



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 V

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

El análisis de los elementos de la persecución como crimen contra la humanidad pone de relieve que su tipificación actual adolece de una vaguedad que no sólo lleva a cuestionar su conformidad con el principio de taxatividad –que requiere que las leyes penales sean precisas-, sino que además permite poner en entredicho su especificidad como modalidad criminal autónoma dentro de la categoría de los crímenes contra la humanidad.

Esta falta de concreción es el resultado del afán por conservar la persecución dentro de la categoría en la que fue originalmente incorporada al ordenamiento jurídico internacional como un crimen de Derecho internacional, los crímenes contra la humanidad, para disponer de esta forma de una modalidad criminal con la que poder castigar toda política de discriminación que presente una gravedad análoga al resto de comportamientos recogidos en esa categoría criminal, razón última que había motivado su inclusión en el artículo 6.c) ETMIN. No obstante, la oportunidad de mantener un crimen contra la humanidad de estas características no siempre ha sido evidente, e incluso durante mucho tiempo se estimó que la intención discriminatoria se predicaba del conjunto de la categoría, aunque en realidad no

había elementos suficientes para sustentar semejante interpretación¹. Ahora bien, la persecución era el único crimen que en Nuremberg había sido caracterizado como discriminatorio, y si ese rasgo se predicaba del conjunto de la categoría, la persecución perdía su razón de ser. En las últimas décadas, empero, esa interpretación se ha abandonado, y en su actual configuración los crímenes contra la humanidad aparecen desprovistos del elemento discriminatorio. La excepción es la persecución, que continúa caracterizándose –como en los tiempos del ETMIN- por su ánimo discriminatorio, y ello a pesar de que la norma consuetudinaria que regula los crímenes contra la humanidad no considera los motivos discriminatorios un elemento de estos crímenes (salvo en el caso específico de la persecución). Este dato –junto con la desconexión de la situación de conflicto armado- ha sido clave en la evolución de la categoría, determinando que finalmente el fundamento de la punición de los crímenes contra la humanidad se haya encontrado en la salvaguarda de los derechos fundamentales de los individuos, en lugar de en la protección de grupos.

Esta singularidad de la persecución tiene importantes consecuencias no sólo en la configuración jurídica internacional del tipo, como ya se ha visto, sino también en su aplicación:

(i) Con carácter general, se puede afirmar que no permite utilizar el mismo método de análisis que para el resto de crímenes de la categoría, en la medida en que la tipificación de la persecución atiende a la voluntad de castigar no una conducta, sino una intención, algo que no ocurre respecto de ningún otro crimen contra la humanidad.

(ii) Además, tanto de la literalidad del artículo 7.1.h) ECPI como de los criterios seguidos por la jurisprudencia internacional posterior a la adopción de éste se induce que la persecución como crimen contra la humanidad no está destinada a proteger un bien jurídico de la misma naturaleza que el resto de crímenes contra la humanidad, esto es, un derecho fundamental (que, siendo como es la persecución una modalidad criminal discriminatoria, debería ser el derecho a la igualdad²), sino la inobservancia del principio de no discriminación como condición de aplicación de los derechos fundamentales. En

¹ *Vid. supra* Capítulo II, apartado 1.2.A).

² Sin embargo, este derecho no tiene en apariencia reconocido aún en el ordenamiento jurídico internacional el carácter fundamental que se predica de aquellos derechos humanos que son una manifestación inmediata de la dignidad humana. En consecuencia, la tipificación de las lesiones a este derecho rebasaría los límites que impone el principio de intervención mínima del Derecho penal.

consecuencia, no cualquier discriminación será penalmente relevante, sino únicamente aquellas que afecten a derechos fundamentales. Evidentemente, la divergencia entre la importancia concedida por la sociedad internacional al bien jurídico protegido (un principio que opera como condición de aplicación de los derechos humanos) y la forma de protección elegida (el uso de la coacción vehiculada mediante la represión penal para castigar un comportamiento que no alcanza un nivel máximo de gravedad conforme al Derecho internacional) plantea serios problemas de ajuste a la hora de valorar la comisión de un crimen contra la humanidad de persecución.

(iii) El alcance transversal del bien jurídico protegido en el crimen contra la humanidad de persecución incide decisivamente en la configuración de la acción típica, que, como se vio en el capítulo precedente, es, en principio, la privación grave de derechos fundamentales, a lo que los tribunales penales internacionales añaden la exigencia de que tal privación tenga efectos discriminatorios. En la práctica, este modo de articularla hace que la persecución se presente como una modalidad criminal formalmente encajada dentro de los crímenes contra la humanidad pero **potencialmente capaz de subsumir los demás comportamientos de la categoría**. Puesto que todos los crímenes contra la humanidad constituyen alguna forma de violación de derechos fundamentales, la persecución es un crimen que se comete mediante comportamientos propios del resto de crímenes contra la humanidad, siempre que, además, estos se hayan llevado a cabo de forma discriminatoria. En buena lógica, la verificación de ese elemento discriminatorio adicional debería añadir una mayor gravedad a conductas que ya son en sí mismas criminales, de manera que la persecución como crimen contra la humanidad constituiría una modalidad agravada dentro de esa categoría criminal, o incluso se debería poder considerar una categoría criminal en sí misma, cuya gravedad vendría dada por razones distintas de aquellas que fundamentan la tipificación de la categoría de los crímenes contra la humanidad.

De hecho, en tanto que crimen discriminatorio, la configuración de la persecución está mucho más próxima a la del crimen de genocidio que a la de los crímenes contra la humanidad. Dado que el genocidio se configuró en 1948 de forma restrictiva, limitando las conductas típicas y los motivos discriminatorios relevantes para su apreciación, la persecución se ha visto como una potencial solución para castigar conductas análogas sin necesidad de reformar el tipo de genocidio y sin que determinados supuestos de hecho puedan ser calificados de *genocidas*, evitando connotaciones nada atractivas para los

Estados³. Sin embargo, toda posibilidad de atribuir a la persecución una mayor gravedad que los demás crímenes contra la humanidad es excluida tanto por el ECPI como por la jurisprudencia penal internacional, que no sólo conservan expresamente la persecución dentro de los crímenes contra la humanidad, sino que además articulan diferentes estrategias para evitar que la persecución pueda llegar a ser considerada más grave que el resto de modalidades criminales de la categoría.

(iv) Ese carácter potencialmente comprensivo de todos los crímenes contra la humanidad pone en evidencia la naturaleza contextual de la persecución, concebida en sus orígenes más como una política criminal que como una modalidad criminal específica. Si bien esa caracterización no resultó especialmente problemática en la fase inicial de configuración jurídica de los crímenes contra la humanidad (donde la atención estaba principalmente concentrada en la necesidad de mantener o no el nexo con la situación de conflicto armado⁴), sí pasó a ser un inconveniente en posteriores momentos de ese proceso, en particular en aquellas ocasiones en que se estimó que la nota característica de los crímenes contra la humanidad era su motivación discriminatoria (lo que conllevaba una superposición de la persecución y del conjunto de la categoría), y sigue siéndolo hoy en día. En efecto, una vez establecido que los crímenes contra la humanidad son comportamientos que protegen determinados derechos fundamentales, la conservación de la persecución dentro de la categoría de los crímenes contra la humanidad resulta una anomalía técnica, pues su alcance jurídico y su finalidad difieren del resto de comportamientos de la categoría: en el fondo, la persecución se concibe como una política de discriminación contra un determinado grupo, en el marco de la cual ciertamente se lesionan derechos fundamentales, pero también otros derechos que no presentan esa misma esencialidad. Y es que, en última instancia, todo ataque contra una población civil presenta un cierto componente de discriminación, pues es altamente improbable que la misma sea objeto de la violencia organizada que caracteriza al crimen contra la humanidad de una forma puramente aleatoria. Esta constatación permite afirmar que, en la práctica, cualquier ataque que se traduzca en privaciones de derechos fundamentales será a la vez un crimen contra la humanidad y una persecución.

³ El ejemplo por excelencia sería el *genocidio político*, que denota un ataque frontal contra pilares básicos del Estado democrático de derecho, como son el pluralismo y la participación política.

⁴ *Vid. supra* Capítulo II, apartado 1.1.

La excepcionalidad de la persecución dentro del conjunto de los crímenes contra la humanidad provoca que los elementos del crimen se deban adaptar a las particularidades que de ello se derivan, con el fin de garantizar cierta coherencia entre todas las modalidades específicas de la categoría. Así lo vienen haciendo los tribunales penales internacionales que, tal y como se vio en el capítulo precedente, han intentado adaptar jurisprudencialmente las exigencias comunes a todos los crímenes contra la humanidad a las especificidades de la persecución, desarrollando una práctica que evidencia que la aplicación de la persecución como crimen contra la humanidad está abocada a la búsqueda de soluciones *ad hoc*.

Sin embargo, esos esfuerzos no bastan para superar los problemas que plantea la configuración de la persecución como un crimen contra la humanidad. De hecho, las deficiencias del tipo se ponen particularmente de manifiesto en el momento de su aplicación concurrente con otros crímenes contra la humanidad, puesto que es entonces cuando mejor se aprecia que la persecución presenta una configuración jurídica difusa dentro de la categoría, lo que provoca su superposición a otras modalidades criminales y priva a la persecución de su autonomía como tipo penal o, cuando menos, permite poner en entredicho su especificidad como crimen contra la humanidad.

Este dato no ha pasado desapercibido para aquellos tribunales penales internacionales y tribunales híbridos que se han visto en la tesitura de apreciar un crimen contra la humanidad de persecución en concurrencia con otras modalidades criminales. Así se infiere de las oscilaciones en los criterios concursales que utilizan para resolver esta cuestión y de la incongruencia entre los criterios establecidos con carácter general para resolver los supuestos de condenas concurrentes y los utilizados para abordar los concursos entre la persecución y otros crímenes contra la humanidad. En la práctica jurisprudencial más reciente del TPIY, por ejemplo, en lugar de poner en evidencia que esa concurrencia resulta problemática, se opta por recurrir a una inadecuada aplicación de los criterios de solución de las cuestiones concursales entre delitos y entre leyes, que contradice su propia jurisprudencia en la materia, pero que le permite llegar al resultado deseado.

Pero el que los jueces internacionales no aborden el problema en toda su complejidad y se limiten a buscar soluciones *ad hoc* no basta para solventar una cuestión tan preocupante como es la incierta delimitación de un crimen que genera la responsabilidad penal internacional de quienes adopten un comportamiento que no está claramente definido. Es por ello que, una vez verificada la inadecuación práctica de la actual configuración de la

persecución, se impone ir más allá de la crítica y tratar de diseñar posibles alternativas a la actual configuración de la persecución que resulten técnicamente más correctas a partir de los elementos identificados en capítulos anteriores (tanto de la categoría de los crímenes contra la humanidad como de la modalidad específica de persecución), teniendo además en cuenta el sentido que históricamente se ha dado a la noción de *persecución*. A tal fin, dos son las principales alternativas que aquí se proponen:

(i) La primera pasa por centrarse en la punición de los comportamientos discriminatorios dentro del ordenamiento jurídico internacional, manteniendo así la finalidad que tradicionalmente se ha asignado a la persecución como crimen contra la humanidad. Existen varias alternativas en relación con el tratamiento de la discriminación punible en Derecho internacional penal que podrían ser una mejora técnica con respecto a la actual configuración del crimen contra la humanidad de persecución, aunque alguna de esas alternativas implicaría extraer la modalidad criminal de persecución de la categoría de los crímenes contra la humanidad.

(ii) La segunda alternativa supondría conservar la configuración de la persecución como crimen contra la humanidad, pero entonces es preciso realizar ajustes en el bien jurídico protegido, identificando algún derecho humano fundamental que pueda resultar lesionado con efectos similares a los que se vienen atribuyendo al comportamiento persecutorio.

A continuación se profundizará en las cuestiones apenas esbozadas, comenzando por los problemas concursales que surgen ante la posibilidad de condenar concurrentemente por un crimen contra la humanidad de persecución y por otros crímenes contra la humanidad que le sirven de base por violar derechos fundamentales, en relación con los cuales se analizarán los distintos criterios seguidos por los tribunales penales internacionales para articular las condenas cumulativas y se verá cómo esos criterios han terminado por ser utilizados inadecuadamente (e interesadamente) por estos órganos para llegar al resultado deseado en lo que respecta a la relación entre la persecución y otros crímenes contra la humanidad (§ 1). Para superar los inconvenientes que la actual configuración de la persecución suscita, se sugerirán algunas alternativas; en concreto se presentarán dos propuestas: una centrada en el tratamiento de la discriminación punible, según los modelos seguidos en los ordenamientos penales internos (§ 2), y otra orientada a conservar la caracterización como crimen contra la

humanidad de la persecución, pero considerando como bien jurídico protegido el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (§ 3).

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

La inconsistencia de la tipificación del crimen contra la humanidad de persecución que se considera actualmente vigente se pone particularmente de relieve cuando ha de ser apreciado de forma concurrente con otros crímenes de Derecho internacional, en especial con los demás crímenes contra la humanidad y con el genocidio, en la medida en que el tipo de persecución se encuentra a medio camino entre estas dos modalidades criminales y comparte elementos de ambas, aunque formalmente sea un crimen contra la humanidad.

En efecto, si bien el análisis separado de los elementos de la persecución como crimen contra la humanidad puede aparentar una cierta solidez teórica, su aplicación concurrente con otros crímenes muestra que existen dificultades para evitar que los elementos de la persecución se confundan con los de los tipos concurrentes y, por ende, para defender la autonomía de la persecución como crimen contra la humanidad.

Tales problemas de aplicación se aprecian mejor si se revisan las diferentes respuestas dadas por los tribunales internacionales a las cuestiones concursales que se plantean entre el crimen contra la persecución y otros crímenes de Derecho internacional. Se comenzará entonces por sistematizar los criterios que la jurisprudencia de los Tribunales penales *ad hoc* ha establecido para resolver los concursos entre distintos crímenes (§1.1), para, a continuación, pasar a evaluar cómo se vienen aplicando estos criterios en los supuestos de concurso entre la persecución y otros crímenes, y más concretamente entre la persecución y otros crímenes contra la humanidad y entre la persecución y el genocidio (§1.2), lo que permitirá confirmar que el crimen contra la humanidad de persecución configurado como crimen discriminatorio carece prácticamente de especificidad (§1.3).

1.1. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS CRITERIOS APLICABLES A LOS SUPUESTOS DE CONDENAS CUMULATIVAS.

En ausencia de previsiones respecto de las condenas cumulativas en el ETPIY o en las Reglas de Procedimiento y Prueba, el TPIY y el TPIR se han visto desde un principio obligados a desarrollar criterios concursales que les permitan imponer condenas moduladas cuando los mismos actos puedan dar lugar a cargos diferentes.

La posibilidad de dictar condenas cumulativas por la misma conducta –y, dentro de esta cuestión, cómo articular el concurso entre la persecución y otros crímenes contra la humanidad- ha sido tratada en distintas ocasiones ante los Tribunales penales internacionales⁵, si bien se observan importantes variaciones jurisprudenciales en cuanto al criterio a seguir.

La cuestión apareció ya en las primeras sentencias emitidas tanto por el TPIY (asunto *Tadić*) como por el TPIR (asunto *Akayesu*), en las que la escasa elaboración del tratamiento inicial a los problemas concursales contrasta con los ulteriores desarrollos llevados a cabo fundamentalmente por diferentes sentencias del TPIY. Un desarrollo exhaustivo de la cuestión se encuentra por primera vez en la sentencia de instancia del asunto *Kupreškić*, en la que se intentaron identificar los principales problemas concursales en relación con la apreciación y punición de los crímenes de Derecho internacional, así como determinar los principios aplicables para su resolución. Posteriormente, la Sala de Apelación del TPIY (integrada por los mismos jueces que la Sala de Apelación del TPIR⁶) volvió sobre el tema en el asunto *Čelebići*, precisando el criterio a seguir para evitar acumulaciones injustas de condenas, criterio que quedaría fijado como general y en consecuencia sería el seguido por las sentencias subsiguientes.

A continuación se analizarán la evolución de la jurisprudencia del TPIY y del TPIR en la determinación de las reglas aplicables a los concursos de delitos y de leyes,

⁵ Entre la doctrina, el tema es ampliamente tratado en TORROJA MATEU, H., “El concurso de delitos en el Estatuto de Roma: problemas derivados de la doble incriminación de un mismo hecho a título de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”, en: BADIA MARTÍ, A. M., PIGRAU SOLÉ, A. y OLESTI RAYO, A. (coords.), *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, vol. I, pp. 727-760.

⁶ Recuérdese que la Sala de Apelación del TPIY está integrada por jueces tanto del TPIY como del TPIR, que también integran la Sala de Apelación del TPIR (*vid.* artículo 13.4 ETPIR), de manera que su jurisprudencia está unificada.

comenzando por identificar los criterios seguidos ante condenas cumulativas en las primeras sentencias emitidas por sendos tribunales -asuntos *Tadić* y *Akayesu*- (§ A), para, a continuación, avanzar en el desarrollo de las reglas concursales operado por el asunto *Kupreškić* (§ B). Por último se describirá el que se considera el criterio actualmente vigente, establecido en el asunto *Čelebići* (§ C).

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

Los primeros casos resueltos en instancia tanto por el TPIY como por el TPIR tuvieron que enfrentarse al problema de que los mismos hechos pudieran constituir crímenes distintos, aunque abordaron la cuestión de forma diferente. En efecto, mientras que el TPIY se limitó a acumular los cargos y condenar por todos ellos, el TPIR optó por considerar las cuestiones concursales que suscitaba el caso, bien que sin pretender fijar un criterio aplicable con carácter general.

La metodología seguida por uno y otro tribunal será desarrollada a continuación, partiendo del criterio seguido por el TPIY en el asunto *Tadić* (§ a) y pasando posteriormente al utilizado por el TPIR en el asunto *Akayesu* (§ b).

a) *El asunto Tadić ante el TPIY.*

La primera sentencia de instancia del TPIY (asunto *Tadić*) condenó al acusado, Duško Tadić, por diferentes crímenes de forma cumulativa⁷, sin que ello fuera contestado en apelación. Aunque a la hora de determinar la pena la Sala no tuvo en cuenta ningún criterio concursal conforme al cual modularla, ante la concurrencia de diversas declaraciones de culpabilidad, resulta de interés a los efectos de este estudio porque fue también el primer caso en el que el TPIY se vio en la tesitura de condenar por un crimen contra la humanidad de persecución y otros crímenes contra la humanidad que además se habían alegado también como elementos fácticos de la persecución.

No obstante, la Sala de Instancia evitó los posibles problemas de superposición entre ésta y otros crímenes contra la humanidad en el momento de la determinación de la condena abordando ese tema previamente en el cuerpo de la sentencia de instancia y

⁷ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso nº IT-94-1-T, sentencia condenatoria, 14 de julio de 1997, párr. 74.

resolviéndolo de una forma bastante discutible. En efecto, la Sala se planteó la posibilidad de que los distintos actos constitutivos de crímenes contra la humanidad pudieran ser a su vez constitutivos de persecución si en su comisión concurría intención discriminatoria, llegando a la conclusión de que, en virtud de las condiciones de aplicación de los crímenes contra la humanidad conforme al Derecho internacional consuetudinario, en principio no habría inconveniente para que “inhumane acts that are committed with discriminatory intent incur a basis for culpability in addition to other crimes charged under the Statute”⁸.

Sin embargo, en la medida en que en esa primera sentencia el Tribunal había partido de la premisa de que, de conformidad con lo previsto en el ETPIY, todos los crímenes contra la humanidad debían cometerse con un ánimo discriminatorio⁹ (de manera que se producía una superposición entre la persecución y las demás modalidades de crimen contra la humanidad), el TPIY optó por estimar persecutorios únicamente aquellos actos que hubieran sustentado la acusación de persecución y que no se hubieran utilizado como base de otras acusaciones, o lo que es lo mismo actos por los que el acusado no hubiera sido considerado ya culpable en alguna otra parte de la sentencia¹⁰.

En concreto, la Sala tomó como punto de partida el párrafo 4 del acta de acusación, en el que se detallaban diversos actos inhumanos cometidos en el marco de una campaña contra los bosnios musulmanes y croatas desarrollada en la zona de Prijedor y dentro de los campos de concentración de Omarska, Keraterm y Trnopolje. De acuerdo con el acta de acusación:

Between about 23 May 1992 and about 31 December 1992, Duško Tadić participated with Serb forces in the attack, destruction and plunder of Bosnian Muslim and Croat residential areas, the seizure and imprisonment of thousands of Muslim and Croats under brutal conditions in camps located in Omarska, Keraterm and Trnopolje, and the deportation and/or expulsion of the majority of Muslim and Croat residents of opština Prijedor by force or threat of force. During this time, Serb forces, including Duško Tadić, subjected Muslims and Croats inside and outside the camps to a campaign of terror which included killings, torture, sexual assaults, and other physical and psychological abuse¹¹.

⁸ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, sentencia de instancia, 7 de mayo de 1997, párr. 702 y 716.

⁹ *Ibid.*, párr. 652.

¹⁰ *Ibid.*, párr. 716.

¹¹ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-I, segunda acta de acusación enmendada, 14 de diciembre de 1995, párr. 4.

Por estos hechos –que posteriormente el acta de acusación desglosaba en diversos sucesos descritos con más detalle- se acusaba a Tadić de un crimen contra la humanidad de persecución, el primero de los cargos que la Fiscalía le imputaba. Cabe destacar que el cargo por persecución parecía presumir la responsabilidad penal del acusado por el conjunto de la campaña de violencia contra la población bosnio musulmana y croata de la zona, a diferencia de los demás cargos del acta de acusación, que se sustentaban en episodios fácticos muy concretos cometidos en ese contexto más general: un supuesto de violación, varios homicidios intencionados y diversos casos de actos inhumanos en el campo de Omarska; homicidios intencionados y actos inhumanos perpetrados en la localidad de Korazac; y homicidios intencionados y actos inhumanos cometidos en las poblaciones de Sivci y Jaskici. Todos estos hechos se imputaban no sólo a título de crímenes contra la humanidad, sino también de crímenes de guerra y violaciones de las leyes y usos de la guerra.

Otros actos incluidos en el párrafo 4 del acta de acusación, como la destrucción y el pillaje de las poblaciones, las detenciones o las deportaciones, no eran empero objeto de cargos independientes, así que aquellos que pudieron ser probados¹² fueron considerados por la Sala de Instancia constitutivos de persecución, al estimar que la participación del acusado en el ataque contra Kozarac y sus alrededores, así como “the seizure, collection, segregation and forced transfer of civilians to camps, calling-out of civilians, beatings and killings” había constituido “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”¹³. No obstante, conviene señalar que, verificada la intención discriminatoria en la comisión de los actos criminales¹⁴ –intención que, como se ha indicado, en esta sentencia se estimó un elemento común a todos los crímenes contra la humanidad-, la Sala de Instancia no entró a valorar caso por caso si cada uno de los actos estimados persecutorios suponían efectivamente una privación de derechos fundamentales, sino que más bien consideró a Tadić culpable en la medida en

¹² Por ejemplo, no se consideró probada la participación del acusado en la destrucción y pillaje en la población de Kozarac (ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso nº IT-94-1-T, *cit.*, párr. 464).

¹³ “With respect to the remaining charges of paragraph 4 of the Indictment, the evidence supports a finding that the acts of the accused constitute persecution. The accused’s role in, *inter alia*, the attack on Kozarac and the surrounding areas, as well as the seizure, collection, segregation and forced transfer of civilians to camps, calling-out of civilians, beatings and killings described above 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” (*ibid.*, párr. 717).

¹⁴ *Ibid.*, párr. 465-477.

que se había probado su participación en el ataque y en la política seguida contra los no serbios de la zona¹⁵.

Como se puede observar, el tratamiento dado por el TPIY al crimen contra la humanidad de persecución lo presentaba como una modalidad criminal subsidiaria, que servía para castigar una línea de conducta que se traduce en lesiones de derechos cuando esas lesiones no son imputadas a otro título. Si bien de esta forma se intentaba delimitar el alcance propio del crimen contra la humanidad de persecución, diferenciado del resto de los crímenes contra la humanidad, el resultado distaba mucho de ser adecuado, pues se atribuía a la persecución un contenido variable, en función de las circunstancias de cada caso, algo incompatible con los principios de legalidad penal y de seguridad jurídica. En todo caso, se trataba de la primera sentencia del TPIY, y respecto de los crímenes contra la humanidad fue un primer intento de determinar jurisprudencialmente su contenido consuetudinario, que sin embargo no vino plenamente confirmado al año siguiente con la adopción del ECPI. Por consiguiente, el tratamiento que la Sala de Instancia dio a la persecución en el asunto *Tadić* se ha de ver como una respuesta provisional al problema de la determinación de su contenido jurídico.

De cualquier manera, la forma de operar descrita eludía los problemas de superposición entre la persecución y otros crímenes contra la humanidad, ya que evitaba tener que declarar la culpabilidad del acusado por dos crímenes diferentes sobre la base de los mismos hechos (por un crimen contra la humanidad de persecución y por aquellos otros crímenes contra la humanidad que le sirvieran de base fáctica), lo que permitió al TPIY condenar cumulativamente tanto por persecución como por los demás crímenes contra la humanidad cuya comisión estimó probada.

b) *El asunto Akayesu ante el TPIR.*

Planteado el problema de las condenas cumulativas ante el TPIR en el asunto *Akayesu*, la solución resultó ser muy diferente. En esa ocasión, el tribunal optó por resolver la cuestión recurriendo a los principios penales seguidos en los ordenamientos jurídicos internos, y en particular de tradición continental, dentro de la cual se inscribe el ordenamiento jurídico ruandés. En efecto, el Código Penal de Ruanda dedica un

¹⁵ Vid. ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso nº IT-94-1-T, sentencia condenatoria, *cit.*, párr. 55: "In considering the sentence to be imposed, the Trial Chamber has taken into account the willing participation of Duško Tadić in the persecution of non-Serbs in opština Prijedor".

capítulo al concurso de delitos, el cual sirvió de apoyo al TPIR para estimar que en el caso en cuestión podía apreciarse un **concurso ideal de delitos** (es decir, el supuesto en el que, a través de una misma acción, el sujeto activo infringe varias normas penales o una misma repetidas veces¹⁶), conforme al cual era posible imponer múltiples condenas por el mismo acto¹⁷.

De esta forma, invocando con carácter general como base de su decisión la normativa y la jurisprudencia nacional e internacional, la Sala de Instancia concluyó que era posible condenar cumulativamente por distintos crímenes en virtud del mismo acto si:

- (i) los crímenes tienen elementos diferentes, o
- (ii) las normas que tipifican los crímenes protegen intereses diferentes, o
- (iii) es necesario obtener una condena por ambos crímenes para dar cuenta del comportamiento del acusado en su totalidad¹⁸.

No obstante, aclaró que no estaba justificada una doble condena por los mismos hechos si:

- (i) una de las infracciones es una infracción menor constitutiva de la otra, o
- (ii) una de las acusaciones es por responsabilidad en tanto que cómplice y la otra como autor principal¹⁹.

En este caso, no se abordó la cuestión de la concurrencia de la persecución y otros crímenes de Derecho internacional, porque el crimen contra la humanidad de

¹⁶ JESCHECK, H.-H. y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. de M. Olmedo Cardenete), Granada: Comares, 2002 (5ª ed. corr. y ampl.), p. 773. Según el artículo 93 del Código Penal ruandés, esta forma de concurso se produce “1) lorsque le fait unique au point de vue matériel est susceptible de plusieurs qualifications” o “2) lorsque l’action comprend des faits qui, constituant des infractions distinctes, sont unis entre eux comme procédant d’une intention délictueuse unique ou comme étant les uns des circonstances aggravantes des autres”. En tales casos, “seront seules prononcées dans le premier cas les peines déterminées par la qualification la plus sévère, dans le second cas les peines prévues pour la répression de l’infraction la plus grave, mais dont le maximum pourra être alors élevé de moitié” (Décret-Loi n° 21/77 du 18 août 1977, *Code Pénal*, en : *Journal Officiel*, n° 13 bis, 1978, p. 1. Modificado por Décret-Loi n°23/81 du 13 octobre 1981, confirmado por Loi n°01/82 du 26 janvier 1982 y Loi n° 08/1983 du 10 mars 1983).

¹⁷ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso n° ICTR-96-4-T, sentencia de instancia, 2 de septiembre de 1998, párr. 467.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 468.

¹⁹ *Ibid.*

persecución no se encontraba entre los comportamientos imputados a Jean-Paul Akayesu²⁰. Pero si así hubiera sido hipotéticamente, el criterio utilizado por el TPIR no habría permitido imponer una condena cumulativa basada en los mismos hechos por persecución como crimen contra la humanidad y otros crímenes contra la humanidad que hubieran constituido la base material de la persecución, puesto que, en virtud de las pautas apenas señaladas, no se justificaría la imposición de una doble condena por los mismos hechos en el caso de que una de las infracciones fuera una infracción menor constitutiva de la otra. Así, el crimen contra la humanidad que sirviera de base fáctica a la persecución necesariamente supondría la privación de algún de derecho fundamental, mientras que cualquier privación de derechos fundamentales con ánimo discriminatorio (dentro del contexto propio de los crímenes contra la humanidad) es una persecución, por lo que ésta daría cuenta del comportamiento del acusado en su totalidad.

B) El asunto Kupreškić ante el TPIY.

La relevancia del asunto *Kupreškić* reside en que en él la Sala de Instancia II del TPIY trató de establecer criterios más elaborados que el propuesto en *Akayesu*, siendo el primer intento jurisprudencial significativo de establecer pautas de referencia para el Tribunal que permitieran resolver los problemas concursales²¹. A tal fin, partió de la formulación de dos principios extraídos de los ordenamientos internos²²:

(i) Cuando en una misma línea de conducta se pueden identificar *varios comportamientos que constituyen distintos crímenes*, se produce lo que se denomina **concurso real de delitos** (es decir, la realización en un mismo momento de distintas acciones que dan lugar a crímenes diferentes, los cuales deberán ser todos ellos enjuiciados en el mismo proceso penal²³).

²⁰ Acusado de genocidio, violaciones del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949 y crímenes contra la humanidad de exterminio, homicidio, tortura, violación y otros actos inhumanos, Akayesu fue finalmente absuelto de todos los cargos de violación del artículo 3 común y condenado por genocidio y crímenes contra la humanidad (por todas las conductas indicadas).

²¹ Vid. ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, sentencia de instancia, 14 de enero de 2000, párr. 669.

²² *Ibid.*, párr. 679.

²³ JESCHECK, H.-H. y WEIGEND, T., *Tratado...*, cit., p. 782. Por ejemplo, se produciría un concurso real de delitos si una persona realiza un tiroteo en el que mata a otra persona y además una bala agujerea el depósito de combustible de un coche aparcado en la zona de los hechos, provocando una explosión y la total destrucción del vehículo. Por tanto, en el curso de los mismos hechos se producirán al menos un

(ii) También puede ocurrir que una misma acción viole a la vez dos o más disposiciones. La relación entre la persecución y otros crímenes contra la humanidad se encuadraría en este segundo orden de problemas.

En tal caso habrá que distinguir entre aquellos supuestos en que *la conducta es contraria a ambas disposiciones* porque éstas valoran aspectos diferentes del mismo comportamiento de aquellos otros en que *la conducta quedaría totalmente cubierta por ambas disposiciones*. En la primera hipótesis (cada una de las disposiciones concurrentes deja sin valorar aspectos relevantes para las otras, por lo que todas deben ser aplicadas²⁴) se plantearía un **concurso ideal de delitos**, mientras que la segunda (ambas disposiciones son aplicables, pero sólo una de ellas “agota o capta de manera exhaustiva el desvalor del hecho”²⁵) sería un supuesto de **concurso de leyes**. Habrá entonces que determinar si se produce un concurso ideal de delitos o un concurso de leyes, y en función de ello qué normas deben aplicarse, lo que permitirá decidir si se han de apreciar ambos crímenes o sólo uno de ellos.

La Sala de Instancia valoró diversos criterios que podrían servir para resolver las cuestiones concursales. En primer lugar, el TPIY estimó en el asunto *Kupreškić* que el criterio de base sería *determinar si cada uno de los crímenes contiene algún elemento que no se requiera en el otro* (criterio que en el *common law* se conoce como “*test Blockburger*”²⁶). Si así ocurre, el mismo acto será constitutivo de dos crímenes diferentes²⁷ (en concurrencia ideal de delitos).

homicidio y un daño a propiedad ajena, dos delitos con elementos diferentes que sin embargo podrán ser castigados cumulativamente cuando los hechos sean enjuiciados.

²⁴ Esa hipótesis se da con cierta frecuencia en relación con los crímenes de Derecho internacional, en la medida en que un mismo acto (por ejemplo, homicidio) puede ser simultáneamente constitutivo de crimen contra la humanidad, crimen de guerra y genocidio, en función de que se puedan apreciar o no los diferentes requisitos exigidos en las respectivas cláusulas generales. Por tanto, puede ser necesario aplicar las normas de tipificación de cada una de estas categorías criminales respecto del mismo comportamiento criminal.

²⁵ ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Granada: Comares, 2004, p. 60. Mientras que en el concurso de leyes basta con aplicar la norma que capta en su totalidad el desvalor del hecho, en el concurso ideal de delitos es necesario aplicar todas las normas para que todo el desvalor quede abarcado. *Vid.* también MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del Delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007 (4ª ed.), pp. 221-223 (sobre el concurso ideal de delitos) y 226-227 (sobre el concurso de leyes).

²⁶ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso nº IT-95-16-T, *cit.*, párr. 681.

²⁷ *Ibid.*, párr. 682.

De lo contrario, uno de los crímenes quedará cubierto por el otro, en una relación que el Tribunal describe como de “círculos concéntricos”, ya que el objeto más amplio de uno de los crímenes abarca al otro²⁸. Se tratará por tanto de un concurso de leyes. Para resolverlo y poder optar por una de las dos normas concurrentes, el TPIY estima que se deberá aplicar el principio de **especialidad**²⁹: en el caso en que una disposición abarque por completo el contenido de la otra, exigiendo además elementos adicionales, primará la *lex specialis*³⁰, más apropiada por referirse específicamente a la conducta de que se trate. Si, por el contrario, ambas disposiciones requieren que se pruebe un aspecto no exigido por la otra, existirá una *especialidad recíproca* entre ambas, de manera que ambas disposiciones serán aplicables, lo que lleva al mismo resultado que se obtiene con la aplicación del “test Blockburger”³¹.

La Sala de Instancia estima además que existen algunos supuestos en los que todos los elementos del tipo requeridos para apreciar un crimen menos grave se cumplen en la comisión de un crimen de mayor gravedad (por ejemplo, la causación de lesiones por un navajazo que dar muerte a la víctima). En tales supuestos (conocidos en el *common law* como “*lesser included offences*”)³² no resultaría razonable apreciar la culpabilidad del autor por dos crímenes, y en su lugar se aplicará el principio de **absorción**, conforme al cual una condena por el crimen de mayor gravedad abarcará la criminalidad de la conducta en su totalidad³³.

Finalmente, y de forma suplementaria, la Sala considera el criterio de la **protección de diferentes valores**, conforme al cual, si se determina que la finalidad de las disposiciones en juego es proteger valores distintos³⁴, todas ellas deberán ser aplicadas³⁵.

²⁸ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 683.

²⁹ Es abundante, aunque no unánime, la doctrina que considera que los concursos de leyes son en realidad problemas de interpretación de la ley penal. Sobre esta discusión, *vid.* ESCUCHURI AISA, E., *Teoría...*, *cit.*, pp. 61-65.

³⁰ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 683-684.

³¹ *Ibid.*, párr. 685.

³² *Ibid.*, párr. 687.

³³ *Ibid.*, párr. 688.

³⁴ *Ibid.*, párr. 693.

³⁵ *Ibid.*, párr. 694. No obstante, en el asunto *Kupreškić* el Tribunal estimó, a la luz del Derecho comparado, que este principio apenas se aplica, a no ser en apoyo o conjuntamente con los otros criterios indicados, y que no es susceptible de alterar en lo esencial los resultados obtenidos mediante la aplicación de estos (*ibid.*, párr. 695; *cf.* ICTY, *Prosecutor v. Mucić et al.*, caso n° IT-96-21-A, sentencia de apelación, 20 de febrero de 2001, opinión separada y disidente del juez David HUNT y del juez Mohamed BENNOUNA,

No obstante, estima que se trata de un criterio que no es susceptible de alterar las conclusiones que se alcancen con la aplicación de los criterios previamente indicados³⁶.

Establecidos estos criterios, la Sala de Instancia los aplica a la relación entre la persecución y el homicidio como crimen contra la humanidad, pero lo hace de una forma cuando menos llamativa. Para empezar, recuerda que el cargo de persecución tiene en este caso un contenido claramente más amplio que el homicidio, puesto que tal y como consta en el acta de acusación, no sólo se basa en éste, sino que puede abarcar otros comportamientos³⁷; además, la persecución exige un ánimo discriminatorio, lo que no ocurre en el homicidio³⁸. Pero con eso y con todo, la Sala afirma que entre ambos crímenes existe una especialidad recíproca³⁹, y distingue dos supuestos.

En primer lugar considera que:

“If an accused is found guilty of persecution, *inter alia* because of the commission of murders, it seems that he should be found guilty of persecution only, and not of murder *and* persecution, because [...] murder is in that case already encompassed within persecution as a form of aggravated murder, and it does not possess any elements which the persecutory murders do not”⁴⁰.

No hay nada que objetar a esta interpretación, que es conforme con los principios que la Sala enuncia. Téngase en cuenta que en este supuesto se partiría de un único cargo de persecución, cuya acción típica consistiría en homicidios cometidos discriminatoriamente (y eventualmente de otros comportamientos discriminatorios), sin que éstos hubieran sido además imputados como crímenes contra la humanidad de homicidio.

A continuación, sin embargo, da una solución totalmente opuesta ante lo que considera un supuesto diferente: la duplicidad de cargos, es decir, el que una persona esté a la vez acusada de homicidio intencional como crimen contra la humanidad y de

párr. 17, cuestionando que ese criterio constituya un principio general de Derecho internacional penal o que sea común a los principales sistemas jurídicos del mundo).

³⁶ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso nº IT-95-16-T, *cit.*, párr. 695.

³⁷ *Ibid.*, párr. 705. En el acta de acusación enmendada, el cargo de persecución se imputaba sobre la base de tres comportamientos: a) “the deliberate and systematic killing of Bosnian Muslim civilians”, b) “the comprehensive destruction of Bosnian Muslim homes and property”, y c) “the organised detention and expulsion of the Bosnian Muslims from Ahmici-Santici and its environs” (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso nº IT-95-16-PT, primera acta de acusación modificada, 9 de febrero de 1998, párr. 21).

³⁸ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso nº IT-95-16-T, *cit.*, párr. 706.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 707.

persecución como crimen contra la humanidad (incluyendo el homicidio intencional entre los actos que sustentan tal acusación, como ocurría en el asunto en cuestión). En ese caso, afirma, “the same acts of murder may be material to both crimes”⁴¹. Así ocurrirá si se prueba que:

“(i) murder as a form of persecution meets both the requirement of discriminatory intent and that of the widespread or systematic practice of persecution, and (ii) murder as a crime against humanity fulfils the requirement for the wilful taking of life of innocent civilians and that of a widespread or systematic practice of murder of civilians”⁴².

De esta argumentación deriva que existe una especialidad recíproca entre ambos crímenes y por tanto los dos son aplicables⁴³. Para sustentar esta afirmación necesita probar que cada uno de los crímenes posee elementos específicos que no están recogidos en el otro precepto, y para ello recurre a un argumento muy cuestionable, que pretende que los elementos de uno y otro crimen son completamente diferentes. Así, parece introducir requisitos adicionales en el crimen contra la humanidad de homicidio intencional⁴⁴, de tal forma que termina pareciendo que la acción propia del homicidio como conducta persecutoria es algo diferente a una privación intencionada de la vida (aunque sea con ánimo discriminatorio). A cambio, se obvia que, en realidad, el tipo de persecución como crimen contra la humanidad subsume los elementos relevantes del tipo de homicidio intencional como crimen contra la humanidad: el contexto general es el mismo, el derecho del que se priva a la víctima —esto es, el derecho a la vida— es un

⁴¹ *Ibid.*, párr. 708.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Para corroborar este resultado, el Tribunal aplica en último lugar el criterio de la protección de valores diferentes (*ibid.*, párr. 709). Así, considera que la prohibición del homicidio intencional pretende proteger “innocent civilians from being obliterated on a large scale” mientras que la prohibición de la persecución “[...] intends to safeguard civilians from severe forms of discrimination”, con el fin de “reaffirm and impose respect for the principle of equality between groups and human beings”. Por tanto, se aplican ambos. Sin embargo, no habría ningún inconveniente para que la persecución pueda proteger, entre otras manifestaciones del principio de no discriminación, la no discriminación en el disfrute del derecho a la vida. Téngase en cuenta, además, que la no observancia de este principio a la hora de cumplir la obligación de proteger el derecho a la vida supondrá una violación tanto de la prohibición de lesionar el derecho a la vida como de la prohibición de no discriminación, lo que implica entonces que, teóricamente, la prohibición de la persecución protegería simultáneamente ambos bienes jurídicos.

⁴⁴ La referencia a “civiles inocentes” como si fuera un elemento propio del homicidio como crimen contra la humanidad resulta bastante chocante, máxime cuando la condición de civil *per se* basta para que un ataque pueda constituir un contexto propio de los crímenes contra la humanidad, sin necesidad de probar inocencia o culpabilidad alguna de esos civiles para ser considerados población protegida. De hecho, en un momento anterior de la misma sentencia se había admitido que el concepto de “civil” aplicado a las personas que pueden ser víctimas de un crimen contra la humanidad debe ser considerado en sentido amplio, sobre todo respecto de la persecución, que podría ser dirigida incluso contra combatientes enemigos (*ibid.*, párr. 547; *vid.* Capítulo III, apartado 2.3). En consecuencia, incluso en este punto el contenido del crimen de persecución podría estimarse más amplio que el de homicidio.

derecho humano fundamental, y con su lesión se produce un atentado grave contra el mismo, y, en cuanto al elemento subjetivo, existe la intención de matar, de manera que el único elemento que se adiciona es la especial intención de discriminar en la comisión del acto.

Además, para llegar a este resultado incurre en una contradicción frontal con sus apreciaciones respecto de los elementos del crimen contra la humanidad. Así, parece sugerir que son elementos de los crímenes contra la humanidad de persecución y de homicidio, respectivamente, la práctica masiva o sistemática de la persecución (“the widespread or systematic practice of persecution”) y la práctica masiva o sistemática del homicidio (“a widespread or systematic practice of murder”), y que además esas prácticas masivas o sistemáticas son dos elementos diferentes, cada uno de ellos propio del crimen correspondiente. Ahora bien, no se puede pasar por alto que, en primer lugar, en la misma sentencia se rechaza que la política persecutoria (es decir, esa práctica masiva o sistemática de la persecución) sea un elemento del crimen⁴⁵, y, en segundo lugar, el TPIY no considera necesario que se cometa repetidamente el mismo crimen (práctica de la persecución o práctica del homicidio) para que pueda apreciarse un crimen contra la humanidad, sino que el acto esté conectado a una “large-scale or systematic practice of abuses”, puesto que no hay una asimilación entre el ataque y la conducta incriminada⁴⁶. Por tanto, para poder fundamentar el resultado al que quiere llegar, la Sala se ve en la necesidad de reelaborar los elementos de los crímenes contra la humanidad, introduciendo requisitos que anteriormente había descartado.

En definitiva, se fuerza el análisis para resolver como un concurso ideal de delitos (en el que ninguna de las normas aplicables basta para cubrir todos los aspectos penalmente relevantes y por tanto se han de aplicar todas ellas) lo que en origen sería un problema de concurso de leyes (al existir una norma –la prohibición de la persecución como crimen contra la humanidad- que recoge más exhaustivamente que cualquier otra todos los aspectos penalmente relevantes del hecho y en consecuencia podría ser aplicada preferentemente), y todo ello para poder condenar por la doble calificación penal dada en el acta de acusación a los mismos hechos.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 625.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 554 (énfasis añadido). La no equiparación del ataque a la conducta incriminada queda confirmada en el asunto *Kunarac et al.* (ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos nº IT-96-23 & IT-96-23/1-T, sentencia de instancia, 22 de febrero de 2001, párr. 417). *Vid.* Capítulo III, apartado 2.1.A.

Las condenas cumulativas dictadas en este asunto contra Drago Josipović y Vladimir Šantić por persecución y homicidio, así como por persecución y otros actos inhumanos (todos ellos como crímenes contra la humanidad) no fueron objeto de ulterior discusión en apelación, puesto que la defensa desistió de plantear la cuestión⁴⁷.

C) El asunto *Čelebići* ante el TPIY.

La Sala de Apelación tuvo la oportunidad de valorar el criterio propuesto en el asunto *Kupreškić* en una causa posterior, la seguida contra Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landžo y Zejnil Delalić en el conocido como “asunto *Čelebići*”, en la cual la Fiscalía planteó que este criterio se separaba de las decisiones del TPIY y del TPIR en los asuntos *Tadić* y *Akayesu*, y por tanto debía ser descartado⁴⁸.

La Sala aprovechó entonces para precisar los criterios a seguir en supuestos en los que se planteara la posibilidad de condenar cumulativamente por diferentes crímenes, considerando que, para evitar que la acumulación de condenas generara situaciones injustas⁴⁹, debería ser el siguiente:

(i) Las condenas múltiples reguladas en diferentes preceptos pero basadas en la misma conducta están permitidas sólo si cada uno de los preceptos implicados “has a materially distinct element not contained in the other”, es decir, si se produce un **concurso ideal de delitos**. Se precisa que un elemento es materialmente distinto a otro si requiere prueba de un hecho no exigido por la otra norma⁵⁰. Ese elemento diferenciador puede referirse tanto a las circunstancias en que se ha de cometer el crimen (la cláusula general o umbral del mismo) como a los elementos específicos de la modalidad criminal de que se trate⁵¹. Este criterio resulta sobre todo operativo cuando un mismo comportamiento es considerado

⁴⁷ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-A, sentencia de apelación, 12 de junio de 2002, párr. 395.

⁴⁸ ICTY, *Prosecutor v. Mucić et al.*, caso n° IT-96-21-A, *cit.*, párr. 395-396.

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 405 y 412.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 421; *vid.* también ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, caso n° IT-98-32-T, sentencia de instancia, 29 de noviembre de 2002, párr. 265; *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, caso n° IT-98-34-A, sentencia de apelación, 3 de mayo de 2006, párr. 584.

⁵¹ ICTY, *Prosecutor v. Mucić et al.*, caso n° IT-96-21-A, *cit.*, opinión separada y disidente del juez David HUNT y del juez Mohamed BENNOUNA, párr. 26, defendiendo que sólo debe ser evaluada la conducta para determinar si la misma es constitutiva de más de un crimen, y rechazando por tanto que los elementos del contexto sean relevantes a los efectos de imponer condenas cumulativas.

criminal en distintas categorías de crímenes de Derecho internacional, permitiendo en tales supuestos condenar de forma cumulativa.

(ii) Si no se dan las condiciones para apreciar un concurso ideal de delitos, habrá que abordar la concurrencia de declaraciones de culpabilidad como un **concurso de leyes**. Por consiguiente, habrá que decidir en virtud de cuál de los crímenes se condenará, sobre la base del principio de que “the conviction under the more specific provision should be upheld”. Por consiguiente, si un conjunto de hechos está regulado por dos preceptos, uno de los cuales contiene un elemento material distinto, sólo se debería condenar en virtud de este último⁵². Este segundo criterio será normalmente de aplicación cuando el problema de las declaraciones de culpabilidad concurrentes se plantee respecto de crímenes integrados en la misma categoría.

En virtud de estas dos pautas marcadas en el asunto *Čelebići*, se puede afirmar que, teóricamente, si se apreciara un crimen contra la humanidad de persecución cometido sobre la base de otros crímenes de Derecho internacional, la concurrencia entre uno y otros se resolvería de forma diferente en función de la modalidad criminal que constituyera la base fáctica de la persecución. Dos ejemplos ayudarán a clarificar esta afirmación:

(i) Supongamos que se aprecia un crimen contra la humanidad de persecución por la comisión discriminatoria de un homicidio intencional, y ese mismo homicidio intencional se ha incluido en el acta de acusación como un crimen de guerra. A la hora de decidir si ambos crímenes pueden ser apreciados concurrentemente, habrá que preguntarse si los dos presentan elementos materialmente diferentes. La respuesta es afirmativa: la persecución, en tanto que crimen contra la humanidad, requiere como mínimo que se pruebe la existencia de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, mientras que el homicidio intencional, en tanto que crimen de guerra, exige al menos prueba de la existencia de un conflicto armado y de la condición de persona protegida de la víctima. Al mismo resultado se llegaría si el homicidio intencional se hubiera imputado como un acto de genocidio, ya que entonces habría que probar la especial intención de destruir a un grupo determinado, algo que no exige el

⁵² ICTY, *Prosecutor v. Mucić et al.*, caso n° IT-96-21-A, *cit.*, párr. 413. De acuerdo con la Sala de Apelación en el asunto *Krstić*, el crimen más específico necesariamente supone la comisión del más general (ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, caso n° IT-98-33-A, sentencia de apelación, 19 de abril de 2004, párr. 218).

crimen contra la humanidad de persecución. Por tanto, con carácter general, se puede extraer ya una primera conclusión, cual es que las diferencias en los elementos de las cláusulas generales de las distintas categorías de crímenes de Derecho internacional determinan que, cuando la base fáctica de la persecución es un crimen de Derecho internacional distinto de los crímenes contra la humanidad, será posible condenar concurrentemente tanto por un crimen contra la humanidad de persecución como por el crimen de que se trate.

(ii) Supongamos que se aprecia un crimen contra la humanidad de persecución por la comisión discriminatoria de un homicidio intencional, y ese mismo homicidio intencional se ha incluido en el acta de acusación como un crimen contra la humanidad. Al valorar ahora la presencia de elementos materialmente diferentes entre ambas modalidades criminales el resultado es bien distinto al alcanzado en la hipótesis previa: en ambos casos se ha de probar la existencia de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil y el resto de elementos de la cláusula general, lo que de momento excluye las diferencias por ese lado. En cuanto a los elementos de las distintas modalidades criminales, el homicidio requiere prueba de que se ha privado intencionalmente a la víctima X del derecho a la vida, mientras que la persecución requiere prueba de que se ha privado intencionalmente a la víctima X de un derecho humano fundamental: bastará entonces con probar la relación causal entre el acto del presunto autor y el resultado de muerte de la víctima X para que se den por satisfechos ambos requisitos, puesto que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental. Sin embargo, la persecución requiere además prueba de que esa privación se haya producido con ánimo discriminatorio, exigencia ésta que no se da en el caso del crimen contra la humanidad de homicidio intencional. Por consiguiente, la norma jurídica que prohíbe el crimen contra la humanidad de persecución contiene un elemento materialmente diferente que no se contiene en la norma de prohibición del crimen contra la humanidad de homicidio intencional, por lo que sólo se debería condenar por un crimen contra la humanidad de persecución.

En el asunto *Čelebići* los criterios señalados se aplicaron en relación con el concurso de declaraciones de culpabilidad en virtud de los artículos 2 y 3 del Estatuto TPIY, ambos relativos a crímenes de guerra (violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 en el primer caso y violaciones de las leyes y usos de la guerra en el segundo).

Posteriormente, en febrero de 2001, la Sala de Apelación confirmó en el asunto *Jelisić* que eran admisibles las condenas cumulativas en virtud de los artículos 3 (violaciones de las leyes y usos de la guerra) y 5 (crímenes contra la humanidad), sobre la base de que “each crime has a special ingredient not possessed by the other”⁵³. Asimismo, a finales de ese año 2001, la Sala de Apelación del TPIR lo aplicó en el asunto *Musema* a la condena cumulativa por genocidio y el crimen contra la humanidad de exterminio⁵⁴.

Desde entonces y hasta la fecha, la doctrina *Čelebići* es invocada tanto por el TPIY como por el TPIR como criterio de referencia a la hora de resolver la concurrencia de diferentes crímenes. Sin embargo, se observan variaciones en la forma en que dicho criterio se aplica, o, mejor dicho, se observa en particular una evolución hacia una aplicación del criterio que resulta muy objetable cuando, en virtud de los mismos hechos, se aprecia un crimen contra la humanidad de persecución y otros crímenes contra la humanidad. Y es que, como se podrá ver a continuación, ambos Tribunales –a través de la Sala de Apelación común- han operado en su jurisprudencia un cambio radical de planteamiento en relación con el modo en que se ha de realizar la operación lógica establecida en el asunto *Čelebići* como criterio para resolver las cuestiones concursales, y ello aparentemente con una única finalidad: evitar que en los casos en los que se ha imputado un crimen contra la humanidad de persecución, éste absorba el resto de crímenes contra la humanidad y sea por tanto el único crimen contra la humanidad por el que se pueda condenar.

1.2. LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES A LA DECLARACIÓN DE CULPABILIDAD POR PERSECUCIÓN Y OTROS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD SOBRE LA BASE DE LOS MISMOS HECHOS.

Si bien tras la sentencia de apelación en el asunto *Čelebići* las Salas optaron inicialmente por aplicar estrictamente el criterio seguido en este caso, en un momento posterior se produjo un cambio jurisprudencial destacable. Así, sin motivo aparente para ello, la Sala de Apelación en el asunto *Kordić y Čerkez* consideró que el criterio

⁵³ ICTY, *Prosecutor v. Jelisić*, caso n° IT-95-10-A, sentencia de apelación, 5 de julio de 2001, párr. 82. Vid. también el asunto *Kunarac et al.*, en el que la Sala de Instancia llega a la misma conclusión aplicando el criterio del asunto *Čelebići* (ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23 & IT-96-23/1-T, cit., párr. 552-557), confirmada en apelación (ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23&23/1-A, sentencia de apelación, 12 de junio de 2002, párr. 32-34).

⁵⁴ ICTR, *Alfred Musema v. The Prosecutor*, caso n° ICTR-96-13-A, sentencia de apelación, 16 de noviembre de 2001, párr. 358-369.

correcto era el seguido en *Kupreškić*, que a partir de entonces ha sido el habitualmente aplicado por el Tribunal (pese a que supone una aplicación deficiente de los principios generales establecidos en la propia sentencia, orientada a la consecución de un resultado previamente fijado, como ya se tuvo la oportunidad de ver).

Las diferencias resultantes de la aplicación de uno u otro criterio a las relaciones concursales entre la persecución y el resto de crímenes contra la humanidad son analizados a continuación, teniendo en cuenta la evolución operada por la jurisprudencia del TPIY, que ha terminado por reinterpretar la doctrina *Čelebići* para el concreto supuesto del concurso entre la persecución y otros crímenes contra la humanidad (§ A). Asimismo, se prestará atención a los criterios seguidos por la jurisprudencia de otros órganos jurisdiccionales que se han visto en la tesitura de aplicar la persecución como crimen contra la humanidad: la Corte de Bosnia y Herzegovina y el Tribunal de Distrito de Dili, a través de sus Salas Especiales para Crímenes Graves; sus desarrollos en esta materia, aunque menores, corroboran la confusión existente en esta materia y la ausencia de criterios definitivos para resolver los concursos entre la persecución y otros crímenes (§ B).

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

Desde el asunto *Čelebići*, el razonamiento seguido por la Sala de Apelación ha venido siendo habitualmente aplicado en instancia. La primera sentencia que lo incorporó con respecto a la relación entre la persecución y otros crímenes contra la humanidad fue la dictada en instancia en el asunto *Krstić*⁵⁵, en la que Radislav Krstić fue condenado únicamente por persecución al considerar el TPIY que se trataba de un crimen contra la humanidad más específico que los crímenes contra la humanidad de homicidio intencional y de otros actos inhumanos⁵⁶. Igualmente, también en el asunto *Kvočka* se apreció la mayor especificidad de la persecución respecto de los crímenes contra la

⁵⁵ En el asunto *Kordić & Čerkez*, anterior al asunto *Krstić*, la Sala de Instancia estimó que no se suscitaba la cuestión de las condenas cumulativas impropias en relación con la persecución y otros crímenes contra la humanidad (ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, *cit.*, párr. 826).

⁵⁶ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, caso n° IT-98-33-T, sentencia de instancia, 2 de agosto de 2001, párr. 675-676, confirmada en este punto en apelación (ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, caso n° IT-98-33-A, *cit.*, párr. 231-232).

humanidad de actos inhumanos, tortura y violación. Por contener el crimen contra la humanidad de persecución un elemento material adicional (la discriminación), sólo era posible condenar por éste⁵⁷.

Diversas sentencias posteriores han mantenido este criterio, de forma que cuando el mismo acto es a la vez constitutivo de un crimen contra la humanidad de persecución y de otro crimen contra la humanidad, se mantiene únicamente el primero⁵⁸, siempre que se pruebe que el acto ha sido cometido con ánimo discriminatorio⁵⁹.

Por el contrario, si el acto es a la vez constitutivo de un crimen contra la humanidad de persecución y otro crimen perteneciente a una categoría de crímenes de Derecho internacional distinto de los crímenes contra la humanidad, se apreciarán ambos⁶⁰. Así, por ejemplo, este será el criterio que rijas las relaciones entre el crimen contra la

⁵⁷ ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso n° IT-95-30/1-T, sentencia de instancia, 2 de noviembre de 2001, párr. 227, 228, 232-234, 237 y 238. De acuerdo con el Tribunal: "If based on the same acts against the same victims, the Trial Chamber considers that the crime of persecution subsumes other alleged acts separately constituting crimes against humanity, as long as the additional element of discrimination on specified grounds is present" (*ibid.*, párr. 187). Sólo Miroslav Kvočka fue condenado por persecución, al estimarse que había participado en la empresa criminal conjunta para cometer dicho crimen, en tanto que subcomandante del campo de detención de Omarska (*ibid.*, párr. 714-715).

⁵⁸ *Vid.*, por ejemplo, ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, caso n° IT-98-32-T, *cit.*, párr. 265; *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, caso n° IT-98-34-T, sentencia de instancia, 31 de marzo de 2003, párr. 724; *Prosecutor v. Stakić*, caso n° IT-97-24-T, sentencia de instancia, 31 de julio de 2003, párr. 879-881; *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, sentencia de instancia, 15 de octubre de 2003, párr. 1056-1058.

La única excepción a esta práctica lo constituye el asunto *Nahimana*, donde sorprendentemente la Sala de Instancia estimó que la persecución consistente en varios homicidios es "a lesser included offence of extermination", aplicando la doctrina *Čelebići* en sentido contrario al que sería previsible: el exterminio absorbe a la persecución, y no al revés. En este asunto se estableció la responsabilidad criminal de quienes habían incitado al odio contra los tutsis desde diferentes medios de comunicación ruandeses, haciendo un llamamiento a "la caza del tutsi" que se cobró miles de víctimas en Ruanda. La Sala consideró que estos discursos de odio se habían traducido en dos resultados diferentes: homicidios y otras violaciones de derechos. Aunque ambos pudieran constituir la base material del crimen de persecución, los primeros también eran constitutivos de exterminio, crimen que absorbía al de persecución, de acuerdo con la Sala (ICTR, *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza & Ngeze*, caso n° ICTR-99-52-T, sentencia de instancia, 3 de diciembre de 2003, párr. 1080). En cuanto a los segundos, afirmó: "The nature of have broadcasts, writings, and the activities of CDR is such, however, that the same communication would caused harm of varying degrees to different individuals. An RTLM broadcast, Kangura article, or CDR demonstration that led to the extermination of certain Tutsi civilians inflicted lesser forms of harm on others, constituting persecution". La conclusión a la que llega es que estas acciones constituyen crímenes diferentes, imputables todos ellos a los acusados (*ibid.*).

⁵⁹ *Vid.* ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, caso n° IT-98-32-T, *cit.*, párr. 267; *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, sentencia de instancia, 15 de octubre de 2003, párr. 1058; *Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, caso n° IT-99-36-T, sentencia de instancia, 2 de septiembre de 2004, párr. 1085.

⁶⁰ *Vid.* por ejemplo, el asunto *Naletilić & Martinović* –doble condena por persecución y crímenes de guerra por transferencia ilegal de civiles y saqueo de la propiedad en Mostar- (ICTY, *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, caso n° IT-98-34-T, *cit.*, párr. 738); asunto *Vasiljević* –doble condena por homicidio intencional como persecución y violación de las leyes y usos de la guerra- (ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, caso n° IT-98-32-T, *cit.*, párr. 268).

humanidad de persecución y el genocidio, tras haber confirmado la Sala de Apelación que el crimen de genocidio no subsume al de persecución, puesto que éste, en tanto que crimen contra la humanidad, requiere ser cometido como parte de un ataque sistemático o generalizado dirigido contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, un elemento que, sin embargo, no se exige para el crimen de genocidio⁶¹. Por consiguiente, en la medida en que se trata de dos crímenes de Derecho internacional distintos, con exigencias diferentes en cuanto a la cláusula general de la categoría, la determinación de la condena por la comisión concurrente de ambos no podrá solucionarse por la vía del concurso de leyes, sino que deberá apreciarse un concurso ideal de delitos⁶².

Las consecuencias derivadas de la aplicación de la doctrina *Čelebići* ponen de manifiesto que la persecución opera como una modalidad criminal agravada dentro de los crímenes contra la humanidad, capaz de abarcar por sí misma la totalidad del desvalor de otras conductas incriminadas, además de añadir un *plus* de gravedad por su efecto discriminatorio. Así, una única condena por persecución basta para englobar el reproche penal frente a uno o más comportamientos, sin necesidad de declarar adicionalmente y de forma separada la culpabilidad del autor por los actos que sirven de base material a aquélla.

Sin duda, este resultado remitiría a la tradicional concepción de la persecución como un contexto general de discriminación en el que determinadas personas son víctimas de

⁶¹ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, caso n° IT-98-33-A, *cit.*, párr. 223 y 229.

⁶² En todo caso, la relación entre el crimen de genocidio y el crimen contra la humanidad de persecución también puede llevar a contradicciones en la práctica. Dicha relación fue inicialmente abordada por el TPIY con una cierta indecisión ambigua respecto de su naturaleza jurídica separada, debida a la similitud entre ambos crímenes. Configurados los dos como crímenes discriminatorios, comparten la exigencia de un especial ánimo en su comisión, que en el caso del genocidio consistirá en la intención de destruir a un determinado grupo en su totalidad o en parte, mientras que en el crimen de persecución deberá resultar probada la intención de discriminar a las víctimas. Ello llevó a la Sala de Instancia en el asunto *Kupreškić* a afirmar que la persecución como crimen contra la humanidad es “an offence belonging to the same *genus* as genocide”, de manera que el genocidio sería la forma más extrema e inhumana de persecución, mientras que una persecución que llegara a la forma extrema de actos deliberados orientados a la destrucción de un grupo se convertiría en un genocidio (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 636; *vid.* también *Prosecutor v. Krstić*, caso n° IT-98-33-T, *cit.*, párr. 684).

Lógicamente, a la hora de condenar por la comisión concurrente de ambos, ese planteamiento conduce a la conclusión alcanzada inicialmente por el TPIY en el asunto *Krstić* (y ulteriormente modificada en apelación favoreciendo la acumulación de condenas), en el que la Sala de Instancia consideró que “genocide has a distinct, mutual element in the form of its requirement of an intent to destroy a group, altogether, in whole or in part, over and above any lesser persecutory objective”, mientras que el crimen de persecución carecería de elementos de intencionalidad o implementación que no pudieran quedar subsumidos en el ánimo de destruir del genocidio. Por tanto, se estaría ante un concurso de leyes que habría que resolver aplicando preferentemente la ley especial. En consecuencia, no cabría condenar por ambos crímenes, sino sólo por genocidio, en la medida en que éste es un crimen más específico (*ibid.*).

una variedad de atentados contra sus derechos humanos por el mero hecho de pertenecer a un grupo con una identidad propia, o, lo que es lo mismo, son víctimas de diferentes crímenes contra la humanidad. Dado que la forma de proceder del Tribunal para resolver estos supuestos concursales resulta técnicamente correcta, la conclusión a la que se llega es que, en su actual configuración, la noción de *persecución* no hace realmente referencia a una modalidad criminal autónoma y específica, sino que implícitamente constituye en sí misma una categoría más amplia que abarca una lista abierta de subtipos penales.

La Sala de Apelación del TPIY confirmó en los asuntos *Krnojelac, Krstić y Vasiljević*⁶³ que la declaración de responsabilidad por persecución y otros crímenes contra la humanidad no permitía una condena cumulativa por todos ellos, sino que en la persecución, en tanto que norma especial, quedaban subsumidos los otros hechos que, aun siendo constitutivos de crímenes contra la humanidad, servían como acción típica a la persecución.

Sin embargo, en diciembre de 2004 dio un giro radical a su posición en el asunto *Kordić y Čerkez*, por considerar que la jurisprudencia precedente había aplicado erróneamente la doctrina *Čelebići*, contradiciendo los razonamientos y la adecuada aplicación del mismo llevada a cabo en sentencias previas, lo que justificaba su cambio de planteamiento⁶⁴. En dicho asunto, la Sala de Apelación defendió que la definición de *persecución* contiene elementos materialmente distintos a los del resto de crímenes contra la humanidad, a saber: “the requirement of proof that an act or omission discriminates in fact and proof that the act or omission was committed with specific intent to discriminate”⁶⁵.

Esta precisión no es novedosa, porque desglosar el componente discriminatorio incorporándolo tanto al elemento objetivo (acto persecutorio o acto con efecto discriminatorio) como al elemento subjetivo (intención discriminatoria) es una estrategia que el Tribunal viene utilizando para aproximar el crimen contra la

⁶³ ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-A, sentencia de apelación, 17 de septiembre de 2003, párr. 188; *Prosecutor v. Vasiljević*, caso n° IT-98-32-A, sentencia de apelación, 25 de febrero de 2004, párr. 135 y 146; *Prosecutor v. Krstić*, caso n° IT-98-33-A, *cit.*, párr. 231-233.

⁶⁴ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-A, sentencia de apelación, 17 de diciembre de 2004, párr. 1040.

⁶⁵ *Ibid.*, párr. 1041-1043.

humanidad de persecución a la construcción del resto de crímenes contra la humanidad⁶⁶, en un esfuerzo por objetivar el contenido discriminatorio del crimen.

Lo que sí resulta novedoso, por el contrario, es la conclusión a la que llega aplicando la doctrina *Čelebići* sobre esta base: según la Sala de Apelación, a la vista de los elementos del crimen contra la humanidad de persecución, lo correcto es condenar cumulativamente tanto por persecución como por el otro crimen contra la humanidad de que se trate. El argumento seguido se puede ejemplificar con la relación entre los crímenes contra la humanidad de persecución y de homicidio intencional. Al respecto, la Sala estimó que la definición de persecución contiene dos elementos que no están presentes en la definición de homicidio intencional: la prueba de que un acto u omisión discrimina de hecho y la prueba de que el acto u omisión se cometió con la especial intención de discriminar⁶⁷; por su parte, el homicidio requiere probar que el acusado causó la muerte de una o más personas, con independencia de que el acto u omisión causante de la muerte fuera de hecho discriminatorio o se tuviera específicamente la intención de que fuera discriminatorio, algo que no se requiere para la persecución. Sin embargo, la Sala omite considerar que la persecución que toma por base el homicidio sí presenta todos los elementos requeridos para esta última modalidad criminal.

Es evidente que, para llegar a esta conclusión, la Sala compara los elementos de los crímenes sólo en una dirección, pese a que el criterio marcado en el asunto *Čelebići* se aplicaría bidireccionalmente, en el sentido de que requiere que la definición legal de *cada uno* de los crímenes implicados contenga algún elemento diferente. Por tanto, para condenar cumulativamente por ambos crímenes la diferencia entre sus elementos debe ser recíproca, puesto que si sólo uno de ellos presenta un elemento distinto, el criterio a aplicar es el de especialidad.

Ciertamente, la persecución contiene elementos que no se exigen para el homicidio, la detención o los otros actos inhumanos (los tres crímenes que concurrían con la persecución en el caso en cuestión), pero no es posible sostener la misma afirmación en sentido contrario. Es decir, ni el homicidio intencional ni la detención ni los otros actos

⁶⁶ Vid. por ejemplo ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, sentencia de instancia, 15 de marzo de 2002, párr. 432; *Prosecutor v. Vasiljević*, caso n° IT-98-32-T, *cit.*, párr. 265, y caso n° IT-98-32-A, *cit.*, párr. 146. Recuérdese lo dicho en relación con la necesidad de que el acto tenga un efecto discriminatorio para poder ser considerado un acto persecutorio (*vid. supra* apartado 2.2.A).

⁶⁷ ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-A, *cit.*, párr. 1041.

inhumanos contienen elementos que no puedan ser al mismo tiempo elementos de la persecución –en tanto en cuanto ésta puede consistir en cualquier violación grave de derechos fundamentales-, máxime cuando estos tres comportamientos criminales se utilizaron en el caso en cuestión como base fáctica de la persecución y fue respecto de ellos que se determinó si habían tenido efectos discriminatorios o no.

En consecuencia, pese a la pretendida voluntad de corregir la incorrecta aplicación de la doctrina *Čelebići* en asuntos precedentes, es la propia Sala de Apelación en el asunto *Kordić y Čerkez* la que incurre en una aplicación errónea de dicho criterio.

No hay motivos jurídicos que puedan haber llevado a la Sala de Apelación a provocar ese giro jurisprudencial, más allá de intentar encontrar un criterio *ad hoc* para resolver los problemas prácticos que plantea la aplicación concurrente del crimen contra la humanidad de persecución y otros crímenes contra la humanidad. De hecho, la cuestión no se había planteado con anterioridad en apelación, así que ninguna de las sentencias de apelación que se invocan como precedentes válidos (*Jelisić, Kupreškić, Kunarac y Musema*, y ni siquiera el propio asunto *Čelebići*) resolvió específicamente la cuestión de la declaración concurrente de culpabilidad por persecución y otros crímenes contra la humanidad por los mismos actos⁶⁸. Y, en todo caso, lo que resulta incomprensible es que esta reinterpretación de la doctrina *Čelebići* se haya consolidado a través de las sentencias posteriores dictadas en apelación⁶⁹.

⁶⁸ ICTY, *Prosecutor v. Jelisić*, caso n° IT-95-10-A, *cit.*, párr. 78-83; *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-A, *cit.*, párr. 381-388, 393 y 395; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23&23/1-T, *cit.*, párr. 549-557, confirmada en apelación (*Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23&23/1-A, *cit.*, párr. 32-34); *Prosecutor v. Mucić et al.*, caso n° IT-96-21-A, *cit.*, párr. 414-427; ICTR, *Alfred Musema v. The Prosecutor*, caso n° ICTR-96-13-A, *cit.*, párr. 358-369.

⁶⁹ *Vid.*, por ejemplo, ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, caso n° IT-97-24-A, sentencia de apelación, 22 de marzo de 2006, párr. 359-364 (respecto de la concurrencia de persecución y homicidio intencional, deportaciones, actos inhumanos –transferencia forzosa de población- y exterminio); *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, caso n° IT-98-34-A, *cit.*, párr. 589-590 (respecto de la concurrencia de persecución y torturas). En el asunto *Brđanin*, la Sala de Instancia aplicó la doctrina *Čelebići* y condenó a Radoslav Brđanin como autor, entre otros, de un crimen contra la humanidad de persecución en el que quedaban subsumidos el resto de crímenes contra la humanidad cometidos –tortura, deportación y actos inhumanos (transferencia forzosa de población)- (ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, caso n° IT-99-36-T, sentencia de instancia, 1 de septiembre de 2004, párr. 1084-1085). La Sala de Apelación no abordó este tema, pero vino a insinuar que se habría ocupado de la cuestión si la Fiscalía hubiera puesto en entredicho la conclusión alcanzada en instancia y lo hubiera incluido entre los motivos de apelación (ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, caso n° IT-99-36-A, sentencia de apelación, 3 de abril de 2007, nota 1051). También ICTR, *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza & Ngeze*, caso n° ICTR-99-52-A, sentencia de apelación, 28 de noviembre de 2007, párr. 1026.

Las sentencias de instancia de los últimos años también están siguiendo esta reinterpretación de la doctrina. Así ocurrió, por ejemplo, en el asunto *Krajišnik*, donde la Sala de Instancia consideró que la persecución como crimen contra la humanidad tiene un elemento material distinto a los de homicidio

Mediante esta interpretación, la Sala de Apelación parece querer garantizar una aplicación autónoma y separada del crimen contra la humanidad de persecución con respecto del resto de crímenes contra la humanidad, si bien la maniobra que realiza deja patente que ese resultado no es posible atendiendo únicamente a la configuración del crimen, sino que sólo cabe si se fuerza el razonamiento del asunto *Čelebići* y en lugar de aplicar el criterio que rige la concurrencia de crímenes de una misma categoría se aplica el que resuelve la concurrencia de modalidades criminales de diferentes categorías. Ello apuntaría a un reconocimiento implícito de la singularidad de la persecución, que la situaría al margen de la categoría criminal en la que está actualmente encajada.

No obstante, no hay unanimidad entre los jueces sobre la corrección de esta interpretación. En concreto, los jueces SCHOMBURG y GÜNEY se han manifestado reiteradamente contrarios al mismo, como han puesto de manifiesto en sus opiniones disidentes en diversos asuntos⁷⁰.

Para ellos, es incorrecto basarse en la literalidad de la definición legal de la persecución (“a denial or infringement upon a fundamental right laid down in international customary or treaty law”) y la de cualquier otro crimen contra la humanidad para afirmar que son diferentes, puesto que, a fin de cuentas, estos últimos no son sino

intencional, exterminio, deportación y actos inhumanos (transferencia forzosa de población), y por ende puede condenarse cumulativamente por ambas modalidades criminales (ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, caso n° IT-00-39-T, sentencia de instancia, 27 de septiembre de 2006, párr. 1130). Esta interpretación fue cuestionada en apelación por Colin Nicholls, *amicus curiae* invitado por el Tribunal a presentar sus alegaciones; sin embargo, no fue tenida en consideración por la Sala de Apelación, que sostuvo que la línea argumental seguida en *Kordić y Čerkez* era correcta (ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, caso n° IT-00-39-A, sentencia de apelación, 17 de marzo de 2009, párr. 389-391). *Vid.* también ICTY, *Prosecutor v. Blagojević & Jokić*, caso n° IT-02-60-T, sentencia de instancia, 17 de enero de 2005, párr. 810; *Prosecutor v. Milan Martić*, caso n° IT-95-11-T, sentencia de instancia, 12 de junio de 2007, párr. 475; *Prosecutor v. Milutinović et al.*, caso n° IT-05-87-T, sentencia de instancia, 26 de febrero de 2009, párr. 1167; *Prosecutor v. Lukić & Lukić*, caso n° IT-98-32/1-T, 20 de julio de 2009, párr. 1042.

⁷⁰ *Vid.* por ejemplo los asuntos *Kordić y Čerkez* (opinión disidente conjunta), *Stakić* (opinión disidente del juez GÜNEY), *Naletilić y Martinović* (opinión disidente conjunta) y *Nahimana, Barayagwiza y Ngeze* (opinión disidente del juez GÜNEY). En los dos últimos casos mencionados advierten que su silencio sobre esta cuestión específica en futuros asuntos “ne devra en aucune façon être interprété comme valant approbation du revirement de jurisprudence opéré par la majorité des juges de la Chambre d’appel” (ICTY, *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, caso n° IT-98-34-A, *cit.*, opinión disidente conjunta de los jueces GÜNEY Y SCHOMBURG sobre la acumulación de declaraciones de culpabilidad; *idem* ICTR, *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza & Ngeze*, caso n° ICTR 99-52-A, sentencia de apelación, 28 de noviembre de 2007, opinión disidente del juez GÜNEY); *vid.*, por ejemplo, el desacuerdo del juez GÜNEY expresado en la sentencia pero no acompañado de una opinión disidente en ICTY, *Prosecutor v. Krajišnik*, caso n° IT-00-39-A, sentencia de apelación, 17 de marzo de 2009, párr. 391.

negaciones de específicos derechos fundamentales⁷¹. Tal y como indicaron en su opinión disidente en el asunto *Kordić y Čerkez*:

“The crime of persecutions has to be seen as an empty hull: in fact, it is a residual category designed to cover all possible underlying offences of persecutions. Thus, to merely take the wording of the definition and convict the accused for a denial of a fundamental right is not what a criminal court can do, as it would be impermissibly vague. Instead, one has to ask: what is the fundamental right that has been denied. [...] It is only by incorporating this element in persecutions that the empty hull amounts to persecutions, a crime against humanity”⁷².

Desde su punto de vista, este criterio garantiza que el acusado sólo es condenado cumulativamente si dos o más crímenes lesionan dos o más bienes jurídicos específicos diferentes, “this being the distinguishing element and rationale for allowing cumulative convictions or not”⁷³. En consecuencia, critican el giro operado por la Sala de Apelación respecto de la jurisprudencia precedente, al no encontrar razones de peso que lo justifiquen⁷⁴.

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

También algunos de los órganos judiciales de carácter híbrido se han visto en la tesitura de resolver la cuestión de las condenas concurrentes por la comisión de un crimen contra la humanidad de persecución y otros crímenes contra la humanidad sobre la base de los mismos hechos. En particular, se han articulado criterios para abordar este problema en la jurisprudencia de la CBH, respecto de los crímenes de Derecho internacional cometidos en Bosnia-Herzegovina, y en las TDD-SECG, en relación con los crímenes cometidos en Timor Leste. La práctica de estos órganos presenta un interés adicional en la medida en que ambos aplican el crimen contra la humanidad de persecución descrito en términos similares al ECPI⁷⁵, por lo que a continuación se

⁷¹ Vid. ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-A, *cit.*, opinión disidente conjunta de los jueces SCHOMBURG y GÜNEY sobre condenas cumulativas, párr. 5.

⁷² *Ibid.*, párr. 6. En consecuencia, “this also meets the last element of the *Čelebići* test which reads: «an element is materially distinct from another if it requires proof of a fact not required by the other»: the proof of an act of murder is also required for the proof of the denial of the fundamental right to life” (*ibid.*, párr. 7).

⁷³ *Ibid.*, párr. 8.

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 13.

⁷⁵ También el Estatuto del TEI reproducía lo previsto en el artículo 7.1.h) ECPI respecto de la persecución. De todos modos, conviene recordar que en el asunto por el que Saddam Hussein fue ejecutado, el asunto *Dujail*, no se había incluido acusación alguna por el crimen contra la humanidad de persecución, de manera que este crimen no fue objeto de análisis por el Tribunal Supremo Iraquí (las actas de acusación y la sentencia están disponibles en: <http://www.law.case.edu/saddamtrial/content.asp?id=9>, consultada el

procede a abordar brevemente el tratamiento jurisprudencial de la cuestión dado por cada uno de estos órganos.

En primer lugar se presentará el tratamiento de la cuestión en la CBH (§ a) y en segundo lugar se abordará el asunto en las TDD-SECG (§ b).

a) *La práctica concursal en la CBH.*

Como se recordará, la CBH tiene atribuido el mandato –entre otros- de enjuiciar a aquellos presuntos responsables de haber cometido crímenes de Derecho internacional durante el conflicto yugoslavo que le sean transferidos desde el TPIY⁷⁶. Por ello, y pese a las diferencias que presenta la formulación del crimen contra la humanidad en el ETPIY y en el Código Penal bosnio (similar al ECPI), podía haberse esperado un cierto continuismo de los criterios manejados por el TPIY en la jurisprudencia de la CBH.

Sin embargo, no ha sido así, y, de hecho, se separa de la posición actualmente seguida por el TPIY, ya que se viene estimando que cuando la persecución se ha cometido mediante otro/s comportamiento/s criminal/es recogido/s en la categoría, los elementos de estos otros comportamientos criminales quedan subsumidos en la modalidad criminal de persecución⁷⁷. Sirva como ejemplo la argumentación de la Sala de primera instancia en la causa seguida contra Nenad Tanasković:

“[...] taking into account that the actions of the accused referred to in Counts 1-5 and Count 7 of the Indictment were directed exclusively against the Muslim civilians, the Panel finds that it is necessary to qualify the overall actions of the accused as a single act – persecution, because this is effectively one act regardless of the number of perpetrated actions during one time period. Each individual action of the accused constitutes a flagrant violation of individuals’ fundamental rights and such actions cannot be viewed as an isolated incident, but exclusively as a whole which, through the described actions, has only one goal – discrimination. In regard of all actions mentioned above, where his criminal responsibility has been established, the accused acted with direct intent, aware that by the cited actions he was violating the rules of international

15/1/10). Tampoco en el asunto *Anfal* hubo condena alguna por persecución como crimen contra la humanidad (IRAQI HIGH TRIBUNAL, *Special Verdict Pertaining to Case N° 1/ CSecond/2006, Al Anfal*, Second Criminal Court, Baghdad – Iraq, 24 de junio de 2007, pp. 943-962, traducción en inglés de la sentencia disponible en: <http://www.law.case.edu/grotian-moment-blog/anfal/opinion.asp>, consultada el 15/1/10).

⁷⁶ *Vid. supra* Capítulo II, apartado 3.2.D.

⁷⁷ *Vid.*, entre otros, CBH, asunto *Dragoje Paunović*, caso n° X-KR-05/16, sentencia de instancia, 26 de mayo de 2006, p. 27; asunto *Nikola Kovačević*, caso n° X-KR-05/40, sentencia de instancia, 3 de noviembre de 2006, p. 44; asunto *Dragan Damjanović*, sentencia de instancia, 15 de diciembre de 2006, p. 48; asunto *Ranko Vuković et al.*, caso n° X-KR-07/405, sentencia de instancia, 4 de febrero de 2008, p. 33; asunto *Nenad Tanasković*, caso n° X-KR/05/165, sentencia de instancia, 24 de agosto de 2008, p. 72.

law, but nonetheless wanted the commission of those acts. The Panel finds that all of the cited actions, regardless of the number of actions in this particular case, constitute a single criminal offense – Crime against Humanity – Persecution”⁷⁸.

Como se puede observar, se trata de una aplicación estricta de la doctrina *Čelebići* (aunque la CBH haya invocado como asunto de referencia el asunto *Krstić*⁷⁹), una opción que resulta muy llamativa en la medida en que se ha utilizado en sentencias posteriores a la sentencia de apelación en el asunto *Kordić y Čerkez* (2004).

Así pues, se da la paradoja de que si los casos que han sido transferidos a la CBH desde el TPIY hubieran sido enjuiciados por éste, los resultados alcanzados respecto a la acumulación de condenas por el crimen contra la humanidad de persecución y otros crímenes contra la humanidad que le hubieran servido de base fáctica habrían sido diametralmente diferentes.

b) *La práctica concursal en las TDD-SECG.*

La práctica de las TDD-SECG es poco clarificadora. Pocas sentencias abordan expresamente el tema concursal, aunque cuando lo hacen se muestran favorables a condenar cumulativamente tanto por un crimen contra la humanidad de persecución como por aquellos otros crímenes contra la humanidad que le sirvan de base fáctica, aunque para llegar a este resultado no se observa una pauta uniforme que permita extraer un criterio general. Sirvan tres ejemplos para ilustrar esta afirmación.

(i) En la causa seguida contra *Marcelino Soares*, acusado de los crímenes contra la humanidad de homicidio intencional, tortura y persecución, la Sala de Instancia estimó que, si bien los actos físicos subyacentes a las modalidades criminales de tortura y de persecución eran los mismos, debían ser considerados actos separados, dado que la persecución “requires a different mens rea, namely a discriminatory intent”⁸⁰.

Para resolver el concurso, recurrió al Código Penal indonesio de 1952 (aplicable también en Timor Leste), descartando que la disposición aplicable fuera el artículo 63.2

⁷⁸ CBH, asunto *Nenad Tanasković*, caso n° X-KR/05/165, sentencia de instancia, 24 de agosto de 2008, p. 72.

⁷⁹ *Vid.* por ejemplo *ibid.*, p. 73, nota 9; CBH, asunto *Ranko Vuković et al.*, caso n° X-KR-07/405, sentencia de instancia, 4 de febrero de 2008, p. 33, nota 9.

⁸⁰ TDD-SECG, *Prosecutor v. Marcelino Soares*, caso n° 11/CG/TDD/2003, sentencia de instancia, 11 de diciembre de 2003, párr. 23.3. La decisión de la Sala fue confirmada en apelación (*vid.* sentencia de apelación del Tribunal de Recurso, Proceso 30/04, apdo. IV).

del mismo, en el que se regula el concurso de leyes, recogiendo como criterio a aplicar el principio de especialidad⁸¹. En su lugar prefirió aplicar el artículo 65.1, relativo al concurso real de delitos, que dispone que sólo se aplicará una pena cuando concurren varios actos que den lugar a diferentes crímenes. En consecuencia, la Sala opta por condenar tanto por el crimen contra la humanidad de persecución como por el crimen contra la humanidad de tortura sobre la base de los diferentes elementos materiales de uno y otro, de forma similar a la jurisprudencia predominante de los tribunales penales internacionales *ad hoc*.

(ii) Una conclusión similar (aunque a partir de una concepción algo diferente de persecución) se alcanzó en la sentencia por la que se condena a Florencio Tacaqui⁸² en el asunto *Passabe*, reiterado en la sentencia de instancia en asunto seguido contra Januario da Costa y Mateus Punef⁸³. En la sentencia contra Tacaqui, la Sala afirmó sin ambages que el resto de modalidades criminales constitutivas de crímenes contra la humanidad pueden ser utilizadas como elementos fácticos de la persecución. En tales casos, para poder apreciar un crimen contra la humanidad es además necesario que el crimen contra la humanidad que sirve de elemento constitutivo a la persecución venga acompañado de la intención discriminatoria característica de esta última modalidad criminal; por tanto, dado que la discriminación es la esencia de la persecución, “it must be present in each single episode that is purported to represent a part of the persecution itself”⁸⁴.

Sobre esta base, el Tribunal estimó que cada cargo de la acusación que constituía un crimen contra la humanidad en sí mismo podía además ser un acto persecutorio, para lo cual se revestía con una segunda capa de ilegalidad⁸⁵. Pero pese a que parecía dar por

⁸¹ Conforme al artículo 63.2 del Código Penal de Indonesia: “If for an act that falls under a general penal provision there exists a special penal provision, only the special penal provision shall be considered” (*Penal Code of Indonesia (applicable to Timor-Leste) (last amended 1999)*, 27 February 1952, en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ffbcee24.html> (consultada el 15/1/10).

⁸² TDD-SECG, *Prosecutor v. Florencio Tacaqui*, caso n° 20/CG/TDD/2001, sentencia de instancia, 9 de diciembre de 2004, pp. 48-49.

⁸³ TDD-SECG, *Prosecutor v. Januario da Costa & Mateus Punef*, caso n° 22/CG/TDD/2003, sentencia de instancia, 25 de abril de 2005, pp. 15-16.

⁸⁴ TDD-SECG, *Prosecutor v. Florencio Tacaqui*, caso n° 20/CG/TDD/2001, *cit.*, p. 48.

⁸⁵ “[...] when crimes against humanity are used, like in the present case, as factual elements of persecution, then it appears to be necessary that the single constitutive element, the single crime against humanity is supported by such discriminatory intent. If, as stated, discrimination is the essence of the persecution, it must be present in each single episode that is purported to represent a part of the persecution itself; otherwise the single crime a.h. could be punishable in itself but would be extraneous to the planned persecution. This must be evident in the present case, where each single count, already a crime by itself, is “coated” by the Prosecutor with a second layer of illegality” (*ibid.*, p. 48).

supuesto que la persecución subsumía a los demás crímenes contra la humanidad que le sirvieran de base fáctica, el Tribunal condenó tanto por los actos que se habían alegado como base fáctica de la persecución (apreciando crímenes contra la humanidad de encarcelación o privación de libertad y de otros actos inhumanos) como por un crimen contra la humanidad de persecución por esos mismos hechos⁸⁶, aplicando las limitaciones a la duración de la pena previstas en el Código Penal indonesio (artículo 65) para los supuestos en los que se aprecien varios crímenes conjuntamente, igual que se había hecho en la causa contra Marcelino Soares.

A la vista de este resultado, es innegable que esta sentencia distila una cierta ambigüedad en cuanto a la naturaleza del crimen contra la humanidad de persecución y su relación con otros crímenes contra la humanidad. Por una parte, del planteamiento de la Sala parece deducirse que la persecución sería una modalidad criminal contextual dentro del cual se inscribirían los demás crímenes contra la humanidad, los cuales serían “episodios” de esa persecución y a su vez constituirían el elemento objetivo de la persecución siempre que además se hubieran cometido con un especial ánimo discriminatorio. Pero por otra parte, de la condena se derivaría un tratamiento autónomo de la persecución como un crimen contra la humanidad respecto del resto de modalidades criminales de la categoría, en la medida en que la Sala opta por considerar que uno y otros presentan elementos materiales diferentes y por tanto se ha de condenar cumulativamente por todos ellos.

(iii) Un resultado similar, aunque articulado de una forma diferente desde el punto de vista concursal, es el alcanzado en el asunto *Los Palos*. Joni Marques, Paulo da Costa, Gonsalo dos Santos y Alarico Fernandes fueron declarados culpables, entre otros, de crímenes contra la humanidad de transferencia forzosa de población civil o deportación y de persecución por los mismos hechos, si bien en este caso la condena cumulativa se fundamentó en la existencia de un concurso real de delitos.

Los hechos que dieron lugar a la responsabilidad de los acusados habían consistido en diversos ataques contra la propiedad e incendios de viviendas en el pueblo de Leuro (integrado por las aldeas de Leuro, Carano, Luturala y Soro Cecil), lo que tuvo un doble efecto: por una parte, se produjo una lesión de los derechos fundamentales a la

⁸⁶ En la causa contra Januario da Costa y Mateus Punef el cargo por persecución se desestimó por no haber resultado probado el elemento adicional de discriminación (TDD-SECG, *Prosecutor v. Januario da Costa & Mateus Punef*, caso n° 22/CG/TDD/2003, *cit.*, p. 16).

propiedad y a la vivienda de los aldeanos, y, por otra parte, estos se vieron obligados a abandonar la zona. En consecuencia, la Sala estimó que los diversos actos cometidos por los acusados daban lugar a más de un crimen (crímenes contra la humanidad de persecución y transferencia forzosa de población), pero por la interrelación que existía entre ellos debían ser considerados un único acto continuado⁸⁷, respecto de los cuales sólo se podía imponer una pena (la más grave prevista de entre todos ellos), en virtud del artículo 64.1 del Código Penal indonesio⁸⁸.

Como se puede observar, la resolución de las cuestiones concursales ante las TDD-SECG no siguió pautas nítidas y experimentó variaciones de Sala a Sala. En todo caso, el uso de los distintos métodos siempre fueron orientados al mismo resultado: reflejar en la sentencia que la persecución es una modalidad criminal específica dentro de la categoría de los crímenes contra la humanidad.

A lo largo de los apartados 1.1 y 1.2 se ha podido comprobar que la imprecisión de que adolece el tipo de persecución plantea problemas manifiestos cuando se aprecia en conjunción con los demás crímenes contra la humanidad, especialmente cuando estos constituyen a la vez su base fáctica.

Se viene insistiendo en que el origen de estas dificultades se encontraría en el bien jurídico objeto de protección por el crimen contra la humanidad de persecución: mientras que la naturaleza del bien jurídico que se pretende proteger mediante la tipificación de la persecución presenta un serio inconveniente, cual es su carácter subsidiario respecto de los derechos fundamentales protegidos por los distintos crímenes de la categoría, todas las demás conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad están bien delimitadas para proteger bienes jurídicos específicos, de manera que no hay superposiciones entre unas y otras (por ejemplo, el homicidio intencional constituye un atentado contra el derecho a la vida, frente a las deportaciones o las transferencias forzosas de población, que constituyen un atentado contra la libertad de

⁸⁷ TDD-SECG, *Prosecutor v. Joni Marques et al.*, caso nº 9/CG/TDD/2000, sentencia de instancia, 11 de diciembre de 2001, párr. 1049.

⁸⁸ Artículo 64.1 del Código Penal de Indonesia: "If among more acts, even though each in itself forms a crime or misdemeanour, there is such a relationship that they must be considered as one continued act, only one penal provision shall apply whereby, in case of difference, the most severe penal provision shall be imposed".

movimiento); de hecho, dado que los crímenes contra la humanidad están configurados como crímenes de resultado, se da más relevancia a la lesión contra un específico bien jurídico que a la forma que dicha lesión adopte, como se deduce de la descripción dentro de cada tipo de posibles variaciones en la conducta⁸⁹.

Esa circunstancia provoca su equiparación al conjunto de la categoría, lo que hace innecesaria su incorporación como un crimen específico dentro de la misma y además explica que la naturaleza ambigua de la persecución como modalidad criminal se haga patente cuando corresponde articularla con otros crímenes contra la humanidad, sobre todo si los mismos le sirven de base fáctica, posibilidad ésta muy habitual y abiertamente admitida por la jurisprudencia. Lo que no siempre admiten los tribunales, empero, es que la persecución subsuma tales conductas criminales, poniendo así de manifiesto el carácter contextual propio de la persecución, tal y como se deduce de una aplicación estricta de sus elementos, de acuerdo con la configuración que se considera actualmente vigente. Ante esta evidencia, prima el interés por defender la autonomía de la persecución como crimen contra la humanidad, aunque ello exija recurrir a subterfugios de una corrección técnico-jurídica muy discutible.

Las dificultades que aparecen cuando surge la necesidad de apreciar el crimen contra la humanidad de persecución conjuntamente con otros crímenes contra la humanidad parecen entrar en contradicción con el consenso generalizado sobre el carácter específico y autónomo de la persecución como crimen contra la humanidad, que apunta a la existencia de un cierto acuerdo sobre la concurrencia de algún elemento que la dota de particularidad y que la distingue del resto de conductas criminales recogidas en la categoría. Como se vio en el capítulo anterior, dicha especificidad se hace residir en el especial ánimo discriminatorio que acompaña a los actos persecutorios. La jurisprudencia insiste en este punto, y al respecto ha señalado el TPIY que no es necesario tener un acto separado de naturaleza inhumana para que haya persecución, sino que la discriminación misma hace el acto inhumano⁹⁰. Sin embargo, esta afirmación es un sofisma: si así fuera

⁸⁹ Por ejemplo, es indiferente que la población se haya visto forzada a desplazarse por dentro de las fronteras de un Estado (transferencia forzosa) o hacia fuera de las mismas (deportación), según la distinción hecha por la CDI (*vid.* Comentario al artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, apdo. 13, en: 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). Lo realmente relevante es que con ello se haya coartado su libertad de movimiento sin motivos autorizados por el Derecho internacional (*vid.* artículo 7.2.d) ECPI).

⁹⁰ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso nº IT-94-1-T, *cit.*, párr. 697.

no sería necesaria la exigencia de que se produzca una violación de derechos fundamentales para poder apreciar un crimen contra la humanidad de persecución, pues cualquier acto discriminatorio que se cometiera en el marco de un ataque generalizado o sistemático debería entonces ser considerado criminal⁹¹.

Sin embargo, a la vista de los problemas técnicos que plantea su aplicación como modalidad criminal discriminatoria, se impone cuestionarse la utilidad y la adecuación a tal fin de la actual configuración de la persecución y del modo en que se aplica. Si, como parece deducirse de su ubicación dentro de los crímenes contra la humanidad, con él se pretende castigar la discriminación como una modalidad específica de ataque a la dignidad humana con el mismo nivel de gravedad que los atentados a otros derechos fundamentales, la tipificación vigente no logra este objetivo. Si, por el contrario, se pretende poner de relieve que los ataques contra derechos fundamentales motivados por un ánimo discriminatorio merecen una mayor repulsa por parte de la sociedad internacional, esa voluntad se diluye con la manera en que actualmente se aplica. Consecuentemente, se puede poner en tela de juicio la coherencia de la tipificación de la persecución como una modalidad criminal autónoma de carácter discriminatorio dentro de los crímenes contra la humanidad.

Ante esta tesitura no queda más alternativa que replantearse si la persecución es una vía adecuada para castigar la discriminación punible en Derecho internacional penal, así

⁹¹ A modo de ejemplo, dentro de un ataque sistemático o generalizado dirigido contra una población civil y al que subyaciera una política organizada, una eventual prohibición del acceso al empleo de todas las personas pertenecientes a un determinado grupo religioso dentro de un Estado debería ser considerada, sobre esta base, un crimen contra la humanidad. Ciertamente, esta situación es potencialmente constitutiva de violaciones de derechos humanos (por ejemplo, del artículo 26 PIDCP, sobre el derecho a la igualdad, o del artículo 6 PIDESC, sobre el derecho a trabajar), e igualmente podría acarrear el incumplimiento de obligaciones internacionales relativas a derechos socio-laborales fundamentales (como pueden ser las derivadas del Convenio n° 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación), pero llegar a considerarla una conducta típica no parece coherente con el principio de intervención mínima del ordenamiento penal, pues *strictu sensu* no supone una violación de derechos fundamentales (aunque los efectos de esa prohibición si puedan ponerlos en riesgo).

Pero aunque choque contra la lógica penal, lo cierto es que ese es el criterio que aplican los tribunales penales internacionales, y, paradójicamente, no caben dudas de que un supuesto como el sugerido podría constituir un acto persecutorio, y así lo ha reconocido la jurisprudencia internacional (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. 248; *vid.* también ICTY, *Prosecutor v. Mladić*, caso n° IT-95-5/18-I, acta de acusación enmendada, 10 de octubre de 2002, párr. 37, apdo. 1, ii), y *Prosecutor v. Karadžić*, caso n° IT-95-5/18-PT, tercera acta de acusación enmendada, 27 de febrero de 2009, párr. 60, apdo. k). Sin embargo, al tomar como punto de partida el planteamiento señalado, el Tribunal se ve forzado a desarrollar una compleja argumentación relativa a la gravedad de aquellas conductas que no son en sí mismas atentatorias contra derechos fundamentales para poder justificar la consideración de esta conducta y otras similares como persecutorias.

como si sería viable una reelaboración del crimen contra la humanidad de persecución para intentar dotarlo de un contenido verdaderamente autónomo. Con este fin se explorarán en las próximas páginas diferentes alternativas a la configuración actual de esta conducta criminal.

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

Las inconsistencias que se aprecian en la aplicación de la persecución como crimen contra la humanidad ponen de manifiesto la incertidumbre sobre su naturaleza jurídica. Mientras que unas veces se aplica como un tipo autónomo, distinto y de la misma gravedad que los demás crímenes contra la humanidad, en otras ocasiones se diría que los tribunales lo conciben como una categoría criminal que puede abarcar diversos tipos o, cuando menos, como una modalidad agravada de crimen contra la humanidad.

El decantarse por una interpretación u otra vendrá en buena medida determinado por la concepción que se tenga de la persecución como modalidad criminal discriminatoria: si se entiende que protege el derecho a la igualdad, la persecución como modalidad criminal se posicionará al mismo nivel que los demás crímenes contra la humanidad; si se entiende que protege el disfrute no discriminatorio de derechos fundamentales, la persecución englobará el resto de modalidades criminales dentro de la categoría y adicionará un componente de mayor gravedad, cual es el ánimo discriminatorio.

Esta dualidad es indiciaria de potenciales deficiencias en la configuración de la persecución como crimen discriminatorio. Cómo se han de construir los crímenes de estas características es una cuestión que no se puede resolver recurriendo al Derecho internacional penal, donde el único modelo para la comparación es el crimen de genocidio. De ahí que en este trabajo se opte por recurrir a los ordenamientos jurídicos internos para identificar la estructura que esta clase de crímenes presenta

habitualmente en los principales sistemas penales y, en general, el tratamiento que otorgan a la discriminación punible⁹².

Una vez determinada cuál es la configuración habitual de los delitos discriminatorios en los ordenamientos jurídicos internos, se procederá a evaluar la tipificación internacional de la persecución en función de los criterios resultantes. Así pues, con el fin de justificar la necesidad de una reelaboración de la persecución como modalidad criminal, se recopilarán los principales defectos de configuración que se han ido apreciando a lo largo de este trabajo y que se hallan vinculados a su caracterización como crimen contra la humanidad discriminatorio. Ello permitirá comprobar si sus elementos satisfacen las exigencias estructurales de las diferentes modalidades de crimen discriminatorio, como sí ocurre en el caso del crimen de genocidio, con el que se comparará para apreciar las diferencias que la persecución presenta con ese crimen, que se ajusta mejor al modelo de crimen discriminatorio previsto en los ordenamientos penales nacionales.

No obstante, estas imperfecciones no implican que la discriminación no pueda ser objeto de tratamiento internacional penal. Antes al contrario, esa posibilidad existe, como lo prueba la aplicabilidad del crimen de genocidio. Sólo restará entonces reajustar el ordenamiento internacional penal a los modelos seguidos por los ordenamientos internos para responder a la discriminación punible y ver cómo ello incide sobre la tipificación de la persecución.

Para concretar estos puntos, a continuación se describirá el tratamiento de la discriminación punible en los ordenamientos jurídicos internos y su operatividad en el Derecho internacional penal (§ 2.1), para sugerir ulteriormente posibles alternativas a la punición internacional de la discriminación basadas en la actual configuración del crimen contra la humanidad de persecución (§ 2.2).

⁹² Además de la información proporcionada en los trabajos de Derecho comparado que se citan a lo largo de este capítulo, se han consultado diferentes bases de datos *on-line* de legislación penal, entre las que se pueden citar el sitio *Derecho Penal* de la Universidad de Friburgo (<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/>), la base de datos de fuentes de Derecho Penal del Buffalo Criminal Law Center (<http://wings.buffalo.edu/law/bclc/resource.htm>) y la de Códigos Penales, así como el apartado "Hate Crimes", del sitio <http://www.legislationline.org>. Todos estos sitios fueron consultados por última vez el 15/1/10.

2.1. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DISCRIMINACIÓN PUNIBLE EN LOS ORDENAMIENTOS PENALES INTERNOS COMO PARADIGMA POTENCIALMENTE EXTENSIBLE AL DERECHO INTERNACIONAL PENAL.

Los ordenamientos jurídicos estatales ofrecen ejemplos diversos de respuestas penales frente a comportamientos discriminatorios. No obstante, un somero estudio del tratamiento que esta cuestión recibe en los principales sistemas penales permite observar ciertos patrones comunes de configuración que pueden servir de modelo para diseñar la reacción del Derecho internacional penal ante conductas discriminatorias particularmente graves. De hecho, el ordenamiento jurídico internacional ya utiliza en cierta medida las pautas seguidas en este ámbito por los ordenamientos penales internos, aunque en ocasiones se pueden apreciar ciertas deficiencias en la configuración de las respuestas internacionales penales frente a la discriminación punible, que son particularmente evidentes en el caso de la persecución.

Estas cuestiones se tratarán a continuación, comenzando por identificar las distintas formas en que los ordenamientos penales internos responden ante las discriminaciones punibles (§ A) para, seguidamente, valorar la aplicabilidad de estas respuestas en el ordenamiento jurídico internacional (§ B) y en qué medida la actual configuración de la persecución como crimen contra la humanidad se ajusta a ellas (§ C).

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

Con carácter general, la punibilidad de la discriminación se construye en los ordenamientos penales a partir de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. De acuerdo con BERNAL DEL CASTILLO, el elemento objetivo supone “una situación de diferenciación de trato que consista en la negación de derechos o en ataques a bienes jurídicos personales reconocidos por el Ordenamiento y, por lo tanto, exigibles por sus titulares o por sus beneficiarios”, mientras que el subjetivo se traduce en la concurrencia de una intención discriminatoria, lo que implica que “la persona que actúa impidiendo, negando o infringiendo un derecho, lo haga por alguno de los motivos ilegítimos previstos en las normas legales”⁹³. Esta dimensión subjetiva permitiría apreciar un elemento discriminatorio en cualquier infracción, mientras que la dimensión objetiva es

⁹³ BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal*, Granada: Comares, 1998, p. 31.

privativa de los delitos discriminatorios en sentido estricto. Por tanto, estos últimos consisten en comportamientos que se castigan penalmente precisamente por su carácter discriminatorio pero que, en ausencia de éste, no constituirían una conducta delictiva⁹⁴.

(i) A partir de un estudio de Derecho comparado entre distintos *ordenamientos jurídicos de tradición continental*⁹⁵, POLITOFF ha clasificado los delitos que castigan la discriminación en función del grado de intensidad del atentado discriminatorio, lo que da lugar a distintas respuestas penales. Así, distingue entre:

- **atentados contra la vida, la integridad física y la salud y de otros bienes personales por motivos discriminatorios**, que dan lugar al tipo de genocidio, como forma extrema, y a la apreciación de la circunstancia agravante de discriminación en los delitos comunes, y
- **delitos discriminatorios en sentido estricto**, que constituyen tipos penales específicos⁹⁶, entre los que se incluye la incitación al odio y a la hostilidad discriminatoria⁹⁷, las injurias discriminatorias en contra de grupos de personas⁹⁸, las acciones de discriminación en servicios públicos, la denegación de prestaciones por motivos discriminatorios, o la asociación ilícita con fines discriminatorios⁹⁹. Como se puede observar, en este último grupo se incluyen conductas cuyo carácter

⁹⁴ No en vano el Código Penal español incluye estos delitos en su Capítulo IV, referido a los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, y más concretamente dentro de la Sección 1ª, intitulada “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”. Es decir, los delitos propiamente discriminatorios consisten en privar de determinados derechos a determinadas personas con el fin de discriminarlas.

⁹⁵ En el estudio se incluyen referencias a las legislaciones holandesa, española, alemana, francesa, suiza, austríaca, uruguaya, brasileña, portuguesa y chilena (POLITOFF, S., “Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho penal comparado. (A la luz del Proyecto de Ley sobre Discriminación Racial y Étnica (Boletín N° 2142-17))”, *Ius et praxis*, vol. 5 (2), 1999, pp. 194-210).

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 196-205.

⁹⁷ La inclusión de delitos de provocación al odio y a la discriminación, o de provocación a la violencia discriminatoria resultan problemáticos básicamente porque suponen adelantar excesivamente las barreras penales de protección, además de que son demasiado difusos para garantizar la seguridad jurídica (*vid.* GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Valencia: Grupo de Estudios de Política Criminal/Tirant lo Blanch, DL 1998, p. 34; BORJA JIMÉNEZ, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa Occidental: la respuesta del Derecho penal*, Granada: Comares, 1999, pp. 288-306).

⁹⁸ Las injurias discriminatorias son igualmente criticables, pues suponen otorgar una tutela penal mayor al derecho al honor y no “a otros supuestos vinculados con bienes jurídicos tanto o más esenciales que éste –como la vida o la integridad–” (GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas...*, *cit.*, p. 36).

⁹⁹ También en este caso se plantea la necesidad de articular la punición de la discriminación por vía penal con el disfrute del derecho de asociación.

delictivo reside precisamente en que se llevan a cabo de forma discriminatoria, puesto que, de no ser así, serían comportamientos perfectamente lícitos. Por consiguiente, *es la discriminación la que convierte el acto en delictivo*.

(ii) En los *sistemas jurídicos anglosajones* (y más en particular el estadounidense¹⁰⁰) la discriminación suele castigarse a través de una categoría criminal no exenta de ambigüedad en la definición¹⁰¹: los llamados *crímenes de odio* o *crímenes de prejuicio* (“*hate crimes*” o “*bias crimes*”), expresión que hace referencia a conductas criminales motivadas por prejuicios¹⁰². Los crímenes de odio se caracterizan por tener en cuenta el motivo para definir el crimen¹⁰³, dándole más relevancia que a la conducta criminal¹⁰⁴, con el fin de “*recriminalize or enhance the punishment of an ordinary crime when the criminal’s motive manifests a legislatively designated prejudice*”¹⁰⁵.

Bajo la denominación *crímenes de odio* pueden encontrarse tres grupos diferentes de tipos penales¹⁰⁶:

- aquellos en los que la conducta no sería criminal de no concurrir motivos discriminatorios,
- aquellos en los que una conducta, que se considera **ilegal pero no criminal per se**, se tipifica como **criminal por concurrir motivos discriminatorios** en su comisión¹⁰⁷, y

¹⁰⁰ El término no está recogido en la legislación del Reino Unido, aunque sí es utilizado por la doctrina (vid. HARE, I., “Legislating Against Hate – The Legal Response to Bias Crimes”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 17 (3), 1997, pp. 415-416).

¹⁰¹ JACOBS y POTTER identifican cuatro aspectos que plantean problemas a la hora de concretar la definición: (i) qué se entiende por *prejuicio*, (ii) qué prejuicios cumplen los requisitos para ser incluidos entre los crímenes de odio, (iii) qué crímenes, atribuibles al prejuicio, se convierten en crímenes de odio, y (iv) cuál debe ser la intensidad de la conexión entre el prejuicio del sujeto activo y su conducta criminal (JACOBS, J. B. & POTTER, K., *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, New York: Oxford University Press, 1998, p. 11).

¹⁰² *Ibid.*, p. 11.

¹⁰³ JACOBS, J. B. & POTTER, K., “Hate Crimes”, *Crime & Justice*, vol. 22, 1997, p. 2; ROBINSON, P. H., “Hate crimes: crimes of motive, character, or group terror?”, *Annual Survey of American Law*, vol. 4, 1992/1993, p. 605.

¹⁰⁴ JACOBS, J. B. & POTTER, K., *Hate...*, *cit.*, p. 27.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 6.

¹⁰⁶ GREENE, D., “Hate Crimes”, *University of Miami Law Review*, vol. 48 (4), 1993/94, p. 907.

¹⁰⁷ JACOBS, J. B. & POTTER, K., *Hate...*, *cit.*, p. 33.

– aquellos **crímenes ya tipificados** como tales para los que se prevé una **pena mayor** si se cometen por causa de alguno de los motivos discriminatorios legalmente establecidos¹⁰⁸.

Alternativamente, también existe la posibilidad de no tipificar nuevos crímenes y en su lugar castigar la discriminación previendo un **incremento de la pena** en el momento de su determinación¹⁰⁹.

Por consiguiente, también en los sistemas de *common law* se articulan dos formas de respuesta penal frente a la discriminación¹¹⁰:

- el **incremento de la pena** prevista para los delitos comunes (bien sea apreciando una agravante, bien creando un nuevo tipo que regula la misma conducta que otro delito ya existente pero estableciendo una pena mayor)¹¹¹, y
- la tipificación de **delitos específicos** (que convierten en criminales comportamientos que no lo serían de no concurrir discriminación).

La doctrina ha puesto de manifiesto diversos problemas que la aplicación de los

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Vid.* por ejemplo, la legislación federal estadounidense (*vid.* U.S. Code, Title 18: *Criminal Code*, Chapter 13: *Civil Rights*, § 245: “Federally protected activities” (2000), en: <http://uscode.house.gov/download/pls/18C13.txt>, consultado el 15/01/10; TANANBAUM, A., “Remarks at the Esq. Symposium *Hate-Crimes Legislation: Local, State and Federal Perspectives*”, *Seton Hall Legislative Journal*, vol. 24 (2), 2000, pp. 387-388; JACOBS, J. B. & POTTER, K., *Hate...*, *cit.*, p. 29).

¹¹⁰ GAUMER, C. P., “Punishment for Prejudice: A Commentary on the Constitutionality of State Statutory Responses to the Problem of Hate Crimes”, *SDLR*, vol. 39 (1), 1994, pp. 2-3; BROOKS, T. D., “First Amendment – Penalty Enhancement for Hate Crimes: Content Regulation, Questionable State Interest and Non-Traditional Sentencing. *Wisconsin v. Mitchell*, 113 S. Ct. 2194 (1993)”, *JCLC*, vol. 84 (4), 1993-1994, p. 705; MCCLINTOCK, M., *Everyday Fears. A Survey of Violent Hate Crimes in Europe and North America*, New York/Washington: Human Rights First, 2005, p. 29. En ambos casos habrá que probar que se ha cometido el delito de que se trate y que la víctima fue elegida en función de su pertenencia a un grupo determinado (HARE, I., “Legislating...”, *cit.*, p. 416).

¹¹¹ BROOKS clasifica las disposiciones legales utilizadas para aumentar la pena en los crímenes de odio en: (i) las disposiciones “puras”, puesto que prevén “extra punishment if the defendant commits *any* crime in whole or in part because the victim belongs to an enumerated group”; (ii) las que se limitan a algunos delitos (“these statutes provide the same stiffer punishments or increases in degree of the underlying offense as «pure» enhancers, but they are not triggered by all crimes”); (iii) las concurrentes con otras disposiciones penales (es decir, estas disposiciones “cover actions that might also be prosecuted under other statutes; the only thing preventing a defendant from facing a stricter penalty under the bias statute appears to be the prosecutor’s decision to proceed under one offense or the other, or both”); (iv) las que establecen una circunstancia agravante (BROOKS, T. D., “First...”, *cit.*, pp. 706-707). Sobre el incremento de la pena en los crímenes de odio, *vid.* AINSWORTH, K. N., “Targeting Conduct: A Constitutional Method of Penalizing Hate Crimes”, *Fordham Urban Law Journal*, vol. 20 (3), 1992-1993, pp. 669-697.

crímenes de odio plantea¹¹². Para empezar, es discutible que el motivo sea el criterio más adecuado para definir las lesiones que los crímenes de odio pretenden castigar. ROBINSON indica a este respecto que utilizar la motivación del sujeto activo como una característica definitoria del crimen plantea especiales dificultades de aplicación, por lo que sería preferible evitar la motivación de odio “as an offense or grading element, in favor of more objective factors present in such offenses”¹¹³. En su lugar, este autor sugiere “the criminalization of conduct that is intended to cause (or risk) intimidation or terror of an identifiable group”¹¹⁴. De hecho, el efecto intimidador de todo el grupo que resulta de causar una lesión a un miembro del mismo es una de las justificaciones centrales para castigar con más dureza los crímenes cometidos por motivos discriminatorios, ya que de ello se derivaría un daño mayor para el orden público y el conjunto de la sociedad del que el crimen causaría si no concurriera ese ánimo¹¹⁵.

Además, se resaltan las contradicciones que surgen respecto de la operatividad de los motivos legalmente establecidos (en particular las limitaciones a la posibilidad de apreciar los crímenes de odio no sólo cuando estos se cometen por miembros del grupo mayoritario contra miembros de la minoría, sino también al revés o entre miembros de minorías)¹¹⁶ y las divergencias entre las listas de motivos punibles¹¹⁷, que no parecen

¹¹² De hecho, BANTON estima que la vía civil puede ser más efectiva para remediar el perjuicio causado a las víctimas de discriminación (BANTON, M., *Discrimination*, Buckingham – Philadelphia: Open University Press, 1994, p. 56).

¹¹³ ROBINSON, P. H., “Hate crimes...”, *cit.*, p. 605; *cf.* HARE, I., “Legislating...”, *cit.*, p. 433. Otros autores critican que el motivo sea considerado un elemento del crimen, contraviniendo los principios tradicionales del *common law* penal, para el que lo relevante es la inadecuación de la conducta del sujeto activo a la norma, y no los motivos que la guían (*vid.* GAUMER, C. P., “Punishment...”, *cit.*, pp. 12, 13 y 41). En sentido contrario *cf.* WARD, R. V., Jr., “Hate Crimes”, *Gonzaga Law Review*, vol. 32 (3), 1996/97, pp. 515-516.

¹¹⁴ ROBINSON, P. H., “Hate crimes...”, *cit.*, p. 605.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 614; CROCKER, L., “Hate Crimes Statutes: Just? Constitutional? Wise?”, *Annual Survey of American Law*, n.º. 4, 1992/93, pp. 486-487 (aunque critica esa percepción retributivista); HARE, I., “Legislating...”, *cit.*, p. 417; AINSWORTH, K. N., “Targeting...”, *cit.*, p. 670; WARD, R. V., Jr., “Hate...”, *cit.*, p. 515 (afirmando que los crímenes de odio producen un triple daño: a la víctima, a la comunidad a la que pertenece y al conjunto de la sociedad). *Vid.* un planteamiento similar en GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas...*, *cit.*, p. 31, párr. 1.

¹¹⁶ HARE, I., “Legislating...”, *cit.*, p. 419.

¹¹⁷ En las diversas legislaciones estadounidenses que tipifican crímenes de odio se incluyen siempre la raza, el color, la religión y el origen nacional, pero pocas incluyen el género o la orientación sexual; muy ocasionalmente se castiga específicamente la discriminación contra los indios americanos, los inmigrantes, las personas con discapacidades físicas o mentales, los sindicalistas o quienes no son miembros de un sindicato, los antiabortistas y los proabortistas, los objetores al servicio militar o los defensores de derechos civiles (la normativa de los diferentes Estados en materia de crímenes de odio está disponible en: http://www.partnersagainsthate.org/hate_response_database/laws.html (consultada el 15/1/10); asimismo, *vid.* el cuadro comparativo de las disposiciones de los crímenes de odio en EUA en: http://www.adl.org/99hatecrime/state_hate_crime_laws.pdf, consultada el 15/1/10). La legislación del

atender a un criterio objetivo para determinar por qué unos grupos deben ser protegidos y otros no, lo que puede conducir a que determinados grupos vulnerables queden sin la especial protección que se proporciona a otros¹¹⁸.

La tipificación de estos comportamientos atiende fundamentalmente a una voluntad de garantizar el orden social a través de la protección de determinados grupos, habilitando una respuesta a los ataques que sufran, a la vez que se previenen futuras agresiones. Ahora bien, a la vista de los resultados obtenidos, reflejados en diversos estudios empíricos, algunos autores cuestionan que el establecimiento de una legislación específica en la materia y el endurecimiento de las penas tengan una verdadera utilidad práctica a efectos de prevención y disuasión¹¹⁹. En todo caso, la valoración de tales

Distrito de Columbia, la más amplia, castiga también, entre otros, la discriminación por razón de la apariencia personal, las responsabilidades familiares o el estado civil (D.C. Code § 22-4001, definiendo el "bias related crime" como "designated act that demonstrates an accused's prejudice based on the actual or perceived race, color, religion, national origin, sex, age, marital status, personal appearance, sexual orientation, family responsibility, physical handicap, matriculation, or political affiliation of a victim of the subject designated act"). Sobre estos extremos, *vid.* JACOBS, J. B. & POTTER, K., "Hate Crimes...", *cit.*, p. 3; también PARKER, R., "Remarks of Robin Parker, Esq. Symposium *Hate-Crimes Legislation: Local, State and Federal Perspectives*", *Seton Hall Legislative Journal*, vol. 24 (2), 2000, pp. 393-394.

¹¹⁸ JACOBS, J. B. & POTTER, K., *Hate...*, *cit.*, pp. 16-21; BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación...*, *cit.*, p. 40; FLETCHER, G. P., *Gramática del Derecho penal* (trad. de F. Muñoz Conde), Buenos Aires: Hammurabi, 2008, pp. 441-442.

HARE contraargumenta: "The main reason for the enhanced penalty is that bias crimes are particularly despicable because the perpetrator is actuated by a form of hatred for the victimized group, a widespread and growing phenomenon with detrimental effects on the whole of society" (HARE, I., "Legislating...", *cit.*, p. 433). En el caso de ciertos grupos, como los discapacitados o los ancianos, HARE considera que su elección como víctimas no se debe a un especial odio contra ellos, sino a su mayor vulnerabilidad (*ibid.*). Sin embargo, este argumento no sería extrapolable al crimen contra la humanidad de persecución tal y como está configurado en la actualidad, en la medida en que expresamente tipifica la discriminación por motivos de género y abre las puertas a la punición de otras formas de discriminación, entre las que podrían llegar a incluirse la discapacidad o la edad o situaciones de especial vulnerabilidad. No obstante, HARE opina que "it is of fundamental importance that any law on hate crimes should address the problem of bias motivation in all its manifestations if such a law is to avoid allegations of partiality to the interests of certain groups" (*ibid.*, p. 436). Por el contrario, JACOBS y POTTER entienden que: "Hate crime laws only make sense if certain bigoted offenders are condemned more forcefully and punished more severely than offenders who commit the same crimes but for nonprejudiced reasons. It is the *exclusion* that gives these laws their symbolic power and meaning" (JACOBS, J. B. & POTTER, K., *Hate...*, *cit.*, p. 133).

¹¹⁹ GREENE, D., "Hate Crimes", *University of Miami Law Review*, vol. 48, 1993-1994, p. 908; HARE, I., "Legislating...", *cit.*, pp. 420-421; GAUMER, C. P., "Punishment...", *cit.*, pp. 42-44.

De todas formas, es cuestionable que la finalidad última de la imposición de una pena por la comisión de un crimen de Derecho internacional sea precisamente la prevención. El TPIY ha señalado al respecto que el castigo en este ámbito tiene un triple propósito: la retribución, la disuasión y la rehabilitación, precisando que la idea de retribución implica que "whatever sentence is imposed on a convicted person amounts to an expression of condemnation by the international community at the horrific nature of the crimes committed, and must therefore be proportionate to his specific conduct" (ICTY, *Prosecutor v. Bralo*, caso n° IT-95-17-S, sentencia condenatoria, 7 de diciembre de 2005, párr. 22; *Prosecutor v. Momir Nikolić*, caso n° IT-02-60/1-S, sentencia condenatoria, 2 de diciembre de 2003, párr. 85; *vid.* también *Prosecutor v. Aleksovski*, caso n° IT-95-14/1-A, sentencia de apelación, 24 de marzo de 2000, párr. 185). Este parece ser el fin principal, puesto que el Tribunal ha sostenido que, aun

resultados es una tarea que queda fuera del objeto de este estudio, pues trasciende el ámbito de lo penal para entrar en lo criminológico y por tanto nada aporta al estudio de Derecho y técnica jurídica comparados que aquí interesa.

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

Una vez identificadas las técnicas seguidas por los ordenamientos jurídicos internos para responder frente a la discriminación desde el Derecho penal, procede detenerse a evaluar su aplicabilidad en el ordenamiento internacional penal. Así, tomando como modelo para la tipificación de los comportamientos discriminatorios la doble respuesta que los sistemas penales estatales establecen frente a tales conductas, el Derecho internacional penal debería castigar la discriminación bien previendo una **pena mayor** cuando concorra un ánimo discriminatorio en la comisión de un crimen, bien mediante el **establecimiento de tipos específicos**¹²⁰.

Ambas opciones se manejan ya en el ordenamiento penal internacional:

(i) Respecto del **incremento de la pena** en el caso de crímenes cometidos por motivos discriminatorios, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI establecen expresamente que los motivos discriminatorios pueden ser considerados una *circunstancia agravante* de la pena. Así está previsto en el apartado 2.b.v) de la Regla 145, relativa a la imposición de la pena, conforme al cual la CPI tendrá en cuenta como circunstancia agravante que “el crimen se haya cometido por cualquier motivo que

siendo propósitos legítimos del castigo, ni la disuasión ni la rehabilitación deben recibir un peso indebido en la determinación de la sentencia (*vid.* ICTY, *Prosecutor v. Bralo*, *ibid.*; *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-A, sentencia de apelación, párr. 48; *Prosecutor v. Mucić et al.*, caso n° IT-96-21-A, *cit.*, párr. 806; *cfr.*, HASSAN, F., “The Theoretical Basis of Punishment in International Criminal Law”, *Case W. Res. JIL*, vol. 15 (1), 1983, pp. 51-60, quien estimando que el fin del castigo en Derecho internacional penal es en buena medida retributivo, pero sobre todo disuasorio).

¹²⁰ Un extenso estudio comparado de las legislaciones europeas y norteamericanas sobre crímenes de odio se encuentra en MCCLINTOCK, M., *Everyday...*, *cit.*, pp. 35-87. Según el informe, en el año 2005 la discriminación se castigaba en tipos penales específicos en los Códigos Penales de: Andorra, Armenia, Austria, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Canadá, Eslovaquia, España, EUA, Federación Rusa, Grecia, Hungría, Irlanda, Kirguzistán, Letonia, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Suiza, Turquía y Ucrania, mientras que se apreciaba como agravante o provocaba un incremento de la pena en: Alemania –interpretación jurisprudencial-, Andorra –interpretación jurisprudencial-, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Canadá, Croacia, Dinamarca –interpretación jurisprudencial-, España, EUA, Federación Rusa, Finlandia, Francia, Georgia (en relación con el asesinato, lesiones graves y tortura), Italia, Liechtenstein, Moldova, Noruega (respecto de daños físicos, vandalismo y delitos contra la libertad personal), Portugal (respecto del homicidio y las lesiones), República Checa, Reino Unido, Suecia y Suiza.

entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21”, es decir, por motivos de género (en los términos del artículo 7.3 ECPI), edad, raza, color, idioma, religión o credo, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento u otra condición¹²¹.

Asimismo, la práctica demuestra que los órganos judiciales penales internacionales toman en consideración esas motivaciones a la hora de fijar la pena, operando como una circunstancia agravante. De esa manera, cuando resulta probado que el ánimo discriminatorio subyace a la comisión de un crimen que no incorpora específicamente ese elemento, puede imponerse una pena mayor de la que se establecería si tal ánimo no concurriera¹²².

(ii) Junto a esta posibilidad, existen además dos crímenes de Derecho internacional específicos en los que **la discriminación es un elemento del tipo**: la persecución y el genocidio¹²³. No obstante, sus ámbitos de aplicación son diferentes. El genocidio será apreciado en aquellos supuestos en los que las conductas incriminadas se cometan con la específica intención de destruir total o parcialmente a un grupo con identidad propia. En la persecución, por el contrario, no se requiere ese ánimo de destruir, sino sólo de discriminar. Además, al tratarse de un crimen contra la humanidad, en su comisión deberán concurrir los requisitos establecidos con carácter general para el conjunto de la categoría.

¹²¹ El artículo 21 ECPI, relativo al derecho aplicable, dispone en su apartado 3 que “la aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”.

¹²² Sobre la circunstancia agravante de discriminación, véase lo expuesto al abordar los motivos discriminatorios *supra* Capítulo III, apartado 3.2.B.

¹²³ A estos dos se podrían además añadir los comportamientos que orientados a cometer el crimen contra la humanidad de *apartheid*, pues los mismos son inherentemente racistas. No obstante, se ha optado por no incluirlos en la medida en que es controvertido que conforme al Derecho internacional consuetudinaria el *apartheid* como tal sea un crimen de Derecho internacional, sino que más bien se trataría de un contexto en el que se favorece la comisión de crímenes de Derecho internacional –crímenes contra la humanidad (incluida la “persecución de las organizaciones y personas que se oponen al *apartheid* privándolas de derechos y libertades fundamentales”, de acuerdo con el artículo II.f) de la Convención sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*) y genocidio (artículo II.b)- (*vid. supra* Capítulo II, apartado 2.1.B). De hecho, el dolo especial exigido en el ECPI para el *apartheid* como crimen contra la humanidad se refiere a la intención de mantener el “régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales” que sirve de contexto a la realización de los actos de *apartheid* (*vid.* CPI, Doc. ICC-ASP/1/3, *Parte II.B: Elementos de los Crímenes*, 9 de septiembre de 2002, “Artículo 7 1) j). Crimen de lesa humanidad de *apartheid*”, p. 127; BOOYSEN, H., “Convention on the crime of *Apartheid*”, *South Af. YIL*, vol. 2, 1976, pp. 57-58).

Respecto de esta segunda alternativa, nótese que la configuración de los crímenes de Derecho internacional de carácter discriminatorio es distinta en los ordenamientos jurídicos internos y en el ordenamiento jurídico internacional. Así, al incorporarse al Derecho penal interno, estos crímenes pasan a estar configurados no como delitos específicos, sino como *modalidades agravadas* -por razón de su carácter discriminatorio- de delitos comunes. En efecto, los ordenamientos jurídicos nacionales suelen tipificar también como delitos comunes los específicos actos incriminados en estos tipos internacionales, lo que obliga a comprobar en primer lugar si se dan los requisitos necesarios para castigarlos conforme a su caracterización internacional o si, en el caso contrario, deberán ser abordados como delitos comunes. En el genocidio, por ejemplo, la intención discriminatoria forma parte de la intención de destruir a un grupo determinado, de manera que, en principio, los actos que se cometen para lograr ese resultado (atentados contra la vida, contra la integridad física,...) no se castigarían de forma autónoma¹²⁴; por el contrario, si no resultara probado el especial ánimo genocida, entonces esos actos serían constitutivos de un delito de homicidio, de lesiones u otros¹²⁵. Es decir, primero se verificará que concurre el elemento discriminatorio propio del genocidio, y, de no ser así, se deberá continuar evaluando los hechos para ver si constituyen delitos comunes.

En el ámbito internacional, empero, los crímenes de Derecho internacional son en sí mismos *delitos primarios* en el Derecho internacional penal. Como ya se avanzaba, los tipos discriminatorios constituyen entonces *delitos específicos* que convierten en criminales comportamientos que no lo serían de no concurrir discriminación. Esta premisa se verifica fácilmente en el caso del crimen de genocidio: el asesinato de una persona, por ejemplo, no puede calificarse de genocida si no se comete con la intención especial de destruir al grupo al que pertenece. Si falta esta intención, en principio sólo se podrá apreciar la comisión de una privación del derecho a la vida, que como mucho constituirá una violación de derechos humanos, pero no generará responsabilidad internacional penal para su autor, a no ser que se pueda probar la concurrencia de los elementos de las cláusulas generales de otras categorías de crímenes de Derecho internacional. Por ejemplo, ante dicho supuesto de atentado contra la vida cometido sin ánimo genocida, un tribunal penal internacional sólo podría castigarlo si ese acto se

¹²⁴ *Ibid.*, pp. 137-138.

¹²⁵ POLITOFF, S., "Informe...", *cit.*, p. 197.

hubiera cometido como parte de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil sobre la base de una política discriminatoria -es decir, si constituyera un crimen contra la humanidad-, o si constituyera un crimen de guerra por cometerse en el marco de un conflicto armado contra una persona protegida.

Este planteamiento general se antoja sin embargo problemático en el caso del crimen contra la humanidad de persecución como crimen discriminatorio, pues no es cierto que con la tipificación de la persecución se hagn punibles comportamientos que no lo serían si no concurriera en su comisión un ánimo discriminatorio. Las privaciones de derechos fundamentales -el comportamiento punible en la persecución- que se puedan producir en el marco de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, subyaciendo al mismo una política organizada, están ya tipificadas como modalidades de crímenes contra la humanidad, de tal manera que su comisión genera responsabilidad penal aunque no medie ánimo discriminatorio.

Así pues, aunque se pretenda presentar la persecución como una modalidad criminal específicamente orientada a la punición de la discriminación, en realidad el tipo se limita a aportar un mayor desvalor a conductas ya tipificadas cuando éstas se cometen por motivos discriminatorios. Por tanto, más bien parecería que la utilidad de la persecución sería la de incrementar la pena en aquellos casos en los que el sujeto activo hubiera actuado movido por un ánimo discriminatorio. Ahora bien, esta constatación entraría en contradicción con la voluntad de los Estados de considerar los comportamientos persecutorios igual de graves que los atentados a otros derechos fundamentales, tal y como se deduce del tratamiento que el ordenamiento penal internacional da actualmente a la persecución y de su conservación como una modalidad criminal más dentro de la categoría de los crímenes contra la humanidad.

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

La divergencia entre la presunta naturaleza de la persecución como un crimen discriminatorio específico -tal y como sostienen los Estados y la jurisprudencia internacional- y su alcance como tipo agravado por razones discriminatorias sólo se explica por la deficiente configuración de la persecución como modalidad criminal discriminatoria: mientras que, por un lado, se ha de descartar que con la tipificación de este crimen los Estados busquen un incremento de la pena respecto de la que

correspondería al resto de crímenes contra la humanidad (no se trataría, por tanto, de un crimen agravado, sino de un crimen simple), su configuración actual, por otro lado, permite asimismo cuestionar que constituya un crimen discriminatorio en sentido estricto, puesto que carece de los elementos necesarios para que así sea.

Un crimen discriminatorio que se crea *ex novo* supone la incriminación de una conducta que hasta ese momento o no se consideraba contraria a Derecho o era ilegal pero no estaba castigada penalmente; por el contrario, si el acto ya es objeto de sanción penal, la respuesta que se da habitualmente en los ordenamientos penales es la de establecer por alguna vía (mediante otro tipo penal agravado o mediante una circunstancia agravante) una pena mayor de la prevista para el delito primario. Sin embargo, la tipificación de la persecución como crimen contra la humanidad falla en este punto, pues –al margen del elemento discriminatorio- la conducta que prohíbe ya es objeto de incriminación en otras normas penales internacionales, como son los demás crímenes contra la humanidad. De ahí que sea problemático aplicar el crimen contra la humanidad de persecución como una modalidad criminal al mismo nivel de gravedad que el resto de conductas de la categoría, ya que la forma en que está construida no es coherente con semejante concepción de la persecución como conducta criminal.

A la inversa, su configuración como un crimen contra la humanidad autónomo y al mismo nivel de gravedad que el resto de los crímenes de la categoría no encuentra correspondencia en la práctica. En efecto, como se argumentaba al principio de este capítulo, la práctica jurisprudencial pone de manifiesto la existencia principalmente de dos tendencias a la hora de articular la apreciación concurrente de un crimen contra la humanidad de persecución y otros crímenes contra la humanidad por los mismos hechos:

(i) En el caso de la jurisprudencia del TPIY¹²⁶, lo normal es que el crimen contra la humanidad de persecución se utilice como si se tratara de un crimen discriminatorio en sentido estricto, y por tanto como un crimen simple, al mismo nivel de gravedad que el resto de los crímenes contra la humanidad. El resultado en la práctica, sin embargo, es que el crimen contra la humanidad de persecución termina siendo utilizado como un tipo penal complementario que sirve para aumentar las penas que se imponen a quienes

¹²⁶ Y también de los TDD-SECG, aunque a partir de elaboraciones más confusas (*vid. supra* apartado 1.2.B).

cometen un crimen contra la humanidad con un ánimo discriminatorio, duplicando las incriminaciones para añadir el mayor desvalor que se deriva de la discriminación al desvalor propio de la conducta tipificada como crimen contra la humanidad que le sirve de base¹²⁷. En el fondo, entonces, el TPIY se está sirviendo del crimen contra la humanidad de persecución para que cumpla la misma función que una circunstancia agravante, sin que este *modus operandi* se sustente en una tipificación que lo configure como tal, lo que va en detrimento de la seguridad jurídica.

(ii) Otra alternativa sería aceptar que la persecución subsume aquellos crímenes contra la humanidad que le sirven de base fáctica (como hace la CBH), dando entonces a entender que se trata de un crimen más específico, con un elemento material adicional como es la discriminación. Por consiguiente, se estaría confirmando su carácter de modalidad agravada (en tanto que discriminatoria) de crimen contra la humanidad, que además presentaría por ello una mayor especificidad que el resto de crímenes contra la humanidad. Ahora bien, esta conclusión no encontraría su correlato en la posición mantenida por los Estados en relación con la persecución como crimen contra la humanidad. De todo esto se infiere, entonces, que la técnica de tipificación del crimen contra la humanidad de persecución como crimen discriminatorio es deficiente.

Es evidente que la incorrecta delimitación de la acción típica es consecuencia de la falta de una noción jurídica precisa de *persecución*, que se trata de subsanar exigiendo no sólo un ánimo persecutorio en el plano subjetivo, sino también la proyección del mismo en el plano objetivo (requiriendo que el acto tenga efectos persecutorios)¹²⁸. Pero éste es un intento infructuoso, puesto que, si bien en los crímenes discriminatorios en sentido estricto el elemento discriminatorio tiene una proyección tanto en el plano objetivo como en el subjetivo, desde el punto de vista objetivo sigue requiriendo la delimitación de una conducta cuya punibilidad viene dada precisamente por su carácter discriminatorio, pero que no sería criminal si no concurriera ese componente de discriminación (con independencia de que fuese lícita o ilícita según otros sectores normativos).

Esta necesidad explicaría el que, en la práctica, se intente ampliar el alcance del

¹²⁷ Éste es el resultado que se obtiene con la aplicación de la doctrina *Čelebići* (vid. *supra* apartado 1.2.A).

¹²⁸ Vid. *supra* Capítulo IV, apartado 2.2.A).

crimen contra la humanidad de persecución admitiendo que pueda consistir en violaciones de derechos humanos no fundamentales, lo que permitiría eludir el solapamiento con los demás crímenes contra la humanidad. Ahora bien, como en tales casos no es posible determinar la gravedad del acto persecutorio de forma autónoma, se recurre al *contexto persecutorio*, esto es, se impone probar la existencia de un contexto más amplio en el que se cometen diversos actos calificables de persecutorios que globalmente alcanzan niveles de gravedad significativos para apreciar un crimen contra la humanidad. Esta exigencia es, sin embargo, innecesaria cuando se está haciendo referencia a un crimen contra la humanidad, puesto que la categoría incluye ya el requisito del contexto en el elemento objetivo de la cláusula general. Se produce entonces una incongruencia que es, ni más ni menos, consecuencia de la necesidad de garantizar que el crimen contra la humanidad de persecución tenga una acción típica propia cuya punibilidad venga dada precisamente por su carácter discriminatorio.

Igualmente, atribuir al crimen contra la humanidad de persecución una naturaleza de crimen discriminatorio específico, sin que esa naturaleza venga acompañada de una adecuada configuración jurídica del tipo, hace peligrar la seguridad jurídica, ya que plantea dudas respecto de las conductas que pueden ser consideradas actos persecutorios, incluso aunque éstas se circunscriban a las privaciones de derechos fundamentales. Como se tuvo la oportunidad de ver anteriormente¹²⁹, no existe una lista cerrada de aquellos derechos que merecen la calificación de “fundamentales”; por consiguiente, remitirse a ellos para la determinación de la acción típica del crimen resulta problemático en tanto en cuanto los actos prohibidos no están concretados. Por otra parte, siguiendo la lógica de la configuración de los crímenes discriminatorios, tampoco cabría la posibilidad de que los demás crímenes contra la humanidad fueran actos persecutorios, puesto que se rechaza que la persecución sea una modalidad discriminatoria agravada dentro de la categoría y, por consiguiente, dichos crímenes no podrían ser considerados crímenes primarios que resultaran agravados por la discriminación.

Evidentemente, esta inconcreción tiene como consecuencia el que tampoco sea fácil fijar el momento en el que se puede afirmar que se ha cometido el crimen. Ello tiene repercusiones tanto respecto de los autores como de las víctimas: respecto de los

¹²⁹ *Vid. supra* Capítulo III, apartado 1.2.

primeros, porque resulta difícil saber cuándo se puede comenzar a exigir responsabilidad penal internacional, lo que podría traducirse en violaciones a los derechos de los presuntos autores de un crimen contra la humanidad de persecución; respecto de las segundas, porque pueden quedar impunes comportamientos que podrían considerarse persecutorios dependiendo de la interpretación que haga el órgano judicial que deba apreciar la comisión del crimen y, en consecuencia, quienes hayan sufrido tales comportamientos no serán consideradas víctimas y no podrán exigir que se les repare el daño sufrido. Asimismo, la imposibilidad de determinar con precisión el momento en que se produce una persecución criminalizable impide reprimirlas antes de que se conviertan en el caldo de cultivo de otras atrocidades¹³⁰.

Las consecuencias de esta falta de correlación entre la finalidad que se busca con el crimen y el resultado que se obtiene al aplicarlo conforme a su actual configuración también se aprecian en el plano subjetivo. Por una parte, la “intención de cometer una persecución” no se puede apreciar como tal, sino que en realidad habrá que apreciar si ha habido intención de cometer la conducta criminal subyacente (de manera que el presunto responsable de una persecución siempre podría alegar que su intención no era perseguir, sino cometer un crimen contra la humanidad de homicidio, por ejemplo, o, en el caso de que la tipificación de la persecución se sustente en un conjunto de actos de menor gravedad, que no pretendía privar a la víctima de derecho fundamental alguno).

Por otra parte, el rasgo característico de la persecución, la intención de discriminar, puede también aplicarse en relación con otros crímenes contra la humanidad. En concreto, existe la posibilidad de incorporar a todos los crímenes contra la humanidad la dimensión discriminatoria en el plano subjetivo, no como elemento constitutivo del crimen, pero sí con relevancia en la determinación de la pena, en la medida en que se pueden tomar en consideración los motivos discriminatorios en la comisión de un crimen contra la humanidad como circunstancias agravantes.

Esta posibilidad supone que, a efectos de su aplicación, el crimen contra la humanidad de persecución exige una carga probatoria mayor que el resto de crímenes contra la humanidad pese a que, sin embargo, se puede saldar con un castigo menor del

¹³⁰ Al respecto, es inevitable traer a colación la suerte que corrieron los judíos en la Alemania nazi, pese a que era de sobra conocido que estaban siendo perseguidos (*vid.* Capítulo I). Habría que preguntarse cuál habría sido su destino si las Potencias aliadas hubieran reaccionado cuando la persecución era un hecho y no hubieran esperado a que la maquinaria exterminadora nazi se pusiera en funcionamiento.

que reciba cualquier otro crimen contra la humanidad cometido en similares circunstancias y respecto del cual sí se aprecie la agravante de discriminación¹³¹.

2.2. PROPUESTAS PARA LA RECONFIGURACIÓN DEL TRATAMIENTO INTERNACIONAL PENAL DE LA DISCRIMINACIÓN PUNIBLE.

Como se viene argumentando, el hecho de que la configuración actual de la persecución como crimen contra la humanidad no se ajuste plenamente a las pautas habitualmente seguidas para construir los crímenes discriminatorios genera contradicciones y confusión en torno a su igual o mayor gravedad dentro de los crímenes contra la humanidad.

Pero, por supuesto, estas dificultades no pueden ni deben desincentivar el castigo internacional de las conductas discriminatorias. Ya se ha visto que el tipo de genocidio cumple esa función sin aparentes problemas, y lo mismo puede ocurrir con la persecución como modalidad criminal si se acomodasen sus elementos a la consecución de ese objetivo. Además, no se debe perder de vista la posibilidad de actuar penalmente contra la discriminación por otra vía distinta a la tipificación de crímenes específicos, como es la apreciación de una circunstancia agravante.

Esas posibilidades serán sopesadas a continuación con más detenimiento. En primer lugar, se evaluarán las posibles alternativas técnico-jurídicas que se plantean de cara a conservar la persecución como una específica modalidad criminal discriminatoria -ya sea como crimen contra la humanidad, ya como crimen autónomo- (§ A). Posteriormente, se valorará la potencialidad que ofrece como hipótesis la exclusión de la persecución como una modalidad criminal y su sustitución por la apreciación de una agravante discriminatoria (§ B).

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

Una primera alternativa, coherente con el planteamiento tradicional de la cuestión, consistiría en mantener la persecución como modalidad criminal discriminatoria. De esta forma, el ordenamiento penal internacional continuaría disponiendo de dos

¹³¹ *Vid.* Capítulo III, apartado 3.2.B).

crímenes orientados a castigar la discriminación: el genocidio y la persecución (a los que eventualmente podría añadirse el *apartheid*¹³²). Ahora bien, para corregir los problemas que actualmente se observan, sería necesario que los Estados se replantearan la función que el tipo de persecución cumple y el lugar que ocupa dentro del sistema penal internacional.

La descripción de la persecución como crimen contra la humanidad en el artículo 7.1.h) ECPI muestra que los Estados lo consideran una modalidad específica de crimen contra la humanidad, dentro de los cuales se pretende que opere como un crimen primario, al mismo nivel de gravedad que el resto de crímenes contra la humanidad, y no como un crimen agravado. Esta percepción se ve corroborada por el tratamiento que la persecución recibe en la jurisprudencia penal internacional, en particular de los tribunales penales *ad hoc*. No obstante, es indudable que el crimen contra la humanidad de persecución presenta una naturaleza ambigua, puesto que abarca todos los demás comportamientos que pueden ser constitutivos de crímenes contra la humanidad y, además, incorpora un elemento adicional, cual es la especial intención discriminatoria. Desde este punto de vista, parece ilógico incluir dentro de la misma categoría, en un plano de igualdad, un crimen para el que se exige la prueba de más elementos pero cuya comisión –al menos en abstracto– tendrá las mismas consecuencias jurídicas que para el resto de crímenes.

Esa diferente configuración debería ser tenida en consideración de cara a eliminar –o cuando menos reducir– los inconvenientes que la actual tipificación de la persecución plantea, y en consecuencia se debería o bien compensar con una mayor pena el mayor número de elementos requeridos para su apreciación, o bien aceptar que esa diferencia separa al crimen contra la humanidad de persecución del resto de crímenes contra la humanidad. En el primer caso, la solución más adecuada sería introducir ajustes en el sistema de imposición de penas, para asegurar que siempre que se aprecie la comisión de un crimen contra la humanidad de persecución, éste será castigado con una pena mayor de la que recibiría cualquier otro crimen contra la humanidad (§ a), mientras que en el segundo caso la forma más lógica de evidenciar esa diferencia sería tipificar de forma autónoma la persecución como una modalidad criminal al margen de la categoría de los crímenes contra la humanidad (§ b).

¹³² Sobre el *apartheid* como crimen de Derecho internacional discriminatorio, *vid. supra* nota 123 de este mismo Capítulo.

a) *La persecución como crimen contra la humanidad: compensaciones y ajustes en la pena.*

La primera opción para corregir el desequilibrio resultante de exigir la prueba de un mayor número de elementos para el crimen contra la humanidad de persecución que para el resto de crímenes contra la humanidad sería incidir sobre las consecuencias jurídicas derivadas de su comisión. En este sentido, es un principio afianzado en la jurisprudencia internacional el que las sentencias condenatorias deberán reflejar la gravedad inherente de la conducta criminal del acusado¹³³, criterio éste que opera como una de las pautas que habrá de orientar la determinación de la pena en cada caso. Al respecto, los tribunales penales internacionales han manifestado en numerosas ocasiones que la intención discriminatoria característica de la persecución la convierte en un crimen inherentemente muy grave¹³⁴.

Por consiguiente, sin necesidad de modificar los elementos, sería cuando menos oportuno plasmar el mayor desvalor de la conducta mediante la imposición de una mayor pena, resultado que podría alcanzarse por dos vías:

(i) Mediante un **incremento de la pena en caso de un concurso entre la persecución y otros crímenes contra la humanidad**, en el buen entendido de que aquí se defiende que ese concurso sería generalmente un concurso de leyes, y por tanto la persecución absorbería los elementos del crimen contra la humanidad que le sirviera de base fáctica. En todo caso, es difícil saber hoy por hoy cuál de las dos interpretaciones seguidas hasta la fecha por el TPIY en los supuestos de concurrencia entre la persecución y otros crímenes contra la humanidad garantiza un resultado más o menos favorable a los efectos de determinación de la pena, en la medida en que la ausencia de penas máximas y mínimas prefijadas dificulta el saber si los tribunales penales internacionales optan por imponer los tramos más altos de las penas y reflejar así el mayor desvalor de la conducta. Así se infiere de las oscilaciones en las penas en los

¹³³ Entre otras muchas, ICTY, *Prosecutor v. Mucić et al.*, caso n° IT-96-21-A, *cit.*, párr. 731; *Prosecutor v. Aleksovski*, caso n° IT-95-14/1-A, sentencia de apelación, 24 de marzo de 2000, párr. 182; *Prosecutor v. Furundžija*, caso n° IT-95-17/1-A, sentencia de apelación, 21 de julio de 2000, párr. 249; ICTR, *Kambanda v. Prosecutor*, caso n° ICTR-97-23-A, sentencia de apelación, 19 de octubre de 2000, párr. 125. También el ECPI recoge ese principio, plasmado en su artículo 78.1 (“Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”) y concretado en la Regla 145 (*Imposición de la pena*) de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

¹³⁴ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, caso n° IT-97-24-T, *cit.*, párr. 907.

casos en los que la condena impuesta en instancia se basó en el criterio de la preferencia por la ley especial (que sería la norma que tipifica la persecución), pero fue después revisada en apelación siguiendo el cuestionable criterio concursal actualmente imperante en el TPIY, que resuelve la concurrencia de tipos penales como un concurso ideal de delitos¹³⁵.

(ii) Mediante el **establecimiento de un sistema internacional de penas** que prevea una pena mayor para la persecución que para el resto de crímenes contra la humanidad. En estos momentos, la ausencia de un sistema genuinamente internacional de penas que asigne a cada conducta criminal sus consecuencias específicas¹³⁶ se solventa mediante la especificación de la naturaleza de las penas aplicables¹³⁷ (en lugar de preasignar la imposición de una determinada pena y su duración mínima y máxima a cada crimen¹³⁸), las cuales se concretarán en cada caso bien sea mediante la remisión a las disposiciones en la materia dentro de los ordenamientos jurídicos internos para su concreción¹³⁹, bien fijando pautas generales de determinación dentro de las cuales los jueces pueden imponer discrecionalmente la pena que estimen adecuada para el caso concreto¹⁴⁰. En

¹³⁵ Vid. por ejemplo los asuntos los asuntos *Kordić y Čerkez* (se mantuvieron los 25 años de cárcel para Kordić y se redujo para Čerkez al reconsiderarse su responsabilidad por determinados hechos) y *Stakić* (se admitió la acumulación de condenas por persecución y otros crímenes contra la humanidad pero se redujo la pena de cadena perpetua a 40 años de cárcel). En los asuntos *Simić et al.* y *Kvočka et al.* no se elevó a la Sala de Apelación la cuestión de las condenas cumulativas.

¹³⁶ La asignación y descripción de las sanciones penales correspondientes a la realización de comportamientos ilícitos es apuntada por RUEDA FERNÁNDEZ como una condición fundamental para que pueda hablarse de un auténtico sistema de responsabilidad penal (RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de Derecho internacional. Tipificación y represión internacional*, Barcelona: Bosch, 2001, p. 109).

¹³⁷ Por ejemplo, los artículos 24.1 ETPIY y 23.1 ETPIR disponen que las Salas sólo impondrán penas de prisión, mientras que el artículo 77 ECPI establece que la Corte podrá imponer las siguientes penas: reclusión (inferior a 30 años o a perpetuidad), multa o decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, “sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”. Llegar a un acuerdo sobre los tipos de penas que la CPI debía poder imponer fue una cuestión ardua y difícil, sobre todo por la presión de algunos Estados para que se incorporara la pena de muerte; sobre las negociaciones sobre las penas en la Conferencia de Roma vid. FIFE, R. E., “Penalties”, en: LEE, R. S. (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 319-343.

¹³⁸ Como indican LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ, es cuestionable la conformidad de este modelo con el principio *nullum poena sine lege* (LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona: Ariel, 2001, pp. 237-238).

¹³⁹ Así se prevé en los artículos 24.1 ETPIY (que remite a la práctica de los tribunales de la ex Yugoslavia) y 23.1 ETPIR (que remite a la práctica de los tribunales ruandeses). De acuerdo con el artículo 80 ECPI: “Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte”.

¹⁴⁰ Vid. artículo 78 ECPI. La máxima discrecionalidad a este respecto se establecía en el ETMIN, cuyo artículo 27 disponía que: “The Tribunal shall have the right to impose upon a Defendant, on conviction, death or such other punishment as shall be determined by it to be just” (vid. FERNÁNDEZ

última instancia, por tanto, queda en manos de los jueces la plasmación en la pena del mayor desvalor de la persecución.

Para evitar variaciones significativas en función del juzgador, sería conveniente entonces prefijar una horquilla de penas que determinara el concreto margen de acción de los tribunales a la hora de dictar sentencia, y que favorecieran que la persecución fuera siempre castigada con penas más elevadas que el resto de crímenes contra la humanidad. No obstante, no se pueden albergar grandes esperanzas de que la fijación de un sistema de penas vaya a ocurrir a corto o medio plazo, dado el presente grado de desarrollo del ordenamiento penal internacional.

b) *La persecución como una modalidad distinta de los crímenes contra la humanidad.*

La segunda opción para dotar a la persecución de una mayor autonomía exigiría desproveerla de la etiqueta de “crimen contra la humanidad”, para, en su lugar, pasar a considerarla una modalidad criminal híbrida, a medio camino entre los crímenes contra la humanidad y el crimen de genocidio.

Esa posibilidad ya ha sido indirectamente admitida por el TPIY en alguna de sus sentencias, en las que la persecución era concebida como un crimen próximo al genocidio, aunque no se negaba su carácter de crimen contra la humanidad. Al respecto, el Tribunal declaró en el asunto *Kupreškić* que:

“persecution as a crime against humanity is an offence belonging to the same *genus* as genocide. Both persecution and genocide are crimes perpetrated against persons that belong to a particular group and who are targeted because of such belonging. [...] Thus, it can be said that, from the viewpoint of *mens rea* genocide is an extreme and most inhuman form of persecution. To put it differently, when persecution escalates to the extreme form of wilful and deliberate acts designed to destroy a group or part of a group, it can be held that such persecution amounts to genocide”¹⁴¹.

Efectivamente, es la exigencia de esta nota discriminatoria la que aproxima a ambos crímenes, ya que, siguiendo al Tribunal, en ambas categorías lo que importa es la intención de discriminar: “to attack persons on account of their ethnic, racial, or

FLORES, J. L., “La represión de las infracciones del derecho de la guerra cometidas por los individuos”, *RICR*, nº 105, 1991, p. 268).

¹⁴¹ ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso nº IT-95-16-T, *cit.*, párr. 636.

religious characteristics (as well as, in the case of persecution, on account of their political affiliation)”¹⁴².

Por consiguiente, de acuerdo con la jurisprudencia, la persecución operaría como un paso intermedio entre los demás crímenes contra la humanidad y el genocidio, postura ésta que también encuentra apoyos entre la doctrina, donde hay quien considera que la persecución es un crimen más grave que el resto de crímenes contra la humanidad, por lo que en una hipotética jerarquía de crímenes de Derecho internacional lo sitúan por debajo del genocidio y por encima de los crímenes contra la humanidad¹⁴³.

Ese replanteamiento de la relación entre la persecución y la categoría de los crímenes contra la humanidad permitiría conservar la presente configuración de la persecución como modalidad criminal sin necesidad de alterar los elementos que actualmente lo integran, pero teniendo en cuenta su contenido propio a la hora de aplicarlo. Las consecuencias de esa naturaleza separada se apreciarían fundamentalmente en el momento de la condena, cuando dicho *crimen de persecución* concurriera con un crimen contra la humanidad, puesto que ese supuesto ya no se debería resolver apreciando un concurso de leyes, sino un concurso de delitos, en la medida en que la persecución ya no necesitaría que se verificaran los elementos de la cláusula general de los crímenes contra la humanidad.

Así, por ejemplo, un homicidio cometido con ánimo discriminatorio podría estimarse constitutivo de un crimen contra la humanidad de homicidio si se hubiera cometido en el marco de un ataque sistemático o generalizado contra cualquier

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ MAY, R. & WIERDA, M., “Is There a Hierarchy of Crimes in International Law?”, en: VOHRAH, L. C., POCAR, F., FEATHERSTONE, Y. *et al.* (eds.), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2003, p. 531. Cfr. INTERNATIONAL COMMISSION OF INQUIRY ON DARFUR, *Report to the United Nations Secretary-General pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004*, Geneva, 25 January 2005, p. 4, apdo. II, en: ONU, Doc. S/2005/60, *Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentado al Secretario General en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad, de 18 de septiembre de 2004*, de 7 de febrero de 2005, excluyendo una jerarquía en cuanto a la gravedad de los crímenes.

Paradójicamente, puede afirmarse que fue el crimen contra la humanidad de persecución el que inspiró el crimen de genocidio (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. 213; CERONE, J., “Persecution”, en: SHELTON, D. (ed.), *Enciclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, vol. 2, Detroit: Thomson Gale, 2005, p. 795 —considerando que el genocidio no es sino una forma agravada de persecución-). De hecho, en su obra *Axis Rule in Occupied Europe*, Raphaël LEMKIN, creador del término “genocidio”, señalaba que este crimen “is [...] a composite of different acts of persecution or destruction” (LEMKIN, R., *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944, p. 92).

población civil, y, además, dada la intención discriminatoria concurrente, también podría constituir un crimen de persecución, que ya no requeriría ser cometido en el contexto descrito -propio de los crímenes contra la humanidad-, sino que se caracterizaría exclusivamente por consistir en una violación de derechos fundamentales por motivos discriminatorios. En consecuencia, dado que los elementos contextuales de una y otra modalidad criminal serían diferentes, ambos crímenes deberían ser apreciados y los dos deberían ser objeto de condena, sin que hubiera posibilidad de subsumir la conducta delictiva en una de las dos normas aplicables, ya que ninguna de ellas presentaría una mayor especialidad que la otra. Es decir, se operaría de modo similar a lo que están ya haciendo los tribunales *ad hoc*, pero sobre una base técnicamente correcta que justifique esa operación.

Ahora bien, el reto en este caso sería configurar el que sería el crimen de persecución de tal forma que presentara unos elementos propios con los que se evitaran superposiciones con otros crímenes de Derecho internacional (y muy particularmente con el genocidio, puesto que el ánimo discriminatorio característico de la persecución excluiría ya las coincidencias exactas con los crímenes contra la humanidad); además, se debería garantizar que el Derecho internacional penal sólo interviniera en los casos más graves de persecución, de conformidad con el principio de intervención mínima.

Una posibilidad para atribuir a la persecución un contenido propio podría consistir en configurarla como un crimen subsidiario al genocidio que cubriera los supuestos de discriminación no abarcados por esta modalidad criminal (bien porque el elemento objetivo no consistiera en actos genocidas, bien porque se dirigiera contra un grupo no protegido)¹⁴⁴. Sin embargo, una delimitación de su ámbito de aplicación por exclusión implicaría repetir el error de construir el crimen sobre la base de una acción típica imprecisa, como ocurre en la actualidad. Por otra parte, la actitud restrictiva de los Estados ante el genocidio en relación con los motivos discriminatorios penalmente relevantes y con las conductas genocidas¹⁴⁵ no da razones para creer que podrían llegar a

¹⁴⁴ Ese carácter subsidiario ya se lo atribuyó la CDI en su Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (versión de 1996), en cuyo comentario al artículo 18, apartado e), relativo a la persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos, expresamente indicaba que dicha disposición “se aplicaría a los actos de persecución en qu eno existiera la intención específica que requiere para el crimen de genocidio el artículo 17” (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).

¹⁴⁵ Ha habido propuestas de actualizar el contenido del crimen de genocidio, entre las que cabe destacar el *Informe Whitaker* (ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, *Informe revisado y actualizado sobre la*

tipificar un crimen de Derecho internacional que supusiera no sólo una ampliación de los motivos discriminatorios, sino también de las conductas que generan responsabilidad penal internacional del individuo.

Indudablemente, la opción más deseable pasaría por delimitar con precisión los elementos del tipo, concretando las conductas delictivas que integran el elemento material del crimen. Dar ese paso exigiría, por ejemplo, decidir si la persecución es realmente una conducta criminal *per se* o un contexto, y en qué medida la misma podría incriminar las lesiones de derechos humanos no fundamentales, una de las cuestiones que hoy por hoy resultan más controvertidas, pero que podría favorecer también la delimitación del contenido jurídico propio de un posible crimen de persecución. No obstante, habría que estar muy atentos a los condicionantes derivados del respeto al principio de intervención mínima del Derecho penal, pues incriminar cualquier discriminación podría ser contrario a sus exigencias.

Pero esta opción requeriría que los Estados hicieran algo en lo que no han conseguido ponerse de acuerdo hasta la fecha: definir de forma precisa la noción jurídica de *persecución*. No se logró en el ETMIN, no se logró durante la elaboración de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951, no se logró en el marco de los trabajos de la CDI sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, y cuando finalmente se dio una definición en el ECPI, ésta resultó ser demasiado vaga para poder afirmar que los Estados estaban realmente interesados en concretar qué se ha de entender por *persecución* en Derecho internacional, más allá de lo que intuitivamente pueda inferirse que es.

B) La discriminación como circunstancia agravante de la responsabilidad.

Junto a la conservación de la modalidad criminal de persecución como crimen discriminatorio (bien dentro de los crímenes contra la humanidad, bien como un crimen de Derecho internacional distinto), otra alternativa de que dispondría el ordenamiento penal internacional para castigar penalmente la discriminación es configurarla con

cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio, preparado por el Sr. B. Whitaker, 2 de julio de 1985), fruto del mandato encomendado por el ECOSOC a la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías de revisar y actualizar el estudio sobre la cuestión de la prevención y el castigo del crimen de genocidio (resolución 1983/33 del ECOSOC, Updating of the study on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide, 27 de mayo de 1983).

carácter general como una circunstancia agravante de la responsabilidad. Esa posibilidad aparece ya prevista en el artículo 145.2 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, en el que se dispone que, a los efectos de la imposición de la pena, la Corte tendrá en cuenta, entre otros factores y según proceda,

“v) Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21 [el género, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición]”.

También la jurisprudencia ha admitido la aplicabilidad de la agravante por discriminación en el momento de fijar la pena, determinando que la misma sea más alta de lo que se establecería de no concurrir ese ánimo¹⁴⁶.

Esa posibilidad, sin embargo, no se admite respecto de la persecución¹⁴⁷, pues se estima que cuando una circunstancia determinada ya forma parte de los elementos del crimen, no puede ser además tenida en consideración en cuanto circunstancia modificativa de la responsabilidad. El TPIY ha sido claro al respecto: “a discriminatory state of mind cannot be an aggravating factor for persecutions because it is an element of the crime itself”¹⁴⁸. Así pues, no es admisible valorar también esa circunstancia en el momento de fijación de la pena.

Se produce así una diferenciación entre los crímenes contra la humanidad para los que se puede apreciar una agravante de discriminación, con un resultado perverso: el crimen contra la humanidad de persecución requiere prueba de la intención discriminatoria, pero ésta no puede ser utilizada como circunstancia agravante a la hora de determinar la pena, mientras que los demás crímenes contra la humanidad no requieren prueba del ánimo discriminatorio en su comisión, pero, si resulta evidenciado a partir de los datos de que dispone el Tribunal, éste podrá tenerlo en cuenta como circunstancia agravante e incrementar la pena. Es decir: la mayor carga probatoria no necesariamente se saldará con una mayor pena.

¹⁴⁶ ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos n° IT-96-23 & IT-96-23/1-T, *cit.*, párr. 867; *Prosecutor v. Milan Simić*, caso n° IT-95-9/2-S, sentencia condenatoria, 17 de octubre de 2002, párr. 77.

¹⁴⁷ Esta cuestión ya fue objeto de análisis y valoración con anterioridad (*vid. supra* Capítulo III, apartado 3.2.B).

¹⁴⁸ ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, caso n° IT-97-24-T, *cit.*, párr. 904; véase también *Prosecutor v. Todorović*, caso n° IT-95-9/1-S, sentencia condenatoria, 31 de julio de 2001, párr. 57.

Tal incongruencia se podría fácilmente solventar si se permitiera la apreciación de una agravante de discriminación que operara de forma general en relación con todos los crímenes contra la humanidad. Ahora bien, en ese caso carecería de sentido conservar el tipo de persecución, puesto que, tal y como éste se está aplicando en la actualidad, su apreciación parece estar orientada a garantizar un incremento de la pena frente a conductas discriminatorias.

No obstante, el criterio de base conforme al cual no cabe apreciar una circunstancia agravante de discriminación respecto de un crimen contra la humanidad de persecución se ve contradicho en la práctica, pues se ha dado algún supuesto de condena por persecución en el que además se ha apreciado la agravante de discriminación. Así ocurrió en el asunto *Simić et al.*, al revisar la Sala de Apelación la condena impuesta a Blagoje Simić, uno de los imputados en la causa. Simić, el único de los condenados que apeló, había sido miembro del Comité Municipal del Partido Democrático Serbio en el municipio de Bosanski Šamac desde 1991 a 1995, y el 17 de abril de 1992 fue nombrado Presidente del Gabinete de Crisis. La Sala de Instancia estimó que su participación como civil de más alto rango en la municipalidad en la empresa criminal conjunta para perseguir a los no serbios de la zona había sido fundamental para lograr su objetivo común¹⁴⁹. Además, consideró que se trataba de una empresa criminal conjunta en la que todos sus integrantes -incluido Blagoje Simić- compartían “the same intent to discriminate against non-Serbs on account of racial, political, or religious grounds”¹⁵⁰. Por su participación en esa empresa criminal conjunta, Simić fue condenado por la comisión de un crimen contra la humanidad de persecución¹⁵¹.

¹⁴⁹ ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-T, sentencia de instancia, 15 de octubre de 2003, párr. 992.

¹⁵⁰ *Ibid.* A lo largo de la sentencia se reitera en diversos puntos que Simić compartía la intención discriminatoria necesaria para cometer cada uno de los actos persecutorios que se le imputan. Por ejemplo, se afirma que “Blagoje Simić could not have accepted the continued arrest and detention of non-Serb civilians, in his key position in the Municipality, without exercising discriminatory intent” (*ibid.*, párr. 997), o que “not only was aware of the discriminatory intent of the paramilitaries and the other perpetrators of the cruel and inhumane treatment, including beatings, torture and confinement under inhumane conditions of non-Serb prisoners in the detention facilities in Bosanski Šamac, but that he shared this discriminatory intent” (*ibid.*, párr. 1009; *vid.* también párr. 1010). Igualmente, se estima que “Blagoje Simić through his role in the appointment of the head of the Department administering the forced labour programme, and by his failure to take measures preventing the said acts from taking place, participated in the forced labour programme with the intent to discriminate against Bosnian Croats and Bosnian Muslims” (*ibid.*, párr. 1022) y que tuvo “a discriminatory intent with regard to the unlawful displacement” de varias personas mencionadas en la sentencia (*ibid.*, párr. 1038).

¹⁵¹ *Ibid.*, párr. 1115.

Posteriormente, la Sala de Apelación excluyó por razones de forma que se pudiera imputar a Simić la participación en una empresa criminal conjunta¹⁵². A cambio, estableció que la responsabilidad penal individual de Simić se sustentaba en su participación ayudando y alentando (*aiding and abetting*) a la comisión de un crimen contra la humanidad de persecución¹⁵³. Ahora bien, ya se indicó que, en lo que al crimen contra la humanidad de persecución respecta, esta forma de participación requiere que la persona que ayuda o alienta a la comisión del crimen sea consciente no sólo del crimen cuya comisión está facilitando, sino también la intención discriminatoria de quienes lo cometen; por el contrario, 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 mismo¹⁵⁴.

En la medida en que ayudar y alentar es una modalidad de responsabilidad penal individual por crímenes de Derecho internacional, y por tanto se estaba atribuyendo responsabilidad individual a Blagoje Simić por un crimen contra la humanidad de persecución, no deja de resultar sintomático de los problemas que la aplicación del tipo de persecución plantea el que la Sala de Apelación entrara a valorar si además el apelante había actuado con intención discriminatoria en relación con todos los actos persecutorios, a los efectos de tener en cuenta ese dato en la determinación de la sentencia¹⁵⁵. Esa posibilidad se admitía en tanto en cuanto la participación ayudando o alentando a la comisión de un crimen contra la humanidad de persecución no requiere, de acuerdo con el TPIY, que el acusado comparta el ánimo discriminatorio del autor material. Por ello, la Sala de Apelación partió en este caso del principio general conforme al cual la intención de discriminar “can constitute an aggravating factor when such a state of mind is not an element or ingredient of the crime under consideration”¹⁵⁶ para llegar a la conclusión de que “the fact that the Appellant acted with discriminatory

¹⁵² La Fiscalía no había alegado la empresa criminal conjunta en ninguna de sus actas de acusación, por lo que Blagoje Simić estimó que su posterior apreciación por la Sala de Instancia había perjudicado la preparación de su defensa (ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-A, sentencia de apelación, 28 de noviembre de 2006, párr. 15). La Sala de Apelación aceptó las alegaciones del apelante (*ibid.*, párr. 74).

¹⁵³ *Ibid.*, párr. 189-190. Se consideró probado que las persecuciones se habían cometido mediante los arrestos y detenciones ilegales de civiles no serbios (*ibid.*, párr. 118), el confinamiento en condiciones inhumanas de prisioneros no serbios (*ibid.*, párr. 138), el trabajo forzado de civiles bosnio-croatas y bosnio-musulmanes (*ibid.*, párr. 159) y el desplazamiento forzoso de civiles no serbios (*ibid.*, párr. 188), pero no su comisión mediante trato cruel e inhumano y tortura (*ibid.*, párr. 138).

¹⁵⁴ *Vid. supra* Capítulo IV, apartado 3.1.B).

¹⁵⁵ ICTY, *Prosecutor v. Simić et al.*, caso n° IT-95-9-A, *cit.*, párr. 275.

¹⁵⁶ *Ibid.*

intent in aiding and abetting persecutions through the relevant underlying acts, constitutes a relevant aggravating circumstance”¹⁵⁷.

Este resultado lleva a la paradoja de que la determinación de la pena impuesta por responsabilidad derivada por la participación en la comisión de un crimen contra la humanidad de persecución toma en consideración la circunstancia agravante de discriminación, y ello por dos decisiones de la Sala de Apelación altamente cuestionables:

(i) La primera decisión criticable es que aborda los requisitos que ha establecido jurisprudencialmente en relación con la *mens rea* necesaria para apreciar una participación como auxiliador e inductor en la comisión de un crimen como si fueran elementos de ese crimen. El crimen que es objeto de atención (“the crime under consideration”, por utilizar sus propias palabras) era, en este caso, un crimen discriminatorio, y lo era y es con independencia de los requisitos que se impongan para la apreciación de una participación menos intensa que la autoría directa.

(ii) La segunda decisión discutible es que considera probado que Simić compartía la intención discriminatoria de los perpetradores en la comisión de los específicos actos criminales que sirven de base a la persecución (detenciones ilegales y arrestos¹⁵⁸, confinamiento en condiciones inhumanas¹⁵⁹, trabajos forzados¹⁶⁰ y desplazamientos forzosos¹⁶¹), pero que no compartía esa intención en relación con el propio crimen contra la humanidad de persecución. Esta paradoja se suscita porque la Sala consideró que la persecución requiere “a general intent to discriminate against the non-Serb civilian population”¹⁶², que no se habría demostrado en el caso de Simić. Esta afirmación contradice sin embargo su jurisprudencia previa, conforme a la cual la intención discriminatoria ha de referirse al específico acto persecutorio¹⁶³.

¹⁵⁷ *Ibid.*, párr. 299.

¹⁵⁸ *Ibid.*, párr. 287.

¹⁵⁹ *Ibid.*, párr. 287-288.

¹⁶⁰ *Ibid.*, párr. 292-293.

¹⁶¹ *Ibid.*, párr. 298.

¹⁶² *Ibid.*, párr. 287.

¹⁶³ *Vid.* por ejemplo ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-A, *cit.*, párr. 185, confirmando lo que ya había establecido en instancia (ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, caso n° IT-97-25-T, *cit.*, párr.

Este giro jurisprudencial, que no se ha confirmado en las sentencias posteriores, se diría debido a la necesidad de mantener en la medida de lo posible la condena que en instancia se había dictado contra Blagoje Simić, toda vez que por respeto al principio de juicio justo la Sala de Apelación se había visto obligada a excluir la apreciación de una empresa criminal conjunta de persecución por razones formales. Mediante esta argumentación tan discutible, fue posible mantener una condena de 15 años de prisión, descontando sólo 2 años a la que había impuesto la Sala de Instancia. Pero para ello, la Sala se vio en la necesidad de separarse de sus propios criterios y defender algo tan sorprendente como la posibilidad de apreciar una agravante de discriminación en relación con un crimen contra la humanidad de persecución, caracterizado precisamente por cometerse con intención discriminatoria.

Para evitar tanto las injusticias en relación con la carga probatoria como la necesidad de mantener posiciones incoherentes como la de la Sala de Apelación en el asunto *Simić*, sería deseable que se eligiera uno de los dos mecanismos que a día de hoy se vienen utilizando para plasmar la gravedad de los crímenes contra la humanidad en cuya comisión haya concurrido intención discriminatoria: bien la apreciación cumulativa de un crimen contra la humanidad de persecución (es decir, de una modalidad criminal que carece de un elemento material propio) o bien la apreciación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad aplicable con carácter general. Ante esta tesitura, la mejor opción es obvia: vista la deficiente configuración de la persecución como crimen contra la humanidad, razones de seguridad y economía jurídica harían conveniente la supresión de esta modalidad criminal en favor de la apreciación, cuando proceda, de una agravante genérica de discriminación.

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

Según se ha argumentado hasta este momento, el tipo de persecución que se considera vigente resulta insatisfactorio tanto en el plano teórico como en el práctico. Desde el

436); *Prosecutor v. Vasiljević*, caso nº IT-98-32-A, *cit.*, párr. 113; *Prosecutor v. Kvočka et al.*, caso nº IT-95-30/1-A, sentencia de apelación, 28 de febrero de 2005, párr. 320.

punto de vista teórico, sostener que el elemento objetivo de un crimen contra la humanidad consiste en una violación de derechos fundamentales es una tautología que deja sin respuesta la cuestión del contenido jurídico de la noción de *persecución*. Asimismo, atribuirle un pretendido carácter de crimen discriminatorio específico (partiendo de la premisa de que con él se viola el principio de no discriminación en el disfrute de derechos fundamentales), cuando en la práctica se configura como una modalidad agravada de crimen contra la humanidad, sólo sirve para generar más confusión en torno al contenido del tipo.

Estas incongruencias se reflejan necesariamente en la práctica. Para empezar, al intentar aplicar el crimen de manera autónoma y de conformidad con una concepción intuitiva de lo que habitualmente se considera una persecución, resulta necesario separarse de la definición de partida para incluir otros comportamientos que en puridad de términos no formarían parte de la misma. Igualmente, en la medida en que la persecución -en tanto que crimen discriminatorio- subsume al resto de comportamientos incluidos en la categoría de los crímenes contra la humanidad, evidenciando así un carácter contextual y comprensivo que, sin embargo, es negado tanto por los Estados como por la jurisprudencia, se hace preciso articular estrategias de aplicación (en particular al resolver cuestiones concursales) que permitan presentar al crimen contra la humanidad de persecución al mismo nivel de gravedad que el resto de crímenes de la categoría.

Sin embargo, partiendo de los rasgos que habitualmente se atribuyen a las persecuciones (por ejemplo, además del ánimo discriminatorio, el que se admita que en el contexto de una persecución se cometen violaciones de derechos humanos no fundamentales y de una gravedad menor) y teniendo en cuenta las consecuencias que se derivan de su caracterización como crimen contra la humanidad (sobre todo en cuanto al bien jurídico protegido), debería ser posible construir el contenido de la noción de tal forma que resulte un crimen realmente específico, destinado a proteger un bien jurídico de la misma naturaleza que los demás crímenes contra la humanidad (es decir, un derecho, y no un principio, como ocurre actualmente) y más fácilmente aplicable.

El objetivo de este apartado será, precisamente, tratar de encontrar una noción de *persecución* que permita una tipificación menos problemática que la actualmente utilizada. Si esa posibilidad existe y se llega a una respuesta satisfactoria, entonces se podrá afirmar que el crimen contra la humanidad de persecución tiene la finalidad

concreta de regular penalmente comportamientos que de otra forma no resultarían castigados. Por el contrario, si la propuesta sigue planteando problemas, debería entonces ponerse en tela de juicio la oportunidad de defender la tipificación de un crimen contra la humanidad de persecución sin un contenido verdaderamente autónomo.

Dado que en la actual configuración del crimen el primer aspecto problemático es el bien jurídico protegido (puesto que, a diferencia del resto de crímenes contra la humanidad, en el crimen contra la humanidad de persecución no se protegería un derecho específico, sino un principio que constituye una condición de aplicación de los derechos humanos¹⁶⁴), lo más apropiado para reconstruir el crimen sería incidir directamente sobre este punto, buscando algún derecho cuya lesión pueda traducirse en un resultado *de facto* similar a lo que comúnmente se considera una persecución.

Siempre partiendo de la premisa de que el bien jurídico protegido por los crímenes contra la humanidad es en última instancia la dignidad humana, se impone recurrir al catálogo de los derechos fundamentales vinculados a la misma para poder identificar alguno en particular que resulte específicamente lesionado por las persecuciones, y al que en la medida de lo posible se puedan reconducir violaciones de derechos humanos no fundamentales para que queden cubiertos casos como los que se han considerado persecutorios en sede jurisprudencial.

Sobre esta base, el único derecho fundamental que no es objeto de protección penal por ninguna otra modalidad específica de crimen contra la humanidad¹⁶⁵ y que además puede resultar violado por la lesión cumulativa de derechos humanos no fundamentales sería el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, consagrado en el artículo 16 PIDCP, así como en diversos instrumentos de derechos humanos tanto de ámbito universal como regional.

La posibilidad de reinterpretar la persecución en términos de negación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica por motivos discriminatorios prohibidos por el

¹⁶⁴ Vid. Capítulo IV, apartado 1.3.

¹⁶⁵ Si se toma como referencia el artículo 7 ECPI (excluido el *apartheid*, dada la discusión existente sobre su carácter o no de crimen contra la humanidad *per se* conforme al Derecho internacional consuetudinario), tenemos que los actos constitutivos de crímenes contra la humanidad son lesivos de: el derecho a la vida (homicidio y exterminio), la prohibición de la esclavitud (esclavitud), la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes (tortura, otros actos inhumanos y las diferentes formas de ataque contra la libertad sexual), o la prohibición de privación arbitraria de la libertad (encarcelaciones arbitrarias, desapariciones forzadas, deportación y traslado forzoso de población).

Derecho internacional parece viable por varias razones:

(i) En primer lugar, al no estar específicamente protegido por modalidad criminal alguna, la incriminación de los atentados contra el mismo no se superpone a ningún otro crimen contra la humanidad.

(ii) En segundo lugar, la reconstrucción del elemento objetivo del crimen en base a este derecho no altera en lo esencial las conclusiones alcanzadas por la jurisprudencia respecto de cuándo un supuesto de hecho constituye una persecución; antes al contrario, facilitaría la aplicación del tipo, evitando los problemas prácticos y las incoherencias que se vienen identificando, lo que favorecería la seguridad jurídica en el ámbito penal internacional.

(iii) Finalmente, el contenido de este derecho permite una interpretación de la noción de *persecución* congruente con su origen y su evolución histórica como fenómeno sociopolítico, puesto que tradicionalmente toda persecución ha supuesto la negación a sus víctimas de su condición de personas en tanto que sujetos de derechos y deberes y su exclusión de las relaciones socio-jurídicas, es decir, cuando se consideraba respecto de un determinado grupo de personas que no tenían el derecho de ser (*non licet esse*).

A continuación se profundizará en estas cuestiones, comenzando por verificar el carácter fundamental del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica como bien jurídico específicamente lesionado en la persecución como crimen contra la humanidad (§ 3.1), a la que seguirá el análisis de su alcance jurídico (§ 3.2), lo que permitirá proceder a reconstruir los elementos del crimen contra la humanidad de persecución tomando como bien jurídico el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (§ 3.3), para, finalmente, valorar la incidencia teórica y práctica en la tipificación del crimen contra la humanidad que puede tener la interpretación de la noción de persecución como una negación de la personalidad jurídica (§ 3.4).

3.1. EL CARÁCTER FUNDAMENTAL DEL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica aparece proclamado en numerosos instrumentos jurídicos internacionales tanto de ámbito universal como

regional, comenzando por el artículo 6 DUDH, conforme al cual “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, formulación se reproduce literalmente en el artículo 16 PIDCP.

Además del PIDCP, en el ámbito convencional universal hay también previsiones específicas sobre este particular en el artículo 24 CDTM, donde se establece que “los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, y en el artículo 12.1 CDPD, que dispone que los Estados Partes “reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

En el ámbito regional, por su parte, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica aparece recogido en el artículo 3 CADH¹⁶⁶, el artículo 5 CAfDHP¹⁶⁷ y el artículo 22 CArDH¹⁶⁸.

Además, al margen de la DUDH, ciertas declaraciones adoptadas en el seno de la ONU también hacen hincapié en la necesidad de salvaguardar este derecho, como la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (aprobada por la AGNU en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992)¹⁶⁹, o la *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven* (adoptada por la AGNU en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985)¹⁷⁰. Asimismo, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica aparece

¹⁶⁶ Artículo 3 CADH: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Con anterioridad, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948, proclamó en su artículo XVII el derecho de toda persona “a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”.

¹⁶⁷ Artículo 5 CADHP: “Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toutes formes d’exploitation et d’avilissement de l’homme notamment l’esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou morale, et les peines ou les traitements cruels inhumains ou dégradants sont interdites”.

¹⁶⁸ Artículo 22 CArDH: “Everyone shall have the right to recognition as a person before the law”.

¹⁶⁹ Artículo 1.2) de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas: “Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro”.

¹⁷⁰ En cuyo Preámbulo se recuerda que “la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama además que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica, que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley, y

recogido en otros documentos elaborados en el seno de los órganos de derechos humanos de la ONU, como los *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos* elaborados por el Representante del Secretario General de las Naciones Unidas para las personas internamente desplazadas (principio 20.1)¹⁷¹, o el proyecto de principios rectores sobre *Extrema pobreza y derechos humanos: los derechos de los pobres*, aprobado en 2006 por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos¹⁷².

En estos instrumentos los Estados se limitan a reconocer la cualidad de persona de todo ser humano, de lo que se infiere que estarían partiendo de la premisa de que dicha cualidad antecede al Derecho y se constituye en la razón de ser de éste¹⁷³. De esta manera, la cualidad de persona se concebiría como una “cualidad que se predica del ser

que todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esa declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

¹⁷¹ Principio 20.1: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (ONU, Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, *Principios Rectores de los desplazamientos internos*, 11 de febrero de 1998, p. 11).

¹⁷² Principio 15: “Todas las personas que viven en la extrema pobreza tienen derecho a que se reconozca en todo lugar su personalidad jurídica. Tienen derecho a participar plenamente en la vida de la comunidad en la que residen, tener un domicilio, poseer un documento de identidad o cualquier otro documento que acredite su ciudadanía o su condición legal y disfrutar de todos los derechos civiles y políticos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Deben disfrutar de la plena ciudadanía del Estado del que son nacionales y tienen derecho a participar sin discriminación en la vida política de ese Estado y en los asuntos públicos. Toda negación a los pobres de sus derechos civiles y políticos como consecuencia de su condición de extrema pobreza, sea individual o colectiva, debe considerarse una discriminación grave” (Proyecto de principios rectores sobre “Extrema pobreza y derechos humanos: los derechos de los pobres”, anexo a la resolución 2006/9, sobre “Aplicación de las normas vigentes de derechos humanos en el contexto de la lucha contra la extrema pobreza”, de 24 de agosto de 2006, en: ONU, Doc. A/HRC/2/2-A/HRC/Sub.1/58/36, *Informe de la Subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos sobre su 58º período de sesiones. Ginebra, 7 a 25 de agosto de 2006*, 11 de septiembre de 2006, pp. 33-34).

¹⁷³ Vid. CHOWDHURY, S. R., *Rule of Law in State of Emergency. The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*, New York: St Martin’s Press, 1989, p. 148. Tal y como indicó el juez de la CIDH Sergio GARCÍA RAMÍREZ en el caso *Bámaca Velásquez*, la personalidad jurídica “preexiste al acto de quien lo reconoce” (CIDH, *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, N° 70, voto razonado concurrente del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ a la sentencia de fondo del caso *Bámaca Velásquez*, párr. 11); de hecho, la utilización del término “reconocimiento” en la DUDH y en el PIDCP habría buscado reforzar el derecho (VOLIO, F., “Legal Personality, Privacy, and the Family”, en: HENKIN, L. (ed.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, New York: Columbia University Press, 1981, p. 188). Cfr. STRAMIGNONI, U.-I. A., “Soggetto di diritto e diritti (fondamentali) del soggetto: autonomia, linguaggio e diritto comparato”, en: ASSOCIAZIONE ITALIANA DI DIRITTO COMPARATO, *I diritti fondamentali in Europa, XV Colloquio biennale, Messina-Taormina, 31 maggio-2 giugno 2001*, Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 309, quien pone de relieve que la relación entre el Derecho y el hombre (manifestada en el hecho de ser sujeto autónomo de Derecho privado) parece caracterizarse por una relación de *reconocimiento*, lo que significa que “il singolo è *autonomo* in quanto, innanzitutto, esso sia riconosciuto, cioè *misurato*, come soggetto di diritto”.

humano por el simple hecho de serlo, de modo que todo individuo por el hecho de serlo es *persona para el Derecho*¹⁷⁴, el cual se limitaría a reconocer esa circunstancia¹⁷⁵.

Por otra parte, la afirmación de que este derecho ha de ser reconocido “en todas partes” supone que los Estados se comprometen a reconocer este derecho también a personas no sujetas a su jurisdicción, y enfatiza el deber de todos los Estados de velar por la observancia del mismo¹⁷⁶. De acuerdo con VOLIO, respecto del PIDCP implica “an obligation upon every party to ensure rigorous compliance, not only by itself and by other parties but also by those who do not adhere to the Covenant [on Civil and Political Rights]”¹⁷⁷.

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica garantiza a todos los individuos el reconocimiento de su condición de titulares de derechos y obligaciones, lo

¹⁷⁴ SERRANO ALONSO, E., *Derecho...*, cit., p. 6 (énfasis añadido). Este autor recuerda que tal situación “no ha sido así a lo largo de la historia humana, sino que la misma es un logro de la civilización”, afirmación que ilustra con el caso de los esclavos en Roma, que no eran jurídicamente personas por no reunir los tres *status -libertatis, civitatis y familiae-* (*ibid.*). En efecto, la idea conforme a la cual todo derecho, privilegio o exención de que gozaba una persona le era conferido por la sociedad sólo comenzó a ser superada a partir de la Ilustración, momento en el que se empieza a afianzar la concepción de que la persona tiene unos derechos inherentes a su condición que la sociedad debe reconocer, y no otorgar (*vid.* PAGELS, E., “The Roots and Origins of 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, pp. 2-7).

En este sentido, el principio de acuerdo con el cual todo ser humano es persona, constituye un “principio fundamental del Derecho moderno” (LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho...*, cit., p. 20). Por el contrario, se puede encontrar un planteamiento clásico de la cuestión en GANGI, quien afirmaba en 1948 que *persona* es “l’uomo, che ha la capacità giuridica”, y añadía: “La capacità giuridica oggi spetta in generale a tutti gli uomini, ma ciò non vuol dire, si noti bene, che l’uomo, sol perchè tale, ossia per la sua stessa natura, è capace di essere soggetto di diritti e obblighi, e che quindi la capacità giuridica è una qualità innata dell’uomo; giacchè vero è invece che tale capacità a lui spetta soltanto perchè gli è riconosciuta dall’ordinamento giuridico” (GANGLI, C., *Persone fisiche e persone giuridiche*, Milano: Giuffrè, 1948, pp. 5-6). Y es que, como señala COSSÍO, “siendo el derecho en sus realizaciones positivas un fenómeno histórico, el ordenamiento jurídico de cada época, de cada lugar, se hallará determinado, necesariamente, por la idea que del hombre tenga vigencia en el espacio y en el tiempo en que la norma se produzca” (COSSÍO, A. DE, “Evolución del concepto de la personalidad y sus repercusiones en el Derecho privado”, *Revista de Derecho Privado*, tomo XXVI (39), 1942, p. 749). Por consiguiente, el ser humano “para adquirir la personalidad jurídica debe cumplir una serie de requisitos impuestos por el ordenamiento y distintos en cada uno de los momentos históricos” (MORÁN MARTÍN, R., *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, tomo I (“Parte teórica”), Madrid: Ed. Universitas/UNED, 2002, p. 45).

Sobre la evolución de la noción de persona, *vid.* COSSÍO, A. DE, “Evolución...”, cit., pp. 749-762; GÓMEZ ARBOLEDA, E., “Sobre la noción de persona”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. XXVII, 1949, pp. 104-116, y “Más sobre la noción de persona”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. XXIX, 1950, pp. 107-124.

¹⁷⁵ VOLIO, F., “Legal...”, cit., p. 187; LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho...*, cit., p. 21; RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, Madrid: Tecnos, 1995, p. 102. Recuérdese que el concepto de *persona* es un concepto jurídico, que se refiere al “ente genéricamente apto para figurar como sujeto de derechos y obligaciones” (GUASP, J., “El individuo...”, cit., p. 4).

¹⁷⁶ VOLIO, F., “Legal...”, cit., p. 189.

¹⁷⁷ *Ibid.*

que implica “to be treated as a person in the eyes of the law”, en palabras de BOGDAN¹⁷⁸. La CIDH ha afirmado a este respecto que:

“[...] Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes”¹⁷⁹.

El reconocimiento de la personalidad jurídica constituye, por consiguiente, una condición *sine qua non* para el disfrute de cualquier otro derecho otorgado por el ordenamiento internacional, un “derecho a tener derechos”¹⁸⁰, utilizando la expresión acuñada por ARENDT. De la misma manera que desde el punto de vista material el derecho a la vida se erige ontológicamente en *prius*, desde el punto de vista jurídico-formal el goce de los derechos exige que la existencia jurídica del individuo sea previamente reconocida¹⁸¹. Tal y como ha expresado la CIDH, “el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es un requisito fundamental para el disfrute de todas las libertades básicas, toda vez que este derecho confiere el reconocimiento del individuo ante la ley”¹⁸².

Desde este punto de vista, la personalidad jurídica es inherente a la dignidad del ser

¹⁷⁸ BOGDAN, M., “Article 6”, en: EIDE, A., *et al.* (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary*, Oslo: Scandinavian University Press, 1992, p. 111; SERRANO ALONSO, E., *Derecho de la persona*, Madrid: La Ley, 1996, p. 6: “El concepto de persona referido al campo del Derecho hace referencia a la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones”.

¹⁷⁹ CIDH, *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, N° 70, párr. 179; *Caso de las niñas Yean y Bosico*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C, N° 130, párr. 176.

¹⁸⁰ ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo* (trad. de G. Solana), Madrid: Taurus, 2004 (4ª ed.), p. 375.

¹⁸¹ Evitar la reducción del individuo desde un punto de vista legal fue lo que motivó la inclusión de este derecho en la DUDH (LILLICH, R., “Civil Rights”, en: MERON, T. (ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, vol. 1, Oxford: Clarendon, 1992, p. 131). Para ROGEL VIDE, el ser humano “es un «prius» para el Derecho y la razón de ser de éste” (ROGEL VIDE, C., *Derecho de la persona*, Barcelona: Bosch, 1998, p. 11), mientras que LETE DEL RÍO afirma que “la persona no empieza con el derecho, sino que es una realidad que ya existe fuera del Derecho y antes del Derecho” (LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de la persona*, Madrid: Tecnos, 1986, p. 20); es, por tanto, “un *prius* para el derecho, una categoría ontológica y moral, no meramente histórica o jurídica” (*ibid.*, p. 21). En un sentido similar, YELTEKIN, N., *La nature juridique des droits de l’homme*, Lausanne: Imprimerie H. Jaunin, 1950, p. 48; MORAN MARTIN, R., *Historia...*, *cit.*, p. 46.

Por su parte, GUASP enfatiza que el individuo es un fin para el Derecho: “Una relación jurídica tiene siempre finalísticamente, por términos de la misma, a individuos, esto es, a hombres en el sentido singular que ahora se da a la expresión [la designación de lo que el hombre tiene de insustituible por otro semejante cualquiera]” (GUASP, J., “El individuo y la persona”, *Revista de Derecho Privado*, 1949, p. 4).

¹⁸² CIDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico*, *cit.*, párr. 113.

humano¹⁸³, puesto que, como ya se indicó anteriormente, la dignidad es “la cualidad que hace a un ser merecedor de tener derechos”¹⁸⁴, de manera que los seres humanos “pueden ser titulares de derechos porque tienen dignidad”¹⁸⁵. Por tanto, planteado en términos negativos, negar a una persona la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones supone negarle su dignidad humana¹⁸⁶. Sobre esta base se podría en cierto modo incluso llegar a afirmar que, incluso en ausencia de proclamación expresa de este derecho, desde el momento en que los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos a las personas por el ordenamiento jurídico internacional y a garantizar su ejercicio, implícitamente están asumiendo la obligación de reconocer la personalidad jurídica de los potenciales titulares de los mismos, pues lo contrario dejaría vacío de contenido el compromiso adquirido¹⁸⁷.

¹⁸³ Que las nociones de dignidad humana, titularidad de derechos fundamentales y persona jurídica tienen un contenido en buena medida intercambiable en el ámbito del Derecho público es puesto de relieve por BIOY, quien recuerda que desde 1945 “se constitue, en particulier en Europe, un réseau de références constitutionnelles à la valeur de la personne humaine ou de l’être humain” (BIOY, X., *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris: Dalloz, 2003, §127, p. 70). Ahora bien, estas referencias “s’opèrent diversement, soit par le principe de dignité, soit par la mention de l’être humain comme titulaire de droits fondamentaux indépendamment de sa condition de citoyen, soit enfin par la consécration de la personne humaine directement comme sujet de droit [...]” (*ibid.*; *vid.* CHOWDHURY, S. R., *Rule...*, *cit.*, p. 148).

¹⁸⁴ ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., “Artículo 1”, en: ASOCIACIÓN PARA LAS NACIONES UNIDAS EN ESPAÑA, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Barcelona: Icaria, 1998, p. 105.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ En palabras de VOLIO: “[Legal personality] gives to the essential dignity of the human being reality in law” (VOLIO, F., “Legal...”, *cit.*, p. 186).

La conexión entre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y la dignidad humana se pone de relieve en algunos de los preceptos mencionados. Por ejemplo, el artículo 5 de la CADHP aborda conjuntamente el derecho de todo individuo al respeto de la dignidad inherente a la persona humana y al reconocimiento de su personalidad jurídica, como también lo hace el artículo 6.a) de la Declaración de El Cairo sobre los derechos humanos en el Islam al proclamar en primer lugar la igualdad de la mujer en cuanto a su dignidad, para reconocer a continuación que tiene derechos y deberes, así como el derecho a gozar de su personalidad civil.

¹⁸⁷ El hecho de que su contenido se considere evidente parece haber sido el principal motivo para que no fuera incluido en el CEDH (*vid.* BOGDAN, M., “Article 6”, *cit.*, pp. 111-112). Esta afirmación se ve confirmada por los trabajos preparatorios del Protocolo nº 4.

En efecto, aunque desde un inicio este derecho no fue incluido en la lista preliminar de derechos propuesta por el Comité sobre Cuestiones Jurídicas y Administrativas en 1949 (*vid.* ROBERTSON, A. H., *Human Rights in Europe*, Manchester: Manchester University Press, 1977 (2nd ed. rev.), p. 9), posteriormente, durante los trabajos preparatorios del Protocolo nº 4 al CEDH, la Asamblea propuso introducir en el mismo un artículo 5 con el siguiente contenido: “Every individual shall have the right to recognition everywhere as a person in the eyes of the law”.

Sin embargo, el Comité de Expertos nombrado por el Comité de Ministros prefirió descartar esa propuesta. Tres fueron los argumentos esgrimidos: “a) *it was unnecessary, since its content could be deduced from other Articles in the Convention* (especialmente Articles 4, 6 and 14); b) *its ambiguous wording might lay it open to dangerous legal interpretations*; c) *in any case, such a clause, if adopted, should have its place in the Preamble or in the early Articles of the Convention, rather than in a Protocol*” (cursiva añadida) (COE, *Explanatory Report on Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human*

De todo ello se sigue que, en la medida en que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica resulta esencial para el disfrute de los demás derechos humanos y está íntimamente vinculado a la dignidad humana, cabe considerarlo un **derecho humano fundamental**¹⁸⁸, naturaleza ésta a favor de la cual se pueden invocar principalmente dos argumentos:

(i) Por una parte, la violación de ese derecho supone que, frente al hecho de la existencia física del individuo, el Estado responde tratándolo como un objeto, no como un sujeto, y se podría afirmar en consecuencia su aniquilación jurídica, por oposición a la aniquilación física¹⁸⁹. Ahora bien, el Derecho internacional considera inaceptable que los individuos puedan ser cosificados, como se deriva del carácter imperativo de la norma de prohibición de la esclavitud¹⁹⁰. Por consiguiente, en palabras de la CIDH, “la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica *lesiona la dignidad humana*, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos”¹⁹¹.

(ii) De otra parte, esa afirmación se ve además reforzada por el carácter inderogable que los tratados internacionales suelen atribuirle. En efecto, el PIDCP lo incluye en su artículo 4 entre los derechos que no pueden ser derogadas en ninguna circunstancia, como también lo incluye el artículo 27 CADH. La CIDH ha confirmado la inderogabilidad del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, en la medida en que lo considera uno de los derechos que “se refieren a la *integridad de la persona*”, junto con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre y el principio de legalidad y de irretroactividad¹⁹², y también la doctrina lo coloca entre los derechos humanos más esenciales, que deben ser

Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto (CETS No. 46), párr. 35).

¹⁸⁸ Vid. CDH, *Observación General N° 29: Estados de emergencia (artículo 4)*, 31 de agosto de 2001, párr. 11, en: ONU, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol.I), *cit.*, p. 284.

¹⁸⁹ Vid. VERDOOT, A., *Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Nacimiento y significación*, Bilbao: Ed. Mensajero, 1969, p. 108.

¹⁹⁰ Vid. ONU, Doc. A/56/10, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 53° periodo de sesiones (23 de abril a 1° de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001)*, 21 de septiembre de 2001, Comentario al artículo 26, párr. 5.

¹⁹¹ CIDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico*, *cit.*, párr. 179 (énfasis añadido).

¹⁹² CIDH, *Opinión consultiva OC-8/87, sobre el habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6)*, 30 de enero de 1987, párr. 23 (énfasis añadido).

preservados en toda circunstancia¹⁹³.

3.2. EL ALCANCE JURÍDICO INTERNACIONAL DEL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

El reconocimiento de la personalidad jurídica se orienta fundamentalmente a garantizar jurídicamente un espacio para la autonomía del individuo tanto en la esfera pública como en la privada¹⁹⁴. En efecto, desproveerlo de personalidad jurídica supondría negarle, en primer lugar, la posibilidad de formar parte de relaciones jurídicas dentro de la sociedad¹⁹⁵, haciendo así que su pertenencia a la sociedad sería un dato meramente fáctico y circunstancial (el individuo formaría parte del grupo social en tanto que su existencia física es un hecho incuestionable, pero careciendo de derechos ni obligaciones legalmente delimitadas¹⁹⁶), y, en segundo lugar, el reconocimiento y disfrute de sus derechos¹⁹⁷. De esta manera, se estaría impidiendo que el individuo disponga de un espacio de autodeterminación dentro de sus relaciones sociales delimitado por el reconocimiento de derechos oponibles frente a terceros¹⁹⁸, sean estos particulares u órganos del Estado.

¹⁹³ Vid. Artículo 3 de la Declaración de normas humanitarias mínimas (ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/55, *Declaración de normas humanitarias mínimas*, 12 de agosto de 1991), y artículo 1 de los Estándares Mínimos de París (LILLICH, R. B., "The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency", *AJIL*, vol. 79 (4), 1985, p. 1073). Pero *cf.* LILLICH, R., "Civil...", *cit.*, p. 131, quien cuestiona incluso que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica forme parte del Derecho internacional consuetudinario, dada su naturaleza muy general y las dificultades de los Estados para aplicarlo en la práctica.

¹⁹⁴ De acuerdo con STRAMIGNONI, "l'avvento dei diritti fondamentali segnalerebbe un ridimensionamento senza precedente dell'idea di sovranità nazionale e la corrispondente riaffermazione della *autonomia* fondamentale dell'individuo —un individuo che, appunto, è o dovrebbe essere autonomo nei confronti di stato ed istituzioni in quelle che sono le determinazioni fondanti del proprio essere individuale" (STRAMIGNONI, U.-I. A., "Soggetto...", *cit.*, p. 300), mientras que en el ámbito del Derecho privado "importa il potere del singolo di regolare nel modo che egli ritiene di suo interesse i molteplici rapporti giuridici che sono in contesto delle attività economiche e delle relazioni personali" (*ibid.*, p. 308). Vid. también VOLIO, F., "Legal...", *cit.*, p. 186.

¹⁹⁵ SERRANO ALONSO, E., *Derecho...*, *cit.*, p. 5.

¹⁹⁶ Afirma ARENDT: "La privación fundamental de los derechos humanos se manifiesta primero y sobre todo en la privación de un lugar en el mundo que haga significativas a las opiniones y efectivas a las acciones. Algo mucho más fundamental que la libertad y la justicia [...] se halla en juego cuando la pertenencia a la comunidad en la que uno ha nacido ya no es algo corriente y la no pertenencia deja de ser una cuestión voluntaria, o cuando uno es colocado en una situación en la que [...] el trato que reciba de los otros no depende de lo que haga o de lo que no haga" (ARENDT, H., *Los orígenes...*, *cit.*, p. 375).

¹⁹⁷ LILLICH habla del "derecho a ejercer derechos" (LILLICH, R., "Civil Rights", en: MERON, T. (ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, vol. 1, Oxford: Clarendon, 1992, p. 131).

¹⁹⁸ MCDUGAL, LASSWELL y CHEN vinculan esa capacidad de autodeterminación con la libertad de elección más fundamental, que se erige así en un elemento central de la dignidad humana (MCDUGAL,

Por lo general, los ordenamientos jurídicos internos recogen alguna previsión que proclama el reconocimiento de la personalidad jurídica de todos los individuos, con la que formalmente se da cumplimiento a esta concreta obligación internacional. Ello no es óbice, sin embargo, para que *de facto* puedan producirse violaciones de este derecho, aun en contravención del propio Derecho interno¹⁹⁹. Cuando eso ocurre, el individuo pasa a encontrarse en una situación de extrema vulnerabilidad, al negársele toda posibilidad de ejercer hasta los derechos más fundamentales y todo mecanismo de protección de los mismos frente a ataques de terceros, lo que pone en serio riesgo no sólo su libertad o su seguridad, sino sobre todo su propia supervivencia. Por consiguiente, “la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica [...] hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”²⁰⁰.

Para aprehender mejor el alcance jurídico del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, se procederá a continuación a identificar su contenido (§ A) y a delimitar el inicio y fin de la condición de persona (§ B).

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

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica presenta un doble contenido: (i) el reconocimiento de la aptitud del individuo para **ser titular de derechos y deberes** y (ii) el reconocimiento de su **capacidad procesal**.

(i) Desde la perspectiva de la **titularidad de derechos y deberes**, el reconocimiento de la personalidad jurídica tiene una doble incidencia: por una parte, dado que “la personalidad es la cualidad para alcanzar la consideración de persona”²⁰¹, su reconocimiento excluye que el ser humano pueda ser tratado como un objeto, puesto que

M. S., LASSWELL, H. D. & CHEN, L.-C., *Human rights and world public order: the basic policies of an international law of human dignity*, New Haven/London: Yale University Press, 1980, p. 470).

¹⁹⁹ Mucho menos probable es que a día de hoy se consagre como norma interna la violación de este derecho de una forma tan clara y tan directa como se hizo por ejemplo en las Leyes de Nuremberg, adoptadas el 15 de septiembre de 1935 -la Ley de Ciudadanía del Reich (*Reichsbürgergesetz*) y la Ley para la Protección de la Sangre y el Honor Alemanes (*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*)-. En virtud de la primera (artículo 2.1 y 3), sólo ostentaban la ciudadanía del Reich -condición ineludible para gozar de plenos derechos- los nacionales de sangre alemana o afín (*Reichtsgesetzblatt*, Jahrgang 1935, Teil I, p. 1146).

²⁰⁰ CIDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico*, cit., párr. 179; VOLIO, F., “Legal...”, cit., p. 186.

²⁰¹ MORÁN MARTÍN, R., *Historia...*, cit., p. 45.

siempre será sujeto para el Derecho; por otra parte, al reconocérsele su personalidad jurídica se le está reconociendo su capacidad²⁰² para poder participar en el tráfico jurídico²⁰³. En este sentido, es evidente que el contenido del derecho alcanza no sólo a las relaciones del particular con los poderes públicos (dimensión *vertical*) sino también a sus relaciones con otros particulares (dimensión *horizontal*), puesto que, en última instancia, la función de este derecho es permitir la “proyección externa o social” de la personalidad²⁰⁴.

Es importante tener en cuenta que, mientras que la titularidad de derechos no admite restricciones, el ejercicio de los mismos sí. Qué facultades puede o no ejercitar un individuo y hasta dónde puede alcanzar su ejercicio son cuestiones que vienen determinadas por la capacidad que éste tiene en relación al ordenamiento jurídico, y que puede ser de dos tipos: jurídica (capacidad pasiva o mínima) y de obrar (capacidad activa).

– Por **capacidad jurídica** se entiende “la aptitud que todo individuo tiene para ser sujeto de derechos y obligaciones, condición que se adquiere al mismo tiempo que se es persona”²⁰⁵. Precisa SERRANO ALONSO que: “La capacidad jurídica hace referencia [...] a una situación potencial: todo ser humano por el simple hecho de serlo puede ser titular de derechos y obligaciones, de entrar en relaciones jurídicas”²⁰⁶. Se trata por tanto de una “potencialidad jurídica”, una “idoneidad abstracta” para ser titular de derechos y obligaciones²⁰⁷, que se mantiene “inmutable

²⁰² De acuerdo con BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, el reconocimiento de la personalidad del ser humano “supone la atribución automática de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar [...] y el rechazo de restricciones injustificadas de las mismas (BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de la persona*, Madrid: Ed. Montecorvo, 1976, p. 198).

²⁰³ La personalidad jurídica permite al individuo producir con sus acciones resultados jurídicamente relevantes (VOLIO, F., “Legal...”, *cit.*, p. 186), por ejemplo participando en relaciones contractuales.

²⁰⁴ CIDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico*, *cit.*, párr. 186.

²⁰⁵ SERRANO ALONSO, E., *Derecho...*, *cit.*, p. 23; *vid.* también BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho...*, *cit.*, p. 197; ROGEL VIDE, C., *Derecho...*, *cit.*, p. 12; LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho...*, *cit.*, p. 23; GANGI, C., *Persone...*, *cit.*, p. 5.

²⁰⁶ SERRANO ALONSO, E., *Derecho...*, *cit.*, p. 23. Siguiendo a LETE DEL RÍO, “se tiene capacidad jurídica, una e igual para todos y cada uno de los hombres, en cuanto se es persona, no se es persona porque se tenga capacidad jurídica” (LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho...*, *cit.*, p. 22).

²⁰⁷ Añade además SERRANO ALONSO que tal “potencialidad jurídica” es “consustancial al ser humano, le acompaña a lo largo de su vida y no puede ser privado de ella” (SERRANO ALONSO, E., *Derecho...*, *cit.*, p. 23; *vid.* también ROGEL VIDE, C., *Derecho...*, *cit.*, p. 13: “La capacidad jurídica [...] no puede ser objeto de negociación por parte de ésta ni puede verse afectada [...] por ley alguna, nacional o extranjera que sea”).

e inalterable durante la existencia de la persona humana”²⁰⁸, constituyendo una “cualidad esencial de la persona”²⁰⁹.

– La **capacidad de obrar**, por el contrario, implica la satisfacción de “las condiciones concretas que para el ejercicio de los derechos establece el ordenamiento jurídico”²¹⁰; se trata, por tanto, de “la aptitud necesaria para poder realizar actos jurídicos concretos y determinados, para poder ejercitar el contenido de los derechos y obligaciones de que se es titular”²¹¹. Si bien la determinación de tales condiciones queda a la discreción de cada ordenamiento jurídico nacional²¹², de los trabajos preparatorios tanto de la DUDH como del PIDCP²¹³ se deduce que, con carácter general, existe un cierto acuerdo entre los Estados respecto de determinados grupos de personas cuya capacidad de obrar puede verse limitada²¹⁴, y que son: (i) los menores²¹⁵, (ii) las personas con discapacidad mental²¹⁶ y (iii) las personas

²⁰⁸ SERRANO ALONSO, E., *Derecho...*, cit., p. 25.

²⁰⁹ ROGEL VIDE, C., *Derecho...*, cit., p. 12.

²¹⁰ SERRANO ALONSO, E., *Derecho...*, cit., p. 23.

²¹¹ *Ibid.*, p. 24; *vid.* también GANGI, C., *Personae...*, cit., p. 7. La capacidad de obrar se puede también definir en términos de eficacia, como “la aptitud para actuar con eficacia jurídica, para que los actos realizados por una persona puedan ser considerados, en su caso, como jurídicamente válidos” (BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho...*, cit., p. 167; también ROGEL VIDE, C., *Derecho...*, cit., p. 13; LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho...*, cit., p. 24). Para BERCOVITZ, el reconocimiento de la personalidad “supone la atribución de una capacidad de obrar potencial a todos los seres humanos, como derivación de su capacidad jurídica” (*ibid.*).

²¹² SERRANO ALONSO, E., *Derecho...*, cit., p. 24.

²¹³ Aunque no prosperó, téngase en cuenta la propuesta de EUA para incluir en la Carta Internacional de Derechos Humanos un artículo 15 con el siguiente tenor: “Every one has the right to a legal personality. No person shall be restricted in the exercise of his civil rights except under general law based on reasons of age or mental incompetence, or as punishment for a criminal offence, or as otherwise permitted in this bill” (ONU, Doc. E/CN.4/21, cit., “Annex C: United States’ Suggestions for Articles to Be Incorporated in an International Bill of Human Rights”, p. 43). Abría así las puertas al establecimiento de otras posibles causas de restricción de la capacidad jurídica.

²¹⁴ En todo caso, cualquier restricción de la personalidad jurídica deberá estar prevista en normas explícitas de alcance limitado (VOLIO, F., “Legal...”, cit., p. 186; CHOWDHURY, S. R., *Rule...*, cit., p. 149).

²¹⁵ Alcanzar una determinada edad es el criterio del que habitualmente se hace depender la adquisición de la plena capacidad de obrar en los ordenamientos jurídicos internos, partiendo del presupuesto de que, a partir de un momento dado, “todo ser humano adquiere una capacidad de entender y querer que le hacen apto para la actuación concreta de los derechos” (SERRANO ALONSO, E., *Derecho...*, cit., p. 24; también ROGEL VIDE, C., *Derecho...*, cit., p. 13; LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho...*, cit., p. 24). Coherentemente, el ordenamiento jurídico internacional establece la necesidad de proporcionar una especial protección al menor para garantizar que esa falta de plena capacidad de obrar no se traduzca en un menoscabo de sus intereses y sus derechos (*vid.* en particular el Preámbulo y el Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (adoptada por la AGNU mediante resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959); el artículo 24.1 PIDCP; el artículo 10.3 PIDESC, y el Preámbulo y los artículos 1 y 3.2 CDN).

²¹⁶ Esta circunstancia sólo conducirá a la limitación de la capacidad de obrar en tanto en cuanto sea declarada por la autoridad judicial competente (*vid.* la *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*, adoptada por la AGNU en su resolución 2856 (XXVI), 20 de diciembre de 1971, párr. 7; la

condenadas por un delito para el que esté legalmente prevista esa pena²¹⁷. Frente a las limitaciones en la capacidad de obrar, el reconocimiento de la personalidad jurídica opera como una salvaguarda de los derechos más básicos (sobre todo cuando se produce una privación de libertad, tanto en el caso de incapacidad mental como a consecuencia de la comisión de un delito²¹⁸), de manera que sea cual sea el grado de capacidad activa de que un individuo disponga, siempre gozará de una capacidad mínima irreductible, cual es su capacidad jurídica.

(ii) Para que el reconocimiento de la titularidad de derechos y deberes no resulte una declaración vacua y meramente formal, el individuo tiene que poder ejercitar esos derechos, comenzando por la posibilidad de reclamar que sean respetados (**legitimidad**

Declaración de los Derechos de los Impedidos, adoptada por la AGNU en su resolución 3447 (XXX), 9 de diciembre de 1975, párr. 4; Principio 1.6 de los *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental*, adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119, 17 de diciembre de 1991), ya que padecer una enfermedad que afecte a la capacidad de entender y querer “no es por sí misma causa de restricción de la capacidad de obrar” (SERRANO ALONSO, E., *Derecho...*, cit., p. 24). De no observarse esta cautela, se podría producir una violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (OHCHR, *Disability – Instruments: Treaties*, en: <http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/instruments.htm>, consultada el 15/1/10: “The right to be recognised as a person before the law (Article 16) may be violated when a person is deprived of his/her legal capacity on account of an actual or perceived disability without the safeguards to protect the rights of the person and/or periodical review by competent judicial authorities to verify the need for representation and the proper exercise of the function by the legal representative”).

Sobre este particular, conviene también recordar que la CDPD insiste en su artículo 12 en su igual capacidad jurídica (apartado 1), para precisar a continuación que los Estados Partes “adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” (apartado 2) y que “asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos” (apartado 3). “Esas salvaguardias” -prosigue el artículo 12.3 CDPD- “asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

²¹⁷ La posibilidad de limitar la capacidad de obrar por la imposición de una pena que prevea ese resultado, como consecuencia de una condena por la comisión de un delito, también requiere una resolución judicial acordándolo (vid. ONU, Docs. A/RES/43/173, *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, 9 de diciembre de 1988, Principio 4, y A/RES/45/110, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad*, 14 de diciembre de 1990 (*Reglas de Tokio*), en particular reglas 3.1, 3.3 y 3.10).

²¹⁸ El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se ha considerado “un derecho clave en materia de garantías procesales en el contexto tanto de la reclusión civil como de la penal” (QUINN, G., DEGENER, T., et al., *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Nueva York/Ginebra: Naciones Unidas, 2002, p. 61). Particularmente, en el caso de las personas discapacitadas, “sean jurídicamente competentes o haya sido incapacitadas, no deben ser tratadas como meros objetos en ningún proceso oficial” (*ibid.*).

activa), así como poder ser reclamado cuando sea él el que lesione los derechos ajenos (**legitimidad pasiva**). Por consiguiente, es preciso que el ordenamiento habilite mecanismos para la protección a los que el individuo pueda acceder²¹⁹ frente a ataques tanto de otros particulares como de los poderes públicos²²⁰, y que la titularidad venga acompañada del reconocimiento de la **capacidad procesal**, es decir, la capacidad para ser parte en procesos judiciales²²¹, de forma que se puedan hacer efectivos los derechos y obligaciones de que se es titular.

Ambas dimensiones se vienen considerando incluidas en el contenido del derecho ya desde el inicio de los trabajos de elaboración de la DUDH, durante cuyo proceso de redacción se defendió la necesidad de incluir un artículo referido expresamente al reconocimiento de la personalidad jurídica. Con él, los miembros de la Comisión de Derechos Humanos pretendían garantizar que todos los seres humanos vieran respetados sus derechos, principalmente en el ámbito civil y contractual²²². Bien es cierto que esa

²¹⁹ En tanto que derecho fundamental y por ende inderogable, el reconocimiento de la personalidad jurídica debe estar asegurado mediante garantías procesales (*vid.* CDH, *Observación General N° 29, cit.*, párr. 15, p. 285). De acuerdo con el CDH, “además de dar una protección efectiva a los derechos del Pacto”, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar “que toda persona disponga también de recursos accesibles y eficaces para justificar esos derechos”, recursos que “deben adaptarse de manera adecuada para que tengan en cuenta la particular vulnerabilidad de determinadas categorías de personas” (CDH, *Observación General N° 31: La indole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 2004, párr. 15, 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. 293). De acuerdo con CHOWDHURY: “Denial of legal remedy to a victim of injustice is the denial of his personhood before the law” (CHOWDHURY, S. R., *Rule...*, *cit.*, p. 149); *vid.* también VOLIO, F., “Legal...”, *cit.*, p. 186.

²²⁰ Aunque en general las normas del Derecho internacional de los derechos humanos operan en sentido vertical (vinculando a los Estados) y por tanto no producen un efecto horizontal directo, el CDH ha indicado en relación con el PIDCP que “las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas” (CDH, *Observación General N° 31, cit.*, párr. 8, pp. 291-292). Y añade: “Puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Partes, como resultado de que los Estados Partes permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas. Se recuerda a los Estados la relación recíproca entre las obligaciones positivas impuestas en el artículo 2 y la necesidad de prever remedios eficaces en caso de que se produzca una violación del párrafo 3 del artículo 2” (*ibid.*).

²²¹ BOGDAN, M., “Article 6”, *cit.*, p. 111; LILLICH, R., “Civil...”, *cit.*, p. 131.

²²² Tal y como el CDH ha señalado, dos son los aspectos sobre los que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica presenta una mayor incidencia: en el plano de los derechos civiles y las relaciones contractuales y en la imposibilidad de tratar a las personas como objetos, impidiendo su cosificación (*vid.* CDH, *Observación General N° 28: La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3)*, 2000, párr. 19, en: ONU, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (vol.I), *cit.*, p. 276).

perspectiva ligaría estrechamente este derecho al ámbito de las relaciones privadas²²³ - presentando por tanto una dimensión horizontal (el individuo visto en sus relaciones con otros particulares)-, pero ello se ha de complementar necesariamente con otra dimensión vertical (el individuo visto en sus relaciones con el poder público), puesto que sólo en la medida en que el Estado reconozca la personalidad jurídica del individuo podrá éste recibir la protección necesaria en caso de sufrir una lesión de sus derechos. En todo caso, en la

Al respecto *vid.*, por ejemplo, el artículo 12 del proyecto de Carta internacional de derechos humanos elaborado por la Secretaría y presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1947, de acuerdo con el cual: "Every one has the right to a legal personality. No one shall be restricted in the exercise of his civil rights except for reasons based on age or mental condition or as a punishment for a criminal offense" (ONU, Doc. E/CN.4/21, *cit.*, "Annex A: Commission on Human Rights. Report of the Drafting Committee of an International Bill of Human Rights. Draft Outline of an International Bill of Human Rights (prepared by the Division of Human Rights of the Secretariat)", p. 13).

Igualmente, *vid.* el artículo 15 del primer borrador para una Declaración Internacional de Derechos Humanos preparado por el Comité de Redacción (ONU, Doc. E/CN.4/21, *Report of the Drafting Committee to the Commission of Human Rights*, 1 de julio de 1947, "Annex F: Commission on Human Rights. Report of the Drafting Committee on an International Bill of Human Rights. Suggestions of the Drafting Committee for Articles of an International Declaration of Human Rights", p. 76): "Every one has the right to a status in law and to the enjoyment of fundamental civil rights. Every one shall have access to independent and impartial tribunals for the determination of his rights, liabilities and obligations under the law. He shall have the right to consult with and to be represented by counsel". En igual sentido, *vid.* el artículo sobre este tema -artículo 7- propuesto también por el Comité de Redacción para su eventual inclusión en un tratado internacional (*ibid.*, "Annex G: Commission on Human Rights. Report of the Drafting Committee on an International Bill of Human Rights. Draft Articles on Human Rights and Fundamental Freedoms to be considered for inclusion in a Convention", p. 84): "No person shall be restricted in the personal exercise of his civil rights or deprived of judicial personality, save in the case of: (a) minors; (b) persons of unsound mind; and (c) persons convicted of crime for which this penalty is provided by law". Reino Unido sugirió enmendar dicho artículo 7 y sustituir la literalidad propuesta por el Comité de Redacción por la siguiente: "No person shall be prevented from having access to the Courts or entering into lawful contracts save in the case of: (a) Minors; (b) Persons of unsound mind; (c) Persons undergoing imprisonment or subject to disabilities resulting from a conviction" (ONU, Doc. E/CN.4/39, *Proposed Amendments to the Draft Articles on Human Rights and Fundamental Freedoms contained in Annex G of the Report of the Drafting Committee (doc.E/CN.4/21)*. Submitted by the Representative of the United Kingdom on the Commission on Human Rights, 26 de noviembre de 1947, apdo. 3).

Vid. asimismo el artículo 14 de la propuesta del Grupo de Trabajo sobre una Convención Internacional de Derechos Humanos: "1. No person shall be deprived of his juridical personality. 2. No person shall be restricted in the exercise of his civil rights save in the case of: (a) minors; (b) persons of unsound mind; and (c) persons convicted of crime for which such restriction is provided by law" (ONU, Doc. E/CN.4/56, *Commission on Human Rights. Second Session. Report of the Working Party on an International Convention on Human Rights*, 11 de diciembre de 1947, p. 9).

Insistiendo en este enfoque, Francia abogaba sin embargo por una formulación mucho más ambiciosa para un artículo que numeraba como el 11: "Every one has the right, everywhere in the world, to be recognized as a legal person and to the enjoyment of fundamental civil rights" (ONU, Doc. E/CN.4/82/Add.8, *Observations of Governments on the Draft International Declaration on Human Rights, the Draft International Covenant on Human Rights, and Methods of Application. Communication received from the French Government*, 6 de mayo de 1948, "I. Draft Declaration", p. 8). De esta forma, y tras proclamar el carácter universal del reconocimiento de la personalidad jurídica, la propuesta francesa prefería enfatizar el derecho del individuo a ser reconocido como titular de derechos y a ejercer en todo lugar sus derechos civiles fundamentales, adoptando así una perspectiva amplia y abstracta, en lugar de restringir el alcance del derecho a la concreta posibilidad de acceder a los órganos judiciales y de entablar relaciones contractuales.

²²³ Por ejemplo, CASSIN entendía por *personalidad jurídica* el "reconocimiento de ciertos derechos humanos fundamentales, como contraer obligaciones, hacerse representar ante la ley, etc..." (VERDOOT, A., *Declaración...*, *cit.*, p. 106).

redacción final del artículo 6 DUDH terminó imponiéndose la escueta formulación del artículo 15 de una propuesta presentada por René CASSIN en representación de Francia (“Tout individu possède en tous lieux la personnalité juridique”²²⁴), en la que se superaba cualquier restricción al contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

No obstante, la adopción de la DUDH no zanjó los debates sobre el alcance del derecho. En consecuencia, la inclusión de un artículo similar en el proyecto de Pacto internacional sobre derechos humanos también generó discusiones en relación con su contenido. Entre los Estados, algunos secundaban la propuesta de incluir una fórmula genérica, en la línea de la DUDH²²⁵; otros, por el contrario, consideraban necesario precisar qué actos negaban o afectaban a la personalidad jurídica de una persona²²⁶. Finalmente, terminó primando la corriente favorable a una formulación genérica, de manera que la redacción del que finalmente sería el artículo 16 PIDCP resultó ser idéntica a la de la DUDH²²⁷: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su

²²⁴ ONU, Doc. E/CN.4/21, *cit.*, “Annex D: Suggestions submitted by the Representative of France for articles of the International Declaration of Human Rights”, p. 56. *Vid.* también el Proyecto de Declaración Internacional de Derechos Humanos resultante de la tercera sesión de la Comisión de Derechos Humanos., cuyo artículo 5 afirmaba que “toute personne a le droit de faire reconnaître en tous lieux sa personnalité juridique” (ONU, Doc. E/800, *Rapport de la troisième session de la Commission des droits de l’homme. Lake Success, 24 mai au 18 juin 1948*, 28 de junio de 1948, “Annexe A: Projet de Déclaration Internationale des Droits de l’Homme”, p. 11).

²²⁵ Así, el gobierno francés había propuesto ya en 1947 una redacción parecida a la sugerida para la DUDH: “No one shall be deprived of his juridical personality” (ONU, Doc. E/CN.4/82/Add.8, *cit.*, “II. Draft Covenant”, p. 8). Por su parte, Filipinas propuso la siguiente redacción para el mismo artículo: “Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law” (ONU, Doc. E/CN.4/232, *Draft International Covenant on Human Rights. Philippines: Amendments to Articles 13, 15 and 20*, 23 de mayo de 1949, p. 1), mientras que EUA abogaba por que la literalidad del artículo 15 fuera un escueto “No one shall be deprived of his juridical personality” (ONU, Doc. E/CN.4/170, *United States: Proposals relating to the Draft International Covenant on Human Rights*, 6 de mayo de 1949, p. 26), si bien con posterioridad sugirió la supresión de dicho artículo porque no le parecía suficientemente claro y preciso; en su lugar proponía someter a consideración en una ulterior sesión de la Comisión de Derechos Humanos “the development of such concepts as are contemplated by other delegations in the term “juridical personality” for possible inclusion in a separate convention” (ONU, Doc. E/CN.4/253, *Draft International Covenant on Human Rights. Recapitulation of amendments to Articles 13, 14 and 15*, 24 de mayo de 1949, p. 4).

²²⁶ Ese fue el caso de la propuesta de Nueva Zelanda: “No person shall be prevented from having access to the courts to obtain redress for any infringement of his civil rights, nor shall any person, unless he is one of a class of generally recognized incapacity, such as minors, persons of unsound mind and persons undergoing imprisonment, be deprived in whole or in part of his legal capacity to enter into lawful contracts or other legal relationships” (ONU, Doc. E/CN.4/82/Add.12, *Comments from Governments on the Draft International Declaration on Human Rights, Draft International Covenant on Human Rights and the Question of Implementation. Communication received from New Zealand*, 3 de junio de 1948, “Annex A. Revision of the Draft International Covenant on Human Rights prepared by the Human Rights Commission”, p. 13). En su comentario al articulado, el gobierno neozelandés justificaba esta redacción en la necesidad de dar peso al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica mediante la prohibición expresa de aquellos actos que pudieran erosionarla (*vid. ibid.*, “Annex B. Commentary on Revision of Draft International Covenant on Human Rights”, p. 20).

²²⁷ Cabe destacar la propuesta de la Comisión de Derechos Humanos recogida en el informe de su tercera sesión, que resultaba particularmente interesante en la medida en que se presentaban conjuntamente

personalidad jurídica”²²⁸.

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

El Derecho internacional público no va más allá de la proclamación de la condición de persona para el Derecho de todo ser humano por el hecho de serlo. Por tanto, no entra a determinar el momento preciso en que el ser humano comienza a ser persona, ni tampoco el momento en el que esa condición se extingue, tarea que corresponde a las legislaciones internas²²⁹.

(i) Con respecto a su **inicio**, el momento a partir del cual el ser humano comienza a ser persona vendrá generalmente fijado por el ordenamiento interno de cada Estado²³⁰. Ahora bien, ese momento inicial debería ser, como mínimo, el del nacimiento, si se asume que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, tal y como proclama el artículo 1 DUDH. Desde ese instante, la persona debe poder gozar de los derechos que le reconoce el ordenamiento jurídico, además de poder entrar a formar parte del entramado de relaciones jurídicas dentro de la sociedad en la que nace.

Bien es cierto que en ocasiones determinadas circunstancias fácticas pueden obstaculizar la incorporación jurídica del individuo a la sociedad -y por ende impedir el pleno disfrute de los derechos-, como ocurre si la persona no es inscrita en el Registro pertinente para dejar constancia formal de su existencia física. De ahí que la efectividad del derecho a la personalidad jurídica suela venir condicionado por el reconocimiento de otros derechos estrechamente vinculados al mismo²³¹, como son el derecho al nombre²³²,

un proyecto de Declaración y un proyecto de Pacto, y mientras que en el primero se proclamaba el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, en el segundo se optaba por una formulación de un provisional artículo 15 mucho más contundente, en términos negativos: “Nul ne peut être privé de sa personnalité juridique” (ONU, Doc. E/800, *cit.*, “Annexe B : Projet de Pacte International relatif aux droits de l’homme (préparé par le Comité de Rédaction de la Charte internationale des droits de l’homme, texte figurant à l’Annexe B du document E/CN.4/95)”, p. 31).

²²⁸ Ya desde 1949 la Comisión de Derechos Humanos había optado por una redacción genérica (*vid.* ONU, Doc. E/CN.4/298, *Draft International Covenant on Human Rights. Text of articles as adopted by the Commission on 3 June 1949*, 3 de junio de 1949, en el que se proponía que el artículo 15 fuera: “Every one has the right to recognition everywhere as a person before the law”).

²²⁹ *Vid.* AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. *et al.*, *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid: Tecnos, 2006 (2ª ed.), pp. 32-36.

²³⁰ SERRANO ALONSO, E., *Derecho...*, *cit.*, 1996, p. 7.

²³¹ De acuerdo con el artículo 7.1 CDN, el niño “será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre [y] a adquirir una nacionalidad”. *Vid.* CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS), Doc. CP/CAJP-2482/07, corr.1, *Reflexiones preliminares sobre la universalidad del Registro*

el derecho a una nacionalidad y el derecho de la persona a ser registrada²³³. En todo caso, aun incidiendo en su plena eficacia en el plano interno, es evidente que la falta de disfrute de tales derechos no puede equivaler en ningún caso a una negación de la personalidad jurídica, cuyo reconocimiento respecto de todo ser humano subsiste al margen de formalismos, por tratarse de un derecho humano inderogable y fundamental, como se indicó con anterioridad.

(ii) En lo que respecta al momento de su **extinción**, se puede decir que, si bien la personalidad jurídica concluye con la muerte física del individuo, lo cierto es que el derecho a su reconocimiento no necesariamente se agota con ésta, sino que puede prolongarse incluso después del fallecimiento²³⁴, o, en todo caso, producir efectos tras la muerte. Como Christine CHANET, miembro del CDH, expresó en su voto particular respecto de las comunicaciones 717/1996 y 718/1996²³⁵, el derecho a la personalidad jurídica, “aunque cese con la muerte de la persona, tiene efectos que perduran después de

Civil y el derecho a la identidad (Documento preparado por la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral), 17 de abril de 2007, OEA/Ser.G, pp. 4-6, y CAJP/GT/DI/INF 20/08, *Explicación sobre los derechos asociados al reconocimiento de la identidad para propósito del Grupo de trabajo encargado de elaborar un Programa Interamericano para el Registro Civil universal y “derecho a la identidad”*, 4 de febrero de 2008, OEA/Ser.G, pp. 1-3.

Se trata de derechos que permiten configurar la identidad propia y única de la persona, y se encuentran tan estrechamente vinculados a la personalidad jurídica que algunos como el nombre o la nacionalidad son a menudo considerados atributos fundamentales de la personalidad.

²³² Así como a la correspondiente documentación identificativa. Por ejemplo, en los Principios Rectores de los desplazamientos internos se vincula directamente el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a disponer de documentos de identidad y otro tipo de certificaciones (Principio 20.2: “Para dar efecto a este derecho [al reconocimiento de la personalidad jurídica], las autoridades competentes expedirán a los desplazados internos todos los documentos necesarios para el disfrute y ejercicio de sus derechos legítimos, tales como pasaportes, documentos de identidad personal, partidas de nacimiento y certificados de matrimonio. En particular, las autoridades facilitarán la expedición de nuevos documentos o la sustitución de los documentos perdidos durante el desplazamiento, sin imponer condiciones irracionales, como el regreso al lugar de residencia habitual para obtener los documentos necesarios”, ONU, Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, *cit.*, p. 11).

²³³ *Vid.* CDH, *Observación general n° 17: Artículo 24 – Derechos del niño*, 1989, 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, pp. 232-233; UNICEF/CENTRO DE INVESTIGACIONES INNOCENTI, “El registro de nacimiento: el derecho a tener derechos”, *Innocenti Digest*, n° 9, marzo de 2002, p. 1: “Cuando no se inscribe en un registro el nacimiento de un niño, se corre el riesgo de excluirlo de la sociedad, ya que se le niega el derecho a una identidad oficial, a un nombre reconocido y a una nacionalidad”; MILLER, M., “Birth registration: statelessness and other repercussions for unregistered children”, *3rd European Conference on Nationality, Strasbourg, 11-12 October 2004*, Doc. CONF/NAT(2004)Rap8, 5 de octubre de 2004, pp. 6 y 15.

²³⁴ *Vid.* ONU, Doc. CCPR/C/66/D/717/1996, *cit.*, voto particular del miembro del Comité Hipólito SOLARI IRIGOYEN (disconforme), para quien el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica “es un derecho fundamental a que todos tienen derecho aún después de su muerte, y que debe protegerse siempre que se exija su reconocimiento”.

²³⁵ Suscrito también por el Sr. Fausto POCAR en relación con la comunicación No. 718/1996.

la muerte”²³⁶. Es más: en el supuesto de que la persona se halle desaparecida o ausente, el derecho continúa produciendo efectos, puesto que “la persona puede reaparecer, e incluso no estando presente, no deja de existir jurídicamente”, dado que “no puede sustituirse una muerte civil a la muerte natural confirmada”²³⁷. De hecho, no es extraño que los órganos internacionales de protección de los derechos humanos aprecien una violación continuada²³⁸ del derecho al reconocimiento de la personalidad como consecuencia de una desaparición forzada²³⁹. Tal y como ha señalado el CDH:

“Las desapariciones [...], en el caso de las personas desaparecidas que siguen con vida y en régimen de incomunicación, pueden violar el derecho garantizado en el artículo 16 del Pacto, en virtud del cual todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. En tal situación, esas personas están privadas asimismo, sin recurso alguno, de su capacidad de ejercer todos los demás derechos consagrados en el Pacto”²⁴⁰.

En consecuencia, del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se deriva la obligación para el Estado de iniciar una investigación para determinar el paradero de la persona desaparecida²⁴¹, debiendo probar que “utilizó todos los medios de que dispone para determinar el paradero de la persona desaparecida”²⁴².

En tales circunstancias, para establecer el fin de la personalidad jurídica habrá que estar a lo que establezca el ordenamiento jurídico interno en relación con las

²³⁶ ONU, Doc. CCPR/C/66/D/717/1996, *cit.*, voto particular del miembro del Comité Christine CHANET respecto de las comunicaciones nos. 717/1996 y 718/1996.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Vid.* ONU, Doc. CCPR/C/85/D/1078/2002, *Comunicación n° 1078/2002, Norma Yurich c. Chile*, 12 de diciembre de 2005, voto particular disconforme de de los miembros del Comité Sra. Christine CHANET, Sr. Rajsoomer LALLAH, Sr. Michael O'FLAHERTY, Sra. Elisabeth PALM y Sr. Hipólito SOLARI IRIGOYEN.

²³⁹ *Vid.* artículo 1.2 de la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*.

²⁴⁰ ONU, Doc. CCPR/C/79/Add.95, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Argelia*, 18 de agosto de 1998, párr. 10.

En similares términos se expresó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Com.IDH) en el caso *Axel Raúl Lemus García c. Guatemala*, al afirmar que: “La desaparición de Axel Raúl Lemus García implica una violación al derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica consagrado en el artículo 3 de la Convención. Cuando Axel Raúl Lemus García fue desaparecido por agentes del Gobierno, fue excluido necesariamente del orden jurídico e institucional del Estado, lo que significó una negación de su propia existencia como ser humano revestido de personalidad jurídica” (énfasis añadido) (COM.IDH, *Axel Raúl Lemus García c. Guatemala*, Caso 8076, Informe n° 55/96, de 6 de diciembre de 1996, párr. 24).

²⁴¹ ONU, Doc. CCPR/C/SR.1682, *Summary Record of the 1682nd meeting: Algeria*, 1 de diciembre de 1998, párr. 9 (intervención de Fausto POCAR).

²⁴² ONU, Doc. CCPR/C/85/D/1078/2002, *cit.*, voto particular disconforme de de los miembros del Comité Sra. Christine CHANET, Sr. Rajsoomer LALLAH, Sr. Michael O'FLAHERTY, Sra. Elisabeth PALM y Sr. Hipólito SOLARI IRIGOYEN.

declaraciones de fallecimiento, esto es, la posibilidad legal de presumir *iuris tantum* que una persona ha muerto. Por consiguiente, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica tendrá una duración determinada, en función de que “o bien la identificación del cadáver es incontestable y puede confirmarse la muerte, o bien persiste la incertidumbre respecto de la ausencia o la identificación y el Estado debe establecer normas aplicables a todos estos casos”²⁴³.

Diferente es, sin embargo, la figura de la **muerte civil**, una ficción jurídica que supone la “extinción de la capacidad jurídica de la persona que aún viviendo físicamente pierde su personalidad jurídica”²⁴⁴. Esta institución consiste en desprobeer a una persona de todos sus derechos, de forma análoga a lo que ocurriría si falleciera. Supone, por tanto, que el Derecho hace la ficción de que esa persona está muerta a todos los efectos jurídicos, lo que acarrea la imposibilidad de recibir cualquier tipo de protección por parte del ordenamiento jurídico, puesto que la persona ya no existe para el mismo, a la vez que se excluye toda capacidad de participar eficazmente en el tráfico jurídico o en cualquier relación jurídica.

La muerte civil solía estar prevista para un número tasado de circunstancias. MORÁN MARTÍN enumera las siguientes causas que históricamente podían acarrear la muerte civil²⁴⁵: a) la esclavitud; b) la pérdida de la ciudadanía; c) la condena a determinadas penas o por ciertos delitos²⁴⁶; d) la entrada en religión o muerte claustral²⁴⁷; y e) enfermedad.

²⁴³ ONU, Doc. CCPR/C/66/D/717/1996, *cit.*, voto particular del miembro del Comité Christine CHANET respecto de las comunicaciones nos. 717/1996 y 718/1996.

²⁴⁴ MORÁN MARTÍN, R., *Historia...*, *cit.*, 2002, p. 77.

²⁴⁵ *Ibid.*, pp. 77-79.

²⁴⁶ Por ejemplo, la muerte civil era una consecuencia de la condena por herejía tras la imposición del catolicismo como religión oficial del Imperio romano, con el Edicto de Tesalónica del año 384 (MORÁN MARTÍN, R., *Historia...*, *cit.*, p. 78), como también lo fue en los pueblos germánicos que se convirtieron al cristianismo (*ibid.*). En EUA la muerte civil fue una consecuencia de la condena a prisión hasta bien entrado el siglo XX, hasta el punto de que, hasta mediados de la década de los 70, “the technical status of American prisoners was «slaves of the state» (WHITMAN, J. Q., “«Human Dignity» in Europe and the United States: The Social Foundations”, *HRLJ*, vol. 25 (1-4), 2004, p. 20). A mediados de los años 90 todavía cuatro Estados imponían la muerte civil por delitos graves (OLIVARES, K. M., BURTON, V. S., JR., & CULLEN, F. T., “The Collateral Consequences of a Felony Conviction: A National Study of State Legal Codes 10 Years Later”, *Fed. Prob.*, vol. 60 (3), 1996, pp. 13-14; sobre la noción de *muerte civil*, *vid. ibid.*, p. 16, nota 1).

²⁴⁷ Así ocurría en Inglaterra, donde se consideraba que una persona moría civilmente cuando renunciaba al reino, era desterrada o entraba en un monasterio. Siguiendo a BLACKSTONE: “The civil death commences if any man be banished the realm by the process of the common law, or enters into religion” (BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England. A Facsimile of the First Edition of 1765-1769*, vol. I: “Of the Rights of Persons (1765)”, Chicago/London: The University of Chicago Press, 1979, p. 128).

La muerte jurídica aparecía como una forma de exclusión y/o eliminación de ciertas personas de la sociedad, por la vía de la negación de sus derechos²⁴⁸. En el momento actual, sin embargo, la posibilidad de decretar la muerte civil de una persona resulta totalmente contraria al Derecho internacional de los derechos humanos²⁴⁹. Precisamente, la proclamación del reconocimiento de la personalidad jurídica ya en la DUDH pretendía en cierto modo evitar que esta práctica se perpetuara; de hecho, la inclusión del artículo 6 DUDH se inspiró en buena medida en la abolición en algunas Constituciones de la muerte civil²⁵⁰, dadas las gravísimas consecuencias que esta muerte para el Derecho tiene sobre el individuo: sin derechos y sin posibilidad de acceder a la protección estatal, pasará a encontrarse en una situación de total vulnerabilidad dentro de la sociedad.

3.3. LA RECONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN A PARTIR DE LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA COMO BIEN JURÍDICO ESPECÍFICO.

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica podría ser una hipotética alternativa al derecho a la igualdad para constituir el bien jurídico del crimen contra la humanidad de persecución, y ello por diversas razones:

(i) En primer lugar, se trata de un derecho humano que puede considerarse fundamental, dada su vinculación directa a la protección de la dignidad del individuo. Por consiguiente, parece satisfacer mejor el requisito general previamente establecido en relación con el bien jurídico de los crímenes contra la humanidad, esto es: tratarse de un derecho humano fundamental, como manifestación concreta de la dignidad humana, a cuya protección aspira a contribuir la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad.

(ii) En segundo lugar, su violación no sólo podría tener el efecto práctico de “privar a una persona de sus derechos fundamentales” -reproduciendo el tenor del ECPI- sino también de otros no fundamentales –ajustándose a la práctica jurisprudencial-, y nada

²⁴⁸ La muerte civil “deprives a person of his rights and leaves him on the fringe of meaningful social activity” (VOLIO, F., “Legal...”, *cit.*, p. 186).

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 187.

²⁵⁰ VERDOOT, A., *Declaración...*, *cit.*, p. 105 y nota 1.

impediría que esa violación se produzca de forma discriminatoria.

(iii) En tercer lugar, permitiría construir el crimen contra la humanidad de persecución de forma análoga al resto de crímenes contra la humanidad, manteniendo la misma estructura y sin que surgieran superposiciones entre este tipo penal y el resto de modalidades criminales tipificadas en la categoría.

(iv) En último lugar, esta perspectiva permitiría actualizar la configuración de la persecución como modalidad criminal, teniendo en cuenta las necesidades de la sociedad internacional actual, pero enlazando a la vez con los orígenes de la noción y su contenido histórico, que la muestra como una práctica utilizada por quienes ostentan el poder para neutralizar cualquier elemento molesto dentro de la sociedad (cristianos, herejes, judíos,...) que pueda poner en peligro el *statu quo*. Ello posibilitaría una identificación más nítida de la finalidad del tipo, lo que es de esperar que repercutiera favorablemente en su aplicación.

Para valorar la potencialidad de la tipificación propuesta, procede a continuación entrar a analizar cómo afectaría el cambio de bien jurídico a los elementos del crimen contra la humanidad de persecución, si se desestimara su carácter de crimen discriminatorio para, en su lugar, considerarlo un tipo destinado a castigar los ataques contra el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

En concreto, se examinará su incidencia en la configuración del elemento objetivo (§ A) y del elemento subjetivo (§ B), con el fin de verificar si la hipótesis sugerida reduciría los problemas de aplicación del crimen observados con anterioridad.

A) Elemento objetivo.

Las mayores consecuencias del cambio de bien jurídico protegido afectarían al elemento objetivo, en tanto que esta nueva perspectiva posibilitaría la identificación de una acción típica propia de la persecución como crimen contra la humanidad, que no se superponga a la acción típica de los demás crímenes contra la humanidad.

Evidentemente, ello exigiría cambiar la concepción de la persecución como una práctica discriminatoria que actualmente se maneja en el ordenamiento jurídico internacional por otra que diera relevancia al bien jurídico que se pretende proteger. Es

decir, en una primera aproximación, hay que partir del presupuesto de que hablar de *persecución* equivaldría a hablar de una privación del derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica, de igual manera que *homicidio* hace referencia a la privación del derecho a la vida, o *tortura* alude a la lesión del derecho a la integridad física y/o moral.

Concretando más, se podría definir la *persecución* como la **negación de la personalidad jurídica de un ser humano**, de manera que **fáctica o legalmente quede excluido de las relaciones socio-jurídicas y de la posibilidad de reclamar la protección del ordenamiento jurídico frente a los ataques de terceros contra sus derechos**, lo que lo coloca en una **situación de vulnerabilidad** que pone en riesgo no sólo el **disfrute de los derechos humanos que el ordenamiento jurídico internacional le reconoce**, sino incluso su **supervivencia física**.

Por tanto, para que la negación de la personalidad jurídica fuera calificable de *persecución* deberían concurrir fundamentalmente dos elementos:

(i) que se produjera la exclusión fáctica o legal del ser humano tanto de las relaciones socio-jurídicas como de la posibilidad de reclamar la protección frente a ataques contra sus derechos, y

(ii) que esta exclusión colocara al ser humano en una situación de vulnerabilidad que afecte a su normal disfrute de los derechos que el ordenamiento jurídico internacional le reconoce y que ponga en riesgo incluso su supervivencia física²⁵¹.

A lo largo de la historia, el elemento de exclusión social de determinados individuos ha sido el objeto y fin de cualquier práctica persecutoria²⁵². De hecho, la que

²⁵¹ En el comentario a la versión de 1996 de su Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, la CDI atribuía indirectamente ese efecto a la persecución. La CDI incluyó en su artículo 18 dos modalidades de crimen contra la humanidad que eran bastante similares: la persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos (apartado e) y la discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que suponga la violación de los derechos y libertades fundamentales y entrañe graves desventajas para una parte de la población (apartado f). La CDI reconocía que ambos grupos de actos prohibidos consistían “en una conducta criminal distinta, pero estrechamente relacionada, que supone la denegación de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas, basada en un criterio discriminatorio injustificable”, con la diferencia de que la segunda exigía una institucionalización del “plan o la política discriminatorios” (Comentario al artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, apdo. 12, en: ONU, Doc. A/51/10, *cit.*, párr. 50).

²⁵² DE THAN, C. & SHORTS, E., *International Criminal Law and Human Rights*, London: Sweet & Maxwell, 2003, p. 106. También los tribunales penales internacionales reconocen que la persecución tiene por resultado excluir a determinadas personas de la sociedad (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso nº IT-95-16-T, *cit.*, párr. 85 (“Bosnian Croat persecution of the Bosnian Muslim population was designed to

posiblemente sea la delimitación más acertada del objeto de toda persecución aparece recogida en un documento clave dentro de la política nazi de exterminio de los judíos, el Protocolo Wansee²⁵³, en el que altos cargos del gobierno hitleriano -reunidos el 20 de enero de 1942 en la conocida como Conferencia de Wansee- establecieron las líneas maestras de la llamada “solución final de la cuestión judía” (*Endlösung der Judenfrage*). En él se establecían dos fases sucesivas por las que esa “solución final” debía pasar: la primera era la eliminación de los judíos de la sociedad alemana²⁵⁴; la segunda era la eliminación de los judíos de la faz de la tierra²⁵⁵. Por tanto, la eliminación física, el genocidio de los judíos, debía ir precedida de la eliminación social, lo que implicaba excluirlos de las relaciones sociales reguladas jurídicamente²⁵⁶. Se trataba (y se trata) por tanto de una destrucción en dos fases²⁵⁷.

dehumanise the latter so that it would be easier to commit acts of violence against them”) y 621: “Persecution [...] aims to exclude a person from society on discriminatory grounds”; ICTR, *Prosecutor v. Ruggiu*, caso nº ICTR-97-32-I, sentencia de instancia, 1 de junio de 2000, párr. 22).

²⁵³ *Vid. supra* Capítulo I, apartado 3.1.A.

²⁵⁴ “Die Zurückdrängung der Juden aus den einzelnen Lebensgebieten des deutschen Volkes” (obligar a los judíos a salir de las distintas áreas de la vida del pueblo alemán). Reproducción del documento disponible en: <http://www.ghwk.de/deut/Dokumente/seite-3-sw.pdf>, consultada el 15/1/10. En la sentencia del TMIN se afirma que hacia el otoño de 1938 “the Nazi policy towards the Jews had reached the stage where it was directed towards the complete exclusion of Jews from German life” (IMT, “Judgment”, *cit.*, p. 248).

Vid. LILLICH, R., “Civil...”, *cit.*, p. 131, quien estima que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se incluyó en la DUDH como “a key right through which individuals might assure themselves of their ‘fundamental civil rights’ embodied elsewhere in the Universal Declaration” precisamente porque “Nazi Germany had arbitrarily deprived many persons of their juridical personality before subjecting them to assaults on their physical integrity”.

²⁵⁵ “Die Zurückdrängung der Juden aus dem Lebensraum des deutschen Volkes” (obligar a los judíos a salir del espacio vital del pueblo alemán). Reproducción del documento disponible en <http://www.ghwk.de/deut/Dokumente/seite-3-sw.pdf>, consultada el 15/1/10.

²⁵⁶ Apunta ARENDT que “los nazis comenzaron su exterminio de los judíos privándoles de todo *status* legal (el *status* de ciudadanía de segunda clase) y aislándoles del mundo de los vivos mediante su hacinamiento en *ghettos* y en campos de concentración” (ARENDT, H., *Los orígenes...*, *cit.*, p. 374). Y añade que “antes de que se amenazara el derecho a la vida se había creado una condición de completa ilegalidad” (*ibid.*). A ello había que añadir la total desprotección jurídica de los judíos, que además se encontraban expuestos al arbitrio de las autoridades policiales (BROWNING, C. R., *The Origins of the Final Solution. The Evolution of Nazi Jewish Policy, September 1939-March 1942*, London: William Heinemann, 2004, p. 174).

GELLATELY no duda en afirmar que en un primer momento el objetivo de la política antisemítica de Hitler era “the reversal of Jewish emancipation”, antes de que los nazis hubieran decidido cuál habría de ser el destino de los judíos (GELLATELY, R., “The Third Reich, the Holocaust, and Visions of Serial Genocide”, en: GELLATELY, R. & KIERNAN, B. (eds.), *The Specter of Genocide. Mass Murder in Historical Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 244). No será hasta después del estallido de la II Guerra Mundial que la escalada de violencia contra la población judía se oriente hacia su destrucción total (*ibid.*, pp. 241 y 246-252). Idéntico proceso sufrieron los gitanos, cuya persecución vino seguida de su aniquilación (*ibid.*, p. 252).

²⁵⁷ Al abordar la cuestión de la detección precoz y prevención del genocidio, TOTTEN enumera situaciones que pueden ser un primer paso hacia un futuro genocidio, como violaciones masivas de derechos humanos, discriminación y ostracismo de determinados grupos, tensión política extrema, éxodo masivo de refugiados, desplazamientos internos de población, acciones gubernamentales que

Las leyes raciales resultaron ser un instrumento perfecto para conseguir ese fin²⁵⁸, determinando que la persecución nazi fuera posiblemente la más perfecta de la Historia: con todo un cuerpo normativo consagrado a excluir a los judíos de la sociedad²⁵⁹ y el conjunto de los poderes públicos actuando al unísono para la consecución de ese fin²⁶⁰ (un fin que por lo demás no era contestado seriamente por la ciudadanía²⁶¹), el sistema funcionó de manera adecuada para colocar a millones de seres humanos indeseados como miembros de la sociedad en una posición de vulnerabilidad total, lo que facilitó su ulterior

deshumanizan y/o aíslan a ciertos grupos (TOTTEN, S., "The intervention and prevention of genocide: Sisyphean or doable?", *JGR*, vol. 6 (2), 2004, p. 234). Una postura similar es defendida por MOMEN al abordar la persecución de los Babi y los Baha'i en Irán, entendiendo que el genocidio de estos grupos vino precedido por una fase de persecución, en la que los miembros de tales comunidades quedaban excluidos de la protección del Estado (MOMEN, M., "The Babi and Baha'i community of Iran: a case of "suspended genocide"?", *JGR*, vol. 7 (2), 2005, p. 230). El análisis en dos fases es también utilizado por KALLIS en relación con Kosovo, al analizar si los crímenes cometidos de forma masiva contra los kosovares podrían haber sido evitados mucho antes, desde principios de la década de los 90, cuando comenzaron a apreciarse indicios claros de persecución, como el cierre de la Universidad de Pristina, la remoción de albanokosovares de cargos públicos y administrativos, la práctica diaria de arrestos e intimidaciones, o el ataque a su especificidad lingüística, religiosa y cultural de la población albana (KALLIS, A. A., "Eliminationist crimes, state sovereignty and international intervention: the case of Kosovo", *JGR*, vol. 1(3), 1999, pp. 418-420 y 425). De hecho, este autor incluye la persecución entre los crímenes que él denomina *eliminacionistas* (*ibid.*, p. 423). *Vid.* también DE THAN, C. & SHORTS, E., *International...*, *cit.*, p. 106. *Cfr.* QUIGLEY, J., *The Genocide Convention. An International Law Analysis*, Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006, p. 274, quien considera que la prohibición del crimen de genocidio ofrece una vía legal para evitar violaciones graves de derechos humanos con anterioridad a los crímenes contra la humanidad, pues estos "require mass action before criminality is found".

En este sentido, cabe recordar que el Secretario General de la ONU ha sugerido la oportunidad de que el Consejo de Seguridad interviniera en virtud del Capítulo VII cuando se constatará la existencia de violaciones sistemáticas y generalizadas del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos y del Derecho internacional que supusieran una amenaza de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, en el bien entendido de que la acción coercitiva debería ser vista como "un mecanismo de última instancia para proteger a la población civil de amenazas inmediatas contra su vida" (ONU, Doc. S/1999/957, *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la protección de los civiles en los conflictos armados*, 8 de septiembre de 1999, párr. 67, p. 24).

²⁵⁸ La Ley de Autorización o Ley Habilitante, de 23 de marzo de 1933, eliminó los obstáculos para llevar a la práctica el proyecto político de Hitler (FIGUEREDO, C. A., "Las leyes raciales", *Concienciactiva* 21. *Ética y valores en un mundo globalizado*, n° 11, 2006, p. 175), cuyas bases habían quedado fijadas en el programa del NSDAP (1920), en el cual se establecía claramente que sólo podía ser ciudadano quien fuera miembro de la comunidad nacional, condición que únicamente podían ostentar quienes tuvieran sangre alemana; por tanto, ningún judío podía ser miembro de la comunidad nacional (punto 4). Como consecuencia de ello, los judíos pasarían a ser considerados extranjeros (punto 5), no podrían participar en la elaboración de las leyes (punto 6), e incluso podrían ser expulsados en situación de carestía (punto 7). Por supuesto, la igualdad de derechos en el III Reich no se predicaba respecto de todas las personas, sino sólo respecto de los ciudadanos (punto 9).

²⁵⁹ Sobre la utilización del Derecho como herramienta para la aniquilación de los judíos *vid.* MILLER, R. L., *Nazi Justiz. Law of the Holocaust*, Westport: Praeger, 1995.

²⁶⁰ Sobre la atribución de un estatuto jurídico especial a los judíos consistente en una progresiva privación de todos sus derechos en los más diversos ámbitos *vid.* LEMKIN, R., *Axis...*, *cit.*, pp. 75-77.

²⁶¹ MILLER afirma que el Holocausto fue un resultado probable desde el momento en que "the German public decided that ordinary productive people should be excluded from life in normal society" (MILLER, R. L., *Nazi...*, *cit.*, p. 2).

destrucción física²⁶². En efecto, ése es el resultado habitual de toda persecución: desprotegido jurídicamente en sus relaciones con los demás, el ser humano pasa a ser un objeto en la sociedad dentro de su Estado, sin que los ataques contra el mismo acarreen consecuencias jurídicas²⁶³.

Téngase en cuenta que las violaciones del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueden presentar distinto alcance, en función de que: (i) afecten a derechos específicamente reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado a todos los individuos bajo su jurisdicción, o que (ii) afecten de forma más general a derechos considerados inherentes al individuo, cuya protección es ineludible para el Estado conforme al Derecho internacional.

(i) En relación con la **negación de derechos atribuidos por el ordenamiento jurídico interno** a las personas sometidas a la jurisdicción del Estado, conviene hacer una serie de precisiones:

– Para empezar, caben divergencias en cuanto a la cantidad de derechos que las personas pueden ejercer, en función del estatuto que tengan atribuido por el ordenamiento jurídico interno, siempre de conformidad con el Derecho internacional público (por ejemplo, son admisibles las diferencias en cuanto al ejercicio de derechos entre nacionales y no nacionales²⁶⁴). Además, dado el carácter dinámico de

²⁶² Vid. 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, afirmando que “his final decree [de Flick] placing Jews «outside the law» and handing them over to the Gestapo [...] was the equivalent to an order for their extermination”.

²⁶³ Evidentemente, este proceso no se limita a lo jurídico, sino que viene acompañado de toda una retórica deshumanizadora o bestializadora de quien es considerado el “enemigo”, en lo que posiblemente sea una racionalización que elabora el atacante para poder perpetrar posteriormente la masacre de quienes considera seres inferiores (SEMELIN, J., “Toward a vocabulary of massacre and genocide”, *JGR*, vol. 5 (2), 2003, p. 197). Tal y como se sugiere en HUMPHREY, M., *The Politics...*, *cit.*, p. 142: “Mass atrocity is only the culmination of a process of de-subjectification, de-nationalisation and de-humanisation which defines power over life by determining who falls inside and outside the social limits”.

²⁶⁴ Vid. por ejemplo los artículos 2.3 PIDESC, sobre la garantía de los derechos económicos por los países en desarrollo (“Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”); 25 PIDCP, sobre la participación en los asuntos públicos, el sufragio y el acceso a la función pública (“Todos los *ciudadanos* gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: [...]” -cursiva añadida-), o 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”). No obstante, esas diferencias quedarían atenuadas por efecto

los derechos humanos, también se podrán apreciar diferencias cuantitativas no sólo en función del lugar sino también del momento en el que se realice la determinación de los derechos que el ordenamiento jurídico otorga. De cualquier forma, tal y como se indicaba en el apartado precedente, las variaciones en cuanto a los derechos que un individuo pueda tener reconocidos en cada momento y lugar en nada afectan al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, pues ésta se presenta como una cualidad inherente al ser humano y por tanto su constitución no depende del número de derechos que otorga el Estado²⁶⁵.

– En todo caso, conviene tener presente que para poder hablar de “negación de un derecho” no basta con que éste resulte lesionado, sino que es además necesario que no se permita al individuo acudir a los mecanismos de protección que existan para poder ser restituido en su derecho. De lo contrario, no se produciría una negación de su personalidad jurídica por cuanto continúa disponiendo de capacidad procesal para ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta circunstancia pone de relieve un dato clave para comprender el mecanismo de toda persecución, como es el trascendental papel que juega el Estado (o la organización que controle de forma efectiva un territorio ejerciendo funciones de poder público) en la comisión de un crimen contra la humanidad de persecución, pues si bien cualquiera puede ser sujeto activo del crimen, necesitará de la pasividad de los órganos estatales (o de la organización) para garantizar la impunidad de su comportamiento²⁶⁶.

del afianzamiento de la noción de *derechos humanos* y con ella el reconocimiento de un mínimo de derechos a todos los seres humanos (*vid. infra* este mismo apartado).

²⁶⁵ Es más: son precisamente esas diferencias en cuanto a los derechos reconocidos por unos y otros Estados la que en última instancia darían sentido a una institución como el refugio, ya que las persecuciones en el interior de los Estados variarían en función de los derechos que éstos permitan ejercer a las personas bajo su jurisdicción. Así, por ejemplo, la dureza con la que se castiga la práctica de relaciones sexuales entre personas del mismo sexo en unos Estados contrasta con los avances experimentados en otros lugares en cuanto al reconocimiento de derechos al colectivo homosexual. No es de extrañar, entonces, que las personas homosexuales que se hallan en Estados represores intenten evitar la violación de derechos que nada tienen que ver con su orientación sexual –como la libertad, la integridad física o incluso la vida– buscando refugio en aquellos Estados en los que tales relaciones constituyen una práctica perfectamente legal.

²⁶⁶ Constatación que se ha de conectar con la exigencia del que el ataque sistemático o generalizado característico de los crímenes contra la humanidad sea expresión de una política organizada (*vid. supra* Capítulo III, apartado 2.1.C).

La capacidad o voluntad del Estado de proteger es una también una cuestión central en la determinación del estatuto de refugiado (MATHEW, P., HATHAWAY, J. C. & FOSTER, M., “The Role of State Protection in Refugee Analysis”, *IJRL*, vol. 15 (3), p. 444; SMITH, M., “The Relevance of the Work of the International Criminal Court to Refugee Status Determination”, *IJRL*, vol. 20 (1), p. 170). Así pues, la ausencia de legislación estatal que garantice protección frente a la persecución o su inadecuada aplicación pueden constituir una prueba de la falta o incapacidad del Estado de proteger a determinadas personas y servir también para fundamentar el otorgamiento de refugio (*ibid.*, pp. 171-176).

– De lo antedicho se deduce la necesidad de que este comportamiento esté tipificado internacionalmente, puesto que su verificación sólo es posible por un comportamiento omisivo de los Estados que deje desprotegidos a los individuos. Y es que el castigo de la persecución en el ámbito de la jurisdicción estatal resulta por definición incompatible²⁶⁷, ya que si se tipificara y apreciara en el plano interno se estaría admitiendo la condición de víctimas de quienes sufran violaciones de derechos, y por tanto reconociendo su legitimidad activa para ser restituidas en los derechos lesionados, lo que equivaldría a reconocer su personalidad jurídica²⁶⁸.

(ii) Además de otorgar derechos en el ordenamiento jurídico interno, también puede ocurrir que el Estado haya asumido la obligación de respetar, proteger y garantizar a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción determinados **derechos reconocidos en normas internacionales**. En tal caso, los derechos del individuo cuya privación puede estimarse indiciaria de una persecución tendrán un doble origen normativo: interno e internacional. Esta diversificación de fuentes se antoja particularmente relevante si se piensa que, a menudo, la negación de la personalidad jurídica no se plasma en un ataque a derechos reconocidos por los Estados y por tanto invocables ante los tribunales internos, sino en una progresiva reducción de esos derechos por vía legal hasta llegar incluso a la criminalización de un determinado grupo, lo que permite su represión gracias a una expansión injustificada del ordenamiento penal que da cobertura jurídica al uso de la coerción estatal contra ese colectivo²⁶⁹.

Pero hay un límite infranqueable a esa privación de derechos en el interior del Estado, oponible incluso cuando el Estado no haya asumido voluntariamente obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. En efecto, es importante no olvidar que

²⁶⁷ BOLLO AROCENA sugiere esta incompatibilidad al hablar del caso alemán, donde el ordenamiento jurídico había permitido y fomentado la masacre de civiles y, por tanto, “no podía servir como fundamento para su represión” (BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para la represión*, Bilbao: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2004, pp. 61-62).

²⁶⁸ Ello explicaría la ausencia de regulaciones estatales de este comportamiento criminal de los que derivar principios comunes a las naciones civilizadas que pudieran haber justificado su inclusión como crimen contra la humanidad en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, como si ocurrió en relación con la otra categoría de crímenes (los llamados “*tipo homicidio*”). Sobre este particular, *vid.* Capítulo II, apartado 1.1.B, nota 54.

²⁶⁹ Con acierto señala MILLER que si un grupo ha de ser eliminado, entonces hay que detectar a sus miembros, identificando sus características; de ahí que la definición legal de un grupo sea crucial para el proceso de destrucción, pues, de esa forma, quienes antes sólo eran enemigos del pueblo “now become enemies of the state” (MILLER, R. L., *Nazi...*, *cit.*, p. 9).

dentro de los derechos reconocidos a los individuos existen algunos cuyo respeto se establece en normas jurídicas internacionales de carácter imperativo que no pueden ser derogadas por normas dispositivas²⁷⁰. Se trata, obviamente, de los derechos fundamentales, expresión esencial de la dignidad humana, cuya protección penal se articula a través de la tipificación del resto de los crímenes contra la humanidad. Es decir, la persecución (entendida como negación de la personalidad jurídica) precedería y allanaría el terreno a otros comportamientos internacionalmente criminales, como consecuencia de la situación de vulnerabilidad derivada de la negación a los individuos de su personalidad jurídica, lo que no sólo les impediría disfrutar normalmente de los derechos que el ordenamiento jurídico internacional les reconoce, sino que además y sobre todo podría llegar a poner en riesgo su supervivencia física.

En conclusión, no sería necesario esperar como hasta ahora a que la población civil fuera exterminada para estimar que se está cometiendo un crimen contra la humanidad de persecución. La negación de la personalidad jurídica de un individuo podría empezar a apreciarse con anterioridad, a medida que se fueran acumulando lesiones de sus derechos (que no tendrían por qué ser ni derechos humanos ni fundamentales, sino que bastaría con que estuvieran reconocidos con carácter general por el ordenamiento interno) sin que se le permitiera reclamarlos en las instancias oportunas.

De esa forma, la negación de derechos no fundamentales²⁷¹ podría ser ya indiciaria de una persecución²⁷², la cual resultaría evidente si esas privaciones de derechos colocaran al

²⁷⁰ La existencia de unos derechos fundamentales reconocidos a toda persona al margen de los ordenamientos jurídicos estatales queda claramente formulada en el Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el que se indica que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

²⁷¹ Cuya caracterización como actos persecutorios pasa en la práctica actual por la verificación de un cierto grado de gravedad (*vid.* Capítulo IV, apartado 2.3.B) que en esta propuesta no sería necesaria en la medida en que estas lesiones de derechos ya no serían actos persecutorios sino elementos probatorios de la negación del reconocimiento de la personalidad jurídica.

²⁷² Esta posibilidad ya habría sido indirectamente admitida por la jurisprudencia internacional en alguna ocasión. En particular, *vid.* IMT, *The Flick Case*, *cit.*, p. 1215, en la que el Tribunal Militar que, en virtud de la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado, conoció del asunto estimó que el TMIN había tenido en cuenta aspectos como las medidas discriminatorias contra los judíos en el ámbito económico o la adopción de legislación antisemita no como crímenes contra la humanidad en sí mismos, sino como indicios de los que se podía inferir que se había cometido un crimen: “That Tribunal mentioned economic discrimination against the Jews as one of numerous evidentiary facts from which it reached the conclusion that the Leadership Corps was a criminal organization. Similarly when dealing with the question of Flick’s guilt of war crimes and crimes against humanity, it mentioned anti-Semitic laws drafted, signed and administered by Flick. These led up to his final decree placing Jews «outside the law» and handing them over to the Gestapo which was the equivalent to an order for their extermination.”

individuo al margen de la vida social, en una situación de vulnerabilidad tal que se pusiera en peligro su supervivencia.

B) Elemento subjetivo.

La modificación del bien jurídico protegido y la subsiguiente identificación de una acción típica propia y específica del crimen contra la humanidad de persecución haría innecesario circunscribir al elemento subjetivo sus rasgos característicos. De esa forma, no sería preciso un especial ánimo discriminatorio para apreciar la comisión del crimen, puesto que su diferenciación con el resto de conductas típicas quedaría ya establecida en relación con el elemento objetivo, lo que tendría efectos diversos en la aplicación del crimen.

(i) En primer lugar, se ganaría en claridad a la hora de apreciar la intención de cometer el crimen contra la humanidad de persecución. En efecto, si en la actual configuración del crimen se exige una doble intención respecto a la acción típica (la intención específica de cometer la violación de derechos humanos que constituya el acto persecutorio y la intención discriminatoria particular de la persecución²⁷³), ahora bastaría con la intención específica de negar a una persona su personalidad jurídica, o lo que es lo mismo: la intención específica de tratar a otro ser humano como si fuera un objeto.

(ii) Además, como consecuencia inmediata de la construcción del crimen sugerida, se eludirían los problemas de determinación de pertenencia a un grupo que la actual configuración de la persecución como crimen discriminatorio plantea. En efecto, bastaría con que se cumplieran los requisitos generales establecidos en la cláusula general del crimen para poder determinar quién es el sujeto pasivo de un crimen contra la humanidad de persecución, sin necesidad de verificar además su pertenencia a un grupo dado²⁷⁴. Por

Likewise in the cases of Funk and Seyss-Inquart, anti-Semitic economic discrimination is cited as one of several facts from which it is concluded that he was a war criminal”.

²⁷³ A las que habría que añadir la intención general de cometer la conducta criminal en el contexto propio de los crímenes contra la humanidad (*vid.* Capítulo III, apartado 3.2.A).

²⁷⁴ En realidad, la amplitud con la que en la práctica se viene determinando la pertenencia del sujeto pasivo a un grupo, basándola más en la percepción del sujeto activo que en datos realmente objetivos, hace que la finalidad de proteger un grupo determinado pierda relevancia en la actual configuración de la persecución, favoreciendo por el contrario la protección de los individuos (*vid.* Capítulo IV, apartado 3.3). Por consiguiente, la sustitución del bien jurídico protegido por el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica no sólo no alteraría sustancialmente el resultado práctico, sino que incluso resultaría técnicamente más correcto.

consiguiente, si se produjera un ataque sistemático o generalizado contra una población civil al que subyaciera una política organizada, cualquier persona que perteneciera a esa población civil podría ser sujeto pasivo del crimen contra la humanidad de persecución en la medida en que su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica resultara lesionado. No sería necesario proceder a una segunda determinación de su pertenencia a un grupo específico para poder establecer la comisión de un crimen contra la humanidad de persecución, puesto que esa identidad específica del sujeto pasivo sería indiferente a los efectos de los elementos del tipo penal. De esta forma, el crimen contra la humanidad de persecución se equipararía al resto de crímenes contra la humanidad en cuanto al potencial sujeto pasivo.

(iii) Asimismo, mientras que el artículo 7.1.h) ECPI requiere que la discriminación típica de la persecución se produzca por los motivos expresamente establecidos o por otros “universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”, lo que se interpreta como una exigencia de que la discriminación en estos casos sea contraria al Derecho internacional general²⁷⁵, la modificación operada en el bien jurídico específico del crimen contra la humanidad de persecución haría indiferente la existencia o no de una norma internacional consuetudinaria de prohibición de discriminación por un motivo que no estuviera expresamente recogido en el tipo de persecución, con lo que se reduciría la carga de la prueba para las víctimas.

(iv) Por otra parte, al no constituir el ánimo discriminatorio un elemento específico del crimen, sería posible apreciar la circunstancia agravante de discriminación también respecto de la persecución. De esta forma, se atribuiría a esta conducta criminal un desvalor similar al del resto de crímenes contra la humanidad, modulable en el momento de determinación de la pena, sin necesidad de incrementar la carga de la prueba.

En definitiva, los elementos de la persecución como modalidad criminal se articularían de manera similar al resto de crímenes contra la humanidad, haciendo residir

Tampoco el potencial sujeto activo tendría por qué variar. En la medida en que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica puede verse afectado tanto desde una perspectiva horizontal como vertical, esto es, tanto en las relaciones con otros particulares como en las relaciones con los agentes investidos de autoridad pública, cualquier persona puede ser internacionalmente responsable por este motivo.

²⁷⁵ Sobre esta cuestión, *vid. supra* Capítulo IV, apartado 3.2.F).

la gravedad de la conducta en el *actus reus*, y no en el elemento subjetivo, como viene sucediendo hasta la fecha.

Además, aun excluyendo del elemento subjetivo la exigencia de intención persecutoria, en la práctica serían de esperar efectos similares a los que en la actualidad se identifican como propios de una persecución, es decir: la violación discriminatoria de derechos en razón de la pertenencia a un grupo dado. Por una parte, la exigencia de que concurra un contexto determinado impide que se pueda apreciar un crimen contra la humanidad por un hecho aislado cometido contra un individuo en base a su conducta personal, lo que remite entonces a escenarios de criminalidad masiva o sistemática en los que la violencia contra las personas no es aleatoria, sino que requiere de una planificación, y por tanto de una cierta determinación previa de quiénes serán objeto de los actos criminales. Por otra parte, la negación de la personalidad jurídica a uno o varios individuos se traduce en el establecimiento de al menos dos categorías de seres humanos: las personas y las no-personas. Y puesto que la gravedad de negar ese *status* esencial de persona impide que dicha distinción pueda encontrar una justificación objetiva y razonable en virtud de los fines perseguidos y de los medios empleados, habrá que concluir que esa distinción que afecta al disfrute de los derechos será discriminatoria²⁷⁶.

3.4. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA VIABILIDAD DE LA PROPUESTA DE REDEFINICIÓN DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD DE PERSECUCIÓN.

En torno a la oportunidad de la hipótesis planteada se pueden avanzar tanto argumentos a favor como en contra. Los argumentos a favor se refieren principalmente a la mayor corrección técnica que aparentemente presentaría la alternativa propuesta y que permitiría soslayar los problemas técnicos que la actual configuración del crimen contra la humanidad de persecución plantea; asimismo, una interpretación del crimen en clave histórica también sustenta la concepción de la persecución como un ataque al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Por el contrario, se puede oponer que deja sin resolver algunas cuestiones clave para poder evitar que sigan surgiendo problemas de tipificación y aplicación, además de que

²⁷⁶ Vid. Capítulo IV, apartado 1.1.

la práctica seguida hasta la fecha por los Estados en esta materia permite poner en tela de juicio la viabilidad de la hipótesis sugerida.

Tanto los argumentos a favor (§ A) como los argumentos en contra (§ B) serán presentados seguidamente con mayor detalle.

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

Dos serían los principales argumentos a favor de una redefinición del crimen contra la humanidad de persecución como la propuesta: (i) su mayor corrección técnica y (ii) su coherencia histórica.

(i) *A priori*, la hipótesis propuesta resolvería -al menos en el plano teórico- algunos de los problemas técnico-jurídicos más preocupantes que presenta la actual tipificación del crimen contra la humanidad de persecución.

Para empezar, la configuración de los elementos del tipo encajaría mejor con las características definitorias de la categoría de los crímenes contra la humanidad, dotando a las diversas modalidades criminales incluidas en la misma de una mayor uniformidad en su tratamiento -pues todas ellas protegerían bienes jurídicos con la misma naturaleza (derechos fundamentales)- y favoreciendo un ámbito de aplicación diferenciado para cada crimen contra la humanidad -ya que cada uno de ellos consistiría en la lesión de un derecho humano distinto-.

Asimismo, se evitaría un importante inconveniente que hoy por hoy plantea el crimen contra la humanidad de persecución, cual es la cuestión del tratamiento jurídico-penal que se ha de dar a las violaciones de derechos no fundamentales. Éstas pasarían a ser indiciarias de una persecución, sin que fuera ya necesario demostrar que cada una de ellas era un comportamiento criminal contrario al Derecho internacional en el momento de su comisión, o utilizar -para intentar garantizar el respeto al principio de legalidad penal- subterfugios como la valoración contextual de los efectos de diferentes actos.

Dicha valoración, que seguiría siendo necesaria en el planteamiento alternativo propuesto, tendría sin embargo una naturaleza diferente a la que se le viene atribuyendo: hoy por hoy, los actos relevantes para poder apreciar el crimen contra la humanidad de persecución deben ser discriminatorios, es decir, cada uno de ellos ha de ser un acto persecutorio, y su gravedad se evalúa a partir del efecto que en su conjunto tienen sobre

las personas. Por el contrario, si se partiera de la premisa de que el resultado de la persecución no es la privación discriminatoria de derechos fundamentales, sino la negación de la personalidad jurídica, la valoración contextual de los actos no pretendería justificar la punición de los mismos por su gravedad global, sino que cada uno de ellos serviría como prueba del objetivo último perseguido por el crimen contra la humanidad de persecución, esto es, la negación de la personalidad jurídica de determinados individuos y su exclusión de la sociedad. Es decir, no se estarían castigando cada uno de esos actos como persecutorios, sino que lo persecutorio sería el resultado final de llevar a cabo tales comportamientos.

Igualmente, este planteamiento también daría más sentido a la tendencia a considerar la persecución una política, puesto que para apreciarla sería preciso que cualquier acto dentro de la misma estuviera orientado a la consecución del fin último, o sea, la negación de la personalidad jurídica, la cual no se podría producir mediante un único acto, sino que exigiría una concatenación de violaciones de derechos que pusieran en evidencia la cosificación a la que se estuviera sometiendo al individuo.

(ii) Por otra parte, esta propuesta permitiría actualizar la configuración de la persecución como modalidad criminal, teniendo en cuenta las necesidades de la sociedad internacional actual, pero enlazando a la vez con los orígenes de la noción y su contenido histórico, que la muestran como una práctica utilizada por quienes ostentan el poder para neutralizar cualquier elemento percibido como nocivo dentro de la sociedad que pueda poner en peligro el *statu quo*. Ello posibilitaría una identificación más nítida de la finalidad del tipo, lo que es de esperar que repercutiera favorablemente en su aplicación.

Un análisis retrospectivo de los casos que han sido calificados como persecuciones a lo largo de la Historia refleja que el trato recibido por las víctimas ha ido más allá de lo discriminatorio, siendo en la práctica idéntico al que se derivaría de decretar que un individuo dejaba de ser una persona para el Derecho, y más concretamente de decretar su muerte civil²⁷⁷ (que, ya se indicó anteriormente, podía venir dada por diversas

²⁷⁷ Un ejemplo muy ilustrativo es el caso del cineasta alemán Eric Charell, quien en febrero de 1933 firmó un contrato con la empresa cinematográfica alemana UFA por el que transfería a ésta todos los derechos sobre una obra suya (comprometiéndose además a trabajar en el guión) a cambio del pago de 130.000 Reichsmark. El contrato (que incluía una cláusula de cancelación en el caso de que Charell fuera incapaz de llevar a cabo su actividad de dirección por causa sobrevenida de enfermedad, muerte o causas similares) fue rescindido por UFA en abril de 1933, alegando que, por ser judío, el cineasta no podría desempeñar la tarea para la que se había comprometido.

circunstancias: la esclavitud, la pérdida de la ciudadanía, la condena a determinadas penas o por ciertos delitos, la entrada en religión o muerte claustral, y la enfermedad²⁷⁸).

Dejando a un lado la esclavitud y la muerte claustral (la primera por estar considerada por el ordenamiento jurídico internacional una conducta inadmisibles sin ningún género de dudas -como violación de derechos humanos y/o como crimen de Derecho internacional-, y en tanto que tal perseguible y punible, y la segunda porque la pérdida de la personalidad jurídica atendía generalmente a una decisión caracterizada por su voluntariedad), los tres supuestos restantes pueden llevar a conclusiones bastante controvertidas si se utilizan como parámetros para evaluar la observancia en la actualidad del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Por ejemplo, no es tan extraña la práctica de etiquetar como “enfermas” a determinadas personas que se consideran dañinas o molestas para el orden social o la moral pública, lo que permite al poder público excluirlas de la sociedad mediante la privación de sus derechos (sirva como ejemplo la consideración de la homosexualidad como una enfermedad mental, justificación de innumerables abusos contra este colectivo a lo largo de la historia²⁷⁹), pese a que la enfermedad sólo puede llegar a tener

El caso llegó al Tribunal Supremo (*Reichsgericht*), que dio la razón a UFA, al estimar que, conforme a la visión del mundo nazi, en el Reich sólo las personas de origen alemán eran tratadas con pleno valor jurídico. De esa forma, se reestablecían las limitaciones de la antigua ley de extranjería, así como la idea de distinguir entre personas con plenos derechos y aquellas con derechos limitados, partiendo de la premisa de que la falta total de derechos se había equiparado en otros tiempos a la muerte física. Si bien *a priori* la “extranjerización” no se puede equiparar a la negación de la personalidad jurídica, en el contexto de la Alemania nazi el efecto jurídico que se derivaba de la aplicación de las leyes de extranjería a la población judía era el mismo, sobre todo a partir de la adopción de las Leyes de Nuremberg, de 15 de septiembre de 1935 -la Ley de Ciudadanía del Reich (*Reichsbürgergesetz*) y la Ley para la Protección de la Sangre y el Honor Alemanes (*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*)-. En virtud de la primera (artículo 2.1 y 3), sólo ostentaban la ciudadanía del Reich -condición ineludible para gozar de plenos derechos- los nacionales de sangre alemana o afin (*Reichsgesetzblatt*, Jahrgang 1935, Teil I, p. 1146). Sin embargo, puesto que entre la población judía y el Estado seguía existiendo un vínculo de nacionalidad (aunque no fueran considerados ciudadanos), ningún otro Estado podía exigir que se les reconociera el estándar mínimo de derechos aplicable a los extranjeros conforme al Derecho internacional público de la época.

Respecto de Charell, el Tribunal consideró que dentro de la cláusula de rescisión del contrato por incapacidad para desarrollar su labor de dirección debida a enfermedad, muerte o causas similares tenía también cabida el cambio en el estatus jurídico de la persona como resultado de la política racial legalmente reconocida, materializada a partir de la aprobación de la Ley de Autorización o Ley Habilitante de 23 de marzo de 1933, ya que le impedía llevar a cabo las funciones de dirección, de forma similar a la muerte o a la enfermedad.

Los extractos más relevantes de la decisión final del Reichsgericht de 27 de junio de 1936 aparecen recogidos en *Juristische Wochenschrift*, vol. 65, 1936, pp. 2529-2531.

²⁷⁸ *Vid. supra* apartado 3.2.B.b).

²⁷⁹ La eliminación de la homosexualidad el 17 de mayo de 1990 de la lista de enfermedades mentales de la OMS supuso un avance en el reconocimiento internacional de los derechos tan largamente negados a este colectivo, dada la restricción injustificada en su capacidad de obrar y la criminalización de que a

un efecto modificativo de la capacidad de obrar, nunca de la capacidad jurídica, y únicamente en el caso en que la misma consista en una afección mental que limite las facultades cognitivas y volitivas del individuo y así lo declare la autoridad judicial competente. En consecuencia, cualquier medida destinada a excluir de las relaciones socio-jurídicas a un individuo por el hecho de que éste padezca alguna enfermedad atentará contra el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica²⁸⁰.

Pero sin duda el supuesto que más directamente remite a las raíces etimológicas de la noción de *persecución* es la muerte civil como consecuencia de la condena por la comisión de un delito, coherente con el contenido originariamente procesal del término en el Derecho romano²⁸¹. Aunque la persecución estaba inicialmente vinculada a un procedimiento que podía llevar a la imposición de una condena penal, quedó desvirtuada al ser decretada respecto de los cristianos al margen de toda garantía procesal: declararse cristianos bastaba para que se les impusiera un castigo (habitualmente la muerte, pero también el destierro) orientado a eliminarlos de la sociedad romana. Esta práctica condujo a que la persecución pasara a ser sinónimo de castigar el hecho de creer o de ser algo diferente como si fuera un crimen, castigo que tenía como resultado la exclusión social del individuo sin posibilidad alguna de

menudo han sido víctimas por este motivo (*vid.* WHO, *ICD-10. International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems: 10th Revision, Version 2007*, en: <http://apps.who.int/classifications/apps/icd/icd10online/> (consultada el 15/1/10), Código F66: “Psychological and behavioural disorders associated with sexual development and orientation”, advirtiendo en nota al inicio del apartado que la orientación sexual por sí misma “is not to be regarded as a disorder”).

²⁸⁰ Un ejemplo es la situación de las personas con discapacidad en Corea del Norte, puesta de relieve por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en la República Popular Democrática de Corea. De acuerdo con el informe del Relator, se había denunciado que las personas con discapacidad “son expulsadas de la capital” y “las que tienen discapacidad mental son detenidas en zonas o campos denominados “Pabellón 49”, donde imperan condiciones arduas y subhumanas” (ONU, Doc. A/61/349, 15 de septiembre de 2006, *Situación de los derechos humanos en la República Popular Democrática de Corea. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en la República Popular Democrática de Corea*, párr. 45).

Esta situación demuestra que las previsiones de la Ley sobre la protección de las personas con discapacidad (2003) son en la práctica papel mojado. La propia ley deja entrever que en este Estado las personas con discapacidad habrían sido tradicionalmente consideradas “infrapersonas, al disponer en su artículo 2 que: “The handicapped persons have lost or have limited physical and mental functions, so their normal activities as citizens are always impaired. However, they should be respected as persons. And, their political and social rights and interests shall be guaranteed as equally as normal persons” (*vid.* SOON-HE, L. *et al.* (ed.), *White Paper on Human Rights in North Korea, 2006*, Seoul: Korea Institute for National Unification, p. 104).

²⁸¹ *Vid.* Capítulo I, apartado 1.1.A). Esta concepción de la persecución es enfatizada por GRAHL-MADSEN, quien afirma sin ambages que la noción de *persecución* –desde la perspectiva del régimen internacional de los refugiados– “includes ‘prosecution’ other than those ‘genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations’” (Grahlmadsen, A., *The Status of Refugees in International Law*, vol. I (“Refugee Character”), Leyden: A. W. Sijthoff, 1966, p. 192).

protección frente al daño que cualquiera pudiera infligirle²⁸². Más que de criminales, se estaría hablando de “fuera de la ley”, es decir, aquellos individuos a los que se les niega su condición de personas para el Derecho, por lo que están expuestos a la arbitrariedad tanto de los poderes públicos como de los demás individuos²⁸³.

Así, la persecución se ha utilizado desde siempre como herramienta jurídica para eliminar al enemigo, a aquel que amenaza el orden social establecido aunque no existan elementos que objetivamente fundamenten ese temor. Y la forma más habitual de articular dicho objetivo ha sido la criminalización del diferente²⁸⁴, para poder de esa forma justificar su muerte jurídica y su exclusión de la sociedad. Al respecto señala ZAFFARONI:

“El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que sólo los consideraba como *entes peligrosos o dañinos*. Se trata de seres humanos a los que se señala como *enemigos* de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece –universal y regionalmente– el derecho internacional de los derechos humanos”²⁸⁵.

Esa consideración de que determinadas personas son elementos socialmente dañinos puede basarse en cualquier aspecto diferencial, sea la religión, la raza, la etnicidad, el origen, o cualquier otra circunstancia que se estime indeseable²⁸⁶. Se trata, en suma, de

²⁸² Las mismas consecuencias se derivaban en la práctica de la muerte civil (*vid.* por ejemplo MORÁN MARTÍN, R., *Historia...*, *cit.*, p. 78).

²⁸³ “During the Renaissance, peoples across Europe used the condition of “outlawry” to punish some criminals; “outlaws” could be killed with impunity, since they were literally considered to be outside the law” (EWALD, A. C., “«Civil Death»: The Ideological Paradox of Criminal Disenfranchisement Law in the United States”, *Wis. L. Rev.*, nº 5, 2002, p. 1059). *Vid.* también ARENDT, H., *Los orígenes...*, *cit.*, p. 374.

²⁸⁴ En relación con el estatuto de refugiado, la posibilidad de que la interposición de una acción judicial pueda convertirse en una persecución que sirva de base a la protección internacional es admitida en DE THAN, C. & SHORTS, E., *International Criminal Law and Human Rights*, London: Sweet & Maxwell, 2003, p. 31.

²⁸⁵ ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el derecho penal*, Madrid: Dykinson, 2006, p. 11. Por su parte, FERRAJOLI encuentra en esta tendencia, que ha resurgido con fuerza en los últimos tiempos, esquemas conocidos, que recuerdan “el viejo esquema del “enemigo del pueblo” de estaliniana memoria” y “el modelo penal nazi del “tipo normativo de autor” (*Tätertyp*)”, enlazando con “una tradición antigua y recurrente de despotismo penal inaugurada con los *crimina maiestatis*” (FERRAJOLI, L., “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho”, *Jueces para la democracia*, nº 57, 2006, p. 4).

²⁸⁶ Los motivos que pueden suscitar una persecución son incontables, pero todos tienen en común el considerar a determinadas personas peligrosas o perjudiciales. Ilustra la variedad de potenciales motivos persecutorios la preocupación que últimamente están suscitando la proliferación de ataques contra personas (principalmente mujeres, ancianos, niños y enfermos de VIH/SIDA) acusadas de brujería o contra los albinos, cuyos cuerpos son codiciados por la creencia de que sirven para preparar pócimas que traen buena fortuna y/o riqueza (al respecto *vid.* SCHNOEBELN, J., *Witchcraft allegations. refugee protection and human rights: a review of the evidence*, New Issues in Refugee Research - Research Paper

la vieja fundamentación filosófica de la política -que sin embargo es más bien un paradigma de la guerra²⁸⁷- en torno a la dicotomía amigo/enemigo propugnada por SCHMITT, que tan sirvió de base teórica al nazismo, porque es precisamente el modelo de Estado totalitario el que más impulsa la negación de la autonomía del individuo²⁸⁸.

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

Se pueden esgrimir principalmente dos argumentos en contra de la redefinición del crimen contra la humanidad de persecución conforme a la hipótesis propuesta: (i) por una parte, sigue planteando demasiados problemas técnico-jurídicos para poder resultar plenamente satisfactoria; (ii) por otra parte, no parece que los Estados puedan tener un interés en modificar la actual regulación jurídica de la persecución como crimen contra la humanidad, y menos cambiar la concepción tradicional de la persecución como un crimen discriminatorio.

(i) La hipótesis planteada tampoco está exenta de problemas técnico-jurídicos, sobre todo en lo que se refiere al grado de concreción de la acción típica. En efecto, la noción de *persecución* propuesta sigue adoleciendo de cierta imprecisión, de manera que diseñar el tipo a partir de la misma podría resultar problemático en relación con las exigencias derivadas del principio de taxatividad.

A este respecto, el principal inconveniente que se observa es la dificultad para poder determinar el momento exacto a partir del cual se puede afirmar que la privación de derechos alcanza ya a ser una negación de la personalidad jurídica. Y estrechamente vinculado a esta cuestión aparece el problema de identificar criterios objetivos que permitan establecer con certeza cuándo las víctimas de la persecución se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Ésta debería preceder a la privación de otros derechos fundamentales, pese a lo cual en la mayoría de los casos probablemente sólo se

No. 169, Geneva: UNHCR, 2009; ONU, Doc. A/HRC/11/2, *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, Philip Alston*, 27 de mayo de 2009, párr. 43-59).

²⁸⁷ FERRAJOLI, "El derecho penal...", *cit.*, p. 5. De acuerdo con este autor, "no por casualidad [este paradigma] acaba por secundar, en nombre de la emergencia, la disolución del estado de derecho, basada en la difusión del miedo y en la demanda de lealtades y de consenso apriorístico a cualesquiera arbitrio y abuso" (*ibid.*).

²⁸⁸ ZAFFARONI sostiene que "el ser humano considerado como *ente peligroso o dañino* y no como *persona con autonomía ética*, sólo es compatible desde la teoría política, con un modelo de estado absoluto total" (ZAFFARONI, E. R., *El enemigo...*, *cit.*, pp. 12-13). Por su parte, analizando el escenario actual, FERRAJOLI habla de "un posible totalitarismo internacional justificado por una suerte de estado de sitio global y permanente" (FERRAJOLI, "El derecho penal...", *cit.*, p. 5).

apreciaría una vez que estos hubieran resultado ya lesionados. Pero si la determinación de ese momento no es viable, quedaría difuminada la posibilidad de llevar a cabo un análisis de la situación de hecho en dos fases, restando así utilidad práctica a los indicadores que sugirieran que los derechos fundamentales de algunas personas dentro de la población se encuentran en peligro, ante los indicios de que el Estado está desconociendo su personalidad jurídica.

Esa imposibilidad de marcar un momento crítico a partir del cual poder hablar de *persecución* supone evidentemente un serio inconveniente para articular una respuesta internacional penal frente a una política persecutoria que no haya todavía desembocado en la privación de otros derechos fundamentales, al margen del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Más allá de la posibilidad de activar los mecanismos de que el ordenamiento jurídico internacional dispone para responder frente a violaciones de derechos humanos –en el caso de que fueran operativos-, o de poder dar una respuesta a los movimientos transfronterizos de población –si se produjeran-, la utilización del Derecho internacional penal requeriría la fijación de barreras claras, de conformidad con el principio de intervención mínima. Ya se indicó en otra parte de esta investigación que el carácter de última *ratio* del Derecho penal determina que su intervención sólo esté prevista para los ataques más graves contra los derechos humanos²⁸⁹, mientras que frente a atentados de menor gravedad se articulan respuestas distintas a la punición del individuo.

Esta apreciación enlaza con la cuestión de cómo encajar la persecución, configurada en los términos propuestos, dentro de la categoría de los crímenes contra la humanidad. El parámetro que garantiza el respeto al principio de intervención mínima es la comisión de la violación de derechos fundamentales en unas determinadas circunstancias que conforman el contexto propio de los crímenes contra la humanidad²⁹⁰, esto es, en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, tras el cual subyace una política organizada²⁹¹, y la persecución debe poder conectarse a ese ataque para poder ser calificada de *crimen contra la humanidad*²⁹². Sin embargo, la

²⁸⁹ *Vid. supra* Capítulo III, apartado 1.3.

²⁹⁰ *Vid. supra ibid.*

²⁹¹ *Vid. supra ibid.*, apartado 2.

²⁹² *Vid. supra ibid.*, apartado 2.1.D).

viabilidad de ese encaje va a depender de la noción de *ataque* que se maneje²⁹³. Así, si se parte de una noción restrictiva como la prevista en el ECPI (en el que el ataque se caracteriza por consistir en la comisión de múltiples violaciones de derechos fundamentales), la persecución se presentaría como una fase previa a dicho ataque, pues sería el éxito de la política persecutoria el que permitiría avanzar en la represión de unas víctimas cada vez más vulnerables, desembocando en la lesión de sus derechos fundamentales. Si, por el contrario, se opta por admitir un ataque en sentido amplio, que incluya también actos de presión no física (como ha propuesto el TPIR)²⁹⁴, la persecución previa a la lesión de derechos fundamentales podría entonces considerarse constitutiva de un crimen contra la humanidad. Ahora bien, no pasa desapercibido que la persecución concebida como una lesión del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, verificada a partir de indicios que ponen de manifiesto la progresiva erosión de dicho derecho, presenta una evidente coincidencia con la noción extensiva de *ataque*. En realidad, la persecución sería entonces el ataque, lo que de nuevo haría surgir la cuestión de si la persecución es un crimen contra la humanidad específico o un contexto que favorece la comisión de crímenes contra la humanidad.

Por otra parte, la noción de *persecución* propuesta presentaría un contenido variable, dependiendo del catálogo de derechos que los individuos tengan atribuidos en cada Estado. En consecuencia, la determinación de la situación de vulnerabilidad se antoja aún más complicada en la medida en que el punto crítico a partir del cual se puede afirmar que se está negando la personalidad jurídica de determinadas personas variaría en función del Estado en el que se encontrara. Claramente, existiría un núcleo de derechos comunes a todas las personas en todo lugar, cuales son los derechos fundamentales, que servirían entonces de criterio mínimo de referencia para determinar la comisión de un crimen contra la humanidad de persecución. No habría empero uniformidad en cuanto al resto de derechos –tanto aquellos otorgados por el ordenamiento interno como de aquellos derechos humanos a cuyo respeto se hubiera comprometido el Estado en cuestión-. Sin embargo, hacer depender la apreciación de una persecución de la verificación de lesiones a los derechos fundamentales nos situaría en un estadio demasiado avanzado de dicha persecución, pues evidenciaría que la vulnerabilidad extrema de las víctimas ya habría tenido un desenlace indeseado.

²⁹³ *Vid. supra ibid.*, apartado 2.1.A).

²⁹⁴ *Vid. ibid.*

(ii) Junto a los problemas técnicos que subsisten, se constatan además otros inconvenientes de política criminal. Ciertamente, la prohibición de la persecución en los términos expuestos en este apartado podría servir para poner coto a los excesos que los Estados puedan cometer en su lucha contra pretendidos enemigos del orden social. Ahora bien, el realismo indica que ese potencial éxito será también su principal obstáculo para que los Estados lleguen algún día a aceptar ser limitados por el Derecho internacional en sus competencias soberanas a la hora de decidir quién forma parte de su cuerpo social y quien debe mantenerse al margen de la sociedad, pese a que la eficacia de estas prácticas de cara a conseguir el objetivo señalado sea muy cuestionable²⁹⁵.

Lo más preocupante, en todo caso, es que la exclusión se justifique a menudo sobre la base de que el comportamiento de determinados individuos es una amenaza para la sociedad cuando aquellos simplemente intentan ejercitar derechos promovidos y protegidos por el propio Derecho internacional²⁹⁶. Es en ese punto cuando la invocación de prioridades como la seguridad nacional provoca la paradoja de que el ejercicio de los derechos que con tanto esfuerzo se ha logrado reconocer a las personas y cuya salvaguarda se hace reposar en última instancia en los mecanismos articulados por el Derecho internacional pase a ser visto como una amenaza. Así las cosas, habrá que estar atentos para evitar que, en pos de otros intereses, no se termine por producir una “criminalización de los derechos humanos”²⁹⁷.

²⁹⁵ Vid. FERRAJOLI, “El derecho penal...”, *cit.*, pp. 7-8.

²⁹⁶ Para ejemplificar esa afirmación sirva un fragmento del informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes relativo a su visita a China en 2005: “[...] political dissidents, journalists, writers, lawyers, human rights defenders, Falun Gong practitioners, and members of the Tibetan and Uighur ethnic, linguistic and religious minorities were often prosecuted as a result of having exercised their human rights to freedom of speech, assembly, association or religion. They are often sentenced to long prison terms for political crimes such as endangering national security through undermining the unity of the country, subversion or unlawfully supplying State secrets to individuals outside the country” (ONU, Doc. E/CN.4/2006/6/Add.6, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak. Misión a China*, 10 de marzo de 2006, párr. 61).

²⁹⁷ DE GOUTTES, R., “Droit pénal et droits de l’homme”, en: BOULOC, B. *et al.*, *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, Paris: Dalloz, 2000, p. 144. Para este autor: “La question mérite au moins d’être posée, afin que l’on conserve à l’esprit l’exigence de proportionnalité et d’équilibre, nécessaire en ce domaine, mais aussi le principe de “subsidiarité” du droit pénal, selon lequel le droit répressif ne doit intervenir qu’en dernier recours, lorsque la gravité de la transgression le justifie et lorsque les autres mécanismes de régulation ou de solution des conflits se révèlent insuffisants” (*ibid.*).