

LA EVOLUCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

por JULIO VIVES CHILLIDA
Profesor Titular de Derecho Internacional Público
de la Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

1. El contexto del Derecho internacional penal.
2. Perspectivas metodológicas.
3. ¿Obligaciones del individuo frente a la humanidad en su conjunto?

II. LA FORMACIÓN DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

1. De *F.F.Martens* a *H. Lauterpacht*.
2. La competencia del Tribunal de Nuremberg sobre los crímenes contra la Humanidad.
3. La Ley n.º 10 del Consejo de Control Aliado: el argumento *Einsatzgruppen*.

III. LA ESPECIFICACIÓN DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

1. El genocidio.
2. El *Apartheid*.
3. La persecución.

IV. LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

1. La competencia de la CPI sobre los crímenes contra la Humanidad.
2. Requisitos generales exigidos en el artículo 7 del Estatuto.
3. ¿*Nuremberg* dentro de *Roma*?

V. DE LA AUTONOMÍA A LA COMPLEMENTARIEDAD

1. La autonomía de la tipificación internacional.
2. La dimensión sustantiva de la complementariedad jurisdiccional.
3. ¿Régimen autónomo?: la evolución continúa.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

1. Los crímenes contra la Humanidad en el Código Penal español.
2. Universalidad y diversidad en los crímenes contra la Humanidad.
3. «...ese delicado mosaico puede romperse en cualquier momento».

I. INTRODUCCIÓN

1. El contexto del Derecho internacional penal

El modesto objetivo de este curso es analizar los crímenes contra la humanidad en el sentido de su evolución histórica y en un plano conceptual y analítico; el trazado de las líneas generales —con la intención de hacer un balance (o una reconstrucción) sin ánimo de ser exhaustivo— en un tema que parece muy concreto pero es muy amplio y tiene implicaciones sustanciales para el Derecho internacional en diversos planos¹. Intentaremos aportar alguna idea en algún aspecto. En consecuencia, después de esta introducción en la que se harán unas observaciones para contextualizar el tema en el Derecho internacional penal (I), hemos dividido el curso en las siguientes partes: la formación de la noción de crímenes contra la humanidad, partiendo de la cláusula *Martens* para analizar después el derecho de Nuremberg (II); la especificación de los crímenes contra la humanidad en varias categorías de crímenes (genocidio, *apartheid* y persecución) (III); el examen de la regulación de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) (IV), que, a pesar de sus imperfecciones, es el punto de partida para la evolución jurídica en el futuro en el modo cómo se examina en la última parte (V)². Una hipótesis, que se refleja en las consideraciones finales, es la universalidad de la noción de crímenes contra la humanidad y al mismo tiempo su diversidad en la expresión de di-

¹ El tema también tiene relaciones con la política, no sólo en el sentido usual sino también desde la perspectiva teórica de las Relaciones Internacionales: *vid.* el comentario bibliográfico de F. MÉGRET: «The Politics of International Criminal Justice», *EJIL*, vol. 13, 2002, 5, pp. 1.261-1.284.

² La influencia que va a tener el Estatuto en la rama del Derecho internacional penal es destacada por A. CASSESE: «From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court», en A. CASSESE, P. GAETA y J.R.W.D. JONES (eds.): *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford: O.U.P., 2002, vol. I, pp. 3-34 (pp. 3-4) (en adelante se citará como *The Rome Statute...*).

versas categorías especificadas en la evolución de la práctica. Ante sucesivas lagunas encontradas en las definiciones de los crímenes preexistentes se crean nuevos tipos para tratar de describir mejor lo ocurrido a través de nuevas categorías penales. Quizá la discusión sobre la «limpieza étnica» pueda encuadrarse en este contexto.

Las cuestiones relativas al régimen de los crímenes contra la humanidad son muy numerosas, tienen muchas ramificaciones, y no pueden examinarse sino muy tangencialmente en un curso de estas características. En la lista, sin ánimo exhaustivo, encontramos cuestiones como la imprescriptibilidad; la extradición, la jurisdicción universal, el problema de la inmunidad, la improcedencia de la obediencia debida como causa de justificación, el problema de las amnistías, la cuestión de la doble responsabilidad, del individuo y del Estado, los elementos detallados de los crímenes, la recepción en los ordenamientos jurídicos internos, las formas de reparación a las víctimas... Estas cuestiones son objeto actualmente de análisis específicos y tienen conexiones ineludibles con otros sectores del Derecho internacional e interno. Mi intención no es entrar en todos estos problemas, lo que convertiría a este curso en un curso de Derecho internacional penal, sino dar una visión de conjunto más básica que resuma el estado de la cuestión en un momento en el que, gracias al Estatuto de Roma, se puede producir un punto de inflexión en el modo de evolución normativa de la materia³. En este sentido, en la evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad pueden distinguirse tres etapas: una primera etapa de formación que parte de la cláusula *Martens* en la que se produce la internacionalización del concepto a partir del Estatuto de Nuremberg e instrumentos posteriores. La clave en esta etapa es la autonomía en la tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad. En una segunda etapa se produce la especificación en la práctica de los crímenes contra la humanidad desarrollándose las categorías y también mediante la desconexión respecto a los conflictos armados. El Estatuto de Roma puede marcar una tercera etapa en la que la clave, una vez consolidada internacionalmente la noción, no va a ser tanto la autonomía como la complementariedad de la jurisdicción internacional con las jurisdicciones internas. En virtud de la dimensión sustantiva del principio de complementariedad, que es esencial al sistema establecido por el Estatuto, se genera una dinámica de promoción del Derecho internacional penal en los ordenamientos jurídicos internos que implica la tipificación interna de los crímenes contra la humanidad.

El marco jurídico del análisis de los crímenes contra la humanidad está formado por el Derecho internacional penal. Se trata de un sector del Derecho internacional que se ha desarrollado de un modo decisivo en los años noventa del

³ Desde la perspectiva del desarrollo de la responsabilidad penal internacional del individuo *vid.* V. ABELLÁN HONRUBIA: «La responsabilité internationale de l'individu», *Rec. des C.*, vol. 280 (1999), pp. 137-428. La cuestión de la jurisdicción ha sido examinada por E. ORIHUELA CALATA-YUD: «La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 2000*, Madrid: Tecnos/SEUPV, 2001, pp. 159-238; y por A. PEYRÓ LLOPIS: *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*, Bruselas: Bruylant, coll. du CREDHO n.º 3, 2003.

siglo pasado, del que ya existirían unos elementos fundamentales y que puede alterar la fisonomía del Derecho internacional⁴. En esta materia, que exige amalgamar Derecho internacional y derecho penal, el Derecho internacional penal se basa en la existencia de crímenes internacionales; de casos en los que el individuo puede ser penalmente responsable según el Derecho internacional por la comisión de determinados actos que atentan contra intereses fundamentales de la comunidad internacional. Estos crímenes internacionales son, esencialmente, conductas contrarias al Derecho internacional, tipificadas como delitos que vulneran intereses fundamentales de la Comunidad Internacional. Los autores que sean culpables deben ser sancionados ante tribunales internacionales o internos con una pena⁵. En perspectiva histórica estos crímenes internacionales han estado relacionados con la guerra. Se considera que la exigencia de responsabilidad penal a los individuos culpables puede contribuir a la paz internacional a través de la justicia, rechazándose implícitamente la impunidad de los autores de los crímenes. Estos crímenes son inicialmente los crímenes de guerra; el crimen de agresión (o crimen contra la paz) y los crímenes contra la humanidad tal como se estableció en el Estatuto de Nuremberg.⁶

⁴ Cfr. sobre su delimitación, J. BARBOZA: «International Criminal Law», *Rec. des C.*, vol. 278, 1999, pp. 9-200 (p. 24), donde se refiere al «derecho penal de la comunidad internacional»; H. ASCENSIO, E. DECAUX y A. PELLET (dirs.): *Droit international pénal*, Paris: Pedone, 2000, p. v (en adelante se citará como *Droit international pénal*); R. CLARK: «The Development of International Criminal Law», *The Rutgers-Camden Series of Occasional Papers n.º 5*; I. LIROLA DELGADO y M. MARTÍN MARTÍNEZ: *La Corte Penal Internacional*, Barcelona: Ariel Derecho, 2001, pp. 9-14 y notas correspondientes; C. LOMBOIS: *Droit pénal international*, Paris: Dalloz, 1979, pp. 13-15; A. PIGRAU SOLÉ: «Elementos de Derecho internacional penal», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1997, Bilbao: Tecnos/SEUPV, 1998, pp. 127-176 (pp. 131-132); G. SCHWARZENBERGER: «The Problem of an International Criminal Law», en G.O. MUELLER y E.M. WISE (eds.): *International Criminal Law*, London: Sweet and Maxwell, 1965, pp. 3-36 (pp. 4-14); y L.S. SUNGA: *The Emerging System of International Criminal Law. Developments in Codification and Implementation*, The Hague: Kluwer La International, pp. 323-340. El texto que constituye una obra de referencia es el de A. CASSESE: *International Criminal Law*, Oxford: O.U.P., 2003; y su correspondiente dirección de internet para casos y materiales: http://www.oup.com/uk/best.textbooks/law/Cassese_internationalcriminallaw.

⁵ V. PELLA: *La codification du Droit pénal international*, Paris: Pedone (extrait de la *RGDIP*), 1952, p. 11 definía el «derecho penal internacional nuevo» como «la disciplina jurídica que, a los efectos de la protección del orden internacional, determina los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, prevé las sanciones y fija las condiciones de la responsabilidad de los individuos, de los Estados y de otras personas jurídicas». Desde otra perspectiva el Derecho internacional penal puede considerarse un régimen internacional material: *vid.* sobre este concepto O. CASANOVAS y LA ROSA: «Unidad y pluralismo en Derecho internacional público», *CEBDI*, vol. II, 1998, pp. 35-267 (pp. 94-100). Utilizan esta denominación T.L. McCORMACK y G.J. SIMPSON: «Achieving the Promise of Nuremberg: A New International Criminal Law Regime?», en T.L. MCCORMACK y G.J. SIMPSON (eds.): *The Law of War Crimes. National and International Approaches*, The Hague: Kluwer Law International, 1997, pp. 229-254; y M. AZNAR GÓMEZ: «¿Hacia un nuevo régimen internacional penal? Reflexiones sobre el desarrollo reciente de la cuestión en Derecho internacional humanitario», *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casbó Ruiz*, Valencia: Universidad de Valencia, 1997, T. I, pp. 115-140.

⁶ W. FRIEDMAN: «General Course of Public International Law», *Rec. des C.*, vol. 127 (1969-II), pp. 39-246 (p. 124), se preguntaba si el hecho revolucionario en Derecho internacional de los juicios de Nuremberg y Tokio quedarían como hechos aislados o serían por el contrario, «el punto de partida de un último cambio en la posición del individuo en Derecho internacional», afirmando que la responsabilidad

2. Perspectivas metodológicas

Debe aclararse que cuando me refiero a los crímenes internacionales se trata de crímenes que generan la responsabilidad de los individuos y no los llamados crímenes internacionales del Estado. En el contexto de la responsabilidad del Estado se consolidó, por lo menos doctrinalmente, la noción de crimen internacional del Estado propuesta por el relator especial Roberto Ago y recogida en una primera lectura, en 1976, del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional (ex. artículo 19 del proyecto). Se refería a violaciones de obligaciones internacionales esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales para la comunidad internacional atribuibles a un Estado y que conllevaban un régimen agravado de responsabilidad en el que podía integrarse, según diversas versiones, la responsabilidad penal internacional de los individuos-órganos del Estado autores del ilícito. En el apartado 3.c) de dicho proyecto de artículo se consideraba como crimen internacional del Estado según el derecho internacional en vigor «la violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano...», y se ejemplificaba con crímenes contra la humanidad como la esclavitud, el genocidio y el *apartheid*. Lo que interesa señalar aquí es que la comisión de crímenes internacionales (entre ellos los crímenes contra la humanidad) por individuos que actúan como órganos del Estado puede dar lugar también a la responsabilidad del Estado, no sólo a la del individuo, en el plano internacional. Es un tema complejo en el ámbito de la teoría de la responsabilidad internacional donde se ponen en juego estructuras diversas del Derecho internacional y que también se incluye en el debate sobre la pluralidad de jurisdicciones internacionales y la llamada «fragmentación del Derecho internacional»⁷.

Durante bastante tiempo se ha estado esperando una definición de los crímenes contra la humanidad hasta el punto de que la profesora Mireille Delmas-Marty dijo, respecto a la prohibición de estas conductas, que «...está formulada

directa del individuo seguiría siendo un fenómeno excepcional. Sobre el «excepcionalismo» J. ÁLVAREZ: «Crimes of States/Crimes of Hate: Lessons from Rwanda», *The Yale Journal of International Law*, vol. 24, 1999, pp. 365-483 (pp. 452-458). Una importante obra reciente sobre los juicios de Nuremberg es la de G. GINSBURGS y V.N. KUDRIAVTSEV (eds.): *The Nuremberg Trial and International Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1990.

⁷ En el plano interestatal cfr. J. FERRER LLORET: *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*, Madrid: Tecnos/Universidad de Alicante, 1998; y T. KAMMINGA: *Inter-State Accountability for Violations of Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992. Vid. también C. GUTIÉRREZ ESPADA: «El punto final (¿?) de un largo debate: los crímenes internacionales», *REDI*, vol. LIII, 2001, 1 y 2, pp. 11-48 (pp. 40-42); y en el contexto del Estatuto de la CPI: P.M. DUPUY: «International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State», en *The Rome Statute...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 1.085-1.099, que se refiere a la responsabilidad en virtud de dos «régimenes jurídicos mutuamente autónomos». Cfr. respecto al genocidio N. JORGENSEN: «State Responsibility and the 1948 Genocide Convention», en *The Reality of International Law. Essays in honour of I. Brownlie*, Oxford: clarendon Press, 1999, pp. 273-291. Sobre la «fragmentación» vid. M. KOSKENNIEMI y P. LEINO: «Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties», *LJIL*, vol. 15, 2002, pp. 553-579 (pp. 564-566, en torno al caso del TPIY).

con matices de un texto a otro, matices que revelan sin duda la vacilación de los juristas a la hora de dar un contenido a una noción que, verdaderamente, los juristas renuncian a definir»⁸. La noción de crímenes contra la humanidad es fruto de una evolución de más de un siglo y no puede comprenderse al margen de una perspectiva histórica lo que explica que se adopte una perspectiva cronológica o de historia legislativa. Actualmente el marco jurídico de referencia se encuentra en el Estatuto de la CPI cuyo artículo 7 contiene una definición de crímenes contra la humanidad a los efectos de la competencia de la Corte y cuya importancia es indudable por muchas razones. No sólo se trata, desde el mes de julio de 2002, del principal régimen jurídico internacional aplicable a los crímenes contra la humanidad, entre otros crímenes, para los Estados miembros y también para sus nacionales, sino que además destaca la amplia participación de los Estados en la Conferencia y en el Estatuto y el efecto de haberse reproducido en otros instrumentos internacionales y en ordenamientos jurídicos internos⁹.

En el ámbito del Derecho internacional penal juegan una papel muy importante los tribunales internacionales —y también aquellos llamados «mixtos» como los de Sierra Leona, Timor Leste, Camboya...— que, a través de su jurisprudencia, pueden contribuir al desarrollo de este sector del Derecho internacional, aunque hay que tener siempre presente las limitaciones que para un desarrollo progresivo del Derecho internacional tiene un tribunal internacional que aplica derecho penal¹⁰. En conexión con esto resulta que muchos de los instrumentos que definen los crímenes son textos que establecen la competencia de un tribunal lo que lleva a una situación complicada. Las definiciones no enuncian en abstracto un tipo penal aplicable por un conjunto de tribunales en una pluralidad de casos y contextos sino que establecen la competencia material de un tribunal. Así se establece una relación estrecha entre las normas materiales que definen los delitos y las normas procesales que regulan su aplicación. Una

⁸ M. DELMAS-MARTY: «L'interdit et le respect: comment définir le crime contre l'humanité?», en M.M. COLIN (dir.): *Le crime contre l'humanité*, Paris: Éres, 1996, pp. 19-30 (p. 22). También sobre el desorden en la catalogación de los crímenes, J. JUSTE RUIZ: «Crímenes internacionales y justicia universal», en A. COLOMER VIADEL (coord.): *El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 25-56 (p. 36). S. RATTNER y J. ABRAMS: *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 44, utilizaban el título de «Crimes Against Humanity and the Inexactitud of Custom».

⁹ Vid. sobre la importancia de su sistematización convencional: C. ESCOBAR HERNÁNDEZ: «La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: la Corte Penal Internacional», en M. GARCÍA ARÁN y D. LÓPEZ GARRIDO (coords.): *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 223-269 (p. 238); y desde la perspectiva de la definición señalada: C. RUEDA FERNÁNDEZ: «Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿por fin la esperada definición?», en J.A. CARRILLO SALCEDO (coord.): *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 301-324.

¹⁰ Sobre la influencia de los tribunales en los procesos normativos en esta materia, *cf.* A. MAHIOU: «Les processus de codification du Droit international pénal», *Droit international pénal*, pp. 37-53 (pp. 50-51); y A. PIGRAU i SOLÉ: «La experiencia de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda», en *Hacia una justicia internacional*, Madrid: Ministerio de Justicia/BSCH/Civitas, 2000, pp. 427-443 (pp. 441-443).

manifestación de esta relación en un plano más general se encontraba en los trabajos de codificación de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) que se ocupaba en paralelo de un Estatuto de Tribunal Penal Internacional y de un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹¹. Finalmente, se ha seguido la vía de profundizar en el plano jurisdiccional para dinamizar el plano sustantivo. Esta perspectiva no debe extrañar si se tiene en cuenta la conexión tan estrecha entre los diversos tipos de normas, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en la definición de derecho penal internacional que da L. Green, definición en la que el elemento jurisdiccional precede al elemento sustantivo y se confunde con este: «el Derecho penal internacional es el medio por el que el Estado adquiere jurisdicción penal en circunstancias en las que normalmente no sucedería; en otras palabras, el Derecho internacional establece que, cuando se ha cometido un acto especialmente reprobable, cualquier Estado en cuya custodia se encuentra el delincuente tiene el derecho de juzgarlo, independientemente de su nacionalidad, la nacionalidad de su víctima o la localización geográfica de su delito»¹². Esta vinculación entre los planos sustantivo y jurisdiccional presenta una dimensión de más calado en la evolución jurídica de los crímenes contra la humanidad como se plantea en la parte V de este curso.

3. ¿Obligaciones del individuo frente a la humanidad en su conjunto?

Como reflexión general sobre estos crímenes que afectan a la comunidad internacional en su conjunto, puede plantearse si la responsabilidad penal interna-

¹¹ Al parecer la expresión «crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad» procede de la correspondencia entre el juez estadounidense del Tribunal de Nuremberg F. Biddle y el presidente de los Estados Unidos H. Truman: J. SPIROPOULOS: «Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind», *Revue Hellenique de Droit international*, 1950, 2-4, pp. 141-198 (pp. 143-144 y 147). Según V. PELLA: «Fonctions pacificatrices du droit pénal supranational et fin du système traditionnel des traités de paix», *RGDIP*, t. XVIII, 1947, pp. 1-27 (pp. 8-9), el informe del juez Biddle determinó la Carta de Truman a la Asamblea General de 12 de noviembre de 1946 en la que se decía «yo espero que las Naciones Unidas... reafirmarán los principios de la Carta de Nuremberg en el marco de una codificación general de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad». Esta denominación podría ser similar a la más clásica de crímenes de Derecho internacional: cfr. D. SCHINDLER: «Crimes Against the Law of Nations», *EPIL*, Amsterdam: Max Planck Institute, T. 8, pp. 109-110 (p. 110). *Vid.*, desde esta perspectiva dual entre tipificación y jurisdicción J.W. BRIDGE: «The Case for an International Court of Criminal Justice and the Formulation of International Criminal Law», *ICLQ*, vol. 13, 1964, 4, pp. 1.255-1.281; y V. ABELLÁN HONRUBIA: *Loc. cit.*, p. 188. Las consecuencias que puede conllevar una u otra política son ejemplificadas respecto al Estatuto de la CPI por Ph. KIRSCH: «The Development of the Rome Statute», en R.S. LEE (ed.): *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 451-461 (p. 459) cuando dice que «la posibilidad de que la Corte pudiera asumir competencia automáticamente una vez ratificado el Estatuto por un Estado hizo que algunas delegaciones intentaran limitar la lista de crímenes y conseguir definiciones más estrictas y umbrales más altos».

¹² L.C. GREEN: «International Criminal Law and the Protection of Human Rights», *Contemporary Problems of International Law: Essays in honour of George Schwarzenberger on his eightieth birthday*, London: Stevens and Sons, 1988, pp. 166-137 (p. 118).

cional del individuo por crímenes contra la humanidad se traduce en la existencia de obligaciones *erga omnes* del individuo. La afirmación de que las obligaciones derivadas de la prohibición de cometer genocidio y crímenes contra la humanidad son obligaciones *erga omnes*, frente a la comunidad internacional en su conjunto se hace habitualmente por referencia al Estado, en el sentido de que es el Estado el obligado frente a la comunidad internacional en su conjunto¹³. Pero, en el contexto de la responsabilidad internacional del individuo en que se inscriben los estatutos y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ¿no estaremos en presencia de obligaciones del individuo hacia la comunidad internacional en su conjunto, o más decididamente, de obligaciones del individuo frente a la humanidad en su conjunto? Esta idea, una suerte de efecto directo universal, se vislumbraba en el Tribunal de Nuremberg cuando afirmaba que los autores de actos que se consideran criminales según el Derecho internacional no pueden quedar protegidos por la inmunidad soberana pues la esencia del Estatuto de Nuremberg es que los individuos tienen deberes y responsabilidad internacionales, impuestos por el Derecho internacional, que trascienden las obligaciones estatales de obediencia. A mi modo de ver, esta interpretación de la noción de crímenes contra la humanidad responde, inequívocamente, a un modelo universalista del Derecho internacional en el que el grupo social esencial que se vislumbra es la humanidad, aunque no estemos todavía ante el ideal kantiano del derecho cosmopolítico¹⁴. Sin embargo esta idea podría tener rendimiento respecto a cuestiones del régimen como la jurisdicción universal que estaría fundada en el carácter *erga omnes* de los crímenes contra la humanidad en los que se atenta contra intereses colectivos de la comunidad internacional y desde la perspectiva de la participación de los Estados implica violaciones de normas imperativas de Derecho internacional.

En cuanto a la dimensión axiológica implícita en este curso, teniendo en cuenta que el «éxito» del Derecho internacional penal refleja el fracaso en las funciones de otros sectores del Derecho internacional, puede sintetizarse con las

¹³ También respecto a su carácter de normas imperativas: en la sentencia del TPIY en el caso *Kupreskic* de 14 de enero de 2000 (párr. 520) se reafirma el carácter absoluto de la mayoría de las obligaciones derivadas de las normas del Derecho internacional humanitario lo «que refleja la progresiva tendencia hacia la llamada *humanización* de las obligaciones jurídicas internacionales que se refiere a la erosión general del papel de la reciprocidad en la aplicación del derecho humanitario a lo largo del último siglo [...] la mayoría de las normas de Derecho internacional humanitario, en particular aquellas que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio, son también normas imperativas de Derecho internacional o *jus cogens*». Quizá, desde otro punto de vista, este carácter imperativo está indisolublemente ligado al carácter penal de las normas en cuestión.

¹⁴ Sobre los problemas de articulación de las relaciones entre el individuo y la comunidad internacional en este contexto *vid.* V. ABELLÁN HONRUBIA: *Loc. cit.*, pp. 204-213. En términos de desarrollo progresivo, en definitiva, se trataría de una construcción que contribuiría a hacer realidad las palabras de Wilfried JENKS cuando se refería a que el Derecho internacional actual no puede concebirse como un derecho que regula sólo las relaciones entre Estados sino que está en una etapa de desarrollo incipiente como «derecho común de la humanidad»: W. JENKS: *El Derecho común de la humanidad*, Madrid: Tecnos, 1968, p. 1. *Vid.* también J.C. WITENBERG: «De Grotius a Nuremberg», *RGDIP*, t. XVIII, 1947, pp. 89-112 (p. 99), que se refiere al Estatuto y la sentencia del Tribunal de Nuremberg como una obra que «delimita el derecho de gentes moderno».

palabras de Antonio Cassese, de que la justicia, incluso la incipiente e imperfecta justicia penal internacional, es mejor que la venganza, el olvido o la amnistía¹⁵. En un plano más general, asistimos a un proceso de globalización judicial en el que las víctimas de crímenes internacionales buscan justicia en los tribunales internos. Esto lleva a una expansión, como en otras materias, de una suerte de estructura transnacional del Derecho internacional que genera tensiones con la estructura interestatal tradicional. En cierto modo, existe una tensión en estos casos en la que se encuentran presentes dos concepciones de la vida internacional y del Derecho internacional: una clásica, grociana, si se quiere, en la que se prioriza el papel del Estado, de los gobiernos, de la diplomacia, de las relaciones interestatales; hay una reacción intergubernamental que trata de preservar el viejo sistema de Estados. En frente, hay una eclosión de lo transnacional, de una visión cosmopolita de la vida internacional que conduce a una juridificación profunda de las relaciones internacionales y que exige una justicia individual transnacional, sin fronteras. A través del Derecho internacional penal se modifica la apreciación de la propia política internacional en cuanto que su concepción, desarrollo y ejecución no puede pasar por alto el respeto de valores fundamentales de la comunidad internacional¹⁶.

II. LA FORMACIÓN DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

1. De F.F. Martens a H. Lauterpacht

Los antecedentes de los crímenes contra la humanidad se encuentran en la regulación jurídica internacional de los conflictos armados; en particular en los crímenes de guerra. Los crímenes de guerra nacen con el Derecho internacional de los conflictos armados, sector del Derecho internacional en el que se atribuyen a los individuos, no sólo a los Estados, la violación de las normas internacionales. Los crímenes de guerra podían ser sancionados por los tribunales internos aplicando los códigos penales militares. Se entendía por crímenes de

¹⁵ A. CASSESE: «La répression des infractions internationales. Presentation», *Droit international pénal*, pp. 621-631. P. AKHAVAN: «Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities?», *AJIL*, vol. 95, 2000, 1, pp. 7-31 (p. 30), se ha referido a un «idealismo pragmático» o «nuevo realismo» como base de las actuaciones en esta materia sin que eso signifique que no debemos ser críticos. Sobre las debilidades de los juicios por crímenes de guerra y contra la humanidad, centradas en la parcialidad, la cuestión de la legalidad y las dimensiones ideológicas *vid.* G.J. SIMPSON: «War Crimes: A Critical Introduction», en T.L. MCCORMACK y G.J. SIMPSON (eds.): *The Law of War Crimes...*, *op. cit.*, pp. 1-30.

¹⁶ Una interpretación de los debates en torno al Estatuto de la CPI en términos de tensión entre perspectivas neo-Grocianas y neo-Kantianas se encuentra en F. MÉGRET: «Epilogue to and Endless Debate: the International Criminal Court's Third Party Jurisdiction and the Looming Revolution of International Law», *EJIL*, vol. 12, 2001, 2, pp. 247-268 (esp. pp. 256-260). Es inevitable que ante el desarrollo de esta estructura se produzcan conflictos y retrocesos provisionales debido a la reacción interestatal. *Vid.* F. JIMÉNEZ GARCÍA: «Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad: ¿una encrucijada dualista para el Derecho internacional?», *ADI*, vol. XVIII, 2002, pp. 63-124.

guerra la violación de las leyes y usos de la guerra; es decir, normas de derecho consuetudinario que fueron codificadas en las Conferencias de La Paz de La Haya de 1899 y 1907. Un intento de internacionalizar la sanción penal de crímenes de guerra se produjo en el artículo 228 del Tratado de Versalles que previó, sin mucho éxito, el juicio de las personas que hubieran realizado actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra, en la Primera Guerra Mundial. Los crímenes de guerra también se recogieron en el Estatuto de Nuremberg como violaciones de las leyes y usos de la guerra que incluían entre otros asesinatos, malos tratos o deportación de las poblaciones civiles en los territorios ocupados, tratándose de actos inhumanos contra la población civil enemiga, es decir, cuya nacionalidad es la del país de la potencia beligerante enemiga.

Es en esta reglamentación de los conflictos armados donde se encuentran los antecedentes de los crímenes contra la humanidad. En el preámbulo del Convenio sobre las leyes y usos de la guerra terrestre, firmado en la primera Conferencia de la paz de 1899, se contiene la llamada cláusula *Martens*, en honor del jurista ruso (nacido en Estonia) que la patrocinó, Fyodor Fyodorovich Martens (1845-1909): «Hasta que se elabore un código más completo sobre las leyes de la guerra, las Altas Partes contratantes consideran oportuno declarar que: en los casos no incluidos en el reglamento que han adoptado, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y la autoridad de los principios del Derecho internacional, tal como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública»¹⁷.

Pero la cláusula *Martens*, que ampliaba la protección de los combatientes y de la población civil en tiempo de guerra, carecía de connotaciones penales

¹⁷ Vid. D. SCHINDLER y J. TOMAN (eds.): *The Laws of Armed Conflicts. A Collection of Conventions, Resolutions and other Documents*, Third rev. Ed., Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1988, p. 75. El TIJ ha confirmado su vigencia en la opinión consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la *legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares*, señalando, en particular, respecto de la existencia de principios jurídicos en la materia que «finalmente, el tribunal señala la cláusula *Martens*, cuya continua existencia y aplicabilidad no puede dudarse, como una afirmación de que los principios y normas del derecho humanitario se aplican a las armas nucleares», *C.I.J. Rec. 1996*, p. 66 (p. 260) y la opinión disidente de M. Shahabuddeen, pp. 405-411. Vid. Th. MERON: «The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience», *AJIL*, vol. 94, 2000, 1, pp. 78-89. Un análisis de esta cláusula con propuestas para su reinterpretación actual en el contexto del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos se encuentra en A. CASSESE: «The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky», *EJIL*, vol. 11, 2000, 1, pp. 187-216. Su perspectiva, que relativiza el valor del uso para poner en primer plano la relevancia de una *opinio iuris* próxima a la conciencia pública, tiene un claro reflejo en la sentencia del TPIY de 14 de enero de 2000 en el asunto *Kupreskic* (párrs. 524-525, 527 y 532), dictada por la Sala de Primera Instancia n.º II y presidida entonces por Cassese. La figura de F. Martens es reivindicada en el resumen biográfico de V. PUSTOGAROV: «Un humaniste des temps modernes: Fiodor Fiodorovich Martens (1845-1909)», *RICR*, n.º 819, juin 1996, pp. 322-338. Vid. una discusión más amplia sobre este y otros juristas rusos de la época que son objeto de una reinterpretación en el contexto actual en E. MYLES: «*Humanity, Civilization, International Community in the Late Imperial Russian Mirror: Three Ideas "Topical for Our Days"*», *Journal of the History of International Law*, vol. 4, 2002, pp. 310-334; y V.V. PUSTOGAROV: *Our Martens, F.F. Martens, International Lawyer and Architect of Peace*, The Hague: Kluwer Law International, 2000 y la recensión de esta obra de O. Casanovas y La Rosa en *REDI*, vol. LIV, 2002, 2, pp. 1121-1124.

pues no establecía sanciones penales en los supuestos de su violación. No obstante la noción de «leyes de humanidad» se utilizó después de la Primera Guerra Mundial para intentar complementar la noción de «leyes de la guerra» en el plano de la sanción penal de su violación. Es conocido que el 18 de mayo de 1915, las Potencias aliadas (Francia, Gran Bretaña y Rusia) hicieron una Declaración sobre las masacres de armenios en el Imperio Otomano en la que señalaban como responsables al gobierno y a sus agentes de estos crímenes «contra la humanidad y la civilización»¹⁸. La «Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la aplicación de penas» creada en la Conferencia de paz preliminar de Versalles el 25 de enero de 1919 recomendó en su informe a la Conferencia de Paz que se persiguieran los actos que provocaron la guerra mundial y acompañaron su inicio, las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra y la violación de las «leyes de humanidad», presentando un propuesta de Tribunal que podría aplicar los principios de Derecho internacional, tal como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de los dictados de la conciencia pública¹⁹. El informe de la Comisión fue adoptado por unanimidad pero los representantes de los Estados Unidos expresaron algunas reservas que ponían de relieve lo novedoso de la propuesta. Con carácter general no concebían la responsabilidad penal que se proponía exigir a falta de un convenio que señalara que las violaciones de las leyes y usos de la guerra o de las leyes de humanidad eran crímenes internacionales, que fijara las penas aplicables y que estableciera la jurisdicción competente. Por lo que se refiere a la violación de «principios elementales de humanidad» señalaron que así como «las leyes y costumbres de la guerra son un estándar cierto, que se encuentra en obras de autoridad y en la práctica de las naciones», «las leyes y principios de humanidad varían con el individuo, que, por esta sola razón, debería excluirlas de consideración por un tribunal de justicia, especialmente [de un tribunal] encargado de aplicar el derecho penal» y, además, no se había fijado un *estándar universal de humani-*

¹⁸ El Tratado de Sevres, firmado entre Mohamed VI y los aliados, de 10 de agosto de 1920 contenía una disposición (artículo 230) que contemplaba como delito «las masacres cometidas durante la permanencia del estado de guerra en el territorio que formaba parte del Imperio Turco», pero en 1923 el Tratado de Lausanne lo omitía, acompañándose de una declaración de amnistía de los delitos cometidos durante la guerra de 1914: A.N. MANDELSTAM: «La protection des minorités», *Rec. des C.*, vol. 1, 1923, pp. 363-519 (p. 378). Al parecer, en una versión inicial de la declaración propuesta por Rusia se hablaba de «crímenes contra la Cristiandad y la civilización» pero se cambió por «crímenes contra la humanidad» a propuesta del ministro de Asuntos Exteriores francés para evitar el enfado de los musulmanes en los territorios bajo dominio francés y británico: A. CASSESE: «Crimes Against Humanity: Comments on Some Problematical Aspects», en *The International Legal System in Quest of Equity and Universality. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, The Hague: Kluwer Law International, 2001, pp. 429-447 (pp. 430-431).

¹⁹ Esta propuesta en la que la cláusula *Martens* constituye el derecho aplicable es considerada un importante antecedente en la materia. *Vid.* M.A. MARÍN LUNA: «The Evolution and the Present Status of the Laws of War», *Rec. des C.*, vol. 92 (1957-II), pp. 628-754 (pp. 674-686) y B. FERENCZ: «Crimes Against Humanity», en R. BERNHARDT (ed.): *EPIL*, Amsterdam: Max Planck Institute, Instalment 8, 1985, pp. 107-109 (p. 107), y J. GRAVEN: «Les crimes contre l'Humanité», *Rec. des C.*, vol. 76 (1950-I), pp. 433-607 (pp. 444-453).

dad que variaba en función del tiempo, el lugar, las circunstancias y la conciencia de cada juez²⁰.

En los trabajos preparatorios del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, creado tras la Segunda Guerra Mundial para juzgar a los grandes criminales de guerra nazis, hubo una continuidad en la discusión de la sanción de la violación de las leyes de humanidad —estilo cláusula *Martens*— como fundamento de los crímenes contra la humanidad²¹. En el llamado *Informe Jackson* (6 de junio de 1945), enviado por el juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Robert Jackson, al presidente Truman, la incriminación de las persecuciones y atrocidades cometidas por motivos raciales o religiosos desde 1933 se fundamentan expresamente en la cláusula *Martens*²². Este informe tuvo un papel relevante en las negociaciones de Londres para elaborar el Estatuto que tuvieron lugar en junio y agosto de 1945, algunos de cuyos proyectos recogían el lenguaje de la cláusula²³. Entre los últimos proyectos el 28 de julio de 1945 el delegado británico presentó uno en el que la referencia a las leyes de humanidad y los dictados de la conciencia pública había desaparecido y en el apartado c) se incluían «atrocidades contra poblaciones civiles distintas de las referidas en el párrafo b) [violaciones de las leyes y costumbres de la guerra] que incluían asesinato y maltrato de civiles y deportaciones de civiles para realizar trabajos forzosos y persecución por motivos políticos, raciales o religiosos cometidos en ejecución de un plan común o conspiración al que se refiere el párrafo a)»²⁴. El texto fi-

²⁰ H.S. LEVIE: *Terrorism in War. The Law of War Crimes*, New York: Oceana Pub., 1993, pp. 25-26 y 393 (cita en p. 25). También E. SCHWELB: «Crimes against Humanity», *BYBIL*, vol. 23, 1946, pp. 178-226 (p. 182). Finalmente en el Tratado de Paz de Versalles, de 28 de junio de 1919, se contempló el juicio del Kaiser Guillermo II por la comisión de «un delito supremo contra la moral internacional y la santidad de los tratados» (artículo 227) y de las personas que hubieran realizado «actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra» (artículo 228), pero se omitió la violación de las «leyes de humanidad» al igual que en los otros Tratados de paz. Cfr. *Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, Compendio de instrumentos internacionales pertinentes*, doc. A/CN.4/368, 13 de abril de 1983, pp. 11-12. Respecto al juicio del Kaiser, según George Scelle en un contexto en que la «competencia de guerra» era discrecional, la «guerra de soberanías» conducía a una «imposibilidad lógica» de exigir responsabilidad penal individual por un «acto de Estado»: G. SCELLE: «Règles Générales du Droit de la paix», *Rec. des C.*, vol. 46 (1933-IV), pp. 331-697 (pp. 676-677).

²¹ Cfr. E. ZOLLER e I.A. RESHETOV: «International Criminal Responsibility of Individuals for International Crimes», en G. GINSBURGS y V.N. KUDRIAVTSEV (eds.): *The Nuremberg Trials...*, *op. cit.*, pp. 99-120 (p. 105). Para J. GRAVEN: *Loc. cit.*, pp. 457-458, los crímenes contra la humanidad del Estatuto son un reconocimiento de la regla inscrita en la cláusula *Martens*. Se encuentran fundamentaciones de los crímenes contra la humanidad en la cláusula *Martens* en la jurisprudencia de los Tribunales de los Estados Unidos en Nuremberg: *vid.* la sentencia en el caso n.º 1 *The Medical Case, United States v. Karl Brandt*, 20 de agosto de 1947 en *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, vol. 14, 1947, pp. 296-298 (p. 297).

²² H. MEYROWITZ: *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n.º 10 du Conseil de Contrôle Allié*, Paris: L.G.D.J., 1960, pp. 41-45 (esp. p. 44).

²³ Los textos de los proyectos presentados se encuentran en el Informe del relator especial de la CDI J. SPIROPOULOS: «Formulation of the Nürnberg Principles», reproducidos en *Revue Hellenique de Droit International*, 1951, 2, pp. 129-162; y una narración detallada de la Conferencia de Londres en H. MEYROWITZ: *op. cit.*, pp. 45-53.

²⁴ J. SPIROPOULOS: *Loc. cit.*, p. 139.

nalmente adoptado del artículo 6.c) aparece con el encabezamiento de «crímenes contra la humanidad». Al parecer el juez Robert Jackson, delegado estadounidense en la Conferencia de Londres defendió estos términos declarando que se los había sugerido «un eminente especialista de Derecho internacional» y que la clasificación de crímenes de guerra, contra la paz y contra la humanidad era cómoda y ayudaría al público a entender la distinción²⁵. La justificación del nuevo concepto de crímenes contra la humanidad se encuentra para Meyrowitz, en la misma evolución de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública a lo largo de la guerra que «condujeron a la formación de una *convicción jurídica* [*opinio iuris sive necessitatis*] relativa a la represión de los crímenes nazis contra la humanidad, sin exceptuar a aquellos de los que fueron víctimas los nacionales alemanes», evolución reforzada por la confirmación de los principios de Derecho internacional del Estatuto y la sentencia del Tribunal de Nuremberg por la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁶.

²⁵ H. MEYROWITZ: *Op. cit.*, p. 47. Al parecer, el especialista en Derecho internacional al que se refiere es Hersch Lauterpacht, como indica Ch. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992, p. 17. H. MEYROWITZ: *Op. cit.*, pp. 11-12 señala la influencia del profesor Lauterpacht en uno de los organismos semi-oficiales creado para estudiar las reglas destinadas a sancionar los crímenes internacionales, la «comisión internacional para la reconstrucción y el desarrollo penal», que agrupaba a juristas de la facultad de derecho de Cambridge y a juristas de países ocupados de Europa y que fue creada en 1941. Sobre la participación de H. Lauterpacht, que perdió a toda su familia en el holocausto-, en el juicio de Nuremberg, en el que cooperó con el fiscal jefe británico Sir. Hartley Shawcross *vid.* M. KOSKENNIEMI: «Lauterpacht: the Victorian Tradition in International Law», *EJIL*, 1997, 2, pp. 215-263 (p. 244). A. CASSESE: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona: Ariel, 1991, pp. 96-97, explica una versión diferente del origen de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de Nuremberg, atribuyéndola al militar y jurista estadounidense Murray C. Bernays, jefe de la «Oficina especial para la programación» del Secretario de defensa. Sobre el papel de Bernays en los antecedentes del Estatuto de Nuremberg *vid.* T. TAYLOR: *The Anatomy of the Nuremberg Trials: A Personal Memoir*, Boston [Mass.]: Little, Brown and Co., 1992, pp. 21-42 (esp. pp. 35-36). Pero parece que la aportación de Bernays se refiere exclusivamente al crimen de conspiración que él concebía como un recurso para juzgar las atrocidades cometidas por los nazis antes de la guerra desde 1933. Significativamente, en el libro de Taylor las palabras «crímenes contra la humanidad» no se mencionan ni una sola vez en las páginas dedicadas a la elaboración del Estatuto de Nuremberg (pp. 43-77) ni Lauterpacht es mencionado en el índice de autores (pp. 683-703). Aquí hay una divergencia interpretativa que se refleja en las contradicciones del artículo 6.c) del Estatuto de Nuremberg: como un crimen que amplía la sanción por crímenes de guerra fundado en la cláusula Martens, aplicable por tanto desde el comienzo de la guerra, o como un crimen consistente en una conspiración persecutoria conectada con los otros crímenes que comienza ya en 1933 y por tanto abarca crímenes cometidos antes de la guerra.

²⁶ H. MEYROWITZ: *Op. cit.*, pp. 183-185. La cursiva es del autor. Res. 95(I) de 11 de diciembre de 1946. Sobre la resolución de la Asamblea General resulta de interés la opinión de G. SPERDUTI: «L'individu et le Droit international», *Rec. des C.*, vol. 90 (1956-II), pp. 7-123 (pp. 52-53), según el cual admite «...que las normas generales pueden introducirse en el orden internacional independientemente de la formación de una verdadera costumbre y especialmente bajo el impulso de las exigencias de la conciencia pública y por manifestaciones estatales —como actos, declaraciones y comportamientos de la práctica— que tienen el valor de un reconocimiento general de tales exigencias... la inserción entre los crímenes internacionales de los crímenes contra la paz y contra la humanidad responde ciertamente a las exigencias imperiosas de la conciencia pública moderna, cuando han intervenido bastantes manifestaciones por parte de los Estados para reconocer dichas exigencias». Este razonamiento que relativiza la práctica a favor de la *opinio iuris* y las exigencias de la conciencia pública internacional está en la línea de la reinterpretación de la cláusula *Martens* de A. Cassese, *loc. cit.* H. MOSLER: «International Society as a

2. La competencia del Tribunal de Nuremberg sobre los crímenes contra la Humanidad

La competencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg se extendía a los crímenes contra la humanidad en los siguientes términos: «particularmente, el asesinato, exterminio, reducción a esclavitud, deportación o cualquier otro acto inhumano cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, religiosos o raciales llevadas a cabo en ejecución de cualquier crimen que sea de competencia del Tribunal o en conexión con él, constituyeran o no una violación de la legislación interna del país donde se perpetraron»²⁷. Según Egon Schwelb, consejero jurídico de la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, la noción de crímenes contra la humanidad se introdujo con la idea de juzgar atrocidades o persecuciones cometidas por los alemanes contra la oposición política, los sindicatos o las iglesias en Alemania; contra los judíos al margen de su nacionalidad o en casos que no entraban en el concepto tradicional de crímenes de guerra por razón de la nacionalidad de las víctimas²⁸ pero se limitaba la noción a través de la vinculación con otro u otros crímenes de la competencia del Tribunal²⁹. Esta limitación se hizo todavía más evidente con la firma, el 6 de octubre de 1945, del protocolo de Berlín al Acuerdo de Londres que modificaba por una coma el punto y coma que se encontraba en el texto inglés del Estatuto, igualmente auténtico junto al ruso y al francés, detrás de la palabra «guerra». Con este cambio se hacía imposible interpretar que la primera categoría de crímenes contra la humanidad podía sancionarse independientemente de su vinculación con los otros crí-

Legal Community. General Course on Public International Law», *Rec. des C.*, vol. 140 (1974-IV), pp. 1-320 (p. 105) consideraba también que esta resolución se fundaba de algún modo en una «consciencia mundial general (*general world conscience*) y desde entonces se ha entendido como expresión de una regla general». Los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto y la sentencia del Tribunal de Nuremberg fueron formulados por la CDI en 1950 y en la definición de los crímenes contra la humanidad se suprimieron las palabras «antes o durante la guerra» del Estatuto por considerarse que se referían a una guerra particular sin que eso implicara la autonomía de los crímenes contra la humanidad respecto a los otros crímenes. Por eso H. MEYROWITZ: *Op. cit.*, p. 225, criticaba que la relación con la guerra que en el Estatuto era un elemento constitutivo de la competencia la CDI la había convertido en un elemento constitutivo de la noción. El texto auténtico en inglés de los principios en *YBILC*, 1950, vol. II, pp. 374-380.

²⁷ Artículo 6.c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945. El texto de *UNTS*, vol. 82, n.º 251, pp. 280-300, está reproducido en D. SCHINDLER y J. TOMAN: *Op. cit.*, pp. 911-919 (p. 914). El texto en francés puede consultarse en *RGDIP*, T. XV, 1941-1945, pp. 121-127. Sobre los crímenes contra la humanidad en el Estatuto del Tribunal de Tokio *vid.* las opiniones del juez holandés B.V.A. RÖLING: *The Tokyo Trial and Beyond. Reflections of a Peacemonger (edited and with an introduction by Antonio Cassese)*, Cambridge: Polity Press, 1993, pp. 55-57; e Y. BEIGBEDER: *Judging War Criminals. The Politics of International Justice*, N.Y.: Palgrave, 1999, pp. 50-75. En el artículo 5.c) del Estatuto del Tribunal de Tokio se suprimen las persecuciones por motivos religiosos y en una enmienda de 19 de abril de 1949 se suprimieron las palabras «contra cualquier población civil».

²⁸ E. SCHWELB: *Loc. cit.*, p. 183.

²⁹ R.S. CLARK: «Crimes Against Humanity at Nuremberg», en G. GINSBURGS y V.N. KURIAVITSEV (eds.): *The Nuremberg Trial...*, *op. cit.*, pp. 177-199 (pp. 183-185 y 188-190).

menes de competencia del Tribunal³⁰. Claro que estas ambigüedades pueden relacionarse con las dudas sobre si los actos que se sancionaban con el concepto de crímenes contra la humanidad formaban parte del Derecho internacional pues de lo contrario se violaba el principio de legalidad penal³¹.

La sentencia del Tribunal de Nuremberg confirmó esta restricción tratando en un mismo apartado los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Reproducimos a continuación el razonamiento más significativo de la sentencia: «en relación a los crímenes contra la humanidad, no hay ninguna duda de que los oponentes políticos fueron asesinados en Alemania antes de la guerra y que muchos de ellos fueron reclusos en campos de concentración en circunstancias de gran horror y crueldad. Ciertamente, la política de terror se llevó a cabo en gran escala y en muchos casos fue organizada y sistemática. La política de persecución, represión y asesinato de los civiles en Alemania, antes de la guerra de 1939, que eran considerados hostiles al Gobierno fue la más inhumanamente ejecutada. La persecución de los judíos durante el mismo período está probada fuera de toda duda. Para que constituyan crímenes contra la humanidad, los actos referidos anteriores al inicio de la guerra deben haberse realizado en ejecución de o en conexión con cualquier crimen que esté dentro de la jurisdicción del Tribunal. El Tribunal considera que, a pesar de la repugnancia y el horror que producen muchos de estos crímenes, no se ha probado satisfactoriamente que se hayan realizado en ejecución de, o en conexión con cualquiera de tales crímenes. El Tribunal, por tanto, no puede declarar de un modo general que los actos anteriores al primero de septiembre de 1939 fueran crímenes contra la humanidad en el sentido del Estatuto. Pero desde el principio de la guerra en 1939 se cometieron crímenes de guerra en gran escala que también eran crímenes contra la humanidad; y en la medida en que los actos inhumanos atribuidos en el acta de acusación, y cometidos después del comienzo de la guerra no constituyan crímenes de guerra, fueron todos ellos cometidos en ejecución de o en conexión con la guerra de agresión y por tanto, constituyen crímenes contra la humanidad»³².

Las valoraciones doctrinales del Estatuto y la sentencia del Tribunal de Nuremberg suelen ser críticas en cuanto a los crímenes contra la humanidad. Para Schwelb, la noción, por sus limitaciones no constituye «la clave de bóveda de

³⁰ También se modificó el texto francés para resaltar este significado: «...lorsque ces actes ou persécutions...». Sobre este tema *vid.*: M. BETTATI: «Le crime contre l'humanité», *Droit international pénal*, pp. 293-317 (pp. 307-308 y 293); Y. DINSTEIN: «Crimes Against Humanity», *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of K. Skubiszewsky*, The Hague: Kluwer, 1996, pp. 891-908 (pp. 896-897); y E. SCHWELB: *Loc. cit.*, pp. 193-195 y 204. E. ZOLLER: «La définition des crimes contre l'humanité», *JDI*, vol. 120, 1993, 3, pp. 549-568, ha destacado la importancia del Protocolo de Berlín (p. 555) y ha dicho al respecto que «con estos vínculos complicados de conexidad se estaba, en el plano político, en la ambigüedad más absoluta» (p. 553).

³¹ *Vid.* S. LAMB: «Nullum crimen nulla poena sine lege in International Criminal Law», en *The Rome Statute...*, *op. cit.*, pp. 733-766 (p. 737).

³² *In Re Goering and others, Nuremberg, International Military Tribunal, october 1 1946: Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, vol. 13, 1946, pp. 203-222 (p. 213). La sentencia completa se encuentra en *AJIL*, vol. 41, 1947, 1, pp. 172-333.

un sistema de derecho penal internacional igualmente aplicable en tiempo de guerra o en tiempo de paz»³³. Paoli consideraba que existía una identidad de naturaleza entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad³⁴. El juez francés del Tribunal, Donnedieu de Vabres, dijo que «la competencia sobre los crímenes contra la humanidad no se reconoce más que en función de la conexidad existente entre estos crímenes y las infracciones que entran en la competencia normal del Tribunal [...] la categoría de los crímenes contra la humanidad, que el Estatuto había introducido por una pequeña puerta, se ha volatilizado en virtud de la sentencia»³⁵. No obstante, y esto es un aspecto señalado por diversos autores³⁶, la sentencia del Tribunal de Nuremberg se esfuerza por distinguir la naturaleza criminal de los actos de lo que es la competencia del Tribunal abriendo la vía a una argumentación más amplia sobre la noción de crímenes contra la humanidad que los desvincule de la guerra como resultará de interpretaciones y desarrollos posteriores. Además el reconocimiento de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de Nuremberg, a pesar de sus limitaciones, era para Hersch Lauterpacht, su inspirador, un reconocimiento indirecto, pero significativo, en la esfera internacional, de los derechos humanos por encima de la soberanía de los Estados: teniendo en cuenta que cuando se elaboró el Estatuto de Nuremberg el Derecho internacional de los derechos humanos no había hecho su aparición, «jurídicamente —decía Lauterpacht— a la concepción de los crímenes contra la humanidad debe corresponder la noción de derechos humanos fundamentales reconocidos por el Derecho internacional...»³⁷.

Por otro lado, desde la perspectiva de la noción de crímenes contra la humanidad no hay que perder de vista que la definición del Estatuto de Nuremberg contiene dos grandes grupos o «categorías» de crímenes contra la humanidad que también son denominados habitualmente como «tipos». En primer lugar, asesinatos, deportaciones, etc. cometidos contra cualquier población civil (categoría «asesinato»), inspirado en la cláusula *Martens* al ampliar la protección ofrecida por los crímenes de guerra a cualquier población civil, razón por la cual podríamos calificarla como categoría *Martens*. En segundo lugar, persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, constituyeran o no una violación de la legislación interna del lugar donde se cometieron (categoría «persecución») ³⁸. Este doble sentido de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de Nuremberg explica algunos elementos del debate actual sobre los

³³ E. SCHWELB: *Loc. cit.*, p. 206.

³⁴ J. PAOLI: «Contribution à l'étude de crimes de guerre et des crimes contre l'humanité en Droit pénal international», *RGDIP*, T.XV, 1941-1945, pp. 129-165 (p. 131).

³⁵ H. DONNEDIEU DE VABRES: «Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international», *Rec. des C.*, vol. 70 (1947-I), pp. 481-581 (pp. 520 y 526-527). También P. TRUCHE: «Les facteurs d'évolution de la notion de crime contre l'humanité», en M. COLIN (dir.): *Op. cit.*, pp. 31-34 (p. 32).

³⁶ M. BETTATI: *Op. cit.*, p. 308; y H. MEYROWITZ: *Op. cit.*, pp. 229 y 226.

³⁷ H. LAUTERPACHT: *International Law and Human Rights*, Archon Books, 1968, reimpr. de la edición de 1950, pp. 35-38 (p. 37).

³⁸ H. MEYROWITZ: *Op. cit.*, pp. 249-251, se refiere a las dos categorías de crímenes contra la humanidad.

crímenes contra la humanidad y abre la vía a una especificación y precisión de esta figura.

3. La Ley n.º 10 del Consejo de Control Aliado: el argumento *Einsatzgruppen*

Después de la Segunda Guerra Mundial el procesamiento de los criminales de guerra en las zonas de ocupación intentó unificarse por parte del Consejo de Control Aliado que actuaba como órgano legislativo para el país ocupado. Así, el 20 de diciembre de 1945 se adoptó la Ley n.º 10 relativa al castigo de personas culpables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y contra la humanidad³⁹. En el artículo I de la Ley se incorpora por referencia el Estatuto de Nuremberg pero en su artículo II.1.C) contiene una definición autónoma de los crímenes perseguibles. En cuanto a los crímenes contra la humanidad las diferencias importantes respecto al Estatuto de Nuremberg son la supresión de las palabras «antes o durante la guerra» y la supresión de la conexión con los crímenes de guerra o contra la paz⁴⁰, de manera que estamos ya en 1945 ante una definición más *limpia* de los crímenes contra la humanidad y también más extensa y precisa (*textual determinacy*) porque en la lista de los actos se incluye el encarcelamiento, la tortura y la violación; precisión que se verá reflejada en los Estatutos de los Tribunales penales *ad hoc*⁴¹.

La comandancia en cada zona de ocupación se encargó de aplicar la ley por medio de sus propios tribunales y el 18 de octubre de 1946 el gobierno militar de la zona de ocupación de los Estados Unidos dictó la providencia n.º 7 en aplicación de la Ley n.º 10 y los tribunales militares así creados, con sede en el palacio de justicia de Nuremberg, donde había tenido lugar el juicio del Tribunal Militar Internacional, se encargaron de juzgar, entre otros crímenes, las atrocidades y delitos, incluido el delito de persecución, cometidos desde el 30 de

³⁹ El texto de esta ley puede consultarse en H.S. LEVIE: *Op. cit.*, pp. 558-562; y comentarios de I.A. LEDIAKH: «The Application of the Nuremberg Principles by other Military Tribunals and Courts», en G. GINSBURGS y V.N. KUDRIAVTSEV (eds.): *The Nuremberg...*, *op. cit.*, pp. 263-283 (pp. 265-279); H. MEYROWITZ: *Op. cit.*, pp. 62-78, 198-205 y *passim*; y E. SCHWELB: *Loc. cit.*, pp. 216-219.

⁴⁰ Texto en H. LEVIE: *Op. cit.*, p. 559. También puede encontrarse en el proyecto Avalon de la Facultad de Derecho de Yale: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imt10.htm>.

⁴¹ H. MEYROWITZ: *Op. cit.*, p. 230, considera que el hecho de que la Ley n.º 10 no recoja las palabras «antes o durante la guerra», «...quizá se explica por su pretensión de definir las tres incriminaciones capitales de un modo general y permanente, sin referencia a una guerra determinada». Sobre la incidencia de la lista de la Ley n.º 10 en el Estatuto del TPIY *vid.* V. MORRIS y M.P. SCHARF: *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, vol. II, Irvington-on-Hudson, Transnational Pub., 1995, pp. 78-79. Quizá por esta razón, en la ordenanza de 6 de noviembre de 1998 del juez de instrucción del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas en el caso *Pinochet*: <http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/fichiers/OrdonnanceVdm>. Html, parágrafo 3.3.1, el juez empieza la identificación de los crímenes contra la humanidad en el derecho consuetudinario, después de citar el Estatuto de Nuremberg, transcribiendo el artículo II de la Ley n.º 10 directamente.

enero de 1933⁴². Aunque la jurisprudencia derivada de la aplicación de la Ley n.º 10 es divergente, lo que puede explicarse por la incorporación por referencia del Estatuto de Nuremberg, en algunos casos se afirmó de un modo explícito la competencia genérica para juzgar hechos anteriores al primero de septiembre de 1939. El caso de mayor importancia en este contexto es el n.º 9, llamado también asunto *Einsatzgruppen*. El tribunal militar de los Estados Unidos en Nuremberg consideró que la Ley no se limitaba a los acontecimientos de la guerra sino que contemplaba «la protección de la humanidad» en todo momento; aunque el Tribunal Militar Internacional había declarado que se tenía que limitar a juzgar los crímenes contra la humanidad cometidos en ejecución de o en conexión con la guerra «el Consejo de Control Aliado, en su Ley n.º 10, derogó esta limitación de modo que el presente tribunal tiene jurisdicción para juzgar todos los crímenes contra la humanidad tal como son conocidos y entendidos según los principios generales del Derecho penal»⁴³. De este modo puede considerarse que la conexión con los otros crímenes es una limitación de la competencia del Tribunal, no una limitación de la definición de los crímenes contra la humanidad; en palabras de Meyrowitz: es «un elemento constitutivo de la competencia» no un «elemento constitutivo del delito»⁴⁴. Es cierto que la Asamblea General de las Naciones Unidas cuando confirmó los principios del Estatuto y de la sentencia del Tribunal de Nuremberg no se refirió a estos juicios en virtud de la Ley n.º 10 pero el Estatuto se encontraba incorporado por referencia en la Ley y los tribunales aplicaban conceptos de Derecho internacional. El Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia (TPIY) no ha dudado en alegar este argumento para justificar que la conexión que se establece en el artículo 5 de su Estatuto entre los crímenes contra la humanidad y un conflicto armado⁴⁵ es sólo

⁴² Texto de la ordenanza en H.S. LEVIE: *Op. cit.*, pp. 563-570. Sobre los 12 juicios celebrados en Nuremberg por los tribunales de Estados Unidos *vid.* H.H. JESCHECK: «Nuremberg Trials», *EPIL*, Amsterdam, Max Planck Institute, Instalment 4, 1982, pp. 50-57 (pp. 54-55); y H. MEYROWITZ: *Op. cit.*, pp. 209-211, en particular sobre su naturaleza jurídica. En algunos casos estos tribunales se consideraron como internacionales.

⁴³ *The Einsatzgruppen case, United States v. Otto Ohlendorf and Others*, 10 de abril de 1948: *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, vol. 15, 1948, pp. 656-668 (pp. 663 y 664). H. MEYROWITZ: *Op. cit.*, p. 233, afirma que la jurisprudencia de los tribunales alemanes en aplicación de la Ley n.º 10, junto a la doctrina, «han sido unánimes en el reconocimiento de que la definición de los crímenes se extendía al período anterior a la guerra», en general, desde el 30 de enero de 1933, y puede encontrarse un argumento adicional en el artículo II párrafo 5 de la Ley que dispone que respecto de ninguno de los crímenes definidos en la ley podrá el acusado invocar una prescripción cumplida entre el 1 de enero de 1933 y el 1 de julio de 1945 y se deniega cualquier efecto al perdón o amnistía concedida por el régimen Nazi: *Ibid.*, p. 230; y E. SCHWELB: *Loc. cit.*, p. 217.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 224. En opinión de M. MASSÉ: «Crimes contre l'humanité et Droit international», en M. COLIN (dir.): *Les crimes...*, *op. cit.*, pp. 39-53 (49-50), la Ley es un texto de aplicación del acuerdo de Londres y puede utilizarse para interpretar y precisar la definición de crímenes contra la humanidad.

⁴⁵ En el artículo 5 del Estatuto se indica que el TPIY es competente para enjuiciar los crímenes contra la humanidad cometidos «contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional...». Sobre el significado de esta limitación de la competencia en el contexto del conflicto en Yugoslavia *vid.* V. MORRIS y M.P. SCHARF: *Op. cit.*, vol. 1, pp. 81-83; y L. CONDORELLI: «Le Tribunal Pénal International pour l'ExYugoslavie et sa jurisprudence», *CEBDI*, vol. I (1997), pp. 241-276 (p. 267) que resalta, en el contexto específico, que la noción de crímenes contra la humanidad tiene

una limitación de la competencia del Tribunal no un elemento integrante de la definición del crimen y la Comisión de Derecho Internacional ha seguido también esta vía en la definición de crímenes contra la humanidad del artículo 18 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en 1996, alegando como precedente la Ley n.º 10 del Consejo de Control Aliado⁴⁶. En definitiva, a partir de esta Ley puede considerarse que se inicia lo que Mario Bettati ha llamado «el declive de la conexión» que se reforzará en instrumentos posteriores⁴⁷.

«una utilidad extraordinaria por el hecho de ampliar el campo de represión internacional de las actividades criminales más allá de lo que está estrictamente previsto por las Convenciones de Ginebra y por el Primer Protocolo adicional de 1977, que también refiere la noción de crimen de guerra exclusivamente a los conflictos armados internacionales». En el informe final de la Comisión de expertos creada en virtud de la resolución 780 (1992), de 5 de octubre, del Consejo de Seguridad, se afirmaba que «...en general, a menos que las partes en un conflicto armado interno lo dispongan de otro modo, los únicos delitos cometidos en un conflicto armado interno para los que existe jurisdicción universal son los crímenes contra la humanidad y el genocidio que se aplican independientemente de la clasificación del conflicto»: doc. S/1994/674, de 27 de mayo de 1994, p. 13, párr. 42. Asimismo, en el *Memorandum to the United Nations: the Question of Justice and Fairness in the International War Crimes Tribunal for the Former Yugoslavia*, de Amnistía Internacional (doc. AI Index: Eur 48/02/93, abril 1993), se indicaba que «el uso de los crímenes contra la humanidad evita la controversia no resuelta sobre si los diversos conflictos son internacionales o no internacionales». Sobre los problemas que en el ámbito del Derecho internacional penal ha generado esta distinción entre conflictos armados internos e internacionales propia del Derecho internacional humanitario *vid. S.R. RATNER: «The Schizophrenias of International Criminal Law», *Texas International Law Journal*, vol. 33, 1998, 2, pp. 237-256 (pp. 239-240 y 247-248)*. En cuanto a la jurisprudencia del TPIY la cuestión de la desconexión de los crímenes contra la humanidad de los conflictos armados en el Derecho internacional consuetudinario se afirma desde el caso *Tadić*: sentencia sobre la competencia del Tribunal de 10 de agosto de 1995, párrs. 76, 79-83 mencionando entre otros argumentos la Ley n.º 10 y la sentencia en el caso *Einsatzgruppen*; sentencia de la sala de apelación sobre la competencia del tribunal de 2 de octubre de 1995, párrs. 140 y 141: «es una norma establecida de Derecho internacional consuetudinario que los crímenes contra la humanidad no requieren una conexión con conflictos armados internacionales. En realidad, como señala el fiscal, el derecho internacional consuetudinario no requeriría una conexión entre los crímenes contra la humanidad y conflicto alguno. Por tanto, al requerir que los crímenes contra la humanidad se cometan en un conflicto internacional o interno, el Consejo de Seguridad podría haber definido el crimen en el artículo 5 de un modo más restrictivo de lo necesario según el derecho internacional consuetudinario» (párr. 141). En definitiva, como señaló el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto del *Estrecho de Corfú —C.I.J. Rec. 1949, p. 22—* «las consideraciones elementales de humanidad como principio general bien reconocido son más absolutas en tiempo de paz que en tiempos de guerra».

⁴⁶ B. SIMMA y A. PAULUS: «The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View», *AJIL*, vol. 93, 1999, pp. 302-316 (p. 310), consideran que es difícil determinar si el elemento de la práctica de la costumbre se encuentra por lo que respecta a la desvinculación de los crímenes contra la humanidad de un conflicto armado pero que existe suficiente práctica y *opinio iuris*, a través de la aceptación de los Estatutos de los Tribunales, para la emergencia del Derecho consuetudinario en este aspecto.

⁴⁷ M. BETTATI: *Loc. cit.*, pp. 309-311. Un examen de la evolución de los crímenes contra la humanidad en el que se examina detalladamente la desaparición progresiva del *war nexus* se encuentra en B. Van SCHAACK: «The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, 1999, pp. 787-850.

III. LA ESPECIFICACIÓN DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

1. El genocidio

La noción de crímenes contra la humanidad que se había formado en el derecho de Nuremberg fue a partir de entonces adquiriendo mayor especificidad a partir de diversos desarrollos. Un paso importante en la especificación de los crímenes contra la humanidad lo encontramos en el delito de genocidio. La palabra «genocidio» se atribuye al jurista polaco y asesor del gobierno de Estados Unidos Rafael Lemkin que mediante diversas publicaciones divulgó su uso a finales de la Segunda Guerra Mundial, y se utilizó en el acta de acusación del juicio de Nuremberg para referirse al exterminio sistemático de grupos nacionales, raciales, religiosos y clases de población particulares lo que ponía de relieve que el concepto se vinculaba a proteger jurídicamente la existencia de grupos humanos enteros⁴⁸. Pero como se ha visto las potencias aliadas no se atrevieron a utilizar esta palabra en el Estatuto de Nuremberg y las conductas correspondientes sólo eran calificables parcialmente como crímenes contra la humanidad. El 9 de diciembre de 1946, el mismo día que confirmaba los principios de Nuremberg la Asamblea General de las Naciones Unidas consideró en una resolución que el crimen de genocidio es un crimen de Derecho internacional que el mundo civilizado condena y que sus autores deben ser castigados cualquiera que sean los motivos por los que es cometido raciales, religiosos, políticos o cualquier otro motivo. El convenio para la prevención y sanción del genocidio fue adoptado por la Asamblea el 9 de diciembre de 1948⁴⁹.

⁴⁸ Raphael LEMKIN propuso el término «genocidio» en su libro editado en 1944 *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington: Carnegie Endowment for World Peace, 1944. Vid. W. SCHABAS: «Le génocide», en *Droit international pénal*, pp. 319-332 (p. 319). Vid. R. LEMKIN, «Genocide», *American Scholar*, abril 1946, pp. 227-230 (<http://www.preventgenocide.org>); *Ibid.*, «Genocide as a Crime under International Law», *AJIL*, vol. 41, 1947, 1, pp. 145-151 (p. 147 y nota 6). *Cfr.*, además, M.N. SHAW: «Genocide and International Law», en Y. DINSTEIN (ed.): *International Law at a Time of Perplexity. Essays in honour of Shabtai Rossene*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1989, pp. 797-820 (pp. 799 y 804); y A. GIL GIL: *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia: Centro Francisco Tomás y Valiente (UNED Alzira), 1999, pp. 125-134.

⁴⁹ A. MIAJA DE LA MUELA: «El genocidio, delito internacional», *REDI*, vol. IV, 1951, 2, pp. 363-408. En el plano interestatal el TIJ se pronunció sobre los objetivos de este convenio en su opinión consultiva de 1951 sobre las reservas a la convención sobre el genocidio —con unas palabras que valen para el conjunto de los crímenes contra la humanidad—, al destacar que los principios en los que se basaba obligaban a todos los Estados independientemente del vínculo convencional y que «en tal convención, los Estados contratantes no tienen intereses propios; tienen, exclusivamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención»: *Réserves à la convention pour la prevention et la répression du crime de genocide, avis consultatif, CIJ, Rec., 1951*, p. 23. En la sentencia del mismo tribunal en el asunto de la *Barcelona Traction* de 5 de febrero de 1970, incluyó las obligaciones derivadas de la prohibición de los actos de genocidio entre las obligaciones *erga omnes*, calificación que ha sido reiterada recientemente en el asunto de la *aplicación de la convención para la prevención y represión del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia)*: sentencia del TIJ sobre excepciones preliminares de 11 de julio de 1996. Vid. S. MALJEAN-DUBOIS: «L'affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de genocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie). Arrêt du 11 juillet 1996, exceptions préliminaires»,

El contexto de este crimen se sitúa en las deficiencias del Estatuto de Nuremberg y en la percepción por parte del pueblo judío del Holocausto «como un acontecimiento único, el primer y definitivo ejemplo de genocidio, un crimen que no tiene igual en la historia de la humanidad»⁵⁰. En el momento de su adopción, el convenio sobre el genocidio tenía el significado de ser una descripción de parte de lo ocurrido en el pasado más clara y un tanto diferente de la del Estatuto de Nuremberg. Por eso, aunque sorprenda, el convenio no califica el genocidio como crimen contra la humanidad. Puede interpretarse que se rechazó la calificación del genocidio como crimen contra la humanidad para remarcar las diferencias con la definición restringida del Estatuto⁵¹. A pesar de esta ambigüedad en el preámbulo del Convenio se dice que «en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad» y que «para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional»⁵².

El genocidio puede considerarse una categoría, la más grave, de los crímenes contra la humanidad entendidos en sentido amplio aunque presente unas particularidades que lo hacen destacar del resto de los crímenes contra la humanidad. En primer lugar se encuentra su temprana categorización convencional lo que le otorga un cierto *status* autónomo lo que se refleja también en los textos en los que aparece a menudo de forma separada. En segundo lugar, sus elementos materiales y subjetivos son diferentes en algunos puntos respecto al resto de crímenes contra la humanidad⁵³. Esto se manifiesta en la última jurisprudencia

AFDI, 1996, pp. 357-386 (pp. 377-379). España, por coherencia con su participación en el Estatuto de la CPI, debería retirar la reserva al artículo IX del Convenio que establece la jurisdicción del TIJ.

⁵⁰ Cfr. J. M. WENIG: «Enforcing the Lessons of History: Israel Judges the Holocaust», en T.L.H. MCCORMACK y G.J. SIMPSON (eds.): *The Law of War Crimes...*, op. cit., pp. 103-122 (p. 121); vid. también N. FEINBERG: «The International Protection of Human Rights and the Jewish Question (A Historical Survey)», en *International Law at a Time of Perplexity. Essays in honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1989, pp. 117-130 (p. 120).

⁵¹ W. SCHABAS: *Loc. cit.*, p. 320; A. MIAJA DE LA MUELA: *Loc. cit.*, p. 374. Vid. también sobre este punto discutido en los trabajos preparatorios el *Estudio sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio*, preparado por el relator especial Sr. N. RUHASHYANKIKO: doc. E/CN.4/Sub.2/416, de 4 de julio de 1978, p. 102, párr. 389.

⁵² La ausencia de cooperación internacional y de tribunales internacionales explica que hasta los años noventa del siglo XX el balance del Convenio haya sido tan negativo. Vid. las observaciones de A. CASSESE: «La communauté internationale et le génocide», *Le Droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris: Pedone, 1991, pp. 183-194 (p. 194); y los ejemplos que da L. KUPER: «Genocide and Mass Killings: Illusions and Reality», en B.G. RAMCHARAN (ed.): *The Right to Life in International Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1985, pp. 114-119. El siglo XX, desde el genocidio armenio, está lleno de ejemplos. Sobre el genocidio en Guatemala vid. el informe de la Comisión para el esclarecimiento histórico de las violaciones de los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población de Guatemala: *Guatemala, memoria del silencio*, doc. A/53/928 de 27 de abril de 1999, especialmente sobre el genocidio los párrs 108-125; I. ALBALADEJO ESCRIBANO: «Genocidio y crímenes de lesa humanidad en Guatemala», en A. BLANC ALTEMIR (ed.): *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración universal*, Madrid: Tecnos, 2001, pp. 243-277.

⁵³ Vid. A. CASSESE: «Genocide», *The Rome Statute...*, op. cit., vol. I, pp. 335-351 (pp. 339-340) que considera que, desde la perspectiva del elemento objetivo, son dos categorías recíprocamente especiales porque forman círculos que sólo se tocan tangencialmente.

del TPIY en la que se ha considerado que unos mismos actos pueden constituir, a título de concurrencia de delitos, genocidio y crímenes contra la humanidad debido a la existencia de elementos materiales distintos en los crímenes⁵⁴. De este modo se considera que la comisión de un acto a título de genocidio no subsume la calificación de, por ejemplo, persecución porque uno y otra presentan elementos diferenciados, como son la intención de destruir total o parcialmente a un grupo, en el caso del genocidio, o la comisión en un ataque masivo o sistemático contra la población civil, en el caso de la persecución. En cambio, la comisión de actos inhumanos o asesinato a título de persecución subsume las mismas conductas sin calificación (categoría *Martens*) puesto que la persecución es una incriminación más específica.

Estos desarrollos del genocidio en la jurisprudencia del TPIY llevan a considerar al genocidio una categoría autónoma, pero vecina, de los crímenes contra la humanidad, *stricto sensu*. Existe tal continuidad entre las diversas conductas, la intencionalidad y en parte en los grupos protegidos que conducen a considerar el genocidio como una categoría de los crímenes contra la humanidad en sentido amplio. Para decirlo con otras palabras, en su momento el genocidio tuvo que tomar distancia de la ambigüedad de los crímenes contra la humanidad para reforzar su autonomía pero, en una perspectiva evolutiva, podría hoy reintegrarse sin perjuicio al conjunto de los crímenes contra la humanidad de donde salió⁵⁵. Como mínimo crímenes contra la humanidad y genocidio tienen estrechas relaciones de vecindad que exigen un examen conjunto: el genocidio es un desarrollo del tipo persecución del Estatuto de Nuremberg, como ha reconocido la Comisión de Derecho Internacional en su comentario al proyecto de código de crímenes de 1996 y la jurisprudencia del TPIY⁵⁶. En la sentencia

⁵⁴ Sentencia de la sala de apelación de 19 de abril de 2004 en el caso *Krstić*, párrs. 229, 232-233, 269 y 277. Según el test «Celebici», respecto a las reglas que se aplican sobre concurso de delitos un mismo acto no puede implicar una condena por genocidio y crímenes contra la humanidad salvo en la medida en que la acumulación sea posible si existen elementos constitutivos materialmente diferentes en los delitos; si no existen la condena deberá fundarse en la disposición más específica: sentencia de la Sala de apelación de 20 de febrero de 2001 en el caso *Celebici*, párrs. 412-413. El tratamiento de esta cuestión en el TPIR es examinado por R. ADJOVI y F. MAZERON: «L'essentiel de la jurisprudence du TPIR depuis sa création jusqu'à septembre 2002», pp. 12-14: *Actualité et Droit international*, février 2003, <http://www.ridi.org/adi>.

⁵⁵ Incluso en algún caso se ha considerado prácticamente el genocidio como el único crimen contra la humanidad. Es el caso del Convenio europeo sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, elaborado en el Consejo de Europa en 1974 en cuyo artículo 1.1 se indica que las medidas para evitar la prescripción se aplican a «los crímenes contra la humanidad especificados en el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio...»: texto en D. SCHINDLER y J. TOMAN: *Op. cit.*, pp. 933-936 (pp. 934-935). A la inversa, teniendo en cuenta la indefinición de la expresión «crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad» se ha llegado a proponer que el conjunto de estos crímenes sea denominado como crímenes contra la comunidad internacional o «crímenes contra la humanidad», M.C. ORTEGA: «The I.L.C. Adopts the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, 1997, pp. 283-326 (p. 323).

⁵⁶ *Vid.* para el texto del proyecto y los comentarios de la CDI: *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, doc. A/51/10, capítulo II; reproducido en E. ORIHUELA CALATAYUD: *Op. cit.*, pp. 816-870. En el proyecto de código de delitos

de la sala de primera instancia n.º II en el caso *Kupreskic* se considera que «la *mens rea* requerida para la persecución es más alta que para los crímenes contra la humanidad ordinarios, aunque más baja que para el genocidio... la persecución como crimen contra la humanidad es un delito que pertenece al mismo *genus* que el genocidio [...] Cuando la persecución llega hasta la forma extrema de actos deliberados e intencionados dirigidos a la destrucción de un grupo o parte de un grupo puede sostenerse que tal persecución es un genocidio»⁵⁷.

Por lo que se refiere a sus elementos, el genocidio consiste en una serie de actos definidos cometidos con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico racial o religioso, como tal los actos en cuestión son a) la matanza de miembros del grupo; b) la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y e) el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo. En cuanto a su estructura, hay una desvinculación del genocidio de los conflictos armados u otros crímenes como los crímenes de guerra. Esto es patente en el artículo 1 del con-

contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954 la regulación en numerales distintos del genocidio y los crímenes contra la humanidad fue criticada por S. GLASER: «Osservazioni sul progetto di codificazione dei delitti internazionali», *La Scuola Positiva*, 1970, pp. 9-35 (p. 20), porque consideraba que entran en la misma categoría, siendo el genocidio un caso agravado de crimen contra la humanidad. El comentario de la CDI al artículo 17 del proyecto de 1996 que recoge el crimen de genocidio es muy claro al decir que el genocidio es una «evolución ulterior» de la persecución y que «el artículo II de la convención contiene una definición del crimen de genocidio que constituye un importante desarrollo relativo a los crímenes contra la humanidad consistentes en una persecución reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg». En el comentario relativo a la persecución, recogida en la letra e) del artículo 18 se señala que «la presente disposición se aplicaría a los actos de persecución en que no existiera la intención específica que requiere para el crimen de genocidio el artículo 17». *Vid.* J. BARBOZA: *Op. cit.*, p. 57; y M.N. SHAW: *loc. cit.*, p. 803. Sobre el genocidio como una especificación de los crímenes contra la humanidad *vid ad. ex.* J. VERHOEVEN: «Le crime de genocide. Originalité et ambiguïté», *RBDI*, vol. XXIV, 1991, 1, pp. 5-26 (p. 10); y la sentencia de condena del TPIY de 14 de julio de 1997 en el caso *Tadic* (párr.8), cuando en el contexto del examen de las penas aplicables contenidas en el código penal yugoslavo se refiere al genocidio como «una forma específica de crimen contra la humanidad».

⁵⁷ Caso n.º IT-95-16-T, sentencia de 14 de enero de 2000, párr. 636 «...ambos delitos, la persecución y el genocidio son crímenes perpetrados contra personas que pertenecen a un grupo particular y que son elegidas como blanco porque pertenecen a un grupo humano específico». Cfr. como expresión reciente de esta mayor gravedad de la persecución debido a la intención discriminatoria que la caracteriza, la sentencia de condena del TPIY de 28 de octubre de 2003 en el caso *P. Banovic* —caso IT-02-65/1-S, párrs. 10, 39-42 y 91—. Sobre la persecución en el Estatuto del TPIY *vid.* K. ROBERTS, «The Law of Persecution Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, 3, pp. 623-639. En el Estatuto de la CPI hay un tratamiento conjunto en algunos puntos del genocidio y los crímenes contra la humanidad, por ejemplo, en lo que se refiere a la imposibilidad de alegar ordenes superiores, que se consideran manifiestamente ilícitas (artículo 33.2 del Estatuto) y en la imposibilidad de utilizar la cláusula de escape transitoria del artículo 124 que sólo se aplica a los crímenes de guerra y, en consecuencia, cuando una misma conducta pueda calificarse de crimen de guerra y crimen contra la humanidad podrá juzgarse como crimen contra la humanidad. En general, respecto al régimen de los crímenes de guerra, hay algunos indicios de que el régimen de los crímenes contra la humanidad, incluido el genocidio, es más gravoso debido a los elementos contextual y subjetivo de los crímenes: *vid.* el estudio de M. FRULLI: «Are Crimes Against Humanity more Serious than War Crimes?», *EJIL*, vol. 12, 2001, 2, pp. 329-350.

venio pues se confirma que es un delito de derecho internacional en tiempo de paz o en tiempo de guerra. Pero este progreso de los crímenes contra la humanidad respecto al precedente de Nuremberg se compensa con derrotas en otros frentes como es la restricción de los grupos protegidos, pues se excluyen los grupos políticos, que sí se mencionan en la categoría persecución del Estatuto, y el genocidio cultural⁵⁸. Por último, como ya hemos visto, se exige una intención particular difícil de probar: la intención de destruir total o parcialmente a uno de los grupos protegidos. En la jurisprudencia reciente sobre el genocidio de los tribunales *ad hoc*, desde las sentencias dictadas en septiembre de 1998 por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en los casos *Akayesu* y *Kambanda*, se resalta este elemento subjetivo de la intención de destruir a un grupo, sin que, lógicamente, sea exigible que se produzca el resultado de la destrucción total o parcial del grupo⁵⁹. Este elemento subjetivo es el principal, aunque no único,

⁵⁸ A. CASSESE: «Genocide», en *The Rome Statute...*, *op. cit.*, p. 336. En el asunto *Pinochet* la ausencia de una tipificación interna de los crímenes contra la humanidad condujo a la Audiencia Nacional española a hacer una interpretación extensiva y evolutiva del crimen de genocidio, a la luz de la noción más amplia de crímenes contra la humanidad; interpretación en la que la categoría de la persecución jugó un papel relevante. Mi opinión sobre este caso, expuesta el 9 de noviembre de 1998, se encuentra sintetizada en las conclusiones del «Seminari: el assumpte Pinochet. Aspectes jurídics de Dret penal internacional i de Dret internacional públic», Dilluns, 9 de novembre de 1998: <http://www.upf.es/dret/penal/recursos/pinochet2.htm>; en particular la sección 2 (Derecho internacional público), concretamente los siguientes párrafos: 1, 2, y 3. *Vid. Audiencia Nacional, Sala de lo penal, Auto de 5 de noviembre de 1998: REDI*, 1999, 2, pp. 642-650 con nota de Davide di PIETRI (pp. 650-656). Sobre este asunto *vid. M. ABAD CASTELOS*: «La actuación de la Audiencia Nacional española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y en Chile: un paso adelante desandando la impunidad», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidades da Coruña*, 1998, 2, pp. 33-59 (pp. 38-45); V. ABELLÁN HONRUBIA: «La responsabilité...», *op. cit.*, pp. 329-331; C. MÁRQUEZ CARRASCO y J. ALCAIDE FERNÁNDEZ: «In re Pinochet...», *AJIL*, vol. 93, 1999, 3, pp. 690-696; y A. REMIRO BROTONS: *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 1999; *Ibid.*, «La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal», en F.J. QUEL LÓPEZ (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Madrid: Escuela Diplomática, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, *BOE*, 2000, pp. 193-235 (pp. 211-216).

⁵⁹ Al contrario, según P.N. DROST: *The Crime of State*, vol. II Genocide, Leyden: A.W. Sythoff, 1959, p. 82, «las medidas que produzcan la destrucción parcial o total de un grupo, pero que no se hayan adoptado con la intención de conseguir tal finalidad y resultado no están comprendidas en la definición y, por consiguiente, no constituyen un acto de genocidio según la convención». En este caso todavía podrán calificarse como crímenes contra la humanidad *stricto sensu*. *Vid.* sobre la jurisprudencia de los tribunales internacionales sobre el genocidio: P. AKHAVAN: «Contributions of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda to Development of Definitions of Crimes Against Humanity and Genocide», *PASIL*, 2000, pp. 279-284; A. De Z. GUNAWARADANA: «Contributions by the International Criminal Tribunal for Rwanda to Development of the Definition of Genocide», *PASIL*, 2000, pp. 277-279; R. MAISON: «Le crime de genocide dans les premiers jugements du Tribunal Pénal International pour le Rwanda», *RGDIP*, T. 103, 1999, 1, pp. 129-145; F.J. QUEL LÓPEZ: «Los tribunales penales internacionales *ad hoc*», en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (coord.): *Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid: Editorial Dilex, 2000, pp. 309-327 (pp. 312-314); *Ibid.*, «La competencia material de los tribunales penales internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados», en F.J. QUEL LÓPEZ (ed.): *Creación...*, *op. cit.*, pp. 79-104 (pp. 81-89); N.L.C. THWAITES: «Le concept de génocide dans la jurisprudence du TPIY: avancées et ambiguïtés», *RBDI*, vol. XXX, 1997, 2, pp. 565-606; N. JORGENSEN: «The definition of genocide: Joining the dots in the light of re-

elemento diferencial del genocidio respecto al resto de crímenes contra la humanidad, compartiendo, como veremos con la persecución la intención discriminatoria⁶⁰.

2. El Apartheid

En los años sesenta y setenta se produjo una nueva especificación de los crímenes contra la humanidad en la figura del *apartheid*. La noción de *apartheid* está estrechamente ligada a la propia historia de Sudáfrica y del Sudoeste africano (Namibia). La práctica de la segregación racial institucionalizada ha merecido durante muchos años una respuesta de la comunidad internacional considerándose como un crimen internacional que conlleva la responsabilidad de los individuos y de los Estados⁶¹. En el artículo 3 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por la Asamblea General de NNUU el 21 de diciembre de 1965, los Estados partes «condenan especialmente la segregación racial y el *apartheid* y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esa naturaleza»⁶². Decididamente en la resolución 2202 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, la Asamblea General califica el *apartheid* como crimen contra la humanidad, incluyéndose también como crimen imprescriptible en la convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad⁶³. Finalmente, en la resolución 3068 (XXVIII) de la Asamblea

cent practice», *ICLR*, vol. 1, 2001, pp. 285-313 (pp. 292-299). Sobre el genocidio en Bosnia resulta fundamental la sentencia del TPIY de 2 de agosto de 2001 en el caso *Krstic'* donde el Tribunal aceptó que podía calificarse como genocidio el intento de destrucción de un grupo en un área geográfica limitada como Srebrenica pero que las medidas de tipo cultural o sociológico que no conllevan por sí mismas la destrucción física o biológica del grupo no llegan al nivel de genocidio aunque pueden servir de prueba del mismo (párrs. 560, 580 y 589). Ese tipo de medidas quedarán abarcadas por la categoría de persecución. En lo que se refiere, entre otros puntos, al requisito de la destrucción de parte substancial del grupo esta sentencia es confirmada por la sentencia de la sala de apelación de 19 de abril de 2004, párrs. 6-23.

⁶⁰ En la sentencia del TPIY de 14 de diciembre de 1999 de la sala de primera instancia I en el caso *Jelusic*, donde se utilizan los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados —párrs. 59-108— para interpretar el Convenio sobre el genocidio, no se considera probado más allá de toda duda razonable que el acusado estuviera motivado por el *dolus specialis* del crimen de genocidio por lo que fue declarado inocente de esta acusación (párr. 108).

⁶¹ *Vid.* F. MARIÑO MENÉNDEZ: «Las sanciones internacionales contra Suráfrica», *Apartheid*, Madrid: IEPALA Editorial, 1989, pp. 37-56; A. PIGRAU SOLÉ: «El proceso de libre determinación de Namibia», *REDI*, vol. XLII, 1990, 1, pp. 43-79 (pp. 48-50); y G. TENEKIDES: «L'action des Nations Unies contre la discrimination raciale», *Rec. des C.*, vol. 168 (1980-III), pp. 269-487 (pp. 317-331).

⁶² *Vid.* texto en O. CASANOVAS y LA ROSA: *Casos y textos de Derecho internacional público*, Madrid: Tecnos, 4.ª ed., 4.ª reimp. rev., 1990, pp. 362-371 (p. 364).

⁶³ Aprobada por la Asamblea General de NNUU el 26 de noviembre de 1968: res. 2391 (XXIII). En su artículo I b) se declara la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad del Estatuto de Nuremberg, cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz, el genocidio, los crímenes de guerra y «...los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid*...aun si esos actos no constituyen una violación del Derecho interno del país donde fueron cometidos»: texto en E. ORIHUELA CALATAYUD (ed.): *Derecho internacional humanitario, Tratados internacionales y otros textos*, Madrid: McGraw-Hill, 1998, pp. 376-379. *Vid.* P. MERTENS: *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité*.

General de 30 de noviembre de 1973 se aprobó la Convención internacional sobre la represión y castigo del crimen de *apartheid*⁶⁴. En su artículo I.1 los Estados parte «...declaran el *apartheid* como crimen contra la humanidad y que los actos inhumanos que resultan de las políticas y prácticas de *apartheid* y las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial que se definen en el artículo II de la presente Convención son crímenes que violan los principios del Derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, y que constituyen una amenaza seria para la paz y la seguridad internacionales». El artículo II del Convenio establece toda una serie de actos inhumanos cuyo denominador común es que se cometen «con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente...». Para resumir la extensa lista de actos que constituyen la categoría de *apartheid* aparecen actos que pueden constituir genocidio; otros que constituyen violaciones de derechos humanos fundamentales de los individuos del grupo; medidas que prohíben crear reservas y guetos separados para los miembros del grupo; y persecución de las personas y organizaciones que se oponen al *apartheid*. De este convenio, diseñado para luchar contra la política de un gobierno concreto, se ha afirmado que «...vive sólo y exclusivamente en una dimensión no-operativa»⁶⁵. Es cierto que tras el fin del *apartheid*, paradójicamente, Sudáfrica no participa en el Convenio, habiendo optado por otras formas de reconciliación distintas de la penal mediante una Comisión de la verdad y la reconciliación⁶⁶. Pero a pesar de que este dato parecería indicar que nos encontramos ante un supuesto de derecho internacional penal simbólico, es importante destacar que el ámbito de aplicación del Convenio no se limita a Sudáfrica⁶⁷; que el *apartheid* es uno de los crímenes contra la humanidad recogido en el Estatuto de la CPI en una definición general; y que existe la posibilidad de que el Convenio pueda servir como elemento secundario de derecho aplicable a la CPI.

Etude de droit international et de droit pénal comparé, Bruxelles: (Centre Henri Rolin), Editions de l'Université de Bruxelles, 1974, pp. 133-166.

⁶⁴ Vid. J. DUGARD: «L'*apartheid*», *Droit international pénal*, pp. 349-360 (p. 350); F. ERMA-CORA: «The Protection of Minorities before the United Nations», *Rec. des C.*, vol. 182 (1983-IV), pp. 247-370 (p. 318); L.S. SUNGA: *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992, pp. 74-79.

⁶⁵ A. CASSESE: *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 180.

⁶⁶ Cfr. Ch. TOMUSCHAT: «Current Issues of Responsibility under International Law», *CEBDI*, vol. IV, 2000, pp. 515-599 (pp. 589-599); y «K. Van der VOORT y M. ZWANENBURG: «From *Raison d'État* to *état de Droit international*-Amnesties and the French Implementation of the Rome Statute», *International Criminal Law Review*, vol. 1, 2001, pp. 315-342 (pp. 325-332).

⁶⁷ J. DUGARD: *Loc. cit.*, pp. 351-354 y 358-359. Según este autor —p. 351— teóricamente Sudáfrica podría llegar a ser parte en el Convenio de 1973 integrarlo en su derecho interno y juzgar los crímenes cometidos por aquellos que no han querido beneficiarse de la amnistía sin afectar a la irretroactividad porque según su constitución, la irretroactividad no afecta a los actos que se consideraban criminales según el Derecho internacional. Por otra parte Sudáfrica ha ratificado el Estatuto de la CPI.

3. La persecución

Una especificación de los crímenes contra la humanidad se produce con el desarrollo de la categoría de la persecución del Estatuto de Nuremberg. Ya hemos calificado el genocidio como un desarrollo de la categoría de la persecución pero ello no ha implicado su desaparición. Al contrario, la cuestión está en que en la práctica y la jurisprudencia actuales sobre los crímenes contra la humanidad la persecución se ha convertido en el tipo dominante y se han planteado algunos problemas confundiendo o identificándose la persecución con la figura entera de los crímenes contra la humanidad, oscureciéndose, por así decir, la categoría *Martens* de los crímenes contra la humanidad. Meyrowitz señalaba, en 1960, que la mayoría de la doctrina, en particular autores no alemanes, consideraban la intención discriminatoria por motivos políticos, raciales o religiosos un elemento necesario para todos los crímenes contra la humanidad, llegando a convertir a este elemento en el «rasgo distintivo» de la noción⁶⁸. Estas

⁶⁸ H. MEYROWITZ: *Op. cit.*, pp. 250-251, 276 y 288-289. También se ha caracterizado a este rasgo distintivo como «elemento finalista»: J.B. DELGADO CÁNOVAS: *El derecho internacional humanitario a la luz del Estatuto y de la jurisprudencia del Tribunal penal para la antigua Yugoslavia*, Granada: Comares, 2000, pp. 157, 158, 161 y 163. Cfr. por ejemplo la definición de V. PELLA: *Op. cit.*, p. 42, donde la persecución encabeza la definición. También puede incluirse a J. GRAVEN: *Loc. cit.*, pp. 545-546. Esta perspectiva se refleja algo en el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad adoptado por la CDI en 1954: texto en NNUU, *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, Nueva York, 4.ª ed., 1989, pp. 146-147; S. GLASER: *Loc. cit.* y G.O. MUELLER: «The United Nations Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind», en G.O. MUELLER y E.M. WISE (eds.): *Op. cit.*, pp. 597-626. El proyecto (numeral 11), califica como delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad «los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia». Sobre esta redacción D.H.N. JOHNSON: «The Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind», *ICLQ*, vol. 4, 1955, 3, pp. 444-468 (pp. 450 y 465), ha señalado, aparte de destacar que recoge un crimen autónomo porque no exige conexión alguna con los otros crímenes, que mientras en los principios de Nuremberg sólo se exigía la intención discriminatoria en la persecución, en ese proyecto parece exigirse para todos los crímenes contra la humanidad. Quizá por esta razón en 1986, Doudou Thiam, el relator especial de la CDI para esta materia cuando sus trabajos se reanudaron sostuvo que se trataba de un elemento de todos los crímenes contra la humanidad: cfr. la observación de V. ABELLÁN HONRUBIA: *Op. cit.*, p. 339. De hecho esta es la perspectiva que adopta la tipificación en Francia de los crímenes contra la humanidad. En la Ley n.º 92-684 de 22 de julio de 1992 por la que se introducían los crímenes contra la humanidad en el código penal francés se hizo una distinción entre el genocidio y los otros crímenes contra la humanidad definidos de este modo: «la deportación, el sometimiento a esclavitud o la práctica masiva y sistemática de ejecuciones sumarias, de secuestros de personas seguidos de su desaparición, de tortura o actos inhumanos, inspirados por motivos políticos, filosóficos, raciales o religiosos y organizados en ejecución de un plan concertado contra un grupo de población civil» (artículo 212.1): *vid.* E. ZOLLER: «La definition...», *loc. cit.*, p. 550. Esta autora considera que las persecuciones han desaparecido de la noción de crímenes contra la humanidad (pp. 562-563) pero parece más bien que la intención discriminatoria por motivos políticos, filosóficos, raciales o religiosos, que es el elemento específico de la persecución, se ha convertido en un requisito de todos los crímenes contra la humanidad como opinan S. RATNER y J. ABRAMS: *Op. cit.*, pp. 61-62. *Vid.* la exigencia de intención discriminatoria para todos los crímenes contra la humanidad en: Y. JUROVICS: *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Paris: L.G.D.J., 2002, pp. 125-153, según la nota de lectura de D. BOYLE en *Actualité et Droit in-*

distintas perspectivas sobre los crímenes contra la humanidad se han reflejado de un modo explícito o implícito en los Estatutos de los tribunales penales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda⁶⁹. En el artículo 5 del Estatuto del TPIY se reco-

ternational, juillet 2002, p. 2. Sobre la jurisprudencia francesa en la materia, en particular el caso *Barbie* cfr. C. GRYNFOGEL: «Un concept juridique en quête d'identité: le crime contre l'humanité», *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 63, 1992, 3-4, pp. 1027-1048 (pp. 1.039-1.041 y 1.046-1.047). En la sentencia sobre este caso de la Corte de Casación de Francia de 20 de diciembre de 1985 se puso el acento en este elemento discriminatorio con estas palabras: «considerando que constituyen crímenes imprescriptibles contra la humanidad, en el sentido del artículo 6 c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg anexo al acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 —cuando también serían igualmente calificables como crímenes de guerra según el artículo 6.b) de ese texto— los actos inhumanos y las persecuciones que, en nombre de un Estado que practicaba una política de hegemonía ideológica, han sido cometidos de forma sistemática, no sólo contra las personas en razón de su pertenencia a una colectividad racial o religiosa, sino también contra los adversarios de esa política, cualquiera que sea la forma de su oposición». Este caso es examinado *in extenso* por A. CASSESE: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona: Ariel, 1991, pp. 83-127 (esp. pp. 99-100), cuya opinión es que la definición de los crímenes contra la humanidad contenida en la sentencia es aceptable si se entiende en sentido amplio, es decir, salvaguardando la categoría *Martens*: «en el sentido de que también cubre actos inhumanos cometidos contra civiles adversarios, no por ser judíos, partisanos u opositores políticos, sino solo por pertenecer al enemigo» (p. 101). Sobre la sentencia *vid.* U. IANNUCI: «La notion de crime contre l'humanité à travers les décisions rendues par les juridictions françaises dans les affaires Touvier et Barbie», en M. COLIN (ed.): *Op. cit.*, pp. 89-97 (p. 94); A. LYON-CAEN: «De Nuremberg au Procès Barbie», en *Le procès de Nuremberg. Consequences et actualisation*, Bruxelles: Bruylant, 1988, pp. 47-59 (p. 56); y L. SADAT WEXLER: «The Interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 32, 1994, 2, pp. 289-380 (esp. pp. 331 y 359). En conexión con la acentuación del elemento discriminatorio, en el caso *Barbie* se interpretó que no sólo la población civil sino también los miembros de un movimiento de resistencia podían ser víctimas de un crimen contra la humanidad, lo que parece poder deducirse de una lectura de la persecución del Estatuto de Nuremberg separada de la categoría asesinato que es aplicable a la población civil, de modo que cualquier persona sea civil o militar puede ser víctima de la persecución, según A. CASSESE: «Crimes against Humanity», en *The Rome Statute...*, *op. cit.*, pp. 353-378 (pp. 354, 361 y 375). Vendría a apoyar esta tesis que en el Estatuto del Tribunal de Tokio en la definición de los crímenes contra la humanidad se suprimieron las palabras «contra la población civil» pero el proyecto de código de la CDI de 1954, reproducido en esta misma nota concibe la persecución como un acto más cuya víctima debe ser población civil. Se trata de una cuestión abierta. También es cierto que en el caso *Barbie* la calificación estaba condicionada por la ley de 26 de diciembre de 1964 de imprescriptibilidad que sólo abarcaba los crímenes contra la humanidad definidos en el Estatuto de Nuremberg, no a los crímenes de guerra. *Vid.* P. PONCELA: «Imprescriptibilité», *Droit international pénal*, pp. 887-895 (pp. 890-891). Según el artículo 212.2 del código penal francés de 1994 también son imprescriptibles los crímenes de guerra agravados, definidos como crímenes contra la humanidad cometidos en tiempos de guerra contra «aquellos que combaten el sistema ideológico en nombre del cual» se perpetraron dichos crímenes, y el genocidio. *Vid.* en tono crítico A. MARSCHIK: «The Politics of Prosecution: European National Approaches to War Crimes», en T.L.H. MCCORMACK y G.J. SIMPSON (eds.): *Op. cit.*, pp. 65-101 (pp. 85 y 87). Francia, al ratificar el Estatuto de Roma ha hecho una declaración en virtud de su artículo 124 para excluir los crímenes de guerra de la competencia de la Corte. En la jurisprudencia actual de los tribunales *ad hoc* se interpreta, siguiendo esta línea, que las personas que participan en movimientos de resistencia pueden ser víctimas de crímenes contra la humanidad. *Vid.* sentencia de 7 de mayo de 1997 en el caso *Tadic*, párr. 643; y sentencia de 14 de enero de 2000 en el caso *Kupreskic*, párs. 547-549 y 568; y M. BETTATI: *Loc. cit.*, pp. 304-305.

⁶⁹ Un estudio muy completo de la jurisprudencia que incluye una perspectiva comparada se encuentra en G. METTRAUX: «Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda», *Harvard International Law Journal*, vol. 43, 2002, 1, pp. 237-316.

gen los crímenes contra la humanidad con una definición que sólo recoge la intención discriminatoria para la persecución (persecución por motivos políticos, raciales y religiosos), mientras que el artículo 3 del Estatuto del TPIR se dice que el tribunal «tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos... por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas...», recogiéndose a continuación una lista en la que figura en la letra h) la «...la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos»⁷⁰. Se produce con esta redacción del Estatuto del TPIR un solapamiento parcial entre la definición general de crímenes contra la humanidad y el crimen de persecución previsto en la letra h) de la relación de actos, exigiéndose un intención discriminatoria en todos los crímenes contra la humanidad. De manera que nos encontramos con dos enunciados de los crímenes contra la humanidad en los Estatutos de los tribunales creados por el Consejo de Seguridad que no coincidían totalmente lo que podía generar soluciones jurisprudenciales divergentes. El Consejo de Seguridad decidió que el TPIR compartiría la sala de apelación con el TPIY con la idea de evitar incoherencias en la jurisprudencia. Pero, podemos preguntarnos

⁷⁰ Cfr. el Estatuto del TPIY en anexo al *Informe del Secretario General conforme al párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad*: doc. S/25704, de 3 de mayo de 1993; y R. HUESA VINAIXA: «El Tribunal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la exYugoslavia y la sanción internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1994, Bilbao: Tecnos/SEUPV, 1995, pp. 155-194. Respecto al Estatuto del TPIR: resolución del Consejo de Seguridad 955 de 8 de noviembre (1994); y A. PIGRAU SOLÉ: «El Tribunal Internacional para Ruanda», *Tiempo de paz*, 1995, n.ºs 37-38, pp. 140-151. El texto de los Estatutos, modificado en otros puntos en sucesivas resoluciones del Consejo de Seguridad, se encuentra en E. ORIHUELA CALATAYUD: *Op. cit.*, pp. 692-701; y 731-741, respectivamente. No se sabe si estas diferencias de redacción de los dos Estatutos se deben, entre otros motivos, al desliz de una frase del Informe del Secretario General citado —párr. 47— en la que se dice sin ánimo de precisión y a título ejemplificativo que los crímenes contra la humanidad «...se refieren a actos inhumanos de naturaleza muy grave, como asesinato, tortura o violación, cometidos como parte de un ataque sistemático o en gran escala de cualquier población civil por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos». La cursiva es añadida. Como puede apreciarse en esta frase, que recuerda la definición de genocidio en cuanto a los grupos protegidos añadiéndose los grupos políticos, se deja entrever que todos los crímenes contra la humanidad deben ser cometidos por motivos discriminatorios nacionales, políticos, etc...Esta frase del Informe parece que se recogió literalmente en el comentario de la CDI al artículo 20 (competencia) del proyecto de Estatuto de Tribunal Penal Internacional que la Comisión elaboró en 1994, aunque el proyecto no contenía definiciones de los crímenes: *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 46.º período de sesiones, 2 de mayo a 22 de julio de 1994*: doc. A/49/10. El texto de este Estatuto con sus comentarios también está recogido en E. ORIHUELA CALATAYUD: *Op. cit.*, pp. 742-815; y F.J. QUEL LÓPEZ: «Hacia una jurisdicción internacional penal permanente: el proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional de la Comisión de Derecho Internacional», en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE y F.J. QUEL LÓPEZ (coord.): *Las Naciones Unidas y el Derecho internacional*, Barcelona: Ariel, 1997, pp. 152-170. La frase en cuestión podría haber pasado a integrar la definición de crímenes contra la humanidad del Estatuto del TPIR adoptado por el Consejo de Seguridad en noviembre del mismo año 1994. Una comparación de los dos Estatutos se encuentra en Ch. BASSIOUNI: *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2nd edition, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 195-196; y, en particular, M.-C. ROBERGE: «Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex-Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio», *RICR*, n.º 144, 1997, pp. 695-710, destacando las inexactitudes de las definiciones que tienen tanta importancia para las diligencias penales.

críticamente, ¿como se armoniza jurisprudencia ante dos enunciados diferentes de crímenes contra la humanidad manteniendo al mismo tiempo que los crímenes contra la humanidad tal como son formulados en los Estatutos forman parte del Derecho internacional consuetudinario? Hay que tener en cuenta, además, que cuando la cuestión se plantea ante los tribunales penales *ad hoc* se está negociando un Estatuto de CPI que necesariamente ha de contener una formulación de los crímenes contra la humanidad aunque sólo sea a los efectos de la competencia de la Corte.

En un primer momento, la sentencia de 7 de mayo de 1997 de la sala de primera instancia II del TPIY en el caso *Tadic* interpreta que los actos, para constituir crímenes contra la humanidad, deben tener una intención discriminatoria por motivos políticos, raciales, étnicos o religiosos, poniendo por encima del tenor literal del Estatuto la interpretación de los trabajos preparatorios⁷¹. Esta sentencia es importante para el análisis de la categoría de la persecución; se apoya en varios puntos en el proyecto de código de la CDI sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en 1996; y constituye un importante antecedente de la definición de crímenes contra la humanidad del Estatuto de Roma de la CPI. Sin embargo, en cuanto a la cuestión que estamos tratando, efectúa una interpretación restrictiva del Estatuto del TPIY, armonizándolo con el Estatuto del TPIR, y convirtiendo la persecución en la categoría dominante. Posteriormente la sentencia de la sala de apelación de 15 de julio de 1999, dictada un año después de la adopción del Estatuto de la CPI, considera que esta cuestión tiene una significación general para la jurisprudencia del Tribunal y tras un análisis pormenorizado de la cuestión, por unanimidad, concluye que la sala de primera instancia cometió un error al determinar que todos los crímenes contra la humanidad requieren una intención discriminatoria y aclaró que tal intención sólo es un elemento jurídico indispensable respecto a aquellos crímenes para los que se exige expresamente, es decir, la persecución mencionada en la letra h del artículo 5 del Estatuto⁷². Los argumentos aducidos por la sala de apelación, que conducen al resultado de preservar la identidad de la categoría *Mar-*

⁷¹ Caso n.º IT-94-1-T, sentencia de 7 de mayo de 1997, párrs. 650-652. La sala también considera que las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que también entran dentro de la competencia del Tribunal, pueden constituir el crimen de persecución si se cometen por motivos discriminatorios, llevando así al Estatuto del TPIY la conexión que existía en el Estatuto de Nuremberg entre los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra (párrs. 700-701). Esta sentencia ya fue objeto de comentarios críticos en su momento. *Vid. ad. ex.* J. DE HEMPTINNE: «La définition du crime contre l'humanité par le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yugoslavie», *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme*, vol. 9, n.º 36, octubre 1998, pp. 763-779 (pp. 765-770); y F.J. QUEL LÓPEZ: «Los Tribunales penales...», *loc. cit.*, p. 317, nota 27 lo califica de «ejercicio de esquizofrenia interpretativa». Sobre los trabajos preparatorios en este punto cfr. V. MORRIS y M.P. SCHARF: *Op. cit.*, vol. 2, pp. 184, 188, 207 y la tabla comparativa de las propuestas en vol. 1, pp. 379-383 para los crímenes contra la humanidad.

⁷² Párrs. 273-305 y 327 de la Sentencia. Sobre el cambio de orientación del Tribunal en este aspecto cfr. V. ABELLÁN HONRUBIA: *Op. cit.*, pp. 340-342; H. ASCENSIO y R. MAISON: «L'activité des Tribunaux pénaux internationaux (1999)», *AFDI*, 1999, pp. 472-514 (pp. 494-498); M. BETTATI: *Loc. cit.*, pp. 306-307; y Y. DINSTEIN: «Crimes Against Humanity after *Tadic*», *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, 2000, 2, pp. 373-394 (p. 391).

tens de los crímenes contra la humanidad, son los siguientes. En primer lugar, procede a una interpretación del artículo 5 del Estatuto según el sentido ordinario de las palabras señalando que la intención discriminatoria sólo se requiere expresamente para el delito de persecución. Además, en una interpretación lógica, si la intención discriminatoria se exigiera para todos los actos la especificación que aparece en el tipo persecución carecería de sentido⁷³. La sentencia indica que «el objetivo de los que redactaron el Estatuto era que fueran punibles todos los crímenes contra la humanidad, incluyendo aquellos que, reuniendo todas las condiciones requeridas por la noción, pueden haber sido perpetrados sin motivos políticos, raciales o religiosos tal como están especificados en el párrafo h del artículo 5»⁷⁴. Si se admitiera esta interpretación, según la sala de apelación, se produciría una laguna en todos aquellos casos de crímenes contra civiles cometidos sin intención discriminatoria. En segundo lugar, una interpretación en conformidad con el Derecho internacional consuetudinario confirma que una intención discriminatoria no se requiere para todos los crímenes contra la humanidad y hay que presumir que el Consejo de Seguridad pretendió ajustarse al Derecho internacional consuetudinario. La sala de apelación considera que «resulta interesante destacar que la necesidad de una intención discriminatoria fue considerada pero finalmente rechazada por la Comisión de Derecho Internacional en su proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. De un modo similar, aunque la inclusión de la intención discriminatoria fue discutida en el Comité preparatorio sobre el establecimiento de un Tribunal penal internacional, el artículo 7 del Estatuto de Roma incorpora el rechazo de los redactores de la intención discriminatoria»⁷⁵.

En opinión de Hervé Ascensio esta jurisprudencia facilita la tarea del Fiscal de los Tribunales *ad hoc* pero pone en evidencia las diferencias entre los Estatutos de los Tribunales y en particular el carácter más restrictivo del artículo 3 del Estatuto del TPIR⁷⁶. En este sentido la sala de apelación ha confirmado esta ju-

⁷³ Párrs. 282-284.

⁷⁴ Párr. 285.

⁷⁵ Párr. 291. La sala de apelación también desestima el valor de los trabajos preparatorios para desvirtuar el texto claro del artículo 5 (párrs. 294-297, 301 y 303). Las sentencias posteriores del TPIY confirman esta interpretación de la persecución: caso *Kupreskic* (IT-95-16-T) de 14 de enero de 2000, párr. 558; caso *Blaskic* (IT-95-14-T), de 3 de marzo de 2000, párrs. 218-235, 244 y 260; caso *Dario Kordik & Mario Cerkez* de 26 de febrero de 2001, párr. 186.

⁷⁶ H. ASCENSIO: «Les tribunaux *ad hoc* pour l'exYugoslavie et pour le Rwanda», *Droit international pénal*, pp. 715-734 (p. 723). Estas divergencias también se han planteado en otros ámbitos como el del enjuiciamiento del genocidio y los crímenes contra la humanidad en Camboya. En la ley sobre el establecimiento de Salas Especiales adoptada en este país el 10 de agosto de 2001 (artículo 5) se recoge una definición de crímenes contra la humanidad como la del artículo 3 del Estatuto del TPIR (el texto de la ley puede consultarse en <http://www.yale.edu.cgp>) En cambio, en el Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al procesamiento, con arreglo al derecho de Camboya, de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática (anexo a la resolución aprobada por la Asamblea General el 13 de mayo de 2003: doc. A/RES/57/228 B, 22 de mayo de 2003), se establece que las salas especiales que han de juzgar dichos crímenes tendrán competencia *ratione materiae* para conocer, entre otros crímenes «...de los crímenes contra la humanidad según se definen en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998» (artículo 9). El artículo 2 de este Acuerdo

risprudencia en la sentencia de 1 de junio de 2001 en el asunto *Akayesu* en el que se apelaba una sentencia del TPIR. En efecto, la sala de apelación tenía que dar un sentido al artículo 3 del Estatuto del TPIR en cuanto exige que los crímenes se hayan cometido por motivos discriminatorios. Para la sala, confirmando sus conclusiones en *Tadic*, no hay una contradicción entre los dos estatutos porque la intención discriminatoria sólo se exige por el Derecho internacional humanitario para el tipo persecución. Lo que ocurre es que el Consejo de Seguridad estableció que el Tribunal para Ruanda tuviera competencia para juzgar sólo los crímenes contra la humanidad cometidos en el contexto de un ataque contra la población civil de naturaleza discriminatoria, limitando de este modo la competencia del Tribunal sin apartarse de la noción en Derecho internacional consuetudinario⁷⁷. Se recurre de este modo al mismo argumento —el argumento *Einsatzgruppen*— que se utilizó por la sala para interpretar la exigencia del Estatuto del TPIY de la conexión de los crímenes contra la humanidad con un conflicto armado⁷⁸. La manera de armonizar las exigencias del Derecho internacional consuetudinario con la literalidad de los Estatutos es interpretar las limitaciones como condicionantes de la competencia y no como elementos integrantes de los crímenes.

parte de la base de una conformidad entre el Acuerdo y la Ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales; de lo contrario será necesaria la modificación de la Ley. Una «mirada escéptica» sobre este tribunal en J. SELLARÉS SERRA: «Crimen sin castigo: el genocidio y los crímenes de lesa humanidad de los khmeres rojos», *Agenda ONU*, n.º 5, 2002, pp. 195-232 (pp. 216-226). En cambio en el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona creado de conformidad con la resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad, de 14 de agosto, para crear dicho Tribunal, la definición de crímenes contra la humanidad (artículo 2) inspirada en la de los Tribunales penales *ad hoc* no recoge el requisito de la intención discriminatoria para todos los crímenes; sólo para la persecución. *Vid.* el Estatuto en anexo al Acuerdo entre las Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona acerca del Establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona, firmado el 16 de enero de 2002: informe del Secretario General: doc. S/2000/915, de 4 de octubre de 2000 (p. 21). Sobre este Tribunal cuya dirección de internet es <http://www.sc.sl.org>. *Vid.* A. BLANC ALTEMIR: «El tribunal especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del derecho internacional humanitario», *ADI*, vol. XIX, 2003, pp. 101-137; M.P. SCHARF: «The Special Court for Sierra Leone», *ASIL Insights*, octubre 2000; y una comparación en S. LINTON: «Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice», *Criminal Law Forum*, vol. 12, 2001, pp. 185-246 (pp. 194 y 234).

⁷⁷ Sentencia de la sala de apelación de 1 de junio de 2001 en el asunto Jean-Paul Akayesu: case n.º ICTR-96-4-A, párrs.460-469 (párrs. 464 y 469). *Vid.* J. De HEMPTINNE: «Controverses relatives à la définition du crime (contre l'humanité) de persécution», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n.º 53, 2003, pp. 15-48 (pp. 44-45).

⁷⁸ La misma sentencia lo afirma en el párr. 465. «En consecuencia —concluye— aparte de esta restricción de la jurisdicción, tales crímenes continúan rigiéndose en el modo usual por el derecho internacional consuetudinario, particularmente que la discriminación no es un requisito para los diversos crímenes contra la humanidad, excepto cuando se trata de persecución» (párr. 466).

IV. LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

1. La competencia de la CPI sobre los crímenes contra la Humanidad

La Corte Penal Internacional, desde que su Estatuto entró en vigor el primero de julio de 2002, tiene competencia, complementaria de la competencia de los tribunales internos, para juzgar, en los términos del preámbulo y del artículo 1 del Estatuto, los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto⁷⁹ con lo que se configura teóricamente como un elemento esencial para mantener el orden de la comunidad internacional⁸⁰. Estos crímenes, declarados imprescriptibles (artículo 29), son el genocidio (artículo 6), los crímenes de lesa humanidad (artículo 7), los crímenes de guerra (artículo 8) y el crimen de agresión cuando se llegue a un acuerdo sobre su definición y se incorpore esta al Estatuto (artículo 5). Los aspectos relativos a los crímenes están regulados en la parte segunda del Estatuto sobre «competencia, admisibilidad y derecho aplicable» de modo que las definiciones se vinculan estrechamente a la competencia de la CPI, como ocurre en la mayoría de los instrumentos en la materia⁸¹.

⁷⁹ Como señala Antoni PIGRAU i SOLÉ: «La Corte Penal Internacional Posible», *Agenda ONU*, n.º 1, 1988, pp. 9-38 (p. 12), «en la medida en que ha sido posible identificar intereses propios de la sociedad internacional como tal, se ha procedido a la tipificación de delitos específicamente internacionales, susceptibles de lesionar directamente dichos intereses».

⁸⁰ Sobre la significación del Estatuto, en general, para el Derecho internacional *vid.* O. CASANOVAS y LA ROSA: «El Derecho internacional humanitario en los conflictos armados (II): la protección de sus víctimas y la aplicación de sus normas», en M. DÍEZ DE VELASCO: *Instituciones de Derecho internacional público*, 13.ª ed., Madrid: Tecnos, 2001, cap. XLIV, pp. 890-910 (p. 904). *Vid.* también C. ESCOBAR HERNÁNDEZ: «La Corte Penal Internacional», en M. DÍEZ DE VELASCO: *Las organizaciones internacionales*, 12.ª ed., Madrid: Tecnos, 2002, pp. 430-439 (p. 430); J. CARDONA LLORENS: «La Corte Penal Internacional y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales», en J.L. GÓMEZ COLOMER, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC y J. CARDONA LLORENS (coord.): *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 61-103 (pp. 89-98); y X. PONS RAFOLS: «La Unión Europea ante la Corte Penal Internacional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 7. Núm. 16, septiembre-diciembre de 2003, pp. 1.067-1.117 (1115). El texto del Estatuto de Roma se distribuyó como documento A/CONF. 183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. Este texto se encuentra en <http://www.un.org/law/icc.index.html>. En España se ha publicado el Estatuto junto al instrumento de ratificación en *BOE* núm. 126, de 27 de mayo de 2002.

⁸¹ *Vid.* I. LIROLA DELGADO: «La competencia material de la Corte Penal Internacional. La relación con el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad», en F.J. QUEL LÓPEZ (ed.): *Creación...*, *op. cit.*, pp. 45-62; F.J. QUEL LÓPEZ: «La competencia material...», *loc. cit.*, pp. 89-94; y Th. MERON: «Crimes under the Jurisdiction of the International Criminal Court», en H. VON HEBEL, J.G. LAMMERS y J. SCHUKKING (eds.): *Reflections on the International Criminal Court. Essays in honour of Adriaan Bos*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 1999, pp. 47-55 (pp. 49-51). *Vid.* específicamente sobre el artículo 7 D. DONAT-CATTIN: «Crimes Against Humanity», en F. LAT-TANZI (ed.): *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, Napoli: ed. Scientifica, 1998, pp. 49-77; y D. ROBINSON: «Defining crimes against humanity at the Rome Conference», *AJIL*, vol. 93, 1999, 1, pp. 43-57 (p. 56); M. BOOT, R. DIXON y Ch.K. HALL: «Article 7. Crimes Against

En el artículo 7 del Estatuto de Roma se recoge una definición de los crímenes de lesa humanidad a los efectos del Estatuto que es muy importante porque resultó de una conferencia internacional en la que participaron unos ciento sesenta Estados y cuyo texto, a principios de 2004, ha sido ratificado por más de noventa, encontrándose actualmente en vigor⁸². La definición del artículo 7 merece una valoración global positiva pero presenta una cierta complejidad fruto de las prisas inevitables del proceso negociador. El artículo se divide en tres párrafos: el primero contiene la definición general o *chapeau* junto a la lista de actos que pueden integrar los crímenes contra la humanidad; el párrafo segundo contiene definiciones complementarias de la definición general; y el párrafo tercero, mal ubicado sistemáticamente, se limita a definir el término «genero» a los efectos del Estatuto, no sólo del artículo 7⁸³.

Humanity», en O. TRIFFTERER (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden: Nomos, 1999, pp. 117-172. El Estatuto utiliza la terminología de «crímenes de lesa humanidad». Esta expresión es sinónima de «crímenes contra la humanidad» y, en consecuencia, aunque en el Derecho internacional suele ser frecuente, aquí la diversidad de términos no esconde ningún debate de fondo. La palabra «leso» o «lesa», según el Diccionario de la lengua española, viene del latín *laedere* (dañar u ofender) y significa: «agraviado, lastimado, ofendido. Aplícase principalmente a la cosa que ha recibido el daño o la ofensa». Sobre los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte *vid.* J. JORGE URBINA, «Sobre la noción de crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en *Hacia una justicia internacional*, Madrid: Ministerio de Justicia/BSCH/Civitas, 2000, pp. 635-653.

⁸² El Estatuto ha tenido ya una influencia importante en otros instrumentos internacionales como el ya mencionado Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, en particular en lo que se refiere a los delitos de violencia sexual: M. FRULLI: «The Special Court for Sierra Leone: Some Preliminary Comments», *EJIL*, vol. 11, 2000, 4, pp. 857-869 (pp. 863-864). En cuanto a la violación como crimen contra la humanidad destaca el caso *Foca*: sentencia del TPIY de 22 de febrero de 2001 en el caso *Kunarac, Kovac y Vukovic* (párrs. 436-460). Otro instrumento en el que se recoge la definición del artículo 7 del Estatuto es el reglamento de la Administración de Transición de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNTAET) n.º 2000/15, de 6 de junio de 2000, sobre el establecimiento de tribunales con jurisdicción exclusiva sobre delitos graves (sección 5). *Vid.* J. DUNN: *Crimes Against Humanity in East Timor, January to October 1999: Their Nature and Causes*, 14-2-2001: <http://www.etan.org/news/2001a/dunn1.htm>. En la actividad de los tribunales para delitos graves en Timor Leste destaca respecto a los crímenes contra la humanidad la sentencia de 11 de diciembre de 2001 del Tribunal de Distrito de Dili en el caso «Los Palos» (Case n.º 09/2000, párrs. 634-669: <http://www.jsmp.minihub.org/Trialsnews.htm#jonimarques>). Sobre los crímenes contra la humanidad en este tribunal *vid.* S. LINTON: *Loc. cit.*, p. 207.

⁸³ En la introducción a los Elementos de los crímenes contra la humanidad se contiene un párrafo de difícil interpretación: «Por cuanto el artículo 7 corresponde al derecho penal internacional, sus disposiciones, de conformidad con el artículo 22, deben interpretarse en forma estricta, teniendo en cuenta que los crímenes de lesa humanidad, definidos en el artículo 7, se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta que no es permisible con arreglo al derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo». Parece que este párrafo, auspiciado por los países árabes, pretende introducir requisitos adicionales o establecer interpretaciones restrictivas del artículo 7. En todo caso, los Elementos de los crímenes son orientativos, no vinculantes para la Corte que debe, conforme al artículo 22 del Estatuto, hacer una interpretación estricta de los crímenes pero no reducir el alcance del artículo 7. *Vid.* respecto al proyecto de Elementos de los crímenes M. POLITI: «Elements of crimes», en *The Rome Statute...*, *op. cit.*, vol. I, pp. 443-473 (pp. 457-458).

2. Los requisitos generales exigidos en el artículo 7 del Estatuto

De un modo muy sintético señalaremos primero lo que no se exige y después lo que sí se exige en esta definición para que la CPI sea competente. En primer lugar, no es necesaria una conexión de los crímenes contra la humanidad con un conflicto armado a pesar de la confusión que se había producido por la redacción del Estatuto del TPIY que exige que los actos se hayan cometido durante un conflicto armado, interno o internacional. Como hemos observado anteriormente el TPIY en diversas sentencias en el asunto *Tadic* utilizó, entre otros, el argumento *Einsatzgruppen* para afirmar que se trataba de una limitación de la competencia del Tribunal, no de la definición de crímenes contra la humanidad⁸⁴. En segundo lugar, tampoco es un elemento necesario que los actos se hayan cometido con intención discriminatoria, que sólo se exige para la per-

⁸⁴ Más recientemente se confirma esta idea en la sentencia del TPIY en el caso *Tuta y Stela* de 31 de marzo de 2003, párr. 233. Es una observación muy generalizada la importancia de la ausencia de una conexión de los crímenes contra la humanidad del Estatuto de la CPI con un conflicto armado lo que necesariamente hubiera restringido su ámbito de aplicación. Al parecer A. Cassese abogó personalmente con su autoridad a favor de esta desconexión: D. DONAT-CATTIN: *Loc. cit.*, pp. 57-58. Para el propio A. CASSESE: «The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections», *EJIL*, vol. 10, 1999, 1, pp. 144-171 (p. 150) este aspecto «parece reflejar el Derecho internacional actual»; también C. ESCOBAR HERNÁNDEZ: «El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en *Hacia una justicia...*, *op. cit.*, pp. 499-526 (p. 505) alude a la «consolidación plena» de la autonomía de los crímenes contra la humanidad.; C. GUTIÉRREZ ESPADA: «Luces y sombras del Tribunal Penal Internacional (Roma 1998)», *Carthaginensia*, vol. 16, 2000, pp. 83-137 (pp. 109-110); F.J. QUEL LÓPEZ: «La competencia material...», *loc. cit.*, p. 90, nota 28 donde se refiere a «un punto de llegada de un proceso de cristalización normativa»; D. ROBINSON: *Loc. cit.*, pp. 45-46. Estados Unidos al parecer era partidario claramente de la desvinculación de los crímenes contra la humanidad de los conflictos armados: D.J. SCHEFFER: «The United States and the International Criminal Court», *AJIL*, vol. 93, 1999, 1, pp. 12-22 (pp. 14 y 16). Para resumir L. CONDORELLI: «La Cour Pénale Internationale: un pas de géant», *RGDIP*, t. 103, 1999, 1, pp. 7-21 (p. 10), concluye que «después del Estatuto de Roma el crimen contra la humanidad puede intervenir fuera de todo vínculo con un conflicto armado, tanto internacional como interno, en contra de lo que estaba previsto en el derecho de Nuremberg: lo que significa que tal calificación puede aplicarse, sustancialmente, a cualquier violación grave de los derechos humanos (incluido en tiempo de paz), siempre que se vincule a una política sistemática». Desde este punto de vista en la primera lectura del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad adoptado provisionalmente por la CDI en 1991 los actos que son crímenes contra la humanidad se calificaban (artículo 21) de «violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos»: *Informe de la CDI a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 43er período de sesiones (1991)*, doc. A/46/10, pp. 258-270; V. ABELLÁN HONRUBIA: *Loc. cit.*, pp. 267-272; y L.C. GREEN: «Crimes under the I.L.C. 1991 Draft Code», en Y. DINSTEIN y M. TABORY (eds.): *Op. cit.*, pp. 19-40. Una crítica a este proyecto en cuanto a los crímenes contra la humanidad —término que no se empleaba en el proyecto a pesar de la propuesta del relator especial Doudou Thiam— en Ch. BASSIOUNI: «Crimes Against Humanity: The Need for a Specialized Convention», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 31, 1994, 3, pp. 457-494 (pp. 483-486); O. De FROUVILLE: «Les atteintes massives aux droits de l'homme», *Droit international pénal*, pp. 417-426 (pp. 417-420); y Ch. TOMUSCHAT: «Crimes Against the Peace and Security of Mankind and the Recalcitrant Third State», en Y. DINSTEIN y M. TABORY (eds.): *Op. cit.*, pp. 41-63 (pp. 49-50), donde critica la redacción que se daba entonces a esta cuestión en el proyecto y advierte de su naturaleza de desarrollo progresivo. Esta perspectiva que pone el acento en la violación masiva o sistemática de los derechos humanos fundamentales se integra hoy en los crímenes contra la humanidad a través de la categoría de la persecución.

secución⁸⁵. En tercer lugar, en cuanto a lo que se exige, es necesario que los actos se hayan cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático⁸⁶. El ataque se define como una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política (elemento político)⁸⁷. En cuarto

⁸⁵ Sobre esta cuestión hay acuerdo general. En el proyecto de Estatuto sometido a la Conferencia de Roma existía la alternativa de una definición que recogía con carácter general, para todos los crímenes contra la humanidad, el requisito de los «motivos políticos, filosóficos, nacionales, étnicos o religiosos o por cualquier otro motivo arbitrariamente definido», indicándose, lógicamente, que de seguirse esta opción se tendría que considerar su relación con la letra h) del párrafo 1 del proyecto, letra que se refería a la persecución, pues de lo contrario hubiera quedado una redacción del estilo de la del artículo 3 del Estatuto del TPIR: doc. A/CONF/183/2/Add. 1 de 14 de abril de 1998, p. 25. *Vid.* sobre este punto D. DONAT-CATTIN: *Loc. cit.*, p. 56; Ch. BASSIOUNI: *Crimes Against Humanity...*, *op. cit.*, 2.^a ed., 1999, pp. 199-200; y D. ROBINSON: *Loc. cit.*, pp. 46-47. Como confirman H. Von HEBEL y D. ROBINSON: *Loc. cit.*, pp. 94-95, algunas delegaciones, especialmente Francia, sugerían que los crímenes contra la humanidad requerían un elemento discriminatorio y se alegaba a favor del Estatuto del TPIR. Sin embargo, como la mayoría de las delegaciones se oponían a esta concepción finalmente el Estatuto no recoge la intención discriminatoria para todos los crímenes contra la humanidad. Puede decirse, por tanto que en la Conferencia de Roma no triunfó la tesis contenida en la citada sentencia en el asunto *Tadic*. *Vid.* en el contexto del debate sobre la imprescriptibilidad, el comentario de M. MASSÉ: «Crimes contre l'humanité et Droit international», en M. COLIN (dir.): *Op. cit.*, p. 40.

⁸⁶ Como parte del elemento subjetivo los actos deben cometerse con conocimiento del ataque. Sobre este requisito *vid.* V. ABELLÁN HONRUBIA: *Loc. cit.*, pp. 335-337; y A. CASSESE: «Crimes against Humanity», en *The Rome Statute...*, *op. cit.*, pp. 356-360. En el artículo 6 del Estatuto, relativo al genocidio, no se recoge este requisito de generalidad o sistematicidad, siguiendo en esto al Convenio de 1948. No obstante, en los Elementos de los crímenes adoptados por la Asamblea de los Estados Parte del Estatuto en su primera sesión celebrada entre el 3 y el 10 de septiembre de 2002 (doc. ICC-ASP/1/3 and Corr.1, pp. 117-119) se especifica, respecto a cada uno de los actos que pueden constituir genocidio, que «la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción», de modo que lo usual será que los supuestos de genocidio se produzcan en un contexto más amplio y masivo de «pauta manifiesta de conducta». Este elemento de una línea de conducta deliberada con la que se vincula la conducta de un acusado es admitido a título de prueba en el artículo 93 de las reglas de procedimiento y de prueba del TPIY (<http://www.un.org/icty/basic/rpe>). *Vid.* A.M. LA ROSA: «Trascendental reto para los tribunales penales internacionales: conciliar las exigencias del Derecho internacional humanitario y de un procedimiento equitativo», *RICR*, n.º 144, 1997, pp. 677-693. A. CASSESE: «Genocide», en *The Rome Statute...*, *op. cit.*, pp. 349-350, critica este aspecto de los elementos de los crímenes en la medida en que, si bien a menudo el genocidio se producirá como parte de una política sistemática, este requisito, como elemento del crimen, no tiene un fundamento en el convenio ni en el derecho internacional consuetudinario. La introducción en la práctica de una modificación en el Estatuto a través de los Elementos de los crímenes es criticada también por O. TRIFFTERER: «Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such», *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2001, 2, pp. 399-408 (esp. pp. 407-408). Estas críticas han tenido eco en la sentencia de la sala de apelación del TPIY en el caso *Krstic* de 19 de abril de 2004, párr. 224, donde se afirma directamente que este aspecto de los Elementos de los crímenes no refleja el derecho consuetudinario como podría haberse deducido de su aplicación al caso por la sala de primera instancia.

⁸⁷ Este requisito, recogido en el artículo 18 del proyecto de la CDI, permite afirmar que los autores de crímenes contra la humanidad pueden ser no sólo funcionarios o autoridades gubernamentales sino también particulares que sean miembros de organizaciones que elaboren una política para cometer crímenes contra la humanidad. *Cfr.* V. ABELLÁN HONRUBIA: *Loc. cit.*, p. 338. De este modo se ha dicho que hay un compromiso, fruto de una propuesta canadiense, entre los partidarios del «conjunctive test» (un ataque generalizado y sistemático), y el «disjunctive test» (generalizado o sistemático), al exi-

lugar, el ataque debe dirigirse contra una población civil. En quinto lugar, es necesario que los crímenes contra la humanidad estén constituidos por uno o varios de los actos que aparecen ordenados por letras también en el párrafo primero del artículo 7; los actos inhumanos⁸⁸.

3. ¿Nuremberg dentro de Roma?

El párrafo primero del artículo 7 del Estatuto contempla una ordenación en letras en la que se contienen hasta once actos o grupos de actos inhumanos que pueden integrar crímenes contra la humanidad si cumplen los requisitos de la definición general: por ejemplo, asesinato, tortura, esclavitud... La doctrina ha considerado positivamente la ampliación y precisión de los actos inhumanos respecto a instrumentos anteriores, destacando la inclusión de varios actos de violencia sexual y la desaparición forzada.⁸⁹ Además el artículo 7 del Estatuto

girse no sólo la comisión múltiple de actos sino también el elemento político: D. ROBINSON: *Loc. cit.*, p. 51; y H. Von HEBEL y D. ROBINSON: «Crimes within the Jurisdiction of the Court», en H. VON HEBEL, J.G. LAMMERS y J.S. SCHUKKING (eds.): *Op. cit.*, pp. 79-126 (pp. 94-97) Es cierto que el elemento político no implica reintroducir una exigencia de intención discriminatoria para todos los crímenes contra la humanidad pero parece que en el elemento político estará implícito en la mayoría de los casos un afán discriminatorio que podrá conducir a calificar las conductas como persecución. *Vid.* también sobre este punto E. FIERRO SEDANO: «La Conferencia de Roma para la creación de una Corte Penal Internacional: el proceso negociador y sus dificultades jurídicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 53, 1999, pp. 231-246 (pp. 235-236). La exigencia de un ataque se relaciona con la línea de conducta que implica la comisión múltiple de actos no con un conflicto armado: según los Elementos de los Crímenes, «no es necesario que los actos constituyan un ataque militar»: doc. cit. p. 120 (introducción a los elementos de los crímenes contra la humanidad). Asimismo, el artículo 7 del Estatuto exige que el autor tenga conocimiento del ataque «No obstante —especifican los Elementos de los Crímenes (doc. cit. p. 119)— el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o de la organización». En el propio artículo 30 del Estatuto se recoge el elemento subjetivo (*mens rea*) de los crímenes exigiéndose, para que la persona sea penalmente responsable, que actúe con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. Por otra parte, en aquellos casos en que una disposición sea aplicable a los crímenes de guerra o establezca un régimen distinto respecto a los crímenes contra la humanidad y el genocidio, como el artículo 124 o el artículo 33, hay que entender que no afectará a la posible calificación de los mismos actos como crímenes contra la humanidad o genocidio de manera que no se podrá alegar la exclusión de la competencia de la Corte que permite el artículo 124 para los crímenes de guerra ni las ordenes superiores como causa eximente de responsabilidad: cfr. A. ZIMMERMANN: «Superior orders», en *The Rome Statute...*, *op. cit.*, pp. 957-974 (p. 972).

⁸⁸ Esta técnica de redacción consistente en formular una definición general y a continuación una lista de actos inhumanos no fue utilizada en el Estatuto de Nuremberg donde se recogía todo en una sólo frase. Esta forma de redactar se inaugura con el artículo II del Convenio contra el *apartheid* pero adquiere importancia en la redacción del artículo 5 del Estatuto del TPIY donde la persecución se convierte, en virtud del «efecto lista» en un acto inhumano más.

⁸⁹ C. JIMÉNEZ CORTES: «La responsabilidad del individuo ante el Derecho internacional: hacia una sistematización de los delitos», *Agenda ONU*, n.º 1, 1998, pp. 39-60 (p. 51) ha señalado que «...al agregarse nuevos temas como la esclavitud sexual, prostitución forzada o desaparición forzada», lo dispuesto en el Estatuto no es sólo una «...mera codificación de delitos ya existentes sino también de desarrollo progresivo de conductas abarcadas por el derecho penal internacional», siempre que esas conduc-

incluye en el párrafo segundo unas definiciones de los actos que contribuyen en la mayoría de los casos a su mejor precisión y los Elementos de los crímenes precisan aún más las conductas punibles. Aún así, podrán incluirse, según la letra k de la lista «otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física»⁹⁰.

Lo que genera cierta confusión y solapamientos en la regulación de los crímenes contra la humanidad del Estatuto es la inclusión entre esos actos, en las letras (h) y (j), de la persecución y el *apartheid*, respectivamente. La confusión se debe al hecho de que, como hemos visto, estas figuras, más que actos inhumanos concretos, constituyen categorías de crímenes contra la humanidad que merecían una redacción en párrafos separados dentro del artículo 7 pero los redactores del Estatuto quisieron someter estos crímenes al requisito general del

tas cumplan los requisitos de los crímenes contra la humanidad. Los países de América Latina presionaron para que se incluyera la desaparición forzada de personas cuya práctica sistemática es calificada como crimen contra la humanidad en el preámbulo de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas frente a la desaparición forzada contenida en la resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992 así como en el preámbulo de la convención interamericana sobre la desaparición forzada de personas, adoptada el 9 de junio de 1994 (<http://www.oas.org>). La importancia de la inclusión de las desapariciones forzadas es puesta de relieve por F.J. QUEL LÓPEZ: «La competencia material...», *loc. cit.*, p. 94. *Vid.* entre otros crímenes contra la humanidad el de desapariciones forzadas de personas en la sentencia del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de Argentina de 6 de marzo de 2001 (sentencia del juez Gabriel Cavallo): <http://www.elpais.es/temas/textos/cavallo/index.html>. La sentencia declara nulas las leyes 23.492 y 23.521 (leyes de punto final y obediencia debida). Respecto a la no tipificación autónoma de la limpieza étnica, a pesar de que es una denominación muy usual y expresa adecuadamente el elemento territorial de una determinada política como la ejecutada en el conflicto yugoslavo, C. RUEDA FERNÁNDEZ: *loc. cit.* pp. 323-324, ha señalado que pueden encuadrarse en los crímenes contra la humanidad a título de deportaciones masivas, de persecución de un grupo étnico o incluso como genocidio si los actos se cometen con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo. *Vid.* también C. RUEDA FERNÁNDEZ: *Delitos de derecho internacional. Tipificación y represión internacional*, Barcelona: Bosch, 2001; y el estudio de R.A. ALIJA FERNÁNDEZ: «¿Un nuevo crimen de limpieza étnica? Reflexiones a partir de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia», *Agenda ONU*, n.º 5, 2002, pp. 71-107. El código penal yugoslavo (art. 141) a diferencia del Convenio sobre el genocidio, sí recoge el traslado forzoso de población como una forma del mismo. Otras conductas punibles como la tortura son consideradas generalmente como parte del *ius cogens* como ha confirmado el TPIY en diversas sentencias. Cfr. sentencia de 10 de diciembre de 1998 en el caso *Furundzija* (IT-96-17-T, párrs. 153-154); sentencia de 22 de febrero de 2001 en el caso *Foca*, párrs. 465-497. *Vid.* F.J. QUEL LÓPEZ: «Régimen jurídico internacional de la lucha contra la tortura (I): aspectos generales», en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (coord.): *Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid: Dilex, 2000, pp. 213-234 (pp. 213-216); y como instrumento más importante el Convenio de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984. En la práctica la tipificación autónoma de la tortura, su recepción en los ordenamientos internos y la cooperación internacional para su represión hacen aparecer este delito no sólo como un acto que constituye crimen contra la humanidad si cumple los otros requisitos sino como un crimen internacional autónomo.

⁹⁰ Parece no haber contradicción en el Estatuto cuando por un lado se establece (artículo 22.2 primera frase) que «la definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía» y por otro se mantienen tipos abiertos o «escoba» como el señalado para los crímenes contra la humanidad. *Vid.* no obstante la crítica a su indeterminación en A. CUERDA RIEZU y M.A. RUIZ COLOMÉ: «Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional», *La Ley*, 1999, 1, apartado II 2.

ataque generalizado o sistemático y, en una aparente simplificación que consistía en introducirlos en la lista de actos inhumanos, generaron mayor complejidad⁹¹. En virtud de su localización en el artículo 7 del Estatuto para que se dé el *apartheid* será necesario que se cumplan tres condiciones: primera, las generales para todos los crímenes contra la humanidad porque el *apartheid* es contemplado como un acto en la letra j) del párrafo primero del artículo 7; segunda, su comisión en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen —lo que corresponde, *grosso modo*, a la definición de *apartheid* del Convenio de 1973—; y tercera, que los actos que constituyen el crimen sean actos de carácter similar a los mencionados en el párrafo primero⁹².

La letra (h) clasifica como un acto la persecución. Pero después de enunciar los motivos discriminatorios, que se entienden en un sentido amplio⁹³, se añade

⁹¹ Esto se confirma con la declaración formulada por Egipto en el momento de la firma: «...declara que su interpretación de las condiciones, medidas y reglas que aparecen en el párrafo introductorio del artículo 7 del Estatuto de la Corte es que se aplicarán a todos los actos especificados en ese artículo».

⁹² Artículo 7, párrafo 2, letra h del Estatuto. Existe una circularidad de difícil clarificación entre la definición general de los crímenes contra la humanidad que es exigible en todo caso, el *apartheid* y la persecución. En el Convenio de 1973 se recoge la persecución y determinadas violaciones de derechos humanos fundamentales, como parte de los crímenes de *apartheid* lo que puede justificar una conexión horizontal entre estas dos categorías que se encuentran en la lista de crímenes contra la humanidad del Estatuto. El carácter más restrictivo del Estatuto en comparación con el Convenio de 1973 ha sido destacado por E. ORIHUELA CALATAYUD: «Aplicación del Derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales», en F.J. QUEL LÓPEZ (ed.): *Creación...*, *op. cit.*, pp. 237-264 (p. 241). Por otra parte la referencia en los Elementos del crimen de *apartheid* (doc. cit., p. 127) a que el acto fuera uno de los mencionados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto «o fuera de carácter semejante a alguno de esos actos», entendiéndose «carácter» como «naturaleza y gravedad del acto» parece un precisión superflua ya que la letra k del párrafo primero del artículo 7 ya contempla precisamente «otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental y física». En la sentencia del TPIY de 14 de enero de 2000 en el caso *Kupreskic* (párr. 566), se recurre para interpretar «otros actos inhumanos» —que sí se contemplan en la lista de actos (letra k) del párrafo primero del artículo 7 del Estatuto de la CPI— a los «estándares internacionales de derechos humanos tal como están establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los convenios de Naciones Unidas sobre derechos humanos de 1966» así como en otros tratados de derechos humanos. Esta interpretación de los «actos inhumanos» a la luz de los estándares internacionales en materia de derechos humanos abriría una puerta a crímenes contemplados en el Convenio contra el *apartheid* que cubrirían las hipotéticas lagunas del Estatuto.

⁹³ La letra h) del artículo 7 del Estatuto dice: «persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte». En el párrafo segundo se define la palabra «persecución» como «la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad». En el párrafo 3 se aclara que «a los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término *género* se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término *género* no tendrá más acepción que la que antecede». Sobre el término género así definido, que permite una interpretación biológica y otra sociológica, se ha dicho que es lo bastante abierto «para que la futura Corte lo interprete y aplique a las circunstancias concretas como considere apropiado»: C. STEINS: «Gender Issues», en R.S. LEE (ed.): *Op. cit.*, pp. 357-390 (p. 374).

una frase que dice: «en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de competencia de la Corte». ¿Cuál es el significado de estas conexiones de la persecución con cualquier acto mencionado en el párrafo primero del artículo 7 o con cualquier crimen de competencia de la Corte? Se trata de dos conexiones alternativas con diferente significado que podemos llamar a efectos explicativos conexión interna y conexión externa. La primera, la conexión interna, permite que la persecución quede integrada por los otros actos inhumanos, es decir asesinato, exterminio, esclavitud, etc. Se trata de una conexión positiva e incluso quizá, desde determinada óptica, necesaria, en el sentido en que concreta el contenido penal de la persecución consistente en la privación intencional y grave de derechos fundamentales. Además esta conexión es conforme a la jurisprudencia de los Tribunales penales *ad hoc* y no limita el alcance de la categoría persecución ni de la definición de crímenes contra la humanidad del Estatuto⁹⁴. Ahora bien, la segunda conexión, la externa, es más problemática: la persecución se conecta con cualquier crimen de competencia de la Corte. Al parecer durante la conferencia de Roma esta conexión fue reclamada por aquellos Estados que, con ánimo restrictivo, querían evitar la criminalización de todas las prácticas discriminatorias, alegando que esta conexión era exigida en el Estatuto de Nuremberg.⁹⁵ En efecto, esta conexión recuerda la prevista en el Estatuto de Nuremberg, por lo que podría describirse, gráficamente, como «Nuremberg» dentro de «Roma». Pero dichos Estados no consiguieron su objetivo de exigir que la persecución se vinculara siempre de un modo necesario a otro crimen de competencia de la Corte porque las dos conexiones están formuladas como disyuntivas⁹⁶. No obstante, en Nuremberg la conexión se exigía para todos los crímenes contra la humanidad (categoría *Mar-*

⁹⁴ En la sentencia del TPIY (sala II presidida por A. Cassese) en el caso *Kupreskic* de 14 de enero de 2000, párrs. 571 y 593-607, se considera que, en virtud del Derecho internacional consuetudinario, la persecución puede estar formada por los otros actos que constituyen crímenes contra la humanidad en el artículo 5 del Estatuto del TPIY e incluso que puede incluir otros actos discriminatorios que impliquen ataques a los derechos económicos, sociales y políticos que sean igual de graves que los otros, basándose en el mismo artículo 7, párrafo segundo letra g) del Estatuto de Roma (párrs. 617-620, 621 y 627). Se confirma así que esta primera conexión no es perjudicial o restrictiva para la categoría de la persecución. *Vid.* no obstante A. CASSESE: «Crimes against Humanity», en *The Rome Statute...*, *op. cit.*, p. 376. Sobre la interpretación de la persecución en el Estatuto del TPIY, *vid.* K. ROBERTS: «The Law of Persecution Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, 3, pp. 623-639.

⁹⁵ H. Von HEBEL y D. ROBINSON: *Loc. cit.*, p. 101.

⁹⁶ Lo destaca Y. DINSTEIN: «Crimes Against Humanity after *Tadic*», *loc. cit.*, p. 388. Como confirma, aun de un modo un tanto confuso al mezclarlas, la sentencia del TPIY de 26 de febrero de 2001 en el caso *Kordik & Cerkez* (párr. 197) cuando considera (la frase incluye referencias a las dos conexiones) que «...aunque el Estatuto de la CPI limita la persecución a actos ejecutados en conexión con otros crímenes de su competencia, en la práctica, la lista de actos que pueden potencialmente caracterizarse como persecución es extensiva a la vista del amplio elenco de crímenes que presenta». Sobre la importancia de esta estructura alterna de las conexiones cfr. *Commentary submitted by Switzerland on Article 7 of the Statute of the International Criminal Court*, sometido a la reunión de la Comisión preparatoria de la CPI (Grupo de trabajo sobre los Elementos de los Crímenes), en su sesión de 1999: http://www.iccnw.org/html/icc7_199911.html, p. 19. La alternatividad de las conexiones se deduce también en M. BOOT y Ch. K. HALL: *Loc. Cit.*, p. 151.

tens y categoría persecución) no sólo para la persecución, lo cual implicaba una limitación para juzgar los crímenes contra la humanidad cometidos antes de aquella guerra.

En cualquier caso, la inclusión de esta conexión externa en el Estatuto de Roma es muy discutible porque además de proyectarse sobre el crimen de agresión y los crímenes de guerra, como ocurría en el Estatuto de Nuremberg, también afecta al genocidio. Cuando se adoptó el Estatuto de Nuremberg el crimen de genocidio no se había definido. Precisamente el genocidio es un desarrollo posterior de la categoría persecución del Estatuto de Nuremberg. Al introducirse la conexión del artículo 6.c) del Estatuto de Nuremberg en la regulación de la persecución del Estatuto de Roma, se produce una conexión a nuestro parecer injustificada, entre la persecución y el genocidio, desconociéndose el origen y la evolución de estos crímenes. Esta conexión externa de la persecución, en definitiva, si se interpreta así, introduce más confusión en la definición de los crímenes contra la humanidad del Estatuto de Roma y en la medida en que parece reintroducir una concepción restrictiva de los crímenes contra la humanidad vinculándolos con los conflictos armados, no es conforme con la evolución reciente en la materia. De hecho, la sentencia del TPIY de 14 de enero de 2000 en el asunto *Kupreskic*, refiriéndose específicamente a esta conexión de la persecución con los otros crímenes de competencia de la Corte, concluye que «aunque el Estatuto de la CPI puede ser indicativo de la *opinio iuris* de muchos Estados, el artículo 7, párrafo primero, letra h) no está en consonancia con el Derecho internacional consuetudinario»⁹⁷.

Existe todavía una posibilidad de interpretar el Estatuto de Roma en un sentido no restrictivo, diferente de la conexión exigida en Nuremberg. Se trata de interpretar que esta conexión externa representa la versión amplia de la persecución en virtud de la cual todos los demás actos criminales, en particular críme-

⁹⁷ IT-95-16-T, párrs. 573-581. En este caso la defensa alegaba que la persecución contemplada en el artículo 5 del Estatuto del TPIY exigía una conexión con los otros crímenes de competencia del Tribunal como ocurría en el artículo 6 c) del Estatuto de Nuremberg y supuestamente en el recién adoptado artículo 7 del Estatuto de la CPI. La sentencia considera que es evidente que en el artículo 6 c) del Estatuto de Nuremberg la conexión («...en ejecución o en conexión con cualquier crimen de competencia del Tribunal») se refería no sólo a la persecución sino a todos los crímenes contra la humanidad. La sentencia considera que el Estatuto de la CPI proporciona una definición amplia de persecución y que las dos conexiones son alternativas: «en la medida en que se exige que la persecución se conecte con los crímenes de guerra o el crimen de agresión, este requisito es especialmente sorprendente teniendo en cuenta el hecho de que el Estatuto de la CPI refleja el Derecho internacional consuetudinario al abolir el nexo entre los crímenes contra la humanidad y un conflicto armado. Además, esta restricción podría ser fácilmente eludida conectando la persecución con *otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física* contemplados en la letra K del artículo 7.1» (párrs. 580 y 581). Todavía más difícil sería aceptar que la conexión de la persecución con cualquier crimen de competencia de la Corte incluye los crímenes contra la humanidad en su definición general del párrafo 1 del artículo 7. Si se aceptara esto la consecuencia sería que esta conexión «interna» abriría la vía a una interpretación de la noción de crímenes contra la humanidad a la luz de una intención discriminatoria, tal como procedió el TPIY en la sentencia *Tadic* de 7 de mayo de 1997 y contempla el Estatuto del TPIR. Pero una interpretación así carece de lógica.

nes de guerra, pueden constituir persecución si se cometen con intención discriminatoria. De este modo la conexión externa no significa que la persecución se tenga que cometer en relación a un crimen de agresión o un crimen de guerra; es decir, en relación a un conflicto armado sino que las conductas tipificadas como tales crímenes —agresión, crímenes de guerra— también pueden formar el elemento material del crimen contra la humanidad —categoría persecución— si se cometen con intención discriminatoria. Esta interpretación, que lee el Estatuto de Roma, no a la luz del Estatuto de Nuremberg, sino de la más actual jurisprudencia del TPIY, también parece posible según el tenor literal del artículo 7 del Estatuto. Según la jurisprudencia del TPIY los actos u omisiones discriminatorios no se limitan a los enumerados por el artículo 5 de su Estatuto sino que pueden incluir otros actos contemplados en otras disposiciones del Estatuto (o incluso fuera del Estatuto) cuando infringen un derecho fundamental establecido en el derecho internacional convencional o consuetudinario cuando presenten una gravedad comparable a dichos actos⁹⁸.

V. DE LA AUTONOMÍA A LA COMPLEMENTARIEDAD

1. La autonomía de la tipificación internacional

La definición de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la CPI está teniendo una gran influencia en la expansión de esta institución jurídica compleja. En este sentido pueden hacerse unas reflexiones generales sobre lo que implica o implicará la tipificación interna de los crímenes contra la humanidad⁹⁹. Una perspectiva que me parece adecuada para esta cuestión puede reflejarse con el título «de la autonomía a la complementariedad»¹⁰⁰. En efecto, un aspecto destacable en la formulación de los principios de Nuremberg realizada por la CDI en 1950 es la conversión en un principio autónomo de una frase que en el Estatuto de Nuremberg sólo se encontraba en la definición de los crímenes contra la humanidad. Es aquella frase que en el artículo 6.c) del Estatuto de Nu-

⁹⁸ Cfr. *ad. ex.* Sentencia de 31 de marzo de 2003 en el caso *Tuta y Stela*, párr. 635; y K. ROBERTS: *Loc. cit.*, pp. 631-632.

⁹⁹ Es necesario hacer un examen más amplio —y que incorpore una perspectiva interdisciplinar y de derecho comparado— de las tipificaciones internas de los crímenes contra la humanidad. Hay que tener en cuenta que en este proceso se han tenido que compaginar el cumplimiento de las exigencias de las obligaciones jurídicas internacionales derivadas del Estatuto y del Derecho internacional general con la adecuación al sistema normativo de referencia formado por el conjunto del derecho penal sustantivo y procesal de cada país que, en ocasiones, recogía con carácter previo a la adopción del Estatuto, tipificaciones de crímenes internacionales. *Vid.* C. KRESS y F. LATTANZI (eds.): *The Rome Statute and Domestic Legal Orders, vol. I: General Aspects and Constitutional Issues*, Baden Baden: Nomos; L'Áquila: Il Sirente, 2000.

¹⁰⁰ Sobre este principio, J. ALCAIDE FERNÁNDEZ: «La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales: ¿tiempos de ingeniería jurisdiccional?», en J.A. CARRILLO SALCEDO (coord.): *Op. cit.*, pp. 383-434. En cuanto a sus consecuencias jurisdiccionales: P. POZO SE-RRANO: «Medidas nacionales adoptadas para la ratificación y la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional: un balance provisional», *ADI*, vol. XIX, 2003, pp. 299-346 (pp. 326-344).

remberg dice que los crímenes contra la humanidad serán castigados independientemente de que «...constituyeran o no una violación de la legislación interna del país donde se perpetraron»¹⁰¹. Esta frase fue reconvertida, con ligeras modificaciones, en el principio número II aplicable a todos los crímenes, en virtud del cual, «el hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de Derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quién lo haya cometido». Con este principio se confirmaba el carácter internacional de los crímenes contemplados y de la responsabilidad penal del individuo en el plano internacional. La CDI en su comentario al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 insiste en este elemento, diciendo que «el resultado es la autonomía del Derecho internacional en la tipificación penal de las categorías de comportamiento que constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad»¹⁰².

Por lo que se refiere al Estatuto de Roma, la mayoría de la doctrina, aún con matices, considera que la definición de crímenes contra la humanidad del artículo 7 del Estatuto de Roma refleja el Derecho internacional consuetudinario o implica su cristalización por lo que puede ser considerado como una tipificación internacional¹⁰³. La entrada en vigor del Estatuto, su amplia aceptación, a pesar

¹⁰¹ La versión en español de los Principios de Nuremberg en NNUU: *La Comisión de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 145-146. Nótese que en concordancia con el Principio II, la definición de crimen contra la humanidad que da el Principio VI omite la mencionada frase: «El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él».

¹⁰² Doc. cit. En el artículo 1 párrafo 2 del proyecto se señala que «los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de derecho internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el derecho nacional». Cfr. V. ABELLÁN HONRUBIA: *Loc. cit.*, pp. 239-240 y 273-274. Sobre la importancia de este principio de autonomía de la tipificación junto al de responsabilidad individual *vid.* también A. PIGRAU SOLÉ: «Elementos...», *loc. cit.*, pp. 161-162; y X FERNÁNDEZ PONS: «El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo», *REEI*, n.º 5, 2002, pp. 2 y 12. El significado de este principio parece ir más allá de la prevalencia del Derecho internacional sobre el derecho interno en esta materia y es analíticamente distinto del principio de legalidad penal recogido, entre otros textos, en el Derecho internacional en el artículo 11 de la Declaración universal de los derechos humanos y el artículo 15 del Pacto de Derechos civiles y políticos. Desde la perspectiva de la formación del Derecho internacional, cabría plantearse también cual es el papel de la práctica interna de los Estados en esta materia de los crímenes contra la humanidad si es una noción autónoma y no depende de la tipificación en los ordenamientos jurídicos internos. Quizá cabría referirse aquí a los argumentos de autores como G. SPERDUTI y recientemente A. CASSESE, que sugieren la relativización de la importancia de la práctica a la hora de configurar estas instituciones en el Derecho internacional. ¿Será la noción de crímenes contra la humanidad una noción «flotante» que, por así decir, emerge siempre a la superficie del Derecho internacional pese al lastre que pudiera suponer la ausencia de una tipificación interna?

¹⁰³ *Vid. inter alia* L. CONDORELLI: «La Cour Pénale...», *loc. cit.*, pp. 9-10; R. HUESA VINAIXA: «Incrimination universal y tipificación convencional (la paradójica relación tratado costumbre en el ámbito del Derecho internacional penal)», en F.J. QUEL LÓPEZ (ed.): *Creación...*, *op. cit.*, pp. 107-116 (p. 113); F.J. QUEL LÓPEZ y D. BOLLO AROCENA: «La Corte Penal Internacional: ¿Un Instrumento contra la Impunidad?», en A. BLANC ALTEMIR (ed.): *La protección internacional de los derechos hu-*

de las notorias ausencias y el proceso de aplicación en los ordenamientos jurídicos internos pueden confirmar esta consideración si se tiene en cuenta que muchos países modifican su derecho penal —también el material— para adaptarlo a los crímenes contemplados en el Estatuto, extrayendo así todas las consecuencias implicadas en la complementariedad de la Corte con las jurisdicciones nacionales¹⁰⁴.

2. La dimensión sustantiva de la complementariedad jurisdiccional

Así, se ha producido un cambio de tendencia en el tratamiento internacional del tema: si en *Nuremberg* la palabra clave es «autonomía» por la necesidad de desvincular los crímenes contra la humanidad de los derechos internos, en *Roma* la idea-fuerza es «complementariedad» al apostarse implícitamente por la construcción también mediante los ordenamientos jurídicos internos y los tribunales internos¹⁰⁵. Eso, naturalmente, no significa que un acto deje de ser un crimen contra la humanidad de Derecho internacional por el hecho de no estar tipificado en los derechos internos lo que sería contrario a la primacía del Derecho internacional. Lo que se va a producir es una progresiva convergencia sustantiva (inter-sistémica) auspiciada por la complementariedad. La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad ha pasado pues, retrospectivamente, de una fase inicial de internacionalización del concepto a una

manos a los cincuenta años de la Declaración Universal, Madrid: Tecnos, 2001, pp. 147-168 (p. 167); y Ch. TOMUSCHAT: «Cristallisation coutumière», *Droit international pénal*, pp. 23-35 (pp. 26-27 y 33), donde señala que principios básicos que forman parte del orden internacional para la salvaguarda de la humanidad no requieren una densidad de la práctica como la exigible para una costumbre cualquiera.

¹⁰⁴ No obstante, tampoco puede considerarse que las insuficiencias de las legislaciones penales internas de los países que participan en el Estatuto se conviertan automáticamente en lagunas sustantivas con consecuencias jurisdiccionales porque eso depende de otros elementos. El Estatuto, a nuestro parecer, no exige una aplicación exacta de sus crímenes como si se tratara de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aunque es indudable que la traducción interna del Estatuto generará tensiones entre el derecho penal internacional y el derecho internacional penal. Cfr. un nivel de exigencia de este tipo en H. SATZGER: «German Criminal Law and the Rome Statute: A Critical Analysis of the New German Code of Crimes against International Law», *International Criminal Law Review*, vol. 2, 2002, pp. 261-282. En este sentido la reciente tipificación de los delitos de lesa humanidad en la legislación penal española merece una valoración global positiva al margen de las críticas de orden técnico que puedan y deban hacerse.

¹⁰⁵ *Vid.* sobre la dimensión sustantiva de la complementariedad que conduce a considerar al Estatuto como un instrumento de armonización de las legislaciones estatales: J. PUEYO LOSA: «Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional», en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ y J.R. REMACHA TEJADA (eds.): *Cooperación jurídica internacional*, Madrid: Escuela Diplomática, AEPDIRI, BOE, 2001, pp. 141-203 (pp. 155, 157-158, 164, 170-172 y en especial 180-192); y del mismo autor: «Hacia un fortalecimiento de los mecanismos de represión de crímenes de guerra. Responsabilidad internacional del individuo, tribunales internos y Corte Penal Internacional», en J. PUEYO LOSA y J. JORGE URBINA (coords.): *El Derecho internacional humanitario en una sociedad internacional en transición*, Santiago de Compostela: Tórculo Edicions, 2002, pp. 89-219 (pp. 170-172, 191). También O. TRIFFTERER: «Legal and Political Implications of Domestic Ratification and Implementation Processes», en C. KRESS y F. LATTANZI (eds.): *op. cit.*, pp. 1-28 (pp. 25-27 y *passim*).

segunda fase de especificación y desarrollo mediante la mejor precisión de diversas categorías penales hasta, actualmente, una tercera fase en la que se hace hincapié en su aplicación práctica y en su integración en los ordenamientos internos por la vía de la complementariedad jurisdiccional¹⁰⁶.

3. ¿Régimen autónomo?: la evolución continúa

A pesar de su relevancia, no puede considerarse que el Estatuto de Roma sea algo así como un punto final en la evolución de los crímenes contra la humanidad¹⁰⁷. Hay dos disposiciones en el Estatuto que merecen citarse: el artículo 22.3, que recoge el principio *nullum crimen sine lege*, dice que nada de lo dispuesto en la definición de los crímenes de competencia de la Corte «afectará a la tipificación de una conducta como crimen de Derecho internacional independientemente del presente Estatuto»¹⁰⁸. Y el artículo 10 según el cual: «nada de lo dispuesto en la parte II del Estatuto, que define los crímenes de competencia de la Corte «se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del Derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto»¹⁰⁹. En consecuencia, nos dice el Esta-

¹⁰⁶ Cfr. el décimo párrafo del preámbulo del Estatuto y sus artículos 1 y 17 sobre la complementariedad. A. MIAJA DE LA MUELA: *Loc. cit.* (p. 370), había señalado, en clave anti-schmidiana, un cierto principio de subsidiariedad inherente a la noción de crímenes contra la humanidad: «el delito de lesa humanidad es siempre un crimen de derecho común, pero que lesiona normas de Derecho de gentes, protectoras de los más elementales intereses humanos. En este aspecto la labor del orden jurídico internacional... tiene un carácter subsidiario. Cuando el Estado posee unas leyes que sancionan los crímenes de derecho común y sus órganos las aplican lealmente —sin discriminación entre amigos y enemigos— y en unas condiciones de normal eficacia, la Comunidad internacional no tiene por qué actuar en una materia como la represiva, que normalmente cae dentro de la competencia del Estado. Pero cuando aquellos supuestos son incumplidos en un grado que la seguridad individual desciende por debajo de un mínimo tolerable, la impunidad es antijurídica. El orden internacional se lesiona por ella y debe organizar una represión penal».

¹⁰⁷ S. GLASER: *Loc. cit.*, pp. 10-11 mostraba preocupación por el peligro de que la codificación del Derecho internacional penal llevara a una «petrificación» que obstaculizara la evolución necesaria.

¹⁰⁸ *Vid.* S. LAMB: *Loc. cit.*, pp. 753-754, que considera esta disposición un mecanismo para evitar un efecto de congelación sobre una «evolución independiente del derecho internacional consuetudinario» (p. 754).

¹⁰⁹ Estas disposiciones concuerdan con el entendimiento de la CDI sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 en el que se dice: «Con el objeto de llegar a un consenso la Comisión ha reducido considerablemente el alcance del código. En primera lectura, en 1991, el proyecto de código incluía una lista de 12 categorías de crímenes. Algunos miembros han expresado su pesar por la reducida cobertura del código. La Comisión actuó así en respuesta al interés de adoptar el código y de la obtención del apoyo de los gobiernos. Se entiende que la inclusión de ciertos crímenes en el código no afecta al estatuto de otros crímenes de Derecho internacional y que la adopción del código no impide de ningún modo el desarrollo ulterior de esta importante esfera del derecho»: *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones (6 de mayo a 26 de julio de 1996)*, párr. 46. *Vid.* M. BENNOUNA: «The Statute's Rules on Crimes and Existing or Developing International Law», en *The Rome Statute...*, *op. cit.*, pp. 1.101-1.107 (pp. 1.105-1.106). Una disposición que refleja objetivos similares se encuentra en el artículo 1 párrafo 2 del Convenio de las Naciones Unidas contra la tortura, donde después de definir la tortura a los efectos de la convención dice que «el presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance».

tuto su definición ni afecta a la tipificación de los crímenes contra la humanidad en otros textos ni impide una evolución o desarrollo progresivo del Derecho internacional en la materia que puede perfeccionarse y mejorar por otras vías¹¹⁰.

¹¹⁰ Esta disposición del Estatuto ha sido objeto de un comentario especial en la opinión disidente del juez A. Cassese en la sentencia de la sala de apelación del TPIY de 26 de enero de 2000 en el asunto *Tadic*: Cassese trata de aclarar la disposición del artículo 8 (1) del Estatuto de la CPI que otorga a la Corte competencia sobre los crímenes de guerra «en particular cuando son cometidos como parte de un plan o política o como parte de una comisión en gran escala de tales crímenes». La aclaración está justificada porque se aduce, en general, que el elemento de «práctica sistemática o en gran escala» de los crímenes contra la humanidad también es un elemento requerido para los crímenes de guerra en el Estatuto de la CPI. Cassese aclara que el Estatuto confiere jurisdicción sobre todos los crímenes de guerra pero que añade que dicha jurisdicción deberá ejercerse «en particular» en casos de crímenes de guerra sistemáticos o en gran escala lo que se explica porque en casos de crímenes de guerra menos graves deberán ser juzgados por los tribunales internos en la medida de lo posible. En este contexto, Cassese añade que «los autores del Estatuto eran conscientes de que las disposiciones sustantivas del Estatuto podían ser interpretadas en el sentido de que afectaban o chocaban en alguna medida con el Derecho internacional consuetudinario. En consecuencia, adoptaron el artículo 10... [...]. Precisamente, esta disposición intenta aclarar que, entre otras cosas, el artículo 8 sobre los crímenes de guerra no tiene ningún efecto, es decir, ni restringe ni amplía ni modifica las normas de Derecho internacional consuetudinario sobre los crímenes de guerra. Hay que concluir, por tanto, que el Estatuto de la CPI no afecta de ningún modo las normas consuetudinarias sobre crímenes de guerra ni aquellas contenidas en el Estatuto del TPIY o del TPIR» (párr. 13 de la opinión disidente de A. Cassese.). En el artículo de A. CASSESE: «The Statute...», *loc. cit.*, pp. 157-158, se plantea de un modo más explícito este problema: «el estatuto mismo parece postular la existencia de dos posibles regímenes o cuerpos de Derecho internacional penal (*corpora of international criminal law*), uno establecido por el Estatuto y el otro en el Derecho internacional penal general». Cassese considera que «la actitud restrictiva adoptada en Roma en muchas disposiciones de derecho penal sustantivo podría tener consecuencias adversas en el Derecho internacional general. El desarrollo gradual de una jurisprudencia de la Corte basada en esta actitud restrictiva podría a largo plazo conducir a un estrechamiento gradual del alcance de los principios y normas generales. Además, los tribunales internos, así como el Tribunal penal para la exYugoslavia y el Tribunal penal par Ruanda podrían sentirse tentados a basarse en las disposiciones restrictivas del Tribunal Penal Internacional como codificación del Derecho internacional existente». Quizá la cuestión que se plantea podría formularse en el sentido de que el Estatuto de la CPI más que una codificación del derecho consuetudinario intenta operar una «des-codificación» de sus disposiciones en relación al Derecho internacional consuetudinario, cortocircuitando —valga la expresión— la «dinámica interactiva» aceptada en el Derecho internacional entre costumbre y tratado. Parece como si el Estatuto hubiera intentado una codificación en sentido propio de las normas de Derecho internacional penal, reflejando una versión más estricta del principio *nullum crimen sine lege*, excluyendo, para el círculo de los Estados parte, la vigencia del derecho consuetudinario en los asuntos abarcados por el régimen internacional material del Estatuto, es decir, en aquellos casos que caigan dentro de la competencia de la Corte cuando la Corte sea competente; la «foto fija» a la que se refiere R. HUESA VINAIXA: «Incrimination universal...», *loc. cit.*, p. 116. *Vid.* también P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ: «El derecho aplicable por la Corte Penal Internacional», en *la criminalización...*, *op. cit.*, pp. 245-265 (p. 260); S. LAMB: *Loc. cit.*, pp. 749-751; y la crítica de A. PELLET: «Applicable Law», en *The Rome Statute...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 1.051-1.084. Una lectura concurrente del artículo 10 y del artículo 21 sobre el derecho aplicable que relega a un «segundo lugar» del derecho aplicable a los elementos externos al propio Estatuto confirmaría esta idea de aislamiento del régimen material del Estatuto: *vid.* H. Von HEBEL y D. ROBINSON: *Loc. cit.*, p. 88, nota 33. En la sentencia del TPIY en el caso *Kupreskic* de 14 de enero de 2000 (párr. 581), la sala de primera instancia n.º II recurre al artículo 10 del Estatuto como un argumento adicional para rechazar la interpretación del Estatuto del TPIY a la luz de la disposición más restrictiva sobre la persecución del artículo 7.1.h) del Estatuto de la Corte.

Estas disposiciones no implican que el Estatuto pueda aislarse del Derecho internacional general, como si fuera un régimen autónomo. El Estatuto no puede aislarse del Derecho consuetudinario no sólo porque los tratados y las normas y principios de Derecho internacional forman parte del derecho aplicable por la Corte, aunque sea en segundo lugar; ni porque el mismo artículo 7, por referirnos a los crímenes contra la humanidad, contiene varias remisiones al Derecho internacional que necesariamente van a depender en su contenido de la evolución del Derecho internacional general¹¹¹. Principalmente porque el Estatuto es un catalizador del Derecho internacional consuetudinario al convertirse sus disposiciones en un referente de la práctica interna en la materia, activada por la complementariedad. Como se sabe los Estados parte no tienen la obligación jurídica internacional de incorporar los crímenes del Estatuto en su derecho penal interno pero el régimen de la complementariedad presupone que los Estados sancionarán los crímenes internacionales en los ordenamientos jurídicos internos y que la Corte podrá servir de mecanismo de control internacional del cumplimiento de estas obligaciones, realizando una función judicial sustitutoria en casos concretos¹¹². En este sentido el Estatuto de Roma es un elemento activador de las legislaciones internas y también de los tribunales internos contribuyendo, indirectamente al derecho consuetudinario en materia de crímenes contra la humanidad. En este aspecto de las relaciones entre el Derecho internacional y los derechos internos, la llamada a actuar contenida implícitamente en el Estatuto de Roma puede ser un importante instrumento de promoción del Derecho internacional penal en los derechos internos¹¹³.

¹¹¹ Limitándonos al artículo 7 del Estatuto, en la definición de «deportación» («...sin motivos autorizados por el Derecho internacional»); en la «encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho internacional»; en la definición de «embarazo forzado» se entenderá «el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del Derecho internacional»; en la «persecución...por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional» y que se entiende —la persecución— como «la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del Derecho internacional». En todos estos casos necesariamente se planteará la aplicación del Derecho internacional. En algunos puntos hay una mayor precisión pero se mantiene la apertura.

¹¹² El Consejo Editorial de la obra *The Rome Statute...*, *op. cit.*, «The Rome Statute: A Tentative Assessment», vol. II, pp. 1.901-1.913 (p. 1.905) considera que «a pesar de las buenas intenciones del artículo 10, el Estatuto de la CPI tendrá inevitablemente un impacto en el derecho interno e internacional» Si en un determinado ordenamiento jurídico interno existe una tipificación de los crímenes contra la humanidad distinta a la establecida en el Estatuto, esta tipificación no va a tener, con seguridad, ninguna influencia en el derecho aplicable por la CPI porque en virtud del artículo 21 del Estatuto, la Corte aplicará, en primer lugar, las disposiciones del Estatuto, es decir, su artículo 7. Este sería un argumento adicional para que las tipificaciones internas de los crímenes se ajustaran en la mayor medida posible a lo dispuesto en el Estatuto o fueran más amplias en los casos en que el Estatuto es restrictivo.

¹¹³ J. FERRER LLORET: «La aplicación de las normas internacionales sobre responsabilidad penal del individuo. Valoración de la práctica más reciente», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1998, vol. 27, pp. 11-79 (p. 12) ha llamado la atención sobre la importancia del principio *aut dedere aut judicare* en esta materia dado que la principal vía para la aplicación de estas normas está constituida por los ordenamientos internos teniendo en cuenta la estructura descentralizada de la Sociedad internacional. Cfr. también J.T. HOLMES: «The Principle of Complementarity», en R.S. LEE (ed.): *Op. cit.*, pp. 41-48 (especialmente las conclusiones en pp. 73-78); D. ROBINSON: «The Rome Statute

VI. CONSIDERACIONES FINALES

1. Los crímenes contra la Humanidad en el Código Penal español

El Estatuto de la CPI en el caso español va a tener una incidencia importante en cuanto a los crímenes contra la humanidad pues, salvo el delito de genocidio, no existía hasta ahora una tipificación interna de estos crímenes como sucedía, por otra parte, en muchos ordenamientos internos. Con la ratificación por España del Estatuto de la CPI y su entrada en vigor el 1 de julio de 2002 se dió un primer paso para el compromiso contra la impunidad de estos crímenes en el futuro, mientras que la adecuación del derecho interno al Estatuto ha implicado la consiguiente reforma de la legislación penal. La valoración principal de la reforma del código penal por lo que se refiere a la introducción de los delitos de lesa humanidad en el derecho español es que responde a una necesidad jurídica señalada por la doctrina internacionalista española¹¹⁴. Esta adaptación

and its impact on National Law», en *The Rome Statute...*, *op. cit.*, pp. 1849-1869 (pp. 1.860-1.862) se refiere en este sentido al «valor intrínseco» del Estatuto (p. 1.849); y A. PIGRAU SOLÉ: «Hacia un sistema de justicia internacional penal: cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en F.J. QUEL LÓPEZ (ed.): *Creación...*, *op. cit.*, pp. 63-74 (pp. 68 y 73) ha resaltado que si los Estados no adoptan los instrumentos sustantivos y procesales necesarios para perseguir los crímenes en sus derechos internos la competencia de la CPI se estará convirtiendo de algún modo en exclusiva. Una suerte de «subsidiariedad inversa» a favor de la CPI como señala M. DELMAS-MARTY: «The ICC and the Interaction of International and National Legal Systems», en *The Rome Statute...*, *op. cit.*, pp. 1.915-1.929 (p. 1.922, las comillas son de la autora). Una interpretación del Estatuto de la CPI como mecanismo de internalización de la cultura contra la impunidad en los ordenamientos internos —del estilo del «transnational legal process»— se encuentra en J. CHARNEY: «International Criminal Court and the Role of Domestic Courts», *AJIL*, vol. 95, 2001, 1, pp. 120-124 (pp. 123-124).

¹¹⁴ M. PÉREZ GONZÁLEZ y M. ABAD CASTELOS: «Los delitos contra la comunidad internacional en el código penal español», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1999, n.º 3, pp. 433-467; al mismo tiempo que destacaban respecto del nuevo código penal aprobado en 1995 la nueva visión más «internacionalista» (p. 434) reflejada en el cambio de denominación del título XXIV que pasó a denominarse «delitos contra la comunidad internacional», llamaban la atención sobre la necesidad de una tipificación de los crímenes contra la humanidad en un capítulo independiente para dar una mayor coherencia al título (pp. 439-440). *Vid.* J.A. YÁÑEZ-BARNUEVO y A. ROLDÁN: «Spain and the Rome Statute of the International Criminal Court», en C. KRESS y F. LATTANZI (eds.): *Op. cit.*, pp. 197-217 (pp. 205-206). El instrumento de ratificación de España y el Estatuto de la CPI se publicaron en el *BOE* núm. 126 de 27 de mayo de 2002. Específicamente sobre esta reforma *vid.* los comentarios críticos de M. CAPELLÀ I ROIG: «El proyecto de reforma del código penal propone la incorporación por primera vez de los crímenes de lesa humanidad en el ordenamiento jurídico español», *REDI*, vol. LV, 2003-1, pp. 540-544. El contenido de la reforma aprobada en lo que se refiere a los delitos de lesa humanidad es sustancialmente el mismo que el de una proposición de ley —rechazada— de adecuación del código penal y del código penal militar al Estatuto de la Corte Penal Internacional presentada por el Grupo Parlamentario Socialista: *B.O.C.G. Congreso de los Diputados*, Serie B, núm. 272-1, de 6 de septiembre de 2002. En la exposición de motivos de la Proposición se destacaba la «incorporación al Código Penal de la categoría de crimen contra la humanidad en la línea de la definición del Estatuto de Roma, que incluya con la necesaria taxatividad los atentados contra los derechos humanos como parte de una actuación generalizada y sistemática contra la población civil. En todo caso —decía la proposición— debe incluir la actuación contra grupos políticos». Respecto a la tipificación realizada, tal como se contempla en la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal —*BOE* núm. 283, de 26 de noviembre de 2003— en una

se convierte inevitablemente en un espejo de nuestro pasado —hay que tener en cuenta que la comisión de los crímenes contra la humanidad implica a menudo, de hecho, que se ha producido la quiebra violenta del orden interno— pero también puede ser una muestra de adhesión de este país a los valores e intereses co-

primera y sucinta aproximación puede considerarse positivamente. El Ministro de Justicia defendió en el debate en el pleno del Congreso que la tipificación de los delitos de lesa humanidad era una «adaptación...exigida por compromisos internacionales de los que el gobierno y a buen seguro esta Cámara se sienten singularmente honrados en impulsar»: *B.O.C.G. Congreso de los diputados*, núm. 255, 29 de mayo de 2003, p. 13137. Pero resulta chocante —aunque esto está en la línea de la escueta exposición de motivos de la Ley Orgánica por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto— que en el preámbulo de la ley se dediquen sólo un par de líneas a la introducción de «crímenes de competencia de la Corte» y que las palabras «delitos de lesa humanidad» no aparezcan hasta el texto articulado. La reforma incluye diversas modificaciones relacionadas con el Estatuto de la CPI. La sistemática utilizada consiste en crear un capítulo (II bis) (art. 607 bis) en el título XXIV del Libro II del código penal, después de la tipificación del genocidio (artículo 607). Este orden refleja una gradación similar de los delitos de genocidio y de lesa humanidad a la existente en los artículos 6 y 7 del Estatuto de la CPI. Aunque la redacción podría ser más clara y completa, la estructura del nuevo artículo preserva la categoría *Martens* de los crímenes contra la humanidad (las palabras «En todo caso» parecen indicarlo así) y distingue de esta categoría el *apartheid* y la persecución. Respecto a la persecución la reforma se ajusta en general al Estatuto de la CPI pues incluye no sólo «los motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales o religiosos», como se contemplaba en la proposición del Grupo Parlamentario Socialista sino también, como dice el Estatuto los motivos «de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional». En conexión con esto la reforma no ha podido evitar incorporar al Código Penal algunas de las numerosas remisiones genéricas al Derecho internacional que se hacen en el artículo 7 del Estatuto. También en la persecución se mantiene la conexión interna del artículo 7.1.h) del Estatuto de la CPI lo que es aceptable, en mi opinión, porque contribuye a dar contenido a la categoría suprimiriéndose la discutida conexión externa con otros crímenes. Un aspecto que debe criticarse en general es que la tipificación tiene un aire un tanto aséptico e impreciso por la ausencia de palabras como «persecución», «apartheid», «exterminio» o «desaparición forzosa» que son aproximadamente sustituidas por las definiciones, aunque no se recogen todas. En este sentido, convendría incorporar de algún modo a la regulación los términos mencionados porque, a pesar de su carácter vago en algún caso, reflejan no solo las categorías o tipos específicos sino también la gravedad de las conductas que se consideran crímenes contra la humanidad y además constituyen la terminología legal del Estatuto de Roma y del Derecho internacional. Respecto a la persecución no hay ninguna referencia a la violación de los derechos humanos fundamentales que en el Estatuto y los Elementos de los crímenes —así como en legislaciones internas como el código de crímenes de Derecho internacional de Alemania (sección 7. (1). 10 del capítulo 1 de la parte 2)— se contempla como el núcleo de esta figura. La persecución representa una modalidad extrema de la discriminación por lo que podría relacionarse con la sección primera del capítulo IV del título XXI del código penal que recoge dentro de los delitos contra la Constitución los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución. Otras cuestiones reguladas en la reforma que afectan a los delitos contra la comunidad internacional son la imprescriptibilidad de los delitos y de las penas, el régimen de las ordenes superiores y de la responsabilidad del superior jerárquico y los delitos contra la administración de justicia de la CPI. Por otra parte, aunque pueda justificarse desde una óptica penalista, no parece ajustarse a la exigencia de coherencia entre el Derecho interno y el Derecho internacional que respecto a los crímenes que ya son de competencia de la Corte desde el primero de julio de 2002, fecha de entrada en vigor del Estatuto, la reforma no entre en vigor hasta octubre de 2004, a pesar de que en el preámbulo de la ley se asegure que la reforma pretende adecuar la legislación interna a la *competencia de la Corte*. La cur-siva es añadida. De hecho, para que la reforma pudiera cumplir el objetivo señalado tendría que tener... efecto retroactivo; Otro aspecto por definir es el del estatuto jurídico de los Elementos de los crímenes en el derecho español. *Vid.* respecto a otras cuestiones la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional: *BOE* núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.

lectivos de la comunidad internacional actual a la que pertenece como son la defensa de los derechos humanos y la represión de los crímenes internacionales más graves, valores e intereses que ya no son internacionales o internos sino universales¹¹⁵.

2. Universalidad y diversidad en los crímenes contra la Humanidad

A modo de recapitulación, a pesar de sus ambigüedades, en el Estatuto de la CPI, que es el instrumento internacional más importante en la evolución jurídica de los crímenes contra la humanidad, se encuentran reflejadas las cuatro grandes categorías de estos crímenes, que son muestra de la evolución de esta noción en el Derecho internacional y también de la diversidad de formas de entenderla. La primera categoría que es la base de las demás está formada por los crímenes contra la humanidad que en el Estatuto de Nuremberg formaban el tipo asesinato; una serie de actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil. Se trata de la categoría básica, que representa la tradición de la cláusula *Martens* al suponer una ampliación de la protección en el contexto de los conflictos armados, aunque actualmente ya no exige la conexión con un conflicto armado. La categoría *Martens* es el engarce entre los orígenes de los crímenes contra la humanidad y el Derecho internacional humanitario, aunque se trate de una categoría con un alto grado de solapamiento o concurrencia con los crímenes de guerra debido a la ampliación progresiva del alcance de estos últimos. La segunda categoría está formada por la persecución también contemplada en el Estatuto de Nuremberg. Aunque fue desarrollada y profundizada en el Convenio sobre el genocidio ha mantenido su existencia independiente y se ha vinculado en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y en el Estatuto de la Corte con el principio de no discriminación, la protección de las minorías y grupos y el respeto de los derechos humanos fundamentales. Esta categoría de crímenes contra la humanidad es la más evolucionada e implica especialmente una vinculación entre los crímenes contra la humanidad y la protección internacional de los derechos humanos y de las minorías. La tercera categoría es el crimen de *apartheid* que se origina en y simboliza a la lucha anticolonialista y antiracista en la comunidad internacional y es, jurídicamente, si puede decirse así, una de las aportaciones de los países del Tercer Mundo, en particular de África, a este campo del Derecho internacional. Por último el genocidio. Aunque en el Estatuto de Roma se contempla en una disposición separada, en el artículo 6, es sin duda una categoría que también forma parte de los crímenes contra la humanidad. El concepto de genocidio es, en su origen, una respuesta a las imperfecciones del Estatuto de Nuremberg y representa los esfuerzos de la comunidad internacional para evitar otro holocausto; para evitar la destrucción de grupos

¹¹⁵ Este ingenuo «optimismo normativo», que puede defenderse como una posición política, contrasta con un cierto pesimismo, quizá científicamente inevitable, de los historiadores. Cfr. J. FONTANA: *Europa ante el espejo*, Barcelona: Crítica, 1994, p. 155.

nacionales, étnicos, raciales y religiosos. Podríamos decir que el genocidio es la concepción Lemkin de los crímenes contra la humanidad, recogiendo el nombre del jurista que la propuso¹¹⁶.

3. «...ese delicado mosaico puede romperse en cualquier momento»

El denominador común de los crímenes contra la humanidad se encuentra en la idea de protección de la dignidad humana incorporada en el Derecho internacional público, entre otros vectores, a través de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario¹¹⁷. La condena de las violaciones de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario que se producen en grandes proporciones o de un modo sistemático se proyecta en conceptos-perspectiva más amplios como «crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad» y crímenes que afectan a la comunidad internacional en su conjunto. Es cierto que existe un lenguaje diverso, que incluye elementos simbólicos, para expresar una misma noción básica. Pero esta diversidad es también la que en

¹¹⁶ No está excluido, lógicamente, que se generen nuevas categorías de crímenes contra la humanidad que presenten sus especificidades. En la Conferencia de Roma se aprobó en la resolución E que en una conferencia de revisión se examinen los crímenes de terrorismo (y los relacionados con las drogas) con miras a llegar a una definición aceptable y a que queden comprendidos en la lista de crímenes de competencia de la Corte. Dada la creciente frecuencia con la que se cometen atentados terroristas masivos que atentan contra la comunidad internacional en su conjunto y que cumplen en gran medida los requisitos para calificarse como crímenes contra la humanidad, habría que evitar que la calificación de actos terroristas a determinadas conductas se utilizara como medio para excluir determinados crímenes de la competencia de la CPI o de otros tribunales posiblemente competentes, internos o internacionales. Es cierto que este tipo de actos se castiga como delito de terrorismo en las legislaciones internas pero, como dijo M. ROBINSON, favorable a esta calificación en «Los derechos humanos ensombrecidos por el 11 S», *El País*, 4 de julio de 2002, «a la hora de reaccionar ante un suceso crítico el lenguaje es vital. Las palabras que utilizamos para caracterizar el acontecimiento pueden determinar la naturaleza de la respuesta». Después de los atentados del 11 M se ha pronunciado en este sentido J.A. MARTÍN PALLÍN: «Un crimen contra la humanidad», *El País*, 26 de marzo de 2004, p. 32. Vid. A. CASSESE: «Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law», *EJIL*, vol. 12, 2001, pp. 993-1001 (pp. 994-995) que considera plausible la calificación como crímenes contra la humanidad de actos terroristas en gran escala que cumplan los requisitos generales teniendo en cuenta que se deja de lado la específica intención de causar terror en la población civil. Este elemento adicional justificaría una categorización específica que debería concretarse en una conferencia de revisión del Estatuto, definiéndose el terrorismo en gran escala o sistemático contra la población civil como uno de los crímenes contra la humanidad como resultaba en las propuestas presentadas en la Conferencia de Roma: P. ROBINSON: «The Missing Crimes», en *The Rome Statute...*, *op. cit.*, pp. 497-525 (p. 517).

¹¹⁷ Vid. J.A. CARRILLO SALCEDO: «La Cour Pénale Internationale: l'humanité trouve une place dans le droit international», *RGDIP*, t. 103, 1999, 1, pp. 23-38; (p. 24) para quién el Estatuto de la CPI «...atestigua, en cierta medida, la existencia de una comunidad internacional más solidaria». Sobre las acepciones complementarias de «humanidad» —humanidad en su conjunto y dignidad humana— cfr. la sentencia de condena del TPIY de 29 de noviembre de 1996 en el caso *Erdemovic* (IT-96-22-T, pp. 14-15); la sentencia de 11 de noviembre de 1999 en el caso *Tadic* y la sentencia de la sala de apelación en el mismo caso de 26 de enero de 2000; en particular las opiniones individuales de M. Shahabuddeen y A. Cassese, en relación a la gravedad de los crímenes contra la humanidad respecto a los crímenes de guerra.

cierta manera trata de preservar la institución estudiada: ¿no es en sí misma, la persecución un crimen contra la humanidad que implica la sanción de los atentados graves contra la diversidad y el pluralismo político, religioso, cultural, etc. que son un patrimonio común de la humanidad y configuran «...un delicado mosaico que puede romperse en cualquier momento», como señala el preámbulo del Estatuto de Roma?¹¹⁸. Refiriéndose al genocidio en Srebrenica, el TPIY en su sentencia de 19 de abril de 2004, considera que «entre los crímenes más serios que este tribunal tiene el deber de castigar el crimen de genocidio es merecedor de una especial condena y oprobio. Es un crimen horrible en su dimensión; sus autores identifican grupos humanos enteros para extinguirlos. Aquellos que planearon y ejecutaron el genocidio tratan de privar a la humanidad de la múltiple riqueza que procede de sus nacionalidades, razas, etnias y religiones. Es un crimen contra la humanidad cuyo daño es sentido no sólo por el grupo elegido para su destrucción sino por toda la humanidad»¹¹⁹.

Los crímenes contra la humanidad como concepto de Derecho internacional han entrado en una fase post-ontológica, de *des-historización*¹²⁰, en la que lo relevante, a partir de su consolidación en el Derecho internacional, será la precisión de sus elementos, el afinamiento de sus procesos de aplicación, la introducción en los ordenamientos jurídicos internos. Este proceso, impulsado por los desarrollos de los años noventa, los tribunales internos, los tribunales *ad hoc*, la CDI y el Estatuto de Roma conducirá paulatinamente a una mayor confluencia entre el Derecho internacional y los derechos internos en esta materia. Si una efectiva complementariedad en el plano de la tipificación interna sigue a la complementariedad en el plano de la jurisdicción internacional se habrá dado un paso importante no sólo para la universalización de la noción de crímenes contra la humanidad sino también para la lucha contra la impunidad, que es uno de los objetivos del Estatuto de Roma y un propósito de la comunidad internacional. En último término este proceso es funcional al principal objetivo del Estatuto: que los crímenes contra la humanidad, entre otros crímenes, sean juzgados principalmente en los tribunales internos y, si esto no es posible, a través de la Corte Penal Internacional.

JULIO VIVES CHILLIDA

Barcelona (Madrid), 30 de abril de 2004

¹¹⁸ Vid. M. BERGSMO y O. TRIFFTERER: «Preamble», en O. TRIFFTERER (ed.): *op. cit.*, pp. 1-16 (pp. 6-7).

¹¹⁹ Sentencia de la sala de apelación en el caso *Krstić*, párr. 36. Hay una relación estrecha entre estos aspectos de la noción de los crímenes contra la humanidad, en particular de la persecución, y una visión ampliada de la libre determinación como institución que expresa y al mismo tiempo preserva el pluralismo social, político, etc. en la comunidad internacional. Vid. la Declaración universal sobre la diversidad cultural adoptada por la UNESCO el 2 de noviembre de 2001 (art. I): *ILM*, vol. 41, 2002, pp. 57-62.

¹²⁰ En expresión de G. METTRAUX: *loc. cit.*, p. 240. También en p. 238: «Crimes against humanity has now come of legal age».

