENEN, T., “Rethinking Sex Equality as a Human Right”, *NQHR*, vol. 12 (3), 1994, pp. 268-270).

⁶² FREDMAN, S., “Combating Racism with Human Rights: The Right to Equality”, en: FREDMAN, S. (ed.), *Discrimination and Human Rights. The Case of Racism*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 26.

⁶³ El principio de no discriminación no sólo rechaza la discriminación derivada de la desigualdad de trato, sino también la derivada de un trato igual (VIERDAG, E. W., *The Concept...*, *cit.*, p. 73).

discriminatorias⁶⁴. En realidad, constituyen distinciones justificables objetiva y razonablemente, en tanto que buscan proteger a quienes, por razones de hecho, se encuentran en una posición de mayor desventaja o vulnerabilidad⁶⁵, y que, en todo caso, son temporales y están destinadas a cesar cuando hayan cumplido su objetivo (de manera que una medida que se haya adoptado para corregir una desigualdad de hecho no termine convirtiéndose en el origen de una discriminación).

Por tanto, las medidas especiales se caracterizan por⁶⁶:

(i) su **especificidad** (su objetivo se limita a lograr el avance de ciertos grupos para

⁶⁴ Así está previsto en el artículo 1.4 CEDR (*vid. supra*), el artículo 4 CEDM, apartados 1 (“La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”) y 2 (“La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria”) y el artículo 5 CDPD, apartados 3 (“A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”) y 4 (“No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”).

También el artículo 5.1 del Convenio n° 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación) (1958) se refiere a la adopción de medidas especiales, señalando que “las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias”, para disponer en el apartado 2 del mismo artículo que “todo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial”.

Igualmente, el CDH ha reconocido la posibilidad de adoptar medidas positivas en relación con las minorías, precisando que “en la medida en que estén destinadas a corregir una situación que impide o dificulta el goce de los derechos garantizados por el artículo 27 [del PIDCP, relativo a los derechos de las minorías], dichas medidas pueden constituir una diferenciación legítima con arreglo al Pacto, con tal de que estén basadas en criterios razonables y objetivos” (CDH, *Observación General N° 23: Derechos de las minorías (artículo 27)*, 1994, párr. 6.2, en: ONU, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol.I), *cit.*, p. 251).

En una línea similar, el artículo 4.1 del Convenio n° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales (1989) establece que deberán adoptarse “las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”, sin que a consecuencia de tales medidas sufra menoscabo “el goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía” (apartado 3).

⁶⁵ “Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran” (CIDH, *Opinión Consultiva OC-17/2002*, *cit.*, párr. 46; *Opinión consultiva OC-18/03*, *cit.*, párr. 89). Para DAVIDSON, la adopción de legislación u otras medidas de acción positiva debería ser conforme con el criterio de la diferenciación justificable (DAVIDSON, S., “Equality...”, *cit.*, p. 179). *Vid.* también VIJAPUR, A. P., “The Principle of Non-Discrimination in International Human Rights Law: The Meaning and Scope of the Concept”, *India Quarterly*, vol. XLIX (3), 1993, p. 74; EL-SHEIKH, I. A. B., “International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, *Revue Égyptienne de Droit International*, vol. 33, 1977, p. 23.

⁶⁶ *Vid.* BAYEFKY, A. F., “The Principle...”, *cit.*, pp. 26-27; MORAWA, A. H. E., “The Concept...”, *cit.*, p. 9.

asegurar el igual disfrute de los derechos humanos),

(ii) su **temporalidad** (finalizarán cuando ese objetivo se alcance) y

(iii) su **coherencia** (no supondrán el origen de una nueva discriminación).

Además, no podrán ser impuestas a los miembros de ese grupo, que tendrán la opción de aceptarlas o no⁶⁷.

Estas previsiones ponen de manifiesto que la proclamación de la igualdad en el ordenamiento jurídico internacional no se limita a la dimensión formal de la misma, sino que está además orientada a la consecución de la igualdad material entre todas las personas, y por tanto puede implicar la obligación del Estado de adoptar medidas especiales⁶⁸ (como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos⁶⁹) orientadas a la realización de la igualdad de todas las personas bajo su jurisdicción. No obstante, la promoción de la igualdad material está en cualquier caso limitada por la obligación de respetar la igualdad formal, dado que estas medidas no podrán traducirse en el mantenimiento de derechos distintos (artículo 1.4 CEDR) o de normas desiguales (artículo 4 CEDM). En consecuencia, habrá que concluir que, en el marco de la protección internacional de los derechos humanos, será de observancia ineludible la exigencia de igualdad formal, de la cual es corolario la prohibición de discriminación.

⁶⁷ Vid. CIJ, *Sud-Ouest africano, deuxième phase*, cit., p. 305 (opinión disidente del Juez TANAKA), p. 307. El artículo 4.2 del Convenio n° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales recoge una previsión expresa a este respecto, indicando que las medidas especiales “no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”.

⁶⁸ Así ocurre con la CEDR, la CEDM y la CDPD. El CDH ha interpretado que también el PIDCP puede requerir este tipo de medidas. Al respecto ha señalado que: “[...] el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto” (CDH, *Observación General N° 18*, cit., párr. 10, p. 236).

⁶⁹ CEDAW, *Recomendación general n° 5: Medidas especiales temporales*, 1988, en: ONU, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol.II), cit., p. 63. Otras medidas especiales pueden ser los programas de divulgación o apoyo, la asignación o reasignación de recursos, la determinación de metas en materia de contratación y promoción, o los objetivos cuantitativos relacionados con plazos determinados (CEDAW, *Recomendación general n° 25*, cit., párr. 22, p. 117).

1.2. LA REGULACIÓN JURÍDICO-INTERNACIONAL DE LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN.

Elaborado ya un marco conceptual de referencia, procede ahora analizar la configuración jurídica de la igualdad y la no discriminación en el ordenamiento jurídico internacional, configuración que, a tenor de las disposiciones convencionales de Derecho internacional de los derechos humanos en la materia, presenta un carácter dual: como un principio (§ A) y como un derecho (§ B).

A) El principio de no discriminación.

De acuerdo con el CDH, “la no discriminación [...] constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”⁷⁰, en virtud del cual los Estados se comprometen a garantizar el disfrute de los derechos humanos a cuya protección están obligados sin hacer distinciones contrarias al Derecho internacional vigente⁷¹. Así pues, la no discriminación constituye un **principio de carácter transversal que informa todo el sistema de protección de los derechos humanos**⁷², en la medida en que la obligación de

⁷⁰ CDH, *Observación General N° 18*, cit., párr. 1, p. 234. En idénticos términos se ha expresado el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, *Recomendación General N° XIV*, cit., párr. 1, p. 17). De forma similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha afirmado que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos” (CIDH, *Opinión consultiva OC-18/03*, cit., párr. 83).

⁷¹ Vid. también CDH, *Observación General N° 28*, cit., párr. 2, p. 273: “El artículo 3 explicita que todos los seres humanos deben disfrutar en pie de igualdad e íntegramente de todos los derechos previstos en el Pacto. Esta disposición no puede surtir plenamente sus efectos cuando se niega a alguien el pleno disfrute de cualquier derecho del Pacto en un pie de igualdad”.

⁷² DINSTEIN lo caracteriza como un principio jurídico general de carácter procesal “permeating all substantive international human rights” (DINSTEIN, Y., “Discrimination...”, cit., p. 11), de manera similar a SUNGA, quien le asigna un “procedural role in governing the application of international human rights norms in general” (SUNGA, L. S., *The Emerging System of International Criminal Law. Developments in Codification and Implementation*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1997, p. 149), mientras que VIERDAG destaca su carácter accesorio (VIERDAG, E. W., *The Concept...*, cit., p. 109), y BAYEFSKY lo considera una norma subordinada a los derechos y libertades que se garantizan (BAYEFSKY, A. F., “The Principle...”, cit., p. 4). BOSSUYT, EIDE y OPSAHL, y MYNTTI distinguen esta cláusula general de no discriminación de otras disposiciones que van más allá de esta previsión con el fin de promover la igualdad (BOSSUYT, M., *L'interdiction...*, cit., pp. 67-69; EIDE, A. & OPSAHL, T., “Equality...”, cit., p. 115; MYNTTI, K., “The Prevention of Discrimination v. Protection of Minorities – With Particular Reference to ‘Special Measures’”, *Baltic YIL*, vol. 2, 2002, p. 206), disposiciones a las que se hará referencia en el subapartado próximo. SIEGHART estima que la centralidad del concepto de no discriminación dentro del Derecho internacional de los derechos humanos se pone de relieve en la inclusión dentro de los principales instrumentos de un artículo “of general application, expressed to extend to all the specific rights which they declare” (SIEGHART, P., *The International...*, cit., p. 17, vid. también 75), por lo que si un Estado discrimina a uno o varios de sus ciudadanos en relación con alguno de esos derechos estará incumpliendo las obligaciones que para él se derivan en virtud de tales instrumentos (*ibid.*, p. 75). Cfr. MORAWA, A. H. E., “The Concept...”, cit., p. 1, quien lo califica de *derecho accesorio*.

respetar y garantizar el disfrute de los derechos reconocidos deberá cumplirse sin discriminar entre las personas⁷³.

Con esta configuración jurídica y este contenido aparece recogida la no discriminación en diversos instrumentos internacionales, comenzando por la CNU. En ella se proclama por primera vez con alcance general⁷⁴ el principio de no discriminación en el respeto a los derechos humanos (concretamente en el Preámbulo y los artículos 1.3, 13, 55.c), 62 y 76.c) CNU)⁷⁵. La afirmación de que uno de los propósitos de la ONU es “realizar la cooperación internacional [...] en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión” (artículo 1.3) es calificada por EIDE y OPHAL de “revolutionary statement for its time”, aunque al no tratarse de una norma directamente aplicable su contenido debía ser desarrollado mediante instrumentos internacionales más específicos⁷⁶.

La necesidad de concretar el principio de no discriminación llevará a enunciarlo en

⁷³ En referencia al artículo 2 PIDCP, se ha afirmado que: “Article 2 (1) links the prohibition of discrimination (or unjustifiable distinction) to the general obligation to implement the Covenant. Its general and accessory nature is thus obvious. [...] This general obligation is to “respect and ensure” Covenant rights without distinction” (EIDE, A. & OPSAHL, T., “Equality...”, *cit.*, p. 115; *vid.* también TOMUSCHAT, C., “Equality...”, *cit.*, p. 693; MERTENS, P., “Égalité...”, *cit.*, pp. 270-271).

⁷⁴ La igualdad se incorporó al ordenamiento jurídico internacional como un principio vinculado a los derechos de las personas en la época de la SN, constituyendo la piedra angular del sistema de protección de las minorías (*vid.* Capítulo I, apartado 2.2, B, b). En cualquier caso, la igualdad no se proclamaba con alcance general para todas las personas, sino sólo y exclusivamente respecto de aquellos individuos pertenecientes a alguna de las minorías que tuvieran garantizada dicha protección especial (*cfr.* con el alcance más amplio de la Declaración de los Derechos Internacionales del Hombre, adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Nueva York (1929), en cuyo artículo primero se proclamaba que: “Il est du devoir de tout Etat de reconnaître à tout individu le droit égal à la vie, à la liberté, et à la propriété, et d'accorder à tous, sur son territoire, pleine et entière protection de ce droit, sans distinction de nationalité, de sexe, de race, de langue ou de religion”).

En 1944 se producirá un avance en esta materia, con la proclamación para todas las personas del principio de igualdad (material) y no discriminación, aunque circunscrito a un ámbito material específico -el sociolaboral-, en el apartado II de la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptada en Filadelfia

⁷⁵ Particularmente interesante es el contenido del artículo 55.c), en el que, según PARTSCH, “the non-discrimination clause is worded as a clear legal obligation which is directly applicable without additional implementation” (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), de manera que su observancia es ineludible para lograr la promoción del respeto y la efectividad de los derechos humanos (*ibid.*, p. 780) y genera además una obligación sustantiva para los Estados en virtud del artículo 56, por el cual estos se comprometen a “tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55” (WOLFRUM, R., “Article 56”, en: *ibid.*, p. 794).

⁷⁶ EIDE, A. & OPSAHL, T., “Equality...”, *cit.*, p. 112.

el artículo 2 DUDH⁷⁷, atribuyéndosele posteriormente un contenido jurídico obligatorio en el PIDCP y el PIDESC. En efecto, tanto el artículo 2.1 PIDCP como el artículo 2.2 PIDESC disponen que los Estados Partes se comprometen a garantizar los derechos reconocidos en ellos sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social⁷⁸.

Asimismo, es posible encontrar similares formulaciones del principio de no discriminación en otros tratados internacionales⁷⁹, como por ejemplo los artículos 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)⁸⁰, 1.1 de la Convención internacional

⁷⁷ Artículo 2 DUDH: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

⁷⁸ Hay una diferencia de redacción entre ambos preceptos, derivada fundamentalmente del tipo de obligaciones recogidas en ambos tratados internacionales. Así, mientras que los Estados se comprometen a *respetar y garantizar* sin discriminación los derechos contenidos en el PIDCP el mismo, el carácter eminentemente progresivo del PIDESC lo lleva a proclamar únicamente el compromiso de los Estados a *garantizar* a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto sin distinción por los motivos indicados.

Adicionalmente, tanto el artículo 3 del PIDCP como del PIDESC introducen una referencia expresa a la igualdad entre hombres y mujeres.

⁷⁹ Se pueden identificar tres grupos de tratados de derechos humanos que prohíben la discriminación: (i) respecto de grupos específicos de personas (el denominado “sector approach” a la discriminación por EIDE, A. & OPSAHL, T., “Equality...”, *cit.*, p. 118), como es el caso no sólo de la CDN o la CDTM, sino también de la CEDR, la CEDM, o la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006); (ii) respecto de ámbitos o derechos concretos (VIERDAG, E. W., *The Concept...*, *cit.*, p. 108), como la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960) o el Convenio n° 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación) (1958); o, combinando las dos anteriores categorías en una intermedia, (iii) respecto de grupos específicos de personas en relación con ámbitos materiales específicos o el ejercicio de derechos concretos (DINSTEIN, Y., “Discrimination...”, *cit.*, pp. 23-27), por ejemplo el Convenio n° 100 de la OIT relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (1951), la Convención sobre Derechos Políticos de las Mujeres (1952), o la Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes (1985).

Esta triple clasificación no prejuzga necesariamente el modo en que los tratados citados configuran jurídicamente la regla de la igualdad y la no discriminación. Si bien en los tratados internacionales que prohíben la discriminación en ámbitos materiales determinados o en relación con el ejercicio de derechos concretos (grupo (ii)), y aquellos que lo hacen además refiriéndose únicamente a grupos específicos de personas (grupo (iii)), el principio de no discriminación se aplica al derecho regulado por o al conjunto de derechos que se reconozcan en el ámbito que es objeto de cada tratado, en el grupo (i) se pueden encontrar disposiciones que recogen tanto el principio de no discriminación como el derecho a la igualdad, que se abordará en el apartado siguiente.

⁸⁰ Adoptada por la AGNU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. En virtud de su artículo 2.1, los Estados Partes se comprometen a asegurar la aplicación de la CDN “a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los

sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CDTM)⁸¹, o 3 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados⁸².

También los tratados internacionales de derechos humanos de ámbito regional recogen el principio de no discriminación. Así, en el ámbito americano se proclama tanto en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) como en el artículo 3 del Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”). También se proclama en tratados internacionales elaborados en los ámbitos africano, árabe e islámico (artículos 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CAfDHP), 3 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, 2 del Protocolo a la CAfDHP relativo a los Derechos de la Mujer en África, 3 de la Carta Árabe de Derechos Humanos revisada (CArDH), y 5 de la Convención de los Derechos del Niño en el Islam). Mientras, en el ámbito europeo el artículo 14 CEDH establece el principio de no discriminación en el disfrute de los derechos en él reconocidos⁸³.

La proclamación general de la prohibición de no discriminación prevista en estos instrumentos no implica el reconocimiento de un derecho a la igualdad, sino que, como apunta PARTSCH, “determina el campo de aplicación de la igualdad, sin añadir al catálogo ningún nuevo derecho”⁸⁴. Así resulta de las previsiones de los artículos 1.3 y 55.c) CNU y de las disposiciones convencionales señaladas⁸⁵, en virtud de las cuales se

impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

⁸¹ Adoptada por la AGNU en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, su artículo 1.1 dispone que la CDTM “será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”.

⁸² Adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas convocada por la AGNU en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950, establece en su artículo 3 que sus disposiciones se aplicarán a los refugiados “sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen”.

⁸³ Téngase en cuenta también lo previsto en el Capítulo III (artículos 20-26) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), relativo a la igualdad (DO n° C 364, 18.12.2000, pp. 364/13-364/14), aunque sin olvidar que por el momento la CDFUE carece de efecto jurídico obligatorio.

⁸⁴ PARTSCH, K. J., “Principios...”, *cit.*, p. 101.

⁸⁵ También el artículo 21 CDFUE (DO n° C 364, 18.12.2000, p. 364/13) se ha de aplicar así, a tenor de lo indicado en las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (UE, *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, “Artículo 21”, DO n° C 303, 14.12.2007, p. 303/24), aunque no resulte tan evidente de la literalidad de la disposición.

establece que la prohibición de la discriminación opera únicamente respecto de los derechos reconocidos en los propios tratados⁸⁶.

La no observancia de este principio a la hora de poner en práctica las obligaciones jurídicas derivadas del Derecho internacional de los derechos humanos supondrá que aquella medida conforme con la norma que garantice el derecho humano de que se trate, pero de carácter discriminatorio, constituirá una violación tanto de dicha norma como de la que establezca la prohibición de no discriminación⁸⁷. En definitiva, constituye una **condición de aplicación** de las normas que reconocen los derechos humanos.

B) El derecho a la igualdad y no discriminación.

Junto a esta configuración de la no discriminación como principio, en el ordenamiento jurídico internacional también existen normas que configuran la igualdad y la no discriminación como **derechos autónomos**⁸⁸. Es el caso, por ejemplo, del

⁸⁶ Es el caso del artículo 2.1 PIDCP, respecto del cual el CDH ha señalado que se refiere a la no discriminación “en el disfrute de los derechos amparados por el Pacto” y “se aplica a todas las personas que se encuentren en el territorio o bajo la jurisdicción de un Estado” (CDH, *Observación General N° 23*, cit., párr. 4, pp. 249-250; vid. también ONU, Doc. A/2929, *Commentaire du texte des projets de pactes internationaux relatifs aux droits de l’homme (préparé par le Secrétaire général)*, 1 de julio de 1955, Capítulo V: “Clauses générales [2e partie (art. 2 à 5) des deux projets de pactes]”, párr. 3, pp. 17-18, y Capítulo VI: “Droits civils et politiques [3e partie (art. 6 à 26) du projet de pacte relatif aux droits civils et politiques]”, párr. 178 y 180, p. 66).

⁸⁷ Vid. FAWCETT, J., “The notion...”, cit., p. 15; SIEGHART, P., *The International...*, cit., p. 75; BAYEFSKY, A. F., “The Principle...”, cit., p. 4. Por ejemplo, respecto del artículo 14 CEDH, el TEDH ha indicado que, si bien “cette garantie n’a pas [...] d’existence indépendante en ce sens qu’elle vise uniquement, aux termes de l’article 14 (art. 14), les «droits et libertés reconnus dans la Convention», une mesure conforme en elle-même aux exigences de l’article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l’article 14 (art. 14), pour le motif qu’elle revêt un caractère discriminatoire” (TEDH, *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique» c. Belgique (fond)*, cit., § 9). Cuando así ocurre: “[...] on se trouverait en présence d’une violation d’un droit ou d’une liberté garantis, tels qu’ils sont énoncés par l’article pertinent combiné avec l’article 14 (art. 14). Tout se passe comme si ce dernier faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou libertés” (*ibid.*). Sobre la aplicación del artículo 14 CEDH, vid. VIERDAG, E. W., *The Concept...*, cit., pp. 113-120; ROBERTSON, A. H., *Human...*, cit., p. 108; FAWCETT, J. E. S., *The Application of the European Convention on Human Rights*, London: Oxford University Press, 1969, pp. 233-234; CAMERON, I., *An Introduction...*, cit., p. 148; WILDHABER, L., “Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights – A Second-Class Guarantee?”, *Baltic YIL*, vol. 2, 2002, p. 72; ANTONOPOULOS, N., *La jurisprudence des organes de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Leyde: A. W. Sijthoff, 1967, § 32, p. 214.

Sobre la discriminación en relación con derechos no reconocidos convencionalmente, vid. BOSSUYT, M., *L’interdiction...*, cit., p. 69.

⁸⁸ CDH, *Observación General N° 18*, cit., párr. 12, p. 236; vid. BOSSUYT, M., *L’interdiction...*, cit., pp. 83-86; SIEGHART, P., *The International...*, cit., p. 77; MOECKLI, D., *Human Rights...*, cit., p. 63; MERTENS, P., “Égalité...”, cit., pp. 272-273; TOMUSCHAT, C., “Equality...”, cit., p. 693; EIDE, A. & OPSAHL, T., “Equality...”, cit., p. 122; RAMCHARAN, B. G., “Equality and Nondiscrimination”, en: HENKIN, L. (ed.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, New York:

artículo 26 PIDCP⁸⁹, en el cual –siguiendo el modelo del artículo 7 DUDH⁹⁰- el derecho a la no discriminación, el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la igual protección de la ley son garantizados -y por tanto exigibles- por sí mismos. Según ha indicado el CDH,

“el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio”⁹¹.

También algunos tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito regional incluyen el derecho a la igualdad y no discriminación. Es el caso del artículo 24 CADH o del Protocolo n° 12 a la CEDH, de 4 de noviembre de 2000. Este último establece la “prohibición general de la discriminación” (artículo 1), formulación que rompe con la tendencia habitual de complementar el principio de no discriminación con la proclamación del derecho a la igualdad, pero que, en cualquier caso, pretende tener un alcance similar al operado por el derecho a la igualdad de otros instrumentos⁹².

Lo mismo ocurre en aquellos tratados internacionales que se refieren específicamente a la discriminación de un determinado grupo de personas (CERD y CEDM), en los que la

Columbia University Press, 1981, pp. 253-254; BAYEFSKY, A. F., “The Principle...”, *cit.*, p. 3; WILDHABER, L., “Protection...”, *cit.*, p. 72; MYNTTI, K., “The Prevention...”, *cit.*, p. 206.

⁸⁹ Artículo 26 PIDCP: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. A diferencia del principio de no discriminación proclamado en el artículo 2 PIDCP, la previsión del artículo 26 no encuentra su correlato en el PIDESC.

⁹⁰ Artículo 7 DUDH: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

⁹¹ CDH, *Observación General N° 18*, *cit.*, párr. 12, p. 236.

⁹² *Vid.* BUONOMO, F., “Protocol 12 to the European Convention on Human Rights”, *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 1, 2001/2, pp. 427-429. De acuerdo con el informe explicativo, el artículo 1 del Protocolo “provides a general non-discrimination clause and thereby affords a scope of protection which extends beyond the «enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention»” (COE, *Explanatory Report on Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No. 177)*, párr. 21, en: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>, consultada el 15/1/10). Cuatro son los ámbitos en los que se amplía el alcance del artículo 14 CEDH: “i. in the enjoyment of any right specifically granted to an individual under national law; ii. in the enjoyment of a right which may be inferred from a clear obligation of a public authority under national law, that is, where a public authority is under an obligation under national law to behave in a particular manner; iii. by a public authority in the exercise of discretionary power [...]; iv. by any other act or omission by a public authority [...]” (*ibid.*, párr. 22).

igualdad constituye un derecho autónomo que exige eliminar la discriminación en todas sus formas⁹³. En este sentido, el CERD ha afirmado que:

“El artículo 5 de la Convención, además de establecer el requisito de que se garantice el ejercicio de los derechos humanos sin discriminación racial, no crea en sí mismo derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, pero presupone la existencia y el reconocimiento de estos derechos. La Convención obliga a los Estados a prohibir y eliminar la discriminación racial en el disfrute de esos derechos humanos”⁹⁴.

A estas disposiciones hay que añadir el artículo 5 CDPD⁹⁵, que, tras reconocer en su apartado 1 que “todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna”, establece en su apartado 2 el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas con discapacidad (“Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”).

De acuerdo con el CDH, estas disposiciones no son meras reiteraciones del principio anteriormente analizado que condiciona la aplicación de los derechos humanos, exigiendo que se haga sin discriminación⁹⁶, sino que prohíben “la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas”⁹⁷. Es decir, hacen referencia a “los derechos reconocidos y las obligaciones impuestas por los Estados”, de manera que este derecho “rige el ejercicio de todos los

⁹³ Véanse los artículos 1.1 y 2.1 CEDR y 1 y 2 CEDM (vid. MERON, T., “The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, *AJIL*, vol. 79 (2), 1985, p. 286; BOYLE, K. & BALDACCINI, A., “A Critical Evaluation of International Human Rights Approaches to Racism”, en: FREDMAN, S. (ed.), *Discrimination and Human Rights. The Case of Racism*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 156; NEUWIRTH, J., “Inequality Before the Law: Holding States Accountable for Sex Discriminatory Laws Under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and Through the Beijing Platform for Action”, *HHRJ*, vol. 18, 2005, p. 22; CDH, *Observación General N° 28*, cit., párr. 9, p. 274).

⁹⁴ CERD, *Recomendación general N° XX relativa al artículo 5 de la Convención*, 1996, párr. 1, en: ONU, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol.II), cit., pp. 22-23). Vid. MERON, T., “The Meaning...”, cit., p. 283.

⁹⁵ Adoptada por la AGNU en su resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006. Su artículo 4.1 establece la obligación general para los Estados de “asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”.

⁹⁶ Vid. CDH, Doc. CCPR/C/75/D/854/1999, *Comunicación 854/1999, Wackenheim v. Francia*, párr. 6.6. No obstante, la segunda parte del artículo 26 PIDCP (“A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”) parece recoger el contenido del artículo 2 PIDCP, superponiéndose a la prohibición general de no discriminación, aunque también superándola por cuanto establece que la ley deberá garantizar una protección efectiva contra cualquier discriminación (EIDE, A. & OPSAHL, T., “Equality...”, cit., p. 116).

⁹⁷ CDH, *Observación General N° 18*, cit., párr. 12, p. 236.

derechos, ya sea que estén amparados o no en virtud del Pacto, que el Estado Parte reconoce por ley a las personas que se encuentren en su territorio o bajo su jurisdicción”⁹⁸. Por consiguiente, la adopción de normas con efectos discriminatorios (directos o indirectos) en el disfrute de *cualquier derecho* o la aplicación discriminatoria de las normas conculcarán el derecho autónomo a la igualdad ante la ley y a la igual protección ante la ley⁹⁹.

1.3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN.

De todas las conductas que pueden constituir un crimen contra la humanidad, la persecución es la única en la que específicamente se exige una intención discriminatoria para su apreciación. Así pues, el ordenamiento jurídico internacional la configura como una modalidad criminal de carácter discriminatorio, la única junto al genocidio. Sin embargo, a la vista de la configuración del tipo no parece posible sostener que en el crimen contra la

⁹⁸ CDH, *Observación General N° 23*, cit., párr. 4, pp. 249-250. También la CIDH ha afirmado que la prohibición de no discriminación establecida en el artículo 24 CADH “se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley” (CIDH, *Opinión consultiva OC-4/84*, cit., párr. 55; *Opinión Consultiva OC-17/2002*, cit., párr. 44). Vid. asimismo EIDE, A. & OPSAHL, T., “Equality...”, cit., p. 122.

⁹⁹ Vid. CDH, *Observación General N° 18*, cit., párr. 12, p. 170; MÖLLER, J. T., “Article 7”, en: EIDE, A. et al. (eds). & SWINEHART, T. (col.), *The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary*, Oslo: Scandinavian University Press, 1992, p. 134); DAVIDSON, S., “Equality...”, cit., p. 163; MOECKLI, D., *Human Rights...*, cit., p. 64. Cfr. TOMUSCHAT, C., “Equality...”, cit., p. 702, excluyendo, a la vista de los trabajos preparatorios del PIDCP, que la “igual protección ante la ley” del artículo 26 alcance al legislativo. Para BOSSUYT, la “igualdad ante la ley” se extiende a todos los derechos —estén o no recogidos en el PIDCP—; el “derecho sin discriminación a igual protección de la ley” prohíbe las disposiciones discriminatorias en las propias leyes; y el prever que “la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación” obliga a los Estados a adoptar medidas legislativas que prohíban la discriminación (BOSSUYT, M., *L’interdiction...*, cit., p. 86; vid. también VIERDAG, E. W., *The Concept...*, cit., pp. 120-123, y TOMUSCHAT, C., “Equality...”, cit., pp. 707-708, aunque este último excluye (*ibid.*, p. 702) que la “igual protección ante la ley” del artículo 26 alcance al legislativo, a la vista de los trabajos preparatorios del PIDCP).

La interpretación seguida por el CDH lo ha llevado a apreciar la existencia de discriminación en cuestiones vinculadas a los derechos económicos, sociales y culturales, como en los asuntos *Broeks v. Países Bajos* y *Zwaan-de-Vries v. Países Bajos*, en los que las demandantes -Sras. Broecks y Zwaan-de-Vries- adujeron que la legislación holandesa era discriminatoria por no permitir a las mujeres casadas recibir el subsidio de desempleo, mientras que los hombres lo recibían con independencia de su estado civil (vid. CDH, Doc. CCPR/C/29/D/172/1984, 9 de abril de 1987, *Comunicación n° 172/1984, Broeks c. Países Bajos*; Doc. CCPR/C/29/D/182/1984, 9 de abril de 1987, *Comunicación n° 182/1984, Zwaan-de-Vries c. Países Bajos*). En el asunto *Gueye et al. c. Francia*, el CDH estimó discriminatorio el que las pensiones que recibían el Sr. Gueye y otros 742 militares senegaleses, miembros retirados del ejército francés antes de la independencia de Senegal, fueran inferiores a las recibidas por los soldados retirados de nacionalidad francesa (CDH, Doc. CCPR/C/35/D/196/1985, 6 de abril de 1989, *Comunicación n° 196/1985, Gueye et al. c. Francia*). También se han considerado potenciales violaciones del artículo 26 la imposición a las mujeres de una determinada vestimenta (CDH, *Observación General N° 28*, cit., párr. 13, p. 275), la impunidad de los “crímenes de honor” (*ibid.*, párr. 31, p. 279), la imposición de penas mayores a las mujeres por determinados delitos como el adulterio (*ibid.*) o la desprotección de la mujer en la legislación laboral (*ibid.*, p. 280).

humanidad de persecución se proteja la igualdad y la discriminación en todas sus dimensiones, sino que únicamente se incriminan las violaciones del principio de no discriminación, y, *a priori*, sólo en relación con el menoscabo de derechos fundamentales.

En efecto, a la hora de determinar el bien jurídico específicamente protegido por el crimen contra la humanidad de persecución resulta más oportuno tomar como referencia la dimensión negativa del principio, esto es, la prohibición de la discriminación, y ello por varias razones:

(i) en primer lugar, porque la lógica del crimen así lo exige, en la medida en que se castiga un resultado prohibido (la discriminación);

(ii) en segundo lugar, porque, como ya se indicó anteriormente, la no discriminación delimita el campo de aplicación de la igualdad¹⁰⁰, de manera que utilizar la no discriminación como parámetro de referencia permite eludir las divergencias que en los distintos ordenamientos jurídicos internos pueden surgir tanto respecto al significado del principio de igualdad ante la ley como en la valoración de si una distinción es o no discriminatoria (en virtud del margen de apreciación de que disponen los Estados);

(iii) asimismo, al limitar el bien jurídico a la no discriminación, queda excluido del ámbito de protección del tipo penal de persecución la exigencia de igualdad material que requiere un comportamiento positivo del Estado para lograr el resultado de la igualdad efectiva de las personas¹⁰¹.

La prohibición de la discriminación es la principal salvaguarda que establece el ordenamiento jurídico internacional a fin de garantizar la igualdad de todas las personas¹⁰², para lo cual se impone a los Estados “la obligación de no introducir en su

¹⁰⁰ *Vid. supra* nota 84.

¹⁰¹ PARTSCH ha puesto de relieve que estas circunstancias, junto con el amplio ámbito de aplicación de este principio, no permiten establecer una definición general de la igualdad, por lo que su formulación negativa ha ido ganando importancia progresivamente (PARTSCH, K. J., “Principios...”, *cit.*, p. 112). De acuerdo con este autor: “La pretensión básica a favor de esta formulación negativa es conseguir un mayor grado de claridad y certidumbre en lo tocante a la igualdad. La cláusula de no discriminación no se limita a la afirmación de que debe alcanzarse la igualdad, sino que indica también el concepto de qué debe ser igual, y según qué criterios. La noción abstracta de la igualdad es reemplazada por la indicación concreta del campo de aplicación y de los criterios como raza, color o descendencia” (*ibid.*, p. 113).

¹⁰² En su *Estudio sobre la discriminación en materia de derechos políticos* (1962), el entonces Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la ONU, Hernán SANTA CRUZ, señalaba que el artículo 7 DUDH: “[...] brinda los medios de poner en práctica el principio de la igualdad. Prohíbe que se implante por la ley toda forma de discriminación y obliga al Estado a proteger a los individuos no sólo contra toda discriminación que infrinja la Declaración, sino también

ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias”¹⁰³. Asimismo, dado que los actos de los particulares también pueden ser discriminatorios, esta obligación se complementa con la de garantizar una igual protección a quienes sufran esa discriminación¹⁰⁴.

La relevancia de la norma de prohibición de la discriminación en la protección de los derechos humanos lleva a que en determinados supuestos el ordenamiento jurídico internacional le atribuya incluso un carácter imperativo:

(i) En primer lugar, en tanto que condición de aplicación de los derechos humanos, se ha de tener en cuenta que el principio de no discriminación se incorpora al contenido de las normas jurídicas que reconocen esos derechos. Consecuentemente, en la medida en que la lesión de derechos fundamentales puede estar prohibida mediante normas de *ius cogens* (dado su carácter de manifestación de la dignidad humana)¹⁰⁵, también **la prohibición de discriminación en el disfrute de tales derechos se ha de entender integrada en dichas normas y por tanto establecida con carácter imperativo.**

(ii) En segundo lugar, mediante normas de *ius cogens* se prohíben dentro del ordenamiento jurídico internacional **algunas manifestaciones específicas de la prohibición de discriminación.** Son supuestos de discriminación particularmente aberrantes que se prohíben de forma imperativa, siendo el caso más claro entre ellos la prohibición de la discriminación racial, pero también es una norma imperativa la prohibición de llevar la discriminación hasta el extremo de aniquilar determinados grupos, es decir, el genocidio¹⁰⁶.

El carácter fundamental del principio de no discriminación en la protección de los

contra toda provocación a tal discriminación” (ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/213/Rev.1, *Estudio sobre la discriminación en materia de derechos políticos*, 1962, p. 4).

¹⁰³ CIDH, *Opinión consultiva OC-18/03*, cit., párr. 88.

¹⁰⁴ ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/213/Rev.1, cit., p. 7.

¹⁰⁵ Esta cuestión será analizada con más detalle a lo largo de este Capítulo, *vid. infra* apartado 2.1.

¹⁰⁶ ONU, Doc. A/CN.4/191, *Report of the of the International Law Commission on the work of its Eighteenth Session, 4 May - 19 July 1966*, comentario al artículo 50, párr. 3, en: UN, *ILCY*, 1966, vol. II, p. 248; SCHWELB, E., “Some Aspects of International *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission”, *AJIL*, vol. 61 (4), 1967, p. 956; RAMCHARAN, B. G., “Equality...”, cit., p. 249 (admitiendo en general ese carácter imperativo en relación con patrones de graves violaciones de derechos); LERNER, N., *Group Rights and Discrimination in International Law*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2003 (2nd ed.), p. 30.

derechos humanos se pone de manifiesto en el artículo 4.1 PIDCP, relativo a la posibilidad de los Estados de adoptar disposiciones que suspendan las obligaciones contraídas en virtud del PIDCP durante estados de emergencia, “siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional” y siempre que “no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. Esta previsión ha llevado al CDH a señalar que “existen elementos o dimensiones del derecho a la no discriminación que no admiten excepción en circunstancia alguna”¹⁰⁷.

Salta a la vista que la lista de los motivos discriminatorios prohibidos es más restringida en el artículo 4 PIDCP que la establecida con carácter general en el artículo 2 PIDCP, lo que parece apuntar a que en determinadas circunstancias es admisible la discriminación por otros motivos (por ejemplo, políticos¹⁰⁸), mientras que la discriminación por raza, color, sexo, idioma, religión y origen social no estarían justificados en ningún caso. No obstante, la precisión que hace el artículo 4 PIDCP respecto que la discriminación no ha de estar fundada “únicamente” en estos motivos sugiere que en ciertos casos también estaría permitida la discriminación por los motivos enumerados, siempre que no sea desproporcionada con respecto al fin que se pretenda conseguir¹⁰⁹. En todo caso, la literalidad del precepto pone de relieve que la no discriminación opera como una condición de aplicación del mismo, por lo que de ninguna manera cabrá excluirlo cuando esté conectado a un derecho que no admita derogación, sea fundamental o no¹¹⁰.

Al igual que el CDH, la CIDH ha insistido en que el principio de igualdad y no discriminación “posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno”¹¹¹. Pero la CIDH ha ido más lejos que el CDH, al considerar que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación (y no sólo algunos aspectos del derecho a la no

¹⁰⁷ CDH, *Observación General N° 29: Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (artículo 4)*, 2001, párr. 8, en: ONU, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol.I), *cit.*, p. 283.

¹⁰⁸ *Vid.* TOMUSCHAT, C., “Equality...”, *cit.*, p. 693.

¹⁰⁹ DAVIDSON, S., “Equality...”, *cit.*, p. 161.

¹¹⁰ Además, el CDH ha considerado que determinados aspectos vinculados a la no discriminación y a la protección de las minorías deben igualmente ser observados en todo momento, como la prohibición de cometer genocidio o de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (CDH, *Observación General N° 29, cit.*, párr. 13.c y e, p. 285).

¹¹¹ CIDH, *Opinión consultiva OC-18/03, cit.*, párr. 88.

discriminación):

“pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico. [...] Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”¹¹².

Si bien parece fuera de toda duda que este principio forma parte del Derecho internacional general¹¹³, más discutible resulta la afirmación de que constituye una norma imperativa de Derecho internacional. Ciertamente, ese carácter ha sido reconocido respecto de algunas dimensiones específicas de la no discriminación, pero el principio en su totalidad no parece alcanzar ese rango normativo.

Parte de la doctrina se muestra favorable a considerar normas imperativas otros aspectos del principio de no discriminación adicionales a los señalados¹¹⁴. Por ejemplo, algunos autores estiman que también la prohibición de la discriminación religiosa estaría en camino de convertirse en una norma imperativa de Derecho internacional¹¹⁵; otros, sin embargo, ven en la inexistencia de un tratado internacional sobre esta materia un reflejo del desacuerdo existente sobre esta cuestión dentro de la sociedad internacional¹¹⁶. También se ha considerado la posibilidad de que la prohibición de discriminación por motivos de sexo sea una norma de *ius cogens*¹¹⁷; sin embargo, su inclusión entre las normas imperativas parece

¹¹² *Ibid.*, párr. 101.

¹¹³ *Vid.* MCKEAN, W., *Equality...*, *cit.*, pp. 271-277.

¹¹⁴ Por ejemplo, SCHWELB señalaba en 1967 que entre las materias que se consideraban reguladas por normas de *ius cogens* se encontraban las recogidas en el Convenio n° 111 de la OIT sobre Discriminación (empleo y ocupación), de 1958, y la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza adoptada por la UNESCO en 1960 (SCHWELB, E., “Some Aspects...”, *cit.*, p. 953). *Vid.* también MCKEAN, W., *Equality...*, *cit.*, pp. 282-283; MOECKLI, D., *Human Rights...*, *cit.*, p. 67.

¹¹⁵ *Vid.* BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008 (7th ed.), p. 511, nota 28; LERNER, N., *Group...*, *cit.*, pp. 2 y 30.

¹¹⁶ TOMUSCHAT, C., *Human Rights. Between Idealism and Realism*, Oxford: Oxford University Press, p. 43. Bien es cierto que la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones afirma en su artículo 3 que la discriminación “por motivos de religión o convicciones constituye una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas” (ONU, Doc. A/RES/36/55, *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*, 25 de noviembre de 1981), pero la práctica internacional posterior en esta materia no ofrece fundamentos suficientes como para afirmar que la prohibición de la discriminación religiosa sea una norma imperativa de Derecho internacional (*vid.* SULLIVAN, D. J., “Advancing the Freedom of Religion and Belief Through the UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination”, *AJIL*, vol. 82 (3), 1988, p. 488).

¹¹⁷ *Vid.* BROWNLIE, I., *Principles...*, *cit.*, p. 511, nota 28.

quedar desmentida en la práctica¹¹⁸.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 7.2.g) ECPI, la discriminación ha de referirse a derechos fundamentales, y además sólo se considera punible cuando se fundamenta en alguno de los criterios legalmente establecidos. Ello excluye que la persecución como crimen contra la humanidad esté orientada a proteger de forma general el derecho autónomo a la no discriminación, es decir, el derecho a que la ley prohíba toda discriminación y garantice a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación. Lo que se busca con su incriminación es evitar que se produzcan privaciones de derechos fundamentales de forma discriminatoria, y por tanto se aprecia respecto de la aplicación de estos, no de forma independiente. Habrá que concluir, por tanto, que el bien jurídico protegido en el crimen contra la humanidad de persecución resulta ser el principio de no discriminación, en tanto que condición de aplicación de las obligaciones relativas a la protección de los derechos fundamentales. Cuando menos, así se deriva de su configuración en el ECPI.

La jurisprudencia penal internacional, empero, ha mantenido un criterio oscilante respecto del bien jurídico protegido. Así, en la primera sentencia dictada en instancia por el TPIY (asunto *Tadić*), el Tribunal estimó que la persecución es una **violación del derecho de la persona al igual disfrute de sus derechos básicos**, y al respecto afirmaba que:

“It is the violation of the right to equality in some serious fashion that infringes on the enjoyment of a basic or fundamental right that constitutes persecution, although the discrimination must be on one of the listed grounds to constitute persecution under the Statute”¹¹⁹.

Sin embargo, modificó su criterio en el asunto *Kupreškić*, para considerar que la persecución es una **violación de los derechos fundamentales de la persona** que se derivan del reconocimiento de su dignidad humana **por motivos discriminatorios** (“the gross or blatant denial, on discriminatory grounds, of a fundamental right, laid down in international

¹¹⁸ Vid. CHARLESWORTH, H. & CHINKIN, C., “The Gender of *Jus Cogens*”, *HRQ*, vol. 15 (1), 1993, p. 70; MERTENS, P., “Égalité...”, *cit.*, p. 278; ORAÁ ORAÁ, J. y GÓMEZ ISA, F., *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*, Bilbao : Universidad de Deusto, 1997, p. 82.

¹¹⁹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, sentencia de instancia, 7 de mayo de 1997, párr. 697. Este criterio fue también recogido por las TDD-SECG (*vid.* TDD-SECG, *The Prosecutor v. Damiao Da Costa Nunes*, caso n° 1/CG/TDD/2003, sentencia de instancia, 12 de diciembre de 2003, párr. 74: “persecution is the violation of the right to equality in a serious manner that infringes on the enjoyment of a basic or fundamental right”).

customary or treaty law”)¹²⁰. Por tanto, el bien jurídico protegido sería el principio de no discriminación en el disfrute de los derechos fundamentales.

El planteamiento de la Sala de Instancia en *Tadić* resulta muy interesante, en la medida en que parecía favorable a considerar como bien jurídico protegido el derecho autónomo a la no discriminación. Ello habría supuesto una equiparación del crimen contra la humanidad de persecución a los demás crímenes de la categoría en cuanto a la naturaleza del bien jurídico: puesto que cada uno de los demás crímenes de la categoría protege un determinado derecho frente a lesiones ilegítimas, también la persecución debería proteger un derecho, y no un principio cuya violación está condicionada a que exista un ataque contra algún derecho. Ello posibilitaría una tipificación de la persecución como crimen contra la humanidad orientada a la represión de cualquier discriminación cometida en el marco de un ataque planificado de carácter masivo o sistemático contra una población civil, sin necesidad de tasar los motivos que hacen que la discriminación sea punible (lo que daría sentido a la cláusula abierta del artículo 7.1.h) ECPI). Sin embargo, esa posibilidad debe ser descartada en el momento actual de evolución del ordenamiento jurídico internacional, en el que el derecho autónomo a la igualdad y no discriminación no tiene reconocido el carácter de derecho humano fundamental que, por el contrario, sí se atribuye a los derechos protegidos por los demás crímenes contra la humanidad en tanto que manifestaciones específicas del principio de dignidad humana.

Los propios magistrados de la Sala de Instancia en el asunto *Tadić* parecían ser conscientes de esas limitaciones, pues restringieron la punibilidad del derecho a la igualdad a violaciones “in some serious fashion”, sólo en relación con el disfrute de derechos fundamentales, y únicamente por los motivos tasados en el Estatuto del TPIY¹²¹. Con eso y con todo, su perspectiva era más amplia que la establecida en el asunto *Kupreškić*, en la medida en que la discriminación no era únicamente apreciada respecto de la privación de derechos, sino siempre que afectara al disfrute de los mismos; además, los derechos afectados no tenían por qué ser necesariamente fundamentales, sino que también podían ser objeto de discriminación otros derechos humanos básicos¹²²; finalmente, se admitía de

¹²⁰ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso nº IT-95-16-T, sentencia de instancia, 14 de enero de 2000, párr. 621.

¹²¹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso nº IT-94-1-T, *cit.*, párr. 697.

¹²² *Ibid.*, párr. 703-704.

forma implícita que otros motivos discriminatorios podrían ser relevantes a los efectos de apreciar la comisión de una persecución.

Por el contrario, la definición de *persecución* dada en el asunto *Kupreškić* evidencia que su incriminación buscaría castigar la discriminación exclusivamente cuando no se ha observado en relación con el respeto de los derechos fundamentales, es decir, la violación del principio de no discriminación como parte integrante de las obligaciones relativas a la aplicación de tales derechos. Si bien es cierto que esta configuración restrictiva resulta más coherente con el actual grado de desarrollo del ordenamiento jurídico internacional¹²³, convierte a la persecución en un crimen contra la humanidad *sui generis*, puesto que no protege un derecho, como el resto de modalidades criminales de la categoría, sino un principio jurídico aplicable a los mismos. Evidentemente, esta circunstancia repercute en los elementos del crimen, ya que, como se verá a continuación, aparecen demasiados obstáculos para la construcción de una modalidad criminal que pueda ser realmente autónoma.

2. EL ELEMENTO OBJETIVO DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN.

Al igual que cualquier otro crimen contra la humanidad, el crimen contra la humanidad de persecución está integrado por dos elementos, uno **objetivo** (que será analizado en este apartado) y otro **subjetivo** (que será objeto del apartado 3), que definen la conducta específicamente incriminada, la cual alcanzará la consideración de crimen contra la humanidad cuando se cometa en un contexto que satisfaga los requisitos de la cláusula general común a toda la categoría criminal.

De acuerdo con la noción dada por el ECPI en su artículo 7.2.g), el crimen contra la humanidad de persecución consiste en una **privación intencional y grave de derechos**

¹²³ Podría atisbarse una evolución del ordenamiento jurídico internacional en esa dirección, que se apuntaría no sólo en este tipo de desarrollos jurisprudenciales, sino también en el ámbito convencional, como reflejaría el contenido de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el reconocimiento específico de un derecho autónomo a la igualdad y la no discriminación. No obstante, esta evolución sería muy incipiente, ya que ni siquiera existirían fundamentos para afirmar desde este punto de vista el carácter consuetudinario de ese derecho, aunque algún autor han sugerido esa posibilidad, siempre que su contenido se interprete de una manera adecuadamente limitada (*vid.* LILLICH, R., "Civil Rights", en: MERON, T. (ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, vol. 1, Oxford: Clarendon, 1992, p. 133).

fundamentales contraria al Derecho internacional por motivos discriminatorios (“en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”). Dado que los motivos discriminatorios hacen referencia a la dimensión subjetiva del crimen, dicho requisito formará parte de su *mens rea*, constituyendo lo que se denomina el *especial ánimo persecutorio*, mientras que el elemento objetivo del crimen estará *a priori* integrado por la **privación grave de derechos fundamentales contraria al Derecho internacional**¹²⁴. Éste será el punto de partida para el análisis del elemento objetivo del crimen contra la humanidad de persecución, en tanto que la regulación de los crímenes contra la humanidad contenida en el ECPI está considerada un reflejo de la tipificación consuetudinaria internacional de tales crímenes.

No obstante, es preciso recordar que el ECPI recoge una noción de persecución más restrictiva de lo que resulta de la norma consuetudinaria vigente, por cuanto requiere que el crimen contra la humanidad de persecución se haya cometido en conexión con otro de la competencia de la CPI. Como ya se vio en el Capítulo II, ese requisito, que se incluía en el artículo 6.c) ETMIN, ha desaparecido con carácter general en la configuración consuetudinaria de los crímenes contra la humanidad; por tanto, conforme al Derecho internacional consuetudinario tampoco resultaría exigible respecto de la persecución como crimen contra la humanidad.

Pero no es éste el único aspecto en el que la descripción de la persecución contenida en el ECPI resulta insatisfactoria desde el punto de vista de la tipificación del crimen: no se puede obviar que en él se configuran los elementos del crimen de una forma demasiado imprecisa como para que su aplicación no haya de ser previsiblemente problemática. Así parece indicarlo la jurisprudencia penal internacional: si bien los tribunales penales internacionales han tomado como referencia el artículo 7 ECPI a la hora de determinar la responsabilidad penal de los presuntos autores de crímenes contra la humanidad de persecución en tanto que presunto reflejo de la norma consuetudinaria cristalizada en la materia¹²⁵, se han visto sin embargo en la tesitura de precisar el contenido de los elementos que integran el tipo para resolver sobre la marcha los numerosos problemas que su aplicación plantea.

¹²⁴ Vid. CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *Parte II.B: Elementos de los Crímenes*, 9 de septiembre de 2002, “Artículo 7 1) h). Crimen de lesa humanidad de persecución. Elementos”, elemento 1: “Que el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del derecho internacional”.

¹²⁵ Vid. ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 580.

En consecuencia, el análisis de los elementos de la persecución como crimen contra la humanidad requiere seguir muy de cerca la interpretación que de los mismos han hecho los tribunales penales internacionales que, por lo demás, también pretende ser declarativa del contenido consuetudinario de la norma de tipificación¹²⁶, aunque los resultados alcanzados permitan poner en tela de juicio esa pretensión¹²⁷. A estos efectos, el principal tribunal de referencia será el TPIY, primer órgano judicial internacional en (y el que con más frecuencia se ha encontrado en la necesidad de) aplicar el tipo de persecución como crimen contra la humanidad y, por ende, en intentar delimitar con precisión el contenido jurídico de esta modalidad criminal, si bien su jurisprudencia se complementará con la de otros tribunales cuando sea oportuno.

El TPIY ha considerado que, para que haya un crimen contra la humanidad de persecución, deben concurrir tres requisitos básicos: (i) que exista una acción u omisión discriminatoria¹²⁸; (ii) que esa acción u omisión niegue o viole un derecho fundamental reconocido por el Derecho internacional consuetudinario o convencional¹²⁹; y (iii) que esa acción u omisión se cometa con la intención de discriminar en razón de alguno de los motivos prohibidos¹³⁰. A partir de aquí, identifica los dos elementos del crimen que, con carácter general, son:

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Téngase en cuenta que el TPIY ha usado y abusado de la invocación a la costumbre internacional para fundamentar el contenido atribuido a muchas de las normas penales que maneja -sin que el crimen contra la humanidad de persecución sea una excepción-, y no siempre aportando prueba de la existencia de una práctica relevante a tal fin (para un análisis crítico de este particular *vid.* GRADONI, L., “L’attestation du Droit International Pénal Coutumier dans la jurisprudence du Tribunal pour l’Ex-Yougoslavie: «Régularités» et «Règles»”, 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*, *cit.*, pp. 34-39 y GRADONI, L., “Nullum crimen sine consuetudine: A Few Observations on How the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Has Been Identifying Custom”, *Paper presented at the 2004 Florence Founding Conference of ESIL. Agora on International Criminal Law*, en: http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Gradoni_418.pdf, consultado el 15/01/10, pp. 4-5 y 13).

¹²⁸ Entre otras sentencias, ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 694; *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 615; *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, sentencia de instancia, 26 de febrero de 2001, párr. 189; *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-T, sentencia de instancia, 2 de noviembre de 2001, párr. 184; *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, sentencia de instancia, 15 de marzo de 2002, párr. 431; *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, caso n° IT-98-34-T, sentencia de instancia, 31 de marzo de 2003, párr. 634.

¹²⁹ Por ejemplo, *vid.* ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 621; *Prosecutor v. Krstić*, caso n° IT-98-33-T, sentencia de instancia, 2 de agosto de 2001, párr. 534; *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-T, *cit.*, párr. 184; *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, *cit.*, párr. 431-432; *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, caso n° IT-98-34-T, *cit.*, párr. 634.

¹³⁰ Entre otras, ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 694, 697 y 711-713; *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 634 y 636; *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-

(i) el elemento objetivo, consistente en una **acción u omisión** (discriminatoria¹³¹) **que causa una privación grave de derechos fundamentales**, y

(ii) el elemento subjetivo, que implica que ese acto u omisión ha de tener una **base discriminatoria** por alguno de los motivos legalmente enumerados¹³².

La persecución aparece de esta manera configurada en el ordenamiento penal internacional como un crimen de resultado, lo que significa que junto a la realización de la acción se exige “la producción de un resultado material de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”¹³³, como ocurre en este caso con la privación grave de derechos fundamentales a consecuencia de una acción u omisión que la jurisprudencia ha dado en llamar el *acto persecutorio*, y respecto del cual exige que tenga un efecto discriminatorio.

El elemento objetivo así formulado requiere el examen de tres cuestiones clave:

(i) En primer lugar, se impone identificar los derechos humanos cuya violación satisface las exigencias del elemento objetivo y que, conforme al ECPI y a la jurisprudencia internacional, serán sólo aquellos que se consideran fundamentales. Aunque no es éste un tema totalmente pacífico ni cerrado, sí existe consenso respecto del carácter fundamental de ciertos derechos humanos que constituyen un núcleo duro protegido por normas jurídicas internacionales de carácter imperativo y que, por tanto, sirven como referencia para construir el tipo de persecución como crimen contra la humanidad.

No obstante, considerar que la acción típica consiste en una privación sólo de derechos fundamentales ha planteado serios inconvenientes a la hora de aplicar el crimen, ya que se ha constatado que, con frecuencia, su comisión implica la violación de derechos humanos que no alcanzan a tener ese carácter fundamental. Por ello, en la práctica, la jurisprudencia ha relativizado con cierta frecuencia este criterio, considerando también persecutorios atentados contra otros derechos no fundamentales, siempre que sean graves.

14/2-T, *cit.*, párr. 189; *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, sentencia de instancia, 3 de marzo de 2000, párr. 235; *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-T, *cit.*, párr. 184 y 194; *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, *cit.*, párr. 431; *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, caso n° IT-98-34-T, *cit.*, párr. 634.

¹³¹ El requisito de que la acción u omisión tenga un efecto discriminatorio está establecido jurisprudencialmente, pero esa exigencia no encuentra su correlato en el ámbito del ECPI, como se verá a lo largo de este apartado.

¹³² ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 572.

¹³³ MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del Delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007 (4ª ed.), p. 232.

(ii) A consecuencia de esa reelaboración de la acción típica, la jurisprudencia se ha visto obligada a fijar con más precisión los perfiles de lo que denomina el *acto persecutorio*, esto es, la acción u omisión de carácter discriminatorio que resulta en la privación grave de derechos fundamentales, y que constituye la acción típica del crimen contra la humanidad de persecución. Esta noción constituye el núcleo central de la construcción jurisprudencial del elemento objetivo, por lo que las sucesivas sentencias del TPIY han servido para precisar los criterios que delimitan su contenido, y que han terminado por superar el tratamiento que se da a la cuestión en el ECPI.

Sin embargo, tampoco por esta vía se solventan todos los problemas de aplicación del crimen, puesto que para la jurisprudencia *acto persecutorio* y *persecución* no son nociones equivalentes, sino que el acto persecutorio es la acción u omisión típica de la persecución, mientras que la segunda alude a una planificación o política dentro de la cual se cometen los actos persecutorios. Ahora bien, pese a ser el acto persecutorio la acción típica de la persecución, un único acto no necesariamente se considera constitutivo de un crimen contra la humanidad de persecución. De ahí que, en su lugar, la jurisprudencia opte por recurrir a una *valoración contextual* de actos de muy diversa naturaleza para apreciar la existencia de una persecución, en la que todos ellos quedan englobados.

(iii) Esa valoración contextual –o, lo que es lo mismo, el considerar de forma global el contexto en el que han tenido lugar los actos persecutorios- permite, finalmente, determinar el nivel de gravedad que debe caracterizar a la privación de derechos. Se trata de un requisito discutible, en la medida en que no se cuantifica conforme a parámetros objetivos, y, por consiguiente, es otra fuente de imprecisión en la definición del crimen. Al respecto, la jurisprudencia internacional ha llevado a cabo un interesante esfuerzo de sistematización de los parámetros que deben guiar la valoración de la gravedad de los actos persecutorios, que, sin embargo, se diluye en el excesivo casuismo resultante.

A continuación se desarrollarán estos tres puntos más detalladamente, comenzando por valorar la exigencia de que se produzca una privación de derechos fundamentales para poder apreciar un crimen contra la humanidad de persecución (§ 2.1), delimitando acto seguido la noción de *acto persecutorio* (§ 2.2), y examinando, por último, la exigencia de valoración conextual de los actos persecutorios (§ 2.3).

2.1. LA PRIVACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

De acuerdo con los Elementos de los Crímenes del ECPI, el elemento objetivo del crimen contra la humanidad de persecución consiste en la **privación grave de derechos fundamentales en contravención del Derecho internacional**. No se castiga, por tanto, un específico comportamiento, descrito con detalle, sino todas aquellas conductas que, con independencia de la forma en que se lleven a cabo, ocasionen el resultado prohibido, es decir, la negación de determinados derechos, concretamente aquellos considerados *fundamentales*. En efecto, no cualquier privación de derechos humanos se considera constitutiva de persecución, sino que deberá afectar a los derechos más esenciales para la persona e intrínsecos a su dignidad humana¹³⁴, una previsión razonable si se tiene en cuenta el principio de intervención mínima del Derecho penal, conforme al cual éste sólo intervendrá frente a los comportamientos lesivos graves.

No obstante, como ya se vio en el Capítulo anterior¹³⁵, la falta de acuerdo general sobre los criterios a seguir para considerar un derecho humano como fundamental hace que la identificación de una lista precisa presente una enorme dificultad¹³⁶. De hecho, la jurisprudencia penal internacional se ha abstenido hasta la fecha de establecer un elenco cerrado de derechos humanos considerados fundamentales a los efectos de la persecución, optando por evaluar caso por caso si la violación de derechos alcanza a ser persecutoria. Así, pese a que la Sala de Instancia del TPIY en el asunto *Kupreškić* definió la persecución como la negación flagrante, por motivos discriminatorios, de un derecho fundamental, no consideró conveniente identificar cuáles son esos derechos fundamentales, argumentando que los intereses de la justicia “would not be served by so

¹³⁴ Se parte aquí de la premisa de que la referencia a los “derechos fundamentales” contenida en el artículo 7.2.g) ECPI presupone la existencia de dos categorías de derechos humanos –siendo unos más fundamentales que otros-. Sin embargo, no puede excluirse la posibilidad de que no se pretendiera hacer distinción alguna y se esté utilizando la expresión “derechos fundamentales” como sinónima de “derechos humanos” (sobre el uso intercambiable de éstas y otras expresiones similares en el Derecho internacional de los derechos humanos *vid.* MERON, T., *Human Rights Law-Making in the United Nations. A Critique of Instruments and Process*, Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 178; PARTSCH, K. J., “Article 55 (c)”, *cit.*, p. 779). Ahora bien, si así fuera se estaría expandiendo injustificadamente el alcance del Derecho internacional penal a violaciones de derechos que no alcanzarían el mismo grado de gravedad, comprometiendo el principio de intervención mínima del Derecho penal y activando los mecanismos penales internacionales ante supuestos que deberían resolverse en instancias del orden interno o internacionales de derechos humanos.

¹³⁵ *Vid. supra* Capítulo III, apartado 1.2.

¹³⁶ MERON, T., “On a Hierarchy of International Human Rights”, *AJIL*, vol. 80 (1), 1986, p. 6; HEINZE, E., “Beyond Parapraxes: Right and Wrong Approaches to the Universality of Human Rights Law”, *NQHR*, vol. 12 (4), 1994, p. 370; VERZIJL, J. H. W., *Human rights in historical perspective*, Haarlem: J. Enschedé en Zonen, 1958, pp. 10-11.

doing, as the explicit inclusion of particular fundamental rights could be interpreted as the implicit exclusion of other rights (*expressio unius est exclusio alterius*)”¹³⁷. De todos modos, esta posición del TPIY es harto criticable: nada le habría impedido fijar al menos una lista orientativa de derechos fundamentales, que podía perfectamente haber sido una lista abierta; antes al contrario, el no hacerlo pone de relieve que la noción de persecución, que se considera la acción típica de un crimen y en consecuencia su realización genera responsabilidad penal, se asienta sobre un concepto normativo cuyo contenido no está claramente establecido. En aras de una mayor seguridad jurídica, habría sido deseable que se hubiera hecho un esfuerzo por especificar al menos algunos de los derechos cuya violación constituiría un crimen contra la humanidad de persecución, aunque, ciertamente, ello es tanto como reclamar que se defina con precisión la noción de *persecución* y su específico ámbito de aplicación.

Para solventar esta carencia y poder avanzar en el estudio de la persecución, nos remitimos aquí a la lista de derechos fundamentales elaborada en el Capítulo III, en la que se incluyen todos 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; 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); el derecho a que se observen los principios fundamentales de juicio imparcial, y, finalmente, ciertos aspectos de la prohibición de discriminación y de la protección de las minorías¹³⁸.

En principio no parece demasiado controvertido afirmar que, atendiendo estrictamente a la definición de *persecución* recogida en el ECPI, podrían considerarse persecutorios todos aquellos actos que atenten contra los derechos indicados, siempre que concurren el resto de elementos requeridos para apreciar un crimen contra la humanidad de persecución. Pero ello está lejos de resolver los problemas de concreción de que adolece

¹³⁷ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso nº IT-95-16-T, *cit.*, párr. 623. *Vid.* ROBERTS, K., “The Law of Persecution Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *LJIL*, vol. 15 (3), 2002, p. 625.

¹³⁸ *Vid. supra* Capítulo III, apartado 1.2.

esta modalidad criminal, y ello principalmente por dos motivos:

(i) Por una parte, ésta no pretende ser una lista cerrada, por lo que podría defenderse la inclusión de otros derechos supuestamente fundamentales cuya violación constituiría una persecución, sin más límites para ampliarla que la acreditación de su pertenencia al *ius cogens*. Sin embargo, ni siquiera esta condición ayudaría a fijar una lista cerrada, porque tampoco el catálogo de normas imperativas lo está. En este sentido, MERON ve con reservas el recurso al *ius cogens* como criterio de identificación de los derechos fundamentales, porque entonces se plantea la dificultad aún mayor de determinar qué normas son imperativas¹³⁹.

(ii) Por otra parte, afirmar que la conducta persecutoria consiste en una lesión de derechos fundamentales de la persona es tanto como decir que la persecución lesiona la obligación jurídica general de respetar los derechos fundamentales para la protección de la dignidad humana. O lo que es lo mismo: así formulado, el elemento objetivo de la persecución como crimen contra la humanidad consiste en lesionar el bien jurídico protegido de forma general por la categoría de los crímenes contra la humanidad, y cuyas diferentes manifestaciones constituyen el objeto de la prohibición penal de cada uno de los tipos que la integran, de los que en general se puede afirmar que consisten en violaciones graves de derechos fundamentales¹⁴⁰.

Que la persecución viola algún derecho fundamental es algo que se presupone desde el momento en que se la considera una modalidad de crimen contra la humanidad, por lo que, así definido, el elemento objetivo no aporta absolutamente nada a la especificidad del crimen. Antes al contrario, provoca la superposición de la persecución a otras modalidades dentro de la categoría, dado que, en puridad de términos, la persecución podrá consistir,

¹³⁹ MERON, T., *Human Rights Law...*, cit., p. 184; MERON, T., "On a Hierarchy...", cit., p. 9; vid. también SIMMA, B. & ALSTON, P., "The Sources...", cit., pp. 103-104. BUERGENTHAL y MCKAY utilizan como parámetro de referencia el concepto de *graves violaciones de derechos humanos* ("genocide, apartheid and racial discrimination, mass killings, widespread acts of torture and other inhuman treatment, as well as mass arrests and imprisonment without trial" -BUERGENTHAL, T., "Codification and Implementation of International Human Rights", 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. 17-, a los que MCKAY añade "freedom from gross discrimination" - MCKAY, R. B., "What next?", en: *ibid.*, p. 68), de manera que los derechos humanos fundamentales serán aquellos subsumidos en este concepto.

¹⁴⁰ Es sintomática a este respecto la sugerencia del CDH de evaluar el alcance de una suspensión legítima de las disposiciones del PIDCP en función de la calificación de ciertas violaciones de los derechos humanos como crímenes de lesa humanidad (CDH, *Observación General n° 29*, cit., párr. 12, p. 284).

por ejemplo, en un atentado contra la vida, la integridad física o moral, ciertos aspectos de la libertad de movimiento o las mínimas garantías judiciales. Sin embargo, esos derechos ya quedan protegidos con la prohibición de otros crímenes contra la humanidad, como el asesinato, el exterminio, la tortura, los relativos a la violencia sexual, las detenciones arbitrarias o las desapariciones forzadas,... Incluso la discriminación por motivos raciales quedaría ya cubierta (al menos parcialmente) por el crimen de *apartheid*, y, a modo de cláusula de cierre, cualquier otra violación de derechos fundamentales que no quedara cubierta por estos crímenes podría reconducirse al crimen de actos inhumanos.

Ciertamente, la especialidad del crimen contra la humanidad de persecución se ha hecho residir tradicionalmente en el elemento subjetivo, y más concretamente en la especial intención de discriminar. Ahora bien, configurar el elemento objetivo del crimen sobre la base de los derechos fundamentales supone extrapolar a la acción típica del crimen la misma indefinición que existe respecto de la lista de derechos humanos que pueden ser considerados fundamentales. Por ende, los comportamientos constitutivos de persecución no están tasados (pues tampoco lo están los derechos fundamentales), lo que choca con principios penales básicos como el principio de legalidad penal y el principio de seguridad jurídica.

En consecuencia, la primera y principal crítica que se ha de hacer a la definición de *persecución* contenida en el ECPI -y que en este punto es en buena medida seguida por la jurisprudencia internacional- es su falta de concreción, que resulta en una dudosa autonomía de esta modalidad criminal. Así definida, la persecución y cada uno de los demás crímenes contra la humanidad se solapan en el elemento objetivo¹⁴¹; por lo tanto, cualquiera de los crímenes contra la humanidad puede ser constitutivo de persecución si se comete con ánimo discriminatorio, lo que hace innecesaria la incorporación de la persecución como un crimen específico dentro de la categoría de los crímenes contra la humanidad.

No obstante, el consenso generalizado sobre su carácter de crimen contra la humanidad específico y autónomo apunta a la existencia de un cierto acuerdo sobre la concurrencia en la persecución de algún elemento que la dota de particularidad y que la distingue del resto de modalidades criminales recogidas en la categoría. Pero, por lo general, dicha

¹⁴¹ El TPIY ha reconocido que “the *actus reus* of persecution overlaps with the *actus reus* of other Article 5 crimes”, por lo que la única distinción entre ambos reside en el elemento subjetivo (ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 217; también *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 607).

especificidad se hace residir en el especial ánimo discriminatorio que acompaña a las conductas persecutorias¹⁴², es decir, en el elemento subjetivo, pese a que sea discutible la razonabilidad de fundamentar la tipificación de la persecución como crimen contra la humanidad en la necesidad de incriminar una intención, y no una conducta, lo que rompe el esquema de configuración que siguen el resto de crímenes contra la humanidad.

La aplicación del crimen con un elemento objetivo así construido no resulta sencilla. Al menos así se deduce de los esfuerzos de los tribunales penales internacionales, y más concretamente del TPIY, por delimitar de forma más precisa el elemento objetivo de la persecución como crimen contra la humanidad, que lo han llevado a construirlo en torno a la noción de *acto persecutorio* (es decir, un acto u omisión con efectos discriminatorios), al que ulteriormente se deberá añadir el elemento subjetivo consistente en la voluntad de cometer el acto concurriendo un especial ánimo discriminatorio con la intención de impedir el disfrute por parte de un particular de un derecho básico o fundamental¹⁴³.

2.2. LA NOCIÓN JURISPRUDENCIAL DE ACTO PERSECUTORIO.

Las imprecisiones de la noción de *persecución* propuesta por el ECPI han obligado al TPIY a tratar de perfilar mejor sus elementos, sobre todo el elemento objetivo, en relación con el cual ha procurado fijar algunos criterios generales de aplicación que objetivicen la valoración de la existencia o no de una persecución.

En particular, la gran aportación jurisprudencial es el haber intentando identificar la conducta típica del crimen contra la humanidad de persecución, aunque los resultados no sean plenamente satisfactorios. Así, de acuerdo con la jurisprudencia del TPIY, la conducta típica en la persecución como crimen contra la humanidad es el *acto persecutorio*, que puede definirse como una **acción u omisión de carácter**

¹⁴² Por ejemplo, afirma SUNGA que el principal elemento de la persecución “is not a particular degree of appresion, subjugation or tyranny, but the presence of discrimination according to a prohibited ground” (SUNGA, L. S., *The Emerging System of International Criminal Law. Developments in Codification and Implementation*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1997, p. 148). La jurisprudencia corrobora este planteamiento. Al respecto ha señalado el TPIY que no es necesario tener un acto separado de naturaleza inhumana para que haya persecución: la discriminación misma hace el acto inhumano (ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 697), puesto que “what distinguishes the crime of persecution is that it is committed on discriminatory grounds” (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 607; también *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 217).

¹⁴³ Vid. ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 715; *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-T, *cit.*, párr. 184.

discriminatorio, fundamentada en motivos prohibidos por el Derecho internacional, que resulta en la privación grave de derechos fundamentales.

Como se puede observar, también la acción típica manejada por el TPIY mantiene la exigencia de que ésta resulte en una privación de derechos fundamentales. Pero, a diferencia del ECPI, ha entendido que no basta con esa privación por motivos discriminatorios para poder apreciar una persecución, sino que además es necesario que el acto en sí mismo tenga efectos discriminatorios.

De acuerdo con esta propuesta jurisprudencial, se debe distinguir entre la persecución y lo que el Tribunal ha dado en denominar *actos persecutorios*. Estos últimos son los que constituirán la conducta típica del crimen, mientras que, de acuerdo con el TPIY, sólo habrá propiamente una persecución cuando junto al acto persecutorio concurra la especial intención discriminatoria propia de esta modalidad criminal.

Además, lo cierto es que en la práctica no siempre se respeta la exigencia de que se produzca una privación de derechos fundamentales para apreciar una persecución. Por el contrario, la jurisprudencia ha estimado con cierta frecuencia la existencia de persecución incluso por actos que no suponían en sentido estricto una lesión de derechos fundamentales, con lo que se pone de manifiesto una clara divergencia entre la noción restrictiva de *persecución* promovida por los Estados en el marco del ECPI y el más amplio tratamiento que recibe ante los órganos judiciales, como evidencia el análisis de la casuística en la materia.

Dada la relevancia del acto persecutorio en la construcción jurisprudencial del crimen contra la humanidad de persecución, se impone detenerse en el estudio de su rasgo característico —el efecto discriminatorio— (§ A), para tratar posteriormente de sistematizar la gran variedad de actos que han sido considerados persecutorios (§ B).

A) El efecto discriminatorio del acto.

Para que un acto u omisión sea considerado persecutorio, ha de tener un efecto discriminatorio. De acuerdo con el TPIY, la incorporación de la discriminación al elemento objetivo implica que el acto o la omisión “must in fact have discriminatory

consequences rather than merely be done with discriminatory intention”¹⁴⁴.

Si bien el Tribunal no aclara cuándo las consecuencias del acto serán discriminatorias, retomando los criterios seguidos por la jurisprudencia internacional en el ámbito de los derechos humanos parece lógico pensar que eso ocurrirá siempre que las personas sean tratadas de manera distinta en el disfrute de sus derechos fundamentales, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello en virtud de los fines perseguidos y de los medios empleados, y se produzca esa discriminación de forma directa o indirecta. En consecuencia, para el TPIY el resultado punible no será de forma general la privación de derechos fundamentales, sino el **sometimiento efectivo de los miembros de un grupo determinado a un trato discriminatorio**¹⁴⁵.

Con esta exigencia, el TPIY ha modulado la tradicional concepción de la persecución como una modalidad criminal que se caracteriza por su particular intención, estimando que la discriminación no sólo es relevante en el plano subjetivo, sino que también forma parte del elemento objetivo, y así lo afirmó expresamente la Sala de Instancia I en el asunto *Krnojelac*¹⁴⁶, fundamentándose en decisiones precedentes¹⁴⁷. Aunque este requisito pudiera parecer tautológico -en la medida en que se requiere que el acto persecutorio sea un acto con efecto discriminatorio que haya sido cometido con ánimo discriminatorio-, lo cierto es que teóricamente no sería así. Téngase en cuenta que la exigencia de un efecto discriminatorio, además de una intención discriminatoria, favorece una protección más amplia frente a la discriminación, ya que cualquier medida que tenga por efecto una distinción deberá tener una justificación objetiva, con independencia de la intención subyacente a su adopción¹⁴⁸, pues de lo contrario estará dando lugar a una discriminación.

¹⁴⁴ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, *cit.*, párr. 432.

¹⁴⁵ Aunque en el ETPIY no se exige que el acto sea discriminatorio, el TPIY ha entendido que “this is a necessary implication of the occurrence of an act or omission on a discriminatory basis” (ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, *cit.*, párr. 432; *vid.* también *Prosecutor v. Vasiljević*, caso n° IT-98-32-T, sentencia de instancia, 29 de noviembre de 2002, párr. 244).

¹⁴⁶ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, *cit.*, párr. 432.

¹⁴⁷ El TPIY lo deduce de la exigencia de que haya “a persecutory act or omission and a discriminatory basis for that act or omission on one of the listed grounds” (cursiva añadida) en el asunto *Tadić* (ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 715); de que el acto se cometa “on discriminatory grounds” en el asunto *Kupreškić* (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 621), analizados por el Tribunal como algo distinto al requisito de la intención discriminatoria (*ibid.*, párr. 633); o de que exista “a discriminatory act or omission” (cursiva añadida) en el asunto *Kordić* (ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 189), en el que además se requiere la comisión del acto “on discriminatory grounds” (*ibid.*, párr. 203).

¹⁴⁸ SEDLER, R. A., “The Role of ‘Intent’ in Discrimination Analysis”, en: LOENEN, T. & RODRIGUES, P. R. (eds.), *Non-Discrimination...*, *cit.*, p. 95.

En consecuencia, al menos hipotéticamente también quedarían incluidas dentro de la noción de *acto persecutorio* aquellas medidas que produjeran una discriminación indirecta, aunque al adoptarlas no hubiera intención de discriminar¹⁴⁹. No obstante, una interpretación tan amplia queda descartada desde el momento en que se mantiene la exigencia de que concurra además el ánimo de discriminar, lo que determina que la discriminación deba ser siempre directa e intencionada.

En el asunto *Krnojelac* se argumentó que el ánimo discriminatorio no basta para apreciar una persecución, sino que debe combinarse con la exigencia de discriminación también en el *actus reus*, dado que, sin este último requisito, “an accused could be convicted of persecution without anyone actually having been persecuted”¹⁵⁰. Además, ello afectaría directamente a la relación entre el crimen contra la humanidad de persecución y otros crímenes contra la humanidad, puesto que, de otra manera, “the distinction between the crime of persecution and other crimes” perdería prácticamente su sentido al ser el primero privado de los elementos que lo distinguen de otros actos prohibidos, “such as murder and torture, which have as their object the protection of individuals irrespective of any group association”¹⁵¹. Este argumento pone de relieve que, si bien algunas sentencias precedentes habían reconocido que el elemento objetivo de la persecución como crimen contra la humanidad es idéntico al de otros crímenes contra la humanidad¹⁵², los inconvenientes que de ello se pueden derivar para el adecuado análisis de los supuestos de persecución no han pasado desapercibidos para el TPIY.

La caracterización del acto persecutorio como un acto con efectos discriminatorios suscita dos cuestiones de relevancia, principalmente: la exigencia o no de que la víctima pertenezca efectivamente a un grupo determinado para que el acto se considere discriminatorio (§ a) y en qué medida ello implica una protección de grupos, más que de individuos (§ b).

a) *La pertenencia de la víctima a un grupo determinado.*

El TPIY aplicó en la sentencia de instancia en el asunto *Krnojelac* un criterio

¹⁴⁹ *Vid. supra* apartado 1.1.

¹⁵⁰ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, *cit.*, párr. 432; *Prosecutor v. Vasiljević*, caso n° IT-98-32-T, *cit.*, párr. 245.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 607; *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 217.

restrictivo a la hora de apreciar la existencia de discriminación, considerando que la misma se produciría sólo cuando el acto estuviera **efectivamente dirigido contra un miembro del grupo perseguido**¹⁵³. De esta forma se desmarcaba de la posición anteriormente mantenida por la Sala de Instancia en el asunto *Kvočka*, donde se había estimado que el requisito a verificar es la concurrencia de motivos discriminatorios, y no la pertenencia efectiva a un grupo en particular¹⁵⁴; por consiguiente, de acuerdo con la opinión del TPIY en el asunto *Kvočka*, no sería preciso demostrar que la víctima presenta los rasgos propios del grupo, sino que el elemento discriminatorio requerido en la persecución como crimen contra la humanidad se satisface incluso si una agresión se dirige contra una persona determinada porque se sospecha que pertenece al grupo perseguido, aunque después resulte que esa sospecha es errónea¹⁵⁵.

El planteamiento defendido en *Kvočka* ha sido interpretado por ROBERTS como un

¹⁵³ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, *cit.*, párr. 432; *Prosecutor v. Vasiljević*, caso n° IT-98-32-T, *cit.*, párr. 245. Para ilustrar sus argumentos, la Sala de Instancia en el asunto *Krnojelac* pone el siguiente ejemplo: "If a Serb deliberately murders someone on the basis that he is Muslim, it is clear that the object of the crime of persecution in that instance is to provide protection from such discriminatory acts to members of the Muslim religious group. If it turns out that the victim is not Muslim, to argue that this act amounts nonetheless to persecution if done with a discriminatory intent needlessly extends the protection afforded by that crime to a person who is not a member of the listed group requiring protection in that instance (Muslims)" (ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, *cit.*, nota 1293). Por consiguiente, el criterio flexible habitualmente seguido por el TPIY a la hora de determinar la pertenencia a un grupo (por ejemplo en relación con el crimen de genocidio) no sería aplicable, sino que habría que demostrar necesariamente la pertenencia del sujeto pasivo al grupo perseguido, lo que no es en absoluto una tarea fácil, como se verá con posterioridad (*vid. infra* apartado 3.2.G).

Ahora bien, en este asunto en concreto, el TPIY esquiva este problema recurriendo a la determinación por exclusión que realiza el grupo perseguidor, esto es, distingue entre serbios y no serbios. En consecuencia, los actos discriminatorios contra no serbios son constitutivos de persecución, mientras que los mismos actos cometidos por serbios contra serbios no lo serían, aunque tuvieran un efecto discriminatorio. Pese a que ese criterio de delimitación del grupo perseguido en función de la percepción del perseguidor es habitualmente aplicado por el TPIY y resulta muy útil para liberar la identificación de las víctimas de los rigores indeseables que se derivarían de verificar su efectiva pertenencia al grupo, lo cierto es que quita importancia al hecho de que un grupo particular resulte realmente protegido o no (desde luego, los no serbios no pueden considerarse un grupo con una identidad propia). Por tanto, la Sala incurre en una clara incoherencia, como es definir el formar parte de un grupo por exclusión cuando previamente ha establecido que el efecto discriminatorio se verifica precisamente por la pertenencia al grupo, cuestión que, sin embargo, no resuelve. Téngase además en cuenta que, si bien la jurisprudencia del TPIY ha admitido el recurso al criterio de delimitación de grupos por exclusión (*vid. ICTY, Prosecutor v. Jelisić*, caso n° IT-95-10-T, sentencia de instancia, 14 de diciembre de 1999, párr. 71), la tendencia más reciente apunta a una restricción del alcance de ese criterio (*vid. ICTY, Prosecutor v. Stakić*, caso n° IT-97-24-A, sentencia de apelación, 22 de marzo de 2006, párr. 20-28. Sobre las dificultades para establecer criterios de delimitación de la pertenencia a un grupo, *vid. infra* apartado 3.2.G de este Capítulo).

¹⁵⁴ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-T, *cit.*, párr. 197. Este extremo no fue contestado en apelación.

¹⁵⁵ En palabras del TPIY, "if a person was targeted for abuse because she was suspected of belonging to the Muslim group, the discrimination element is met even if the suspicion proves inaccurate" (*ibid.*, párr. 195). Por consiguiente, para apreciar la persecución no sería preciso que el acto suponga un daño *de facto* para un miembro del grupo perseguido (*vid. ROBERTS, K., "The Law..."*, *cit.*, p. 627).

intento de compensar las limitaciones competenciales del TPIY, dado que la Sala de Instancia estaría apreciando un crimen contra la humanidad de persecución cuando en realidad sólo existiría una tentativa de persecución (cuyo enjuiciamiento no entraría dentro de la competencia del TPIY¹⁵⁶), al no producirse una verdadera discriminación¹⁵⁷. Además, según este autor, las previsiones del ECPI y una aplicación análoga a la del crimen de genocidio (con el que la persecución presenta un gran parecido, al requerir ambos un especial ánimo discriminatorio¹⁵⁸) sustentarían las conclusiones alcanzadas en *Krnjelac*, en contra de las afirmaciones de la Sala de Instancia en el asunto *Kvočka*¹⁵⁹.

En un intento por conciliar esta concepción amplia del grupo perseguido mantenida en el asunto *Kvočka* y la exigencia de que el acto tenga un efecto discriminatorio defendida en el asunto *Krnjelac*, la Sala de Instancia precisó en el asunto *Naletilić y Martinović* que hay discriminación cuando una persona “is targeted on the basis of religious, political or racial considerations”, sin que ello implique que el grupo perseguido deba estar únicamente integrado por “persons who *personally* carry the (religious, racial or political) criteria of the group”, sino que ha de interpretarse en sentido amplio, de manera que el perseguidor puede considerar que también forman parte del mismo otras personas estrechamente vinculadas al mismo o simpatizantes¹⁶⁰. En tales casos, según la Sala de

¹⁵⁶ Al TPIY sólo se le atribuyó competencia para conocer de los crímenes contra la humanidad consumados, sin que pueda deducirse responsabilidad penal internacional por la comisión del delito en otro grado, a diferencia, por ejemplo, de lo previsto respecto del genocidio en el artículo 4.3 ETPIY, respecto del cual se consideran también punibles los actos preparatorios (como la conspiración para cometer genocidio o la instigación directa y pública a cometer genocidio) y actos ejecutivos distintos de la comisión, como es el caso de la tentativa de genocidio. DE THAN y SHORTS achacan esta limitación competencial a la necesidad de respetar el Derecho internacional consuetudinario en el momento de elaboración de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* (DE THAN, C. & SHORTS, E., *International Criminal Law and Human Rights*, London: Sweet & Maxwell, 2003, p. 9).

La primera regulación convencional en el ámbito del Derecho internacional penal que establece responsabilidad penal por tentativa se encuentra en el artículo 25.3.f) ECPI, conforme al cual “será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: [...] Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo” (sobre esta cuestión, *vid.* CRYER, R., “General Principles of Liability in International Criminal Law”, en: MCGOLDRICK, D., ROWE, P. & DONNELLY, E., *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2004, pp. 253-254).

¹⁵⁷ ROBERTS, K., “The Law of Persecution...”, *cit.*, pp. 627-628.

¹⁵⁸ Se ha dicho al respecto que la persecución pertenece al mismo *genus* que el genocidio (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso nº IT-95-16-T, *cit.*, párr. 636).

¹⁵⁹ ROBERTS, K., “The Law of Persecution...”, *cit.*, pp. 628-629.

¹⁶⁰ ICTY, *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, caso nº IT-98-34-T, *cit.*, párr. 636; *vid.* también *Prosecutor v. Simić et al.*, caso nº IT-95-9-T, sentencia de instancia, 15 de octubre de 2003, párr. 49.

Instancia, se produce una discriminación de hecho de las víctimas en razón de quién o qué son según la percepción del perseguidor¹⁶¹. Por esta interpretación se decantó también la Sala de Apelación en el asunto *Krnojelac*: rechazando el planteamiento de la Sala de Instancia, estimó que también habrá persecución cuando una persona sea objeto de una agresión motivada por creer erróneamente el perseguidor que aquella pertenece al grupo perseguido, pese a no ser así, ya que dicha persona será víctima de una discriminación de hecho como resultado de la voluntad de discriminar a un grupo por motivos prohibidos¹⁶².

La exigencia de que el acto tenga consecuencias discriminatorias, aun respecto de personas que no pertenezcan estrictamente al grupo perseguido, es una propuesta de aplicación de la persecución como crimen contra la humanidad interesante, en la medida en que la flexibilidad con la que se identifican las víctimas de una persecución hace que su pertenencia real a un grupo protegido tenga una trascendencia menor. En consecuencia, en una situación contextual de discriminación, cualquier persona podría ser víctima de una persecución sin necesidad de acreditar su pertenencia a un grupo determinado. Sin embargo, no parece que sea la intención de los jueces del TPIY reinterpretar el crimen contra la humanidad de persecución como una modalidad criminal que castigue la discriminación contra cualquier persona; al contrario, esta interpretación flexible se sustenta precisamente en la concepción de la persecución como un comportamiento criminal que ataca a un grupo, lo que resta relevancia al hecho de que se discrimine efectivamente a quienes forman parte del mismo.

b) *El sujeto pasivo del crimen contra la humanidad de persecución: ¿individuos o grupos?*

Por comparación con el crimen de genocidio, una cuestión de interés que se suscita en relación con el crimen contra la humanidad de persecución es si la exigencia de que tenga carácter discriminatorio supone otorgar protección a determinados grupos –como ocurre en el crimen de genocidio–, más que a los individuos –como básicamente se pretende con la tipificación de los crímenes contra la humanidad–.

¹⁶¹ ICTY, *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, caso n° IT-98-34-T, *cit.*, párr. 636.

¹⁶² Según la Sala de Apelación: “[...] a Serb mistaken for a Muslim may still be the victim of the crime of persecution. The Appeals Chamber considers that the act committed against him institutes discrimination in fact, *vis-à-vis* the other Serbs who were not subject to such acts, effected with the will to discriminate against a group on grounds of ethnicity” (ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-A, sentencia de apelación, 17 de septiembre de 2003, párr. 185).

Los Elementos de los Crímenes del ECPI recogen una posición intermedia, al disponer que será un elemento de la persecución como crimen contra la humanidad el que “el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas en razón de la identidad de un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales”¹⁶³. A tenor de esta precisión, el crimen contra la humanidad de persecución puede *a priori* tener dos tipos de sujeto pasivo: el individuo (como todos los demás crímenes contra la humanidad) o el grupo (como el crimen de genocidio)¹⁶⁴.

Por su parte, la jurisprudencia del TPIY oscila entre dos posiciones, defendiendo tanto que el crimen contra la humanidad de persecución se dirige contra los individuos –lo que lo distingue del genocidio, que se dirige contra el grupo-¹⁶⁵ como que su prohibición busca proteger grupos con una identidad propia¹⁶⁶, más que la protección de los individuos frente a la discriminación, y así lo confirma la exigencia de un especial ánimo discriminatorio, esto es, que las víctimas sean elegidas en virtud de su pertenencia a un grupo determinado (el grupo perseguido)¹⁶⁷. Mantener la primera posición supondría

¹⁶³ CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *Parte II.B, cit.*, “Artículo 7 1) h). Crimen de lesa humanidad de persecución”, p. 125, párr. 2.

¹⁶⁴ BOOT, M., *Genocide...*, *cit.*, § 498, p. 523; WITSCHER, G. & RÜCKERT, W., “Article 7(1)(h)-Crime Against Humanity of Persecution”, en: LEE, R. S. (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley: Transnational Publishers, 2001, p. 97 (sobre la bipolarización de los Estados en la Conferencia de Roma respecto de este punto, *vid. ibid.*, pp. 95-96).

¹⁶⁵ Así, en el asunto *Kvočka* se señaló que “discriminatory grounds form the requisite criteria, not membership in a particular group” (ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-98-30/1-T, *cit.*, párr. 197). Llama la atención la posición adoptada en instancia en el asunto *Krstić*, en el que el TPIY entendió que el genocidio exige la intención de destruir a un grupo, lo que lo distingue de la persecución, que requiere intención de discriminar a las personas por motivos prohibidos (ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, caso n° IT-98-33-T, *cit.*, párr. 553), para llegar a la conclusión de que el genocidio abarca el comportamiento persecutorio y por tanto sólo se puede condenar por este crimen (*ibid.*, párr. 684), lo que se puede interpretar como una afirmación de que, en definitiva, no hay diferencia entre la persecución como crimen contra la humanidad y el genocidio (MAGNUSSON, K., “Genocide as a Concept in Law and Scholarship: A Widening Rift?”, en: AA.VV., *Festschrift till Anders Fogelklou*, Uppsala: Iustus Förlag, 2008, pp. 177-178).

¹⁶⁶ Frente a la opinión defendida en el asunto *Kvočka* (*vid. nota anterior*), la Sala de Instancia en el asunto *Krnjelac* opinó que esta afirmación estaría negando el interés protegido por el crimen, contraargumentando que “even the relevant discriminatory intent necessarily assumes that the victim is a member of a political, racial or religious group” (ICTY, *Prosecutor v. Krnjelac*, caso n° IT-97-25-T, *cit.*, nota 1294). De acuerdo con el TPIY en este asunto, el crimen contra la humanidad de persecución “has as its object the protection of members of political, racial and religious groups from discrimination on the basis of belonging to one of these groups” (*ibid.*, nota 1293). *Vid.* también ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 235, indicando que “the perpetrator of the acts of persecution does not initially target the individual but rather membership in a specific racial, religious or political group”; *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 636, señalando que el genocidio y la persecución pertenecen al mismo género y que se caracterizan por ser crímenes “perpetrated against persons that belong to a particular group and who are targeted because of such belonging”; en el mismo sentido *Prosecutor v. Jelisić*, caso n° IT-95-10-T, *cit.*, párr. 68.

¹⁶⁷ Por ejemplo, pese a la concepción flexible del grupo perseguido defendida en el asunto *Naletilić & Martinović*, el TPIY parte de la premisa de que existe una base discriminatoria “where a person is targeted

poner un mayor énfasis en el efecto discriminatorio del acto y quitar relevancia al específico motivo discriminatorio subyacente a la discriminación, mientras que en el segundo supuesto, no cualquier discriminación serviría para apreciar un crimen contra la humanidad de persecución, sino únicamente aquellas basadas en alguno de los motivos prohibidos por el Derecho internacional.

El hecho es que, efectivamente, no cualquier discriminación es hoy por hoy relevante a los efectos de apreciar un crimen contra la humanidad de persecución, y que, tal y como señala el artículo 7.2.g) ECPI, por *persecución* se entenderá “la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional *en razón de la identidad del grupo o de la colectividad*” (cursiva añadida). Ello lleva a excluir que mediante la prohibición de la persecución como crimen contra la humanidad se pretenda proteger a cualquier persona, sino solamente a las personas que pertenecen a los grupos legalmente previstos y en tanto que miembros de estos, y no por cualquier otra razón distinta a su identidad colectiva. Esta constatación parece corroborar que el sujeto pasivo de esta modalidad criminal sería el grupo “y no un simple individuo discriminado de forma aislada”¹⁶⁸. En consecuencia, es discutible que en su configuración actual la persecución como crimen contra la humanidad esté dirigida a proteger derechos individuales, como ocurre con el resto de crímenes contra la humanidad, sino que su finalidad más bien parece ser la de proteger grupos con una identidad propia.

En este punto se produce entonces un desfase entre el crimen contra la humanidad de persecución y el resto de crímenes contra la humanidad, esta vez en cuanto a las personas que son objeto de protección: mientras que estos últimos, en su configuración vigente, pretenden proteger a individuos, con la persecución se quiere proteger no tanto a individuos como a determinados grupos, como se refleja tanto en la práctica jurisprudencial como en el ECPI -lo que lleva a concluir que ese es el objetivo buscado por los Estados mediante la tipificación del crimen-. Además, así construido, el elemento objetivo del crimen contra la humanidad de persecución introduce limitaciones al sujeto activo del conjunto de la categoría, pues no basta con pertenecer a la población civil

on the basis of religious, political or racial considerations, i.e. for his or her membership in a certain victim group that is targeted by the perpetrator group” (ICTY, *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, caso nº IT-98-34-T, *cit.*, párr. 636).

¹⁶⁸ TORRES PÉREZ, M., *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 195; *vid.* también DE THAN, C. & SHORTS, E., *International Criminal Law and Human Rights*, London: Sweet & Maxwell, 2003, p. 105.

contra la que se dirige el ataque para quedar bajo la cobertura de la norma que prohíbe los crímenes contra la humanidad, sino que además se ha de pertenecer a un grupo específico dentro de la misma, con lo que se añade una exigencia más onerosa de lo que requiere la cláusula general de la categoría¹⁶⁹.

Ahora bien, si se reformulara el crimen contra la humanidad de persecución para que protegiera exclusivamente a individuos, la cuestión que habría que plantearse entonces es si tiene sentido defender que es necesario un crimen contra la humanidad discriminatorio. En teoría, la amplitud con la que la cláusula general establece quién puede ser sujeto pasivo del mismo –esto es, quien pertenezca a la población civil objeto del ataque¹⁷⁰- prácticamente elimina cualquier posibilidad de establecer distinciones entre las potenciales víctimas que justifique un trato diferenciado entre ellas¹⁷¹. Por la propia lógica del ataque que sirve de contexto a los crímenes contra la humanidad, éste siempre resultará en violaciones de los derechos de unas personas pero no de los de otras, y, siendo como es el crimen contra la humanidad una privación de derechos fundamentales dentro de un determinado contexto que hace esa privación particularmente grave, no parece imaginable ningún supuesto en que privar de esos derechos a unas personas y no a otras pueda encontrar una justificación objetiva y razonable en virtud de los fines perseguidos y de los medios empleados¹⁷², de manera que todo ataque tendrá necesariamente un cierto efecto discriminatorio¹⁷³.

¹⁶⁹ Como consecuencia, parece *a priori* improbable que, dentro del contexto propio de los crímenes contra la humanidad, un ataque contra un individuo motivado por su raza vaya a ser calificado de persecutorio si no existe una política discriminatoria dirigida contra el grupo al que pertenece. Más bien, en ausencia de esa política, un acto discriminatorio aislado que no suponga una violación de derechos fundamentales sólo sería considerado contrario a las normas internacionales en materia de derechos humanos, mientras que un acto discriminatorio aislado que viole derechos fundamentales podría calificarse de crimen contra la humanidad (en la modalidad que sea, en función del derecho violado) con agravante de discriminación.

¹⁷⁰ *Vid.* Capítulo III, apartado 2.3.

¹⁷¹ A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con los crímenes de guerra, cuya incriminación se fundamenta precisamente en la distinción entre persona protegida/persona no protegida.

¹⁷² *Vid. supra* apartado 1.1.B.a).

¹⁷³ Que el ataque que sirve de contexto a los crímenes contra la humanidad tiene por lo general un carácter discriminatorio es incluso reconocido por la jurisprudencia internacional (ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso nº IT-95-14/2-T, *cit.*, p. 280; TDD-SECG, *Prosecutor v. Florencio Tacaqui*, caso nº 20/CG/TDD/2001, sentencia de instancia, 9 de diciembre de 2004, p. 48). Sirva como ejemplo la constatación de la CBH en la sentencia de instancia del asunto *Dušan Fuštar*, de la cual deriva el carácter discriminatorio de los actos persecutorios cometidos por el acusado: “all acts and actions within the attack against the civilian population in the Prijedor Municipality were aimed specifically at the Bosniak, Croat and other non-Serb population, whereas the Serb population went on with their lives undisturbed except for the difficulties caused by the war” (CBH, asunto *Dušan Fuštar*, caso nº X-KR-06/200-1, sentencia de instancia, 21 de abril de 2008, p. 20). Es evidente que en el ataque característico de los crímenes contra la

B) Aproximación casuística a los actos constitutivos de persecución.

Los órganos jurisdiccionales penales internacionales vienen manteniendo un criterio muy amplio a la hora de determinar los concretos actos que pueden formar parte del tipo de persecución. De entrada, la conducta típica puede consistir tanto en una acción como en una omisión. Además, la naturaleza de tales comportamientos puede ser muy diversa, incluyendo, entre otros, aquellos “of a physical, economic or judicial nature, that violate an individual’s right to the equal enjoyment of his basic rights”¹⁷⁴. Al respecto se ha afirmado que la persecución no tiene por qué consistir necesariamente en la causación de algún tipo de lesión a las personas, sino que también puede adoptar otras formas, y en particular abarcará aquellos actos que se convierten en graves no por su aparente crueldad “but by the discrimination they seek to instil within humankind”¹⁷⁵.

Sin ánimo de exhaustividad, una aproximación casuística a la práctica jurisprudencial refleja que pueden merecer la calificación de *persecutorios* actos lesivos de: a) la vida y la integridad física y psíquica; b) la libertad y seguridad personal; c) la observancia de mínimas garantías judiciales; d) la libertad de expresión y de opinión y la libertad de pensamiento, conciencia y religión; e) derechos vinculados al bienestar y desarrollo económico; f) derechos vinculados a la participación en la vida social y pública; g) la personalidad jurídica y los derechos civiles; o h) el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Dentro de estas categorías generales, es posible encontrar ejemplos¹⁷⁶ muy variados de actos específicos que han sido considerados persecutorios por la jurisprudencia, siempre que se satisfaga también el requisito de la intención discriminatoria que integra el elemento subjetivo. A continuación se enumeran algunos de ellos.

humanidad siempre queda al margen alguna parte de la población, por lo general quienes son identificados como parte del grupo que lanza el ataque, los serbios en este caso. Pero incluso aunque el ataque se hubiera lanzado contra la población civil en general, incluida población serbia, siempre quedaría un sector de la población al margen del mismo: quienes lanzaran el ataque y sus afines.

¹⁷⁴ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 710; *vid.* también *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 568, rechazando que el acto persecutorio deba tener un elemento físico. *Cfr.* IMT, *The Flick Case*, “Opinion and Judgment”, en: IMT, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10. Nuernberg, October 1946-April 1949*, vol. VI, Washington: U.S. Government Printing Office, 1952, p. 1215, rechazando que puedan ser considerados persecutorios actos que no afecten a la vida y a la libertad.

¹⁷⁵ ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 227.

¹⁷⁶ Los casos citados pretenden ser meramente ilustrativos de la abundante jurisprudencia en la materia, y se indicará pertinentemente cuándo un listado de casos se ofrece a título de ejemplo.

a) *Vida e integridad física y psíquica*. Entre los actos que afectan a la vida y a la integridad física y psíquica, se han considerado constitutivos de persecución: el homicidio intencional¹⁷⁷; el exterminio¹⁷⁸; la tortura¹⁷⁹, palizas y malos tratos¹⁸⁰ y en general los atentados contra la integridad física¹⁸¹, incluida la amenaza de llevarlos a cabo¹⁸²; el maltrato psicológico¹⁸³; los experimentos médicos¹⁸⁴; la privación de atención médica adecuada¹⁸⁵; actos de violencia sexual¹⁸⁶ y violaciones¹⁸⁷; provocar una crisis humanitaria¹⁸⁸; y el sometimiento a condiciones inhumanas¹⁸⁹ y a una atmósfera de

¹⁷⁷ Vid. entre otros muchos, 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. 252; ICTY, *Prosecutor v. Nikolić*, caso n° IT-94-2-S, sentencia condenatoria, 18 de diciembre de 2003, párr. 109; TDD-SECG, *Prosecutor v. Wiranto et al.*, caso n° 5/CG/TDD/2003, acta de acusación, 22 de febrero de 2003, p. 26, cargo 207.a); CBH, asunto *Dragoje Paunović*, caso n° X-KR-05/16, sentencia de instancia, 26 de mayo de 2006, p. 2, párr. 2.

¹⁷⁸ IMT, “Judgment”, *cit.*, pp. 250-251; ICTY, *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, caso n° IT-95-13/1-PT, tercera acta de acusación enmendada consolidada, 14 de noviembre de 2004, párr. 41.

¹⁷⁹ Por ejemplo ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, *cit.*, párr. 79-83; TDD-SECG, *Prosecutor v. Egidio Manek et al.*, caso n° 9/CG/TDD/2003, acta de acusación, 28 de febrero de 2003, pp. 27-29, párr. 185-189 y 193-198.

¹⁸⁰ Por ejemplo IMT, “Judgment”, *cit.*, p. 252; ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, *cit.*, párr. 77-78; TBH, asunto *Dragan Damjanović*, n° X-KR-05/51, p. 45.

¹⁸¹ TDD-SECG, *Prosecutor v. Hulman Gultom*, caso n° 10/CG/TDD/2004, acta de acusación, *cit.*, p. 17, cargo 3; *Prosecutor v. Cancio Lopes de Carvalho et al.*, caso n° 6/CG/TDD/2003, acta de acusación enmendada, 9 de diciembre de 2004, p. 16, cargo 8.

¹⁸² TDD-SECG, *Prosecutor v. Wiranto et al.*, caso n° 5/CG/TDD/2003, acta de acusación, *cit.*, p. 26, cargo 207.b).

¹⁸³ Por ejemplo ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-T, *cit.*, párr. 192; CBH, asunto *Nikola Kovačević*, caso n° X-KR-05/40, sentencia de instancia, 3 de noviembre de 2006, p. 2, párr. 1.

¹⁸⁴ IMT, “Judgment”, *cit.*, p. 252.

¹⁸⁵ ICTY, *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, caso n° IT-95-13/1-PT, *cit.*, párr. 41.

¹⁸⁶ ICTY, *Prosecutor v. Nikolić*, caso n° IT-94-2-S, *cit.*, párr. 109 y 111.

¹⁸⁷ Por ejemplo ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 703 (sobre la decisión en este asunto de considerar las violaciones posibles actos persecutorios, *vid.* ASKIN, K. D., “Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status”, *AJIL*, vol. 93 (1), 1999, p. 105); *Prosecutor v. Nikolić*, caso n° IT-94-2-S, *cit.*, párr. 109. La CBH también ha considerado persecución el facilitar la comisión de violaciones (CBH, asunto *Boban Šimšić*, caso n° X-KRŽ-05/04, sentencia de apelación, 7 de agosto de 2007, p. 2, párr. 2.b).

¹⁸⁸ Vid. ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, caso n° IT-98-33-T, *cit.*, párr. 537, en relación con la falta de alimento y agua en Potocari en julio de 1995, tras ser obstaculizada la llegada de convoyes humanitarios (*ibid.*, párr. 566) y bloqueadas las comunicaciones (*ibid.*, párr. 568). Vid. también ICTY, *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, caso n° IT-02-54-T, acta de acusación enmendada (Bosnia), 22 de noviembre de 2002, párr. 35, apdo. k, en el que la Fiscalía incluye entre los actos persecutorios la obstrucción de ayuda humanitaria (en particular material médico y comida) destinada a enclaves asediados y el privar de agua a los civiles atrapados en tales enclaves.

¹⁸⁹ Sirvan como ejemplos los asuntos *Sikirica* y *Kvočka*, planteados ante el TPIY, que se tradujeron en sendas condenas por persecución. La sentencia condenatoria en el asunto *Sikirica* detalla las condiciones infrahumanas que debían soportar los detenidos en el campo de Keraterm, hacinados (se

terror¹⁹⁰.

b) *Libertad y seguridad personales.* Desde la perspectiva de la libertad y la seguridad personales, entendidas como autonomía física o libertad de movimiento del individuo, se han calificado de persecutorios actos como: la privación de libertad y encarcelamiento¹⁹¹; las detenciones ilegales¹⁹² y el arresto ilegal de civiles¹⁹³; el rapto¹⁹⁴; las deportaciones y/o transferencias forzosas de población¹⁹⁵; los trabajos forzosos¹⁹⁶; el

calcula que habitaciones de unos 50-60 m² podían llegar a alojar a más de 500 personas) en unas instalaciones sucias, sin posibilidad de mantener una mínima higiene, escasamente alimentados con una magra porción diaria de comida (en el mejor de los casos, puesto que con frecuencia no había comida para todos los internos), con un acceso limitado a agua potable, y sin recibir tratamiento médico en muchos casos (ICTY, *Prosecutor v. Sikirica et al.*, caso n° IT-95-8-S, sentencia condenatoria, 13 de noviembre de 2001, párr. 52-74).

También en el asunto *Kvočka* se enumera una amplia gama de actos que reflejan las condiciones inhumanas a que estaban sometidos los no serbios en el campo de detención de Omarska. Así, “the facilities and the conditions prevailing in Omarska were such that the prisoners who survived their interrogations were forced to endure grossly inadequate living conditions, sustenance, and medical treatment”. De acuerdo con el Tribunal, “the ethnic slurs, forcing Muslim and Croat detainees to sing Serbian songs or slap each other, causing the detainees to relieve bodily functions in their clothes because of inadequate toilet facilities, selectively targeting only non-Serbs for physical, mental, or sexual violence”, son ejemplos de actos de carácter discriminatorio y desmoralizante diseñados para perseguir (ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-T, *cit.*, párr. 197).

¹⁹⁰ Por ejemplo ICTY, *Prosecutor v. Nikolić*, caso n° IT-94-2-S, *cit.*, párr. 109 y 111; *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-T, *cit.*, párr. 107; TDD-SECG, *Prosecutor v. Egidio Manek et al.*, caso n° 9/CG/TDD/2003, acta de acusación, *cit.*, p. 50, párr. 389.c).

¹⁹¹ Por ejemplo ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 629; TDD-SECG, *Prosecutor v. Ruben Gonsalves et al.*, caso n° 5/CG/TDD/2004, acta de acusación, 30 de noviembre de 2004, p. 13, cargo 5; TBH, asunto *Dragan Damjanović*, *cit.*, p. 45.

¹⁹² Por ejemplo ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 234; TDD-SECG, *Prosecutor v. Marcelino Soares*, caso n° 11/CG/TDD/2003, sentencia de instancia, 11 de diciembre de 2003, párr. 21.

¹⁹³ En el asunto *Simić* se entendió por “arresto ilegal” la detención de una persona sin respetar el proceso debido (ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, *cit.*, párr. 59; también *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 234), mientras que en el ámbito de las TDD-SECG, el arresto (“arrest and beatings”) fue admitido como acto persecutorio en tanto que modalidad de crimen contra la humanidad de encarcelación u otra privación grave de la libertad física (TDD-SECG, *Prosecutor v. Sisto Barros & Cesar Mendonca*, caso n° 1/CG/TDD/2004, sentencia de instancia, 12 de mayo de 2005, párr. 152-153), lo que situaría este comportamiento a medio camino entre esta categoría y la negación de mínimas garantías judiciales.

¹⁹⁴ TDD-SECG, *Prosecutor v. Alarico Mesquita et al.*, caso n° 28/CG/TDD/2003, sentencia de instancia, *cit.*, párr. 69. Dado que las TDD-SECG sólo puede conocer de los supuestos de persecución cuando ésta se haya cometido en conexión con algún otro crimen de su competencia, el rapto fue admitido como constitutivo de persecución sólo en la medida en que resultaba subsumible en el tipo de encarcelación u otra privación grave de la libertad física (*ibid.*, párr. 89-90. *Vid.* también TDD-SECG, *Prosecutor v. Damiao Da Costa Nunes*, caso n° 1/CG/TDD/2003, sentencia de instancia, 12 de diciembre de 2003, párr. 75).

¹⁹⁵ Por ejemplo ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, caso n° IT-98-33-T, *cit.*, párr. 537; TDD-SECG, *Prosecutor v. Cesário Tilman & Lieutenant Julius Adu*, caso n° 11/CG/TDD/2004, acta de acusación, 15 de diciembre de 2004, p. 9, cargo 7; TBH, asunto *Dragan Damjanović*, sentencia de instancia, 15 de diciembre de 2006, p. 45.

¹⁹⁶ Por ejemplo IMT, “Judgment”, *cit.*, pp. 250-251; ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, *cit.*, párr. 84-93; *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 204 (específicamente en

uso de rehenes y escudos humanos¹⁹⁷; las desapariciones¹⁹⁸; la limitación de la libertad deambulatoria a determinadas horas y/o sólo por determinados lugares¹⁹⁹; la creación de ghettos²⁰⁰; la imposición de la obligación de registrarse para facilitar el control²⁰¹ o el establecimiento de puestos de control²⁰², así como la reunión, segregación y transferencia por la fuerza de civiles a centros de detención²⁰³.

c) *Mínimas garantías judiciales*. En relación con la necesidad de observar unas mínimas garantías judiciales, se ha apreciado persecución en supuestos de denegación del derecho a la tutela judicial²⁰⁴. Por el contrario, no se han considerado en sí mismos persecutorios los interrogatorios en los que se obliga a los detenidos a firmar declaraciones falsas u obtenidas por la fuerza²⁰⁵. Asimismo, en Nuremberg se consideró persecutoria la imposición de penas diferentes a judíos y polacos de las impuestas a los alemanes arios por los mismos hechos, la imposición de la pena de muerte cuando no estaba prevista por la ley, o la imposición de castigos por la policía en ausencia de juicio²⁰⁶.

d) *Libertad de expresión y de opinión / libertad de pensamiento, conciencia y religión*. En lo que respecta a la libertad de expresión y a la libertad de pensamiento y de conciencia, se pueden incluir aquellos actos que de forma directa o indirecta afectan

relación con la obligación de cavar trincheras); TDD-SECG, *Prosecutor v. Egidio Manek et al.*, caso n° 9/CG/TDD/2003, acta de acusación, *cit.*, p. 50, párr. 389.d); CBH, asunto *Dragan Damjanović*, *cit.*, p. 45.

¹⁹⁷ Por ejemplo ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 204; TBH, asunto *Dragan Damjanović*, *cit.*, p. 45; asunto *Dragoje Paunović*, caso n° X-KR-05/16, *cit.*, p. 2, párr. 1.

¹⁹⁸ CBH, asunto *Boban Šimšić*, caso n° X-KRŽ-05/04, *cit.*, p. 2, párr. 2.a); asunto *Nikola Kovačević*, caso n° X-KR-05/40, *cit.*, p. 4, párr. 2d.

¹⁹⁹ IMT, "Judgment", *cit.*, p. 249; ICTY, *Prosecutor v. Karadžić*, caso n° IT-95-5/18-PT, tercera acta de acusación enmendada, 27 de febrero de 2009, párr. 60, apdo. k; *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, caso n° IT-02-54-T (Bosnia), acta de acusación enmendada, 22 de noviembre de 2002, párr. 35, apdo. f.

²⁰⁰ IMT, "Judgment", *cit.*, p. 249.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 250.

²⁰² ICTY, *Prosecutor v. Milan Kovačević*, caso n° IT-97-24-I, acta de acusación enmendada, 28 de enero de 1998, párr. 40.

²⁰³ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 717; TBH, asunto *Dragan Damjanović*, *cit.*, p. 45.

²⁰⁴ *Vid.* 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. 1064; ICTY, *Prosecutor v. Ratko Mladić*, caso n° IT-95-5/18-I, acta de acusación enmendada, 10 de octubre de 2002, párr. 37, apdo. l.iv.

²⁰⁵ ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, *cit.*, párr. 67-69.

²⁰⁶ IMT, *The Justice Case*, "Judgment", *cit.*, p. 1064.

a las mismas, como la destrucción y daños a instituciones religiosas o educativas²⁰⁷ y escuelas²⁰⁸, la destrucción de monumentos religiosos²⁰⁹, o la prohibición de publicar periódicos²¹⁰.

e) *Derechos vinculados al bienestar y desarrollo económico*. En esta rúbrica quedarían incluidos derechos que inciden en el bienestar material de la persona (propiedad, vivienda, alimentación,...)²¹¹. En este sentido, se han estimado actos persecutorios: la destrucción de la propiedad²¹²; la destrucción de viviendas²¹³, negocios²¹⁴ y edificios gubernamentales²¹⁵; los robos²¹⁶; el saqueo y pillaje de bienes privados o públicos (incluidas viviendas, negocios, propiedades personales o ganado)²¹⁷; la destrucción de pueblos y ciudades y de otros bienes públicos o privados²¹⁸; los

²⁰⁷ IMT, "Judgment", *cit.*, p. 248. El TPIY consideró en el asunto *Kordić* que: "[...] all of humanity is indeed injured by the destruction of a unique religious culture and its concomitant cultural objects. The Trial Chamber therefore finds that the destruction and wilful damage of institutions dedicated to Muslim religion or education, coupled with the requisite discriminatory intent, may amount to an act of persecution" (ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, sentencia de instancia, párr. 207). También se incluiría la destrucción de monumentos culturales (*vid.* ICTY, *Prosecutor v. Ratko Mladić*, caso n° IT-95-5/18-I, *cit.*, párr. 37, apdo. j).

²⁰⁸ TDD-SECG, *Prosecutor v. Egidio Manek et al.*, caso n° 9/CG/TDD/2003, acta de acusación, *cit.*, p. 50, párr. 389.e).

²⁰⁹ TDD-SECG, *Prosecutor v. Wiranto et al.*, caso n° 5/CG/TDD/2003, acta de acusación, *cit.*, p. 26, cargo 207.f).

²¹⁰ IMT, "Judgment", *cit.*, p. 248.

²¹¹ Sobre esta cuestión *vid.* SAXON, D., "Vols contre l'humanité: fondements en droit international humanitaire de poursuites des crimes économiques comme crime contre l'humanité ou crimes de génocide", *Forum sur le crime et la société*, vol. 2 (1), 2002, pp. 111-119.

²¹² Por ejemplo TDD-SECG, *Prosecutor v. Vasco da Cruz et al.*, caso n° 4/CG/TDD/2004, acta de acusación, 26 de noviembre de 2004, p. 28, cargo 19.

²¹³ Por ejemplo ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 631; TDD-SECG, *Prosecutor v. Wiranto et al.*, caso n° 5/CG/TDD/2003, acta de acusación, *cit.*, p. 26, cargo 207.d).

²¹⁴ *Vid.* ICTY, *Prosecutor v. Ratko Mladić*, caso n° IT-95-5/18-I, *cit.*, párr. 37, apdo. j.

²¹⁵ Por ejemplo TDD-SECG, *Prosecutor v. Wiranto et al.*, caso n° 5/CG/TDD/2003, acta de acusación, *cit.*, p. 26, cargo 207.e) (además de los edificios gubernamentales, se hace referencia a otras infraestructuras esenciales para el funcionamiento del gobierno y el comercio).

²¹⁶ ICTY, *Prosecutor v. Martić*, caso n° IT-95-11-T, sentencia de instancia, 12 de junio de 2007, párr. 324, 326, 327 y 328.

²¹⁷ Por ejemplo ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, *cit.*, párr. 98-103; IMT, "Judgment", *cit.*, p. 248. En el caso de la Alemania nazi, estos saqueos vinieron además acompañados de detenciones de empresarios y hombres de negocios (*ibid.*).

²¹⁸ Por ejemplo ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 234; *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 205. En este último asunto, la Sala de Instancia consideró que, en el contexto de una campaña generalizada de persecución, "rendering a people homeless and with no means of economic support may be the method used to «coerce, intimidate, terrorise and forcibly transfer ... civilians from their homes and villages»" (*ibid.*). Así pues, estimó que cuando el efecto acumulativo de la destrucción de la propiedad fuera echar a la población civil de sus hogares por motivos discriminatorios, "the «wanton and extensive destruction and/or plundering of Bosnian Muslim civilian dwellings, buildings, businesses, and civilian personal property and livestock» may constitute the crime of persecution" (*ibid.*). Se trata en

ataques devastadores a ciudades y pueblos no justificados por las necesidades militares y llevados a cabo de forma ilegal y discriminatoria²¹⁹; la privación de alimentos²²⁰; la imposición de multas colectivas²²¹; o la confiscación de activos²²².

El TPIY matizó en el asunto *Kupreškić* que los ataques contra la propiedad pueden constituir persecución, aunque en alguna medida ello depende de la propiedad afectada, ya que puede haber ciertos tipos de propiedad cuya destrucción puede no tener un impacto lo suficientemente severo sobre la víctima como para constituir un crimen contra la humanidad, aunque esa destrucción se lleve a cabo por motivos discriminatorios²²³.

f) *Derechos vinculados a la participación en la vida social y pública.* La participación de las personas en la vida social y pública se puede ver afectada de diversas formas, por ejemplo mediante restricciones en el acceso al empleo y el ejercicio de determinadas profesiones²²⁴ (lo que además incide en el bienestar material de la persona), despidos laborales²²⁵, la denegación del igual acceso a los servicios públicos²²⁶, la expulsión

todo caso de una calificación de la destrucción de propiedad como acto persecutorio condicionada a las consecuencias que tenga para la población civil valoradas cumulativamente, siguiendo la metodología que se comentará en el próximo apartado, lo que supone limitar la relevancia que en sí misma se atribuye a la privación de derechos a los efectos de la apreciación de una persecución.

²¹⁹ Por ejemplo ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 234; *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 203.

²²⁰ IMT, “Judgment”, *cit.*, p. 252.

²²¹ *Ibid.*, p. 248.

²²² *Ibid.*

²²³ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 631. En el caso en cuestión los ataques se habían dirigido contra las viviendas y ciertos bienes, destruyendo el sustento mismo de la población, lo que podía tener consecuencias inhumanas para las víctimas. Por eso el TPIY concluyó que “this act may constitute a gross or blatant denial of fundamental human rights, and, if committed on discriminatory grounds, it may constitute persecution” (*ibid.*). Igualmente, IMT, *The Flick Case*, “Opinion and Judgment”, en: IMT, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10. Nuernberg, October 1946-April 1949*, vol. VI, Washington: U.S. Government Printing Office, 1952, p. 1214.

Sobre esa base se ha excluido el carácter persecutorio de la destrucción de objetos personales y documentos identificativos (ICTY, *Prosecutor v. Blagojević & Jokić*, caso n° IT-02-60-T, sentencia de instancia, 17 de enero de 2005, párr. 620), pero *cf.* ICTY, *Prosecutor v. Dragan Obrenović*, caso n° IT-02-60/2-S, sentencia condenatoria, 10 de diciembre de 2003, párr. 37, y *Prosecutor v. Momir Nikolić*, caso n° IT-02-60/1-S, sentencia condenatoria, 2 de diciembre de 2003, párr. 39, donde sí se admitió. Nótese que en estos dos últimos casos los acusados aceptaron haber cometido un crimen contra la humanidad de persecución (*guilty plea*), así que la admisibilidad de la destrucción de documentos personales como base fáctica de la persecución parece variar en función de que sea el Tribunal el que tenga que apreciar o no la culpabilidad de los acusados.

²²⁴ IMT, “Judgment”, *cit.*, p. 248; *The Justice Case*, “Judgment”, *cit.*, p. 1063; ICTY, *Prosecutor v. Milošević*, caso n° IT-02-54-T (Bosnia), *cit.*, párr. 35, apdo. f.

²²⁵ ICTY, *Prosecutor v. Martić*, caso n° IT-95-11-T, *cit.*, párr. 324.

de instituciones educativas²²⁷, o la restricción de la participación en la vida social, impidiendo actividades tales como las visitas a parques públicos, teatros o bibliotecas²²⁸.

Más discutible es que la prohibición de ocupar cargos públicos constituya un acto persecutorio. Mientras que el TMIN sí la incluyó dentro de la política de persecución nazi contra los judíos²²⁹, el TPIY en el asunto *Kordić* no consideró persecutorio cesar a los musulmanes bosnios y apartarlos de sus responsabilidades en el gobierno, por entender que no presentaba el nivel de gravedad requerido para ser constitutivo de un crimen contra la humanidad ni había alcanzado la prohibición penal de este acto el carácter de Derecho internacional consuetudinario²³⁰.

g) *Personalidad jurídica y derechos civiles*. La persecución también puede afectar a la personalidad jurídica de las personas y a sus derechos civiles. Un ejemplo claro es el sometimiento a esclavitud o a servidumbre²³¹. Pero, además, en Nuremberg también se consideraron actos persecutorios las restricciones que afectaban a la vida familiar (por ejemplo las limitaciones al derecho a contraer matrimonio²³²) y a los derechos de ciudadanía, así como la negación de la nacionalidad (tratando a los judíos como extranjeros) y la imposición a los judíos de la prohibición de inmigrar a Alemania²³³.

El TPIY ha considerado que dictar reglamentos, órdenes o decisiones de carácter discriminatorio en este ámbito de diferenciación de grupos puede constituir un acto persecutorio, si bien habrá que determinar caso por caso si violan derechos fundamentales y si alcanzan el nivel de gravedad necesario a la luz de las circunstancias fácticas y de los

²²⁶ Vid. ICTY, *Prosecutor v. Mladić*, caso n° IT-95-5/18-I, *cit.*, párr. 37, apdo. l, v; *Prosecutor v. Karadžić*, caso n° IT-95-5/18-PT, *cit.*, párr. 60, apdo. k; *Prosecutor v. Milošević*, caso n° IT-02-54-T (Bosnia), *cit.*, párr. 35, apdo. f.

²²⁷ Vid. IMT, *The Justice Case*, “Judgment”, *cit.*, p. 1063.

²²⁸ El TPIY admitió esa posibilidad a modo de hipótesis en el asunto *Kupreškić* (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 615).

²²⁹ IMT, “Judgment”, *cit.*, p. 248.

²³⁰ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 210. Pero “the removal from positions of authority in local government institutions and the police” aparece en las actas de acusación contra Karadžić y contra Milošević, como un acto persecutorio (ICTY, *Prosecutor v. Karadžić*, caso n° IT-95-5/18-PT, *cit.*, párr. 60, apdo. k; *Prosecutor v. Milošević*, caso n° IT-02-54-T (Bosnia), *cit.*, párr. 35, apdo. f; de forma similar *Prosecutor v. Kovačević*, caso n° IT-97-24-I, *cit.*, párr. 39).

²³¹ Por ejemplo ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 220.

²³² IMT, *The Justice Case*, “Judgment”, *cit.*, p. 1063.

²³³ IMT, “Judgment”, *cit.*, p. 248.

efectos cumulativos de este comportamiento²³⁴ (los criterios de gravedad y efecto cumulativo se abordarán detalladamente en el apartado próximo). En cualquier caso, la legalidad conforme al ordenamiento jurídico interno de la legislación discriminatoria no altera su carácter persecutorio si ésta es contraria a los estándares jurídicos internacionales²³⁵.

h) Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Los atentados al honor, a la intimidad e incluso a la imagen pueden igualmente considerarse actos persecutorios. Entre estos se encontrarían la obligación de llevar signos distintivos externos que identifiquen la pertenencia al grupo perseguido²³⁶, los registros arbitrarios de viviendas²³⁷ y la difamación e injurias étnicas²³⁸. También (aunque la jurisprudencia sobre este particular no es uniforme²³⁹) se han estimado persecutorio el uso de medios de comunicación para provocar e incitar al odio contra un determinado grupo, o para difundir propaganda que ridiculice públicamente a los miembros del grupo perseguido o informaciones injuriosas con el fin de intensificar los prejuicios del resto de la población contra ellos²⁴⁰.

²³⁴ ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, *cit.*, párr. 58. El carácter persecutorio de la legislación discriminatoria adoptada por los nazis en perjuicio de los judíos ya había sido señalado por el TMIN (IMT, “Judgment”, *cit.*, p. 248) y fue una cuestión ampliamente tratada en el *Justice case* (IMT, *The Justice Case*, “Judgment”, *cit.*, pp. 993-1003. Para HULME y SALTER, la adopción de normas puede constituir un crimen “particularly when it subverts the very basis of the rule of law” (HULME, C. & SALTER, M., “The Nazi’s Persecution of Religion as a War Crime: The Oss’s Response within the Nuremberg Trials Process”, *Rutgers Journal of Law & Religion*, vol. 3 (3.1.2), 2001, p. 2, párr. 6).

²³⁵ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 614.

²³⁶ IMT, “Judgment”, *cit.*, pp. 249-250.

²³⁷ ICTY, *Prosecutor v. Ratko Mladić*, caso n° IT-95-5/18-I, *cit.*, párr. 37, apdo. 1, iii; *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, caso n° IT-95-5/18-I, *cit.*, párr. 34, apdo. e; *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, caso n° IT-02-54-T (Bosnia), *cit.*, párr. 35, apdo. f.

²³⁸ El TPIY consideró en el asunto *Kvočka* que las difamaciones e injurias étnicas, así como obligar a los musulmanes y croatas detenidos en el campo de Omarska a cantar canciones serbias, entre otros actos, eran ejemplos de un trato discriminatorio diseñado para perseguir (ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-T, *cit.*, párr. 197).

²³⁹ La incitación y la promoción del odio no fueron consideradas constitutivas de persecución en el asunto *Kordić*, al considerar el TPIY que no alcanzaba el nivel de gravedad necesario para constituir un crimen contra la humanidad. Además, añadió, la prohibición penal de este acto “has not attained the status of customary international law”, por lo que condenar al acusado por dicho acto tal y como es alegado como persecución violaría el principio de legalidad (ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 209; *vid.* también ICTR, *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza & Ngeze*, caso n° ICTR 99-52-A, sentencia de apelación, 28 de noviembre de 2007, opinión disidente del juez Theodor MERON, párr. 5-8 y 13-16). *Cfr.* CDH, *Observación General n° 29*, *cit.*, párr. 13.e), p. 285.

²⁴⁰ Así lo consideró el TMIN en el juicio contra los principales criminales de guerra nazis, recordando que “*Der Stürmer* and other publications were allowed to disseminate hatred of the Jews, and in the speeches and public declarations of the Nazi leaders, the Jews were held up to public ridicule and contempt” (IMT, “Judgment”, *cit.*, p. 248). El fundador de *Der Stürmer*, Julius Streicher, fue condenado

Esta enumeración ilustra la amplia gama de comportamientos que han llegado a considerarse persecutorios, entre los cuales se incluyen actos que, por sí mismos, distan mucho de lesionar derechos fundamentales, de lo que se infiere el desajuste entre la norma consuetudinaria que presuntamente tipifica la persecución como crimen contra la

por crímenes contra la humanidad, por entender el TMIN que “Streicher’s incitement to murder and extermination at the time when Jews in the East were being killed under the most horrible conditions clearly constitutes persecution [...], and constitutes a Crime against Humanity” (*ibid.*, p. 304).

Los medios de comunicación fueron intensamente utilizados en 1994 en Ruanda por los hutus como herramienta de persecución contra los tutsis y hutus moderados (*vid.* ONU, Doc. A/49/508-S/1994/1157, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ruanda preparado por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de conformidad con la resolución S-3/1 de la Comisión y con la decisión 1994/223 del Consejo Económico y Social*, 13 de octubre de 1994, párr. 59, p. 16; Doc. S/1994/1125, *Informe preliminar de la Comisión de expertos independientes establecida de conformidad con la resolución 935 (1994) del Consejo de Seguridad*, 4 de octubre de 1994, párr. 36, pp. 10-11). Inspirándose en el antecedente de Streicher, el TPIR ha considerado a varias personas penalmente responsables por crímenes de persecución en razón de su participación en la intensa campaña de odio llevada a cabo por diversos medios de comunicación. En el primer asunto en el que el TPIR dictó condena por persecución, se consideró culpable de este cargo a Georges Ruggiu, locutor en la *Radio Télévision Libre des Mille Collines* (RTLMC), por el papel que había jugado en la incitación al odio contra tutsis, belgas y hutus moderados en Ruanda. De acuerdo con el Tribunal: “Those acts were direct and public radio broadcasts all aimed at singling out and attacking the Tutsi ethnic group and Belgians on discriminatory grounds, by depriving them of the fundamental rights to life, liberty and basic humanity enjoyed by members of wider society. The deprivation of these rights can be said to have as its aim the death and removal of those persons from the society in which they live alongside the perpetrators” (ICTR, *Prosecutor v. Ruggiu*, caso n° ICTR-97-32-I, sentencia de instancia, 1 de junio de 2000, párr. 22). Además, Ruggiu admitió su conocimiento de la existencia de un ataque planificado para destruir a los tutsis y que había una conexión causal entre sus arengas radiofónicas y los asesinatos de estos (*ibid.*, párr. 45).

En la causa seguida contra Ferdinand Nahimana (fundador y principal ideólogo de la RTLMC), Hassan Ngeze (fundador, propietario y editor jefe del periódico *Kangura*) y Jean-Bosco Barayagwiza (ejecutivo de la RTLMC y dirigente del partido Coalition pour la Défense de la République –CDR–), el TPIR afirmó que: “Hate speech is a discriminatory form of aggression that destroys the dignity of those in the group under attack. It creates a lesser status not only in the eyes of the group members themselves but also in the eyes of others who perceive and treat them as less than human. The denigration of persons on the basis of their ethnic identity or other group membership in and of itself, as well as in its other consequences, can be an irreversible harm” (ICTR, *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza & Ngeze*, caso n° ICTR-99-52-T, sentencia de instancia, 3 de diciembre de 2003, párr. 1072). Además, la práctica internacional permite afirmar que: “[...] hate speech that expresses ethnic and other forms of discrimination violates the norm of customary international law prohibiting discrimination. Within this norm of customary law, the prohibition of advocacy of discrimination and incitement to violence is increasingly important as the power of the media to harm is increasingly acknowledged” (*ibid.*, párr. 1076).

El Tribunal consideró que la persecución se diferencia de la incitación en que esta última es una provocación para causar un daño, mientras que la persecución causa un daño en sí misma. Por tanto: “[...] there need not be a call to action in communications that constitute persecution. For the same reason, there need be no link between persecution and acts of violence” (*ibid.*, párr. 1073). En ese caso concreto, se estimó que las incendiarias emisiones de la RTLMC y los escritos virulentos del *Kangura* habían creado una atmósfera dañina, condicionando a la población hutu, mientras que el partido CDR había llevado a cabo actividades para demonizar a la población tutsi como el enemigo, generando a su vez temor y odio (*ibid.*).

La Sala de Apelación confirmó en este caso que una campaña de odio puede ser persecutoria (ICTR, *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza & Ngeze*, caso n° ICTR 99-52-A, *cit.*, párr. 986-988), en una sentencia que sin embargo suscitó diversas opiniones disidentes respecto de la campaña de odio como crimen contra la humanidad persecución (*vid.* opiniones disidentes de los jueces Fausto POCAR –precisando que la sentencia no resuelve plenamente la cuestión, pero que en este caso se daban las circunstancias para que una campaña de odio pudiera ser considerada un acto persecutorio–, Mohamed SHAHABUDEEN, y Theodor MERON).

humanidad -conforme a la cual sólo constituyen persecución las violaciones graves de derechos fundamentales- y su aplicación en la práctica a determinados supuestos de hecho considerados constitutivos de persecución que no se ciñen a la exigencia de lesionar derechos fundamentales²⁴¹.

Tal constatación sugiere que dicha definición puede ser más restrictiva de lo que sería deseable en la práctica, pues su aplicación estricta no permitiría castigar como crimen contra la humanidad determinados comportamientos que, aun no violando derechos fundamentales, reflejan un serio desprecio del autor hacia otras personas que resulta inadmisibles a la luz de las circunstancias concurrentes, ni tampoco conductas que, aun no afectando directamente a derechos fundamentales, pudieran lesionarlos indirectamente (por ejemplo, la prohibición de trabajar impuesta a los miembros de un determinado grupo les impediría disponer de medios de subsistencia, lo que podría acarrear daños a su salud e incluso acabar con su vida), si se probara que el resultado efectivamente buscado por el autor era discriminar, pero no lesionar un determinado derecho fundamental. Puesto que en tales casos se produce el efecto discriminatorio, pero no la privación de derechos fundamentales, habría una **tentativa de persecución**, lo que suscita un nuevo inconveniente, cual es su discutible gravedad. Y es que sostener que la tentativa de persecución ha de ser punible equivale a defender que cualquier discriminación en el disfrute de derechos no fundamentales es punible, algo que el Derecho penal no puede aceptar por mor del principio de intervención mínima.

Para eludir estas dificultades la jurisprudencia del TPIY se viene sirviendo de una ficción que le permite insistir en que los actos persecutorios consisten en privaciones de derechos fundamentales, aunque en realidad no siempre sea cierto o sólo se vean afectados de forma indirecta²⁴². En efecto, puesto que los actos persecutorios no siempre satisfacen por sí mismos ese requisito –y, en todo caso, no existe una lista tasada de derechos fundamentales para tener la seguridad de que así es-, recurre a un examen en

²⁴¹ Este problema es sugerido por BASSIOUNI a la luz de la literalidad del artículo 7 ECPI, que lo lleva a preguntarse si cabe apreciar persecución cuando la privación afecta a un derecho que no sea considerado fundamental (BASSIOUNI, M. C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999 (2ª ed. rev.), p. 330). Para YUROVICS no hay duda de que la noción de persecución “offre le moyen d’incriminer des actes moins inhumains en apparence mais tout aussi inhumains dans leur finalité d’exclusion des victimes de la communauté des hommes” (YUROVICS, Y., *Réflexions sur la spécificité du crime contre l’humanité*, Paris: LGDJ, 2002, p. 86).

²⁴² Vid. por todas las sentencias de instancia en el asunto *Kupreškić*, en la que se señala que “only gross or blatant denials of fundamental human rights can constitute crimes against humanity” (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso nº IT-95-16-T, cit., párr. 620).

conjunto del contexto en el que se cometen esos actos, que es el que le permitirá apreciar si, dadas las circunstancias, un determinado acto es lo suficientemente grave como para apreciar un crimen contra la humanidad. De esta forma, pone el acento sobre otro de los requisitos presentes en el ECPI: la gravedad de la privación de derechos, aunque para apreciarla recurra a la valoración en contexto de los actos persecutorios.

2.3. LA DETERMINACIÓN DE LA GRAVEDAD DE LOS ACTOS PERSECUTORIOS.

La amplia gama de actos que pueden ser considerados persecutorios pone de relieve que, más allá del requisito de que sea alguna forma de ataque contra los miembros de un determinado grupo y que tenga un efecto discriminatorio, no existe realmente un criterio preciso que permita concretar cuándo se produce la acción típica de la persecución. La necesidad de incriminar como persecutorios comportamientos que no violan derechos fundamentales y, en todo caso, la indeterminación de qué derechos humanos son fundamentales, ponen de manifiesto que el principal problema que sigue planteando el acto persecutorio como acción típica es su vaguedad.

Ciertamente, si pudiera defenderse que el derecho a la igualdad tiene un carácter fundamental y, por tanto, que su lesión dentro del contexto de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil al que subyace una política organizada siempre y en todo caso es constitutiva de un crimen contra la humanidad de persecución, ese problema no se plantearía: el crimen protegería un bien jurídico delimitado en sí mismo, no por referencia, y con una naturaleza y características similares a las de los derechos protegidos por el resto de crímenes contra la humanidad. Sin embargo, la práctica internacional no ofrece fundamentos suficientes para sustentar ese argumento, y tampoco es razonable pretender que el Derecho internacional penal intervenga frente a toda discriminación “de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas”²⁴³, como correspondería si se protegiera el derecho a la igualdad.

Por otra parte, la posibilidad de considerar persecutorios una gran diversidad de comportamientos con una gravedad variable plantea otro problema de gran calado, cual es su conformidad con el principio de legalidad penal, pues no todas las conductas que se

²⁴³ CDH, *Observación General N° 18*, cit., párr. 12, p. 236. *Vid. supra* apartado 1.2.B.b.

pueden estimar persecutorias son *a priori* criminales.

La constatación de estos inconvenientes se ha traducido en dos estrategias diferentes para buscar una salida a la incongruencia que resultaría de requerir que la persecución consista necesariamente en una privación de derechos fundamentales pero, a la vez, admitir que la conducta típica del crimen puede consistir en actos persecutorios que no violen derechos fundamentales, e intentar asimismo garantizar que la persecución alcanza ciertos niveles de gravedad y que se respeta el principio de legalidad penal: por una parte, el ECPI requiere que la persecución se cometa en conexión con otros crímenes de la competencia de la CPI; por otra parte, el TPIY ha optado por hacer una valoración global del contexto en el que se cometen tales actos (entendiendo que si bien la calificación de una determinada conducta como “persecutoria” se justifica por atentar contra la dignidad humana²⁴⁴, este rasgo se habrá de derivar no tanto de las características de los actos aisladamente considerados como del conjunto de las circunstancias en que se cometen, puesto que será ese contexto global el que dé la medida de la gravedad de tales conductas).

Ambos criterios serán abordados a continuación, comenzado por el requisito de conexión impuesto en el ECPI (§ A) y siguiendo por la exigencia jurisprudencial de apreciar contextualmente los actos persecutorios (§ B), para ulteriormente valorar el tratamiento que se da a la cuestión de la gravedad de los actos persecutorios (§ C).

A) La determinación de la gravedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: la exigencia de conexión.

Tras la configuración del crimen contra la humanidad de persecución en el ECPI se encuentra implícita la idea de que la vaguedad de esta noción podría desembocar en la incriminación internacional de comportamientos en principio carentes de carácter criminal. Este potencial resultado no pasó desapercibido durante la elaboración del ECPI, como lo prueba un documento de discusión de la delegación estadounidense en el que se reconocía que:

“A core problem in finding an adequate definition for persecution is to exclude acts which, although they may constitute a reprehensible deprivation of rights and may even have been committed on a systematic basis, nonetheless do not rise to such a level

²⁴⁴ Vid. ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 621.

of egregious conduct that they should constitute «crimes against humanity». If this problem is not carefully addressed, the «persecution» prong of crimes against humanity could criminalize discrimination or human rights violations not previously contemplated as being «crimes against humanity»²⁴⁵.

Para soslayar ese problema “a nexus between the conduct of «persecution» and some other crime within the Court’s jurisdiction, has been suggested as one way of narrowing the definition of persecution to address such concerns”²⁴⁶.

Como es sabido, esa fórmula fue finalmente incorporada al ECPI, en el que más allá de establecerse expresamente en el artículo 7.2.g) que la privación de derechos ha de ser grave para que se pueda apreciar una persecución, los Estados se han asegurado de que la CPI conocerá sólo de casos de persecución suficientemente graves mediante la incorporación del requisito de conexión de la conducta con cualquier crimen de la competencia de la CPI, ya sea otro de los actos que constituyen crímenes contra la humanidad, o bien genocidio, crímenes de guerra o crimen de agresión (artículo 7.1.h)²⁴⁷. Que ésta es la finalidad de este requisito se corrobora a la luz de los Elementos de los Crímenes, que precisan en relación con el mismo que no requiere “ningún otro elemento de intencionalidad” más allá del conocimiento o la intención de que el acto fuera parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil²⁴⁸. Por tanto, no es necesario que el autor sea consciente de que su conducta se vincula a algún otro crimen de la competencia de la CPI²⁴⁹.

Esta exigencia es muy criticable, no sólo por introducir un requisito respecto de la persecución que se considera innecesario para la categoría en general, sino porque desde

²⁴⁵ UNITED STATES DELEGATION, *Discussion Draft. For Annex to Statute: Elements Related to Article on Crimes Against Humanity*, 2 de abril de 1996, nota 11, en: ICC-LEGAL TOOLS, <http://www.legal-tools.org>, LT-Database Record Number: 51427, consultada el 15/1/10.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ De acuerdo con dicho precepto, es un crimen contra la humanidad la persecución “en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”. De esta forma se pretende garantizar el respeto al principio de legalidad penal (BOOT, M., *Genocide...*, *cit.*, § 499, pp. 523-524; ROBINSON, D., “Defining «Crimes against Humanity» at the Rome Conference”, *AJIL*, vol. 93 (1), 1999, pp. 54-55). LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ califican esta configuración de “fórmula de compromiso”, ante las dudas que suscitó la inclusión de la persecución entre los crímenes contra la humanidad (LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona: Ariel, 2001, p. 124), ante el temor de que la noción de persecución se interpretará en el sentido de incluir cualquier práctica discriminatoria (WITSCHER, G. & RÜCKERT, W., “Article 7(1)(h)...”, *cit.*, p. 95).

²⁴⁸ CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *cit.*, “Artículo 7 1) h). Crimen de lesa humanidad de persecución. Elementos”. elemento 4, nota 22.

²⁴⁹ WITSCHER, G. & RÜCKERT, W., “Article 7(1)(h)...”, *cit.*, p. 97.

el momento en que la persecución se caracteriza como una violación de derechos fundamentales dentro del contexto propio de los crímenes contra la humanidad se debería dar por supuesta su gravedad. Pero si además, a mayores, la definición de persecución que da el ECPI exige específicamente que esa violación sea grave, no se entiende entonces la necesidad de introducir más cautelas para garantizar un determinado nivel de gravedad, dando a entender que la persecución puede en ocasiones no ser tan grave, a diferencia del resto de crímenes contenidos en el ECPI, que siempre lo serían. Todo ello demuestra que también los Estados admiten la posibilidad de que conductas no tan graves integren una política de persecución, y que no están dispuestos a aceptar la intervención del Derecho internacional penal en esos casos.

La consecuencia práctica de esta configuración es que la persecución en el ECPI resulta ser un tipo penal suplementario o agravante²⁵⁰, extremo éste que ya suscitó un cierto debate en la Conferencia de Roma, donde hubo Estados que rechazaban el requisito de la conexión sobre la base de que ello privaría a la persecución de autonomía como crimen, atribuyéndole en su lugar un carácter auxiliar²⁵¹. Y es que, así concebido, el tipo de persecución como crimen contra la humanidad sirve para castigar supuestos de discriminación, aun cuando los actos discriminatorios no sean por sí mismos tan graves como para justificar su incriminación internacional, si además se han cometido otros crímenes de los que deba conocer la CPI. En cierta manera, el planteamiento de base parece ser que si tales comportamientos se produjeran al margen de otros crímenes serían reprobables, pero no punibles; sin embargo, una vez que se activan los mecanismos de aplicación del Derecho internacional penal porque se presume la comisión de otros crímenes, se ha de aprovechar para castigar también la discriminación apreciada en las circunstancias que hayan rodeado al caso.

Así presentada, la configuración de la persecución como crimen contra la humanidad

²⁵⁰ Cfr. ROBINSON, D., "Defining...", *cit.*, p. 55, excluyendo esa interpretación en base a la posibilidad de que la persecución esté conectada a "otros actos inhumanos", esto es, la cláusula de cierre del artículo 7.1.k): "It is not necessary to demonstrate that the "connected" inhumane acts were committed on a widespread or systematic basis; it will suffice to show a connection between the persecution and any instance of murder, torture, rape or other inhumane act, which need not amount to a crime against humanity in its own right" (en igual sentido ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 580). Este argumento resulta poco convincente, puesto que persiste la necesidad de probar la comisión de un crimen contra la humanidad para que la persecución pueda ser apreciada: en la medida en que el ECPI exige que se conecte a un crimen de la competencia de la CPI, no bastaría con que la persecución se conectara a actos inhumanos no constitutivos de crimen contra la humanidad.

²⁵¹ BOOT, M., *Genocide...*, *cit.*, § 499, p. 523; ROBINSON, D., "Defining...", *cit.*, p. 54.

en el ECPI es muy cuestionable, puesto que si su única razón de ser es la de castigar suplementariamente la discriminación en la comisión de otros crímenes, el mismo resultado podría obtenerse sin demasiados problemas eliminando la incriminación de la persecución y apreciando una circunstancia agravante por discriminación -prevista en el apartado 2.b.v) de la Regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI- en el momento de determinar la pena correspondiente al crimen que se haya cometido.

B) La determinación de la gravedad en la jurisprudencia del TPIY.

La jurisprudencia internacional ha considerado que el requisito de conexión establecido para la persecución en el ECPI no se corresponde con el contenido de la norma consuetudinaria que la regula, dado que la exigencia de un nexo entre un crimen contra la humanidad y otros crímenes de Derecho internacional ha sido eliminada en el Derecho internacional consuetudinario²⁵². Pero esta conclusión, lejos de resolver el problema, genera nuevas dificultades si se carece de un parámetro para valorar la gravedad del comportamiento que lo haga merecedor de castigo a título de crimen contra la humanidad. Es por ello que el TPIY ha tratado de desarrollar criterios para determinar la gravedad de los actos persecutorios, partiendo de las siguientes consideraciones²⁵³:

(i) La noción de *persecución* se utiliza habitualmente para describir una serie de actos, más que un acto individual, de manera que los actos de persecución normalmente formarán parte de una política o de un patrón de actuación, y por tanto deben ser considerados en su contexto.

(ii) Como corolario del punto anterior, los actos discriminatorios considerados persecutorios no deben ser considerados de forma aislada, dado que algunos de estos actos pueden no ser tan graves por sí mismos como para constituir un crimen contra la humanidad; por tanto, deberán ser examinados en su contexto y valorados en virtud de su efecto acumulativo.

²⁵² Por todas, ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-A, sentencia de apelación, 16 de julio de 1999, párr. 140-141.

²⁵³ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 615.

Para valorar la gravedad de los actos persecutorios, el TPIY ha llegado a una suerte de sistematización de los posibles actos persecutorios, conforme a su naturaleza jurídico-penal. Así, la Sala de Instancia en el asunto *Kvočka* indicó que:

“The Tribunal’s caselaw has specified that persecutory acts include those crimes enumerated in other sub-clauses of Article 5, crimes found elsewhere in the Statute, and acts not enumerated in the Statute but which may entail the denial of other fundamental human rights provided that, separately or combined, the acts are of the same gravity or severity as the other enumerated crimes in Article 5”²⁵⁴.

Por consiguiente, con carácter general podrán ser considerados persecutorios los siguientes actos:

- (i) actos constitutivos de crímenes contra la humanidad²⁵⁵,
- (ii) actos constitutivos de otros crímenes de Derecho internacional, y
- (i) actos no criminales conforme al Derecho internacional pero que pueden suponer una negación de derechos²⁵⁶.

Para lograr una mayor claridad en el análisis, se procederá a continuación a analizar separadamente la determinación de la gravedad en estos supuestos, dividiendo el estudio en tres apartados: uno relativo al requisito de gravedad en los actos constitutivos de crímenes contra la humanidad (§ a), otro referente a la determinación de la gravedad del resto de actos (§ b) y un último en el que se presentan los criterios adicionales que se utilizan en orden a garantizar el respeto al principio de legalidad penal (§ c).

a) *La gravedad de los actos incriminados como crímenes contra la humanidad.*

En principio, la gravedad se presupone respecto de las conductas que ya están incriminadas a título de crímenes contra la humanidad, y por tanto queda fuera de toda discusión el que puedan constituir actos persecutorios²⁵⁷.

²⁵⁴ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-T, *cit.*, párr. 185, sistematizando las conclusiones alcanzadas en los asuntos *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 605 y 619, y *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 193 y 195.

²⁵⁵ ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, *cit.*, párr. 48.

²⁵⁶ Incluso aunque esos actos sean legales en el Estado en el que ocurren los hechos (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 614; DE THAN, C. & SHORTS, E., *International...*, *cit.*, p. 108). Téngase en cuenta que si bien en este caso el TPIY habla de “derechos fundamentales”, del análisis de la práctica jurisprudencial se infiere que no todo acto persecutorio atenta contra derechos humanos fundamentales (*vid.* por ejemplo ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 614, afirmando que “persecution can consist of the deprivation of a wide variety of rights”).

De hecho, la jurisprudencia del TPIY muestra una tendencia a considerar que los actos tipificados como crímenes contra la humanidad en el artículo 5 ETPIY son automáticamente constitutivos de persecución si ha concurrido en su comisión un especial ánimo discriminatorio²⁵⁸. En efecto, en aquellos casos en los que se ha probado la comisión de algún crimen contra la humanidad que además sirve de base fáctica a un cargo de persecución, el TPIY se limita a verificar si concurre el ánimo discriminatorio y, si así ocurre, estima probado también el crimen contra la humanidad de persecución.

Ahora bien, se ha de tener presente que la discriminación no sólo es penalmente relevante en tanto que elemento constitutivo del crimen contra la humanidad de persecución, sino que además cabe la posibilidad de apreciar una circunstancia agravante de discriminación en el momento de fijar la pena²⁵⁹. Sin embargo, el hecho de calificar automáticamente de *acto persecutorio* cualquier comportamiento castigado en el artículo 5 en cuya comisión haya concurrido cierto ánimo discriminatorio excluye la posibilidad de apreciar el crimen contra la humanidad de que se trate con una circunstancia agravante de discriminación, problema éste que el TPIY no ha abordado.

En última instancia, la calificación como persecución o no de un determinado comportamiento constitutivo de crimen contra la humanidad dependerá de la percepción de la Fiscalía al respecto y de cómo lo haga constar en el acta de acusación. Considerando lo desdibujados que están los elementos del crimen, el único criterio que, a fin de cuentas, parece poder determinar que opte por una calificación u otra es su impresión o no de que ha existido una política discriminatoria. Por consiguiente, para decidir qué calificación es la más adecuada se debería tener en cuenta la existencia o no de un contexto persecutorio, pues, de lo contrario, el ánimo discriminatorio no se incorporaría al crimen como un elemento del mismo y no se podría apreciar un crimen contra la humanidad de persecución.

b) *La determinación de la gravedad de actos no constitutivos de crímenes contra la humanidad: valoración contextual.*

El TPIY ha hecho un esfuerzo considerable por sistematizar una serie de pautas que

²⁵⁷ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 605; *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, *cit.*, párr. 434; *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, *cit.*, párr. 48.

²⁵⁸ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-T, *cit.*, párr. 189; *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, *cit.*, párr. 437.

²⁵⁹ Sobre esta cuestión se volverá en detalle en el Capítulo V, *vid. infra* Capítulo V, apartado 2.3.B).

permitan determinar cuándo se satisface la exigencia de gravedad en relación con aquellos actos que no constituyen crímenes contra la humanidad (ya sean otros crímenes de Derecho internacional u otros comportamientos no criminales en este ámbito material). Estas pautas integran lo que se ha dado en llamar el “*test de gravedad*”, que a continuación se procede a analizar.

(i) El punto de partida es la necesidad de que la conducta persecutoria alcance un nivel de **gravedad equiparable al de los demás crímenes contra la humanidad**²⁶⁰. Según el TPIY, *a priori* ese requisito sólo lo cumplirán los **actos discriminatorios que supongan una negación manifiesta o flagrante de derechos fundamentales**²⁶¹. Excepcionalmente, la Sala de Apelación del TPIR en el asunto *Nahimana, Barayagwiza y Ngeze* pareció separarse de ese criterio, al no exigir que los actos persecutorios consistieran en violaciones de derechos fundamentales, sino solamente que el efecto cumulativo de todos ellos alcanzara un nivel de gravedad equiparable al de otros crímenes contra la humanidad²⁶², lo que supone interpretar que se trata de dos requisitos diferentes y, a tenor de la sentencia, alternativos; no obstante, ésta es una interpretación aislada, posiblemente motivada por la voluntad de la Sala de decidir en un determinado sentido. En cualquier caso, en ausencia de una enumeración cerrada de derechos fundamentales, poca claridad aporta el considerar graves los actos que supongan una violación de derechos fundamentales al alcance que se debe dar a la exigencia de gravedad, por lo que son necesarios otros parámetros para determinar si tal requisito se cumple.

(ii) Al respecto, el TPIY ha considerado que la satisfacción del requisito de gravedad

²⁶⁰ Conviene apuntar que la definición de este criterio por analogía puede ser difícil de compatibilizar con la prohibición de la analogía en Derecho penal y de la interpretación extensiva *contra reo* (vid. 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, p. 140; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de justicia penal internacional*, Valencia: Grupo de Estudios de Política Criminal/Tirant lo Blanch, DL 2002, p. 32).

²⁶¹ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso nº IT-95-16-T, *cit.*, párr. 621; *Prosecutor v. Krnojelac*, caso nº IT-97-25-T, *cit.*, párr. 434; *Prosecutor v. Simić et al.*, caso nº IT-95-9-T, *cit.*, párr. 48; *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, caso nº IT-98-34-T, *cit.*, párr. 635; *Prosecutor v. Stakić*, caso nº IT-97-24-T, *cit.*, párr. 728; *Prosecutor v. Lukić & Lukić*, caso nº IT-98-32/1-T, sentencia de instancia, 20 de julio de 2009, párr. 993.

²⁶² ICTR, *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza & Ngeze*, caso nº ICTR 99-52-A, *cit.*, párr. 987: “The Appeals Chamber is of the view that it is not necessary to decide here whether, in themselves, mere hate speeches not inciting violence against the members of a group are of a level of gravity equivalent to that for other crimes against humanity. As explained above, it is not necessary that every individual act underlying the crime of persecution should be of a gravity corresponding to other crimes against humanity: underlying acts of persecution can be considered together. It is the cumulative effect of all the underlying acts of the crime of persecution which must reach a level of gravity equivalent to that for other crimes against humanity. Furthermore, the context in which these underlying acts take place is particularly important for the purpose of assessing their gravity”.

se deberá contextualizar, valorándolo en virtud de las circunstancias en las que han tenido lugar los actos persecutorios²⁶³, insistiendo en que “acts of persecution must be evaluated not in isolation but in context, by looking at their cumulative effect”²⁶⁴. Por consiguiente, **valorar los actos persecutorios en su contexto**, apreciando sus **efectos cumulativos**, se revela clave para establecer la gravedad de la conducta, sobre todo cuando la negación de derechos se produce por medio de actos no criminalizados por el Derecho internacional penal.

(iii) A la hora de proceder a dicha valoración contextual, siempre de acuerdo con el TPIY, se deberá evaluar si los actos persecutorios alcanzan ese nivel exigido de gravedad equiparable al del resto de crímenes contra la humanidad cuando se cometen **separadamente o combinados**²⁶⁵. Esto supone que, no obstante la necesidad de examinar el contexto en su conjunto, se admite que determinados actos puedan por sí mismos ser considerados persecutorios, aunque la jurisprudencia del TPIY no ha aclarado expresamente si se puede prescindir en estos casos del análisis del contexto para establecer que se ha cometido una persecución. De la insistencia del Tribunal en la necesidad de un examen del contexto parece derivarse que siempre y en todo caso habrá

²⁶³ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 621. La Sala de Instancia señaló aquí que: “[...] 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” (cursiva añadida).

²⁶⁴ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 622; *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-A, sentencia de apelación, 28 de febrero de 2005, párr. 321; *Prosecutor v. Milutinović et al.*, caso n° IT-05-87-T, sentencia de instancia, 26 de febrero de 2009, párr. 179; *Prosecutor v. Lukić & Lukić*, caso n° IT-98-32/1-T, *cit.*, párr. 993.

²⁶⁵ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-T, *cit.*, párr. 185.

En relación con el criterio de la comisión separada, conviene recordar que ciertas conductas tipificadas como crímenes contra la humanidad no entran dentro de la competencia del TPIY. Un ejemplo sería la desaparición forzada, practica a la que, sin ser un crimen contra la humanidad a los efectos del ETPIY, la sociedad internacional le ha reconocido una gravedad similar. Prueba de ello fue su inclusión en 1998 entre los crímenes contra la humanidad en el artículo 7.i) ECPI (sobre este particular, *vid.* BASSIOUNI, M. C., *Crimes...*, *cit.*, p. 363) y la posterior adopción de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 20 de diciembre de 2006 (*vid. supra* Capítulo 2, apartado 2.1.C). Por tanto, si se constataran desapariciones forzadas sistemáticas o generalizadas y caracterizadas por una intención discriminatoria, el TPIY podría apreciar la comisión de un crimen de persecución, pero no como actos del artículo 5, sino como otros actos no recogidos en el ETPIY. Las limitaciones del ETPIY respecto del ECPI fueron puestas de relieve en la sentencia de instancia del asunto *Kordić & Čerkez*, donde se señaló que “although the Statute of the ICC limits persecution to acts performed in connection with other crimes falling within its jurisdiction, in practice, the list of acts which may potentially be characterised as persecution is extensive in view of the broad range of crimes listed thereunder” (ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 197 y nota 251).

Respecto de la comisión combinada, *vid.* también ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, *cit.*, párr. 434; *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, *cit.*, párr. 48; *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, caso n° IT-98-34-T, *cit.*, párr. 635.

que proceder de esa manera²⁶⁶, por tratarse la persecución de un crimen con un “efecto acumulativo”²⁶⁷.

c) *Criterios adicionales para garantizar el principio de legalidad penal.*

La aplicación de este test se encuentra no obstante con un importante inconveniente, cual es la necesidad de respetar las **exigencias derivadas del principio *nullum crimen sine lege***, una cuestión que no ha pasado desapercibida al TPIY. En efecto, no se puede olvidar que el castigo de comportamientos no criminales contraviene el principio de legalidad penal. Este problema no se plantea en relación con las conductas tipificadas como crímenes contra la humanidad o como otros crímenes de Derecho internacional, pero sí en el caso de aquellos actos no criminales conforme al Derecho internacional pero que suponen una negación de derechos.

En el asunto *Kordić*, la Sala de Instancia consideró que, para evitar que esto ocurra, “acts in respect of which the accused are indicted under the heading of persecution *must be found to constitute crimes under international law at the time of their commission*”²⁶⁸ (cursiva añadida), requisito que se concretaría en la exigencia de que constituyeran crímenes conforme al Derecho internacional consuetudinario²⁶⁹.

Sin embargo, esta condición fue posteriormente interpretada por el TPIY en el asunto *Kvočka* en el sentido de indicar que, **conjunta o concurrentemente**, “the acts [...] must amount to persecution, not that each discriminatory act alleged must individually be regarded as a violation of international law”²⁷⁰. El discutible argumento para esta conclusión fue que actos que no son inherentemente criminales pueden sin embargo llegar

²⁶⁶ Esa exigencia estaría implícita en la sentencia de instancia del asunto *Kupreškić*, donde se admitió que un único acto podía ser persecutorio si el sujeto activo tenía claramente la intención de cometerlo por pertenecer a un determinado grupo y además esto ocurría “as part of a wide or systematic *persecutory attack against a civilian population*” (cursiva añadida) (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, cit., párr. 624).

²⁶⁷ Vid. ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, cit., párr. 615-622; *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, cit., párr. 199.

²⁶⁸ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, cit., párr. 192. Como expresamente indica el Tribunal, sigue el principio de legalidad tal y como fue definido por la Sala de Apelación en el asunto *Aleksovski*, conforme a la cual este principio requiere “a person may only be found guilty of a crime in respect of acts which constituted a violation of the law at the time of their comisión” (ICTY, *Prosecutor v. Aleksovski*, caso n° IT-95-14/1-A, sentencia de apelación, 24 de marzo de 2000, párr. 126).

²⁶⁹ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, cit., párr. 209-210.

²⁷⁰ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-T, cit., párr. 186.

a ser criminales y persecutorios si se cometen con intención discriminatoria²⁷¹. Sin embargo, la circularidad del razonamiento (el respeto al principio de legalidad penal exige que el acto que fundamenta la imputación de un crimen contra la humanidad de persecución ha de ser criminal, pero es el que sea calificado de discriminatorio –*ergo* “persecutorio”- lo que lo hace criminal) pone en tela de juicio su validez.

Por consiguiente, respecto de los actos persecutorios no criminales, el TPIY articula de una manera dual el criterio de que los actos se aprecien combinados, a través bien de la comisión conjunta o bien de la comisión concurrente de tales actos. Nada se dice expresamente sobre cómo interpretar estos dos criterios, aunque se pueden llegar a perfilar algunas diferencias a partir de la jurisprudencia del TPIY. Así:

(i) La comisión **conjunta** supondría que serán persecutorios los actos que alcancen el mismo nivel de gravedad que otros crímenes de Derecho internacional por la acumulación de sus efectos. Conforme a este criterio, actos que individualmente considerados no sean necesariamente inhumanos pueden estimarse persecutorios cuando sus consecuencias en conjunto se traduzcan en un resultado inhumano²⁷². Por ejemplo, el TPIY ha estimado que una acumulación de tratos humillantes que forman parte de un ataque discriminatorio contra una población civil “may, in combination with other crimes or, in extreme cases alone, [...] constitute persecution”²⁷³. Ello implica que, en definitiva, habrá persecución siempre que el conjunto de actos permita también apreciar un crimen contra la humanidad de otros actos inhumanos, habida cuenta de que además concorra el ánimo discriminatorio característico de la persecución²⁷⁴, lo que reconduce el problema de la determinación del

²⁷¹ *Ibid.* También resulta irrelevante que los actos sean o no criminales en el ordenamiento jurídico interno (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 614).

²⁷² ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 622; *vid. Prosecutor v. Aleksovski*, caso n° 95-14/1-T, sentencia de instancia, 25 de junio de 1999, párr. 57, respecto de los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes previstos en el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949, aplicable por el TPIY en virtud del alcance consuetudinario atribuido al artículo 3 ETPIY (violación de las leyes y usos de la guerra): “the seriousness of an act and its consequences may arise either from the *nature of the act per se* or from the *repetition of an act* or from a *combination of different acts* which, taken individually, would not constitute a crime within the meaning of Article 3 of the Statute. The form, severity and duration of the violence, the intensity and duration of the physical or mental suffering, shall serve as a basis for assessing whether crimes were committed” (cursiva añadida).

²⁷³ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-T, *cit.*, párr. 190.

²⁷⁴ *Vid.* ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 580. *Vid.* también CBH, asunto *Gordan Đurić*, caso n° X-KR-08/549-2, sentencia de instancia, 10 de septiembre de 2009, p. 16, donde el crimen contra la humanidad de persecución se construye a partir de las modalidades de homicidio intencional, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave

alcance de la persecución en estos casos a la no menos dificultosa tarea de delimitar el contenido de la incriminación de *otros actos inhumanos*.

(ii) Por su parte, la comisión **concurrente** parece indicar que actos que no constituyen crímenes de Derecho internacional se cometen junto con otros caracterizables de crímenes contra la humanidad, y es de esta concurrencia de la que se deriva su gravedad. Ahora bien, ello implica que, en buena medida, el TPIY reconoce implícitamente que la conexión de la persecución con otros crímenes puede llegar a ser un criterio válido para apreciar su gravedad, aceptando así lo establecido en el artículo 7.1.h) ECPI, pese a haber rechazado reiteradamente ese requisito. No obstante, cabe hacer algunas matizaciones que diferencian el criterio jurisprudencial y el seguido en el ECPI, pues en este segundo caso la conexión constituye un elemento del crimen²⁷⁵ que además restringe la competencia de la CPI, cosa que no ocurre en el caso del TPIY.

Es indudable que el esfuerzo por fijar criterios objetivos que permitan apreciar la gravedad de una conducta para poder considerarla constitutiva de persecución resulta un avance en favor de la seguridad jurídica en el ámbito penal, y también ha de ser bienvenido el intento de articular estrategias para salvaguardar el principio de legalidad penal.

No obstante, quedan sin resolver algunas cuestiones críticas. Y es que la aplicación del criterio de la comisión combinada de los actos persecutorios busca sobre todo justificar el que se consideren criminales conductas no tipificadas ni convencional ni consuetudinariamente y que, sin embargo, parece innegable que constituyen actos persecutorios. Sin embargo, como ya se apuntaba, castigar como criminales conductas no tipificadas supone una grave violación del principio de legalidad penal, algo que la utilización del criterio de la comisión conjunta o concurrente no resuelve:

(i) Si para evitar lesionar este principio es preciso recurrir al efecto inhumano de estos actos (comisión conjunta), entonces se estará ante un crimen contra la humanidad de otros actos inhumanos cometido con intención discriminatoria, que podrá alcanzar a ser un crimen contra la humanidad de persecución. Aun así, ha de tenerse en cuenta que el TPIY

de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional y otros actos inhumanos.

²⁷⁵ Vid. CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *Parte II.B: Elementos de los Crímenes*, 9 de septiembre de 2002, “Artículo 7 1) h). Crimen de lesa humanidad de persecución. Elementos”, elemento 4: “Que la conducta se haya cometido en relación con cualquier acto de los señalados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”.

parece haber otorgado al crimen contra la humanidad de otros actos inhumanos un alcance bastante más amplio del que los Estados –con no pocas reticencias- le han atribuido en el ECPI²⁷⁶, lo cual indicaría que también al crimen contra la humanidad de persecución se le habría atribuido un contenido excesivamente amplio.

(ii) Si, por el contrario, sólo se puede salvar mediante la conexión del acto con otros crímenes de Derecho internacional (comisión concurrente), se estará privando al crimen contra la humanidad de persecución de autonomía, en la medida en que se hace depender su aplicación de la comisión de otros crímenes de Derecho internacional.

Como se puede observar, en ambos casos queda puesto en entredicho el carácter de crimen autónomo de la persecución como crimen contra la humanidad.

El resto de criterios propuestos para determinar la gravedad de la acción sí parte de la existencia de alguna conducta tipificada como criminal con carácter previo. Ahora bien, ello plantea otro problema no menos relevante, ya que construir la persecución únicamente en base a crímenes preexistentes implicaría que la persecución como crimen contra la humanidad carecería de un contenido específico, puesto que siempre consistiría en algún otro crimen de Derecho internacional cometido con una especial intención discriminatoria.

Por tanto, la determinación de los actos persecutorios que constituyen la acción típica en la persecución como crimen contra la humanidad plantea necesariamente una difícil disyuntiva: o bien se trata de conductas no tipificadas (con los inconvenientes señalados) o bien coincide con la acción típica de otros crímenes de Derecho internacional. En este segundo caso, los únicos supuestos de persecución que no quedarían ya cubiertos por los crímenes contra la humanidad básicamente serían bien ciertas conductas constitutivas de crímenes de guerra (cuya comisión, sin embargo, estaría normalmente vinculada a la

²⁷⁶ Mientras que el ECPI dispone en el artículo 7.1.k) que son 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*” (cursiva añadida), el TPIY ha afirmado –reproduciendo los términos del Proyecto de la CDI de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad aprobado en 1996- que son actos inhumanos aquellos que “severely damage physical or mental *integrity, health or human dignity*” (ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso nº IT-94-1-T, *cit.*, párr. 729; *Prosecutor v. Mucić et al.*, caso nº IT-96-21-T, *cit.*, párr. 533). Se indican en cursiva los elementos que no aparecen en el ECPI y que permitirían una interpretación más amplia que la que se sigue del ECPI, en el cual los actos inhumanos se corresponderían con los tratos inhumanos previstos en diversas disposiciones como crímenes de guerra (*vid.* por ejemplo el artículo 8.2.a.ii) y iii) ECPI) y en diversos tratados internacionales de derechos humanos (*vid.* por ejemplo el artículo 3 CEDH), y pretende incriminar aquellos ataques contra la integridad física y moral del individuo que no alcancen a constituir tortura (*vid.* BOOT, M., *Genocide...*, *cit.*, § 505-507, pp. 529-531).

existencia de un conflicto armado y la conducción de las hostilidades, lo que dejaría un margen muy escaso a la posibilidad de apreciarlos como actos persecutorios en tiempo de paz), bien determinados actos de genocidio, siempre y cuando tales comportamientos tuvieran lugar en el contexto propio de los crímenes contra la humanidad.

C) Valoración de la propuesta jurisprudencial.

El recurso a la evaluación de los actos persecutorios en contexto hace patente que el TPIY no considera que la discriminación por sí misma constituya siempre y en todo caso un atentado contra la dignidad humana, sino sólo cuando alcanza unos niveles de gravedad significativos. Ahora bien, no se puede obviar que la gravedad es un criterio subjetivo que entraña un juicio de valor²⁷⁷, y por tanto no se pueden fijar parámetros exactos de referencia para saber a partir de qué momento dicha privación tiene una entidad suficiente como para generar responsabilidad penal²⁷⁸. De hecho, cabe recordar que las dificultades para concretar estos extremos determinaron que la CDI optara por criterios más objetivos (en concreto la sistematicidad o la masividad) para poder considerar que una violación de derechos humanos merecía ser constitutiva de un crimen de Derecho internacional²⁷⁹, y que han sido los que han cristalizado en la norma consuetudinaria que tipifica los crímenes contra la humanidad.

En abstracto se puede considerar que una privación de derechos fundamentales alcanza una gravedad susceptible de incriminación en la medida en que se comete en el marco de un ataque sistemático o generalizado dirigido contra una población civil y siguiendo una política organizada, lo que da lugar a la existencia de un crimen contra la humanidad. Sin embargo, en el caso específico de la persecución, establecer que se ha alcanzado un umbral

²⁷⁷ Vid. CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *Parte II.B, cit.*, “Introducción general”, p. 116, párr. 4. Ese inconveniente ya fue puesto de manifiesto en el seno de la CDI durante los trabajos de elaboración del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (vid. la posición del Relator Doudou THIAM en ONU, Doc. A/CN.4/SR.1816, *Actas resumidas de la 1816ª sesión. Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*, párr. 5, en: ONU, *ACDI*, 1984, vol. I, p. 6).

²⁷⁸ Vid. BASSIOUNI, M. C., *Crimes...*, *cit.*, p. 330.

En los Elementos de los Crímenes del ECPI se reconoce que la gravedad es un elemento que entraña un juicio de valor, y si bien no se exige para probar la intencionalidad que el sujeto activo haya hecho tal valoración personalmente (CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *Parte II.B, cit.*, “Introducción general”, p. 116, párr. 4), tampoco se aclara quién debe hacerla para que sea relevante. Podría entenderse que bastaría con que las víctimas lo perciban así o, en su lugar, que es preciso esperar a que los órganos judiciales competentes así lo declaren; aunque, por lo demás, en el ámbito específico de la CPI parece que esa determinación quedaría a la discreción de quienes pueden someter un caso a su consideración (los Estados Partes, el Consejo de Seguridad o el Fiscal, en virtud del artículo 13 ECPI).

²⁷⁹ Vid. *supra* Capítulo II, apartado 1.2.

suficientemente significativo de gravedad resulta más complejo, en la medida en que a partir de la práctica jurisprudencial se admite de forma más o menos explícita que determinados ataques contra derechos no fundamentales son también constitutivos de persecución por las consecuencias nefastas que tienen para las víctimas, estableciéndose su gravedad a la luz del contexto. Esta estrategia merece empero varias objeciones:

(i) Por una parte, no deja de resultar paradójico que la gravedad de la privación de derechos deba derivarse del contexto. Si la persecución se caracteriza como una privación de *derechos fundamentales*, o lo que es lo mismo, un núcleo duro de derechos cuya lesión viene proscrita por normas imperativas, la gravedad de esa privación se debería presuponer sin necesidad de deducirla de la acumulación de todo un conjunto de indicios.

(ii) Por otra parte, establecer que es necesario valorar el contexto para apreciar que se comete un crimen contra la humanidad de persecución parece en cierta medida tautológico si se tiene en cuenta que se trata, precisamente, de un crimen contra la humanidad, cuyo rasgo distintivo es su comisión en el marco de un ataque sistemático o generalizado que atiende a una política organizada, esto es, en el contexto propio del elemento objetivo de la cláusula general de la categoría, y, por tanto, su contextualización viene impuesta por la propia cláusula general. Resulta entonces que, al considerar que lo que debe ser examinado no es el acto en sí, sino el contexto, la jurisprudencia parecería estar equiparando el crimen contra la humanidad de persecución al conjunto de la categoría de crímenes contra la humanidad, o cuando menos estaría aproximándose en la práctica a una asimilación entre el crimen específico y la categoría general.

De no ser así y tratarse ésta de una percepción errónea, entonces el Tribunal estaría estableciendo *tres niveles de prueba* que deberían ser verificados para apreciar un crimen contra la humanidad de persecución: prueba de la comisión de un acto discriminatorio, prueba de la existencia de un contexto persecutorio, y prueba de la existencia del contexto propio de los crímenes contra la humanidad, sin que quede clara la diferencia entre estos dos últimos contextos (el específico de la modalidad criminal y el general de la categoría), más allá de la percepción del carácter discriminatorio del contexto persecutorio. Se insta entonces una mayor onerosidad probatoria para el crimen contra la humanidad de persecución que para el resto de crímenes contra la humanidad, que no requieren esta triple prueba, sino únicamente verificar la comisión del acto prohibido dentro del contexto propio de la categoría.

(iii) Asimismo, si un acto discriminatorio no puede ser siempre y en todo caso considerado un crimen contra la humanidad cuando se comete en conexión con el contexto propio de la categoría, entonces surge una clara divergencia entre la persecución y el resto de crímenes contra la humanidad en cuanto a su estructura. Al respecto, normalmente se admite que bastará la comisión de *alguno* de los actos incriminados en conexión con el contexto más amplio característico de la categoría para que sea calificado de crimen contra la humanidad, sin que sea necesaria una repetición de la conducta o que el mismo autor haya cometido otros actos criminales²⁸⁰. Por el contrario, en el caso de la persecución un único acto *per se* no necesariamente da lugar a un crimen contra la humanidad, sino que a menudo puede depender de una conjunción de varios actos el que se pueda apreciar la responsabilidad penal del autor del mismo.

Esta interpretación evoca la exigencia contenida dentro de la cláusula general de la categoría de que se produzca un *ataque* en los términos del ECPI, es decir, la comisión múltiple de actos de violencia²⁸¹, lo que, una vez más, evidenciaría que el TPIY está recurriendo a los elementos de la cláusula general de la categoría (y por tanto comunes al conjunto de los crímenes contra la humanidad) para reinterpretarlos como si constituyeran elementos propios de la modalidad de persecución.

(iv) Por último, si bien en la jurisprudencia del TPIY, conforme al *test de gravedad* antes descrito, los actos que no lesionan derechos fundamentales sólo podrán ser considerados persecutorios cuando alcancen el mismo nivel de gravedad que los crímenes contra la humanidad -lo que constituye una alternativa al criterio seguido por el ECPI (conexión con otros crímenes de la competencia de la CPI)-, es en todo caso cuestionable que en este punto el TPIY esté aplicando Derecho internacional consuetudinario. Aunque el ECPI es más restrictivo que la norma consuetudinaria en tanto que exige una conexión del crimen contra la humanidad de persecución con otros crímenes de la competencia de la CPI, no puede obviarse que en el mismo los Estados no admiten la posibilidad de que una violación de derechos humanos no fundamentales sea considerada persecución, por lo que habrá que excluir que esa posibilidad forme parte de la norma consuetudinaria.

Además de estas objeciones, no se puede obviar que la valoración contextual de los actos persecutorios enlaza con la concepción tradicional de la persecución como una

²⁸⁰ *Vid.* Capítulo III, apartados 2.1.B) y 2.3.

²⁸¹ *Vid.* Capítulo III, apartado 2.1.A).

política que incluye actos de diversa naturaleza, concepción que influye claramente en la jurisprudencia del TPIY, pese a su empeño en individualizar aquellos actos que merecen ser calificados de persecutorios. De hecho, es bastante habitual que el Tribunal establezca la existencia de un ataque por motivos discriminatorios que cumple una doble función en el análisis del crimen: por una parte, se considera un acto persecutorio de los muchos que pueden conformar la persecución, pero, además, se toma como referencia contextual del resto de actos persecutorios²⁸².

No obstante, el TPIY ha insistido en que no debe confundirse la valoración del contexto con la comprobación de que existe una política discriminatoria. Si bien es cierto que con frecuencia los actos persecutorios forman parte de una política discriminatoria o una práctica discriminatoria generalizada²⁸³, esta circunstancia no constituye un elemento de la persecución como crimen contra la humanidad, de manera que no será preciso demostrar que tal política existe, o, de resultar probado que ha existido, que el sujeto activo haya participado en la formulación de esa política por una autoridad gubernamental²⁸⁴. Esta puntualización está en consonancia con los Elementos del crimen contra la humanidad de persecución conforme a las disposiciones del artículo 7.1.h) ECPI, donde tampoco se requiere la concurrencia de una política discriminatoria como un elemento de dicha modalidad criminal²⁸⁵. Por consiguiente, no es la participación en la concreción de una política persecutoria sino la presunta realización de un acto persecutorio por un individuo lo que genera responsabilidad penal. De todos modos, el TPIY mantiene una posición bastante ambigua en relación con este particular²⁸⁶, ya que reiteradamente recurre a la idea del *ataque persecutorio*, sobre todo como presunción de la intención discriminatoria propia

²⁸² Así, por ejemplo, según la Sala de Instancia en el asunto *Kordić*, “the act of attacking cities, towns and villages on discriminatory grounds provides the factual matrix for most of the other alleged acts of persecution (such as killing, imprisonment, forcible transfer, inhumane acts, wanton and extensive destruction of property, etc.)” (ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 203). En el asunto *Tadić* se consideró que el ataque sobre Kozarac y sus alrededores “clearly constituted an infringement of the victims’ enjoyment of their fundamental rights and these acts were taken against non-Serbs on the basis of religious and political discrimination” (ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 717).

²⁸³ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 615.

²⁸⁴ *Ibid.*, párr. 625; ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, *cit.*, párr. 435; *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, *cit.*, párr. 51.

²⁸⁵ CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *Parte II.B: Elementos de los Crímenes*, *cit.*, “Artículo 7 1) h). Crimen de lesa humanidad de persecución. Elementos”, pp. 125-126.

²⁸⁶ Sobre las dos posiciones sobre esta cuestión (la exigencia de vinculación de los actos a una política o la exclusión de la misma como elemento del crimen contra la humanidad de persecución), *vid.* DE HEMPTINNE, J., “Controverses...”, *cit.*, pp. 40-45.

de la persecución (a la que se hará referencia ulteriormente, al abordar el elemento subjetivo de la persecución como crimen contra la humanidad)²⁸⁷.

Como conclusión a todo lo dicho sobre el elemento objetivo de la persecución como crimen contra la humanidad se puede decir que el planteamiento propuesto por el TPIY parece querer armonizar las dos visiones tradicionalmente opuestas sobre la naturaleza de la persecución, entendida como crimen autónomo o como contexto. Y aunque *a priori* adopta la perspectiva de que se trata de un crimen autónomo y pretende tratarlo como tal, la manera en que lo aplica supera su pretensión inicial, ya que termina por desproveerlo de cualquier contenido propio para transformarlo más bien en un contexto en el que los crímenes contra la humanidad u otros crímenes de Derecho internacional se cometen de forma discriminatoria. Así las cosas, se puede poner en duda que el crimen contra la humanidad de persecución sea actualmente un crimen realmente autónomo y específico: aunque la voluntad de los Estados de castigar las persecuciones es clara, la manera en que está configurada la norma pone en entredicho la viabilidad de esta prohibición.

3. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN.

El elemento subjetivo de la persecución, en tanto que crimen contra la humanidad, exige en primer lugar que éste se cometa “con intención y conocimiento de los elementos

²⁸⁷ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 652.

Por ejemplo, en el asunto *Kupreškić* se admitió que un único acto podía ser persecutorio si el sujeto activo tenía claramente la intención de cometerlo en razón de la pertenencia de la víctima a un determinado grupo y esto ocurría “as part of a *wide or systematic persecutory attack* against a civilian population” (cursiva añadida) (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 624. *Vid.* también *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-T, párr. 195).

En el asunto *Krnjelac*, por el contrario, se rechaza este criterio, por entender que inferir la intención discriminatoria del carácter discriminatorio del ataque no siempre permite hacerlo con precisión respecto de todos los actos (ICTY, *Prosecutor v. Krnjelac*, caso n° IT-97-25-T, *cit.*, párr. 436). Sin embargo, pese a que la sentencia de instancia enfatiza que el carácter discriminatorio del ataque no es un requisito de los crímenes contra la humanidad, y, por ende, tampoco de la persecución (*ibid.*), a lo largo de la misma se hacen constantes referencias al ataque contra la población civil no serbia en la municipalidad de Foca, llegando a afirmar que “*a widespread and systematic attack by the Serb forces against the non-Serb civilian population took place in and around Foca [...], and that the acts which took place at the KP Dom were part thereof*” (cursiva añadida) (*ibid.*, párr. 61. A modo de ejemplo, *vid.* también los párrafos 22, 49, 50 y 62. *Vid.* también ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 660-661; *Prosecutor v. Stakić*, caso n° IT-97-24-T, sentencia de instancia, 31 de julio de 2003, párr. 627, 629 y 630). Cuando menos, ello parece indicar que el Tribunal concede al carácter discriminatorio del ataque cierta importancia; de lo contrario, carece de sentido su insistencia en resaltar esa naturaleza discriminatoria del ataque pese a rechazar que sea un elemento de la persecución como crimen contra la humanidad y pese a que, con carácter general, tampoco se exige dentro de la cláusula general de los crímenes contra la humanidad.

materiales del crimen”, tal y como dispone el artículo 30.1 ECPI²⁸⁸. Pero la persecución presenta además una importante diferencia respecto del resto de crímenes de la categoría en relación con el elemento subjetivo, puesto que en su caso se introduce un requisito adicional, cual es que el crimen se cometa con un especial ánimo discriminatorio (el *ánimo persecutorio*), consistente en que **el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas en razón de la identidad de un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales, por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional**²⁸⁹.

Ello dota de particularidad a la persecución dentro de la categoría, dado que, con carácter general, el móvil no se considera un elemento de los crímenes contra la humanidad²⁹⁰. En este sentido, resulta llamativo el doble rasero que se aplica para establecer el contenido consuetudinario del crimen contra la humanidad de persecución a la luz de la evolución experimentada por el conjunto de la categoría: por una parte, la jurisprudencia es contundente a la hora de excluir la necesidad de un nexo entre la persecución y otros crímenes, porque esa exigencia no se corresponde con la norma consuetudinaria que regula los crímenes contra la humanidad²⁹¹; por el contrario, acepta que el ánimo discriminatorio sea específicamente un elemento (y además esencial) de la persecución, pese a que la misma norma prevé que los motivos discriminatorios no forman parte de los elementos de la categoría.

Tanto las peculiaridades que se derivan de la exigencia de una especial intención discriminatoria en el crimen contra la humanidad de persecución (§ 3.1) como los motivos persecutorios penalmente relevantes (§ 3.2) serán analizados a continuación, con el fin de determinar las divergencias que el elemento subjetivo de la persecución como crimen contra la humanidad presenta respecto del elemento subjetivo del resto de crímenes contra la humanidad.

²⁸⁸ Sobre el elemento subjetivo en el crimen contra la humanidad, véase el Capítulo III, apartado 3.

²⁸⁹ Vid. CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *Parte II.B, cit.*, “Artículo 7 1) h). Crimen de lesa humanidad de persecución”, p. 125, párr. 2-3.

²⁹⁰ Vid. Capítulo III, apartado 3.2.

²⁹¹ Cosa distinta es que, como se indicó en el apartado anterior, entienda que una de las vías para que los actos no criminales conforme al Derecho internacional adquieran la gravedad exigida para alcanzar a ser actos persecutorios sea su comisión concurrente con otros crímenes de Derecho internacional.

3.1. ESPECIFICIDAD DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN EL CRIMEN DE PERSECUCIÓN: LA ESPECIAL INTENCIÓN DISCRIMINATORIA.

La vaguedad de la acción típica en el crimen contra la humanidad de persecución se ha pretendido salvar poniendo el énfasis en el elemento subjetivo. Al respecto, se ha señalado que la incriminación de la persecución como crimen contra la humanidad está justificada porque los motivos discriminatorios que llevan a su comisión son inhumanos²⁹². Esta afirmación ha sido corroborada por la jurisprudencia penal internacional, indicando el TPIY que no es necesario “to have a separate act of an inhumane nature to constitute persecution; the discrimination itself makes the act inhumane”²⁹³. De ahí que el Tribunal no requiera su ejecución mediante actos necesariamente inhumanos y pueda apreciarse incluso ante conductas *a priori* que no son criminales ni para el Derecho internacional ni para los ordenamientos jurídicos internos, puesto que el elemento clave para apreciar la comisión de una persecución es el subjetivo. De acuerdo con la Sala de Instancia en el asunto *Blaskić*, es la especial intención de discriminar, más que los medios empleados para lograrlo, la que confiere a la persecución como crimen contra la humanidad “its individual nature and gravity and which justifies its being able to constitute criminal acts which might appear in themselves not to infringe directly upon the most elementary rights of a human being”²⁹⁴.

Por consiguiente, la singularidad del crimen contra la humanidad de persecución viene dada por la presencia de un especial ánimo discriminatorio, que en esencia supone que la víctima es elegida en virtud de su presunta pertenencia a un determinado grupo. Éste integra el elemento subjetivo del delito adicionalmente a la intención de cometer el acto persecutorio y a la *mens rea* requerida para todos los crímenes contra la humanidad (conocimiento de que el acto se comete en el contexto de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil)²⁹⁵.

La complejidad del elemento subjetivo en la persecución como crimen contra la

²⁹² PLAWSKI, S., *Étude des principes fondamentaux du droit international pénal*, Paris: LGDJ, 1972, p. 100. PLAWSKI continúa diciendo que “l’élément moral de l’infraction joue le rôle distinctif entre les crimes contre l’humanité [concebidos como discriminatorios] et les autres infractions qui leurs ressemblent au point de vue de l’élément matériel” (*ibid.*, p. 102). *Vid.* también DONNEDIEU DE VABRES, H., “Le procès de Nuremberg devant les principes du droit pénal international”, *RCADI*, tomo 70, 1947-I, p. 518; ARONEANU, E., *Le crime contre l’humanité*, Paris: Librairie Dalloz, 1961, p. 35.

²⁹³ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 697.

²⁹⁴ ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 235; *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 212.

²⁹⁵ *Vid.* Capítulo III, apartado 3.1.

humanidad ha sido enfatizada por el TPIY, que distingue dentro del mismo los tres requisitos del elemento subjetivo esbozados en el párrafo precedente²⁹⁶:

(i) En primer lugar, debe haber existido la **intención específica** de cometer “the underlying act (such as murder, extermination or torture)”²⁹⁷ y producir sus consecuencias²⁹⁸.

(ii) En segundo lugar, se deberá verificar la **mens rea de la cláusula general** exigible para todos los crímenes contra la humanidad dentro del elemento subjetivo de la categoría (el conocimiento del contexto –el ataque sistemático o generalizado contra una población civil- en el que se han cometido los actos)²⁹⁹.

(iii) En último lugar, habrá de concurrir una **intención especial**, la intención discriminatoria, que constituye un requisito adicional específicamente exigido para el crimen contra la humanidad de persecución³⁰⁰.

Los dos primeros requisitos son similares a los de cualquier crimen contra la humanidad, y por ello serán abordados conjuntamente (§A), mientras que a la especial intención discriminatoria se dedicará un apartado separado (§ B), que se completará con el análisis de los criterios seguidos por la jurisprudencia para determinar la pertenencia a un grupo de las víctimas de un crimen contra la humanidad de persecución (§ C).

A) La intención de cometer el acto incriminado dentro del contexto propio de la categoría de los crímenes contra la humanidad.

En el plano subjetivo, como se recordará, el elemento común a todos los crímenes contra la humanidad presenta una doble vertiente: de una parte, el autor debe actuar con la intención de cometer el acto incriminado³⁰¹, y, de otra parte, ha de conocer el contexto

²⁹⁶ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 212; *Prosecutor v. Stakić*, caso n° IT-97-24-T, *cit.*, párr. 738; *vid.* también BAZELAIRE, J.-P. et CRETIN, T., *La justice pénale internationale. Son evolution, son avenir. De Nuremberg à La Haye*, Paris: PUF, 2000, p. 76.

²⁹⁷ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 211.

²⁹⁸ *Ibid.*, párr. 212.

²⁹⁹ *Ibid.*, párr. 211-212.

³⁰⁰ *Ibid.*, párr. 212.

³⁰¹ Por supuesto, la imposibilidad de demostrar la intención de cometer una violación de derechos fundamentales que sirva de base a la persecución también excluirá que se pueda condenar por este último crimen (ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, caso n° IT-98-32-A, *cit.*, párr. 141).

más amplio en el que sus actos se enmarcan³⁰². Procede ahora determinar cómo se concretan estos requisitos respecto del crimen contra la humanidad de persecución.

(i) En lo que respecta al **elemento volitivo**, resulta problemático establecer la intención del sujeto activo de cometer la acción típica objeto de la incriminación, precisamente porque ésta adolece de un exceso de generalidad, lo que repercute en el elemento subjetivo³⁰³. En el caso del crimen contra la humanidad de persecución se ha de partir de la premisa de que se configura como un crimen de resultado, de manera que para su consumación se requiere que la acción produzca el resultado punible, es decir: el efecto de privar a alguien gravemente y de forma discriminatoria de algún/os derecho/s humano/s fundamental/es. Sin embargo, se plantean principalmente dos inconvenientes:

- Para empezar, se ha de probar la intención de privar de derechos fundamentales, un resultado, sin embargo, demasiado amplio e impreciso. Tal y como se viene argumentando, ni está taxativamente establecido qué derechos humanos son fundamentales ni la persecución se aprecia sólo en relación con violaciones de derechos fundamentales, sino que el TPIY también considera persecución lo que *a priori* sólo sería una tentativa de persecución (la privación discriminatoria de derechos humanos no fundamentales). En todo caso, aunque se defienda que el resultado punible es sólo y exclusivamente la privación de derechos fundamentales (en línea con lo previsto en el ECPI), se sigue planteando el problema central en la delimitación de los elementos de la persecución: que la persecución abarca a las demás conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad, y, en consecuencia, buscar privar a alguien de sus derechos fundamentales es tanto como pretender cometer algún otro crimen contra la humanidad.
- Además, puesto que en la formulación jurisprudencial la acción típica del crimen consiste en el acto persecutorio -entendido como acto con efectos discriminatorios-, debe entonces exigirse la intención de lograr el resultado de discriminar de hecho (es decir, de lograr que el acto tenga efectos discriminatorios), la cual se superpone

³⁰² *Vid.* Capítulo III.

³⁰³ Por ejemplo, DE THAN y SHORTS describen la *mens rea* de la persecución como “the specific intent to cause injury to an individual because of his membership of a particular group on religious, racial, or political grounds” (DE THAN, C. & SHORTS, E., *International...*, *cit.*, p. 108), una fórmula que, limitándose a exigir la causación de un daño a una persona, refleja claramente la imprecisión de la noción.

a la intención especial o intención persecutoria³⁰⁴.

En cualquier caso, y al igual que cualquier otro crimen contra la humanidad, la persecución deberá cometerse con **dolo**, que en principio deberá ser directo (“*direct intent*”)³⁰⁵. La jurisprudencia se ha pronunciado sólo parcialmente sobre la admisibilidad en el caso de la persecución de otras formas de dolo, como el dolo indirecto o el eventual, aceptadas por el TPIY en la sentencia de instancia del asunto *Blaskić* con carácter general respecto de la participación en el ataque que caracteriza a los crímenes contra la humanidad³⁰⁶. La cuestión se planteó ante la Sala de Apelación en el mismo asunto, tras alegar la defensa de Tihomir Blaskić que la Sala de Instancia había cometido un error al valorar la existencia de dolo eventual respecto del crimen contra la humanidad de persecución. Pero la Sala rechazó este motivo de apelación, entendiendo que una persona que ordenaba un acto u omisión consciente de la alta probabilidad de que se cometiera un crimen durante la ejecución de esa orden tenía la *mens rea* necesaria para establecer su responsabilidad penal internacional³⁰⁷. Implícitamente, se admitía así la posibilidad de apreciar dolo eventual respecto de quien ordena la comisión de un crimen contra la humanidad de persecución a sabiendas de que es muy probable que se cometa, y la misma conclusión se alcanzó en el asunto *Kordić* respecto de quienes lo planeen o lo instiguen³⁰⁸, pero no se ha valorado esta opción en relación con la autoría material del crimen.

(ii) Con respecto al **elemento cognitivo**, esto es, al conocimiento del contexto propio de los crímenes contra la humanidad en el que los actos constitutivos de persecución se cometen, éste no plantea más problemas que los indicados al analizar con carácter general la *mens rea* requerida para todos los crímenes contra la humanidad: el sujeto activo deberá conocer tanto el contexto general en el que ocurre su acto como que está participando en el mismo, es decir, que su acto es parte integrante de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil llevado a cabo para cumplir una

³⁰⁴ Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, Granada: Comares, 1998, p. 137.

³⁰⁵ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso nº IT-95-30/1-A, sentencia de apelación, 28 de febrero de 2005, párr. 343 y 346.

³⁰⁶ ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso nº IT-95-14-T, *cit.*, párr. 254. Sobre la posibilidad de admitir otras formas de dolo en los crímenes contra la humanidad, *vid.* Capítulo III, apartado 3.1.

³⁰⁷ ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso nº IT-95-14-A, sentencia de apelación, 29 de julio de 2004, párr. 166.

³⁰⁸ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso nº IT-95-14/2-A, sentencia de apelación, 17 de diciembre de 2004, párr. 112.

política o plan determinados³⁰⁹.

B) El ánimo persecutorio.

En lo que se refiere a la especial intención de discriminar, el TPIY ha señalado que la persecución como crimen contra la humanidad “is uniquely distinguishable from the other Article 5 crimes by the requirement of an intent to discriminate on racial, religious or political grounds”³¹⁰; de hecho, la exigencia de una especial intención discriminatoria aproxima a la persecución más al genocidio que al resto de crímenes contra la humanidad, y al respecto el Tribunal ha admitido que “the *mens rea* requirement for persecution is higher than for ordinary crimes against humanity, although lower than for genocide”³¹¹.

Así pues, esta modalidad criminal se caracteriza porque el autor elige a sus víctimas en razón de la pertenencia de éstas a un grupo determinado, y esa elección se basa en alguno de los motivos discriminatorios prohibidos por la norma de tipificación de la persecución³¹². En consecuencia, debe concurrir un especial ánimo discriminatorio en la selección de la población civil contra la que se comete el crimen, lo que separa a la persecución del resto de los crímenes contra la humanidad, en los que las motivaciones discriminatorias no son relevantes. La persecución requiere, por tanto, un **dolo especial**³¹³, es decir, “l’intention précise, requise comme élément constitutif du crime, qui exige que le criminel ait nettement cherché à provoquer le résultat incriminé”, según la definición dada por el TPIR en el asunto *Akayesu*³¹⁴. Ello supone que no basta con que la persona sepa que de hecho está actuando de una forma que es discriminatoria, sino que debe tener conscientemente la intención de discriminar³¹⁵.

³⁰⁹ Vid. Capítulo III.

³¹⁰ ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, *cit.*, párr. 51; *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-A, *cit.*, párr. 164; *Prosecutor v. Vasiljević*, caso n° IT-98-32-T, *cit.*, párr. 248.

³¹¹ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 636; ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 213.

³¹² Vid. CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, Parte II.B: *Elementos de los Crímenes*, 9 de septiembre de 2002, “Artículo 7 1) h). Crimen de lesa humanidad de persecución. Elementos”, elementos 2 y 3.

³¹³ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, caso n° IT-97-24-T, *cit.*, párr. 737, y n° IT-97-24-A, *cit.*, párr. 328.

³¹⁴ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso n° ICTR-96-4-T, sentencia de instancia, 2 de septiembre de 1998, párr. 498.

³¹⁵ ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, *cit.*, párr. 51; *Prosecutor v. Vasiljević*, caso n° IT-98-32-T, *cit.*, párr. 248; *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 217; *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, *cit.*, párr. 435.

La intención discriminatoria ha de referirse al específico acto persecutorio, no al ataque en general que caracteriza a los crímenes contra la humanidad, pues aunque éste pueda también tener un carácter discriminatorio³¹⁶ por estar dirigido contra un grupo determinado, este dato debería ser irrelevante, ya que la cláusula general admite que el ataque vaya dirigido contra *cualquier* población civil y contra *una parte* de ella, y por ende contra un grupo específico. Por tanto no se podrá deducir la intención discriminatoria directamente del mismo³¹⁷. Tal y como advirtió el TPIY en el asunto *Vasiljević*, deducir la intención discriminatoria de los actos cometidos en el marco de un ataque discriminatorio podría llevar a conclusiones correctas respecto de la mayoría de esos actos, pero “there may be acts committed within the context that were committed either on discriminatory grounds not listed in the Statute, or for purely personal reasons”. Por tanto, el TPIY opta por descartar este criterio, en la medida en que no siempre resulta preciso a la hora de inferir la intención discriminatoria respecto de todos los actos que tienen lugar en ese contexto³¹⁸.

Por otra parte, en la medida en que no es un requisito de la persecución el que haya existido una política persecutoria o que el sujeto activo haya participado en la formulación de una política de esas características, tampoco se requiere probar la existencia de una específica intención de llevar a cabo un plan o una política persecutoria, sino que basta con que se demuestre la intención discriminatoria en la comisión del acto³¹⁹; no obstante, el TPIY ha reconocido que la determinación de la intención discriminatoria puede requerir “a careful analysis of the underlying policies of the regime”³²⁰.

De todas formas, lo cierto es que la existencia de una política discriminatoria podría resultar indiciaria de la intención discriminatoria requerida, y, de hecho, el Tribunal no

³¹⁶ ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, *cit.*, párr. 51.

³¹⁷ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, *cit.*, párr. 184; *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-A, *cit.*, párr. 164; *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-A, *cit.*, párr. 366

³¹⁸ ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, caso n° IT-98-32-T, *cit.*, párr. 249; *vid.* también *Prosecutor v. Stakić*, caso n° IT-97-24-T, *cit.*, párr. 740.

³¹⁹ Si bien en el asunto *Kordić* la Sala de Instancia consideró que “in order to possess the necessary heightened *mens rea* for the crime of persecution, the accused must have shared the aim of the discriminatory policy” (ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 217-220, en particular este último), la Sala de Apelación ha rechazado insistentemente esta exigencia, aclarando que “there is no requirement in law that the actor possess a “persecutory intent” over and above a discriminatory intent” (ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-A, *cit.*, párr. 111; *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-A, *cit.*, párr. 165; como ejemplos de la asunción de este criterio en instancia *vid.* *Prosecutor v. Stakić*, caso n° IT-97-24-T, *cit.*, párr. 739; *Prosecutor v. Vasiljević*, caso n° IT-98-32-T, *cit.*, párr. 248).

³²⁰ ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, *cit.*, párr. 51, nota 96.

excluye totalmente que la intención discriminatoria puede ser inferida del contexto, en la medida en que las circunstancias del caso sustenten su existencia³²¹. Para ello, habrá que demostrar que el sujeto activo, además de conocer la naturaleza discriminatoria de los crímenes, participó a sabiendas en un sistema o plan discriminatorio³²². Así pues, cuando se aprecia la existencia de una *empresa criminal conjunta de persecución* -lo que ocurre con relativa frecuencia en la jurisprudencia del TPIY³²³-, la regla general anteriormente indicada -que impide deducir del contexto el ánimo discriminatorio- se relativiza. El TPIY ha considerado que, en ese caso, “the intent to contribute to the joint criminal enterprise and discriminatory intent is one and the same thing”³²⁴. De hecho, en tales supuestos bastará con demostrar que alguna de las personas implicadas (el autor material o quien hubiera planeado, ordenado o instigado la conducta del autor material) poseía intención discriminatoria para que este requisito se dé por satisfecho³²⁵, de manera que el autor material del acto persecutorio puede no haber tenido intención discriminatoria alguna en su comisión, y ello no obsta para que se aprecie la comisión de un crimen

³²¹ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-A, *cit.*, párr. 184; *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-A, *cit.*, párr. 164; *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-A, *cit.*, párr. 366.

³²² ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-98-30/1-T, *cit.*, párr. 201 y caso n° IT-95-30/1-A, *cit.*, párr. 367; *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, *cit.*, párr. 51; *Prosecutor v. Jelisić*, caso n° IT-95-10-T, *cit.*, párr. 73.

³²³ *Vid.*, por ejemplo, ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-T, *cit.*, párr. 244, 265-312, y 319-320, y n° IT-95-30/1-A, *cit.*, párr. 346 (la Sala de Instancia llegó a la conclusión de que los campos de detención de Omarska, Keraterm y Trnopolje, así como el gobierno municipal de Prijedor, funcionaban como una empresa criminal conjunta); *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, *cit.*, párr. 983-993 (persecución de civiles no serbios en el municipio de Bosanski Samac); *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 827-831 (persecución de la población bosnio-musulmana de Bosnia Central); *Prosecutor v. Stakić*, caso n° IT-97-24-A, *cit.*, párr. 64-98 (propósito común de perseguir, deportar y transferir por la fuerza a las poblaciones bosnio-musulmanas y bosnio-croatas de Prijedor); *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-A, *cit.*, párr. 241-247 (persecución en la forma de intercambio de prisioneros no serbios del campo KP Dom); *Prosecutor v. Krstić*, caso n° IT-98-33-T, *cit.*, párr. 607-618 (limpieza étnica de mujeres, niños y ancianos bosnio-musulmanes de Potocari).

³²⁴ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-A, *cit.*, párr. 347; *vid.* también *Prosecutor v. Vasiljević*, caso n° IT-98-32-A, sentencia de apelación, 25 de febrero de 2004, párr. 136-140. Al apreciarse un empresa criminal conjunta, la intención especial pasa a derivarse de la intención común de delinquir, lo que flexibiliza la prueba. De acuerdo con la CBH, “[...] The common intent, either as a special intent that is necessary for the underlying criminal offence or the general intent to contribute to the system, can be established through other evidence, and not just through explicit statements about the intent” (CBH, asunto *Marko Radić et al.*, caso n° X-KR-05/139, 20 de febrero de 2009, p. 238).

³²⁵ De acuerdo con la Sala de Instancia en el asunto *Milutinović et al.*, “[...] With regard to the question of who must have the requisite discriminatory intent, namely the physical perpetrator or the accused who planned, ordered, or instigated the conduct of the physical perpetrator, the Trial Chamber considers that, so long as it is proved that one of these individuals possessed discriminatory intent, this element is satisfied” (ICTY, *Prosecutor v. Milan Milutinović et al.*, caso n° IT-05-87-T, *cit.*, párr. 181).

contra la humanidad de persecución por parte de quienes estuvieran detrás de su perpetración, como ideólogos del ataque³²⁶.

Adicionalmente, junto a la atribución de responsabilidad por la comisión de un crimen contra la humanidad de persecución en virtud de la pertenencia a una empresa criminal conjunta para perseguir, la jurisprudencia admite otro supuesto en el que es posible deducir responsabilidad penal internacional por un crimen contra la humanidad de persecución sin que la persona responsable haya actuado con intención discriminatoria: así, esa posibilidad se acepta en el caso de la persona que auxilia o alienta la comisión del crimen (es decir, la forma de participación conocida en inglés como *aiding and abetting*³²⁷). La jurisprudencia ha afirmado que esta forma de participación requiere que la persona que ayuda o alienta a la comisión de un crimen contra la humanidad de persecución sea consciente no sólo del crimen cuya comisión está facilitando, sino también la intención discriminatoria de quienes lo cometen; sin embargo, no es preciso que comparta esa intención, pero sí que sea consciente del contexto discriminatorio en el que el crimen se comete y de que su apoyo tiene un efecto sustancial en la comisión del mismo³²⁸.

C) Criterios de determinación de la pertenencia a un grupo.

Antes de identificar los motivos discriminatorios relevantes a los efectos de apreciar un crimen contra la humanidad de persecución, es preciso establecer pautas para determinar la pertenencia de una persona a un grupo discriminado, puesto que, de acuerdo con la previsión del artículo 7.1.h) ECPI, la persecución se ha de dirigir contra “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 al Derecho internacional” (cursiva añadida).

³²⁶ Así se apreció, por ejemplo, en el asunto *Stakić*, en el que Milomir Stakić, presidente de la Asamblea Municipal de Prijedor durante la campaña de persecución de los no serbios de la zona, de la que, entre otros, él se encontraba al frente, como “(co-)perpetrator behind the direct perpetrators”, fue considerado responsable de todos los crímenes de persecución de los que se le acusaba, dado que su intención discriminatoria había resultado probada respecto de todos, y eso con independencia de que los mismos hubieran sido cometidos por “the direct perpetrator/actor with a discriminatory intent or not” (ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, caso nº IT-97-24-T, *cit.*, párr. 818).

³²⁷ *Vid.* artículo 7.1 ETPIY: “Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o *ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar* uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen” (cursiva añadida).

³²⁸ ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, caso nº IT-95-9-A, sentencia de apelación, 28 de noviembre de 2006, párr. 86; *Prosecutor v. Krnojelac*, caso nº IT-97-25-A, *cit.*, párr. 52.

Las dificultades que comporta la verificación objetiva de las circunstancias que motivan un comportamiento discriminatorio penalmente relevante se han puesto de manifiesto a la hora de aplicar tanto el crimen contra la humanidad de persecución como el crimen de genocidio. El principal problema que surge es que, al ser la mayoría de los motivos discriminatorios esencialmente construcciones sociales³²⁹, no cabe sustentar la pertenencia al grupo con identidad propia exclusivamente en datos puramente objetivos³³⁰, sino que la misma dependerá también de la percepción social o de la vivencia personal de cada individuo, y por tanto se deberán utilizar criterios tanto objetivos como subjetivos, determinados con flexibilidad en función de las circunstancias³³¹.

Ello ha llevado a la jurisprudencia penal internacional a rechazar que se pueda establecer de una forma rigurosamente objetiva la pertenencia de la/s víctima/s al grupo con identidad propia contra el que se dirige el especial ánimo discriminatorio exigido en estos crímenes por alguno de los motivos prohibidos. En su lugar, se ha optado por recurrir preferentemente a un **criterio subjetivo**³³², conforme al cual se evaluará la identidad de estos grupos desde la perspectiva de las personas que pretenden individualizarlos del resto de la comunidad³³³. Dicho de otra forma, será la *estigmatización de una parte de la población civil*³³⁴ sobre bases políticas, raciales, nacionales, étnicas, culturales, religiosas, de

³²⁹ *Vid. infra* apartado 3.2.

³³⁰ El TPIY ha advertido que, si bien una determinación objetiva de un grupo religioso sería posible, tratar de definir un grupo nacional, étnico o racial utilizando criterios objetivos y científicos irreprochables “would be a perilous exercise whose result would not necessarily correspond to the perception of the persons concerned by such categorisation” (ICTY, *Prosecutor v. Jelisić*, caso n° IT-95-10-T, *cit.*, párr. 70).

³³¹ El TPIR reconoció en el asunto *Rutaganda* que, dado que los conceptos de nación, etnia, raza y religión carecen de definiciones precisas y general e internacionalmente aceptadas, cada uno de estos conceptos “doit être apprécié à la lumière d’un contexte politique, social et culturel donné” (ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, caso n° ICTR-93-3-T, sentencia de instancia, 6 de diciembre de 1999, párr. 56).

³³² Por todas, ICTY, *Prosecutor v. Milutinović et al.*, caso n° IT-05-87-T, *cit.*, párr. 177.

³³³ En el ámbito de aplicación de la Convención contra el genocidio, el TPIR ha estimado que: “[...] l’appartenance à un groupe est par essence une notion plus subjective qu’objective. La victime est perçue par l’auteur du crime de génocide comme appartenant au groupe dont la destruction est visée. La victime peut elle-même, dans certains cas, se considérer appartenir audit groupe” (ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, caso n° ICTR-93-3-T, *cit.*, párr. 56), mientras que en el asunto *Kayishema y Ruzindana* consideró que un grupo étnico podía ser “a group identified as such by others, including perpetrators of the crimes (identification by others)” (ICTR, *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, caso n° ICTR-95-1-T, *cit.*, párr. 98).

Entre la doctrina, SCHABAS asume que la objetividad en la determinación de la pertenencia de una persona a un grupo protegido es absolutamente relativa, y que más bien parece venir dictada por un cierto grado de subjetividad, en la medida en que es el agresor el que define el estatus de las víctimas individuales como miembros de un grupo protegido (SCHABAS, W. A., *Genocide...*, *cit.*, p. 109). Aunque su análisis se centra en el crimen de genocidio, esta conclusión es extrapolable al crimen de persecución. *Vid.* también BOOT, M., *Genocide...*, *cit.*, § 496, p. 520).

³³⁴ ICTY, *Prosecutor v. Jelisić*, caso n° IT-95-10-T, *cit.*, párr. 70.

género u otras prohibidas con alcance universal por el ordenamiento jurídico internacional lo que va a permitir considerarla un grupo perseguido.

No obstante, el criterio subjetivo debe ser asimismo modulado, como se extrae de la jurisprudencia internacional más reciente. Así, aunque la mayor parte de las sentencias del TPIY venían optando por un criterio subjetivo puro, parece haber una tendencia en los últimos años hacia la prudencia, al menos en relación con el genocidio, rechazando que pueda ser el único criterio que caracterice al grupo atacado³³⁵. Igualmente, el TPIR consideró en el asunto *Rutaganda* que “la seule définition subjective n’est pas suffisante pour délimiter les groupes victimes, au sens de la Convention sur le génocide”³³⁶.

La delimitación del grupo, según ha señalado el TPIY, puede producirse siguiendo criterios **positivos o inclusivos** (los sujetos pasivos del crimen son distinguidos por presentar ciertas características que implican su pertenencia al grupo que se pretende perseguir) o **negativos o exclusivos** (los sujetos activos consideran que ellos mismos constituyen un grupo con rasgos identitarios propios y rechazan, por consiguiente, a los individuos que no formen parte de éste, quienes, por exclusión, integran un grupo diferente). En general, el TPIY ha considerado que el colectivo contra el que se dirija el crimen queda protegido tanto si es definido por inclusión como si lo es por exclusión³³⁷.

No obstante, en 2006, la Sala de Apelación del TPIY restringió en el asunto *Stakić* el alcance del criterio negativo en relación con el genocidio³³⁸. La Sala de Instancia había objetado que distinguir entre *serbios* y *no serbios* era inadecuado a los efectos de definir el grupo víctima de genocidio, estimando que un grupo atacado podía ser distinguido en virtud de más de un criterio, y por tanto los elementos del genocidio debían ser considerados separadamente respecto de cada grupo (por ejemplo, en ese

³³⁵ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, caso n° IT-97-24-A, *cit.*, párr. 25; *vid.* también *Prosecutor v. Krstić*, caso n° IT-98-33-T, *cit.*, párr. 557, donde ese criterio mixto ya se sugirió en relación con el genocidio, al utilizar el TPIY el criterio de la estigmatización del grupo víctima del crimen partiendo de la base de que “a group’s cultural, religious, ethnical or national characteristics must be identified within the socio-historic context which it inhabits”. Sobre la categorización social impuesta a los grupos victimizados, *vid.* Aksar, Y., “The “victimized group” concept in the Genocide Convention and the development of international humanitarian law through the practice of ad hoc tribunals”, *JGR*, vol. 5 (2), 2003, p. 217.

³³⁶ ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR-93-3-T, *cit.*, párr. 57.

³³⁷ ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 236; *Prosecutor v. Jelisić*, caso n° IT-95-10-T, *cit.*, párr. 71; *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-98-30/1, *cit.*, párr. 195-197. Tampoco importa que el grupo atacado constituya la mayoría o una minoría demográficamente hablando (SCHERRER, C. P., “Towards a theory of modern genocide. Comparative genocide research: definitions, criteria, typologies, cases, key elements, patterns and voids”, *JGR*, vol. 1 (1), 1999, p. 16).

³³⁸ *Vid.* ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, caso n° IT-97-24-A, *cit.*, párr. 20-28.

supuesto en concreto, bosnios musulmanes y bosnios croatas)³³⁹. La Sala de Apelación no sólo dio la razón a la de Instancia en este punto, sino que además afirmó con contundencia que “when a target group is defined in a negative manner (for example non-Serbs), whether the composition of the group is identified on the basis of objective criteria, or a combination of objective and subjective criteria, is immaterial as the group would not be protected under the Genocide Convention”³⁴⁰. En relación con la persecución, por el contrario, ninguna sentencia de apelación ha puesto hasta la fecha en entredicho la aplicabilidad de este criterio.

El recurso al criterio predominantemente subjetivo por el que el perseguidor define el grupo objeto de ataque (mientras que las víctimas carecen de influencia para determinar su estatuto³⁴¹) se traduce en una gran flexibilidad por parte de los tribunales penales internacionales a la hora de establecer quiénes están protegidos por la prohibición de persecución. De esta forma, el TPIY ha considerado que el grupo perseguido no sólo estará integrado por quienes personalmente ostenten los rasgos característicos del grupo³⁴², sino que la protección también se extiende a las personas sospechosas de pertenecer a un grupo dado, lo sean efectivamente o no, puesto que son posibles víctimas de discriminación³⁴³, y a quienes simpaticen o tengan vínculos estrechos con el grupo perseguido, si el perseguidor los considera integrantes del grupo por esta circunstancia³⁴⁴.

Esta técnica de delimitación de los grupos protegidos ha sido relativamente bien acogida por la doctrina, que se ha ocupado de ella sobre todo en relación con el crimen de genocidio. Por ejemplo, RATNER y ABRAMS la consideran “prometedora”³⁴⁵, mientras que SCHABAS estima que se trata de un criterio interesante hasta cierto punto,

³³⁹ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, caso n° IT-97-24-T, *cit.*, párr. 512.

³⁴⁰ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, caso n° IT-97-24-A, *cit.*, párr. 26.

³⁴¹ ICTY, *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, caso n° IT-98-30/1, *cit.*, párr. 636.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-98-30/1-T, *cit.*, párr. 195.

³⁴⁴ ICTY, *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, caso n° IT-98-30/1, *cit.*, párr. 636. En este caso, sin embargo, la discriminación se estaría produciendo más bien por motivos políticos, por lo que sería posible individualizar a los miembros del grupo y proporcionarles una protección específica sin necesidad de ampliar la protección dada a grupos con los que no comparten ningún elemento identitario.

³⁴⁵ RATNER, S. R. & ABRAMS, J. S., *Accountability for human rights atrocities in international law: beyond the Nuremberg legacy*, Oxford: Oxford University Press, 2001 (2nd ed.), p. 35; *vid.* también AKSAR, Y., “The “victimized group” concept in the Genocide Convention and the development of international humanitarian law through the practice of *ad hoc* tribunals”, *JGR*, vol. 5 (2), 2003, p. 217).

especialmente por ser la intencionalidad del sujeto activo un elemento decisivo en el crimen, pero que falla al permitir, al menos en teoría, que se cometa contra un grupo que no tenga una existencia objetiva real³⁴⁶. El criterio puramente subjetivo es insatisfactorio porque el derecho no puede permitir que el delito sea definido unilateralmente por el infractor; por tanto, concluye SCHABAS, es necesario determinar una cierta existencia objetiva de los grupos³⁴⁷.

Estas objeciones deberían valer también para el crimen contra la humanidad de persecución si se defiende que es un crimen orientado a la protección de grupos, puesto que -como ya se indicó anteriormente³⁴⁸- si no se produce una discriminación contra una persona que efectivamente pertenece a un grupo protegido, no podría apreciar un crimen contra la humanidad de persecución consumado, sino sólo en grado de tentativa³⁴⁹. No obstante, en tanto que crimen contra la humanidad, su finalidad no debería ser la protección de grupos, sino de individuos, y por tanto la discriminación debería ser penalmente relevante con independencia de las circunstancias que la motiven, siempre que el autor hubiera tenido la intención de discriminar. En este sentido, utilizar un criterio subjetivo favorece una aplicación de la persecución más acorde con la naturaleza de crimen contra la humanidad que teóricamente le corresponde, pues difumina la relevancia que pudiera tener la identificación precisa de los grupos victimizados a los efectos de apreciar la comisión del crimen³⁵⁰ -aunque, evidentemente, también aminora la seguridad jurídica, puesto que supuestos en los que no se produce una discriminación por los motivos prohibidos son calificados de persecuciones-.

De hecho, la flexibilidad mostrada por los tribunales internacionales refleja una cierta coincidencia con la voluntad de los Estados de favorecer una cierta adaptabilidad en la determinación de los motivos persecutorios mediante la inclusión de una cláusula de cierre en la lista de motivos discriminatorios del artículo 7.1.h) ECPI, tal y como se

³⁴⁶ SCHABAS, W. A., "Groups...", *cit.*, p. 384.

³⁴⁷ SCHABAS, W. A., *Genocide...*, *cit.*, p. 110. A cambio, se muestra favorable a una delimitación estricta (*ibid.*, p. 114); pero *cfr.* QUEL LÓPEZ, F. J., "Los Tribunales...", *cit.*, p. 314.

³⁴⁸ *Vid. supra* apartado 2.2.A.a.

³⁴⁹ ROBERTS, K., "The Law of Persecution...", *cit.*, pp. 627-628.

³⁵⁰ *Vid.* SCHABAS, W., "Genocide, Crimes Against Humanity, and Darfur: The Commission of Inquiry's Findings on Genocide", *Cardozo L. Rev.*, vol. 27 (4), 2006, pp. 1713-1714, indicando que una vez que se adopta la perspectiva subjetiva, basada en la percepción del autor del crimen, ya no hay necesidad de ampliar por vía interpretativa la definición comúnmente aceptada de genocidio; también MAKINO, U., "Final solutions, crimes against mankind: on the genesis and criticism of the concept of genocide", *JGR*, vol. 3 (1), 2001, p. 58.

comentaba en el apartado precedente. Se trata de otra técnica, la de listas abiertas, que también facilita la aplicación del tipo a posibles supuestos que se planteen en el futuro. En definitiva, ambas técnicas (la determinación por lo general de la pertenencia a un grupo conforme a un criterio esencialmente subjetivo –aunque tomando como referencia un contexto objetivo- y negativo seguida por los tribunales penales internacionales y la de establecer los motivos discriminatorios mediante una lista abierta por la que opta el ECPI) parecen atender a una misma necesidad: una aplicación más flexible del crimen contra la humanidad de persecución. Aunque la cuestión que entonces habrá que formularse es si esa flexibilidad no atentará contra la naturaleza jurídica que se atribuye a la persecución, como modalidad criminal que castiga la discriminación de determinados colectivos, que perdería su razón de ser si se permite calificar de *persecución* aquellos ataques contra personas que no pertenecen a los grupos protegidos.

3.2. LOS MOTIVOS DISCRIMINATORIOS RELEVANTES EN EL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN.

No cualquier discriminación puede ser calificada por el Derecho internacional penal como un crimen contra la humanidad de persecución, sino sólo en aquellos casos en que se basa en alguno de los motivos específicamente establecidos normativamente. De todas formas, tal y como el TPIY afirmó en el asunto *Tadić*, en el Derecho internacional consuetudinario no existe una lista cerrada de motivos sobre los que se pueda basar la persecución³⁵¹. La enumeración más actualizada dentro del ordenamiento penal internacional es la contenida en el artículo 7.1.h) ECPI, que además, incluye una cláusula de cierre que permite una ampliación de tales motivos por remisión a otras normas de Derecho internacional. Por todo ello, servirá como punto de partida para el estudio de los motivos persecutorios.

Dicho precepto dispone que es un crimen contra la humanidad “la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en **motivos políticos, raciales,**

³⁵¹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso nº IT-94-1-T, *cit.*, párr. 711. Esta observación enlaza con la tendencia generalmente seguida por los tratados internacionales en materia de derechos humanos al identificar los motivos discriminatorios que se consideran prohibidos, ya que habitualmente las enumeraciones que ofrecen presentan un carácter meramente indicativo (BOSSUYT, M., *L'interdiction...*, *cit.*, p. 56).

nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional”.

Esta lista es mucho más extensa que la originariamente incluida en el artículo 6.c) ETMIN, donde se limitaban los motivos persecutorios a los políticos, raciales o religiosos³⁵², al igual que ocurre en los Estatutos del TPIY (artículo 5.h) y del TPIR (artículo 3.h)³⁵³, pese a que la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio de 1948 recogía en su artículo II otros motivos discriminatorios (nacionalidad y etnicidad) que podrían haberse incorporado en ambos Estatutos para completar la lista del ETMIN. Por el contrario, los instrumentos jurídicos reguladores de la competencia de los tribunales penales híbridos tienden a ampliar estos motivos, aunque tampoco hay un criterio uniforme³⁵⁴. En cualquier caso, sean cuales sean los motivos discriminatorios que se establezcan legalmente, bastará con que concurra uno de ellos para que se produzca la persecución, ya que, conforme al Derecho internacional consuetudinario, operan de forma alternativa³⁵⁵.

Por lo demás, la delimitación de los motivos discriminatorios suscita un problema adicional, cual es el de su definición³⁵⁶. A continuación se procederá a analizar los motivos recogidos en el ECPI -siguiendo el orden en él establecido- con vistas a tratar de establecer su contenido jurídico.

³⁵² El ETMILO era aún más restrictivo, puesto que su artículo 5.c) sólo atribuía competencia al TMILO respecto de las persecuciones cometidas por motivos políticos o raciales.

³⁵³ Recuérdese que en el caso del ETPIR se da la paradoja de que el artículo 3 exige con carácter general para todos los crímenes contra la humanidad un ánimo discriminatorio “por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas”, aunque el TPIR ha considerado que esta referencia no constituye un elemento de la cláusula general, sino un criterio de determinación de su competencia (*vid. supra* Capítulo II, apartado 3.1.A.b).

³⁵⁴ Las normas reguladoras de algunos de los tribunales híbridos reproducen lo previsto en el ECPI, como en el caso de la sección 5.1.h del Reglamento nº 2000/15 de la UNTAET. Por el contrario, el artículo 2.h) del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona mantiene una enumeración más próxima a los Estatutos del TMIN y los Tribunales *ad hoc*, aunque se incluyen los motivos étnicos.

³⁵⁵ El TPIY ha incidido especialmente en esta cuestión, por encontrarse los motivos persecutorios formulados de manera conjuntiva en su Estatuto, formulación que, sin embargo, no es conforme a la norma consuetudinaria (ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso nº IT-94-1-T, *cit.*, párr. 712- 713; *Prosecutor v. Simić et al.*, caso nº IT-94-9-T, *cit.*, párr. 52). Para DAVID, esta formulación no implica la exigencia de una triple motivación (por razones políticas, raciales y religiosas), sino que se trata simplemente de un error (DAVID, É., “Le Tribunal international pénal pour l’ex-Yougoslavie”, *RBDI*, vol. XXV (2), 1992, p. 581; *vid. también* SWAAK-GOLDMAN, O., “The Crime of Persecution in International Criminal Law”, *LJIL*, vol. 11 (1), 1998, p. 153, calificándolo de “anomalía”).

³⁵⁶ *Vid.* TOMUSCHAT, C., “Equality...”, *cit.*, p. 694.

A) Motivos políticos.

El primero de los motivos discriminatorios prohibidos se incluyó en el ETMIN atendiendo a la necesidad de incriminar los ataques que los nazis habían llevado a cabo contra los opositores al régimen hitleriano que tenían la nacionalidad alemana. Por el contrario, los motivos políticos no aparecen en la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio³⁵⁷, sobre el argumento esgrimido en los trabajos preparatorios de la Convención de la necesidad de proteger grupos “estables” objetivamente definidos y a los cuales los particulares pertenezcan con independencia de sus propios deseos³⁵⁸. Aunque se trata de un argumento criticable³⁵⁹, lo cierto es que esta

³⁵⁷ Pese a que sí se incluyeron entre los grupos protegidos en el borrador de convención contra el genocidio elaborado por el comité *ad hoc* (vid. ONU, Doc. E/794, *Comité Spécial du Génocide: Rapport du Comité et Projet de Convention élaboré par le Comité*, 24 de mayo de 1948, pp. 11-12), aunque Polonia y la URSS manifestaron su oposición por entender que “en incluant dans la définition du génocide les groupes politiques, on donnerait à la notion une extension contraire au concept fundamental du génocide tel qu’il est reconnu par la science” (*ibid.*, p. 11; vid. la declaración del representante de la URSS sobre este particular en p. 15). Sin embargo, en el borrador final presentado por la Sexta Comisión se eliminaron las referencias a los grupos políticos (UN, *Yearbook 1948-1949*, Millwood: Kraus Reprint Co., 1975, p. 954).

En el ámbito de las jurisdicciones internas, algunos Estados han incluido los grupos políticos en la definición de genocidio contenida en sus Códigos Penal. Un ejemplo es el código penal colombiano, en cuyo artículo 101 (sobre el genocidio) incluye -junto a los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos- a todo grupo político “que actúe dentro del marco de la ley” (Ley 599 de 2000 (24 de julio) por la cual se expide el Código Penal). Aunque el código penal que más amplía la definición convencional (vid. SCHABAS, W. A., “Groups Protected by the Genocide Convention: Conflicting Interpretations from the International Criminal Tribunal for Rwanda”, *ILSA JICL*, vol. 6 (2), 2000, pp. 375-376) es el francés, que recoge una lista abierta, de manera que se cometerá genocidio siempre que se intente destruir a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, o a “un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire” (artículo 211-1 del Código Penal, versión consolidada a 29 de mayo de 2008) (sobre los Códigos Penales que añaden otros grupos protegidos en el crimen de genocidio, vid. QUIGLEY, J., *The Genocide Convention. An International Law Analysis*, Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006, pp. 17-18). El Código Penal español de 1944 (texto revisado de 1963) incorporó mediante la Ley 44/71, de 15 de noviembre, el artículo 137 bis, que recogía el delito de genocidio como delito contra el derecho de gentes, definido en estos términos: “Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, social o religioso perpetraren alguno de los actos siguientes [...]” (BOE nº 274, 16 de noviembre de 1971, p. 18417). Además, la Audiencia Nacional española (AN) confirmó la atribución de la jurisdicción de España en el caso *Pinochet* a partir de una interpretación amplia del genocidio contra un grupo nacional, que toma como punto de partida la resolución 96 (I) AGNU, titulada *El crimen de genocidio*, de 11 de diciembre de 1946, y que le lleva a afirmar que, aunque en el Convenio de 1948 no se habla de grupo “político”, “la necesidad [...] de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, [...] requiere que los términos «grupo nacional» no signifiquen «grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación», sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor” (AN, *Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena*, 5 de noviembre de 1998, f. j. 5º).

³⁵⁸ La incoherencia del criterio del “grupo estable” se pone particularmente de manifiesto respecto a los grupos religiosos, pues la profesión de una determinada fe es, en última instancia, una decisión personal, por lo que la pertenencia a un grupo de estas características no presentaría tantas diferencias como se pretende con la pertenencia a un grupo político, ya que en ambos casos se trata de asociaciones por convicciones personales (vid. ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, *Informe revisado y actualizado sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio, preparado por el Sr. B. Whitaker*, 2 de julio de 1985, párr. 36).

En cualquier caso, conviene tener presente que no es raro que un grupo político se forme impulsado por motivos raciales, étnicos, religiosos o nacionales (OLIVIER, C., “Political Groups”, en: SHELTON, D. (ed.), *Enciclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, vol. 2, Detroit: Thomson Gale, 2005, p. 815).

tipificación restrictiva del genocidio ha sido decisiva a la hora de conservar el tipo de persecución dentro de los crímenes contra la humanidad, para evitar que los ataques contra opositores políticos no queden impunes³⁶⁰.

A la hora de determinar qué personas resultan protegidas frente a la discriminación por motivos políticos, conviene tener presente que numerosos tratados internacionales de derechos humanos prohíben la discriminación fundada en *opiniones políticas o de otro tipo*³⁶¹, vinculando este motivo de discriminación a la libertad de expresión y de opinión, por lo que parece oportuno delimitarlo de forma amplia. Al respecto se ha señalado que entre las opiniones políticas o de otro tipo que frecuentemente son objeto de discriminación se incluyen “a broad spectrum of articulated views on power and the other components of social process”³⁶². Así pues, la actividad política³⁶³ no sólo se refiere a la oposición al gobierno, la militancia en partidos de la oposición, o la pugna por ocupar un lugar en los órganos de representación del Estado, o, en general, a actividades relativas al ejercicio del poder público, sino que el inconformismo puede referirse tanto al poder como a otros aspectos del proceso social, y, si bien es cierto que quienes exteriorizan su disidencia respecto del poder serán el objetivo principal de la

³⁵⁹ Vid. SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 104; MIAJA DE LA MUELA, A., “El genocidio, delito internacional”, *REDI*, vol. IV (2), 1951, pp. 377-378; MORTON, J. S. & SINGH, N. V., “The international legal regime on genocide”, *JGR*, vol. 5 (1), 2003, p. 56; AKSAR, Y., “The “victimized group” concept in the Genocide Convention and the development of international humanitarian law through the practice of *ad hoc* tribunals”, *JGR*, vol. 5 (2), 2003, p. 218.

³⁶⁰ Vid. SCHABAS, W. A., *Genocide...*, *cit.*, p. 104. No obstante, habría que preguntarse si esa aplicación del crimen de persecución como un complemento del crimen de genocidio no ha obstaculizado en buena medida una correcta tipificación autónoma de la persecución. En la medida en que en la actualidad el genocidio parece haberse consolidado como un crimen distinto de los crímenes contra la humanidad, y dada la voluntad manifiesta de los Estados de mantener la persecución dentro de la categoría de los crímenes contra la humanidad, no tiene sentido configurar la persecución como un crimen “bisagra”, a medido camino entre una modalidad criminal y otra, atribuyéndole rasgos de ambas que dificultan su aplicación y ponen en riesgo la seguridad jurídica.

³⁶¹ Vid. Artículos 2 DUDH, 2.1 PIDCP, 2.2 PIDESC, 1.a) Convenio nº 111 de la OIT, 1.1 Convención contra la Discriminación en la Educación. De acuerdo con BOOT y HALL, “a political ground for persecution would then cover at least the existence of a difference of opinion concerning [public affairs] issues” (BOOT, M. & HALL, C. K., “Persecution”, 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 (2nd ed.), p. 219).

³⁶² MCDUGAL, M. S., LASSWELL, H. D. & CHEN, L., “Non-Conforming Political Opinion and Human Rights: Transnational Protection against Discrimination”, *Yale Studies in World Public Order*, vol. 2 (1), 1975-1976, p. 2.

³⁶³ La *actividad política* ha sido descrita por el TEDH como el conjunto de actividades que permiten articular las opiniones y preferencias políticas (TEDH, *Rekvény c. Hongrie* [GC], nº 25390/94, § 49, CEDH 1999-III). Tiene, en todo caso, un contenido mucho más amplio que la mera afiliación a un partido, la participación activa y pasiva en elecciones o referendos, o la representación en instituciones del Estado; de acuerdo con el TEDH, también son actividades políticas afiliarse en sindicatos, asociaciones y otras organizaciones, participar en asambleas pacíficas, manifestar opiniones ante medios de comunicación o publicar trabajos sobre política (*ibid.*). Vid. también CDH, *Observación general N° 25: La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto (artículo 25)*, 1996, párr. 25, en: ONU, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol.I), *cit.*, pp. 264-265).

represión³⁶⁴, quienes defienden otras formas de desacuerdo en los asuntos públicos no están a salvo de la discriminación³⁶⁵ (por ejemplo, es el caso frecuente de quienes protegen o simplemente simpatizan con un grupo perseguido)³⁶⁶.

En todo caso, un requisito ineludible para gozar de la protección otorgada frente a la persecución “por motivos políticos” sería el que una determinada opinión, posición o visión haga que quienes la defiendan sean percibidos como un grupo, el grupo perseguido. Ello implica asimismo que la persecución como crimen contra la humanidad no protegerá aquella opinión que no trascienda la conciencia individual, puesto que será precisa una interrelación social entre quienes la comparten. Por otra parte, no está tan claro que esa dimensión social deba además manifestarse en la esfera pública, o si la persecución podría apreciarse incluso en supuestos en que únicamente se circunscribe a la esfera privada, aunque, ciertamente, el criterio político parece exigir que haya una actividad en la escena pública orientada a la manifestación de esa opinión compartida³⁶⁷.

Por tanto, podría considerarse que se produciría una persecución por motivos políticos siempre que se dirigiera contra un grupo de personas vinculadas entre sí por compartir la misma opinión crítica respecto de la labor del Estado en cualquiera de sus ámbitos de actuación, opinión que es conocida por las autoridades, las cuales reprimen a ese grupo de personas para suprimir cualquier disidencia frente a sus políticas.

³⁶⁴ DESMOND, C., *Persecution East and West*, Middlesex: Penguin Books, 1983, p. 84.

³⁶⁵ MCDUGAL, M. S., LASSWELL, H. D. & CHEN, L., “Non-Conforming...”, *cit.*, p. 3.

³⁶⁶ Esta interpretación amplia encontraría también apoyo en el alcance dado a la persecución por motivo de las “opiniones políticas” en el ámbito de la Convención de 1951 sobre el estatuto de refugiado. Así, la doctrina incluye dentro de la persecución motivada por opiniones políticas “any opinion on a matter on which the machinery of the State may be engaged” (PLENDER, R., *International Migration Law*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, 1988 (2ª ed. rev.), p. 423), mientras que en el ACNUR se estima que ser perseguido por las opiniones políticas “presupone que el solicitante mantenga opiniones no toleradas por las autoridades, que expresan una crítica de su política o de sus métodos” (ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra: ACNUR, 1979 (reed. 1992), párr. 80). En la misma línea va la Directiva 2004/83/CE del Consejo, cuyo artículo 10.1.e) dispone que “el concepto de opiniones políticas comprenderá, en particular, la profesión de una opinión, idea o creencia sobre un asunto relacionado con los agentes potenciales de persecución [...] y con sus políticas o métodos, independientemente de que el solicitante haya o no obrado de acuerdo con tal opinión, idea o creencia”.

³⁶⁷ Al respecto, el ACNUR entiende que es necesario que “las autoridades tengan noticia de esas opiniones o que se las atribuyan al solicitante” (ACNUR, *Manual...*, *cit.*, párr. 80).

B) Motivos raciales, nacionales y étnicos.

No cabe una definición jurídico-internacional de **raza**, apoyada en rasgos genéticos objetivamente delimitables, diferenciadores y diferenciados entre grupos humanos diversos³⁶⁸ que pueda justificar una diferenciación sobre esa base³⁶⁹, ni mucho menos que permitan defender la existencia de razas superiores³⁷⁰. Aunque el TPIR señaló en el asunto *Akayesu* (en relación con el genocidio) que la definición convencional de *grupo racial* se basa en los rasgos físicos hereditarios, a menudo identificados con una región geográfica, independientemente de factores lingüísticos, culturales, nacionales o religiosos³⁷¹, el término tiene unas connotaciones que van más allá de las características físicas³⁷², a las que se responde desde la construcción social para legitimar determinadas relaciones de dominación de unos grupos sobre otros³⁷³. Por tanto, cualquier diferenciación sustentada en este criterio será arbitraria e injustificada.

³⁶⁸ De acuerdo con la Declaración de Expertos sobre las Cuestiones de Raza (UNESCO, Doc. UNESCO/SS/1, *Déclaration d'Experts sur les Questions de Race*, París, 20 de julio de 1950, párr. 4), la raza designa a “un groupe ou une population caractérisé par certaines concentrations, relatives quant à la fréquence et à la distribution, de genes ou de caractères physiques qui, au cours des temps, apparaissent, variant et souvent même disparaissent sous l'influence de facteurs d'isolement géographiques ou culturels”.

³⁶⁹ BOLAFFI, G., BRACALENTI, R., BRAHAM, P. & GINDRO, S., *Dictionary of Race, Ethnicity & Culture*, London/Thousand Oaks/New Delhi: SAGE Publications, 2003, p. 240. En aras de una mayor precisión conceptual cabe señalar que ciertamente existen diferencias físicas entre grupos, pero las mismas “are comparatively trivial in genetic terms” (*ibid.*, p. 244). De hecho, las diferencias dentro de cada raza “are greater than average differences between races for many important characteristics” (OSBORN, F., “Races and the Future of Man”, en: OSBORNE, R. H., *The Biological and Social Meaning of Race*, San Francisco: W. H. Freeman and Company, 1971, p. 151).

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 152.

³⁷¹ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso nº ICTR-96-4-T, *cit.*, párr. 514; *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, caso nº ICTR-95-1-T, *cit.*, párr. 98.

³⁷² DOTY, R. L., “The Bounds of ‘Race’ in International Relations”, *Millennium. Journal of International Studies*, vol. 22 (3), 1993, p. 449. La definición propuesta por LOURY recoge esta conjunción de elementos físicos y preconcepciones sociales que construyen la raza, descrita como “a cluster of inheritable bodily markings carried by a largely endogamous group of individuals, markings that can be observed by others with ease, that can be changed or misrepresented only with great difficulty, and that have come to be invested in a particular society at a given historical moment with social meaning” (LOURY, G. C., *Racial Justice: The Superficial Morality of Colour-Blindness in the United States*, Identities, Conflict and Cohesion – Paper Nº 5, Geneva: UNRISD, 2004, p. 3).

³⁷³ *Vid.* BANTON, M., *The Concept of Racism* (reprinted from *Race and Racialism*), London: Tavistock Publications, 1970, p. 31; MARKS, J., *Human biodiversity: genes, race, and history*, New York: Aldine de Gruyter, 1995, pp. 110-113; BOLAFFI, G., BRACALENTI, R., BRAHAM, P. & GINDRO, S., *Dictionary...*, *cit.*, p. 244; DOTY, R. L., “The Bounds...”, *cit.*, p. 450; SCHABAS, W. A., “Groups...”, *cit.*, p. 385; FREDMAN, S., “Combating...”, *cit.*, pp. 9-10; UNESCO, *Statement on Race and Racial Prejudice*, París, 26 de septiembre de 1967, párr. 4.

Estos planteamientos se reflejan en la *Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales*, aprobada y proclamada por la Conferencia General de la UNESCO el 27 de noviembre de 1978, en cuyo artículo 1.1 se afirma con contundencia que “toda teoría que invoque una superioridad o inferioridad intrínseca de grupos raciales o étnicos que dé a unos el derecho de dominar o eliminar a los demás, presuntos inferiores, o que haga juicios de valor basados en una diferencia racial, carece de fundamento científico y es contraria a los

El artículo 1.1 CERD dispone que “la expresión «discriminación racial» denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico [...]”. Como se puede observar, se parte de un concepto amplio³⁷⁴, que incluye también otros criterios identitarios como el origen nacional o étnico³⁷⁵. Pero tampoco el criterio nacional o el criterio étnico son fácilmente definibles conforme a parámetros objetivos, sino que se basan en un sentimiento de pertenencia a un grupo³⁷⁶ con una identidad propia basada en una historia, una cultura y unas tradiciones compartidas³⁷⁷.

Respecto del **origen étnico** se ha dicho que “guarda relación con el idioma, el origen social e incluso la religión”³⁷⁸, es decir, con un conjunto de elementos o rasgos de carácter sociocultural comunes y diferenciadores frente a otros grupos étnicos³⁷⁹, a los que habitualmente se suele añadir la reivindicación de un hogar ancestral en un determinado

principios morales y éticos de la humanidad”, lo que concuerda con la afirmación de BALIBAR de que “il n’y a pas, en fait, de racisme sans théorie(s)” (BALIBAR, É., “Y a-t-il un «néo-racisme»?”, en: BALIBAR, É. et WALLERSTEIN, I., *Race, nation, classe. Les identités ambiguës*, Paris: La Decouverte, 1997, p. 29).

³⁷⁴ Que alcanza también a los pueblos indígenas (CERD, *Recomendación general N° XXIV relativa al artículo 1 de la Convención*, 1999, párr. 1, en: ONU, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol.II), *cit.*, p. 27).

³⁷⁵ También el TPIY utiliza el término *raza* aplicado al crimen contra la humanidad de persecución en un sentido amplio, que incluye la etnicidad (ICTY, *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, caso n° IT-99-36-T, sentencia de instancia, 1 de septiembre de 2004, párr. 992, nota 2484; *vid.* también *Prosecutor v. Blaskić*, caso n° IT-95-14-T, *cit.*, párr. 469 y caso n° IT-95-14-A, *cit.*, párr. 45), y en ocasiones parece haber equiparado el origen étnico y el nacional (*vid.* ICTY, *Prosecutor v. Sikirica et al.*, caso n° IT-95-8-S, *cit.*, párr. 122). Por su parte, el artículo 10.1.a) de la Directiva 2004/83/CE establece que el concepto de *raza* comprende “consideraciones de color, origen o pertenencia a un determinado grupo étnico”. Para WALLERSTEIN las tres nociones son utilizadas de forma muy incoherente, aunque indica que con carácter general se considera que la raza es una categoría genética, la nación una categoría socio-política y el grupo étnico una categoría cultural (WALLERSTEIN, I., “La construction des peuples: racisme, nationalisme, ethnicité”, en: BALIBAR, É. et WALLERSTEIN, I., *Race...*, *cit.*, pp. 104-105).

³⁷⁶ Desde una perspectiva sociológica, los criterios nacional y étnico servirían de base a la formación de grupos, mientras que la raza sustentaría el establecimiento de una categoría, puesto que *grupo* es una clase de personas “who are conscious of belonging with one another and who recognize obligations of some sort towards fellow members”, mientras que una *categoría* es una clase “whose nature and composition is decided by the definer” (BANTON, M., *Discrimination*, Buckingham – Philadelphia: Open University Press, 1994, p. 79).

³⁷⁷ Es revelador que un diccionario especializado como el *Dictionary of Race, Ethnicity & Culture* concluya una escueta definición de *étnico* aclarando que “both the adjective and the corresponding noun *ethnicity*, although useful descriptive tools, remain scientifically ambiguous and vague”, para posteriormente indicar que el término *nación* se utiliza habitualmente para hacer referencia a un grupo de personas unidas por la cultura, el idioma, las tradiciones y un interés común, pero que esta definición “can only be tentative, though, as it merely explains how the term is used in everyday language” (BOLAFFI, G., BRACALENTI, R., BRAHAM, P. & GINDRO, S., *Dictionary...*, *cit.*, pp. 90 y 195).

³⁷⁸ PARTSCH, K. J., “Principios...”, *cit.*, p. 118. De acuerdo con el TPIR, un *grupo étnico* se define como un grupo cuyos miembros comparten un idioma o cultura común (ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso n° ICTR-96-4-T, *cit.*, párr. 513; *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, caso n° ICTR-95-1-T, *cit.*, párr. 98).

³⁷⁹ COHEN, R., “Ethnicity: Problem and Focus in Anthropology”, *Annual Review of Anthropology*, vol. 7, 1978, pp. 385-386.

territorio³⁸⁰, y que -partiendo de la base de que todas las identidades están construidas socialmente³⁸¹- se diferenciaría de la raza en que la etnicidad suele verse como un sentimiento de identidad elegida, de pertenencia a una colectividad³⁸². En todo caso, como la etnicidad se considera a menudo incluida dentro de la noción amplia de *raza*, las diferencias entre ambas nociones están bastante difuminadas³⁸³.

Por su parte, la dificultad de delimitar el criterio de la **nacionalidad** se manifiesta en la ausencia de una definición jurídica en los instrumentos internacionales, lo que evidencia la imposibilidad de los Estados de llegar a un acuerdo a este respecto³⁸⁴. En el contexto de los crímenes de Derecho internacional de carácter discriminatorio, SUNGA sugiere que la nacionalidad alude “to a distinct people who forms a ‘nation’ or ‘people’ in the sense that the members of such a group share linguistic, ethnic, religious and cultural similarities (or some of these) which distinguish it from the general population”³⁸⁵. La similitud entre ésta y la definición de grupos étnicos se explica por la habitual presencia de componentes de etnicidad en la caracterización de los grupos nacionales, cuyo rasgo distintivo vendría entonces dado por que tales componentes se

³⁸⁰ Los grupos étnicos son “communities of (supposedly) shared ancestry, almost always accompanied by notions of an ancestral homeland and cultural boundary markers”, según la definición de KAUFMANN, E. P., “Introduction. Dominant ethnicity: from background to foreground”, en: KAUFMANN, E. P. (ed.), *Rethinking ethnicity. Majority groups and dominant minorities*, London/New York: Routledge, 2004, p. 2.

³⁸¹ WHEATLY, S., “Non-Discrimination and Equality in the Right of Political Participation for minorities”, *JEMIE*, vol. 3/2002, pp. 3-4.

³⁸² Mientras que en la raza, históricamente impuesta desde fuera, el sentimiento de colectividad se basa en las experiencias compartidas, como la explotación o la resistencia a la identidad impuesta (DOTY, R. L., “The Bounds...”, *cit.*, pp. 451-452).

³⁸³ Así, por ejemplo, en el contexto del otorgamiento del estatuto de refugiado el ACNUR estima que “el concepto de raza debe entenderse en su sentido más amplio, que abarca todos los grupos étnicos habitualmente denominados «razas»” (ACNUR, *Manual...*, *cit.*, párr. 68).

³⁸⁴ Un ejemplo es la *Convención Marco para la Protección de Minorías Nacionales*, adoptado en el seno del Consejo de Europa el 1 de febrero de 1995 (CETS nº 157), cuyo informe explicativo confirma que la Convención marco no contiene una definición de “minoría nacional” porque se decidió adoptar una perspectiva pragmática “based on the recognition that at this stage, it is impossible to arrive at a definition capable of mustering general support of all Council of Europe member States” (COE, *Framework Convention for the Protection of National Minorities (CETS Nº 157). Explanatory Report*, párr. 12, en: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/157.htm>, consultada el 15/1/10). Tampoco la *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas* (ONU, Doc. A/RES/47/135, 18 de diciembre de 1992) ofrece una definición.

³⁸⁵ SUNGA, L. S., *The Emerging System...*, p. 111, nota 11. También la Directiva 2004/83/CE utiliza un concepto amplio de *nacionalidad*, entendiéndolo que “no se limitará a la ciudadanía o a su falta, sino que comprenderá, en particular, la pertenencia a un grupo determinado por su identidad cultural, étnica o lingüística, sus orígenes geográficos o políticos comunes o su relación con la población de otro Estado” (artículo 10.1c). Salta a la vista la equiparación entre etnicidad y nacionalidad; a cambio, la Directiva no recoge la etnicidad *per se* como un criterio discriminatorio relevante.

presentan acompañados de elementos del Estado moderno³⁸⁶, de manera que los grupos nacionales “are better integrated, more politically self-conscious and spatially demarcated than ethnies, but can employ a myth of political or ideological origins which is not specifically genealogical”³⁸⁷. Así pues, aunque el sentimiento nacional puede cimentarse por muy diversas vías -como los citados orígenes políticos o ideológicos compartidos e idealizados, la religión, el idioma u otros elementos culturales-, lo que en última instancia mueve al grupo nacional es su deseo de constituirse en un Estado propio³⁸⁸.

Basándose en el asunto *Nottebohm*³⁸⁹, el TPIR ha indicado que por *grupo nacional* se entiende un conjunto de personas que se considera que comparten un vínculo jurídico basado en una ciudadanía común, unida a una reciprocidad de derechos y deberes³⁹⁰. Equipara así el *origen nacional* a la *nacionalidad* como vínculo jurídico entre un Estado y su población, aunque es muy discutible que esa sea la interpretación correcta del término en el ámbito del Derecho internacional penal o del Derecho internacional de los derechos humanos, en los que la noción aparece estrechamente conectada al problema de la protección de las minorías dentro de un Estado³⁹¹, y no a la vinculación entre éste y el conjunto de la población. Esencialmente, hay que rechazar esa definición en la medida en que el Derecho internacional admite la diferenciación entre nacionales (o sea,

³⁸⁶ KAUFMANN, E. P., “Introduction...”, *cit.*, p. 2; WEBER, M., *From Max Weber: Essays in Sociology* (translated, edited, and with an introduction by H. H. Gerth and C. Wright Mills), New York: Oxford University Press, 1970 (reprint), p. 176.

³⁸⁷ KAUFMANN, E. P., “Introduction...”, *cit.*, p. 2. *Vid.* también FRANCK, T. M., “Clan and Superclan: Loyalty, Identity and Community in Law and Practice”, *AJIL*, vol. 90 (3), 1996, p. 362 (considerando, sin embargo, que es un elemento de la nacionalidad el origen genealógico común).

³⁸⁸ *Vid.* WEBER, M., *From...*, *cit.*, pp. 176-179. De acuerdo con VIERDAG, en el caso de los grupos nacionales el sentimiento de ser diferentes se fundamenta en una combinación de “subjective factors (national consciousness) and a number of objective factors (a common language, religion, ethnic origin, history, and so on, in short: a common «culture»)” (VIERDAG, E. W., *The Concept...*, *cit.*, p. 88).

³⁸⁹ CIJ, *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, *Arrêt du 6 avril 1955*, C. I. J. *Recueil 1955*, p. 20: “La nationalité sert avant tout à déterminer que celui à qui elle est conférée jouit des droits et est tenu des obligations que la législation de cet État accorde ou impose à ses nationaux”.

³⁹⁰ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso n° ICTR-96-4-T, *cit.*, párr. 512; *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, caso n° ICTR-95-1-T, *cit.*, párr. 98.

³⁹¹ SCHABAS, W. A., “Groups...”, *cit.*, p. 386; VIERDAG, E. W., *The Concept...*, *cit.*, p. 88. En el contexto de la determinación del estatuto de refugiado, el ACNUR interpreta que “el término «nacionalidad» no debe entenderse sólo como «ciudadanía», sino que designa también la pertenencia a un grupo étnico o lingüístico y, a veces, puede coincidir con el concepto de «raza»” (ACNUR, *Manual...*, *cit.*, párr. 74), dándole así un sentido predominantemente orientado a la situación de las minorías nacionales, que equipara con las minorías étnicas y/o lingüísticas (*ibid.*, párr. 74-75; *vid.* DE THAN, C. & SHORTS, E., *International Criminal Law and Human Rights*, London: Sweet & Maxwell, 2003, p. 33).

personas vinculadas jurídicamente al Estado por la nacionalidad) y no nacionales en lo que respecta al alcance de ciertos derechos³⁹².

En definitiva, ni es posible establecer definiciones precisas de estas nociones que justifiquen una distinción en base a ellas³⁹³, ni tan siquiera se puede identificar con precisión el contenido de cada uno de estos motivos discriminatorios, que aparecen estrechamente interconectados³⁹⁴, puesto que tanto la raza como el origen nacional y el étnico son, en Derecho internacional, construcciones sociales y jurídicas utilizadas para aludir a grupos determinados cuyos miembros comparten una identidad común³⁹⁵, bien porque así lo sientan ellos, bien porque así sean percibidos por el resto de la sociedad³⁹⁶.

C) Motivos culturales.

Al acuñar la noción de *genocidio* en su obra *Axis Rule in Occupied Europe*, LEMKIN sugirió que la cultural era una de las dimensiones de la existencia de un grupo que podían ser objeto de un ataque genocida para destruirlo³⁹⁷. Esta idea se trasladó a los debates sobre el proyecto de Convención contra el genocidio, en el que se llegó a incluir un artículo que también calificaba de *genocidio* todos los actos premeditados “commis dans l’intention de détruire la langue, la religion ou la culture d’un groupe nationale ou raciale ou des croyances religieuses, de ses membres”³⁹⁸.

Sin embargo, este precepto no llegó a incluirse en la Convención de 1948, lo que provocó que, tres años después, la incorporación de la persecución por motivos

³⁹² Vid. por ejemplo los artículos 2.3 PIDESC (sobre la garantía de los derechos económicos por los países en desarrollo), 25 PIDCP (sobre la participación en los asuntos públicos, el sufragio y el acceso a la función pública), y muy en particular 1.3 CEDR (excluyendo que la CERD pueda interpretarse en un sentido que afecte a “las disposiciones legales de los Estados partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular”).

³⁹³ VERHOEVEN, J., “Le crime de genocide. Originalite et ambiguïté”, *RBDI*, vol. 24 (1), 1991, pp. 21-22.

³⁹⁴ Sobre la interconexión entre los conceptos de etnicidad, raza, pueblo y nación, vid. BOLAFFI, G., BRACALENTI, R., BRAHAM, P. & GINDRO, S., *Dictionary...*, cit., p. 94; vid. también BANTON, M., *Discrimination*, cit., p. 80; SCHABAS, W. A., “Groups...”, cit., p. 385.

³⁹⁵ Vid. WALLERSTEIN, I., “La construction...”, cit., p. 106. En este sentido, también la religión –vid. *infra* subapartado D- puede presentar una dimensión identitaria similar (vid. SULLIVAN, D. J., “Advancing the Freedom of Religion and Belief Through the UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination”, *AJIL*, vol. 82 (3), 1988, pp. 509-510).

³⁹⁶ Vid. *infra* apartado 3.3 de este Capítulo.

³⁹⁷ LEMKIN, R., *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944, pp. 84-85. Para él, la dimensión cultural incluía aspectos como el uso del idioma, la educación, las manifestaciones artísticas y culturales, y la existencia de lugares en los que desarrollar estas actividades.

³⁹⁸ ONU, Doc. E/794, cit., p. 16.

culturales al primer Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la humanidad elaborado por la CDI (1951) fuera bastante controvertida³⁹⁹. No obstante, primó la posición de quienes defendían que también la persecución por estos motivos debía ser incriminada, por considerar que esos supuestos no eran menos perjudiciales para la paz y la seguridad de la humanidad que los mencionados en el ETMIN⁴⁰⁰. Este criterio se mantuvo hasta el proyecto final de artículos de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, aprobado en segunda lectura en 1996⁴⁰¹, en el que fueron suprimidos por entender el Comité de Redacción que no se ajustaban a las previsiones de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* y quedaban por tanto desfasados⁴⁰².

En una aproximación muy general a la noción de *cultura*, se puede entender por tal el conjunto de costumbres, valores y principios compartidos que caracterizan a un determinado grupo social y que se pasan de generación en generación⁴⁰³. Es lo que RODLEY encapsula en la idea del “modo de vida” (*way of life*), es decir: “the cluster of social and economic activity which gives a community its sense of identity”⁴⁰⁴. En tanto que motivo persecutorio, y partiendo de una interpretación basada en el concepto de *genocidio cultural*, la cultura se presenta, de nuevo, como una noción vinculada a la identidad de un grupo con unos rasgos distintivos específicos⁴⁰⁵, que generalmente se confunde con la etnicidad⁴⁰⁶. En este sentido, las características culturales son útiles para

³⁹⁹ Vid. ONU, Doc. A/CN.4/SR.90, *Summary Records of the 90th meeting. Preparation of a draft code of offences against the peace and security of mankind: report by Mr. Spiropoulos*, párr. 84-135, en: UN, *YILC*, 1951, vol. I, pp. 68-70.

⁴⁰⁰ Vid. ONU, Doc. A/1858, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su tercer período de sesiones, 16 de mayo a 27 de julio de 1951*, párr. 59.

⁴⁰¹ Vid. 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, comentario al artículo 18, apdo. 11.

⁴⁰² UN, Doc. A/CN.4/SR.2442, *Summary Records of the 2442th meeting. Preparation of a Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind*, párr. 54, en: UN, *YILC*, 1996, vol. I, p. 74.

⁴⁰³ BOLAFFI, G., BRACALENTI, R., BRAHAM, P. & GINDRO, S., *Dictionary...*, cit., p. 61.

⁴⁰⁴ RODLEY, N. S., “Conceptual Problems in the Protection of Minorities: International Legal Developments”, *HRQ*, vol. 17 (1), 1995, p. 59.

⁴⁰⁵ Vid. ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, caso nº IT-97-24- A, cit., párr. 23; ONU, Doc. E/CN.4/2006/16, *El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y todas las formas de discriminación. Informe del Sr. Doudou Diène, Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia*, 18 de enero de 2006, párr. 33.

⁴⁰⁶ Vid. WHEATLY, S., “Non-Discrimination...”, cit., p. 4. Para este autor, los grupos *etno-culturales* son grupos de personas “predominantly of common descent, who think of themselves as possessing a distinct cultural identity [...] (which includes religion and language differences) and who evidence a desire to transmit this to succeeding generations”.

definir los contornos de algunos de los otros grupos protegidos⁴⁰⁷; de hecho, la cultura y la conciencia de grupo se retroalimentan⁴⁰⁸: en palabras de RAMAGA, la cultura genera conciencia de grupo y la conciencia de grupo perpetúa la cultura⁴⁰⁹. Así pues, elementos culturales tales como las características sociales, históricas o lingüísticas ayudan a establecer si un grupo determinado puede ser objeto de protección⁴¹⁰.

D) Motivos religiosos.

De acuerdo con el TPIR, *grupo religioso* es aquel “whose members share the same religion, denomination or mode of worship”⁴¹¹. Por el contrario, ningún tratado internacional de derechos humanos ofrece una definición de *religión* que permita establecer objetivamente cuándo se produce una discriminación por ese motivo⁴¹²; asimismo, las disparidades de definición en los ordenamientos jurídicos internos tampoco permiten deducir un contenido uniforme del término⁴¹³. En consecuencia, lo más adecuado es interpretar las nociones de *religión* o de *creencia* en sentido amplio⁴¹⁴.

⁴⁰⁷ NERSESIAN, D. L., “Rethinking Cultural Genocide under International Law”, *Human Rights Dialogue*, nº 12, 2005, p. 8.

⁴⁰⁸ RAMAGA, P. V., “The Group Concept in Minority Protection”, *HRQ*, vol. 15 (3), 1993, p. 583.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ NERSESIAN, D. L., “Rethinking...”, *cit.*

⁴¹¹ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso nº ICTR-96-4-T, *cit.*, párr. 515; *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, caso nº ICTR-95-1-T, *cit.*, párr. 98. Se trata de una definición funcional, basada en las prácticas objetivas de los miembros del grupo (NERSESIAN, D. L., “The Razor’s Edge: Defining and Protecting Human Groups Under the Genocide Convention”, *Cornell ILJ*, vol. 36 (2), 2003, p. 300).

⁴¹² En su lugar, tanto los tratados universales como los regionales optan por incluir catálogos de derechos en la esfera de la religión (*vid.* LERNER, N., *Religion, Secular Belief and Human Rights. 25 Years After the 1981 Declaration*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 5, 8 y 9). Ni siquiera en un instrumento específicamente dedicado a la libertad religiosa como es la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* (ONU, Doc. A/RES/36/55, 25 de noviembre de 1981) se logró incorporar una definición de *religión* (*vid.* NAFZIGER, J. A. R., “The Functions of Religion in the International Legal System”, en: JANIS, M. W. (ed.), *The Influence of Religion on the Development of International Law*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 148-149; SULLIVAN, D. J., “Advancing...”, *cit.*, pp. 491-492, argumentando que, dada la dificultad para encontrar una definición que pueda ser ampliamente aceptada, el silencio en este punto de la Declaración es probablemente más beneficioso para la salvaguarda del derecho a la libertad religiosa y de creencia).

⁴¹³ *Vid.* LERNER, N., *Religion...*, *cit.*, p. 8.

⁴¹⁴ CDH, *Observación general Nº 22: Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18)*, 1993, párr. 2, en: ONU, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol.I), *cit.*, p. 245; ONU, Doc. A/HRC/6/5, *Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, Sra. Asma Jahangir*, 20 de julio de 2007, párr. 6.

La discriminación religiosa puede incidir sobre tres dimensiones de la religión: la religión como creencia, como identidad y como modo de vida⁴¹⁵. De esta forma, la persecución religiosa puede estar motivada por las convicciones que se tengan en relación con la divinidad, la doctrina o la fe⁴¹⁶; la afiliación a un grupo respecto del cual se tiene un sentimiento de pertenencia desde el nacimiento⁴¹⁷; los comportamientos, rituales o costumbres que distinguen a los seguidores de una religión del resto de personas⁴¹⁸, o por varias o todas estas dimensiones combinadas, siempre que hayan sido debidamente exteriorizadas⁴¹⁹. En todo caso, conviene no perder de vista la dimensión grupal que subyace a la actual configuración del crimen, lo que determina que generalmente deberá existir un cierto elemento identitario⁴²⁰.

Más controvertida resulta la posibilidad de extender la protección frente a la persecución por motivos religiosos a las personas ateas⁴²¹, ya que conforman un grupo que difícilmente se puede considerar homogéneo. Pero lo cierto es que comparten

⁴¹⁵ GUNN, T. J., "The Complexity of Religion and the Definition of 'Religion' in International Law", *HHRJ*, vol. 16, 2003, p. 200.

⁴¹⁶ *Ibid.*, pp. 200-201.

⁴¹⁷ *Ibid.*, pp. 201-204. Como este autor destaca, la religión concebida como identidad se experimenta de forma similar a la etnicidad, la raza o el sentimiento nacional, en términos de historia, cultura y tradiciones compartidas más que creencias teológicas semejantes (*ibid.*, p. 201).

⁴¹⁸ *Ibid.*, pp. 204-205. Sobre la religión como modo de vida, el CDH ha recordado que la "observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres" relativas a aspectos de la vida cotidiana, como la alimentación o el vestido, y que "la práctica y la enseñanza de la religión o de las creencias incluyen actos que son parte integrante de la forma en que los grupos religiosos llevan a cabo sus actividades fundamentales, como ocurre con la libertad de escoger a sus dirigentes religiosos, sacerdotes y maestros, la libertad de establecer seminarios o escuelas religiosas y la libertad de preparar y distribuir textos o publicaciones religiosos" (CDH, *Observación general N° 22, cit.*, párr. 4, pp. 245-246).

⁴¹⁹ Esta aproximación viene corroborada por la Directiva 2004/83/CE (artículo 10.1.b), conforme a la cual la religión incluye: "la participación o la abstención de participar en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones de opinión de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria basadas en cualquier creencia religiosa u ordenadas por ésta".

⁴²⁰ Por consiguiente, las creencias y prácticas religiosas desarrolladas privada e individualmente que no vinculan a la persona a un determinado grupo difícilmente sustentarán una condena penal por el crimen contra la humanidad de persecución, aunque no se puede excluir que puedan ser eventualmente consideradas motivo de persecución a los efectos del estatuto de refugiado.

⁴²¹ El debate se suscitó ya durante la elaboración de la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* (vid. LERNER, N., "The Final Text of the U.N. Declaration Against Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief", *IYHR*, vol. 12, 1982, p. 186). La Declaración señala en su artículo 1 que el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión incluye "la libertad de tener una religión o *cualesquiera convicciones de su elección*" (ONU, Doc. A/RES/36/55, *cit.*, cursiva añadida), y de los trabajos preparatorios se extraería que las creencias no teístas o ateas encajarían también en el espíritu de la Declaración (SULLIVAN, D. J., "Advancing...", *cit.*, p. 491).

creencias similares que justifican su protección⁴²², y hacia esa interpretación se tiende en el ámbito internacional⁴²³, máxime cuando tanto la apostasía como la negación de la divinidad (considerada blasfemia) siguen siendo motivo de persecución en muchos lugares del mundo⁴²⁴. En todo caso, su operatividad como motivo persecutorio pasa, una vez más, por que las personas ateas sean percibidas como un grupo.

E) Motivos de género.

La principal innovación del artículo 7.1.h) ECPI es la inclusión de la persecución por motivos de género. A diferencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, que generalmente prohíben la discriminación entre hombres y mujeres teniendo únicamente en cuenta el criterio biológico del sexo, el ECPI no se refiere a los “motivos de sexo”, sino a los “motivos de género” como motivos discriminatorios relevantes en el crimen contra la humanidad de persecución. Esta diferente enunciación podría considerarse un gran logro, pues *a priori* requeriría abordar las diferencias entre hombres y mujeres no en términos puramente biológicos, sino tomando como referencia la construcción social de los roles masculinos y femeninos a la que hace referencia la noción de *género*, cuya relevancia en la comisión de la persecución⁴²⁵ ha sido reconocida por la jurisprudencia internacional penal⁴²⁶.

⁴²² NERSESIAN, D. L., “The Razor’s...”, *cit.*, p. 301.

⁴²³ *Vid.* NAFZIGER, J. A. R., “The Functions...”, *cit.*, p. 148; VIERDAG, E. W., *The Concept...*, *cit.*, p. 95. Al respecto, el CDH ha indicado que la disposición que en el PIDCP garantiza la libertad de creencia y religión, el artículo 18, “protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia” (CDH, *Observación general N° 22*, *cit.*, párr. 2, p. 245. También ONU, Doc. A/HRC/6/5, *cit.*, párr. 6); igualmente, la Directiva 2004/83/CE dispone que el concepto de *religión* comprende “la profesión de creencias teístas, no teístas y ateas” (artículo 10.1.b).

⁴²⁴ *Vid.* GUNN, T. J., “The Complexity...”, *cit.*, pp. 200-201; también ONU, Doc. A/HRC/6/5, *cit.*, párr. 8.

⁴²⁵ *Cfr.* GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta...*, *cit.*, p. 45, donde se entiende que “no se trata de una circunstancia sociológicamente comparable a las razones políticas, raciales, nacionales, étnicas, religiosas o culturales”.

⁴²⁶ Por ejemplo, en el asunto *Nahimana, Barayagwiza & Ngeze*, el TPIR apreció una especial persecución contra las mujeres tutsis, puesto que los medios de comunicación que instigaban al odio construían una imagen de ellas que las convertía en blanco previsible de ataques sexuales: “The portrayal of the Tutsi woman as a *femme fatale*, and the message that Tutsi women were seductive agents of the enemy was conveyed repeatedly by RTLM and *Kangura*. [...] By defining the Tutsi woman as an enemy in this way, RTLM and *Kangura* articulated a framework that made the sexual attack of Tutsi women a foreseeable consequence of the role attributed to them” (ICTR, *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza & Ngeze*, caso n° ICTR 99-52-T, *cit.*, párr. 1079).

En el asunto *Krstić*, el TPIY analizó el impacto que los crímenes cometidos contra los bosnios musulmanes habían tenido sobre la comunidad de Srebrenica, y llegó a la conclusión de que, al tratarse de una sociedad patriarcal, la eliminación de prácticamente todos los varones había acarreado graves consecuencias para las mujeres supervivientes y sus hijos, precisamente por la existencia de roles

Sin embargo, los avances en este ámbito pueden verse limitados por la definición de *género* recogida en el artículo 7.3 ECPI, en el que se dispone que, a los efectos del Estatuto, “se entenderá que el término «género» se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad”, sin que pueda darse al término más acepción que ésa. Esta definición poco o nada aporta al criterio del sexo habitualmente utilizado⁴²⁷, pues, así formulado, el género se estaría equiparando al sexo biológico⁴²⁸, obviando la dimensión social y contingente de aquellas diferenciaciones entre hombres y mujeres que no tienen un fundamento biológico⁴²⁹.

La inclusión de una específica definición de *género* -cuando otros criterios igualmente imprecisos no se definen- ha suscitado cierta preocupación entre la doctrina por que ello pueda ir en detrimento del enjuiciamiento de los crímenes de género, o que la persecución por motivos de género sea considerada menos grave que otras formas de persecución⁴³⁰. Esta fórmula fue una decisión de compromiso, ante la exigencia de algunos Estados (principalmente los del Grupo Árabe y la Santa Sede) de que se definiera así, preocupados como estaban por que la construcción social del género pudiera abarcar también la homosexualidad, el lesbianismo, la transexualidad o el hermafroditismo⁴³¹. A cambio tuvieron que aceptar la inserción de la expresión “en el

marcadamente atribuidos en función del género, de forma que el ataque se había llevado a cabo a sabiendas de que se produciría ese efecto (ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, caso nº IT-98-33-T, *cit.*, párr. 90-93).

⁴²⁷ COSSMAN, B., “Gender Performance, Sexual Subjects and International Law”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XV (2), 2002, p. 283; MOSHAN, B. S., “Women, War and Words: The Gender Component in the Permanent International Criminal Court’s definition of Crimes Against Humanity”, *Fordham ILJ*, vol. 22 (1), 1998, pp. 178-179.

⁴²⁸ COSSMAN, B., “Gender...”, *cit.*, p. 284; CHARLESWORTH, H., “Feminist Methods In International Law”, *AJIL*, vol. 93 (2), 1999, p. 394.

⁴²⁹ CHARLESWORTH, H., “The Gender of International Law. Remarks”, *ASIL Proceedings*, vol. 93, 1999, p. 206.

⁴³⁰ MOSHAN, B. S., “Women, War and Words: The Gender Component in the Permanent International Criminal Court’s definition of Crimes Against Humanity”, *Fordham ILJ*, vol. 22 (1), 1998, p. 183.

⁴³¹ OOSTERVELD, V., “The Definition of “Gender” in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?”, *HHRJ*, vol. 18, 2005, pp. 64-65 y 72; COSSMAN, B., “Gender...”, *cit.*, p. 284. Paradójicamente, las referencias al “sexo” –término preferido por estos Estados- como motivo prohibido de discriminación han sido interpretadas en el ámbito de los derechos humanos en sentido amplio, incluyendo la orientación sexual; por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos opinó en el asunto *Toonen* que “se debe estimar que la referencia al «sexo», que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26 [PIDCP], incluye la inclinación sexual” (ONU, Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, *Comunicación nº 488/1992, Nicholas Toonen v. Australia*, 4 de abril de 1994, párr. 8.7). De todas formas, el artículo 7.3 no permite alcanzar conclusiones definitivas sobre si la orientación sexual tiene o no cabida en su literalidad (*vid.* OOSTERVELD, V., “The Definition...”, *cit.*, p. 77, admitiendo esa posibilidad; *cfr.* CHARLESWORTH, H., “The Gender...”, *cit.*, p. 207, excluyéndola); además, la falta de consenso en la Conferencia de Roma sobre si la noción de *género* incluye o no la orientación sexual pone de relieve la ausencia de una norma jurídica internacional sobre esta materia que imponga a los jueces de la CPI una determinada interpretación (STEAINS, C., “Gender...”, *cit.*, p. 374).

contexto de la sociedad”, con la que los Estados más progresistas pretendían reflejar de alguna forma los aspectos sociológicos de la noción de *género*⁴³², de tal forma que los intentos de fundamentarla en la dimensión biológica de la distinción entre mujer y hombre quedaran atenuados con la remisión al contexto social como marco de referencia para la determinación de su alcance⁴³³. No obstante, dicha expresión ha sido criticada y se ha considerado poco clara y posiblemente más restrictiva que la habitual concepción del género como noción que implica roles socialmente construidos⁴³⁴, aunque hay quien defiende que, pese a su escasa claridad, ofrece a los jueces de la CPI la flexibilidad necesaria para delimitar su contenido en relación con cada caso de que deban conocer⁴³⁵. De esa manera, el efecto limitativo que *a priori* se derivaría de la letra de la definición podría quedar neutralizado dependiendo de la aplicación que la CPI haga de la misma en el futuro.

F) Otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional.

El ECPI concluye la lista de los motivos discriminatorios relevantes en el crimen contra la humanidad de persecución con una cláusula abierta, conforme a la cual se admite que la discriminación pueda estar fundamentada en otros motivos prohibidos por el Derecho internacional, una conclusión a la que ya había llegado el TPIY en el asunto *Tadić*⁴³⁶.

Esta cláusula de cierre dota de flexibilidad al crimen, a la par que de un carácter evolutivo, puesto que permite castigar otros supuestos de discriminación como crímenes

⁴³² *Ibid.*, p. 375.

⁴³³ De manera que el ECPI construye la noción sobre una base biológica, pero no sobre el determinismo biológico vinculado al sexo por el que algunas delegaciones en la Conferencia de Roma abogaban (OOSTERVELD, V., “The Definition...”, *cit.*, pp. 72-73).

⁴³⁴ COSSMAN, B., “Gender...”, *cit.*, p. 284; COPELON, R., “Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes Against Women into International Criminal Law”, *McGill LJ*, vol. 46 (1), 2000, p. 237. *Cfr.* ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/21, *La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado. Actualización del informe final presentado por la Sra. Gay J. McDougall, Relatora Especial*, 6 de junio de 2000, párr. 26.

⁴³⁵ OOSTERVELD, V., “The Definition...”, *cit.*, p. 74.

⁴³⁶ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso nº IT-94-1-T, *cit.*, párr. 711.

contra la humanidad a medida que su prohibición vaya adquiriendo el carácter de norma consuetudinaria. Pero también presenta serios inconvenientes⁴³⁷:

(i) En primer lugar, la determinación de otros motivos discriminatorios que pueden acarrear la responsabilidad penal del individuo deberá hacerse por remisión a otros sectores del ordenamiento jurídico internacional (en particular al Derecho internacional de los derechos humanos).

(ii) En segundo lugar, la exigencia de que tales motivos sean universalmente inaceptables requiere verificar que la discriminación basada en un motivo distinto de los especificados es contraria al Derecho internacional general⁴³⁸, y que su prohibición ya estaba establecida en el momento de comisión del crimen.

(iii) En tercer lugar, al tratarse de un elemento normativo de la definición, el presunto autor de un crimen contra la humanidad de persecución que se fundamente en esta base podría alegar que desconocía que el motivo que lo impulsó a actuar era universalmente inaceptable conforme al Derecho internacional, y podría invocar un error de derecho para eludir la responsabilidad penal (sin perjuicio de que pudiera apreciarse la comisión de otros crímenes contra la humanidad si se dan los requisitos necesarios para ello)⁴³⁹.

Generalmente, tanto en el Derecho internacional consuetudinario como en el convencional se aceptan listas de motivos discriminatorios más amplias que la prevista en el artículo 7.1.h) ECPI. Por ejemplo, tanto la DUDH (artículo 2) como los Pactos (artículos 2.1 PIDCP y 2.2 PIDESC), o incluso el artículo 21.3 ECPI incluyen también entre los motivos discriminatorios el idioma⁴⁴⁰, el origen social⁴⁴¹, la posición

⁴³⁷ De hecho, la utilización de una lista abierta en el tipo de persecución fue una cuestión que suscitó la oposición de algunos Estados durante la elaboración del ECPI (BOOT, M., *Genocide, crimes against humanity, war crimes*, Antwerpen: Intersentia, 2002, § 448, p. 472).

⁴³⁸ *Ibid.*, § 497, p. 521. *A sensu contrario*, de esta exigencia se induciría además que las distintas normas de prohibición de la discriminación por los motivos expresamente enumerados tienen el carácter de normas consuetudinarias (*vid.* BROWN, A. W. & GRENFELL, L., "The International Crime of Gender-Based Persecution and the Taliban", *Melbourne JIL*, vol. 4 (2), 2003, p. 358). Sin embargo, la controversia que suscitó la ampliación de los motivos discriminatorios en la Conferencia de Roma (MCCORMACK, T. LH, "Crimes Against Humanity", en: MCGOLDRICK, D., ROWE, P. & DONNELLY, E., *The Permanent...*, *cit.*, pp. 196-197) permite poner en cuestión la validez de esa conclusión.

⁴³⁹ *Vid.* Capítulo III, apartado 4.4.

⁴⁴⁰ *Vid.* asimismo la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, y los artículos 1.1 Convención contra la Discriminación en la Educación, 14 CEDH, 1.1 CADH y 2 CAfDHP.

económica⁴⁴², el nacimiento⁴⁴³ o cualquier otra condición social⁴⁴⁴. Específicamente dentro del ámbito del Derecho internacional penal, cabe recordar que alguno de estos motivos ya había sido propuesto con anterioridad para su inclusión dentro del tipo de persecución, pero sin que la propuesta llegara a prosperar. En concreto, la versión de 1991 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad preveía también la persecución por motivos sociales, referencia que desapareció en el Proyecto aprobado en 1996⁴⁴⁵ porque el Comité de Redacción no estimó oportuno separarse de lo previsto a este respecto en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*⁴⁴⁶.

De los motivos señalados, podrían estimarse persecutorios aquellos que fueran reconducibles a alguno de los motivos legalmente establecidos si reflejan la pertenencia a un grupo protegido con identidad propia, como puede ocurrir con el idioma⁴⁴⁷ o con la ascendencia (es decir, “la discriminación de miembros de diversas comunidades basada en tipos de estratificación social como la casta y sistemas análogos de condición

⁴⁴¹ Vid. además los artículos 1.a) Convenio nº 111 de la OIT, 1.1 Convención contra la Discriminación en la Educación, 14 CEDH, 1.1 CADH, 2 CAfDHP y 21.1 CDFUE.

⁴⁴² Vid. también los artículos 1.1 Convención contra la Discriminación en la Educación, 14 CEDH, 1.1 CADH, 2 CAfDHP y 21.1 CDFUE. De acuerdo con la interpretación del ACNUR, normalmente un “determinado grupo social” comprenderá “personas de antecedentes, costumbres o condición social similares” (ACNUR, *Manual...*, cit., párr. 77), que son perseguidas por su pertenencia a ese determinado grupo “porque no se confía en la lealtad del grupo a los poderes públicos o porque se considera que las opiniones políticas, los antecedentes o la actividad económica de sus miembros, o la existencia misma del grupo social como tal, son un obstáculo a la política gubernamental” (*ibid.*, párr. 78).

⁴⁴³ Vid. igualmente los artículos 1.1 Convención contra la Discriminación en la Educación, 14 CEDH, 1.1 CADH, 2 CAfDHP y 21.1 CDFUE.

⁴⁴⁴ También los artículos 14 CEDH, 1.1 CADH y 2 CAfDHP. Este criterio parece exigir que un grupo podrá ser protegido si presenta alguna característica identificativa no susceptible de cambio, como podría ser la discapacidad o la edad (DAVIDSON, S., “Equality...”, cit., pp. 172-174). Así parece entenderse en relación con el otorgamiento de refugio dentro del ámbito comunitario europeo, donde el artículo 10.1.d) de la Directiva 2004/83/CE dispone que “se considerará que un grupo constituye un determinado grupo social si [...] los miembros de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella” y “dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea”. Además, se precisa que “en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual”.

⁴⁴⁵ Comentario al artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, apdo. 11, en: ONU, Doc. A/51/10, cit., párr. 50.

⁴⁴⁶ UN, Doc. A/CN.4/SR.2442, cit., párr. 54, p. 74.

⁴⁴⁷ Asimismo, PARTSCH encuentra que existe una íntima relación entre “el origen nacional y social, el nacimiento y otras características personales” y las opiniones políticas y de otro tipo (PARTSCH, K. J., “Principios...”, cit., p. 118). Vid. VIERDAG, E. W., *The Concept...*, cit., pp. 92-93, para quien el idioma como motivo discriminatorio normalmente carecerá de relevancia práctica en casos individuales al margen de las minorías, en la medida en que el trato desfavorable que una persona pueda sufrir por hablar una lengua diferente (por ejemplo en el acceso al empleo) suele estar en la mayoría de los casos justificado (*ibid.*, p. 93).

hereditaria que anulan o reducen el disfrute por esas personas, en pie de igualdad, de los derechos humanos”⁴⁴⁸), que, pese a tratarse de una circunstancia claramente vinculada al nacimiento o al origen social, es abordada por el CERD desde la perspectiva de la discriminación racial, aunque precisando que “el término “linaje” o ascendencia [...] no se refiere únicamente a la «raza», sino que además tiene un significado y una aplicación que complementan los demás motivos de discriminación prohibidos”⁴⁴⁹.

Pero es más discutible que otras circunstancias puedan llegar a formar parte a corto o medio plazo del Derecho internacional consuetudinario, requisito necesario para ser consideradas relevantes a los efectos de apreciar un crimen contra la humanidad de persecución. Con todo, el TPIY, sorprendentemente, consideró en el asunto *Sikirica* entre las pruebas que sustentaban la condena el hecho de que muchas de las personas detenidas en el campo de Keraterm “were killed because of their *rank and position in society*”⁴⁵⁰ (cursiva añadida). Aunque este factor se valoró conjuntamente con su pertenencia a un “particular ethnic group or nationality”, la posición social de las víctimas parece haber sido relevante para la condena por persecución en este asunto, pese a no ser un motivo discriminatorio recogido en el ETPIY.

No obstante, hay un supuesto específico que eventualmente podría encontrar apoyo en la práctica internacional para llegar a ser considerado como universalmente inaceptable: la **discapacidad**. Las personas con discapacidad integran un colectivo que podría entrar dentro de la referencia a “otra condición social”⁴⁵¹, pero no son objeto de protección específica frente a la persecución, a pesar de que la Historia ofrece

⁴⁴⁸ CERD, *Recomendación general N° XXIX relativa a la discriminación basada en la ascendencia*, 2002, Preámbulo, en: ONU, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol.II), *cit.*, p. 38. Los Relatores de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos sobre el tema de la discriminación por razón del empleo y la ascendencia propusieron con carácter preliminar la siguiente definición: “discrimination based on work and descent’ is any distinction, exclusion, restriction or unfavorable treatment based on occupation, present or ancestral, and family or community origin, or any other related factors such as name, birth place, place of residence, and language, including dialect and accent” (ONU, Doc. A/HRC/Sub.1/58/CRP.2, *Progress report of Mr. Yozo Yokota and Ms. Chin-Sung Chung, Special Rapporteurs on the topic of discrimination based on work and descent*, 28 de julio de 2006, párr. 6). Sobre la evolución del contenido jurídico atribuido a la noción de *ascendencia*, *vid.* KEANE, D., “Descent-based Discrimination in International Law: A Legal History”, *IJMGR*, vol. 12 (1), 2005, pp. 93-116.

⁴⁴⁹ CERD, *Recomendación general N° XXIX*, *cit.*, Preámbulo, p. 38. También en el ámbito de la protección de los refugiados se inserta la ascendencia en la noción más amplia de *raza*, la cual, de acuerdo con el ACNUR, frecuentemente “implicará también la pertenencia a un grupo social determinado de ascendencia común que constituye una minoría en el seno de una colectividad más amplia” (ACNUR, *Manual...*, *cit.*, párr. 68).

⁴⁵⁰ ICTY, *Prosecutor v. Sikirica et al.*, caso n° IT-95-8-S, *cit.*, párr. 122.

⁴⁵¹ DOYLE, B., *Disability Discrimination: Law and Practice*, Bristol: Jordans, 2003, p. 3. Nótese que en la CDFUE este motivo discriminatorio aparece expresamente enunciado en el artículo 21.2.

suficientes ejemplos de prácticas aberrantes contra ellas, comenzando por la ya mencionada política eugenésica nazi⁴⁵². El silencio en el ECPI respecto a este grupo⁴⁵³ podría verse cubierto gracias a la adopción en diciembre de 2006 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴⁵⁴, cuya rápida entrada en vigor (el 3 de mayo de 2008) permite albergar perspectivas optimistas respecto de la progresiva formación de una costumbre internacional que prohíba la discriminación de las personas con discapacidad y de esta forma se convierta en un motivo persecutorio universalmente considerado como inaceptable⁴⁵⁵.

En todo caso, el incremento de los motivos discriminatorios sólo será posible si se logra superar el espíritu de la norma actualmente vigente, que parece estar orientado a la protección de grupos con una identidad propia, y por tanto estrechamente enlazada con la cuestión de las minorías, tendencia que sólo se altera en dos supuestos muy específicos (los motivos políticos y los motivos de género). De esta forma, es dudoso que con el tipo de persecución se pretendan cubrir hoy por hoy otros supuestos que, sin embargo, son perfectamente imaginables tomando por único criterio la discriminación motivada por la pertenencia a un grupo, como podría ser la persecución de las personas en situación de

⁴⁵² Vid. Capítulo I, apartado 3.1.A.a. Sin embargo, los juicios de Nuremberg no hicieron justicia a las personas con discapacidades. El principal proceso en el que se abordó el tema fue el conocido como el "Medical Case" -IMT, *The Medical Case*, en: IMT, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10. Nuernberg, October 1946-April 1949*, vol. I-II, Washington: U.S. Government Printing Office, 1949, en el que la mayoría de los acusados de haber participado en programas de eutanasia (conducta que se estimó constitutiva de un crimen contra la humanidad) resultaron absueltos (vid. EVANS, S. E., *Forgotten Crimes. The Holocaust and People with Disabilities*, Chicago: Ivan R. Dee, 2004, pp. 146-147). Tampoco la práctica posterior de los Estados sirvió para reparar el daño sufrido por estas personas, pues, como EVANS denuncia, tras la Guerra "disabled victims were not recognized by government or legal authorities as persons who had been persecuted by the Nazi regime" (*ibid.*, p. 18).

⁴⁵³ Aunque el Comité Preparatorio de la CPI apuntó como ejemplos de motivos que podían incluirse dentro de esta cláusula de cierre "los motivos sociales, económicos y las discapacidades mentales o físicas" (ONU, Doc. A/CONF.183/2/Add.1, *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional*, 14 de abril de 1998, p. 26, nota 15).

⁴⁵⁴ Vid. también el Convenio OIT n° 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (1983), ratificado por 80 Estados (datos de ILOLEX a fecha de 15/1/10, en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdsp1.htm>), así como la Recomendación n° 168, de la misma fecha (nótese que ya en 1955 se había adoptado una Recomendación, la n° 99, sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos).

⁴⁵⁵ A 1 de julio de 2009, lo han ratificado 59 Estados, y 149 lo han firmado. Téngase además en cuenta que la protección frente a la discriminación de los discapacitados mentales plantea mayores retos de configuración jurídica que la protección de los discapacitados físicos, que principalmente requieren – junto al respeto sin discriminación de sus derechos- medidas de discriminación positiva. La discapacidad mental, por el contrario, puede ser motivo de restricción de la capacidad de obrar, además de que el grado de discapacidad puede variar a lo largo del tiempo, lo que exige una cierta flexibilidad de la respuesta jurídica (vid. MERTENS, P., "Égalité...", *cit.*, pp. 297-298).

pobreza⁴⁵⁶, de quienes ostenten un título nobiliario, de los ancianos, o de quienes se encuentren en un área geográfica delimitada, por sugerir sólo algunas hipótesis⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ Sobre la discriminación por marginalidad social, *vid.* MERTENS, P., "Égalité...", *cit.*, pp. 291-294.

⁴⁵⁷ Respecto de la ampliación de la protección contra la discriminación, BANTON advierte que, si bien muchas clases de personas pueden ser víctimas de dicha práctica (y por tanto todas deberían ser incluidas en la lista de motivos prohibidos), se han de tener en cuenta dos extremos: en primer lugar, "it is wrong to include a group unless its members are willing to identify themselves so that effective protection can be arranged", y, en segundo lugar, ninguna lista puede incluir a todos los grupos potencialmente víctimas (BANTON, M., *Discrimination*, *cit.*, p. 39); *vid.* también los factores que en la práctica parecen determinantes para otorgar protección a unos grupos y no a otros -pues en su presencia se incrementa el nivel de reivindicación- enumerados en VAN DYKE, V., *Human Rights, Ethnicity, and Discrimination*, Westport/London: Greenwood Press, 1985, pp. 213-215.