

KAI AMBOS

TEMAS DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y EUROPEO

**Derechos humanos. Fines de la pena.
Ius puniendi. Responsabilidad individual.
Crímenes mas graves. Derecho penal y guerra.
Proceso penal internacional y europeo.
Inmunidades**

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

2006/668

© Kai Ambos
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ 91 304 33 03
ISBN: 84-9768-287-4
Depósito legal: M. 2.190-2006
Diseño de la cubierta: Manuel Estrada. Diseño Gráfico
Fotocomposición: INFOTEX, S. L.
Impresión: CLOSAS-ORCOYEN, S. L.
Polígono Igarza. Paracuellos de Jarama (Madrid)
MADRID, 2006

PRESENTACIÓN

Este libro reúne varios artículos publicados originalmente en alemán e inglés entre los años 2000 y 2005. La fuente original, así como el traductor, si se conoce, se encuentran en la primera nota al pie de página del texto respectivo. Los artículos han sido ulteriormente revisados y actualizados en sus partes más importantes, aunque una actualización completa no ha sido, sin embargo, posible. En todo caso, el libro complementa mi estudio *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*¹, del cual existe traducción parcial al castellano de Ezequiel Malarino².

Por otra parte, el presente trabajo se complementa con mi reciente tratado *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht — Völkerstrafrechts — Europäisches Strafrecht*³. A esta obra —por el momento, lamentablemente, sólo en lengua alemana— remito para una información más amplia y actualizada. *Last but not least*, el lector puede encontrar información adicional en mi página web (<http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Spanisch/sindex.html>), que, entre otras cosas, contiene varios enlaces sobre Derechos penal internacional y europeo.

Con el fin de dar a la obra cierta estructura —a veces difícil en libros que compilan artículos anteriormente publicados— he decidido organizar los textos alrededor de cuatro grandes temas:

- I. Fundamentos
- II. Responsabilidad penal individual
- III. Crímenes internacionales
- IV. Aspectos procesales

¹ Berlín, Duncker & Humblot, 2.ª ed., 2004, www.duncker-humblot.de.

² «La parte general del Derecho penal internacional», versión revisada, complementada y actualizada, Konrad Aeadauer Stiftung-Temis, Montevideo-Bogotá, 2005.

³ München, C. H. Beck, 2006, www.beck.de.

El libro contiene, además, una lista de abreviaturas y siglas y una bibliografía completa de la materia. Por la ayuda en la elaboración de estas listas, deseo agradecer a mi colaborador Michael Jilg.

Deseo agradecer también, y especialmente, a la prestigiosa casa editorial Marcial Pons, en particular a D. Juan José Pons y a D. Chris Christoffersen, por haber hecho posible esta publicación, que complementa mi obra en Derecho penal internacional en lengua castellana.

Las observaciones, comentarios o críticas sobre el texto —siempre bienvenidas— pueden dirigirse a la dirección de correo electrónico kambos@gwdg.de.

Kai AMBOS

Göttingen (Alemania), diciembre de 2005

Catedrático de Derecho penal, Derecho procesal penal,
Derecho comparado y Derecho penal internacional — Director del
Departamento de Derecho penal extranjero e internacional

LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

| | |
|------------------------|--|
| A. Ch. | Appeals Chamber (sala de apelación) |
| Abs. | Absatz (apartado) |
| AE-EV | Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (Proyecto Alternativo de Reforma del procedimiento de investigación) |
| AG | Aktiengesellschaft (Sociedad Anónima) |
| AIDP | Association Internationale de Droit Pénal |
| AJIL | <i>American Journal of International Law</i> |
| AJP | <i>Austrian Journal of Public and International Law</i> |
| AK-StPO | Alternativer Kommentar der Strafprozessordnung (Comentario StPO Alemania) |
| <i>Am. J. Int'l L.</i> | <i>American Journal of International Law</i> |
| AnwBl | <i>Anwaltsblatt</i> (Revista Alemania) |
| aprob. | aprobatorio |
| art. arts. | artículo/s |
| ASIL | American Society for International Law (Grupo Americano de Derecho Internacional) |
| ASP | Assembly of State Parties |
| Aufl. | Auflage (edición) |
| AVG | Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (Derecho procesal administrativo) |
| AVR | <i>Archiv des Völkerrechts</i> (Revista Alemania) |
| AWACS | Airborne Warning and Control System |
| BayObLG | Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tribunal Supremo del Land de Baviera) |
| BG suizo | Bundesgericht (Tribunal Supremo Federal suizo) |
| BGBI. | <i>Bundesgesetzblatt</i> (Boletín Oficial Federal alemán) |
| BGE | Entscheidungen des Bundesgerichts (Decisiones del Tribunal Supremo Federal suizo) |
| BGH | Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán) |
| BGHst | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Decisiones en materia penal del Tribunal Supremo Federal alemán) |

| | |
|---------------|--|
| BMI | Bundesministerium des Inneren (Ministerio del Interior Federal alemán) |
| BMJ | Bundesministerium der Justiz (Ministerio de Justicia Federal alemán) |
| BO | <i>Boletín Oficial de la Comunidad Europea</i> |
| BOE | <i>Boletín Oficial del Estado</i> (España) |
| BPI | Barreau Pénal International |
| BR | Bundesrepublik (República Federal de Alemania) |
| BT | Bundestag (Parlamento alemán) |
| BTDrs | <i>Bundestag Drucksache</i> (Boletín de las Cortes) |
| BV | Bundesverfassung (Constitución Federal suiza) |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán) |
| BverfGE | Bundesverfassungsgericht Entscheidung (Decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán) |
| BYIL | <i>British Year Book of International Law</i> |
| CADH | Convención Americana sobre Derechos Humanos |
| Cap. | Capítulo |
| CCL | Control Council Law (Ley preliminar del Consejo de Control) |
| CDC | Consejo de Defensa croata |
| CDI | Comisión de Derecho Internacional de la ONU (citado también por ILC) |
| CDN | Consejo de Defensa Nacional |
| CDPI | Código de Derecho Penal Internacional |
| CE | Convención Europea |
| CE | Comunidad Europea |
| CEF | Convenio entre los Estados Parte del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas |
| CEDH | Convención Europea de Derechos Humanos |
| CELAD | Comité Européenne de Lutte Antidrogue (Comité europeo para la lucha contra las drogas) |
| cfr. | confróntese |
| CIJ | Corte Internacional de Justicia |
| cit. | citado |
| CLF | <i>Criminal Law Forum</i> (Revista internacional) |
| CMR | <i>Court Martial Reports</i> |
| ColJTL | <i>Columbia Journal of Transnational Law</i> (Revista EEUU) |
| conc. | concordar |
| CONV | Convention |
| CP | Código Penal |
| CPI | Corte Penal Internacional |
| CPIR | Corte Penal Internacional para Ruanda (citado también por TPIR) |
| CPIY | Corte Penal Internacional para la ex Yugoslavia (citado también por TPIY) |
| crít. | crítico, críticamente |
| CSJN | Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) |
| CVDI | Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas |
| CVDT | Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados |
| CVRC | Convención de Viena sobre Relaciones Consulares |
| D.p.internac. | Derecho penal internacional |
| DAV | Deutscher Anwalt Verein (Asociación de Abogados Alemanes) |

| | |
|-------------------------------------|--|
| DDHH | Derechos humanos |
| DDR | República Democrática de Alemania |
| DDR-StGB | Código Penal de la República Democrática de Alemania |
| DPI | Derecho Penal Internacional |
| Dra. | Doctora |
| DiZ | <i>Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift</i> (Revista Alemania) |
| <i>Duke J. Comp. & Int'l L.</i> | <i>Duke Journal of Comparative and International Law</i> (Revista EEUU) |
| ECBA | European Criminal Bar Association (Colegio de Abogados Penal Europeo) |
| ECHR | European Convention on Human Rights (CEDH) |
| ECPI | Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional |
| ed. | editor |
| eds. | editores |
| EDU | European Drug Unit (Comisión Europea sobre Drogas) |
| EEUU | Estados Unidos de Norteamérica (citado también como US) |
| EGV | Comunidad Económica Europea |
| EHRR | <i>European Human Rights Reports</i> |
| EJIL | <i>European Journal of International Law</i> (Revista Internacional) |
| ELJ | <i>European Law Journal</i> (Revista Internacional) |
| EMRK | Europäische Menschenrechtskonvention (CEDH) |
| EP | Europäisches Parlament (Parlamento europeo) |
| EP-Bericht | Europäisches Parlament-Bericht (Informe PE) |
| EPIL | <i>Encyclopedia of Public International Law</i> (Enciclopedia del Derecho Internacional Público) |
| EPY | Ejército del Pueblo Yugoslavo |
| et al. | et alii (latín: y otros) |
| etc. | etcétera |
| EU | Europäische Union (Unión Europea) |
| EuGRZ | <i>Europäische Grundrechte-Zeitschrift</i> (Revista Alemania) |
| EuR | Europarecht (Derecho europeo) |
| Europol | Oficina europea de policía |
| EUV | Vertrag über die Europäische Union (Tratado de la Unión Europea) |
| FARC | Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia |
| FAZ | <i>Frankfurter Allgemeine Zeitung</i> (Periódico Alemania) |
| FBI | Policía americana federal |
| ff. | folgende (siguientes) |
| <i>Fordham Int'l L.</i> | <i>Fordham International Law Journal</i> (Revista EEUU) |
| FS | Festschrift (libro-homenaje) |
| GA | <i>Goltdammer's Archiv für Strafrecht</i> (Revista Alemania) |
| GAOR | General Assembly Official Records |
| GBA | Fiscal General Federal |
| GDR | German Democratic Republic (República Democrática Alemana) |
| GG | Grundgesetz (Ley Fundamental alemana) |
| GVG | Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de Organización Judicial) |
| <i>Harv. Int'l. J.</i> | <i>Harvard International Law Journal</i> (Revista EEUU) |

| | |
|-----------------|--|
| HRLJ | Human Rights Law Journal (Revista Internacional) |
| HRQ | Human Rights Quarterly (Revista Internacional) |
| Hrsg. | Herausgeber (editor) |
| HuV | Humanitäres Völkerrecht (Revista Alemania) |
| Hum. Rts. L. J | Human Rights Law Journal (Revista Internacional) |
| ibid. | ibidem (latín: en el mismo lugar) |
| ICB | International Criminal Bar (Colegio de Abogados Penales ante la CPI) |
| ICC | International Chamber of Commerce (Cámara de Comercio Internacional) |
| ICCPR | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos |
| ICLR | International Criminal Law Review (Revista Internacional) |
| ICRC | International Committee of the Red Cross (Comité de la Cruz Roja Internacional) |
| ICTR | International Criminal Tribunal for Rwanda (citado también por TICR) |
| ICTY | International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (citado también por TICY) |
| i.e. | id est (latín: esto es) |
| IELR | International Enforcement Law Reporter (Revista EEUU) |
| ILC | International Law Commission (citado también por CDI) |
| ILM | International Legal Materials (Revista EEUU) |
| ILR | International Law Reports |
| IMG | Internationaler Militärgerichtshof (citado también por TMI) |
| IMP | Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (citado también por MPI) |
| IMT | International Military Tribunal (citado también por TMI) |
| IMTFE | International Military Tribunal for the Far East (Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este) |
| Ind.J. Int'l L. | Indian Journal of International Law (Revista EEUU) |
| Int.Cr.L.Rev. | International Criminal Law Review (Revista Internacional) |
| IntKommEMRK | Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention |
| intr. al párr. | Introducción al párr. |
| IPbPr | Internationaler Pakt für bürgerliche und politische Rechte (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) |
| IRuD | Internationales Recht und Diplomatie (Revista Alemania) |
| ISISC | International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (Instituto Superior de Ciencias Criminales) |
| IYHR | Israel Yearbook on Human Rights |
| jce | joint criminal enterprise |
| JCP | Juris-Classeur Périodique/La Semaine Juridique (Revista Francia) |
| JR | Juristische Rundschau (Revista Alemania) |
| JRP | Journal für Rechtspolitik (Revista Alemania) |
| JuS | Juristische Schulung (Revista Alemania) |
| JZ | Juristen Zeitung (Revista Alemania) |
| KJ | Kritische Justiz (Revista Alemania) |
| KOM | Kommission (Comisión de las Comunidades Europeas) |
| KritV | Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Revista Alemania) |
| LCC | Ley del Consejo de Control |

| | |
|-----------------------------|---|
| LG | Landgericht (Tribunal del Land —Estado—) |
| LJIL, Leid. Journ. Int'l L. | Leiden Journal of International Law (Revista Internacional) |
| LK | Leipziger Kommentar (Comentario StGB Alemania) |
| loc. cit. | loco citato (latín: lugar citado) |
| LRTWC | Law Reports of Trials of War Criminals |
| Melbourne U. L. Rev | Melbourne University Law Review (Revista Australia) |
| mn. | marginal |
| MPI | Max Planck Institut for Foreign and International Criminal Law (Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional) |
| MRK | Menschenrechtskonvention (Convención de derechos humanos) |
| MschrKrim | Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (Revista Alemania) |
| MüKo | Münchener Kommentar (Comentario StGB Alemania) |
| n. | nota |
| N. del trad. | nota del traductor |
| NATO | North Atlantic Treaty Organisation (OTAN) |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift (Revista Alemania) |
| NK | Nomos Kommentar (Comentario StGB Alemania) |
| nm. | número/s marginal/es |
| NNUU | Naciones Unidas |
| Nr. | Nummer (número) |
| NSiZ | Neue Zeitschrift für Strafrecht (Revista Alemania) |
| NSiZ-RR | Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs-Report (Revista Alemania) |
| NTS | El Convenio entre los Estados Parte del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas |
| núm. | número |
| OEA | Organización de Estados Americanos |
| OGH | Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo) |
| OGHBrZ | Oberste Gerichtshof für die Britische Zone (Tribunal Supremo para la Zona Británica) |
| ÖJZ | Österreichische Juristen-Zeitung (Revista Austria) |
| OLAF | Office pour la Lutte AntiFraude (Oficina para la Lucha contra el Fraude) |
| OLG | Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Land) |
| ONU | Organización de Naciones Unidas (citado también como UN) |
| OTAN | Organización del Tratado del Atlántico Norte |
| p., pp. | página/s |
| PA | Protocolo Adicional |
| PACG | Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra |
| par., pars. | parágrafo/s |
| PCIJ | Permanent Court of International Justice (Corte Internacional Permanente de Justicia) |
| PDS | Partido Democrático Serbio de Bosnia y Herzegovina |
| PIDCP | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos |
| PKK | Partido de los Trabajadores Kurdos |
| PrepCom | Preparatory Commission (Comisión de Preparación) |

| | |
|-----------------|---|
| RdC | <i>Recueil des Cours de l'Académie de droit international</i> |
| Resol. | Resolución |
| RFA | República Federal de Alemania |
| RGBI | <i>Reichsgesetzblatt</i> (Boletín Oficial del Reich) |
| RGDIP | <i>Revue générale de droit international public</i> (Revista Francia) |
| RIDP | <i>Revue Internationale de Droit Pénal</i> (Revista AIDP) |
| RPE | Rules of Procedure and Evidence (Reglas de Procedimiento y Prueba) |
| RPP | Reglas de Procedimiento y de Prueba |
| s., ss. | siguiente, siguientes |
| SchwZStr | <i>Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht</i> (Revista Suiza) |
| seq. | <i>sequens</i> (latín: siguientes) |
| SFRY | Socialist Federal Republic of Yugoslavia (República socialista federal de Yugoslavia) |
| SK | Systematischer Kommentar (Comentario StGB Alemania) |
| SPI | Salas de Primera Instancia |
| SS | Schutzstaffel (Guardia de elite de Hitler) |
| StGB | Strafgesetzbuch (CP Alemania) |
| StPO | Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal Alemania) |
| StR | Strafrecht (Derecho Penal) |
| StrV | Gesetz über das Strafverfahren (Ley procesal penal suiza) |
| StV | <i>Strafverteidiger</i> (Revista Alemania) |
| T.Ch. | Trial Chamber |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TMI | Tribunal Militar Internacional |
| TPIR | Tribunal Penal Internacional para Ruanda |
| TPIY | Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia |
| TRC | Truth and Reconciliation Commission (Comisión de Verdad y Reconciliación) |
| TWC | Trials of War Criminals (Tribunal de Crímenes de Guerra) |
| UCLAF | Unité de Coordination de la Lutte Anti-Fraude (Sección de la Comisión Europea para la Lucha contra el Fraude) |
| UE | Unión Europea |
| UK | United Kingdom (Reino Unido) |
| UN | United Nations (citado también como ONU) |
| UNMIK | United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (Misión de las Naciones Unidas en Kosovo) |
| UNTAET | United Nations Transitional Administration for East Timor (Unidad de investigación de Crímenes Graves del Ministerio del Fiscal General de la Administración Transitoria de las Naciones Unidas para el Timor Oriental) |
| UNTS | UN Treaty Series |
| UNWCC | United Nations War Crimes Commission (Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas) |
| UP | Unterzeichnungsprotokoll (Protocolo de firma) |
| US | United States (Estados Unidos) |
| v. | <i>versus</i> |
| Va. J. Int'l L. | <i>Virginia Journal of International Law</i> (Revista EEUU) |
| vid. | <i>vide</i> (latín: véase) |
| vol., vols. | volumen/es |

| | |
|---------------------------------|--|
| VRÜ | <i>Verfassung und Recht in Übersee</i> (Revista Alemania) |
| VStGB | Völkerstrafgesetzbuch (Código Penal Internacional alemán) |
| WLR | <i>Weekly Law Reports</i> (Revista Inglaterra) |
| <i>Yearbook Int'l L. Comm'n</i> | <i>Yearbook of the International Law Commission</i> |
| YIHL, Y.B. Int'l Humanit. L. | <i>Yearbook of International Humanitarian Law</i> |
| ZaöRV | <i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</i> (Revista Alemania) |
| ZRP | <i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i> (Revista Alemania) |
| ZStW | <i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i> (Revista Alemania) |

I. FUNDAMENTOS

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL *

RESUMEN

Los desarrollos más recientes que culminaron en la aprobación del ECPI no sólo consolidan el Derecho penal internacional como sistema de Derecho penal de la comunidad internacional, sino que amplían su ámbito de regulación más allá de sus fundamentos jurídico-materiales a otras zonas accesorias del Derecho penal, al Derecho procesal penal y a cuestiones de organización judicial. Con ello se ha conseguido «reunir y desarrollar en una obra de codificación unificada el Derecho penal internacional de los Estados miembros de las Naciones Unidas teniendo en consideración los diferentes sistemas de Derecho penal, con sus respectivas tradiciones». El objetivo del Derecho penal internacional es acabar con la impunidad y remitir a los autores de graves violaciones a los derechos humanos a la persecución penal supranacional. Con la creación de la CPI existe por primera vez un instrumento central de imposición del Derecho penal internacional. Se ve complementado por la persecución penal nacional de crímenes cometidos alcanzados por el Derecho penal. La combinación de justicia penal internacional y nacional promete un efecto disuasorio más importante y con ello una disminución de las violaciones a los derechos humanos.

I. EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL (DPI) DE HOY Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS

1. Por Derecho penal internacional (*Völkerstrafrecht*)¹ se entiende tradicionalmente el conjunto de todas las normas de Derecho inter-

* El texto es un resumen de varios trabajos en alemán comenzando con el estudio «Straflosigkeit von Menschenrechtverletzungen?», Freiburg i Bor, 1997, www.iusorim.mpg.de (versión revisada y actualizada en español, *Impunidad y Derecho penal internacional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999). Fue publicado en una versión anterior en la revista *Diálogo Político*, marzo de 2004, pp. 85 ss. de la Fundación Konrad Adenauer.

¹ Sobre el concepto, utilizado por primera vez por BELING, cfr. JESCHECK y WEIGEND, AT, 1996, p. 119, nota 4. Decididamente en favor del concepto, JESCHECK, *Verantwortlichkeit*, 1952, p. 8; MAKAROV, *FS Kern*, 1968, p. 253; en contra, OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 1983,

nacional que establecen consecuencias jurídico-penales². Se trata de una combinación de principios de Derecho penal y de Derecho internacional. La idea central de la *responsabilidad individual* y de la *reprochabilidad* de una determinada conducta (macrocriminal) proviene del Derecho penal, mientras que las clásicas figuras penales (de Nuremberg)³, en su calidad de normas internacionales, deben clasificarse formalmente como Derecho internacional y someten de este modo la conducta en cuestión a una punibilidad autónoma de Derecho internacional (principio de la responsabilidad penal directa del individuo según el Derecho internacional). Los desarrollos más recientes que culminaron en la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI)⁴ no sólo consolidan el Derecho penal internacional como sistema de Derecho penal de la comunidad internacional⁵, sino que amplían su ámbito de regulación más allá de sus fundamentos jurídico-materiales a otras zonas accesorias del Derecho penal (Derecho sancionatorio, ejecución penal, cooperación internacional y asistencia judicial), al Derecho procesal penal y a cuestiones de organización judicial. Como acertadamente se ha expresado en el memorando del Gobierno alemán, con ello se ha conseguido «reunir y desarrollar en una obra de codificación unificada el Derecho penal internacional de los Estados miembros de las Naciones Unidas teniendo en consideración los diferentes sistemas de Derecho penal, con sus respectivas tradiciones»⁶.

2. La *relación* entre DPI y derechos humanos se construye a través de la impunidad universal de las severas violaciones a los derechos

p. 606; cfr. también BREMER, *Strafverfolgung*, 1999, pp. 44 ss.; AHLBRECHT, *Geschichte*, 1999, p. 9; BRUER-SCHÄFER, *Strafgerichtshof*, 2001, pp. 26 ss. En general, sobre los méritos de JESCHECK y de la terminología, TRIFFTERER, *FS Jescheck II*, 1985, pp. 1478 ss.; TRIFFTERER, *ÖJZ*, 1996, pp. 326 s.; TRIFFTERER, *GS Zipf*, 1999, pp. 500 s. Sobre la delimitación con el concepto de «internacionales Strafrecht» (Derecho penal internacional), también ya AMBOS, en ARNOLD, BURKHARDT, GROPP y KOCH (eds.), *Grenzüberschreitungen*, 1995, p. 250. Sobre la evolución del Derecho penal internacional, fundamental AHLBRECHT, *Geschichte*, 1999, pp. 19 ss. y *passim*, BRUER-SCHÄFER, *Strafgerichtshof*, 2001, pp. 35 ss.

² Cfr., para mayores detalles, TRIFFTERER, *Untersuchungen*, 1966, p. 34: «Derecho penal internacional en sentido formal es el conjunto de todas las normas de naturaleza penal del Derecho internacional que conectan a una conducta determinada —crímenes internacionales— ciertas consecuencias típicamente reservadas al Derecho penal y que, como tales, son aplicables directamente». Respecto del concepto de crímenes internacionales, cfr. BREMER, *Strafverfolgung* (1999), p. 68 ss.; AHLBRECHT, *Geschichte*, 1999, p. 8 ss. (9).

³ Cfr. el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (anexo al Acuerdo de Londres de las cuatro potencias del 8 de agosto de 1945): crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad.

⁴ Rome Statute of the International Criminal Court. Adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998, UN-Dok. A/Conf. 183/9. Sobre el estado de las ratificaciones, etc., *vid.* www.un.org/law/icc (en septiembre de 2005, 100 Estados Partes).

⁵ Cfr. TRIFFTERER, *Politische Studien*, Sonderbuch 1/1995, p. 38.

⁶ Bundesrats-Drucksache 716/99, p. 99.

humanos que fue ya investigada en otro lugar⁷. La impunidad conduce a un vacío de punibilidad fáctica⁸, cuyo cierre o, en todo caso, disminución, se ha convertido en la función más importante del Derecho penal internacional y de su instrumento más importante, el ECPI. Basta citar los párrafos 4 y 5 del preámbulo del ECPI:

«Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar (...) para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.

(...)

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes»⁹.

La teoría de la macrocriminalidad sirve como categoría para clasificar las violaciones de derechos humanos que pueden ser objeto del DPI.

II. EL CONCEPTO DE MACROCRIMINALIDAD COMO PUENTE ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

3. La *macrocriminalidad* comprende fundamentalmente «comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva»¹⁰, «macro-acontecimiento con relevancia para la guerra y el Derecho internacional»¹¹; ésta se diferencia, por lo tanto, cualitativamente de las conocidas formas «normales» de criminalidad y también de las conocidas formas especiales (terrorismo, criminalidad

⁷ Cfr. AMBOS, *Straflosigkeit*, 1997, *passim*; AMBOS, *Impunidad*, 1999; AMBOS, *KritV*, 1996, pp. 355 ss.; AMBOS, en FISCHER y KRENERICH, *Gewalt*, 2000, pp. 231 ss.

⁸ Se trata de una laguna de punibilidad fáctica y no normativa, porque la impunidad no se ha de atribuir a la ausencia de tipos penales, sino a la falta de un interés de persecución estatal. Por ello, no se trata tampoco de un problema de diferentes niveles de la protección de bienes jurídicos, en el Derecho penal interno estatal y en el Derecho penal internacional, como parece opinar TRIFFTERER [en LAMPE (ed.), *Wiedervereinigung II*, 1993, pp. 131 s.].

⁹ Subrayado en el original. Sobre la relación entre protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional, recientemente también STAHN y EIFFLER, *KritV*, 1999, pp. 267 ss. (p. 269): Derecho penal internacional como «brazo extendido» de la protección general de los derechos humanos. Ellos ven, además (idem, pp. 263 ss.) por sobre la función de protección de bienes jurídicos individuales de los crímenes de guerra, entre otros crímenes internacionales, una función en el sentido de un Derecho preventivo de protección de la paz.

¹⁰ JÄGER, en LÜDERSSEN (ed.), *Kriminalpolitik III*, 1998, pp. 122 s.; JÄGER, *MschKrim* 1980, pp. 358 s.; JÄGER, *StV* 1988, p. 172; JÄGER, *Makrocriminalität*, 1989, pp. 11 ss.; JÄGER, en HANKEL y STUBY (eds.), *Strafgerichte*, 1995, p. 327; sobre JÄGER, también *infra* punto 17 II.2.

¹¹ SCHÜLER y SPRINGORUM, *Kriminalpolitik*, 1991, p. 236.

de estupefacientes, criminalidad económica, etc.) debido a las condiciones políticas de excepción y al rol activo que en ésta desempeña el Estado¹². La macrocriminalidad es más limitada que la «criminalidad de los poderosos» (*Kriminalität der Mächtigen*)¹³, ya que ésta, discutida con frecuencia en la criminología, se refiere por lo general a los hechos cometidos por los «poderosos» en defensa de su posición de poder, y ni estos «poderosos» ni el «poder» (económico) que defienden son necesariamente idénticos con el Estado o con el poder estatal¹⁴. La intervención, tolerancia, omisión o hasta el fortalecimiento estatal de comportamientos macrocriminales, decisivos a este respecto, son clarificados a través del aditamento de «político». De este modo, se rechaza también —coincidentalmente con JÄGER—¹⁵ la moderna tendencia de extender el concepto a todas las amenazas criminales de gran dimensión. Macrocriminalidad política significa, por lo tanto, en sentido restringido, «criminalidad fortalecida por el Estado»¹⁶, «crimen colectivo políticamente condicionado»¹⁷ o —con menor precisión— crímenes de Estado¹⁸, terrorismo de Estado o criminalidad gubernamental¹⁹. Aquí se trata siempre de criminalidad «estatal interna»²⁰, orientada hacia adentro contra los propios ciudadanos. Esto constituye también un interés central de esta investigación.

4. En un sentido amplio, el concepto de macrocriminalidad política comprende, ciertamente, también los crímenes internacionales de *actores no estatales*. Al respecto, es de importancia secundaria si estas actividades pueden ser atribuidas al concepto tradicional de macrocriminalidad. En su favor hablaría el hecho de que también en estos casos

¹² Cfr. sobre su delimitación con el concepto de «criminalidad organizada», a modo instructivo, ARNOLD, en MILITELLO, ARNOLD y PAOLI (eds.), *Kriminalität*, 2000, pp. 93 ss.

¹³ Cfr. SCHEERER, en KAISER, KERNER, SACK y SCHELLHOSS (eds.), *Wörterbuch*, 1993, pp. 246 ss. Similar al concepto de «criminalidad del dominio» (*Kriminalität der Herrschaft*) utilizado por MERKEL, en UNSELD (ed.), *Politik*, 1993.

¹⁴ Sobre el problemático contenido del concepto de «poder» en este contexto, SCHEERER, en KAISER, KERNER, SACK y SCHELLHOSS (eds.), *Wörterbuch*, 1993, pp. 246 ss.

¹⁵ JÄGER, en LÜDERSSSEN (ed.), *Kriminalpolitik III*, 1998, pp. 122 s.; asimismo, KAISER, *Kriminologie*, 1996, p. 431; de otra opinión, ROTSCH, *Wistra*, 1999, p. 370, quien aboga por una inclusión de los delitos económicos y contra el medio ambiente; vid. también PRITTWITZ, en LÜDERSSSEN (ed.), *Kriminalpolitik III*, 1998, pp. 14 ss.

¹⁶ NAUCKE, *Privilegierung*, 1996, especialmente p. 19; aprob. HASSEMER, *FS BGH IV*, 2000, p. 443.

¹⁷ JÄGER, en LÜDERSSSEN (ed.), *Kriminalpolitik III*, 1998, p. 123.

¹⁸ Especialmente utilizado por FRIEDRICH [cfr. las referencias en RÜTER, en FRIEDRICH y WOLLENBERG (eds.), *Vergangenheit*, 1987, pp. 67 ss.]. Más correctamente, por cierto, «crímenes del Estado», ya que el concepto crímenes de Estado evoca a los crímenes *contra* el Estado (arts. 80 y ss. CP alemán).

¹⁹ Sobre esto, por ejemplo, TRIFFTERER, en LAMPE (ed.), *Wiedervereinigung II*, 1993, pp. 131 s.; TRIFFTERER, en KAISER y JEHLE (eds.), *Opferforschung I*, 1994, pp. 155 ss. Sobre el concepto de criminalidad de sistema, ROGALL, *FS BGH IV*, 2000, pp. 383 s.

²⁰ TRIFFTERER, en LAMPE (ed.), *Wiedervereinigung II*, 1993, p. 133. Sobre las formas de manifestación de la criminalidad ya EISENBERG, *MschKrim*, 1980, pp. 217 y 221 ss.

el Estado territorialmente competente sería responsable, al menos por omisión, de no garantizar a sus ciudadanos la protección de Derecho constitucional e internacional que les corresponde. En su contra se pronunciaría la circunstancia de que tal comprensión amplia de macrocriminalidad convertiría a casi todo Estado en «criminal», pues nunca sería posible un completo control de la criminalidad no estatal y, por ello, tampoco una absoluta protección del ciudadano expuesto a esa criminalidad. Regiría el principio *nemo potest ad impossibile obligari*! A ello se podría replicar nuevamente que no se trata de la libertad del ciudadano frente a cualquier hecho penal, sino, justamente, frente a hechos macrocriminales. En relación con éstos, la obligación de protección estatal debería ser ilimitada, pues, de lo contrario, se argumentaría en favor de una situación prejurídica del derecho del más fuerte. Sea como fuere, la existencia fáctica de grupos no estatales que cometen crímenes internacionales es seguramente el argumento decisivo en favor de una comprensión más extensa del concepto de macrocriminalidad. De otro modo, quedarían sin protección las víctimas no estatales, pues el Derecho penal nacional la niega en esos casos. A título de ejemplo: si la organización guerrillera colombiana FARC, la más antigua y grande de Latinoamérica²¹, en la «zona de distensión»²² asignada a ella por el Estado en un momento —y no solamente allí!— cometió crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, entonces no tendría sentido que las víctimas de esos crímenes se remitieran a las instituciones estatales. Puesto que éstas no están presentes físicamente²³, no tienen ningún tipo de influencia sobre los autores. Aquí sólo puede ayudar, si es que puede, la directa atribución de responsabilidad jurídico-penal a los mismos grupos responsables, esto es, a su jefe y a sus miembros²⁴.

5. Esta comprensión amplia de macrocriminalidad se sustenta también en la concepción de los *crímenes internacionales* tal como ha sido ahora consagrada en los arts. 6 a 8²⁵. En cuanto a los crímenes contra la humanidad, inclusive el genocidio²⁶, ya no es necesaria una

²¹ Sobre el movimiento guerrillero colombiano cfr. KURTENBACH, en ALTMANN, FISCHER y ZIMMERMANN, *Kolumbien*, 1997, pp. 235 ss.

²² Sobre la situación en la (vieja) «zona de distensión», por ejemplo, *GW*, 29 de junio y 5 de julio de 2000, p. 20; *Le Monde*, 26 de julio de 2000, p. 2.

²³ En Colombia se encuentra solamente un pequeño número de miembros de la Defensoría del «Pueblo estatal en la “zona de distensión”» (conversación del autor con representantes de la Defensoría del Pueblo, Bogotá, 31 de mayo de 2000).

²⁴ Sobre la aplicabilidad del art. 3 común de la CG y de su PACG II a los movimientos de rebelión, cfr. BOTHE, *IYHR*, 1995, pp. 249 s. Sobre la posibilidad de lesión de derechos humanos por parte de privados, fundamental WIESBROCK, *Schutz*, 1999, pp. 19 ss. y *passim*.

²⁵ Cfr. más profundamente el trabajo sobre los crímenes en este libro.

²⁶ Sobre el concepto de crímenes contra la humanidad basado en el art. 6 del EIMT (*supra*, nota 3), cfr. BECKER, *Tatbestand*, 1996, *passim* (crít. AMBOS, *GA*, 1997, pp. 603 s.); VAN SCHAACK, *ColJTL*, 1999, pp. 787 ss.; BASSIOUNI, *Crimes*, 1999, pp. 60 ss., 179 ss. y 243 ss.; GIL GIL, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 106 ss.; GIL GIL, *ZStW*, 2000, pp. 382 ss.; AHLBRECHT, *Geschichte*, 1999, pp. 263 ss., 274 ss. y *passim*; SWAAK-GOLDMANN, en McDO-

relación con un conflicto armado para que puedan ser criminalizadas determinadas violaciones graves a los derechos humanos en tiempos de paz, bastando solamente que éstas se encuentren en un contexto de comisión —también no estatal—²⁷ determinado, generalizado y sistemático²⁸. Respecto de los crímenes de guerra, éstos pueden ser cometidos por las partes en conflicto y, por ello, penados²⁹ no sólo —como *grave*

NALD, SWAAK y GOLDMANN (eds.), *Int.Crim.L. I*, 2000, pp. 141 ss.; MCAULIFFE DE GUZMÁN, *HRQ*, 2000, pp. 355 ss. y 359 s.; LATTANZI, en FISCHER, KREB y LÜDER (eds.), *Prosecution*, 2001, pp. 473 ss.; KITTICHAISAREE, *Int.Crim.L.*, 2001, pp. 85 ss.; VEST, *SchwZStr*, 2001, pp. 242 ss.; BOOT, *Crimen*, 2002, pp. 455 ss.; AMBOS, *Crímenes*, 2004, pp. 19 ss. y 111 ss.; profundizando en cuanto al (primer) desarrollo de los elementos típicos concretos, KREB, en FISCHER y LÜDER (eds.), *Verbrechen*, 1999, pp. 41 ss. y 48 ss.; VEST, *ZStW*, 2001, pp. 461 ss.

²⁷ Sobre la exigencia de una determinada *policy* o de un plan semejante, que no debe necesariamente provenir más del Estado, cfr. ahora "Prosecutor v. Kupreskic et al.", *Judgement*, 14 de enero de 2000 (IT-95-16-T), pp. 551 ss.; también BOOT, en KLIP y SLUITER (eds.), *Cases*, 1999, pp. 454 s.; BASSIOUNI, *Crimes*, 1999, pp. 244 s., 247; MERON, en VON HEBEL, LAMMERS y SCHUKKING (eds.), *Reflections*, 1999, p. 50; ROBINSON, en LATTANZI y SCHABAS (eds.), *Essays*, 1999, pp. 156 ss. y 162 s.; MCAULIFFE DE GUZMÁN, *HRQ*, 2000, pp. 368 ss.; WERLE, *JZ*, 2000, p. 756, nota 13; GIL GIL, *ZStW* 2000, p. 390 ss.; VEST, *ZStW*, 2001, p. 468 s.; más restringido, LAGODNY, *ZStW*, 2001, p. 802; GIL GIL (loc. cit., 392) exige, convincentemente, que las organizaciones no estatales deban ejercitar, *de facto*, un poder político y, por lo tanto, no cualquier grupo u organización criminal podría convertirse en autor de crímenes contra la humanidad.

²⁸ Cfr. "Prosecutor v. Tadic", *Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 de octubre de 1995 (IT-94-1-AR 72), § 141: «It is by now a settled rule (...) that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict. Indeed (...) customary international law may not require a connection between crimes against humanity and any conflict at all» (sobre esta decisión, también *infra* punto 6.I; confirmando esta posición, por ejemplo, "Prosecutor v. Blaškić", *Judgment* 3.3, 2000 [IT-95-14-T], § 67). Cfr. especialmente MERON, *AJIL*, 1995, pp. 554 ss.; MERON, *AJIL*, 1996, p. 242; MERON, en VON HEBEL, LAMMERS y SCHUKKING (eds.), *Reflections*, 1999, p. 49; JESCHECK, *RIDP*, 1981, pp. 348 ss.; JESCHECK y WEIGEND, *AT*, 1996, p. 125; TRIFFTERER, en HANKEL y STUBY (eds.), *Strafgerichte*, 1995, pp. 199 ss.; TRIFFTERER, en LAMPE (ed.), *Wiedervereinigung II*, 1993, pp. 153 s.; SUNGA, *Eur.J.CrimeCr.L.Cr.J.*, 1998, p. 386; ASKIN, *CLF*, 1999, p. 40; ROBINSON, en LATTANZI y SCHABAS (eds.), *Essays*, 1999, pp. 144 ss. y 148 s.; STAHN, *KJ*, 1999, pp. 347 s., 352; STAHN y EIFFLER, *KritV*, 1999, pp. 258 s.; SWAAK-GOLDMANN, en McDONALD y SWAAK-GOLDMANN (eds.), *Int.Crim.L. I*, 2000, pp. 159 s.; KREB, *Nutzen*, 2000, p. 6; detalladamente sobre la evolución VAN SCHAACK, *ColJTL*, 1999, pp. 792 ss., 821, 829, 837, 847 y 850; BREMER, *Strafverfolgung*, 1999, pp. 80 ss.; MCAULIFFE DE GUZMÁN, *HRQ*, 2000, pp. 355 ss. y 359 s. En favor de una *proscribing function* de los crímenes contra la humanidad, también BASSIOUNI, *FS Jescheck II*, 1985, pp. 1453-1475. Cfr. ahora también la Sección 5 de la «Regulation No. 2000/15» de la administración de transición de la ONU en Timor Oriental (UNTAET/REG/2000/15 del 6 de junio de 2000; <www.un.org/peace/timor/untaet/Reg0015E.pdf>).

²⁹ Cfr. ROBINSON y VON HEBEL, *YIHL*, 1999, pp. 193 ss.; MOMTAZ, *YIHL*, 1999, p. 177 ss.; MERON, en VON HEBEL, LAMMERS y SCHUKKING (eds.), *Reflections*, 1999, pp. 51 ss.; VENTURINI, en LATTANZI y SCHABAS (eds.), *Essays*, 1999, pp. 171 ss.; STAHN, *KJ*, 1999, pp. 348 ss.; STAHN y EIFFLER, *KritV*, 1999, pp. 259 ss.; KREB, *Nutzen*, 2000, p. 6; KREB, *IYHR*, 2000, pp. 103 ss.; BOOT, *Crimen*, 2002, pp. 537 ss.; AMBOS, *Crímenes*, 2004, pp. 80 ss. Sobre la evolución, cfr. BREMER, *Strafverfolgung*, 1999, pp. 78 ss. Cfr. ahora también la Section 6 de la llamada UNTAET-Regulation, *supra* nota 28. El ECPI ha quedado rezagado, sin embargo, en algunas disposiciones con relación al Derecho consuetudinario vigente (cfr. FISCHER, *FS Ipsen*, 2000, pp. 86 ss.; también MOMTAZ, *YIHL*, 1999, pp. 186 ss.; KREB, *IYHR*, 2000, pp. 131 y 134 s.; en general, KITTICHAISAREE, *Int.Crim.L.*, 2001, pp. 129 ss.) y subsisten diferencias materiales entre algunos crímenes del conflicto internacional y no internacional (KREB, *IYHR*, 2000, pp. 132 ss.).

breaches— en un conflicto internacional, sino en todo conflicto armado (no internacional) que sobrepase el umbral del art. 1 (2) del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra (en adelante PACG II)³⁰. Con esto queda en claro que la comisión de crímenes internacionales no puede ser considerada por mucho más tiempo como un «privilegio» de los actores estatales, sino que puede conducir, absolutamente, a la responsabilidad jurídico-penal de actores no estatales. El concepto de macrocriminalidad política debe extenderse, por lo tanto, según una comprensión moderna del Derecho penal internacional, a los actores no estatales³¹.

III. UNA FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICO-JURÍDICA DE UN *IUS PUNIENDI* SUPRA O TRANSNACIONAL

6. El poder punitivo supra o transnacional que presupone un Derecho penal internacional protector de los derechos humanos esenciales puede fundarse con referencia a los *derechos humanos interculturalmente reconocidos*³², teoría ante todo desarrollada por el filósofo del Derecho de Tubinga, Otfried Höffe³³. El punto de partida del prin-

³⁰ Aquí se aplica el art. 8 (2) (f) en el caso de un «*protracted armed conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups*», bajando al respecto el umbral de aplicación del art. 1 (2) del PACG II (cfr. ROBINSON y VON HEBEL, *YIHL*, 1999, pp. 204 s.; MERON, en VON HEBEL, LAMMERS y SCHUKKING (eds.), *Reflections*, 1999, p. 54; KREB, *IYHR*, 2000, pp. 117 ss. Sobre la diferenciación entre conflicto internacional, no internacional e interno, cfr. KREB, *IYHR*, 2000, pp. 114 ss.; AMBOS, en HASSE, MÜLLER y SCHNEIDER (eds.), *Völkerrecht*, 2001, pp. 326 ss.).

³¹ Desde luego, en el caso concreto puede ser difícil constatar si determinados hechos han de atribuirse exclusivamente a actores no estatales o si un Estado determinado está involucrado. Se presenta, entonces, el problema de la imputación de los hechos de privados (p. ej., terroristas) a un Estado como sujeto de Derecho internacional (p. ej., Afganistán respecto del ataque del 11 de septiembre de 2001); sobre esto desde la óptica de los derechos humanos, WIESBROCK, *Schutz*, 1999, pp. 200 ss.; desde la perspectiva del Derecho penal internacional, "Prosecutor v. Tadic", *Judgement*, 15 de julio de 1999 (IT-94-1-A), §§ 83 ss.; sobre esto, AMBOS, en HASSE, MÜLLER y SCHNEIDER (eds.), *Völkerrecht*, 2001, pp. 334 s.).

³² Cfr. también RÖSSNER, en HÖFFE, *Strafrecht*, 1999, p. 137: «en la justificación y determinación del contenido del Derecho criminal en los derechos humanos está dado, sin dudas, un poder punitivo transcultural». En similar sentido, HASSEMER, en HÖFFE, *Strafrecht*, 1999, pp. 174 s. y 179 s. (consenso sobre la «proscripción de violaciones fundamentales al derecho», Derecho penal como «respuesta para la protección de los derechos humanos»). En los resultados, igualmente, ROXIN, en ESER, HASSEMER y BURKHARDT (eds.), *Strafrechtswissenschaft*, 2000, pp. 389 s., cuando afirma la necesidad de punición sin limitaciones de «hechos como el genocidio y crímenes contra la humanidad» y acentúa el efecto preventivo de un Derecho penal internacional en actividad. Cfr. también STAHN y EIFFLER, *KritV*, 1999, pp. 267 ss., 268 y 277, quienes divisan al respecto un «consenso de valores de la comunidad internacional». Sobre la afectación de la comunidad internacional en caso de violaciones a los derechos humanos y del poder punitivo autónomo de Derecho penal internacional que de allí resulta cfr. también TRIFFTERER, en LÜDERSEN (ed.), *Kriminalpolitik III*, 1998, pp. 307 s., 311 ss. y 373, quien ve al Derecho penal internacional como un «instrumento para la evitación y lucha contra el abuso de poder»; también TRIFFTERER, *GS Zipf*, 1999, pp. 511 s.).

³³ Cfr. HÖFFE, *Strafrecht*, 1999, pp. 8, 51 ss., 67 ss. y 107 ss.; HÖFFE, *Demokratie*, 1999, pp. 62 ss., 64 s., 88 s., 140 s., 269 ss., 351 ss., 367 ss. y 368 s.; HÖFFE, en ESER, HASSEMER y

cipio del ciudadano mundial propagado por este autor está constituido por los derechos humanos reconocidos universal e interculturalmente y por los principios de justicia entre los cuales se contaría especialmente el de la libertad frente a la arbitrariedad y la violencia, esto es, la protección del cuerpo, la vida y la libertad³⁴. La función principal de la república mundial complementaria³⁵ consistiría, pues, en proteger esos derechos humanos de sus ciudadanos mundiales, de ser necesario con un Derecho penal mundial³⁶. La protección mínima de los derechos humanos («moral mínima»)³⁷ sería, al mismo tiempo, la legitimación y la limitación del Derecho penal mundial: «la justificación de un Derecho penal de un Estado mundial se vincula con su limitación a la protección de los derechos humanos»³⁸. La pretensión individual de una protección (también) jurídico-penal sería el revés de las prohibiciones fundadas en los derechos humanos³⁹. En tanto los delitos penales se «puedan fundamentar con argumentos humano-generales, más precisamente con argumentos de derechos humanos (...) existe, sin duda alguna, un poder penal transcultural, un Derecho penal intercultural»⁴⁰. De este modo, el Derecho penal mundial formaría parte «del escudo de protección de los derechos humanos y de la visible solidaridad de la ciudadanía mundial con las víctimas de las violaciones a los derechos humanos»⁴¹. Para que fuera válido un Derecho penal legitimado en los derechos humanos, «humano-general» e «intercultural», tendría que dirigirse a hombres de todas las culturas, y no podría existir en modo alguno, desde el punto de vista del Derecho penal, el extranjero:

«Son difíciles de encontrar culturas jurídicas que sean tan diferentes por principio como para no conocer en absoluto delitos fundados en la protección de los derechos humanos; más bien, el alcance del poder punitivo se extiende (...) Aquello por lo cual nosotros nos empeñamos con ahínco, lo encontramos también en otras culturas; y especialmente aquello por lo que nosotros nos indignamos, produce también indignación en los hombres de otro lugar»⁴².

BURKHARDT (eds.), *Strafrechtswissenschaft*, 2000, pp. 309 s., 322 ss. y 336 s. Crít. SZABO, en HÖFFE, *Strafrecht*, 1999, pp. 149 ss. y 152 s.

³⁴ HÖFFE, *Strafrecht*, 1999, pp. 53 y 55; HÖFFE, *Demokratie*, 1999, pp. 88, 140 y 301. Sobre el «derecho del ciudadano mundial» de KANT fundamentado ya hace doscientos años, cfr. BIELEFELDT, *Philosophie*, 1998, pp. 38 s.

³⁵ HÖFFE, *Demokratie*, 1999, pp. 296 ss.

³⁶ *Ibid.*, pp. 351 y 354.

³⁷ *Ibid.*, *Strafrecht*, 1999, p. 35.

³⁸ *Ibid.*, pp. 368 s.; *id.*, p. 78; sobre la teoría del poder punitivo de HÖFFE, cfr. *id.*, pp. 67 ss.

³⁹ *Ibid.*, pp. 78 s.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 107; HÖFFE, en ESER, HASSEMER y BURKHARDT (eds.), *Strafrechtswissenschaft*, 2000, pp. 309 s. y 325.

⁴¹ *Ibid.*, p. 8; *Demokratie*, 1999, p. 369.

⁴² *Ibid.*, pp. 107 s.; también pp. 27 s., 93 y 99; HÖFFE, *Demokratie*, 1999, p. 370. Crít. sobre el relativismo de la cultura como argumento en contra de la validez universal de los dere-

7. Un principio del ciudadano mundial fundado en los derechos humanos persigue también Jürgen HABERMAS⁴³ cuando expresa que «el deseado establecimiento de un estado de ciudadano mundial» significa, desde su punto de vista, que las «infracciones contra los derechos humanos (...) sean perseguidas como acciones criminales dentro de un ordenamiento jurídico estatal». En este sentido, los derechos humanos habrían de entenderse no sólo como orientación moral del actuar político, sino también como derechos subjetivos «que deben ser implementados en sentido jurídico». Sólo cuando los derechos humanos hayan encontrado su «lugar» en un ordenamiento jurídico global, como los derechos fundamentales en nuestras Constituciones, «podremos partir, también en el plano global, de que los destinatarios de estos derechos pueden considerarse, al mismo tiempo, como sus autores». Si bien este enfoque es convincente para fundamentar una intervención pacífica del Derecho penal universal, resulta dudoso que con ello pueda fundamentarse una llamada intervención humanitaria, es decir, militar, «como un salto del clásico Derecho internacional de los Estados hacia el Derecho cosmopolita de una sociedad del ciudadano mundial»⁴⁴. Esto no sólo es dudoso por razones de procedimiento —tan cierto es que el «moderado trato jurídico con las violaciones a los derechos humanos protege[rá] frente a una “desdiferenciación” moral del derecho»⁴⁵, sino también a causa del conflicto material de ponderación⁴⁶ que provoca.

8. Una fundamentación semejante presupone, desde luego, una concepción del Derecho penal que parta del individuo y de su *dignidad humana* inviolable, en el sentido absoluto de la relación de reconocimiento libre, igual y mutua de KANT⁴⁷, basada en esa dignidad humana. Sólo el reconocimiento de la individualidad de los miembros de la sociedad garantiza «un correctivo para la revisión de las construcciones abstractas colectivas»⁴⁸. Sólo la «asociabilidad parcial del individuo» asegura la observancia de la humanidad y de la dignidad humana garantizada constitucionalmente: «humanidad como desviación y liber-

chos humanos y en favor de ésta como «núcleo de un “overlapping consensus” intercultural», también BIELEFELDT, *Philosophie*, 1998, pp. 10 ss., 12 s., 17, 115 ss. y 145 ss. Por el contrario, escéptico HASSEMER, en HÖFFE, *Strafrecht*, 1999, pp. 172 s., para quien «recién estamos en el comienzo de una evolución, en la cual el “gran enemigo” se nos transforma y nosotros a él...». Para SCHEERER, en ESER, HASSEMER y BURKHARDT (eds.), *Strafrechtswissenschaft*, 2000, p. 347, la universalidad del Derecho penal es sólo un «mito».

⁴³ HABERMAS, *Die Zeit*, del 29 de abril de 1999.

⁴⁴ *Id.*; cfr. también HÖFFE, *Demokratisierung*, 1999, pp. 393 ss.; crít. respecto de HABERMAS también BLANKE, *KJ*, 1999, pp. 410 ss.

⁴⁵ HABERMAS, *Die Zeit*, del 29 de abril de 1999.

⁴⁶ Cfr. ya AMBOS, *NSZ*, 1999, p. 406; crít. de HABERMAS a este respecto SIMON, *FAZ*, del 18 de junio de 1999, p. 53.

⁴⁷ Sobre la utilización de la filosofía kantiana para una «filosofía de los derechos humanos» con vigencia universal cfr. ahora BIELEFELDT, *Philosophie*, 1998, pp. 45 ss., 62 ss., 158 ss., y 202 s.

⁴⁸ SOEFFNER, en AMELUNG (ed.), *Verantwortung*, 2000, p. 26.

tad frente a la representación colectiva de manía y coacción, como protección del individuo y las minorías, como *chance* de autorresponsabilidad a través de la posibilidad de autodeterminación...»⁴⁹. La dignidad humana debe ser, por lo tanto, punto de partida y al mismo tiempo punto inmovible de todo sistema de Derecho penal; sólo así se puede poner «un obstáculo bastante abultado y que se espera infranqueable en el camino (...) [del] total “desencantamiento” del mundo (Weber) por medio de un funcionalismo formal racional-final»⁵⁰. Entonces, no se puede poner más en duda que el Estado y la comunidad internacional están llamados forzosamente a proteger esa dignidad humana con el Derecho penal⁵¹.

IV. EL ESTATUTO DE ROMA COMO INSTRUMENTO FLEXIBLE DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

9. Si bien el ECPI tiene como objetivo primordial, como ya deducimos del preámbulo, poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales (arts. 5 a 8) y por primera vez ofrece una clara y consensual tipificación de estos crímenes, es de reconocer que el Estatuto no es un *instrumento* dogmático e inflexible, sino *flexible* y *abierto* a procesos de paz. Esto se desprende no solamente de los trabajos preparatorios, sino, fundamentalmente, de tres de sus normas, a saber:

— El art. 16, que prevé la posibilidad, para el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de suspender una investigación de acuerdo con el capítulo 7 de la Carta de las Naciones Unidas.

— El art. 17, que consagra el principio de la complementariedad.

— El art. 53, que contiene la cláusula de los intereses de justicia (*interests of justice*), típica del Derecho procesal norteamericano, del sistema *Common Law*, que deja a discreción del fiscal el inicio de la investigación (formal).

Estas tres normas muestran que el Estatuto no es un obstáculo para un proceso de paz. Ellas son el resultado de las consideraciones de los relatores del Estatuto (diplomáticos, gente de la práctica, funcionarios de Ministerios de Justicia, entre otros), para quienes era muy importante tener en cuenta las controversias nacionales en situaciones de conflicto armado. En particular el principio de *complementariedad* mues-

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*, p. 27.

⁵¹ Cfr. WOLTER, en SCHÜNEMANN y FIGUEIREDO DIAS (eds.), *Coimbra Symposium*, 1995, pp. 4 ss. y 13; también FIGUEIREDO DIAS, en *id.*, p. 358, quien por ello acentúa con razón la importancia del principio de culpabilidad (362) y designa al sistema de ROXIN como el «*más humano*» de todos los sistemas de Derecho penal hasta hoy conocidos (365; cursivas mías).

tra que la CPI no desea sustituir ni desplazar la justicia penal nacional (como lo han hecho, por ejemplo, los Tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas); por el contrario, se pretende que sea la *justicia penal del Estado territorial la que persiga los crímenes internacionales* enumerados. En tal sentido, la CPI sólo actúa como motor y medio de presión ante un posible fracaso de la justicia penal nacional, ya sea por falta de voluntad o de capacidad de actuar.

10. Más allá de esas normas, surge también otra pregunta más de fondo: ¿qué entendemos por la *obligación de castigar* o investigar los delitos internacionales?⁵² ¿Cuál es el contenido exacto de ese deber? Es claro que no es posible investigar y castigar a todos los posibles autores de crímenes internacionales, por ejemplo, los diecisiete mil (o más) paramilitares y los veinte o treinta mil guerrilleros colombianos. Ningún sistema judicial del mundo tiene la capacidad de perseguir todos los delitos y castigar a todos los culpables. Ni en Nuremberg, ni en Tokio, ni en los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (ICTY) y para Ruanda (ICTR) se ha castigado a todos los posibles autores de violaciones del Derecho penal internacional. Más bien se ha establecido una política de *persecución selectiva*. Siempre se ha argumentado, como se hizo en Nuremberg, que debe haber una selección de los individuos que deben ser perseguidos y a los cuales se les ha denominado «grandes criminales, líderes, cabecillas de las organizaciones criminales», etc. Pues bien, sabemos que muchas de las personas que trabajan en estos grupos son realmente víctimas de la demagogia, que no forman parte de esas organizaciones por convicción ideológica: hoy son paramilitares, mañana son guerrilleros; depende de quién paga mejor. En el año 1998, el Fiscal del ICTY y del ICTR decidió reevaluar su estrategia de persecución en los siguientes términos:

«Consistente con esas estrategias (de persecución, K.A.), que implicaban focalizar la investigación en las personas con mayores niveles de responsabilidad o en quienes fueran personalmente responsables de delitos excepcionalmente aberrantes o extremadamente graves en algún otro sentido, juzgué conveniente retirar los cargos contra una serie de acusados...»⁵³.

La Cámara de Apelaciones aceptó la decisión del fiscal, otorgándole de hecho una amplia discreción para desarrollar una estrategia de persecución:

⁵² Sobre esta obligación *vid.* AMBOS, *Impunidad*, 1999, pp. 66 ss.

⁵³ «Consistent with those strategies (of prosecution, K. A.), which involve maintaining an investigative focus on persons holding higher levels of responsibility, or on those who have been personally responsible for the exceptionally brutal or otherwise extremely serious offences, I decided that it was appropriate to withdraw the charges against a number of accused...» *Press release*, p. 1, citado según “Prosecutor v. Delalic et al.”, *Judgement* 20 de febrero de 2001 (IT-96-21-A), § 597.

«En este contexto, de hecho en muchos sistemas de Derecho penal, el organismo encargado de las persecuciones sólo cuenta con recursos financieros y humanos limitados, por lo que resulta poco realista esperar una persecución de todos los que cometieron algún hecho delictivo que pueda caer dentro de los términos estrictos de su jurisdicción. Necesariamente debe decidir acerca de la naturaleza de los crímenes y de los autores que serán perseguidos. Es indudable que el fiscal tiene amplia discreción en relación con la iniciación de las investigaciones y la preparación de las acusaciones»⁵⁴.

Por todo ello, es claro que existe una *limitación* de la obligación de persecución *ratione personae*, es decir, con miras a las personas que se pretende perseguir y sancionar: realmente, lo que se quiere es perseguir a las cúpulas de las organizaciones criminales, a los líderes; si eso es correcto para un sistema nacional, más lo es para la justicia penal internacional. La CPI nunca se va a preocupar por el pequeño guerrillero en el Cauca colombiano o el paramilitar en Antioquia. Se interesa por las cúpulas de estas organizaciones, y esto no es más que lógico. Con esto tenemos otro elemento de flexibilidad de la justicia penal internacional.

11. Darryl ROBINSON, miembro de la delegación del Canadá en las negociaciones sobre la CPI y actualmente funcionario de la fiscalía de la CPI, plantea en uno de sus trabajos⁵⁵ otro elemento más que demuestra la flexibilidad del ECPI: argumenta ROBINSON, y ésa es una discusión actual, que se podría acudir a una figura equivalente a las que existen en el Derecho penal como causales de justificación o de exculpación, esto es, a la *extrema necesidad* para justificar al Estado que no puede perseguir en tales situaciones o, posiblemente, tiene que acudir a rebajas de penas sin que necesariamente se renuncie a la persecución penal. Claro que los límites de esa excepción son difíciles de establecer y es justamente aquí donde radica la discusión, la cual se puede tener también en cuenta para el caso colombiano: la cuestión es si existen límites absolutos en el Derecho penal internacional que pudiéramos derivar del ECPI. En ese sentido, la pregunta es si, desde el punto de vista dogmático, tenemos que afirmar que para crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra no debe existir impunidad. Personalmente, me inclinaría por este enfoque, pese a la flexibilidad o flexibili-

⁵⁴ «In the present context, indeed in many criminal justice systems, the entity responsible for prosecutions has finite financial and human resources and cannot realistically be expected to prosecute every offender which may fall within the strict terms of its jurisdiction. It must of necessity make decisions as to the nature of the crimes and the offenders to be prosecuted. It is beyond question that the Prosecutor has a broad discretion in relation to the initiation of investigations and in the preparation of indictments». Ibid., § 602; vid. también "Prosecutor v. Akayesu", Judgement, 1 de junio de 2001 (ICTR-96-4-A), § 94; conf. "Prosecutor v. Ntakirutimana", Judgement, 21 de febrero de 2003, (ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T), § 870 s. Esta discreción es solamente limitada por un «discriminatory purpose» perseguido por la Fiscalía.

⁵⁵ ROBINSON, *European Journal of International Law (EJIL)*, 14, 2003, pp. 481 ss.

zación de la persecución penal internacional. En efecto: el castigo de los crímenes mencionados tiene que ser la regla en el Derecho internacional. Sólo puede haber excepciones en caso de un estado de emergencia nacional extrema. Las condiciones para estos casos extremos deben definirse en forma restrictiva. La existencia de este estado de excepción puede llevar a una suspensión temporal de las acciones penales, pero no a una impunidad definitiva (cfr. la idea del art. 16 del ECPI). Es decir, que se trata de una *persecución penal diferida en el tiempo* pero no de una renuncia definitiva al derecho de aplicar una pena en el marco del Derecho internacional.

V. LIMITACIONES. EL PAPEL DE LOS EEUU

12. Además de las limitaciones inmanentes de la CPI, en particular la jurisdicción esencialmente limitada al territorio de los Estados parte (cfr. art. 12 ECPI)⁵⁶, hay una *oposición fuerte* del actual Gobierno de los EEUU contra la CPI. Al respecto, EEUU recurre a dos mecanismos: por un lado, resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas dentro del marco del capítulo VII de la Carta y, por el otro, acuerdos bilaterales de inmunidad.

13. En cuanto al primer mecanismo, tenemos la famosa Resolución 1422 del 12 junio de 2002, que fue prorrogada en julio de este año por un año más (Resolución 1487 del 12 de junio de 2003) y que en su inciso primero señala:

«De conformidad con lo dispuesto en el art. 16 del Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce (12) meses a partir del 1 de julio de 2002, *investigaciones o enjuiciamiento* de ningún caso de esa índole, salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario».

Del análisis del mismo texto se desprenden dos anotaciones más. La primera, que esta Resolución se refiere a operaciones no sólo establecidas, sino *autorizadas* por las Naciones Unidas; esto significa que si, por ejemplo, la guerra contra Irak hubiera sido «autorizada» por ese organismo, tendría lugar la aplicación de esta Resolución y los ciuda-

⁵⁶ Vid. más detalladamente Bergsmo, en AMBOS y GUERRERO (eds.), *El Estatuto de Roma*, 1999, pp. 179 ss.

danos de Estados no parte no podrían ser sometidos a la CPI aun si Irak fuera Estado parte de la ECPI o hubiera aceptado la competencia mediante declaración *ad hoc* (art. 12, inc. 3). La segunda anotación se refiere a los «funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado no parte»; es decir, se hace mención no solamente a los soldados del ejército u oficiales de la fuerza pública, sino también al personal contratado por los Estados Unidos como, por ejemplo, mercenarios de empresas privadas de seguridad. Es justamente por la participación de estas personas en conflictos armados que EEUU pretendía extender esta norma a ese personal y a los ex funcionarios. Afortunadamente, el segundo intento de los EEUU de prorrogar esta resolución en junio de 2004 fracasó debido a la oposición de varios miembros del Consejo de Seguridad, entre ellos China, que consideraron inoportuna la renovación por su coincidencia con el escándalo del abuso de los prisioneros en Irak.

14. La mencionada normatividad ha sido complementada con la Resolución 1497 del 1 de agosto de 2003, que autoriza una misión de paz en Liberia facilitando la salida del señor Charles Taylor a Nigeria. Esta Resolución establece en la cláusula 7 la siguiente fórmula:

«7. Decide que los ex funcionarios u oficiales, o los que están actualmente en servicio, de un Estado aportante que no sea una parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, quedarán sujetos a la jurisdicción exclusiva de ese Estado aportante en relación con todos los presuntos actos u omisiones dimanantes de la fuerza multinacional o de la fuerza de estabilización de las Naciones Unidas en Liberia, o relacionados con ellas, a menos que ese Estado aportante haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva».

De forma similar, la Resolución 1593 de 31 de marzo de 2005, que refiere la situación en Darfur (Sudán) a la CPI, excluye, en su par. 6, la jurisdicción de la Corte sobre funcionarios o personal de Estados no partes del Estado de Roma.

De lo anteriormente citado se concluye que en lugar de determinar que no haya investigación en un proceso, se acude a la figura —conocida de nuestros aliados militares, como en la OTAN— de acuerdos (bilaterales) de jurisdicción exclusiva para delitos en servicio; es decir, la jurisdicción exclusiva reside en el estado no parte: Estados Unidos, China, Rusia, India y otros Estados.

15. Así las cosas, mirada la situación actual de la Corte Penal Internacional, tenemos *dos clases de Estados* judicialmente hablando, lo cual, desde la perspectiva del Derecho interno, genera dificultades: unos que son parte del Estatuto de Roma y, por lo tanto, se someten a

la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; y otros que no se someten a ella y que no sólo no ratifican el Tratado —y están en todo el derecho para no hacerlo!—, sino que, a través de Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, están obteniendo de hecho la impunidad de sus ciudadanos frente a la Corte Penal Internacional. Desde una perspectiva más fundamental, la situación es más grave todavía⁵⁷: con la Resolución 1422 (y 1487), el principio de la igualdad ante la ley, gran logro de la Revolución Francesa, ya no tiene validez, por lo menos en el Derecho penal internacional. Ahora el principio reza: «todos los seres humanos son iguales ante la ley, a menos que sean ciudadanos de los Estados Unidos de América». Que el principio haya sido dejado sin efecto simultáneamente también para otros Estados no parte de la Corte Penal Internacional (CPI), sobre todo China, Rusia e India, no mejora las cosas. Esos países son gustosos beneficiarios de la iniciativa norteamericana. Pero ¿cómo compatibilizar con el sentido de la justicia que, por ejemplo, un soldado alemán —eventualmente involucrado en la misma misión de combate— deba responsabilizarse por un crimen de guerra ante la CPI, pero un soldado norteamericano no? ¿Qué consecuencias puede tener ello para la motivación y la solidaridad entre los soldados que participan en las misiones de paz de la ONU? ¿Qué legitimidad tienen las misiones de paz de la ONU marcadas con el estigma de inmunidades selectivas ante el Derecho penal internacional? Y no, por último: ¿qué credibilidad tienen medidas de mantenimiento de la paz aplicadas por una institución (el Consejo de Seguridad), si ésta tiene que desmontar al mismo tiempo el hasta ahora mayor logro de la humanidad en la lucha contra la impunidad en el caso de graves violaciones a los derechos humanos?

16. Hay otra resolución muy importante que sirve para entender la situación en que se encuentra la Corte Penal Internacional frente a la actuación de los Estados Unidos. Se trata de la Resolución 1502 del 26 agosto de 2003, la cual quería calificar como crimen de guerra los ataques contra personal humanitario, a raíz del atentado en Bagdad contra las Naciones Unidas. El Gobierno de Méjico presentó un proyecto de resolución en el cual planteó lo siguiente:

«recordando que los ataques dirigidos intencionalmente contra el personal que participa en la misión de asistencia humanitaria son crímenes de guerra con arreglo al *Estatuto de Roma*...»

Así, en ese proyecto inicial del Gobierno de México apoyado por Alemania y Brasil entre otros, se hizo una referencia explícita al Esta-

⁵⁷ Al respecto, léase mi ensayo en *Süddeutsche Zeitung* v. 16 de julio de 2002, p. 13; en castellano, en *Desarrollo y Cooperación*, mayo de 2002, p. 7; *Gaceta Jurídica*, Santiago de Chile (Chile), julio de 2002, p. 18; *La Gaceta Jurídica*, La Paz (Bolivia), 16 de agosto de 2002, p. 11.

tuto de Roma. El ánimo para que ello quedase así consagrado fue manifestar que se tenía una definición consensuada del ataque en contra del personal de asistencia humanitaria en el art. 8 2) b) iii) y e) iii) del Estatuto. Pues bien, el hecho de mencionar el Estatuto de Roma para los Estados Unidos ya creaba una paranoia. Fue entonces cuando este proyecto de resolución fue vetado por dicho país y, en consecuencia, comenzó a ejercerse marcada presión para modificar la referencia al Estatuto de Roma. ¿Cuál fue la consecuencia de esa presión? La respuesta está en mirar cómo quedó redactado finalmente el art. 5:

«5. Expresa su determinación de adoptar medidas apropiadas para garantizar la seguridad y protección del personal de asistencia humanitaria y el de las Naciones Unidas y su personal asociado, inclusive, entre otras:

a) Pedir al Secretario General que vele por que se incluyan, y a los países anfitriones que incluyan, disposiciones fundamentales de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, entre otras las referentes a la prevención de ataques contra miembros de las operaciones de las Naciones Unidas, la tipificación de esos ataques como crímenes punibles por la ley y el procesamiento o la extradición de los culpables, en los acuerdos futuros y, si es necesario, en los vigentes sobre el estatuto de las fuerzas o el estatuto de las misiones, así como en los acuerdos que concierten las Naciones Unidas y esos países, teniendo en cuenta la importancia de que dichos acuerdos se celebren oportunamente».

En síntesis, no se hace más alusión expresa al Estatuto de Roma porque para los Estados Unidos éste, en sí, legitima la Corte Penal Internacional y es, por lo tanto, incompatible con la política del Gobierno actual. Vale la pena señalar, en este contexto, que con el Gobierno anterior de Bill Clinton había negociaciones serias en Roma y Nueva York y muchas de las normas del ECPI reflejan una fuerte influencia de la delegación estadounidense. Lo más sorprendente es que si hoy hablamos con representantes del Gobierno de Bush, es como si no hubieran estado en Roma, como si no hubiera existido una delegación norteamericana en Roma, a pesar de todas las concesiones que se le hicieron a los Estados Unidos en el Estatuto para que al final, paradójicamente, quedaran al margen del proyecto.

17. La otra técnica utilizada por los Estados Unidos para entorpecer la jurisdicción de la CPI es la imposición de los famosos *acuerdos bilaterales* de no entrega ya mencionados con anterioridad. ¿Cuál es el aspecto técnico que debemos considerar al respecto? Comencemos, antes que nada, con lo establecido en el art. 98, inciso 2, del ECPI:

«Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega

2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un *acuerdo internacional* conforme al cual se requiera el *consentimiento* del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega».

La delegación estadounidense siempre entendió ese artículo en el sentido de la posibilidad de hacer, con posterioridad a la ratificación del ECPI, acuerdos bilaterales de no entrega. La Unión Europea, al igual que otros Estados que apoyan la Corte, siempre defendió la interpretación de que esta referencia hace alusión a los acuerdos bilaterales *ya existentes* con anterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma; pues, de lo contrario, implicaría que si un Estado ratifica el Estatuto y después firma un acuerdo de ese tipo no podría cumplir la obligación fundamental de entrega consagrada en los arts. 86, 89 y ss. del Estatuto. La no entrega a la vez impide el funcionamiento de la CPI, pues no se permite proceso en ausencia.

Parece claro que estos acuerdos no deben impedir la obligación de un Estado parte de cooperar con la CPI (art. 86), especialmente en cuanto a la entrega de personas (art. 89). En todo caso, si la obligación de cooperación es anterior a un acuerdo bilateral, éste sería ilegal, pues violaría la obligación del Estado y así iría en contra del objetivo y propósito del ECPI (art. 18 de la Convención de Viena sobre Tratados, de 1969). En consecuencia, debe exigirse el consentimiento del Estado que envía (*sending state*) solamente si «un acuerdo internacional» pre-existente al Estatuto de Roma exige este consentimiento. Esta opinión ha sido confirmada por un dictamen de la Comisión de la Unión Europea⁵⁸ y una resolución del Parlamento Europeo⁵⁹. Así, los «Principios rectores de la UE en relación con los acuerdos entre un Estado parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Estados Unidos relativos a las condiciones de entrega de personas a la Corte», aprobados por el Consejo de Ministros de la UE el 30 de septiem-

⁵⁸ Dictamen interno del 13 de agosto de 2002. Publicado en inglés en *Human Rights Law Journal (HRLJ)*, t. 23, 2002, p. 15; en alemán, en *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)*, 2002, p. 469.

⁵⁹ Resolución del 26 de septiembre de 2002 que critica, en la letra D, «la presión política a nivel mundial ejercida actualmente por el Gobierno de los Estados Unidos (...)» y expresa, en la letra F, su decepción «por la decisión del Gobierno rumano de firmar un acuerdo que contradice el espíritu del Estatuto de la CPI» (Doc. P5_TA-PROV (2002) 09-26; www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PV2&LANGUAGE=ES; en alemán en *EuGRZ*, 2002, p. 554).

bre de 2002⁶⁰, tienen el objetivo de mantener la integridad del Estatuto de Roma y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados parte señalando, *inter alia*, que:

— Deben tomarse en consideración los *acuerdos* internacionales existentes, en particular entre un Estado parte en la CPI y los Estados Unidos, como los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y los acuerdos sobre cooperación judicial en materia penal, incluidos los de extradición.

— Celebrar los acuerdos *propuestos* por los Estados Unidos, tal como están redactados en la actualidad, sería *incompatible con las obligaciones de los Estados parte* en la CPI y puede ser incompatible con otros acuerdos internacionales suscritos por Estados parte de la CPI.

— Toda solución debe incluir las disposiciones prácticas pertinentes que garanticen que las personas que hayan cometido *crímenes* que sean competencia de la Corte *no queden impunes*. Dichas disposiciones deben garantizar que se pueda investigar convenientemente y, cuando existan pruebas suficientes, que las jurisdicciones nacionales sometan a la acción de la justicia a las personas reclamadas por la CPI.

— Toda solución debe incluir únicamente a personas que *no sean nacionales* de un *Estado parte* en la CPI.

18. A pesar de esta situación legal, los Estados Unidos lograron firmar varios acuerdos, entre ellos con Colombia y Bolivia⁶¹. Estados Unidos viene usando como regla un «acuerdo tipo o modelo» al cual sólo se le cambia el nombre del Estado, y cuya parte más importante tiene una redacción del siguiente tenor:

«Para los fines del presente Acuerdo, la expresión “personas de los Estados Unidos de América” significa cualquier funcionario, empleado (incluido cualquier contratista) o miembro del servicio militar (actual o antiguo) del Gobierno de los Estados Unidos, o cualquier persona de los Estados Unidos que goce de inmunidad frente a la jurisdicción penal en virtud del Derecho internacional o que esté sujeta, de cualquier manera, a la jurisdicción del Estado que los envía (los Estados Unidos de América)».

⁶⁰ Sesión núm. 2450 del Consejo de la Unión Europea (asuntos generales y relaciones exteriores), Bruselas, 30 de septiembre de 2002, Doc. 12516/02, punto 6 «Corte Penal Internacional» con anexo II (conclusiones del Consejo sobre la CPI con los principios rectores); *vid.* <http://register.consilium.eu.int/pdf/es/02/st12/st12516es02.pdf>; en alemán, en *EuGRZ*, 2002, p. 665.

⁶¹ A 15 de agosto de 2004 por lo menos 80 Estados firmaron estos acuerdos; entre ellos 12 de América Latina (Antigua y Barbuda, Belice, Bolivia, Colombia, Dominica, El Salvador, Guyana, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana) de los cuales algunos ni siquiera han ratificado el Estatuto. 57 de los 94 Estados parte del ECPI resistieron a la presión de los EEUU. *Vid.* <http://www.iccnw.org/documents/USandICC/BIAs.html>.

Ilustremos con un ejemplo lo que significa esta cláusula: si Estados Unidos contrata a un alemán (sea un sicario o mercenario) para que cometa un delito internacional en Colombia, el Estado colombiano —por la misma existencia de este acuerdo— no debe entregar a esta persona a la CPI sin el consentimiento de Estados Unidos. Esto genera una gran contradicción porque —más allá de la obligación de Colombia frente a la CPI— Alemania, como tercer Estado, es también Estado parte y fuertemente comprometido con el ECPI (existe de hecho una legislación interna sobre crímenes internacionales que ofrece la base para investigar y perseguir esta clase de crímenes), situación que el acuerdo bilateral ignora. En consecuencia, tal acuerdo no solamente viola el Estatuto de Roma y el Derecho de los Tratados, sino también los derechos de terceros Estados parte. Así las cosas, la firma de un acuerdo de no entrega coloca al Estado parte en una situación bastante complicada: de un lado, tiene la obligación frente al Estado parte tercero de devolverle el sospechoso de crímenes internacionales para que se le haga un juicio en ese Estado parte; por otro lado, debe entregarlo a la Corte Penal Internacional, pero no lo puede entregar sin violar el acuerdo hecho con los EEUU (que, obviamente, no va a dar su consentimiento a la entrega).

VI. CONCLUSIÓN

La impunidad a nivel mundial de violaciones de los derechos humanos constituye el nexo entre los derechos humanos y el DPI. El objetivo del Derecho penal internacional es acabar con la impunidad y remitir a los autores de graves violaciones a los derechos humanos a la persecución penal supranacional. Con la creación de la CPI existe por primera vez un instrumento central de imposición del Derecho penal internacional. Se ve complementado por la persecución penal nacional de crímenes cometidos alcanzados por el Derecho penal. La combinación de justicia penal internacional y nacional promete un efecto disuasorio más importante y con ello —en el más largo plazo— una disminución de las violaciones a los derechos humanos. A fin de consolidar y mejorar este sistema para hacer así realidad las esperanzas que despierta, obviamente será necesario eliminar las limitaciones inherentes a la CPI y aquellas otras externas. El mejor camino para llegar a este objetivo es el incremento permanente de los Estados parte, para conferirle al ECPI la máxima eficacia global posible.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y AMÉRICA LATINA *

RESUMEN

La internacionalización del Derecho penal avanza a grandes pasos. Desde la perspectiva europea se muestra en dos formas: por un lado, como un *auténtico Derecho penal internacional* (*International Criminal Law*, *Droit pénal international*), en el sentido de un Derecho penal (supranacional) de Derecho internacional; lo que en alemán se denomina *Völkerstrafrecht*; y, por otro lado, como un *Derecho penal europeo*, limitado al ámbito europeo, que, obviamente, no puede pretender una validez supranacional comparable a la del Derecho penal internacional.

I. DERECHO PENAL EUROPEO

1. Concepto genérico: Derecho europeo en sentido amplio y en sentido estricto

Consideremos en primer lugar con más detenimiento el Derecho penal europeo. ¿Qué se entiende por tal? Aquí comienza el primer problema. El «Derecho penal europeo» constituye un «conjunto no homogéneo (heterogéneo) inabarcable» que no está codificado y del que, por tanto, es difícil dar un concepto¹. Realmente, por tal, sólo se puede entender —en el sentido de un *concepto genérico* muy amplio— todas las normas y praxis materiales y procesales que son reconducibles al o

* Agradezco al Prof. Dr. Francisco MUÑOZ CONDE (Sevilla, España) por la traducción de este texto y valiosas sugerencias. Asimismo agradezco el apoyo de Rodrigo ALDONEY en la redacción final. El texto se basa en mi escrito de habilitación «*Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*», Berlin, 2.^a ed., 2004) y mi comentario a los §§ 3-7 StGB en el *Müncher Kommentar*, t. 1, 3.^a ed., München, 2003.

¹ JUNG, *JuS*, 2000, pp. 417 ss.

que proceden del Derecho y de las actividades de la Unión Europea (Derecho europeo en sentido *amplio*) y del Consejo de Europa (Derecho europeo en sentido *estricto*)², y que llevan (o deben llevar) a una *armonización*³ de los Derechos penales nacionales de los países europeos. En este sentido no es exagerado hablar de una *europización* del Derecho penal⁴ a través de y en el marco de las citadas instituciones; sin que ello signifique, sin embargo, que, como ya indicábamos al principio, exista también un Derecho penal europeo que merece el nombre, es decir, un Derecho penal *supranacional* de la Unión Europea⁵. Es más, es algo más que dudoso si en un tiempo previsible podemos hablar de un Derecho penal europeo en forma de un Derecho penal y procesal penal europeo *armonizado*⁶; por lo menos si se refiere a un sistema penal integral más allá de una armonización parcial en algunos ámbitos particulares de criminalidad, por ejemplo, en los delitos financieros, el narcotráfico y el crimen organizado⁷.

Pues bien, por lo que se refiere al *Derecho europeo en sentido amplio*, corresponde al Consejo de Europa, a través de la conclusión y propuesta de tratados internacionales y de una completa actividad asesora, la tarea de armonizar el Derecho penal y conseguir la colaboración efectiva en el ámbito penal de sus 45 Estados⁸. El Consejo ha desarrollado con la Convención Europea de DDHH y su interpretación por el Tribunal Europeo de DDHH de Estrasburgo un *standard* mínimo de derechos humanos —mundialmente respetado⁹—, cuya vulneración

² Sobre el término Derecho europeo en sentido amplio y en sentido estricto, DANNECKER, *Festschrift BGH*, IV, 2000, p. 345; también JOKISCH, *Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren*, 2000, p. 29.

³ Sobre la clase y formas de armonización, cfr. TIEDEMANN, en SCHEUING, KREUZER y SIEBER (eds.), *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der EU*, 1997, pp. 133 y 137 ss.; de acuerdo OTTO, *Jura*, 2000, p. 99; recientemente VOGEL, *GA*, 2003, pp. 314 ss.; sobre los riesgos de la armonización, ZIESCHANG, *ZStW*, 113, 2001, p. 266; crítico del concepto KLIP, *NSiZ*, 2000, p. 626.

⁴ Cfr. sobre la terminología la siguiente nota 5.

⁵ Sobre la distinción entre «Derecho penal europeo» en el sentido de normas (jurídico-comunitarias) supranacionales y «europización del Derecho penal» en el sentido de influencia en el Derecho penal nacional, vid. SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts*, 2001, p. 8; de acuerdo PRITZWITZ, *ZStW*, 113, 2001, pp. 774 ss.

⁶ Escéptico SCHOMBURG, *NJW*, 2001, p. 801: «un intento que se puede situar entre una tentativa inidónea y irreal».

⁷ Sobre la armonización de la «parte especial» vid. VOGEL, *GA*, 2003, pp. 322 ss.

⁸ Cfr. www.coe.int; también WILKITZKI, *ZStW*, 105, 1993, pp. 821 y 824-826; JUNG, *JuS*, 2000, 417, p. 418; EISELE, *JA*, 2000, pp. 424 ss.; GLEB y LÜKE, *Jura*, 1998, 70 y 71; JESCHECK y WEIGEND, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1996, § 18, VII, 2; PRADEL y CORSTENS, *Droit pénal européen*, 1999, p. 239 ss.

⁹ Se trata aquí sobre todo de cuestiones procesales, pero también jurídico-materiales, como, por ejemplo, si la regulación de la legítima defensa que hace el art. 32 del CP alemán debe ser limitada por el art. 2. inc. 2 de la CEDH —más allá de la teoría de los límites ético-sociales— (al respecto, vid. KÜHL, *ZStW*, 109, 1997, p. 780; EISELE, *JA*, 2000, pp. 424 y 427 ss.). Cfr. también PETRI, *Europol*, 2001, pp. 112 ss. y 123 ss.; KÜHNE, *StV*, 2001, pp. 73 ss.; PRADEL y CORSTENS, nota 8, pp. 279 ss.; WEIGEND, *StV*, 2001, 63 p.; JUNG, *JuS*, 2000, p. 417 y

puede incluso fundamentar en Alemania y en Austria, por citar sólo dos ejemplos, un recurso de revisión (§ 359, Nr. 6, OPP alemana; § 363a OPP austríaca)¹⁰.

En lo que se refiere al *Derecho europeo en sentido estricto* hay que diferenciar dos ámbitos: el de la Comunidad Europea (CE)¹¹ y el de la Unión Europea (UE)¹². Mientras en el primer caso se trata de obligatoriedad jurídica comunitaria o, en su caso, de comunitarización en el marco de la llamada *1.ª Columna*, la Unión Europea funciona como cooperación política, intergubernamental, conforme a reglas del Derecho internacional en el marco de las *Columnas 2.ª y 3.ª* (política de seguridad y exterior común y cooperación en el ámbito de la Justicia y de Interior)¹³. No obstante, hay que tener en cuenta que con el Tratado de Ámsterdam las cuestiones de la cooperación en el ámbito de la Justicia y de Interior que no tienen carácter penal fueron incluidas en la *1.ª Columna*, así que en la *3.ª Columna* sólo ha quedado la cooperación policial-judicial (jurídico-penal) (arts. 29 ss. Tratado de la UE)¹⁴. A ello se añade todavía —bajo el techo de la Unión Europea— el llamado *acquis* (acervo) del acuerdo de Schengen, que analizaremos más adelante.

2. El Derecho europeo en sentido estricto: sin competencia legislativa propia, pero con influencia en las legislaciones nacionales

Por lo que respecta a la *Columna 1.ª*, inmediatamente debe hacerse una restricción, ya que la Comunidad Europea —aunque es una organización supranacional con amplias facultades—, no posee (todavía) *facultad o competencia para crear Derecho* en el ámbito del Derecho penal, es decir, en lo que se refiere al sistema de sanciones propio del Derecho penal en sentido estricto, penas privativas de libertad y pecu-

422; THOMAS, *NJW*, 1991, pp. 2233 ss.; sobre jurisprudencia detalladamente ESSER, 2002; vid. también AMBOS y RUEGENBERG, *NSiZ-RR*, 1998, p. 161; 1999, p. 193; 2000, p. 193; AMBOS, *NSiZ*, 2002, p. 628 y 2003, p. 13.

¹⁰ Cfr. DANNECKER, nota 2, pp. 342 ss.; KÜHL, *Festschrift Söllner*, 2000, p. 614. Sobre el Derecho procesal penal europeo véase el artículo en este libro.

¹¹ Tratado de Creación de la Unión Europea de 25 de marzo de 1957, en la redacción del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997.

¹² Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, en la redacción del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997.

¹³ Cfr. SATZGER, nota 5, pp. 141 ss. y 465 ss.; DANNECKER, *Jura*, 1998, p. 80; JUNG, *JuS*, 2000, pp. 417 y 419; VERVAELE, *Revista Penal*, 9, 2002, p. 137. Sobre las tres columnas NELLES, *ZStW*, 109, 1997, p. 727; SATZGER, nota 5, p. 19; JOKISCH, nota 2, p. 29; KÜHNE, *Strafprozesslehre*, Jahr nm. marg. 51 con prs. 1.

¹⁴ Cfr. también SATZGER, nota 5, p. 18; JOKISCH, nota 2, p. 30; VERVAELE, *Revista Penal*, 9, 2002, p. 138.

niarias¹⁵. Pues, conforme al principio de la competencia limitada a actos individuales (*begrenzte Einzelermächtigung*)¹⁶, una competencia de esta clase tendría que derivarse directamente del Tratado de la Comunidad Europea pero en este Tratado sólo se prevén competencias para establecer sanciones en sentido amplio, es decir, de carácter administrativo (multas)¹⁷. Tampoco el art. 280, apt. 4, del Tratado¹⁸ cambia en nada esta situación jurídica¹⁹. Ciertamente hay que reconocer, que en el Tratado de Ámsterdam se puede ver un salto cualitativo a conceder más competencias en materia penal a la Unión y a la Comunidad Europea; además, la protección autónoma, supranacional de sus intereses financieros no es sólo legítima, sino necesaria²⁰. Igualmente puede

¹⁵ Sobre la delimitación entre Derecho penal en sentido amplio (sanciones no punitivas) y en sentido estricto (sanciones punitivas), cfr. SATZGER, nota 5, pp. 58 y 72 ss.; DEUTSCHER, *Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften zur originären Strafgesetzgebung*, 2000, pp. 86 ss. y 146; CARNEVALI, *Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea*, 2001, p. 157 ss.; también MUSIL, *NSiZ*, 2000, p. 68.

¹⁶ Cfr. en general SATZGER, nota 5, pp. 33 ss.; DEUTSCHER, nota 14, pp. 199 ss.; también DANNECKER, nota 2, p. 346.

¹⁷ BGHSt, 25, p. 190 y 193; 27, p. 182; 41, pp. 131 s.; fundamental SATZGER, nota 5, pp. 90 ss., 109, 143 y 699; DEUTSCHER, nota 14, pp. 213 ss., 281 ss. y 309 ss.; igualmente, TIEDEMANN, *NJW*, 1993, pp. 23 y 27; ÍDEM, *Roxin FS*, 2001, p. 1403; SIEBER, *ZStW*, 103, 1991, pp. 957 y 969 ss.; DANNECKER, «Strafrecht der EG», en ESER y HUBER (eds.), *Strafrechtsentwicklung in Europa*, 1995, p. 26, 40 ss. y 83; ÍDEM, *Jura*, 1998, p. 79; ÍDEM, *Festschrift Hirsch*, 1999, p. 147; ÍDEM, nota 2, pp. 346 ss.; ZULEEG, «Der Beitrag des Strafrechts zur europäischen Integration», en SIEBER (ed.), *Europäische Einigung und europäisches Strafrecht*, 1993, pp. 41 y 43 ss.; CARNEVALI, nota 14, pp. 166 ss. y 247 ss.; WILKITZKI, *ZStW*, 105, 1993, pp. 821 y 826; WEIGEND, *ZStW*, 105, 1993, pp. 774 y 779 ss.; ÍDEM, *StV*, 2001, p. 66; OTTO, *Jura*, 2000, p. 98; JUNG, *JuS*, 2000, pp. 417, 419-420; GRÖBLINGHOFF, *Die Verpflichtung des deutschen Strafsesetzgebers zum Schutz der Interessen der EG*, 1996, pp. 34 y 141 s.; JOKISCH, nota 2, pp. 62, 65 y 104; MOLL, nota 28, pp. 4 ss.; GLEB, *GA*, 2000, pp. 225 y 227; KÜHL, nota 9, p. 615; MUSIL, *NSiZ*, 2000, pp. 68 y 70; VERVAELE, *Revista Penal*, 9, enero de 2002, p. 136; EISELE, *JA*, 2000, pp. 897 y 899; THOMAS, *NJW*, 1991, pp. 2233 y 2234; JESCHECK y WEIGEND, *supra* nota 18, § 18, VII, 3. d); KÜHNE, nota 12, nm. 54.

¹⁸ El inc. 4 reza: «El Consejo (...) adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros. Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia».

¹⁹ Igual BRDrS 784/97, p. 159; SATZGER, nota 5, pp. 105 y 138 ss.; DEUTSCHER, nota 14, pp. 342 ss.; JOKISCH, nota 2, p. 63; MUSIL, *NSiZ*, 2000, p. 68; BRAUM, *JZ*, 2000, pp. 493 y 500; PRITTWITZ, *ZStW*, 113, 2001, pp. 774 y 790; DIECKMANN, *NSiZ*, 2001, pp. 617 y 621 (para el Derecho procesal penal); JESCHECK y WEIGEND, *supra* nota 18, § 18, VII, f); quizás también KÜHL, nota 9, p. 616; WEIGEND, *StV*, 2001, p. 67; VERVAELE, *Revista Penal*, 9, 2002, p. 136; otra opinión TIEDEMANN, *GA*, 1998, pp. 107-108, nota 7; ÍDEM, *Agon* 17, 1997, p. 12; *Agon* 23, 1999, p. 7; ÍDEM, nota 16, pp. 1406 ss.; DANNECKER, nota 84, p. 144 (lo deja abierto en nota 2) p. 349; ZIESCHANG, *ZStW*, 113, 2001, p. 260; SCHÖNKE, SCHRÖDER y ESER antes del § 1, nm. 26; quizás también KÜHNE, nota 12, nm. 54, con nota 29, y MOLL, nota 28, p. 6.

²⁰ Cfr. TIEDEMANN, nota 16, p. 1408; DANNECKER, nota 16, pp. 146 ss.; ÍDEM, *Jura*, 1998, pp. 79 y 86; GRÖBLINGHOFF, nota 16, pp. 149 ss. y 166; DEUTSCHER, nota 14, pp. 46 ss.; CARNEVALI, nota 14, pp. 319 ss.; EISELE, *JA*, 2000, pp. 897-898; también WEIGEND, *StV*, 2001, p. 68; diferenciado HEFENDEHL, *FS Lüderssen*, 2002, pp. 411 ss. Cfr. también § 6 nm. 18. Sobre la situación de los países candidatos a entrar en la UE, cfr. VAN DEN WYNGAERT, *ERA-Forum*, 3, 2001 (special issue).

subsanarse el déficit democrático que presenta el Consejo de Ministros de la Unión Europea con la posibilidad de participación más amplia del Parlamento europeo (art. 280, apt. 4, 251, Tratado de la CE). Sin embargo, la creación de una competencia en el ámbito jurídico penal —en la medida que significa un cambio fundamental en la distribución de competencias entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros— tendría que haberse expresado de una forma más clara de lo que ha ocurrido con la concurrencia dudosa y aparentemente contradictoria del art. 280, apt. 4, frases 1 y 2, del Tratado. *De lege lata*, del art. 280, apt. 4, del Tratado no se deduce inequívocamente la voluntad de los Estados que firmaron el Tratado de traspasar a la Comunidad Europea una competencia originaria para establecer sanciones de carácter estrictamente penal; más bien, este precepto puede ser alegado, según se enfatice la primera o la segunda frase, tanto por los partidarios como por los opositores de una tal ampliación de competencias²¹, debiéndose tener en cuenta de todos modos que el principio de subsidiariedad (art. 5 del Tratado de la CE) impone una interpretación restrictiva. *De lege ferenda* sería, por tanto, recomendable que los Estados miembros aclararan si realmente debe crearse en este sector una competencia legislativa de la Comunidad Europea —indudablemente deseable— complementaria y subsidiaria²². Una propuesta se encuentra formulada como art. 280a del Tratado²³, y art. III-415 del proyecto de la Constitución Europea de 18 de junio de 2004.

Pues bien, la ausencia de una competencia originaria de carácter penal en la Unión Europea tiene ciertamente como consecuencia que no pueda haber un Derecho penal originario europeo supranacional; sin embargo, ello no excluye que el Derecho penal nacional de los Estados miembros sea *influenciado* de forma relevante por el Derecho comunitario correspondiente a la Columna 1.^a o por los esfuerzos de carácter jurídico internacional en el marco de la Columna 3.^a o del Consejo de Europa. En otras palabras, la falta de la competencia originaria no excluye la ya mencionada *européización* del Derecho penal²⁴.

En primer lugar, el *Derecho comunitario* primario y secundario contiene numerosas *remisiones a los ordenamientos jurídicos nacionales*

²¹ Cfr. las referencias *supra* nota 18.

²² TIEDEMANN, nota 16, p. 1409.

²³ Cfr. sobre ello WEIGEND, *StV*, 2001, p. 67; DIECKMANN, *NSiZ*, 2001, pp. 617 y 621. Sobre la competencia *futura* en materia penal, DEUTSCHER, nota 14, pp. 391 ss.

²⁴ Cfr. en lugar de muchos, básico sobre el Derecho penal material, SATZGER, nota 5, pp. 187 ss., 291 ss., 475 ss. y *passim*; ejemplar sobre el Derecho penal alimentario y de la competencia HECKER, *Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts*, 2001, pp. 46 ss., 78 y 282 ss. y *passim*; cfr. también las referencias en la siguiente nota. Sobre el Derecho procesal penal JOKISCH, nota 2, pp. 104 ss.; NELLES, *ZStW*, 109, 1997, pp. 727 y 730 ss.; ZULEEG, nota 16, pp. 56 ss.; sobre la problemática «nullum crimen» cfr. GLEB, *GA*, 2000, pp. 227 ss. Sin embargo, KÜHL, nota 9, p. 615, prefiere no hablar de «amplia» europeización.

con finalidad de conseguir su llamada *asimilación*²⁵; sin embargo, en los últimos tiempos se ha producido aquí un cierto rechazo ante la dudosa situación jurídica que provoca la técnica de remisión de carácter jurídico secundario a través de la utilización de reglamentos²⁶. Según la opinión tradicional, de esta manera se crea incluso Derecho comunitario supranacional de eficacia inmediata²⁷, lo que, sin embargo, es difícilmente compatible con la falta de competencia en materia penal de la Unión Europea²⁸. Existen, en cambio, *remisiones en forma de normas en blanco de las leyes nacionales (alemanas)* al Derecho comunitario²⁹, o se amplía su ámbito de protección a bienes jurídicos de carácter comunitario, como sucede, por ejemplo, en la estafa de subvenciones (§ 264, apt. 7, Nr. 2, CP alemán)³⁰. Pero incluso sin remisiones expresas de carácter jurídico comunitario el Derecho comunitario ejerce a partir del art. 10 del Tratado de la Comunidad Europea³¹, conforme a los principios de *aplicación prevalente del Derecho comunitario*³² y de inter-

²⁵ En el Derecho primario se puede referir al art. 194 del Tratado de la Comunidad Atómica Europea (BGHSt 17, 121) y art. 27 Estatuto del Tribunal Europeo de la Comunidad Europea, art. 28 Estatuto del Tribunal Europeo de la Comunidad Atómica Europea. Cfr. también JOHANNES, *EuR*, 1968, pp. 63, 69 ss., 80 ss. y 103 ss.; SATZGER, nota 5, pp. 188 ss.; DEUTSCHER, nota 14, pp. 378 ss.; TIEDEMANN, *NJW*, 1993, p. 25; IDEM, nota 31, p. 1405; DANNECKER, nota 16, pp. 34 ss.; IDEM, *Jura*, 1998, pp. 79 ss.; IDEM, nota 2, pp. 349 ss.; WILKITZKI, *ZStW*, 105, 1993, pp. 821 y 825 ss.; JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, 1952, pp. 592 s.; GRÖBLINGHOFF, nota 16, pp. 52 ss.; JOKISCH, nota 2, pp. 87 ss.; CARNEVALI, nota 14, pp. 270 ss.; EISELE, *JA*, 2000, pp. 897 y 899 ss.; JESCHECK y WEIGEND, *supra* nota 18, § 18, VII, c); SCHÖNKE, SCHRÖDER y ESER, vor § 1, nm. 26. PRADEL y CORSTENS, nota 7, pp. 465 ss., lo designan como «méthode mixte».

²⁶ SATZGER, nota 5, pp. 206 ss.; DANNECKER, *Jura*, 1998, pp. 79 y 81; IDEM, nota 2, p. 351; EISELE, *JA*, 2000, pp. 897 y 900.

²⁷ JOHANNES, *EuR*, 1968, pp. 63, 69 ss. y 81; TIEDEMANN, *NJW*, 1993, p. 25; DANNECKER, *Jura*, 1998, pp. 79 y 81; IDEM, nota 2, pp. 350 ss.; GRÖBLINGHOFF, nota 16, pp. 52-53; JOKISCH, nota 2, p. 87; EISELE, *JA*, 2000, pp. 897 y 900.

²⁸ Cfr. también SATZGER, nota 5, pp. 193 ss., 198 ss. y 700 ss., con más referencias.

²⁹ Grdl. MOLL, *Europ. Strafrecht durch nationale Blankettstrafgesetzgebung?*, 1998, pp. 49 ss. und *passim*; también SATZGER, nota 5, pp. 210 ss. y 701; DANNECKER, *Jura*, 1998, pp. 79 y 85 s.; GRÖBLINGHOFF, nota 16, p. 52; JOKISCH, nota 2, pp. 88 s.; PRADEL y CORSTENS, nota 7, pp. 462 s.; ZULEEG, nota 16, pp. 51 s.; HUGGER, *NSiZ*, 1993, pp. 421 y 423 s.; crit. SIEBER, *ZStW*, 103, 1991, pp. 957 y 965; KÜHL, *ZStW*, 109, 1997, p. 785; IDEM, nota 9, p. 615.

³⁰ Cfr. también TIEDEMANN, *NJW*, 1993, p. 24; PRADEL y CORSTENS, nota 7, p. 461; BRAUM, *JZ*, 2000, pp. 493-494; DANNECKER, nota 2, p. 357; KÜHL, nota 9, p. 615; OTTO, *Jura*, 2000, pp. 98 y 100; THOMAS, *NJW*, 1991, pp. 2233 y 2236 s.; JESCHECK y WEIGEND, *supra* nota 18, § 18, VII a). «Zur Bekämpfung des Subventionsbetrugs aus rechtsvergleichender Sicht», cfr. DANNECKER (ed.), *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich*, 1993.

³¹ Cfr. detalladamente GRÖBLINGHOFF, nota 16, pp. 9 ss., mit einer Untersuchung der schutzwürdigen Interessen der Gemeinschaft, p. 38 ss. y 69 ss.; también JOKISCH, nota 2, pp. 78 ss.; ZULEEG, nota 16, pp. 50, 55 y 57. Sobre la sentencia fundamental de la Corte la UE en el caso del «escándalo del maíz griego» (colec. 1989, 2965) cfr. etwa GRÖBLINGHOFF, nota 16, pp. 12 ss.; ZULEEG, nota 16, pp. 55 s.; TIEDEMANN, nota 3, pp. 143 s.; DANNECKER, *Jura*, 1998, pp. 79 y 81.

³² SATZGER, nota 5, pp. 43 ss.; HECKER, nota 23, pp. 78 s.; DANNECKER, nota 16, pp. 15 ss. y 77 ss.; IDEM, *Jura*, 1998, p. 84; IDEM, nota 2, pp. 359 ss.; TIEDEMANN, *FS Roxin*, 2001, p. 1408; JOKISCH, nota 2, pp. 45 ss. y 59 s.; GLEB, *GA*, 2000, pp. 226 ss.; PRADEL y CORSTENS,

*pretación conforme al Derecho comunitario*³³, una relevante influencia en la legislación y jurisprudencia nacionales. En el Derecho procesal penal se observa esta influencia en, por ejemplo, la posibilidad e incluso obligatoriedad de que un Tribunal Superior se pueda dirigir (directamente) al Tribunal Europeo (de Bruselas), de acuerdo con el art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea (y no al Tribunal Supremo del propio país, como dispone, por ejemplo, en el caso de Alemania, el art. 121, apt. 2, de la Ley de Organización Judicial —*Gerichtsverfassungsgesetz*—)³⁴. Por último, la Comunidad Europea posee una llamada *competencia de remisión* (de carácter jurídico secundario), dirigida a la armonización de los preceptos nacionales en función de los arts. 94 ss. del Tratado de la Comunidad Europea, o como competencia anexa a las facultades especiales del Tratado de la Comunidad Europea (*implied powers*)³⁵. En relación con esto se puede mencionar, por ejemplo, la directriz sobre blanqueo de dinero de 1991³⁶, modificada en el 2001³⁷.

Con los arts. 29 ss. del Tratado de la Unión Europea se fortalece la tendencia a la *armonización* en el marco de la cooperación policial-judicial intergubernamental, por un lado, a través de la equiparación del Derecho penal en el ámbito de la criminalidad organizada, el terrorismo³⁸ y el tráfico ilegal de drogas (art. 29, apt. 2, subapt. 3; art. 31 EUV); y, por otro, a través de una estrecha cooperación policial y judicial (art. 29, apt. 2, subapt. 1, y 2; arts. 30 y 31)³⁹. Para ello se imple-

nota 7, pp. 432 ss.; ZULEEG, nota 16, p. 50; HUGGER, *NSiZ*, 1993, pp. 421 y 423; JUNG, *JuS*, 2000, pp. 417 y 419 s.; EISELE, *JA*, 2000, pp. 897 y 900; especialmente sobre el Derecho procesal penal, cfr. KÜHNE, nota 12, nm. 56 s.

³³ SATZGER, nota 5, pp. 291 ss., 475 ss. y 704 s.; DANNECKER, nota 16, pp. 17 s. y 64 ss.; IDEM, *Jura*, 1998, pp. 79 y 84 s.; IDEM, nota 2, pp. 351 ss. y 364 ss.; TIEDEMANN, *NJW*, 1993, p. 27; IDEM, nota 31, p. 1405; GRÖBLINGHOFF, nota 16, pp. 58 ss.; JOKISCH, nota 2, pp. 47 ss. y 89 ss.; HUGGER, *NSiZ*, 1993, pp. 421-422; KÜHL, *ZStW*, 109, 1997, pp. 783 s.; IDEM, nota 9, p. 615; JUNG, *JuS*, 2000, pp. 417 y 420.

³⁴ BGHSt 33, 76; 36, 92. Cfr. también DANNECKER, nota 16, pp. 363 s.; THOMAS, *NJW*, 1991, pp. 2233 y 2235 s.; KÜHNE, nota 12, nm. 58. Zu art. 35, EUV, § 1, *EuGHG*, p. nm. 12.

³⁵ SATZGER, nota 5, pp. 393 ss. y 703; JOHANNES, *EuR*, 1968, pp. 63 y 100 ss.; TIEDEMANN, *NJW*, 1993, pp. 24 y 26; SIEBER, *ZStW*, 103, 1991, pp. 957, 965 s. y 972 s.; DANNECKER, nota 16, pp. 59 ss.; IDEM, *Jura*, 1998, pp. 79 y 81 ss.); JESCHECK, nota 24, p. 594; GRÖBLINGHOFF, nota 16, pp. 83 ss. y 91 ss.; JOKISCH, nota 2, pp. 80 ss. y 108 ss.; DEUTSCHER, nota 14, p. 206 ss., 210 s. y 361 ss.; PRADEL y CORSTENS, nota 7, pp. 463 ss.; ZULEEG, nota 16, p. 53 ss.; THOMAS, *NJW*, 1991, pp. 2233 y 2237; CARNEVALI, nota 14, pp. 291 ss.; JESCHECK y WEIGEND, *supra* nota 18, § 18, VII b); SCHÖNKE, SCHRÖDER y ESER, antes del § 1, mn 26; *krit.*, KÜHL, *ZStW*, 109, 1997, pp. 784 s.

³⁶ Boletín Oficial de la Comunidad Europea (BO), No. L 166, 28 de junio de 1991, p. 77.

³⁷ Directriz 2001/97/EG del Parlamento y del Consejo, 4 de diciembre de 2001 (BO, No. L 344, 76); cfr. para más detalles AMBOS, *ZStW*, 114, 2002, pp. 236 y 238 s.).

³⁸ Sobre los esfuerzos desde el 11 de septiembre cfr. Frankfurter Allgemeine Zeitung, 21 de septiembre de 2001.

³⁹ Cfr. SATZGER, nota 5, pp. 465 ss.; TIEDEMANN, nota 31, p. 1412; EISELE, *JA*, 2000, pp. 897-898; MUSIL, *NSiZ*, 2000, pp. 68-69; NELLES, *ZStW*, 109, 1997, pp. 727 y 732 ss.; KÜHNE, nota 12, nm. 70; VERVAELE, *Revista Penal*, 9, enero de 2002, pp. 138 s.; «Lirola Delgado», en OLESTI RAYO (ed.), *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Amster-*

menta esta política no con los instrumentos jurídicos del Derecho comunitario tradicional (cfr. art. 249 Tratado de la Comunidad, especialmente reglamentos y directrices), sino con medidas del Consejo de Ministros conforme al art. 34, apt. 2, del Tratado de la Unión, especialmente con decisiones marco (letra b)⁴⁰ y convenios (d)⁴¹. Se trata, por un lado, de un proceso simplificado, porque no requiere de ninguna ratificación interna del Estado, como en el caso de los Tratados internacionales; pero, por otro lado, se requiere la implantación fáctica dentro del Estado y ciertamente en el caso de las decisiones marco, porque éstas sólo son vinculantes e inmediatamente eficaces respecto a la meta (art. 34, apt. 2 b)⁴². El art. 1 de la Ley del Tribunal Europeo redactado conforme al art. 35 del Tratado de la Unión⁴³ prevé respecto a estas medidas que un Tribunal Nacional pueda presentarlas (apt. 1) y un deber de presentación en el caso de que se trate de Tribunales de Última Instancia en la Corte de la UE (Abs. 2)⁴⁴. Los intentos de crear un Derecho penal *supranacional* europeo (*Corpus Juris*⁴⁵, Código Penal modelo⁴⁶) delimitan el marco pero no han pasado del nivel de Proyec-

dam, 2000, pp. 193 ss. Sobre la cooperación en el marco de Trevi desde 1975, cfr. SCHELLER, nota 63, pp. 19 ss.; NELLES, ZStW, 109, 1997, pp. 727 y 734 s.; GLEB y LÜKE, Jura, 1998, pp. 70-71 s.; ALBRECHT, StV, 2001, pp. 69-70; JOKISCH, nota 2, p. 31.

⁴⁰ Cfr., por ejemplo, «la decisión marco del 29 de mayo de 2000 über die Verstärkung des mit strafrechtlichen und anderen Sanktionen bewehrten Schutzes gegen Geldfälschung im Hinblick auf die Einführung des Euro» (ABl, Nr. L 140, 1 in español), modificado por la decisión marco del 6 del diciembre de 2001 (BO, No. L 329, 3). Sobre ello DIECKMANN, NSiZ, 2001, pp. 617-618. Según el art. I-32 y 33 del Proyecto de la Constitución Europea elaborada por la Convención Europea (CONV 797/1/03, Rev. 1, 12 de junio de 2003) la decisión marco se convierte en «ley marco».

⁴¹ Vid., por ejemplo, el tratado sobre la protección de los intereses financieros de la CE del 26 de julio de 1995 (BO, No. C 316, 49) con base en el antiguo art. 209a del Tratado de la CE y el nuevo art. 280 del Tratado así como los dos protocolos del 27 de septiembre de 1996 (BO, No. C 313, 2) y del 29 de noviembre de 1996 (BO, No. C 151, 2). Sobre ello detalladamente GRÖBLINGHOFF, nota 16, pp. 153 ss.; también PRADEL y CORSTENS, nota 7, pp. 470 ss.; DANNECKER, Jura, 1998, pp. 79 y 86 s.; DEUTSCHER, nota 14, pp. 55 ss.; ZIESCHANG, ZStW, 113, 2001, pp. 256 s.; crit. KÜHL, ZStW, 109, 1997, p. 782. Sobre la propuesta de una directriz de la Comisión del 23 de mayo de 2001, cfr. DIECKMANN, NSiZ, 2001, pp. 617-618, con nota 8.

⁴² MUSIL, NSiZ, 2000, pp. 68-69; EISELE, JA, 2000, pp. 897-898; ZIESCHANG, ZStW, 113, 2001, p. 262.

⁴³ Bundesgesetzblatt, 1998 I, p. 2035; 1999 I, p. 728.

⁴⁴ Cfr. también KÜHNE, nota 12, nm. 59; JOKISCH, nota 2, p. 30.

⁴⁵ DELMAS y MARTY (eds.), *Corpus Juris zum Schutz der strafrechtlichen Interessen der EU*, 1998 (traducción alemana); DELMAS, MARTY y VERVAELE (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, vol. I-IV, 2000-2001; HUBER (ed.), *Das Corpus Juris als Grundlage eines europäischen Strafrechts*, 2000; cfr. también SATZGER, nota 5, pp. 87 ss.; ZIESCHANG, ZStW, 113, 2001, pp. 257 ss.; NELLES, ZStW, 109, 1997, pp. 727 y 752 s.; JUNG, JuS, 2000, pp. 417 y 423; OTTO, Jura, 2000, pp. 98-99 ss.; VERVAELE, *Revista Penal*, 9, enero de 2002, pp. 140 ss.; EISELE, JA, 2000, pp. 897 y 901; KÜHNE, nota 12, nm. 63 ss.; CARNEVALI, nota 14, p. 119 s.; crit. BRAUM, JZ, 2000, pp. 493 y 498 ss.; WEIGEND, StV, 2001, pp. 65 s. y 68; JOKISCH, nota 2, pp. 106 ss.; PRITZWITZ, ZStW, 113, 2001, pp. 774 y 798. Cfr. también BTDrS, 14/4991, 33: «base de discusión».

⁴⁶ SIEBER, ZStW, 103, 1991, pp. 957 y 978; IDEM, JZ, 1997, p. 369; IDEM, *Gedächtnisschrift Schlüchter*, 2002, p. 107; JUNG, JuS, 2000, pp. 417 y 423; crit. WEIGEND, ZStW, 103, 1991, pp.

to, no en última instancia, porque presuponen —y así volvemos al comienzo— un poder de creación de Derecho penal en la Comunidad Europea.

3. ¿Eficacia por institucionalización y armonización vs. respeto a los principios de un Estado de Derecho?

La europeización descrita del Derecho penal nacional viene acompañada de una creciente *institucionalización*, que va acompañada además de una armonización del Derecho de asistencia judicial para conseguir una más eficiente *lucha contra la criminalidad transfronteriza*⁴⁷. En el marco de la Columna 1.^a debe mencionarse la Oficina para la lucha contra el fraude, OLAF (*Office pour la Lutte AntiFraude*). Se creó como Sección de la Comisión (UCLAF, *Unité de Coordination de la Lutte Anti-Fraude*) y puede calificarse como una Oficina de Investigación supranacional⁴⁸. En cambio, la Oficina europea de policía *Euro-pol* —como sucesora de la European Drug Unit (EDU)— se basa en un acuerdo de los Estados miembros de 26 de julio de 1995⁴⁹ y se integró con el Tratado de Ámsterdam también formalmente en la cooperación judicial-policial de la Columna 3.^a⁵⁰. Conforme al art. 30, apt. 2, Tratado de la Unión la Europol también tiene facultades operativas y un Derecho de iniciativa para llevar a cabo investigaciones penales en los Estados miembros (art. 30, apt. 2, del Tratado de la Unión)⁵¹. Con ello

774 y 790 ss.; le sigue KÜHL, ZStW, 109, 1997, p. 797 s.; IDEM, nota 9, p. 622; escéptico EISELE, JA, 2000, pp. 897 y 901.

⁴⁷ Sobre los cinco tipos de persecución penal transfronteriza cfr. GLEB y LÜKE, Jura, 1998, pp. 70 ss.; sobre protección legal: GLEB y LÜKE, Jura, 2000, p. 400.

⁴⁸ Cfr. JOKISCH, nota 2, pp. 75 ss.; NELLES, ZStW, 109, 1997, pp. 727, 745 y 773 ss.; GLEB y LÜKE, 1999, p. 618; GLEB y LÜKE, Jura, 1998, pp. 70 y 78 s.; GLEB y ZEITLER, *Eur. Law Journal (ELJ)*, 7, 2001, pp. 219 y 223 ss.; ALBRECHT, StV, 2001, pp. 69 y 71 s.; JUNG, JuS, 2000, pp. 417 y 420 s.; EISELE, JA, 2000, pp. 897 y 898 s.; KÜHNE, nota 12, nm. 94 ss. Cfr. también Berliner Zeitung v. 10 de diciembre de 2001 con una entrevista del director de OLAF, Franz-Herrmann Brüner. Una institución comunitaria es también la *Oficina de Observación de Drogas de Lisboa*, creada por recomendación del CELAD (Comité Européenne de Lutte Antidroge) en 1993 (cfr. GLEB y LÜKE, Jura, 1998, pp. 70 y 78; JOKISCH, nota 2, p. 31).

⁴⁹ BO, No. C 316 del 27 de noviembre de 1995, p. 1; también SCHOMBURG y LAGODNY, pp. 1325 ss.

⁵⁰ Cfr. detalladamente PETRI, nota 8, pp. 23 ss., así como GLEB, NSiZ, 2001, pp. 623 ss.; también GLEB y LÜKE, Jura, 1998, pp. 70 y 75 ss.; NELLES, ZStW, 109, 1997, pp. 727 y 739 ss.; ALBRECHT, StV, 2001, pp. 69 ss.; JUNG, JuS, 2000, pp. 417, 421 y 423; DIECKMANN, NSiZ, 2001, pp. 617 y 620; JOKISCH, nota 2, pp. 32 s.; KÜHNE, nota 12, nm. 98 ss. Cfr. también, FAZ, 4 de octubre de 2001, así como la entrevista con el Director de Europol Storbeck en Die Welt v. 5 de octubre de 2001. Sobre el acuerdo con la Policía americana federal, FBI, cfr. FAZ, v. 21 de septiembre de 2001.

⁵¹ Cfr. también GLEB, NSiZ, 2001, pp. 623-624). Cfr. finalmente la decisión del Consejo de 6 de diciembre de 2001, sobre la ampliación de la Europol a formas graves de criminalidad internacional (BO, No. L 362, 1).

se abre el camino a una *policialización*⁵², sin que hasta ahora se haya conseguido establecer a nivel nacional o europeo un control y vinculación judicial de las actividades de la Europol⁵³; más bien sus funcionarios a través de un llamado protocolo de inmunidad⁵⁴ quedan en principio exentos de la jurisdicción nacional⁵⁵. *De lege ferenda* un tal control puede ser garantizado por una reformada Instancia de Control Comunitaria⁵⁶, oficinas nacionales Clearing o —por lo que quizás sea lo más efectivo— una *Fiscalía europea*⁵⁷, aunque esta última propuesta presupondría la correspondiente facultad para crear Derecho⁵⁸ y un Derecho procesal penal común europeo⁵⁹. En el ámbito específico de la lucha contra la corrupción ya existe una tal Fiscalía en forma de OLAF⁶⁰, y aún más allá en ámbito transnacional en forma de (pro) *Eurojust* como centro de coordinación de las Fiscalías nacionales⁶¹. Últimamente, la propuesta citada de la Comisión⁶² recibió el apoyo del Parlamento Europeo⁶³ y forma parte de la Constitución

⁵² NELLES, *ZStW*, 109, 1997, pp. 727, 730, 738, 741, 742 y 746 s.; ALBRECHT, *StV*, 2001, p. 69.

⁵³ Cfr. la completa exposición de GLEB, GROTE y HEINE (eds.), *Justizielle Einbindung und Kontrolle von Europol*, Band 1, 2001; de acuerdo GLEB, *NSiZ*, 2001, pp. 623 y 625 ss.

⁵⁴ Prot. sobre los privilegios e inmunidades para Europol, etc., del 19 de junio de 1997 (BO, C 221 v. 19 de julio de 1997, p. 1).

⁵⁵ Cfr. (crit.). PETRI, nota 9, pp. 28 ss.; GLEB, *NSiZ*, 2001, pp. 623 y 625; ALBRECHT, *StV*, 2001, pp. 69 y 71; HAMM, *StV*, 2001, pp. 84 s.; KÜHNE, nota 13, nm., p. 100.

⁵⁶ La GKI se basa de *lege lata* en el art. 24 del Acuerdo Europol, nota 49, pero actualmente no es más que una oficina de datos compuesta por expertos nacionales.

⁵⁷ Cfr. *Comisión de la CE, Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo*, 11 de diciembre de 2001, KOM, 2001, 715, pp. 10 ss.; Follow-up-Mitteilung del 19 de marzo de 2003, KOM, 2003, pp. 128 final. Vid. también JOKISCH, nota 2, pp. 121 s.; DIECKMANN, *NSiZ*, 2001, pp. 617 y 620 ss.; TIEDEMANN, nota 31, p. 1413; GLEB, *NSiZ*, 2001, pp. 623 y 627 s.; VERVAELE, *Revista Penal*, 9, enero de 2002, pp. 142 y 144 ss. Cfr. también art. 18 ss. *Corpus Juris*, 2000, en DELMAS, MARTY y VERVAELE, I, nota 45, pp. 189 ss.; crit. DIECKMANN, *NSiZ*, 2001, pp. 617 y 622.

⁵⁸ Cfr. DIECKMANN, *NSiZ*, 2001, pp. 617 y 621.

⁵⁹ Escéptica al respecto NELLES, *ZStW*, 109, 1997, pp. 727 y 747; cfr. también JOKISCH, nota 2, p. 122; GLEB, *NSiZ*, 2001, pp. 623 y 628.

⁶⁰ Cfr. la entrevista con su Director Franz-Herrmann Brüner, *Berliner Zeitung* de 10 de diciembre de 2001.

⁶¹ Sobre la creación de *pro-Eurojust*, cfr. Ratsbeschluss vom 14 de diciembre de 2000 (BO, L 324 del 21 de diciembre de 2000, p. 2). Sobre *Eurojust* hay un Proyecto de una decisión del Consejo de 6 de diciembre de 2001 (Dok. 14766/1/01); cfr. también el informe de actividad 2001 de *Eurojust* de 20 de diciembre de 2001 (Dok. 15545/01). De la bibliografía cfr. SCHOMBURG, *NJW*, 2001, pp. 801-802 s.; DIECKMANN, *NSiZ*, 2001, pp. 617 y 620; GLEB, *NSiZ*, 2001, pp. 623 y 628; VERVAELE, *Revista Penal*, 9, enero de 2002, p. 140; *Süddeutsche Zeitung* del 28 de septiembre de 2001. Sobre la *red europea de Justicia (EJN)*, cfr. SCHOMBURG, *NJW*, 2001, pp. 801-802; DIECKMANN, *NSiZ*, 2001, pp. 617 y 620.

⁶² *Supra* nota 57.

⁶³ Conf. en primer lugar, Informe del 24 de febrero de 2003, Documento de la sesión plenaria, definitivo A5-0048/2003, en el que es reproducida la solicitud de resolución de la Comisión competente del control del presupuesto, conjuntamente con la fundamentación y opiniones de otras comisiones competentes. Posteriormente el PE acoge positivamente el Libro Verde y apoya «la idea» de la creación de la Fiscalía Europea, pero declara, por otro lado, la necesidad

Europea⁶⁴. La centralización de la persecución penal que ella implica, conjuntamente con sus efectos asociados (el reconocimiento recíproco de las medidas de coerción⁶⁵ y pruebas⁶⁶, así como la elección —ligada a la competencia— del lugar del tribunal y del juez de instrucción⁶⁷) pone a la defensa en un punto de partida que ha de imaginarse malo⁶⁸.

Paralelamente al fortalecimiento de la investigación en todo el ámbito europeo hay que observar una *armonización del Derecho de ejecución y asistencia judicial*, que procede tanto de las iniciativas del Consejo de Europa como también de la Comunidad y la Unión Europea⁶⁹; por último, debe citarse el Acuerdo sobre auxilio judicial en asuntos penales entre los Estados de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000⁷⁰ y el procedimiento simplificado de «entrega» en función de la Euroorden⁷¹. El —hasta ahora— más avanzado instrumento para la

de mejoras en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales (p. 7 ss.). La solicitud fue aprobada en la sesión del 27 de marzo de 2003 <www.europarl.eu.int>.

⁶⁴ Conf. art. III-175 I del «Proyecto de Constitución de la UE» (véase nota 62 para las partes I y II) del 18 de julio de 2003 (CONV 850/03 consultable en <http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.de03.pdf> = EuGRZ 2003, 389) que le da al Consejo solo la posibilidad («puede») unánimemente (!) con el acuerdo del Parlamento Europeo promulgar una ley europea para la creación de una Fiscalía Europea a partir de Eurojust (!). La fiscalía será competente no sólo en casos de hechos cometidos en perjuicio de los intereses financieros de la UE, sino también para los delitos penales graves que afecten a varios estados miembros (art. III-175 II).

⁶⁵ *Libro verde Fiscal Europeo*, *supra* nota 57, pp. 67 s.; críticos BIEHLER, GLEB, PARRA y ZEITLER, *Analyse des Grünbuchs*, etc., 2002, pp. 31 ss. y 50 s., consultable en www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/referate/sach/europa.htm; opinión de profesores alemanes de derecho penal del 30 de mayo de 2002 <http://europa.eu.int/comm/anti_fraud/green_paper/contributions/date.html#jul>, Nr. 4; SCHÜNEMANN, *StV*, 2003, p. 119; SATZGER, *StV*, 2003, p. 138 s.

⁶⁶ *Libro verde Fiscal Europeo*, *supra* nota 57, pp. 64; críticos BIEHLER, GLEB, PARRA y ZEITLER, *supra* nota 66, pp. 35 ss.; GLEB, *ZStW*, 115, 2003, pp. 136 ss.; BRAUM, ZRP, 2002, p. 513; SCHÜNEMANN, *StV*, 2003, p. 121; BENDLER, *StV*, 2003, pp. 134 ss.; SATZGER, *StV*, 2003, pp. 138 y 140 ss.; CASTALDO, *StV*, 2003, p. 125; crítico también Informe del PE, *supra* nota 63, pp. 17 s.

⁶⁷ *Libro verde Fiscal Europeo*, *supra* nota 57, pp. 60 ss., 67 s. y 70. Críticos BIEHLER, GLEB, PARRA y ZEITLER, *supra* nota 66, p. 51; BRAUM, ZRP, 2002, p. 513; SOMMER, *StV*, 2003, p. 126; KEMPF, *StV*, 2003, p. 129; SCHÜNEMANN, *StV*, 2003, p. 121; SATZGER, *StV*, 2003, p. 139; MADIGNIER, *StV*, 2003, p. 132; crítico también Informe del PE, *supra* nota 63, pp. 15 s.

⁶⁸ Conf. BENDLER, *StV*, 2003, pp. 133 s.; SALDITT, *StV*, 2003, pp. 136 s.; SATZGER, *StV*, 2003, pp. 139.

⁶⁹ Cfr. instructivo SCHOMBURG y LAGODNY, pp. 2 ss.; WILKITZKI, *ZStW*, 105, 1993, pp. 821 y 827 ss.; KÜHNE, nota 12, nm. 82 ss.; PRADEL y CORSTENS, nota 7, pp. 35 ss.; referencias del acuerdo en SCHOMBURG y LAGODNY, pp. 419 ss. (Consejo de Europa), pp. 767 ss. (UE); SCHOMBURG, *NJW*, 2001, p. 801; para una evaluación cfr. el «Informe final sobre la primera ronda de expertos», BO, CE C 216/14 de 1 de agosto de 2001; para una sistematización de los fundamentos jurídicos nacionales e internacionales, así como sobre el marco jurídico-constitucional SCHELLER, *Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe*, 1997, pp. 39 ss. y 129 ss.

⁷⁰ BO, No. C 197, 1. Sobre ello SCHOMBURG, *NJW*, 2001, pp. 801-802.

⁷¹ Doc. del Consejo No. 14867/1/01/Rev 1 y 14867/1/01/Rev 1/Add 1. Cfr. también DIECKMANN, *NSiZ*, 2001, pp. 617 y 619 s. Cfr. también ya art. 25 *ter*, *Corpus Juris*, 2000, en DELMAS, MARTY y VERVAELE, I, nota 45, p. 205.

simplificación de la asistencia judicial, el Acuerdo de Ejecución de Schengen⁷², está en vigor en 15 Estados⁷³. Se lo integró en el marco de la Unión Europea con el Tratado de Ámsterdam (arts. 29 ss. del Tratado de la Unión)⁷⁴ y sirve de base a la competencia del Tribunal Europeo (art. 35 del Tratado). Pero con la entrada en vigor de la Euroorden el 1 de enero de 2004 quedarán derogados los arts. 59 ss. del Acuerdo de Schengen. Tampoco el Acuerdo de Schengen puede, sin embargo, modificar nada en la actual inabarcabilidad y complejidad de las relaciones de asistencia judicial de los Estados miembros de la Unión; la situación es tal que incluso para los especialistas es difícil encontrar los fundamentos jurídicos respectivos en cada caso⁷⁵.

Pero por muy necesaria que sea la meta de luchar de forma eficaz o más eficaz contra la criminalidad con todos estos fundamentos jurídicos y medidas, no puede perderse de vista la creación o, en su caso, el mantenimiento de las *garantías* (nacionales) *del Estado de Derecho*⁷⁶. En esto no sólo se trata de la institucionalización de los mecanismos de control, que ya han sido mencionados en relación con la Europol, sino también y sobre todo de la fundamentación normativa de un *standard mínimo de derechos humanos y fundamentales*. Para ello es importante naturalmente de forma especial la Conv. Europea de DDHH y su inter-

⁷² BGBl., 1993 II, p. 1010, 1997 I, p. 1606; SARTORIUS, II 280; también impreso y comentado en algunos apartados en SCHOMBURG y LAGODNY, pp. 920 ss. Cfr. también SCHOMBURG, NJW, 1995, pp. 1931 ss.; SCHÜBEL, NSiZ, 1997, pp. 105 y 107 s.; GLEB y LÜKE, Jura, 1998, pp. 70 y 72 ss.; NELLES, ZStW, 109, 1997, pp. 727-728; SCHELLER, nota 63, pp. 42 s.; KÜHNE, nota 12, nm. 74 ss. Sobre SDÜ también abajo nota 67 ss. y texto. Últimamente, Reglamento No. 2424/2001 del Consejo, de 6 de diciembre de 2001, sobre el desarrollo del sistema de Información de Schengen de segunda Generación (BO, No. L 328, 4).

⁷³ Los Estados firmantes del Tratado de Schengen de 1 de febrero de 2002, son Bélgica, Dinamarca, Alemania, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Austria, Portugal, Suecia y España, así como los Estados asociados de Noruega e Islandia; Gran Bretaña e Irlanda tienen un derecho «opt in» (cfr. SCHOMBURG y LAGODNY, p. 919; SCHOMBURG, NJW, 2001, pp. 801-802; <http://www.auswaertiges-amt.de/www/de/willkommen/einreisebestimmungen/schengen.html#1>). Los territorios en los que rige Schengen y la UE no son, por tanto, los mismos. Recientemente, entraron en el grupo de Schengen los diez Estados de Europa suroriental que se convirtieron en parte de la UE en mayo de 2005 y, además, Suiza así que Schengen actualmente comprende 28 Estados.

⁷⁴ Cfr. Protocolo sobre la inclusión del *acquis* (acervo) de Schengen en el marco de la UE, BO, No. C 340 del 10 de noviembre de 1997, pp. 1 ss. y 93 ss.; también en SCHOMBURG y LAGODNY, pp. 1021 ss. (obsérvese la posición especial de Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca conforme al art. 3-5). Cfr. también art. 61 ss. EGV, así como BO, CE L 239 del 22 de septiembre de 2000, p. 1, sobre la transformación. Sobre ello también SCHOMBURG, NJW, 2001, pp. 801-802; JOKISCH, nota 2, p. 32; KÜHNE, nota 12, nm. 81. Sobre la posible competencia de la Corte Europea de DDHH, NELLES, ZStW, 109, 1997, pp. 727 y 738 s.

⁷⁵ Cfr. la reciente exposición en SCHOMBURG, NJW, 2001, pp. 801 y 804 s., así como el anexo 18 en SCHOMBURG y LAGODNY, p. 1516, donde se encuentra también un valioso esquema, pp. 425 y 515.

⁷⁶ Cfr. ya NELLES, ZStW, 109, 1997, pp. 727 y 747 ss.; ALBRECHT, StV, 2001, pp. 69 y 72 s.; sobre la dicotomía del Derecho penal europeo, WEIGEND, StV, 2001, pp. 63 y 67 s. En relación con la OLAF, cfr. GLEB y ZEITLER, ELJ, 7, 2001, pp. 219 y 226 ss.

pretación y desarrollo por el Tribunal Europeo de DDHH, pero también el concepto elaborado por el Tribunal Europeo de la Unión de *Derechos comunitarios fundamentales*⁷⁷, que en conjunto representan el *fundamento valorativo* común de los derechos humanos de la Unión (art. 6 I del Tratado)⁷⁸. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión⁷⁹ va incluso más allá, pero no goza de la misma fuerza legal⁸⁰. Sin embargo, la nueva Constitución Europea contiene una parte segunda dedicada exclusivamente a los Derechos Fundamentales y básicamente imitando la Carta⁸¹. En cuanto al peligro de una doble persecución vale la pena señalar que el art. 54 del Acuerdo de Schengen reconoce por lo menos un *ne bis in idem* parcial (entre los Estados miembros del Acuerdo de Schengen)⁸².

II. DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Tradicionalmente se entiende por Derecho penal internacional⁸³ el conjunto de todas las normas jurídicas internacionales que imponen consecuencias jurídicas de carácter penal. De acuerdo con una definición ya corriente acuñada por Triffterer⁸⁴, «Derecho penal internacional en sentido formal es (...) el conjunto de todas las normas jurídicas internacionales de naturaleza penal que a una determinada conducta —el

⁷⁷ Cfr. SATZGER, nota 5, pp. 175 ss.; DANNECKER, nota 16, pp. 368 ss.; JOKISCH, nota 2, p. 39 ss.; ZULEEG, nota 16, p. 47; GLEB y ZEITLER, ELJ, 7, 2001, pp. 219 y 229 ss.; JUNG, JuS, 2000, pp. 417 y 422 s.; CARNEVALI, nota 14, pp. 54 ss.

⁷⁸ Vid. al respecto el libro verde de la Comisión titulado «Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea», 19 de febrero de 2003, KOM, 2003, p. 75 final.

⁷⁹ Cfr. DEUTSCHER y BUNDESTAG (eds.), *Die Charta der Grundrechte der EU*, 2001, p. 40 ss.; www.auswaertiges-amt.de/www/de/eu_politik/vertiefung/grundrechtscharta.html. Vid. también MEYER (ed.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2003.

⁸⁰ Cfr. BUSSE, EuGRZ, 2001, pp. 561 ss., que correctamente pretende atribuirle al menos el carácter de *soft law*.

⁸¹ Vid. también el art. I-7 de la Constitución (*supra* nota 40) que refiere a la Convención Europea de DDHH.

⁸² Vid., al respecto, RADTKE y BUSCH, NSiZ, 2003, con un análisis de la reciente sentencia del Tribunal Europeo. Fundamental Stein, *Zum Europäischen ne bis in idem nach, art. 54, SDÜ*, 2004.

⁸³ Sobre el concepto utilizado por primera vez por Beling GARDOCKI, ZStW, 98, 1986, pp. 703, 706 ss. y 713; JESCHECK y WEIGEND, *supra* nota 18, § 14, I 2, en nota 4. Decidido en favor del concepto JESCHECK, nota 24, p. 8; MAKAROV, FS Kern, 1968, p. 253; cfr. también TRIFFTERER, JESCHECK, FS II, 1985, pp. 1478 ss.; ÍDEM, ÖJZ, 1996, pp. 326 s.; ÍDEM, GS, Zipf, 1999, pp. 500 s.; AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts – Ansätze einer Dogmatisierung*, 2002, pp. 40 ss.; HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, 2000, pp. 10 s.; SCHÖNKE, SCHRÖDER y ESER, 22; BREMER, *Nationale Strafverfolgung internationaler Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht*, 1999, pp. 44 ss.; AHLBRECHT, p. 9; EISELE, JA, 2000, p. 424. *Sobre el desarrollo del Derecho penal internacional*, JESCHECK, GA, 1981, pp. 51 ss.; básico, AHLBRECHT, pp. 19 ss. *passim*.

⁸⁴ TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, 1966, p. 34.

delito internacional—⁸⁵ vincula determinadas consecuencias jurídicas reservadas característicamente al Derecho penal y que son aplicables como tales directamente». Se trata de una combinación de principios penales e internacionales: la idea central de la responsabilidad individual y de la reprochabilidad de una determinada conducta (macrocriminal) procede del Derecho penal; mientras que los tipos penales clásicos (de Nuremberg y Tokyo)⁸⁶ son atribuibles formalmente al Derecho internacional, de tal forma que la respectiva conducta esté sometida a una penalidad jurídico-internacional autónoma (principio de la responsabilidad penal directa individual conforme al Derecho internacional)⁸⁷.

La creación de Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia⁸⁸ y Ruanda⁸⁹ por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por un lado, y el acuerdo de un Tratado internacional en Roma en 1998 (*Estatuto de Roma*), para el establecimiento de una Corte Penal Internacional permanente (CPI)⁹⁰, por otro lado, ha llevado a que la conducta punible conforme al Derecho internacional se defina con mayor exactitud en los llamados *delitos nucleares* (*core crimes*). Se han formado así los delitos de genocidio, contra la humanidad y los crímenes de guerra. Junto a ellos está el delito de agresión⁹¹, sobre cuya tipificación no se ha conseguido todavía un consenso⁹². Con el Estatuto de Roma se ha

⁸⁵ Instructivo sobre ello DAHM, *Zur Problematik des Völkerstrafrechts*, 1956, pp. 47 ss. Cfr. también *infra* nm. 47 y 53 sobre el concepto *delicta iuris gentium*.

⁸⁶ Cfr. art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (Anexo al Acuerdo de las Cuatro Potencias de 8 de agosto de 1945): Crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la Humanidad.

⁸⁷ Sobre ello básico DAHM, nota 76, pp. 14 ss.

⁸⁸ Resolución Consejo de Seguridad 827 de 25 de mayo de 1993 = Doc. No. S/RES/827, 1993, en *HRLJ*, 1993, p. 197. El texto de la formulación se encuentra en el Anexo a la resolución anteriormente citada y en «Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808», 1993, 3 de mayo de 1993, UN-Dok. S/25704, para 32 ss. Así como en *ILM*, 32, 1993, pp. 1192 ss.; *HRLJ*, 1993, pp. 211 ss.; *BGBI.*, 1995 I, p. 485; *ZaöRV*, 1994, pp. 434 ss. Cfr. también www.un.org/icty.

⁸⁹ Resolución del Consejo de Seguridad 955 del 8 de noviembre de 1994, UN-Dok. S/RES/955. El texto de la formulación se encuentra en el Anexo a la resolución anteriormente citada, así como en *ILM*, 33, 1994, pp. 1598 ss.; *BGBI.*, 1998 I, p. 483. Cfr. también www.un.org/icty.

⁹⁰ Rome Statute of the International Criminal Court. Adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998, UN-Dok. A/Cons. 183/9 = *BGBI.*, 2000 II, p. 1394. Una exposición de conjunto, TOMUSCHAT, *Friedenswarte*, 1998, p. 335; SEIDEL, STAHN y JURA, 1999, p. 14; TRIFFTERER, *Zipf GS*, 1999, p. 495; AMBOS, *ZStW*, 111, 1999, p. 175; monográficamente SCHABAS, *International Criminal Court*, 2001; profundizando en algunas cuestiones, LAGODNY, *ZStW*, 113, 2001, pp. 800 ss.; obras en forma de comentarios editados por TRIFFTERER y CASSES, GAETA y JONES (*vid. bibliografía*).

⁹¹ Cfr. art. 5-8 del Estatuto de Roma (nota 81) así como los elementos del crimen aprobados entretanto *infra* nota 86. Cfr. sobre estos delitos los dos trabajos en este libro con ulteriores referencias.

⁹² Sobre el último estado cfr. el informe de la Comisión Preparatoria del 24 de julio de 2002, Part II, Proposals for a provision on the crime of aggression, Doc. PCNICC/2002/2/Add.2, pp. 13 ss., www.un.org/law/icc/prepcomm.

conseguido además la codificación del Derecho penal internacional hasta ahora más precisa —y la primera potencialmente universal—. Con ello se ha alcanzado, como acertadamente se expresa en la Memoria del Gobierno alemán en la Ley de ratificación, «compendiar y desarrollar el Derecho penal internacional en una codificación unitaria, teniendo en cuenta los distintos sistemas jurídico-penales de los Estados miembros con sus respectivas tradiciones»⁹³. Como ya es sabido, el Estatuto de Roma ha entrado en vigor el 1 de julio de 2002 y un año después (17 de junio de 2003) ha sido ratificado por 90 Estados. El 12 de marzo tomaron posesión los 18 jueces elegidos en febrero de 2003 en un acto solemne que tuvo lugar en La Haya; el 16 de junio de 2003 el fiscal jefe, el argentino Luis Moreno Ocampo, fue jurado⁹⁴. Hasta el momento hay más de 100 denuncias por los delitos señalados, que sólo esperan a que se ocupe de ellas el fiscal recién nombrado. Entre otras importantes codificaciones hay que mencionar los Elementos de Crimen para la CPI y las Reglas de Procedimiento y Prueba⁹⁵.

Con este trasfondo no es exagerado decir que no sólo se ha consolidado el Derecho penal internacional como sistema de Derecho penal de la Comunidad internacional⁹⁶, sino que se ha ampliado su ámbito normativo más allá de los fundamentos jurídicos materiales hasta otros sectores penales accesorios (Derecho sancionatorio, ejecución de la pena, cooperación y asistencia judicial), el Derecho procesal y de organización de los Tribunales. Con ello no sólo estamos ante un ordenamiento penal internacional nuevo y autónomo, sino también ante uno que, por lo menos en lo que se refiere a las violaciones más graves de los derechos humanos, es completo⁹⁷, y que influirá en el Derecho penal nacional, como ha sucedido ya de momento en Alemania, donde una Comisión de Expertos creada por el Ministerio de Justicia presentó en mayo de 2001 un Código de Derecho Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*) que entró en vigor el 30 de junio de 2002⁹⁸, y como

⁹³ *Bundesrats-Drucksache*, 716/99, p. 99. Análogamente LAGODNY, *ZStW*, 113, 2001, pp. 800, 801 y 808.

⁹⁴ V. www.un.org/law/icc e www.iccnw.org.

⁹⁵ *Preparatory Commission for the International Criminal Court*. Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court. Addendum, Part II. Finalized draft text of the Elements of Crime. PCNICC/2000/1/Add. 2, 2 de noviembre de 2000; ídem, Part I. Finalized draft text of the Rules of Procedure and Evidence, PCNICC/2000/1/Add. 1, 2 de noviembre de 2000; cfr. sobre ello AMBOS, *NJW*, 2001, pp. 405 ss.; también TRIFFTERER, *Roxin FS*, 2001, p. 1415; LAGODNY, *ZStW*, 113, 2001, pp. 800 y 807.

⁹⁶ TRIFFTERER, *Politische Studien, Sonderheft*, 1, 1995, p. 38.

⁹⁷ Cfr. también WERLE, *ZStW*, 109, 1997, pp. 808 ss.; AMBOS, nota 74, pp. 40 y 873.

⁹⁸ *Bundesgesetzblatt*, 2002 I, p. 2254; traducción a todos los idiomas de la ONU <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/forschung/abgeschlossene-Projekte.html>. El Proyecto del Grupo de trabajo —coincidente en lo fundamental— en *BMJ* (ed.), *Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs*, 2001 (sobre ello, KREB, *NSiZ*, 2000, pp. 617 ss.; WERLE, *JZ*, 2001, pp. 885 ss.; SATZGER, *NSiZ*, 2002, pp. 125 ss), así como en la citada website.

muestran también otras numerosas leyes nacionales y proyectos de leyes de implementación del Estatuto de Roma en todo el mundo. En relación con ello, debe señalarse también la posibilidad de *persecución descentralizada* de las violaciones de los derechos humanos por Estados terceros, que, dada la limitada competencia de la CPI, seguirá teniendo importancia⁹⁹.

III. EL IMPACTO EN AMÉRICA LATINA

Esto me lleva a plantear la cuestión de cuál es el efecto que la internacionalización del Derecho penal puede tener en América Latina. En lo que se refiere al Derecho penal europeo, es evidente que éste no tiene efectos directos en América Latina, pero en todo caso se discute si y hasta qué punto el modelo de la Unión Europea puede ser aplicable a los esfuerzos armonizadores en el Cono Sur (Mercosur) y en Centroamérica y México (Nafta, Acla).

En todo caso, mayor repercusión ya tiene y tendrá el desarrollo del Derecho penal internacional y sobre todo la implementación del Estatuto de Roma en las legislaciones nacionales. Sobre ello el Instituto Max Planck (IMP) de Derecho Penal Extranjero e Internacional lleva a cabo un Proyecto mundial de Investigación titulado «Persecución penal nacional de crímenes internacionales desde una perspectiva internacional comparada»¹⁰⁰. En el marco de este proyecto tuvo lugar un Seminario Internacional, organizado por el IMP en colaboración con el Programa de Estado de Derecho para América del Sur de la Fundación Konrad Adenauer. En este Seminario colegas de 11 países latinoamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México, Perú, Uruguay y Venezuela) y una colega de España presentaron informes sobre el estado de adaptación de sus respectivos Derechos nacionales a la evolución del Derecho penal internacional, especialmente al Estatuto de Roma. Los resultados de la investigación son publicados en otro lugar¹⁰¹, pero quisiera aprovechar esta oportunidad de adelantarles ya algunas conclusiones¹⁰²:

⁹⁹ Sobre el clásico caso Pinochet *vid.* AMBOS, *Revista Penal*, núm. 4 (España), 1999, pp. 3-20 = Nuevo Foro Penal (Medellín, Colombia) núm. 62 (septiembre a diciembre 1999), pp. 159-185.

¹⁰⁰ V. www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nationalstrafverfolgung2_ep.html.

¹⁰¹ AMBOS y MALARINO (coords.), *Persecución nacional de crímenes internacionales en América Latina*, Montevideo, 2003, (Fundación Adenauer e Instituto Max Planck); pedidos pueden ser dirigidos a rspkas@adinet.com.uy. Una actualización de los informes va a ser publicado por la Fundación Adenauer en 2006. Sobre el «Grupo de Estudios sobre la CPI» ver <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/forschung/laufende-Projekte.html>.

¹⁰² La versión completa de estas conclusiones es publicado en el estudio mencionado en la nota anterior.

En primer lugar, la gran mayoría de los países latinoamericanos han dado el primer paso y *ratificado* el Estatuto de Roma: luego de la primera ratificación de Venezuela (a mediados de 2000)¹⁰³, han seguido las de Argentina¹⁰⁴, Paraguay¹⁰⁵, Costa Rica¹⁰⁶, Perú¹⁰⁷, Ecuador¹⁰⁸, Panamá¹⁰⁹, Brasil¹¹⁰, Bolivia¹¹¹, Uruguay¹¹², Honduras¹¹³ y Colombia¹¹⁴. El Senado mexicano aprobó el Estatuto de Roma y la reforma constitucional correspondiente el 21 de junio de 2005; se espera la ratificación para finales de septiembre de 2005. Solamente Chile, El Salvador, Cuba, Nicaragua y Guatemala no han ratificado aún aunque los dos primeros sí lo han firmado¹¹⁵.

La ratificación del Estatuto puede verse como una continuación de la *línea política* seguida a nivel internacional por los Estados de la región; encaminada a repudiar la comisión de crímenes internacionales y buscar un consenso sobre los mecanismos necesarios para su eficaz represión. Es más, la ratificación significa para un Estado la asunción de un *compromiso diferenciado* de persecución penal de crímenes internacionales, pues con ella no sólo se revela (o confirma) su voluntad de comprometerse en la persecución y sanción de crímenes internacionales, sino que específicamente se admite que en caso de incumplimiento del deber de perseguir y sancionar los crímenes internacionales cometidos en su jurisdicción (bien porque no esté dispuesto o bien porque no esté en condiciones de hacerlo, arts. 17 del Estatuto) sea la Corte Penal Internacional el Órgano autorizado a llevar adelante el proceso.

Por otro lado, si bien la aprobación del Estatuto ha servido en muchos Estados de Latinoamérica para impulsar la *discusión* sobre la necesidad de contar con una legislación nacional completa y eficiente para hacer frente a los crímenes internacionales y sobre la necesidad de crear mecanismos de cooperación entre los Estados y la Corte Penal Internacional, esta discusión no ha logrado salir del círculo cerrado de grupos de derechos humanos y ciertos intelectuales y, lo que es más grave, no ha logrado cambios efectivos y sustanciales en las legislacio-

¹⁰³ Suscripción: 14 de octubre de 1998; ratificación: 7 de junio de 2000.

¹⁰⁴ Suscripción: 8 de enero de 1999; ratificación: 8 de febrero de 2001.

¹⁰⁵ Suscripción: 7 de octubre de 1998; ratificación: 14 de mayo de 2001.

¹⁰⁶ Suscripción: 7 de octubre de 1998; ratificación: 7 de junio de 2001.

¹⁰⁷ Suscripción: 7 de diciembre de 2000; ratificación: 10 de noviembre de 2001.

¹⁰⁸ Suscripción: 7 de octubre de 1998; ratificación: 5 de febrero de 2002.

¹⁰⁹ Suscripción: 18 de julio de 1998; ratificación: 21 de marzo de 2002.

¹¹⁰ Suscripción: 7 de febrero de 2000; ratificación: 20 de junio de 2002.

¹¹¹ Suscripción: 17 de julio de 1998; ratificación: 27 de junio de 2002.

¹¹² Suscripción: 19 de diciembre de 2000; ratificación: 28 de junio de 2002.

¹¹³ Suscripción: 7 de octubre de 1998; ratificación: 1 de julio de 2002.

¹¹⁴ Suscripción: 10 de diciembre de 1998; ratificación: 5 de agosto de 2002.

¹¹⁵ Chile, el 11 de septiembre de 1998.

nes nacionales, ni al nivel material a través de reformas del Código penal o de la creación de una ley especial tipo *Völkerstrafgesetzbuch*, ni al nivel procesal a través de una —¡ciertamente necesaria!— ley de cooperación ¹¹⁶. Solamente en Argentina y Brasil las perspectivas son más alentadoras, pues ambos países han encarado la elaboración de un proyecto integral de implementación del Estatuto de Roma que, de aprobarse, tendrá la forma de una ley especial. Ambos proyectos —o más correcto, «anteproyectos»— se encuentran en estos momentos a punto de iniciar su trámite parlamentario, razón por la cual seguramente se necesitará todavía de un tiempo más o menos prolongado (y no previsible) para poder contar con una primera ley integral de implementación del Estatuto de Roma en Latinoamérica.

El lento o, en algunos Estados, ni siquiera existente proceso de implementación del Estatuto de Roma no se explica o se justifica a la luz de la *legislación existente* en la materia. Al nivel procesal simplemente no existe legislación que posibilitaría la cooperación entre los Estados y la Corte. Al nivel material la situación es más complicada pero de ninguna manera satisfactoria: En los once países examinados, se encuentra tipificado el crimen de *genocidio* en Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México y Perú. En cuanto a los *crímenes contra la humanidad*, prácticamente no existen tipificaciones en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos que se acerquen a las previsiones del Estatuto de Roma. Solamente algunos Estados han incluido en sus legislaciones el crimen de desaparición forzada de personas, como es el caso de Colombia, El Salvador, Venezuela y Perú. Si bien el crimen de tortura está previsto en la mayoría de los Estados de la región, existe como crimen individual con modalidades muy diversas entre los países y respecto del Estatuto de Roma y a veces bajo un *nomen iuris* diverso. En el resultado, ninguno de estos tipos penales contiene la exigencia de un acto colectivo (*Gesamttat*) del art. 7, punto 1, del Estatuto, es decir, que el delito se cometa «como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque»; por ello, estos tipos son crímenes individuales y no pueden considerarse como crímenes contra la humanidad. Los *crímenes de guerra* están contemplados en las legislaciones latinoamericanas también de manera extremadamente escasa, principalmente por medio del Derecho penal militar. Se prevén algunas pocas conductas correspondientes a crímenes de guerra en las legislaciones de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, México, Perú, Venezuela. Por último, ninguno de los Estados examinados ha tipificado el crimen de *agresión*. La carencia de normas específicas es aún más marcada en lo que respecta a normas de *parte*

¹¹⁶ Vid. sobre las necesidades y formas de implementación, AMBOS, en AMBOS y MALARINO, *supra* nota 101.

general de Derecho penal internacional ¹¹⁷. A las figuras de crímenes internacionales contenidas en la parte especial de los Códigos Penales de la región se les aplican, en general, las normas de parte general previstas para los delitos comunes. Si bien esto es más aceptable que la aplicación de la parte especial del Código Penal —incluso el *Völkerstrafgesetzbuch* contiene una remisión general a la parte general del StGB— no debe pasarse por alto que se está desarrollando una dogmática de la parte general del Derecho penal internacional que de una u otra forma tiene que reflejarse en la legislación interna. Finalmente, el principio de *jurisdicción universal* se encuentra previsto en diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos como una excepción al principio de territorialidad ¹¹⁸. El alcance y la forma como se incorpora este principio no es, sin embargo, el mismo en todos estos ordenamientos.

En cuanto a la *jurisprudencia* latinoamericana vale la pena señalar que en los pocos procesos que en Latinoamérica se han ventilado hechos de esta naturaleza se han aplicado casi con exclusividad normas del Derecho penal común. La razón de ello ha sido, desde luego, el ya mencionado retraso legislativo en cuanto a la previsión de normas específicas de Derecho penal internacional. Sin embargo, en algunos países latinoamericanos se puede constatar en los últimos años una tendencia en la jurisprudencia favorable a aplicar normas del Derecho penal internacional en el ámbito interno. Este fenómeno se ha dado con gran fuerza en *Argentina*, donde la jurisprudencia ya se ha pronunciado sobre la vigencia no estricta del principio de legalidad penal al juzgar crímenes internacionales ¹¹⁹, sobre la imprescriptibilidad de estos crímenes ¹²⁰ y sobre la imposibilidad de amnistiarlos de acuerdo al Derecho internacional ¹²¹. E incluso se ha afirmado (aunque en definitiva sin resolver el caso por esta vía) la posibilidad de recurrir directamente a las figuras de crímenes internacionales de las convenciones internacionales para suplir la ausencia de tipos específicos en la legislación interna del país. Pero también los Tribunales de otros países de la región han comenzado a ocuparse de la materia y a aplicar normas de Derecho penal internacional en el ámbito interno. Así, por ejemplo, en Colombia y Chile se encuentran pronunciamientos en contra de la posibilidad

¹¹⁷ Sobre la parte general del p. internac. mi estudio «Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts», 2002; en castellano, *La parte general del Derecho penal internacional*, Montevideo (Fundación Konrad Adenauer) y Bogotá (Temis), 2005.

¹¹⁸ Vid. AMBOS, CARO, GUZMÁN, MODOLLEL, MORENO, PASTOR, ROCHA DE ASSIS y VELÁSQUEZ, «Jurisdicción penal para crímenes internacionales en América Latina», *Revista Penal*, núm. 10, La Ley (España), 2002, pp. 130 ss.

¹¹⁹ «Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, *in re Schwammberger*», en *ED*, t. 135, pp. 323 y ss.

¹²⁰ Cfr. el fallo citado en la nota anterior y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia *in re Priebke* del 2 de noviembre de 1995, en *JA*, 1996-I, pp. 331 ss.

¹²¹ Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional, núm. 7, *in re* Simon del 6 de marzo de 2001, en *NDP*, 2000/B, p. 527.

de conceder amnistías en caso de crímenes internacionales ¹²². A nivel regional no puede dejar de mencionarse la importante sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «Barrios Altos» del 14 de marzo de 2001. En esta decisión la Corte declaró que las leyes de amnistía dictadas por el Gobierno peruano en favor de policías, militares y civiles que hubieren cometido o participado entre 1980 y 1995 en hechos de violaciones a los derechos humanos carecían de efectos jurídicos al ser incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos. Estos pronunciamientos jurisprudenciales reducen en cierta medida la brecha que existe entre el Derecho interno de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y las normas del Derecho penal internacional. Por último, deben mencionarse tres sentencias de Tribunales Latinoamericanos que analizan e interpretan la misma normativa del Estatuto de Roma. Por un lado, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de *Venezuela* del 9 de diciembre de 2002 que realiza un detallado análisis de diversos elementos típicos del crimen de lesa humanidad del art. 7 del Estatuto de Roma ¹²³. Por otro lado, la decisión de la Corte Constitucional de *Colombia* que ha declarado la compatibilidad entre la Constitución colombiana y las normas del Estatuto de Roma ha analizado y se ha expedido sobre ciertas normas del Estatuto de Roma ¹²⁴. Finalmente, no se debe pasar por alto la Sentencia del Tribunal Constitucional *chileno* que declaró incompatible el Estatuto de Roma con la Constitución chilena de 1980 y así constituye ciertamente un retraso ¹²⁵. Hasta la fecha (septiembre de 2005) el Senado chileno ha aprobado la necesaria reforma constitucional propuesta por el Gobierno.

¹²² Corte Constitucional, Sentencia núm. C-578 de julio de 2002.

¹²³ Tribunal Supremo, Sala Constitucional del 9 de diciembre de 2002.

¹²⁴ Sentencia C-578, del 30 de julio de 2002, de la Corte Constitucional sobre la Constitucionalidad de la Ley 742 de 2002 mediante la cual se incorporó al Derecho colombiano el Estatuto de Roma.

¹²⁵ Sentencia del 8 de abril de 2002, rol. 346 en Boletín núm. 2293-10 de la Cámara de Diputados de Chile. Crit. CORREA y BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 1, 2002, p. 129, que correctamente consideran «paradójica» (159) que el Tribunal justifica la inconstitucionalidad del Estatuto en última instancia con una presunta desprotección de los derechos fundamentales generada por él.

CAPÍTULO TERCERO

SOBRE LOS FINES DE LA PENA AL NIVEL NACIONAL Y SUPRANACIONAL

Con Christian STEINER *

RESUMEN

Los fines y la legitimidad de la pena raramente se ven reflejados en el debate sobre el endurecimiento del Derecho penal. Dicha situación se repite en torno al debate sobre el sistema de justicia penal internacional emergente, con especial énfasis en lo que concierne a la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo CPI) ¹. El presente ensayo tiene por objeto llenar o al menos disminuir, en cuanto sea posible, dicho vacío, sobre la base de las doctrinas nacionales acerca de los fines de la pena.

* Christian STEINER merece una mención aquí porque el texto alemán se publicó originalmente en una versión más breve, en la que STEINER colaboró (cfr. 40 *Juristische Schulung* (JuS), 2001, pp. 9-13). La presente versión fue traducida al castellano por Marta Susana Donís Galindo y revisada por el abogado Alfonso Fco. Palacios Huerta y el autor. Me siento en deuda asimismo con Emily Silverman, una colega investigadora en el Max Planck Instituto para Derecho Penal Internacional y Extranjero, por traducir las notas de pie de página y por sus comentarios críticos. Y, en fin, agradezco a Steffen Wirth, asistente en la investigación en el MPI, por sus comentarios y su apoyo técnico.

¹ Vid. el Rome Statute of the Corte Penal Internacional, UN-Dok. A/Conf. 183/9; www.un.org/icc, adoptado el 17 de julio de 1998. Vid. ZIMMERMANN, 58 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (ZaöRV), 1998, pp. 47 ss.; AMBOS, 51 *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), pp. 3743 ss.; *ibid.*, 1998, p. 111, y *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), 1999, pp. 175 ss., con referencias adicionales. La versión francesa apareció en la 10 *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, pp. 739-772; y en castellano, en la *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid), 2.ª época, núm. 5, enero de 2000, pp. 127-169.

I. SOBRE LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

1. Ámbito nacional

La cuestión en torno a la función del Derecho penal es la cuestión acerca de lo que el legislador puede y debe prohibir a sus súbditos bajo la amenaza de una pena. Pero, ¿conforme a qué criterios debe resolver el legislador este dilema? ¿Qué conductas debe, y le es permitido, prohibir al Estado? ¿Cualquier acto inmoral, indecente o anti-social? El catálogo de patrones de conducta a penalizar por el Estado no es susceptible de ser determinado con facilidad. Éste depende del sistema de valores de una sociedad determinada y es, por tanto, y hasta cierto punto, relativo². De hecho, los delitos cambian con el transcurso del tiempo, al igual que sus respectivas sanciones. Del mismo modo, delitos diferentes pueden ser al mismo tiempo válidos en lugares distintos. Lo que hoy es punible, mañana puede ser socialmente aceptable en virtud de un cambio en las actitudes sociales de la población. En tal caso, el Estado podría y, de hecho, tendría que abstenerse de castigar³.

En este sentido, la capacidad de un sistema de Derecho penal para liberarse de las exigencias de encarnar un determinado orden moral o religioso es de enorme importancia para la adaptabilidad del mismo⁴. A este respecto, es útil recordar que la separación entre religión y Estado —existente desde *laga data* en Occidente— aún no lo eximen de la presencia de transgresiones morales consideradas por éste, como merecedoras de sanción⁵. En este contexto, ciertamente son menos flexibles aquellos sistemas jurídicos cuyos delitos son religiosamente prescritos, esto es, donde Religión y Derecho se encuentran estrechamente asocia-

² El problema que está aquí en discusión es el de la teoría sustantiva de la delincuencia. Respecto de este punto *vid.* ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner*, Teil, vol. I, § 2, márgenes núms. 1 y ss., 3.^a ed., 1997; BAUMANN, WEBER y MITSCH, *Strafrecht Allgemeiner*, Teil § 3, márgenes núms. 10 y ss., 10.^a ed., 1995; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner*, Teil, 1/1, 2/21, 2.^a ed., 1991.

³ Cfr. ROXIN *supra*, nota 2, § 2, margen núm. 15 menciona, por ejemplo, el exhibicionismo, que continúa siendo un delito punible según el § 183 StGB, Código General alemán. La homosexualidad y el adulterio podrían mencionarse igualmente aquí. *Vid.* asimismo GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner*, Teil, § 1 C II, márgenes núms. 77 y ss., 2.^a ed., 2001.

⁴ En cuanto al dilema entre el pluralismo de valores en la sociedad y la desmoralización del Derecho penal, *vid.* WOLF, *Verhütung oder Vergeltung?—Einführung in die ethischen Strafrechtstheorien*, 1992, pp. 28 ss. WOLF introduce cuatro respuestas posibles a la pregunta de qué puede esperar el Estado de la ley criminal, el cual puede hacer valer: 1) la verdadera moralidad, 2) la moralidad positiva, 3) su propia continuación o 4) la moralidad mínima.

⁵ Tocante a la República Alemana *vid. supra*, nota 3. Desde luego que puede haber opiniones divergentes entre los seguidores de una misma religión, lo cual también se aplica a la justificación del castigo. Sobre la ética cristiana puede consultarse, por ejemplo, la visión general en HONECKER, *Grundriß der Sozialethik*, 1995, pp. 596 ss.

dos entre sí, como todavía sucede, o sucedió, en algunos Estados de tradición «islámica»⁶.

Un buen ejemplo acerca de la relatividad del Derecho penal lo encontramos en la regulación del consumo de alcohol, el cual se encuentra estrictamente prohibido por el Derecho islámico basado en la *sharia*, al menos según algunos eruditos (aquí, nuevamente, hay espacio para la interpretación)⁷. Así, si el Estado adoptase la *sharia* como patrón de juridicidad, el consumo de alcohol naturalmente tendría que ser penalizado (en tanto que en nuestra cultura se prohíbe el consumo de otras drogas)⁸.

Conforme a una concepción moderna del Derecho penal, éste se encuentra al servicio de una *finalidad* determinada, estos es, debe garantizar la protección de una pacífica convivencia entre los individuos que integran una comunidad⁹. Esta representación del Derecho penal como «resguardo orientado a la protección de bienes jurídicos» (*zweckbewusster Rechtsgüterschutz*) se remonta a PLATÓN y SÉNECA y ganó significado en los tiempos modernos gracias a los escritos del penalista alemán Franz VON LISZT¹⁰. Conforme a ella, de las respectivas circunstancias históricas y sociales surgen una serie de condiciones básicas para la vida

⁶ KHADDURI, *The Islamic Conception of Justice*, 1984, p. 135: «En el Islam la Ley (Sharia) está íntimamente entrelazada con la religión, y ambas se consideran como la expresión de la voluntad y la justicia de Dios; sin embargo, mientras el propósito de la religión es definir y determinar finalidades, entre éstas la justicia, la función de la ley es indicar el sendero (el término *Sharia* tiene tal significado) gracias al cual se realizan la justicia de Dios y otros fines».

⁷ La prohibición (*al-haram*) del consumo de alcohol, que por cierto se aplica a todo tipo de drogas intoxicantes, puede encontrarse en el Corán, Sure al-Maida 5:93, citado según Al-Qaradawi, *Erlaubtes und Verbotenes im Islam*, 1989, p. 67. Al-Qaradawi, *ibid.*, en la p. 73 señala que el castigo en estos casos está previsto por el mismo Corán (es el caso del llamado castigo *hadd*, como algo opuesto al *tazir*, en el caso de delitos que este libro sagrado prohíbe pero para los cuales no prescribe un castigo y, en vez de ello, deja al Gobierno la resolución respectiva). KHADDURI, *supra*, nota 6, p. 216, sostiene, por otra parte, que el consumo de alcohol no está prohibido necesariamente por el Corán con la amenaza del castigo, sino que dicho libro recomienda la abstinencia del mismo. Para una perspectiva histórica sobre la *sharia*, *vid.* HOURANI, *Die Geschichte der arabischen Völker*, 1997, pp. 154 ss.

⁸ Según KHADDURI, *supra*, nota 6, pp. 214 ss. (con referencias adicionales), los estudios legales islámicos egipcios se muestran renuentes a secularizar el código criminal.

⁹ JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner*, Teil, § 1 I 1, 5.^a ed., 1996, p. 2; BAUMANN, WEBER y MITSCH, *supra*, nota 2, § 3, margen núm. 10. Esta frase puede ciertamente exigir una validez general incluso si se somete a controversia qué es lo que protegen exactamente las leyes criminales a fin de proteger la cohabitación pacífica de los seres humanos: ¿los valores legales?, ¿los intereses?, etc. Para un resumen de esta disputa *vid.* ROXIN, *supra*, nota 2, § 2, márgenes núms. 42 y ss.; JAKOBS, *supra*, nota 2, 1/4 y ss. se aviene de una forma más fundamental a la función estabilizadora de las normas: «La misión del castigo es la preservación de la norma como modelo de orientación para la relación social» (*id.*, margen núm. 11, traducción del alemán); para él la evitación del daño en búsqueda del bien no es una función de las leyes criminales (*id.*).

¹⁰ SÉNECA, *De ira*, liber 1, XIX-7; PLATÓN, *Nomoi*, 934.^a (citado por ROXIN, *cfr. supra*, nota 2, § 3, margen núm. 11); VON LISZT, 3 ZStW (1883), pp. 1 ss. y 33 ss. —el denominado Programa Marburgués—. Respecto de este punto, *vid.* ROXIN, *id.*, márgenes núms. 11 y ss.

en comunidad, tales como la protección de la vida e integridad física, de la libertad de autodeterminación y de la propiedad. Tales condiciones las denominamos bienes o intereses jurídicos (*Rechtsgüter*)¹¹. Respecto de ellos, el Estado está autorizado —e incluso obligado— a protegerlos, y sólo a ellos, mediante la amenaza de una sanción penal.

No obstante lo anterior, la utilización del Derecho penal para garantizar el orden de la comunidad suele ser —por lo general— innecesaria, puesto que la mayoría de sus integrantes acatan voluntariamente los mandatos del orden jurídico. Sólo en el evento de que la «totalidad del sistema de control social» fracase (familia, comunidad local, escuela, vecindario, asociaciones, etc.), y otros medios alternativos para resolver conflictos sociales resulten ineficaces, deberá recurrir el Estado al empleo del Derecho penal —entendido como *ultima ratio* de los instrumentos de orden— a fin de garantizar la integridad del orden jurídico¹². En atención a ello, se puede hablar de la *subsidiariedad* de Derecho penal¹³.

La experiencia muestra, sin embargo, la necesidad del recurso penal: por un lado, la contemplación pasiva por parte del Estado de un serio quebrantamiento del Derecho, dejando con ello a disposición de los individuos la validez del ordenamiento jurídico, representaría una suerte de renuncia al poder del Estado. Por otra parte, el peligro de hacer justicia por propia mano, a lo cual probablemente se llegaría si el Estado no reaccionase en absoluto frente a los delitos cometidos, sólo puede ser sorteado por medio de un sistema penal público¹⁴.

2. Aspectos especiales en Derecho penal internacional

El Derecho penal internacional¹⁵ se distingue del Derecho penal nacional no sólo en cuanto a su *campo de aplicación* (universal), sino

¹¹ ROXIN, 6 *JuS*, 1966, pp. 377, 381. Acerca del concepto de «valor legal» en las leyes alemanas y su derivación de la Constitución *vid.* ROXIN, *supra*, nota 2, § 2, márgenes núms. 2 y ss., especialmente 9 y ss.; BAUMANN, WEBER y MITSCH, *supra*, nota 2, § 3, márgenes núms. 10 y ss. Por el contrario, JAKOBS, «Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht», en *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Isensee ed., 1992, p. 38, hace hincapié en la garantía de las normas principales, que son indispensables para la existencia prolongada de una sociedad. Es improbable que este planteamiento sea diferente.

¹² JESCHECK y WEIGEND, *supra*, nota 9, § 1 I 1, pp. 2 ss.; BAUMANN, WEBER y MITSCH, *supra*, nota 2, § 3, márgenes núms. 11 y 19, ROXIN, *supra*, nota 2, § 2, márgenes núms. 29 y ss.

¹³ Así, por ejemplo, BAUMANN, WEBER y MITSCH, *supra*, nota 2, § 3, margen núm. 19; ROXIN, *supra*, nota 2, § 2 XI, margen núm. 28, con referencias adicionales. JAKOBS, *supra*, notas 2, 1/12 y ss. se refiere a la «resolución del conflicto sin castigo».

¹⁴ *Id.* JESCHECK y WEIGEND, *supra*, nota 9, § 8 I 2, pp. 64 ss. Por tal motivo se pronunciarían contra el abolicionismo MERTE, *Rechtstaatlichkeit und Gnade*, columnas 42 y ss., 1978; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 326, 15.ª ed., 1979.

¹⁵ Por «leyes criminales internacionales» nos referimos a las leyes criminales sustantivas de carácter internacional que prueban directamente, esto es, incluso sin un decreto estatal oficial

también en cuanto a otra categoría básica, esto es, en su limitación para proteger los *bienes jurídicos fundamentales* de los individuos y de la comunidad internacional¹⁶ (protección que incluso justifica, en gran medida, el reconocimiento del deber internacional de castigar)¹⁷. Si el Derecho penal internacional pretende ser reconocido como expresión de un sistema de normas universalmente válido, en virtud de la mencionada relatividad del Derecho penal nacional, no puede asumir la simple existencia de un determinado consenso valórico, fundado en un círculo cultural específico, y confeccionar con arreglo a éste sus delitos. Por esta razón, el Estatuto de Roma sólo codificó los llamados «*core crimes*» (o *delitos esenciales*) como una especie de estándar mínimo para el Derecho penal internacional contemporáneo¹⁸.

II. PODER PUNITIVO NACIONAL Y SUPRANACIONAL

1. El poder punitivo del Estado nacional

¿De dónde obtiene el Estado la autoridad para hacer de un acto que es considerado dañoso, un delito punible y, en consideración a ello, castigar al malhechor? Frente a esta interrogante, afirmamos que la potestad de castigar (*ius puniendi*) forma parte del poder del Estado¹⁹; que el Estado tiene la misión fundamental de crear e implementar un

de transformación (art. 59 II de la Ley Fundamental alemana), la propensión criminal de las personas naturales. *Id.* IPSEN, *Völkerrecht*, § 42, margen núm. 1 (4.ª ed., 1999), con referencias adicionales; JESCHECK y WEIGEND, *supra*, nota 9, § 14 I, pp. 118-119, III, pp. 123-124; *vid.* también AMBOS, 76, *Deutsche Richterzeitung*, 1998, pp. 251, 252-253; *id.* *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlin, 2002, § 1.1.

¹⁶ *Id.* también SAFFERLING, 4 *Austrian Review of International & European Law*, 1999, publ. 2000, pp. 126 y 149 ss.

¹⁷ *Id.* ORENTLICHER, 100 *The Yale Law Journal*, 1991, pp. 2537 ss.; ROHT-ARRIAZA, *California Law Review*, 78, 1990, pp. 449 ss.; AMBOS, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997, pp. 163 ss.; *id.*, *Archiv des Völkerrechts Menschenrechtsverletzungen*, 37, 1997, pp. 163 ss.; *id.*, *Archiv des Völkerrechts (AVR)*, 37, 1999, pp. 318 ss.; *id.*, *Impunidad y Derecho penal internacional*, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1999, pp. 66 y ss.

¹⁸ Entre éstos se encuentran comprendidos el crimen de agresión, el genocidio, los crímenes en contra de la humanidad y los crímenes de guerra (*vid.* los arts. 5 y ss. del Estatuto de Roma, *supra*, nota 1). El último borrador de un código criminal mundial redactado por la Comisión de Leyes Internacionales de las Naciones Unidas aún contenía una cláusula por separado que regulaba los crímenes en contra de las Naciones Unidas y personal asociado (incluida ahora en el art. 8 2 b iii) del Estatuto de Roma); *vid.* International Law Commission (ILC), *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Report of the International Law Commission on the work of its 48th session*, 6.5, 26 de julio de 1996, UN-Dok., A/51/10, párr. 30 y ss., 18 *Human Rights Law Journal*, 1997, pp. 96 ss.; tocante a este punto *vid.* AMBOS, 7 *European Journal of International Law*, 1996, pp. 519 ss., con referencias adicionales.

¹⁹ JESCHECK y WEIGEND, *supra*, nota 9, § 2 I 2, p. 11.

orden jurídico destinado a facilitar la coexistencia pacífica de las personas; y que el Derecho penal es una parte de dicho orden jurídico ²⁰.

El que la titularidad y ejercicio de la potestad punitiva correspondiese únicamente al Estado, no se subentiende por sí mismo, sin un breve comentario al respecto ²¹. Desde tiempos bíblicos, la clase gobernante careció de la autoridad necesaria para establecer y aplicar sanciones penales: el resarcimiento de la ofensa correspondía a la familia o clan agraviado ²². De hecho, en un principio no hubo límites para quienes imponían estas "reparaciones" (esto es, para quienes tomaban venganza), tanto en relación a los objetos de la sanción (la venganza podía adoptarse no sólo en contra de los transgresores, sino también en contra de sus familias), como en relación a su medida («Caín debió ser vengado siete veces, pero Lamech 77 veces») ²³, todo ello, en ausencia de un examen público acerca de la procedencia y justificación de la pena. Sólo con la creciente autoridad de quienes ejercían el liderazgo comunitario fue posible limitar el ejercicio de la autotutela, sometiéndola, por una parte, a un examen judicial previo ²⁴, y limitando, por otra parte, la determinación de la pena a una medida equivalente (el llamado *ius talionis*: "ojo por ojo y diente por diente") ²⁵ para el delincuente específico ²⁶. Finalmente, la punición misma fue separada del ámbito individual, desarrollándose como una función única del Estado.

2. El poder punitivo de la comunidad internacional

La comunidad internacional se encuentra en la actualidad, donde el Estado-Nación se encontraba en los albores de su existencia: en la formación y consolidación de un monopolio de la fuerza en el ámbito del

²⁰ MAURACH y Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner, Teil I*, § 6 I A, margen núm. 1, 8.ª ed., 1992; vid. también HIRSCH, JÄHNKE, LAUFHÜTTE y ODESKY (eds.), en *StGB. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, margen núm. 2 vor § 46, 11.ª ed., pp. 1992 ss., 18.º suplemento, 1995.

²¹ Sobre el siguiente texto véase HOFFMANN, *Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht*, 1992, pp. 8 ss.; ROXIN, *supra*, nota 2, § 3 I 1, margen núm. 2. Acerca de la evolución del castigo puede consultarse MAKAREWICZ, *Einführung in die Philosophie des Strafrechts*, 1906, pp. 214 ss.

²² Esto es evidente en el Antiguo Testamento, así como en las leyes griegas clásicas en los tiempos de Solón (ca. 634-560 a. C.); vid. HOFFMANN, *supra*, notas 21, 12 y 28, con referencias adicionales.

²³ Génesis, 4, 24.

²⁴ Continuación de la ley draconiana (lo más probable alrededor del 620 a. C.). Vid. HOFFMANN, *supra*, notas 21, 25, 29 con referencias adicionales.

²⁵ Levítico, 24, 20. La costumbre, que hoy nos parece particularmente áspera, representa en su contexto histórico una limitación progresiva sobre la práctica previamente irrestricta de tomar venganza.

²⁶ Deuteronomio, 24, 16: «Los padres no serán muertos por causa de sus hijos, ni los hijos serán muertos por causa de los padres: todo hombre será muerto por motivo de su propio pecado».

Derecho penal internacional, sobre cuya base *se pueda fundar un ius puniendi*. La comparación es forzada, en la medida que un monopolio supranacional de la fuerza, al menos a primera vista, parece menos urgente que uno nacional, puesto que los Estados nacionales, en cuanto sujetos de Derecho internacional, son llamados a implementar no sólo sus propios requerimientos punitivos, sino también los internacionales. Lo anteriormente expuesto se ve también reflejado en los principales tratados internacionales en materia penal, los cuales usualmente carecen de disposiciones directamente aplicables, sino que más bien exhortan a los Estados parte a implementar sus preceptos punitivos ²⁷.

Por otro lado, la instauración de Tribunales penales internacionales *especiales*, tales como el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ²⁸, implica el establecimiento de una primacía jurisdiccional frente a la justicia nacional ²⁹. La jurisdicción nacional depende, con ello, del consentimiento del Tribunal internacional competente ³⁰. Dicha concepción se funda en la creencia de que un Tribunal internacional establecido exclusivamente en razón de un conflicto específico se encontraría en mejores condiciones de enfrentar los delitos cometidos en dicho conflicto que un Tribunal nacional, por cuanto este último —en virtud de una eventual identificación política, cultural o religiosa de sus integrantes— podría estar incluso directamente involucrado en dicho conflicto. Como esta consideración colisiona con el principio de la soberanía estatal, la CPI se rige en la materia por el principio de complementariedad: según el art. 17 del *Estatuto de Roma*, la CPI sólo ejerce una jurisdicción subsidiaria, esto

²⁷ Para un ejemplo clásico de la aplicación descentralizada de las obligaciones criminales internacionales a castigar, *vid.*, por ejemplo, los arts. V y VI de la Convención sobre Genocidio de 9 de diciembre de 1948 (78 UNTS, 277).

²⁸ Sobre el fundamento legal del Tribunal de Yugoslavia (ICTY) *vid.*, por ejemplo, HOLLWEG, en *Juristenzeitung*, 48 (JZ), 1993, pp. 980 y 984 ss.; AMBOS, en *NJW*, 51, 1988, p. 1044; *id.*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 18, (NSZ), 1998, p. 123. En Internet www.un.org/icty y www.icty.org.

²⁹ *Vid.* el art. 9, par. 2, del Estatuto del ICTY: «El Tribunal Internacional tendrá prioridad sobre los Tribunales nacionales. En cualquier etapa del procedimiento el Tribunal Internacional puede solicitar que los Tribunales nacionales se remitan al parecer de la jurisdicción del Tribunal Internacional...». Para una perspectiva alemana de los problemas resultantes de esta disposición cfr. GRIESBAUM, *Humanitäres Völkerrecht*, 10, *Informationsschriften (HuV-I)*, 1997, pp. 127 ss. En cuanto al desarrollo de las leyes internacionales sobre los procedimientos criminales *vid.* SAFFERLING, *Towards an International Criminal Procedure*, 2001, *passim*.

³⁰ Éste fue el caso de los juicios por crímenes de guerra en la ex Yugoslavia antes del Oberstes Landgericht bávaro, *NJW*, 51, 1998, p. 392; sobre este punto cfr. AMBOS, *NSZ*, 18, 1998, p. 138, y el *Oberlandesgericht-Düsseldorf* (juicio de 26 de septiembre de 1997, *AZ IV-26/96*; 2 *StE* 8/96); recientemente AMBOS y RUEGENBERG, *Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungs Report (NSZ-RR)*, 5, 2000, pp. 193, 208. Para el caso "Djajic" *vid.* SAFFERLING, *AJIL*, 92, 1999, p. 528. Respecto de un análisis general de la jurisprudencia alemana *vid.* AMBOS y WIRTH, «Genocide and War Crimes in the Former Yugoslavia before German Criminal Courts (1994-2000)», en FISCHER, KREB y LÜDER (eds.), *International and National Prosecution of Crimes under International Law-Current Developments*, p. 769, 2001.

es, sólo goza de jurisdicción en aquellos casos donde los procesos penales nacionales no serían posibles o éstos serían ineficaces³¹.

III. SOBRE LOS FINES DE LA PENA³²

La función del Derecho penal no siempre ha estado vinculada a un propósito determinado, ni éste fue siempre entendido como un «resguardo orientado a la protección de bienes jurídicos». El punto de partida de la discusión sobre el fundamento de la pena se identifica más bien con la existencia de dos planteamientos diferentes.

1. ¿Retribución o prevención?

La pena puede ser considerada como la justa equivalencia al mal causado por un delito, en el sentido de una teoría de la *retribución*: «*punitur, quia peccatum est*»³³. Desde este punto de vista, la pena carecería de efectos secundarios, y con ello, de una significación u orientación hacia el futuro. En atención a que los defensores de esta concepción estiman que la pena debe ser impuesta únicamente en consideración al delito concreto y en el solo interés de la justicia, sin atender a ninguna otra finalidad específica, se habla también de *teoría absoluta* o de teoría de la justicia. Por otra parte, también es posible atribuir a la pena una significación de anticipación, en la esperanza de que su imposición prevendrá la comisión de delitos similares en el futuro, en el sentido de una teoría de la prevención: «*punitur, ne peccetur*»³⁴. Sobre dicha idea yacen las *teorías relativas* o *utilitarias*³⁵, en

³¹ Vid. ZIMMERMANN, *ZaöRV*, 58, 1998, pp. 97 ss.; AMBOS, *ZStW*, 111, 1999, pp. 182-183. No cabe duda que la relación con formas alternativas de hacer un ajuste de cuentas con el pasado, como, por ejemplo, en Sudáfrica, sigue siendo problemática (sobre este punto vid. *infra* III.5).

³² El volumen de la literatura sobre este punto es enorme: vid., por ejemplo, JESCHECK y WEIGEND, *supra*, nota 9, §§ 1, 8; JAKOBS, *supra*, nota 2, 1.^a y 2.^a secciones; BAUMANN, WEBER y MITSCH, *supra*, nota 2, § 3; ROXIN, *supra*, nota 2, § 3; KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 38 ss.; HIRSCH, *supra*, nota 20, márgenes núms. 1 y ss., antes § 46; MAURACH y ZIPF, *supra*, nota 20, §§ 6-7. Sobre la actitud de la teología del idioma alemán tocante al castigo cfr. Kreuter. *Staatskriminalität und die Grenzen des Strafrechts*, 1997, pp. 93 ss. HÖRMANN ofrece una perspectiva moral-teológica en *Lexikon der christlichen Moral*, www.stjosef.at/morallexikon/strafe.htm. Para una selección de textos históricamente significativos consúltese: www.jura.uni-saarbrueck.de/prof/shulz/material-seiten/fs-mat-strafzweck.htm.

³³ La traducción libre sería la siguiente: «El individuo debe ser castigado porque infringió las leyes». Véase JESCHECK y WEIGEND, *supra*, nota 9, § 8 II 1, p. 66.

³⁴ La traducción libre sería así: «El individuo debe ser castigado de modo que él y los demás ya no infrinjan las leyes». Sobre este punto vid. las referencias *supra*, nota 10.

³⁵ Conceptos que se analizan en BAUMANN, WEBER y MITSCH, *supra*, nota 2, § 3, margen núm. 24.

cuanto instrumentalizan la pena para fines no relacionados con el delito efectivamente cometido (propósito de protección).

Puesto que ambas propuestas, consideradas por separado, conducen al parecer a resultados insatisfactorios, las interpretaciones conciliatorias exigen la *combinación* o *complementación* mutua de las ideas de retribución y prevención (las así llamadas teorías de la unificación o *unitarias*). Más adelante volveremos sobre ellas.

2. La relación entre la idea de la retribución y la noción de justicia

Las teorías absolutas se distanciaron de la noción de pena como venganza en tiempos de la Ilustración, durante el siglo XVIII. La pena debía restaurar la justicia, resarcir la culpa del transgresor y reestablecer el equilibrio roto por la perturbación del orden público³⁶. La concepción de que el Estado sería capaz de velar por la justicia en el ámbito terrenal sirvió de base para esta noción de retribución. Es, por así decirlo, el marco a través del cual ingresan diferentes representaciones de justicia, cuyas variedades y discrepancias culturales, religiosas e internacionales dificultan significativamente la formación de un consenso acerca de un grado justo de retribución³⁷.

Un claro ejemplo de este conflicto es la cuestión relativa a la legitimidad de la pena de muerte³⁸. La aceptación de su inclusión en el Estatuto de Roma por parte de aquellos Estados donde ésta ha sido abolida sería tan difícil de lograr como lo sería la aquiescencia para su prohibición a través del Derecho internacional por parte de aquellos Estados donde existe una extensa práctica de la misma³⁹. Así, se redactó una nota a pie de página al art. 80 del Estatuto de Roma⁴⁰, de con-

³⁶ Sobre las posibilidades de llegar a semejante equilibrio cfr. JESCHECK y WEIGEND, *supra*, nota 9, § 8 III 2, pp. 70-71; BAUMANN, WEBER y MITSCH, *supra*, nota 2, § 3, márgenes núms. 50 y ss.; MAURACH y ZIPF, *supra*, nota 20, § 6 II C, pp. 72 ss. Quien quiera abundar sobre la *lex talionis* del Antiguo Testamento y la teoría retributiva de KANT y HEGEL, así como sobre los llamados castigos reflexivos de la Edad Media, vid. ROXIN, *supra*, nota 2, § 3 I 1, márgenes núms. 2 y ss. Más recientemente WALTHER, *ZStW*, 111, 1999, pp. 123 y 136, con referencias adicionales, ha criticado la exigencia de proporcionalidad entre el delito y el castigo como una «versión contemporánea» del concepto de equilibrio.

³⁷ JESCHECK y WEIGEND, *supra*, nota 9, § 8 III, pp. 70-71. Se opone a esto, con seguridad, KÖHLER, *supra*, notas 32, 43, quien considera que el objetivo de esta propuesta es restituir la relación legal modificada.

³⁸ Para un estudio completo de este asunto vid. SCHABAS. *The Abolition of the Death Penalty in International Law* (2.^a ed., 1997).

³⁹ El Gobierno de Ruanda criticó el Estatuto del Tribunal de Ruanda por no incluir la pena capital (vid. al respecto AKHAVAN, *American Journal of International Law*, 90, 1996, pp. 501, 507 y 508).

⁴⁰ Cfr. *supra*, nota 1.

formidad con la cual el Estatuto no afectaría (contradictorio) la práctica nacional.

Desde tiempos inmemoriales la humanidad ha tratado de encontrar una noción universalmente compartida acerca de lo que es justo o correcto. El modelo occidental representa sólo un segmento de las ideas existentes (el 11 de septiembre lo hizo brutalmente evidente), y si bien podría ser razonablemente aceptado por «humanistas ilustrados» o cristianos, podría del mismo modo ser ofensivo o ridículo, por ejemplo, para el sentido budista de justicia⁴¹. En este sentido, el significado «correcto» de justicia, en cuanto producto de un lento proceso sociocultural a cuyo término es posible establecer un orden jurídico equivalente —y al menos, en el caso ideal— respaldado por la mayoría de la población⁴², no puede ser impuesto a persona o cultura alguna.

3. Las diversas funciones preventivas de la pena

El que la función del Derecho penal sea vista como una efectiva protección de bienes jurídicos, nada dice acerca de la *forma* en que este objetivo ha de ser alcanzado⁴³. Es comúnmente aceptado entre las teorías utilitarias de la pena, el que ésta simplemente se limite a prevenir la comisión de futuros perjuicios a determinados intereses o bienes jurídicos; mas no así al *resarcimiento* de delitos que ya han sido perpetrados. No obstante lo anterior, el referido efecto preventivo puede ser alcanzado de distintas maneras, según las circunstancias individuales de cada caso. Más aún, es menester tener presente, que el efecto preventivo de la pena (o su simple amenaza) exige una evaluación completamente distinta, según la naturaleza de los delitos específicos de que se trate (esto es especialmente importante en cuanto a la perspectiva del Derecho penal internacional, *vid. infra* epígrafe 4).

La teoría de la *prevención especial* aspira a obtener un efecto preventivo por medio de la influencia que se ejerce sobre el delincuente en tres estadios distintos. Por medio de la pena, se debe proteger a la comunidad del delincuente; disuadir al delincuente de cometer nuevos delitos; y durante el proceso de ejecución de la misma, resocializar al

⁴¹ Sobre la concepción occidental de la justicia *vid.*, por ejemplo, la visión general de ZIPPELIUS. *Rechtsphilosophie*, §§ 11-22, 3.^a ed., 1994, sobre el pensamiento islámico puede consultarse a KHADDURI, *supra*, nota 6, *passim*. WALTHER, en 111 ZStW, 1999, pp. 111, 123 y 136, señala con igual resultado que ello depende de la idea que tenga la humanidad.

⁴² Respecto a este punto *vid.* KHADDURI, *supra*, nota 6, p. 160. Él distingue entre la «justicia legal», que acepta una sociedad como algo que la obliga (esto es, la ley local en vigor), y la justicia filosófica y ética, que aún está en proceso de desarrollo y no ha logrado un consenso.

⁴³ ROXIN, *supra*, nota 2, § 3 I, margen núm. 1; MAURACH y ZIPF, *supra*, nota 20, § 6 I A, margen núm. 1; BAUMANN, WEBER y MITSCH, *supra*, nota 2, § 3, margen núm. 24.

delincuente en términos tales que permita evitar su reincidencia⁴⁴. Sobre el particular, es pertinente recordar —aunque sea brevemente— tres importantes críticas formuladas a este respecto en el ámbito del Derecho penal *nacional*, las cuales pueden ser relevantes en materia de Derecho penal internacional. En primer lugar, se debe mencionar la discrepancia entre la teoría y la práctica de la resocialización. Las expectativas —aun sin confirmación— depositadas en la posibilidad de prevenir la reincidencia del delincuente mediante programas terapéuticos apropiados, en la práctica han obtenido —por el momento— resultados bastante desalentadores⁴⁵. En segundo lugar, un planteamiento orientado exclusivamente en los propósitos de la prevención especial adolece de una limitación inherente a la severidad de la sanción penal. Finalmente, el reparo hegeliano⁴⁶ continúa gozando de validez: la educación forzada de un adulto sería contraria a la dignidad humana⁴⁷.

La teoría de la *prevención general* propone un efecto preventivo frente a la comunidad⁴⁸. Por una parte, la amenaza de una pena disuadiría a los potenciales delincuentes que integran una comunidad de cometer ilícitos penales (prevención general *negativa*); y, por otra, fortalecería la confianza de quienes integran dicha comunidad en la capacidad de ejecución y vigencia del orden jurídico, y consecuentemente con ello, la fe de la misma en el Derecho (prevención general *positiva*)⁴⁹. Según esta teoría, la conciencia jurídica de la comunidad se concilia con el delincuente por medio de la pena, resolviéndose de esta manera el conflicto existente entre ambos (efecto de pacificación: el componente de la *prevención integradora* —*Integrationsprävention*— como parte de la prevención general)⁵⁰. Sin embargo, a fin de que la amenaza que importa la imposición de una pena sea considerada seriamente, en el evento de que ésta fracase, esto es, frente a la comisión de un delito, es menester que la *imposición* y *ejecución* de la misma se efectúen de manera «pública y explícita»⁵¹. En este sentido, la

⁴⁴ Sobre los tres aspectos de la prevención especial pueden verse las referencias *supra*, nota 10.

⁴⁵ También la Cámara de Juicio II del ICTY, «Prosecutor v. Kunarac et al.», juicio de 22 de febrero de 2001, IT-96-23-T e IT-96-23/1-T, par. 844.

⁴⁶ HEGEL, «Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821)», en VORMBAUM (ed.), *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, vol. 2, siglos XIX y XX, pp. 58 y 65, 1993.

⁴⁷ En vez de a otros *vid.* ROXIN, *supra*, nota 2, § 3 I 2, márgenes núms. 16 y ss.; BAUMANN, WEBER y MITSCH, *supra*, nota 2, § 3, márgenes núms. 42 y ss.

⁴⁸ Sobre la teoría de la prevención general *vid.* ROXIN, *supra*, nota 2, § 3 I 3, márgenes núms. 21 y ss.; JAKOBS, *supra*, nota 2, 1/4-16 y 1/27-34.

⁴⁹ JAKOBS es iluminador en este punto. Cfr. *supra*, nota 2, 1/5.

⁵⁰ *Vid.* ROXIN, *supra*, nota 2, § 3 I 3, margen núm. 27, con referencias adicionales. No debe confundirse con ésta la función constructora de valores —cuyo alcance tiene muy probablemente sólo un grado reducido— de las leyes criminales. *Vid.*, por ejemplo, GROPP, *supra*, nota 3, § 1 C I, margen núm. 75.

⁵¹ Cfr. HASSEMER, 30 ZRP, 1997, pp. 316, 318-319.

pena es considerada como un mal que debe ser aceptado en nombre de la eficiencia. Así las cosas, serán víctimas de delito no sólo quienes han sido directamente afectados por éstos, sino que todos quienes integran dicha comunidad, en cuanto confían que ningún delito quedará impune⁵². Con ello, el efecto deseado —y aquí radica la diferencia conceptual con la teoría de la retribución— no depende del sufrimiento personal del delincuente, sino que más bien de una compensación *per se*, esto es, de la producción de una justicia «abstracta»: el sufrimiento personal del delincuente es aceptado simplemente en función de esta compensación, pero para la pena fundada en la idea de la prevención general, éste no es un fin en sí mismo.

Las debilidades de la teoría de la prevención general son evidentes⁵³. Al igual que en el caso de la prevención especial, carece de una pauta que limite la duración de la pena. Del mismo modo, se podrían justificar penas excesivamente rigurosas, en función de sus claros efectos disuasivos. Finalmente, el individuo corre el riesgo de ser utilizado como medio para alcanzar un propósito social colectivo. En estos términos, el delincuente sería degradado a la condición de simple objeto de la prosecución estatal con finalidades preventivas⁵⁴.

Las así llamadas teorías de la unificación o combinación⁵⁵ intentan evitar las desventajas de las teorías de la prevención especial y de la prevención general mediante un modelo unificado. Los penalistas alemanes ROXIN y JAKOBS abogan por una teoría «dialéctica»⁵⁶ o «complementaria» de unificación⁵⁷. En general, consienten la pena únicamente con fines de prevención, rechazando la idea de la retribución. Por otra parte, estiman necesario limitar la intensidad de la pena sobre la base de la culpabilidad del delincuente, a fin de prevenir la utilización de penas disuasivas excesivamente rigurosas, por eficaces que éstas pudiesen ser. De esta manera, le asignan a la noción de equivalencia contenida en las teorías absolutas una función estrictamente reguladora o de limitación de la pena, despojándola de todo contenido justificatorio.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Acerca de los juicios críticos sobre este punto vid. ROXIN, *supra*, nota 2, § 2 I 3, margen núm. 31. Por su parte, JAKOBS rechaza por completo la prevención general negativa. *Vid. supra*, nota 2, 1/28 y ss. («El resultado... inservible», a.a.O., margen núm. 32). También HIRSCH se muestra crítico sobre la similitud estructural entre la retribución y la prevención general en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr Feier der Universität Köln*, 1988, pp. 399, 425, con referencias adicionales.

⁵⁴ Consúltese HÖFLING, en SACHS (ed.), *Grundgesetz. Kommentar*, art. 1, márgenes núms. 13 y ss., 2.^a ed., 1999, para la intención protectora del artículo 11 de la Ley Fundamental Alemana.

⁵⁵ *Vid.* las referencias proporcionadas por JAKOBS, *supra*, nota 2 I/n. 70. KÖHLER, por su parte, se muestra crítico desde una perspectiva metodológica. Cfr. *supra*, notas 32, 44. Sobre la ley angloamericana vid. PRIMORATZ, *Justifying Legal Punishment*, 1989.

⁵⁶ ROXIN, 6 *JuS*, 1966, pp. 377, 382-383; *id.*, *supra*, nota 2, § 3 I 5 a, márgenes núms. 37 y ss.

⁵⁷ JAKOBS, *supra*, nota 2, 1/48 y ss.

4. Los fines de la pena en el Derecho penal internacional

Las diferencias culturales, religiosas o idiosincrásicas existentes en torno a la noción de justicia no deben ser sobreestimadas en el ámbito del Derecho penal internacional. En este estadio, nos encontramos más bien en presencia de crímenes graves en contra de bienes jurídicos fundamentales de la humanidad, los cuales difícilmente podrían ser aceptados por cultura alguna⁵⁸. En efecto, el que algunos Estados suelen impedir el castigo de tales crímenes se encuentra más bien vinculado a consideraciones políticas de poderío nacional, que a un rechazo de determinadas concepciones valóricas. A la luz de lo anterior, y a pesar de las continuas e irreconciliables discrepancias existentes entre diferentes culturas, es posible afirmar que la concepción de justicia no representa en sí misma un obstáculo insuperable para la persecución internacional de crímenes graves.

En este ámbito, al igual que a nivel nacional, se debe rechazar la retribución en cuanto fundamento o finalidad de la pena⁵⁹. Buscar la equivalencia al perjuicio sufrido en el caso de crímenes de masas resulta sencillamente impensable⁶⁰. No obstante lo anterior, los precedentes del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* o ICTY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (*International Criminal Tribunal for Rwanda* o ICTR) le concedieron a la noción de retribución —frente a otros fines de la pena— un rol marcadamente preponderante, en términos tales, que ésta llegó a quedar en pie de igualdad frente a la disuasión general, esto es, a la prevención general negativa. Así, en el fallo más reciente de la Cámara de Apelaciones en Celebici se ratificó que los «principales fines para dictar condena (...) son la disuasión y la retribución»⁶¹.

⁵⁸ En este contexto el examen que se encuentra en PERRYS, en *Human Rights Quarterly* (HRQ), 19, 1997, pp. 461 y ss., es informativo en cuanto al desafío relativista respecto de un concepto universal de los derechos humanos. Con razón sostiene: «Los seres humanos son todos parecidos en algunos aspectos que permiten hacer generalizaciones tanto de lo que es bueno como de lo que es malo no sólo para algunos seres humanos, sino para todos los seres humanos», 471. Sobre el relativismo moral en el contexto de los juicios de crímenes de guerra vid. el precursor artículo de BIRMINGHAM, en *University of Pittsburgh Law Review*, 24, 1962, pp. 132, 139 ss.

⁵⁹ *Vid.* JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, 1952, pp. 191-192 (el juicio como venganza).

⁶⁰ *Vid.* JÄGER, en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV), 76, pp. 259 y 270, 1993, quien señala el polémico juicio crítico sobre los veredictos en contra de los criminales de guerra nazis, que convierten «las matanzas individuales imputables a los acusados en unidades temporales de encarcelamiento (...) que sólo pueden darse en minutos».

⁶¹ Cámara de Apelaciones del ICTY, «Prosecutor v. Delilac et al.», juicio de 20 de febrero de 2001, IT-96-21-A, pars. 799 y ss., (806), con referencias adicionales; «Prosecutor v. Kunarac

A este respecto, merecen tener consideración las reflexiones formuladas por ROHT-ARRIAZAS⁶² en torno al efecto disuasivo de la pena, en el caso de delincuentes institucionalmente obligados (cumplimiento de un deber): Como estos delincuentes son protegidos por su respectiva «fachada organizacional», todo intento de disuasión y resocialización estaría destinado al fracaso. A este respecto, sólo una reforma institucional podría ser de utilidad⁶³. Más aún, atendido el carácter excepcional de los delitos y delincuentes internacionales, la disuasión especial tendería a perder significación⁶⁴.

A pesar de que la jurisprudencia de dichos Tribunales hace referencia a distintas finalidades de la pena, éstas desempeñan para ellos un rol ciertamente secundario. Esto quedó de manifiesto en el referido proceso, en lo que a la *prevención especial* bajo la modalidad de la *rehabilitación* respecta, cuando la Cámara de Apelación de Celebici rechazó contundentemente la apelación interpuesta por el acusado Mucic: «si bien la rehabilitación (...) debe ser considerada como un factor relevante, no es de aquellos que deban recibir una consideración desmedida»⁶⁵. Esta opinión contrasta radicalmente con el art. 10 (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). A este respecto, no es incorrecto afirmar que las teorías contemporáneas acerca de los fines de la pena no han recibido una ponderación adecuada por parte de los Tribunales *ad hoc*⁶⁶. Por otra parte, dichos Tribunales parecieran no apreciar el valor de la retribución y de la disua-

et al.", *supra*, nota 45, pars. 838 y ss., donde se distingue entre el refrenamiento o disuasión general y el especial. *Vid.* también AMBOS y NEMITZ, KLIP y SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, vol. 2, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, 1994, 1999, pp. 835 y ss., 2001. Cfr. asimismo SAFFERLING, *supra*, nota 16, en las pp. 135 y ss. (139), quien, siguiendo a HIRSCH, considera que la finalidad del castigo nacional consiste, *inter alia*, en la expresión de «una desaprobación moral» (censura) y transfiere esta idea al nivel internacional, pp. 156 ss. Por otra parte, admite que, por lo menos en el mundo occidental, «los sentimientos de venganza prácticamente se han extinguido», pp. 162-163.

⁶² ROHT-ARRIAZA. *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, 1995, p. 14.

⁶³ *Ibid.*, p. 15: «Con todo, en el caso presente estas actitudes no son ni personales ni aberrantes, sino que más bien se inculcan deliberadamente en un ambiente institucional como parte de una misión más amplia, por ejemplo, la de la seguridad nacional, que incluso puede considerarse válida. En este contexto la rehabilitación significa la reforma institucional». *Vid.* también MALAMUD-GOTI, *HRQ*, 12, 1, 10, 1990. Para un planteamiento parecido puede consultarse también a LIMBACH, *Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift (DtZ)*, 4, pp. 66 y 69, 1993, quien interpreta el concepto «solidaridad y culpabilidad» de la Iglesia protestante alemana (1945) en el sentido de que las personas que fueron culpables de uno u otro modo actuaron a menudo creyendo que obraban de acuerdo con su país y su sociedad.

⁶⁴ Cfr. «Prosecutor v. Kunarac et al.», *supra*, nota 45, pars. 840, 843. Consúltense asimismo SAFFERLING, *supra*, nota 16, p. 137.

⁶⁵ «Prosecutor v. Delalic et al.», *supra*, nota 61, par. 806; así también «Prosecutor v. Kunarac et al.», *supra*, nota 45, pars. 844 y 857.

⁶⁶ *Vid.* también «Prosecutor v. Kunarac et al.», *supra*, nota 45, par. 837: «Sea cual fuere el nombre por el que sea conocido».

sión como una exigencia de resarcimiento por parte de la comunidad internacional, sino más bien como expresión de su determinación por evitar la impunidad de estos crímenes⁶⁷. En este sentido, es posible identificar una aproximación más positiva —nuevamente en la reciente decisión Celibici— cuando la imposición de condenas apropiadas, esto es, de condenas que reflejen adecuadamente la totalidad de la conducta criminal y de la culpabilidad individual⁶⁸, es considerada como necesaria para la restauración de la confianza pública en la integridad de la administración de justicia penal⁶⁹. Este razonamiento puede ser interpretado como expresión de una cierta proximidad a la teoría de la prevención integradora, desde el momento que, tanto estos crímenes como sus autores específicos, son situados en el contexto más amplio de la lucha internacional contra la impunidad y de la búsqueda de la justicia y la paz para la comunidad mundial considerada como un todo.

La necesidad de sancionar crímenes internacionales fue vinculada tempranamente con distintos aspectos *preventivos*. Así, durante 1952, JESCHECK identificó en los juicios de Nuremberg ideas de prevención general, tanto en un sentido positivo (mantenimiento del respeto al Derecho), como en uno negativo (disuasivo)⁷⁰. Con todo, las consideraciones clásicas de la prevención especial o general, basadas en un orden jurídico nacional, no son susceptibles de ser transferidas fácilmente a la punición de crímenes internacionales⁷¹. A este respecto, es posible afirmar con cierta certeza que una teoría internacional sobre los fines de la pena aún se encuentra en vías de desarrollo. No obstante lo anterior, esto no quiere decir que la persecución de crímenes internacionales —tanto a nivel nacional (por parte de terceros Estados), como a nivel internacional— no pueda hallar justificación en su eventual

⁶⁷ *Vid.* la Cámara de Juicios del ICTY II, «Prosecutor v. Kupreskic et al.», juicio de 14 de enero de 2000, IT-95-16-T, par. 848; asimismo Cámara de Apelaciones del ICTY, «Prosecutor v. Aleksovski», juicio de 24 de marzo de 2000, IT-95-14/1-A, par. 185; fue concurrente «Prosecutor v. Kunarac et al.», *supra*, nota 45, par. 841. Para juicios anteriores consúltense AMBOS y RUEGENBERG, 5 *NSIZ-RR*, 2000, pp. 193, 200 y 206.

⁶⁸ «Prosecutor v. Delalic et al.», *supra*, nota 61, pars. 429-30, 755, 769, 771 y 847; fue concurrente «Prosecutor v. Kunarac et al.», *supra*, nota 45, par. 856.

⁶⁹ «Prosecutor v. Delalic et al.», *supra*, nota 61, par. 756. Para un efecto preventivo de la jurisprudencia de los Tribunales puede consultarse también a AKHAVAN, 95 *AJIL* 7, 2001, pp. 9 ss. y 30.

⁷⁰ Cfr. JESCHECK, *supra*, nota 59, pp. 194-195 y 302 y ss. (con notas y referencias de varios juicios). No obstante, también indica que el fracaso del castigo a los vencedores obstaculiza el refrenamiento (195) y que aún no se ha desarrollado el conjunto común de valores respecto de lo deseable que pueda ser el castigo de ciertos tipos de conducta.

⁷¹ Tocante a este punto *vid.* AMBOS, *KritV*, 79, 1996, pp. 355 y 365. No está convencido a pesar de todo JÄGER, *Kritische Justiz (KJ)*, 1, pp. 143 y 147, 1968-1969, quien más adelante se inclina, sin embargo, hacia el reconocimiento de un efecto preventivo general, *KritV*, 76, 1993, pp. 259 y 271.

efecto disuasivo (general). El caso Pinochet ⁷², al menos, pareciera haber puesto fin al deseo de viajar de otros ex dictadores latinoamericanos o de otras nacionalidades. En todo caso, y en ausencia de un orden penal internacional en funcionamiento, pareciera ser que el propósito de castigar por medio de Tribunales penales internacionales se encuentra más bien identificado con un efecto de prevención general positiva, entendida ésta en el sentido de efectuar una *contribución al establecimiento y consolidación de un orden jurídico internacional (penal) de valores comunes* ⁷³. Este futuro orden penal internacional dificultaría —en el largo plazo— la comisión de crímenes internacionales, por medio de un sistema de ejecución de sanciones penales, que por lo mismo podría desarrollar efectos (generales) de disuasión. En todo caso, la creciente determinación de la comunidad internacional de combatir crímenes graves contra la humanidad mediante la utilización de medios militares apunta precisamente en esa dirección.

En cuanto a la justificación del castigo de criminales nazis que mientras tanto se habían integrado a la sociedad, es posible afirmar que ⁷⁴ la impunidad no sólo ofendería la conciencia jurídica (ficticia) de la población, sino que también conduciría, sobre la base del principio de igualdad de trato, a la impunidad de todos los delincuentes que dejen de presentar un riesgo o peligro de reincidencia ⁷⁵.

⁷² Vid. AMBOS, JZ, 54, 1999, p. 16; *id.*, 54 JZ, 1999, p. 564; *id.*, 4 Revista Penal (España), 3, 1999; INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Crimes against Humanity. Pinochet Faces Justice*; ARÁN y GARRIDO (eds.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet* (2000). Cfr. también NICHOLLS, *Virginia Journal of International Law* (Va. J. Int'l L.), 41, 2000, p. 140; BYERS, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 10 (Duke J. Comp. & Int'l L.), 2000, p. 415; HOROWITZ, *Fordham International Law Journal* (Fordham Int'l L.), 1999, p. 489.

⁷³ Cfr. TRIFFTERER, «Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum», en VÖGLER *et al.*, *Geburtstag*, 70, vol. 2, pp. 1477 y 1502 (eds.), 1985; FRANZ, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit nach dem Völkerrecht*, 32, 1996; HOLLWEG, JZ, 48, 1993, p. 980; WERLE, ZStW, 110, 1997, pp. 808 y 822 ss., quien subraya además el efecto satisfactorio de los juicios criminales internacionales, en los que se reconoce la pasada maldad y se individualiza la culpabilidad. Vid. asimismo AMBOS, *KritV*, 79, 1999, pp. 355, 366-367.

⁷⁴ ROXIN, *supra*, nota 2, § 3 I 2, márgenes núms. 19 y § 3 I 5 b, margen núm. 43; *id.*, 6 JuS, 1966, pp. 377, 383. Piensa de manera similar JÄGER, KJ, 1, pp. 143, 148-149, 1968-1969, con una referencia a la credibilidad de la justicia criminal.

⁷⁵ De manera similar piensa LIMBACH, 4 DiZ, 1993, pp. 66 y 71, respecto del contexto de la injusticia en la RDA. JAKOBS, *supra*, nota 11, 42, hace hincapié en la estabilización de la norma cuando sostiene que el castigo de los delincuentes nazis fue necesario a fin de restablecer un sistema estable basado en el imperio de la ley. De aquí se sigue, con seguridad, la renuncia al castigo en un Rechtsstaat estable, como en el caso del crimen de Estado en la RDA.

5. Opciones alternativas a la reacción penal (pura) ⁷⁶

No es posible concluir un análisis acabado sobre los fines de la pena en el ámbito del Derecho penal internacional sin prestar atención a los importantes esfuerzos que en materia de resolución alternativa de conflictos han sido llevados a cabo, atendida su capacidad de alcanzar —incluso de mejor manera— los propósitos de la pena perseguidos por la mera reacción penal. En este contexto, la Comisión de Verdad y Reconciliación sudafricana (*Truth and Reconciliation Commission-TRC*) es un ejemplo a seguir: ⁷⁷ mediante la renuncia a la punición de actuaciones políticamente motivadas (!) —condicionada a la confesión pública y detallada de sus autores— se buscó la reconciliación de la sociedad como un todo, no por medio de la persecución penal, sino primordialmente por medio del descubrimiento de la verdad, como asimismo, y en el mejor de los casos, mediante el arrepentimiento de los transgresores y el perdón de sus víctimas. Del mismo modo, las audiencias públicas y la compensación de las víctimas o sus deudos, como asimismo el más acabado esclarecimiento de las faltas del Estado habrían de contribuir decididamente a este propósito.

Desde ese punto de vista, atendidos sus efectos de largo plazo en materia de reconciliación, incluso se podría identificar un efecto disuasivo en el sentido de la prevención integradora (por lo demás, idea que suele ser la principal motivación de las diversas «comisiones de verdad») ⁷⁸. Por cierto que tal efecto no agrega nada a la punición en el contexto de la reacción penal pura, pero ofrece frente a ésta una suerte de «efecto secundario» de tal entidad, que la imposición y ejecución de una pena —al menos en el contexto de esta lógica— incluso podría llegar a ser superflua. El esclarecimiento y el descubrimiento de la verdad, el establecimiento de hechos históricos (como, asimismo, la iden-

⁷⁶ Para un análisis legal comparativo del papel de la ley criminal a fin de hacer un ajuste de cuentas con el pasado, vid. ARNOLD, *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*, 1, 1998, p. 140; puede consultarse asimismo ESER y ARNOLD (eds.), *Criminal Law in Reaction to State Crime. Comparative Insights into Transitional Processes*, International Colloquium Freiburg, 1999, *passim*, 2000. Cfr. también KREUTER, *supra*, nota 32, particularmente sobre las opciones, pp. 110 ss. Por el contrario, WALTHER, ZStW, 111, 1999, pp. 123 y 133 ss., está en favor de la complementación del castigo y de las medidas mediante un tercer tipo de condena, la «medida legal criminal», que se ajusta a las compensaciones en el contexto de la ley criminal.

⁷⁷ Cfr. WERLE, *Verfassung und Recht in Übersee (VRÜ)*, 29, 1996, p. 58; ASMAL, en HANKEL y STUBY (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 465, 1995; MAKUE, en COLLETT *et al.* (eds.), *Straflosigkeit, Gerechtigkeit, Vergebung: Christliche Wege zur Versöhnung?*, p. 35, 1996. Sobre la compatibilidad de las regulaciones de amnistía y la Constitución sudafricana cfr. VENTER, 56 ZaöRV, 1996, p. 147. Consúltese también www.truth.org.za con vínculos con el reciente informe de la Comisión.

⁷⁸ Sobre el descubrimiento de la verdad como requisito previo para el perdón y, por tanto, también de la reconciliación, vid. KREUTER, *supra*, nota 32, pp. 380-381.

tificación de los responsables de un régimen inicuo, con el objeto de impedirles la apropiación de posiciones clave después de un cambio de sistema)⁷⁹ podrían alcanzarse con independencia de un proceso penal, e incluso, con mayor eficacia que en éstos, por ejemplo, mediante el ofrecimiento de incentivos de cooperación a los transgresores (verbi-gracia, promesas de amnistía). En tales casos, nos adentramos, sin embargo, en un ámbito donde el Estado de Derecho y el principio de un juicio justo pueden ser seriamente vulnerados. En este contexto, y sólo a modo de ejemplo, bien podría suscitarse la cuestión acerca de si la declaración «voluntaria» del delincuente, hecha con la expectativa de una amnistía, puede ser posteriormente utilizada en un proceso penal, en el caso de que ésta sea finalmente denegada⁸⁰.

El éxito de estos enfoques alternativos es en verdad difícil de predecir (más aún cuando la ventura de los mismos se encuentra estrechamente vinculada al prestigio o influencia de quienes integran estas comisiones, como sucede en el caso sudafricano con Nelson Mandela y el obispo Tutu); sin embargo, si éstos se encuentran fundados en un amplio consenso social y los criminales no reciben una amnistía general —como en parte sucedió en América Latina—⁸¹ no son menos promisorios que los intentos de reconciliación por medio de una «rigurosa» persecución penal. Lo anterior es especialmente relevante en ausencia de condiciones fácticas o jurídicas para detener y juzgar a los responsables en un proceso justo.

Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos anteriores, la renuncia a la persecución penal en el ámbito del Derecho penal internacional no sólo reconoce ciertos límites,⁸² sino que debe ser derechamente rechazada, cuando se trata de una renuncia incondicional decretada por los propios transgresores en beneficio propio. En este contexto, es útil destacar la trascendencia que detenta la reacción penal pura en materia de satisfacción y reparación de las víctimas y de la sociedad, atendida su función de esclarecimiento y descubrimiento de la verdad⁸³. Así las cosas, es precisamente en ausencia de ambos remedios cuando la necesidad de una prosecución penal internacional, sea por medio de la CPI, sea por medio de un enjuiciamiento penal descentralizado a través de terceros Estados (como sucedió en el caso Pinochet), asume un carácter particularmente apremiante.

⁷⁹ Cfr. JÄGER, *KJ*, 1, 1968-1969, pp. 143 y 149. Este problema surge después de cada cambio de sistema y requiere de un equilibrio entre la «justicia» sustantiva para las víctimas, la marginación exagerada de los delincuentes y las exigencias prácticas de la situación histórica concreta.

⁸⁰ Son interesantes en este contexto las experiencias de la Comisión de la Verdad Sudafricana (vid. las referencias en la nota 77).

⁸¹ Vid. NOLTE (ed.), *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*, 1996, *passim*; AMBOS, *VRÜ*, 29, 1996, p. 465.

⁸² Vid. *supra*, nota 16, con más referencias.

⁸³ En este sentido se manifiesta JÄGER, 76 *KritV*, 1993, pp. 259, 271-272.

IV. CONCLUSIÓN

Las funciones y fines del Derecho penal nacional no son susceptibles de ser fácilmente transferidas al Derecho penal internacional. Sin perjuicio de lo anterior, las similitudes entre ambos planos son inequívocas⁸⁴. Mientras el Derecho penal nacional sirve la pacífica convivencia de las personas dentro de un Estado, el Derecho penal internacional persigue esta finalidad cruzando las fronteras, y sólo en el evento de graves violaciones a los derechos humanos o grandes amenazas a la paz y seguridad de la humanidad. Por otra parte, mientras el Derecho penal nacional pretende generar el mismo efecto, tanto para el individuo como para la sociedad en su conjunto, el Derecho penal internacional sirve más bien, atendidas las especiales características de sus delitos y de quienes los ejecutan, al propósito de crear una conciencia jurídica universal; esto en el sentido de una prevención general positiva e integradora que llama a la reconciliación, con el reconocimiento de que no se renunciará a la esperanza de alcanzar un efecto de prevención general negativo, *esto es*, a la consecución de una disuasión general íntegra.

⁸⁴ SAFFERLING contempla un vínculo más próximo entre los niveles nacional e internacional. Cfr. *supra*, nota 16, en particular en la p. 161.

CAPÍTULO CUARTO

LOS FUNDAMENTOS DEL *IUS PUNIENDI* NACIONAL, EN PARTICULAR SU APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL *

I. EL PUNTO DE PARTIDA: EL PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN

Después de que BINDING en el año 1885 circunscribiese el ámbito del *ius puniendi* a la decisión soberana de cada Estado nacional ¹, se está hoy de acuerdo en que sería inadmisibles una extensión *ilimitada* de dicha potestad desde una perspectiva jurídico-internacional. Esto deriva ya de la resolución de la Corte Permanente de Justicia Internacional (*Permanent Court of International Justice* —PCIJ—) sobre el clásico caso «Lotus» de 1927; si bien ésta, como consecuencia de pasajes contradictorios, frecuentemente ha sido invocada para respaldar lo contrario. En el caso «Lotus» se reconoce ante todo el *principio de no intervención*:

«La primera y más importante restricción que el Derecho internacional impone a un Estado es la exclusión del ejercicio de su poder en el territorio de otro Estado» ².

* El texto está basado en el comentario extenso del autor sobre las reglas de competencia jurisdiccional (*Strafanwendungsrecht*, §§ 3-7 *Strafgesetzbuch*) en el *Münchener Kommentar StGB*, t. I, 1.ª ed., 2003. Traducción del alemán de José Antonio Santos Arnáiz, Madrid; revisión del Prof. Andrés Ollero, Madrid y del autor.

¹ BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 1885, p. 374. «El alcance de su Derecho penal lo determina cada Estado soberano...».

² *Permanent court of international justice (PCIJ)*, Serie A, núm. 9, p. 18 (cursivas mías).

En consecuencia, el PCIJ parte, en principio, de un *ius puniendi* territorialmente limitado, que sólo cabe traspasar en el marco del Derecho internacional:

«En este sentido la potestad jurisdiccional está sin duda circunscrita a un ámbito espacial; no podría ser ejercitada fuera del propio territorio, si no fuera con fundamento en una regla de Derecho consuetudinario internacional o de un convenio que lo permita. En estas circunstancias se puede requerir a un Estado que no traspase las fronteras que el Derecho internacional establece a su ámbito competencial; dentro de estos límites el fundamento del ejercicio de su potestad jurisdiccional se encuentra en su soberanía»³.

El principio de no intervención deriva en el moderno Derecho internacional del art. 2.I de la Carta de Naciones Unidas, que establece el principio de la igualdad soberana de los Estados. Éste se aplica tanto *verticalmente*, en la relación de Naciones Unidas con los Estados (art. 2.7 de la Carta), como de forma más débil⁴ *horizontalmente* en las relaciones interestatales⁵. La proyección del *ius puniendi* nacional sobre casos extra-territoriales puede representar una *intervención* en los asuntos internos de Estados soberanos, al afectar a su competencia *exclusiva* para el ejercicio de la potestad sancionadora penal en su propio territorio, obligándole a soportar el ejercicio de un *ius puniendi* «extranjero», en la medida en que el Estado extranjero ejercita su *propio* «poder de prohibición» en territorio *ajeno*. Al mismo tiempo esto puede constituir una *intervención* contraria al Derecho internacional, si se constata una eficacia coactiva o una intensidad de la intromisión suficientes.

Este latente *conflicto de soberanías* ofrece considerables motivos de conflicto, ya que lo que para un Estado es soberano ejercicio de su Derecho penal es para el otro una intervención en sus asuntos internos⁶. Como una de las tareas del Derecho internacional es prevenir tales conflictos, el *principio de no intervención* representa el límite jurídico-internacional del ejercicio del *ius puniendi* estatal. Todo ello es también constatable⁷ en numerosos acuerdos de Derecho internacio-

³ *Ibid.*

⁴ La prohibición de intervención interestatal protege sólo frente a una injerencia bajo la amenaza o ejercicio de la fuerza (FISCHER, en IPSSEN, *Völkerrecht*, 1999, 4.^a ed., § 59, número marginal = nm. 50), mientras el art. 2.7 de la Carta protege a los Estados de toda injerencia de Naciones Unidas en los asuntos de *domaine réservé* (*ibid.*, § 15, nm. 65).

⁵ Matizando ZIEGENHAIN, *Extraterritoriale Rechtsanwendung und die Bedeutung des Genuine-Link-Erfordernisses*, 1992, pp. 33 s.

⁶ Cfr. JENNINGS y WATTS, *Oppenheim's international law*, 1992, p. 457.

⁷ Desde una perspectiva alemana: *Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE)*, t. 63, pp. 343, 369; 77, 137, 153; 92, 277, 320 s.; también en *Neue Zeitschrift für*

nal⁸. La aceptación de una posible *competencia-sobre-la-competencia de los Estados*, como la que todavía se defiende en parte en la moderna literatura penalista⁹, es incompatible con ese escenario jurídico, porque implica una subordinación del Derecho internacional al Derecho nacional. Este punto de vista ignora que, con el reconocimiento de la igualdad de los Estados, los conflictos derivados de la superposición de ámbitos de soberanía sólo pueden resolverse a través de un ordenamiento jurídico supranacional o transnacional, si no se quiere que prevalezca la ley del más fuerte, es decir, la del Estado nacional más poderoso. Partimos, por tanto, de una *competencia-sobre-la-competencia del Derecho internacional*¹⁰.

II. EL DOBLE REQUISITO DEL *IUS PUNIENDI* NACIONAL

Se admite ciertamente que el Derecho internacional no contiene, aparte del límite general del principio de no intervención, *ninguna regla concreta* para establecer límites al *ius puniendi* nacional. Para aclarar la compatibilidad de la extensión del *ius puniendi* con el principio de no intervención debe practicarse siempre un *examen en dos fases*. En una primera se comprueba si el caso de referencia muestra una especial *relación de afinidad* o un contacto suficiente con el Estado que pretende ejercer el *ius puniendi*, o, en otras palabras, si existe un *punto de conexión* suficiente. La Corte Internacional de Justicia (*International Court of Justice* —ICJ—), a la hora de apreciar la relación entre un Estado y una persona natural necesaria para el ejercicio de la protección diplomática, ha exigido un *real link* o bien una *genuine connection*¹¹. La jurisprudencia alemana ha remitido, desde siempre, a un

Strafrecht (NSiZ) 2001, 240, 81; *Resoluciones del Tribunal Supremo en materia penal (BGHS)* t. XXVII, pp. 30, 32, 34, 334, 336; *BGH-Rechtsprechung in Strafsachen (BGHR) Strafgesetzbuch (StGB)*, § 6, núm. 1, Völkermord 1; BGH, *NSiZ*, 1994, pp. 232-233; BGH, *NSiZ*, 1999, p. 236; BGH, *Juristische Rundschau (JR)*, 1977, pp. 422-423; *Bayerisches Oberstes Landgericht (BayObLG)*, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1998, 393.

⁸ Cfr. últimamente al respecto la Convención de la ONU sobre el crimen organizado internacional del 3 de noviembre de 2000 (documento de la ONU A/55/383/Add.1), que somete el principio de personalidad (activa y pasiva) al de la no intervención (art. 15.2 en relación con el 4).

⁹ GRIBBOHM, en *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, 2003, 11.^a ed., t. I, §§ 1-31, especialmente § 3, nm. 145; también ESER, en SCHÖNKE y SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2001, 26.^a ed., Vorbemerkung, §§ 3-7, nm. 11.

¹⁰ Cfr. ya JESCHECK, *Zur Reform der Vorschriften des StGB über das internationale Strafrecht, en Internationales Recht und Diplomatie (IRuD)*, 1956, pp. 75 y 83; ROSSWOG, *Das Problem der Vereinbarkeit des aktiven und passiven Personalitätsprinzips mit dem Völkerrecht*, 1965, pp. 36 s.

¹¹ International Court of Justice (ICJ), *Reports*, 1955, pp. 3, 4 y 23 (Nottebohm); *vid. también Barcelona Traction*, ICJ, *Reports*, 1970, pp. 1 y 42: test of *genuine connection* también con respecto a personas jurídicas; cfr. también el art. 5 del Convenio de Ginebra sobre Alta Mar de 1958 [*Boletín Legislativo Federal (BGBl)*, 1972 II, p. 1089; 1975 II, p. 843]; art. 91.1, p. 3 del

punto de conexión «razonable» o «legítimo»¹²; si falta tal punto de conexión, se vulnera el principio de no intervención.

Tales puntos de conexión legítimos constituyen los *principios del Derecho penal internacional* o, más exactamente, Derecho penal de competencias, a saber: el principio de territorialidad y el del pabellón, el principio de personalidad activa y pasiva, el principio real. El principio de justicia criminal supletoria y el principio de justicia o jurisdicción universal renuncian, por el contrario, al requisito de un punto de conexión legítimo. En el primer caso, un Estado ejercita su potestad jurisdiccional penal supliendo a otro; esto supone, como veremos más adelante, que cuenta con su consentimiento. Se excluye con ello una intervención antijurídica en los asuntos internos de ese Estado. Con el principio de jurisdicción universal nos hallamos ante la protección de bienes jurídicos tan excepcionales que ningún Estado puede ejercer sobre ellos soberanía nacional exclusiva. En consecuencia, tampoco ésta podría verse vulnerada. Analizaremos todos estos principios más adelante (*vid. infra* apartado III).

Sólo cuando se cuenta con un punto de conexión legítimo surge una presunción favorable de la legalidad y legitimidad de la extensión del *ius puniendi*. Y con ello llegamos a la *segunda fase* o al segundo nivel y examinamos si a la extensión del *ius puniendi* legitimada por un punto de conexión *abstracto* se opone en ese caso concreto una expresa prohibición jurídico-internacional. Para ello sólo entran en juego como principios generales, la *prohibición de la arbitrariedad* y del *abuso del Derecho*¹³ y apenas cabe encontrar una norma prohibitiva jurídico-internacional más específica. En lo esencial tiene lugar en esta segunda fase un examen material jurídico-internacional de si el punto de conexión *general-abstracto* legitima también el *concreto* ejercicio de la potestad jurisdiccional, o sea, si se muestra de hecho como razonable (*reasonable*)¹⁴ en relación con la extensión del *ius puniendi* que lleva consigo. Por ello, generalmente se aplica el principio de la moderación

Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 (BGBl, 1994 II, p. 1798; 1995 II, p. 602).

¹² BVerfGE, pp. 63, 343, 369; 77, 137, 153; 92, 277 y 320 s.; Resolución de 12 de diciembre de 2000, 2. BvR, 1290/99 = *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (EuGRZ), 2001, 76 = *NSiZ*, 2001, p. 240; BGHSt, pp. 27, 30 y 32; BGHSt, pp. 34, 334 y 336; BGHSt, pp. 60 y 65; cfr., sin embargo, en relación al § 6, núm. 9, recientemente BGHSt, pp. 45, 292 y 306 s.

¹³ Sobre la prohibición de la arbitrariedad cfr. WENDT, *Das passive Personalitätsprinzip*, 1965, pp. 98 s.; MARTIN, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, 1989, p. 142; HENRICH, *Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht*, 1994, pp. 186 ss.; sobre la prohibición del abuso de Derecho cfr. ya DAHM, *Zur Problematik des Völkerstrafrechts*, 1956, pp. 38 s.; ROSSWOG, nota 10, pp. 158 ss.; ZIEHER, *Das sogenannte Internationale Strafrecht nach der Reform*, 1977, pp. 67 s.; discrepando PAPPAS, *Stellvertretende Strafrechtspflege*, 1996, p. 89.

¹⁴ Cfr. OXMAN, «Jurisdiction of States», *Encyclopedia of Public International Law* (EPIL) III, 1997, pp. 55-56.

y limitación en el ejercicio extraterritorial del *ius puniendi* que el juez Fitzmaurice formuló en el caso «Barcelona Traction» como regla de conducta estatal¹⁵.

En concreto, es necesario una *ponderación de los intereses de Estado y soberanía afectados*, que han de resolverse en el sentido de un *mandato de optimización jurídico-internacional* semejante al principio jurídico-constitucional de concordancia en relación con otros Estados sólo en la medida en que sea *necesario*, para no vulnerar de modo indebido sus intereses¹⁶. Se da una violación indebida cuando el interés del Estado lesionado en su soberanía es prevalente respecto al del Estado que pretende ejercitar su *ius puniendi* extraterritorialmente, con lo que tal ejercicio implica una intervención inadmisible en los asuntos internos del Estado afectado.

La *caracterización dogmática* de los puntos de conexión es discutida. Son calificados como «indicadores»¹⁷, «ejemplos típicos»¹⁸ o «instrumentos de ponderación»¹⁹. Generalmente, se los equipara a los llamados principios de Derecho penal internacional, regulados en los §§ 3-7 del Código Penal alemán; así, el Tribunal Constitucional Federal alemán (Bundesverfassungsgericht) reconoce como puntos de conexión el principio de territorialidad, el de protección, el de personalidad activa y pasiva o el de jurisdicción universal, así como el principio de justicia criminal supletoria²⁰. Aquí, sin embargo, es preciso ser precavido. Los principios del Derecho penal de competencias *nacional* no suponen *per se* un punto de conexión legítimo en sentido del Derecho internacional; porque no fueron creados con miras al principio de no intervención sino con arreglo a consideraciones de política criminal o intereses meramente nacionales. Desde el punto de vista del Derecho internacional tales principios —y, por tanto, los del Derecho penal internacional alemán— no pueden considerarse vinculantes sin más²¹, sino sólo en la medida en que resulten compatibles con el principio de no intervención. Esto quiere decirse cuando se reclama una fundamentación jurídico-internacional de los principios (nacionales) de co-

¹⁵ FIZMAURICE, ICJ, *Reports*, 1970, p. 1 (Barcelona Traction), p. 105: estatal «obligation to exercise moderation and restraint (...) and to avoid undue encroachment on a jurisdiction more properly (...) exercisable by another State». También COUNCIL OF EUROPE, *Extraterritorial criminal jurisdiction*, 1990, p. 21.

¹⁶ Cfr. detalladamente ZIEGENHAIN, nota 5, pp. 36 ss.

¹⁷ HENRICH, nota 13, pp. 21 s.; en desacuerdo, SCHOLTEN, *Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit*, en § 7 StGB, 1995, p. 61.

¹⁸ PAPPAS, nota 13, p. 84.

¹⁹ *Ibid.*, 13, p. 87.

²⁰ BVerfGE, pp. 92, 277 y 320 s.; BverfG, *EuGRZ*, 2001, pp. 76 y 81; cfr. también VERDROSS y SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 1984, 3.^a ed., § 1183; GEIGER, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 1994, § 68 II; DOEHRING, *Völkerrecht*, 1999, nm. 1155.

²¹ Así si bien tendencialmente GRIBBOHM, nota 9, nm. 147.

nexión²². Que el principio de no intervención no se deje traducir con trazos *claramente perfilados* al ejercicio del *ius puniendi* nacional no debe conducir a que no se le preste atención; precisamente porque su vulneración acarrearía también consecuencias intraestatales: expresa, en efecto, una regla general de Derecho internacional, en el sentido del art. 25 de la Ley Fundamental alemana y, como tal, tiene prioridad sobre las leyes ordinarias²³.

III. LOS PRINCIPIOS CONCRETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. Punto de partida: el principio de territorialidad

El principio de territorialidad vincula al *lugar de los hechos* y asigna, en consecuencia, a cualquier Estado el *ius puniendi* sobre todos los actos cometidos en el territorio sobre el que ejerce su soberanía. El principio es absolutamente *razonable* desde el punto de vista político-criminal, dada la proximidad de dicho Estado al hecho realizado, y es *reconocido* en el Derecho internacional como expresión de la soberanía interna de ese Estado²⁴. Esto se ve de nuevo confirmado por el art. 12.2(a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)²⁵, al hacer depender su competencia, entre otras cosas, de que el *Estado del lugar del hecho* sea parte en el Estatuto²⁶. Esta posición jurídica-internacional se ve apoyada por el Derecho comparado y transnacional, que ha configurado desde tiempo inmemorial el principio de territorialidad como punto de partida del Derecho penal de competencias en los principales sistemas jurídicos, del ámbito angloamericano o

²² ROGGMANN, *Strafrechtsanwendung und Rechtshilfe zwischen beiden deutschen Staaten*, 1975, pp. 13 s.; de acuerdo LEMKE, en *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch Loseblattausgabe*, 2002, Vorbem. §§ 3-7, nm. 4.

²³ BGHSt, pp. 27 y 30-31 s.; cfr. también HOLTHAUSEN, *NJW*, 1992, p. 214; del mismo autor, *NSiZ*, 1992, p. 269.

²⁴ Cfr. PCIJ, nota 2, así como las *dissenting opinions* de WEISS, *ibid.*, p. 44; NYHOLM, *ibid.*, pp. 59 y 62; ALTAMIRA, *ibid.*, p. 95; cfr. también «Harvard Draft», HARVARD UNIVERSITY (ed.), *Draft Convention on jurisdiction with respect to crimes* («Harvard Draft»), *American Journal of International Law* (AJIL), 29, 1935, p. 480; COUNCIL OF EUROPE, nota 15, p. 8; AMNESTY INTERNATIONAL, *Universal Jurisdiction*, cap. I, pp. 4 ss.; ROSSWOG, nota 10, p. 172 s.; HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, 2000, p. 24 y 126 ss.; DAHM, nota 13, pp. 27 s.; GRIBBOHM, nota 9, nm. 126; JENNINGS y WATTS, nota 6, p. 458; GLORIA, en IPSEN, nota 4, § 23, nm. 3 y s.; VERDROSS y SIMMA, nota 20, § 1184; BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 1998, p. 303; DANILENKO, *The Statute of the ICC and Third States Michigan Journal of International Law*, 21, 2000, pp. 445 y 457; FRIMPONG, en ESER y LAGODNY (eds.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, 1992, p. 30.

²⁵ UN-Dok. A/Conf. 183/9; www.un.org/icc.

²⁶ AMBOS, *Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), 111, 1999, p. 181.

del continental europeo, así como en la praxis internacional de solución de conflictos interestatales. Su indiscutible ventaja radica en que la limitación de la competencia penal al territorio nacional excluye *a limine* colisiones interestatales sobre el ejercicio del *ius puniendi*.

Sin embargo, un análisis del Derecho internacional y comparado pone en evidencia que el principio de territorialidad *nunca* fue reconocido de modo *absoluto* en el sentido de que el Derecho penal nacional realmente renuncia a extender su ámbito de aplicación. Ya se advirtió en el caso «Lotus», que el principio no tiene validez absoluta y en modo alguno es identificable con la soberanía territorial²⁷; que de hecho «casi todas (...) las legislaciones extienden su ámbito de validez a conductas punibles perpetradas fuera de su territorio»²⁸. Existen, por ello, diferentes *técnicas de ruptura* del principio de territorialidad. Junto a la conexión con la *nacionalidad* —sea del autor en el sentido del principio de personalidad activa (*vid. infra* epígrafe 2) o de la víctima en el sentido del principio de personalidad pasiva [subepígrafe 3.b)]— es preciso remitir ya en este contexto al *principio del efecto* o al *principio del pabellón*.

a) El principio del efecto (effects principle)

De acuerdo con el principio del efecto puede el *ius puniendi* fundamentarse *territorialmente* en que la acción realizada en el extranjero ha desplegado sus efectos en el interior del país que pretende ejercer la competencia penal: que —en términos jurídicos— uno de los elementos típicos del hecho exigibles para la consumación del delito tuvo lugar en el territorio nacional, particularmente cuando el mismo resultado del hecho se produce en este territorio. El caso típico es el del disparo mortal *doloso* sobre la frontera: A dispara desde el territorio del Estado X contra B que se encuentra en territorio del Estado Y. El lugar de la acción (disparo de A en el Estado X) y el del resultado (muerte de B en el Estado Y) no coinciden; de acuerdo con el principio del efecto tiene competencia para juzgar al asesino A no solamente el Estado X (desde donde actuó A), sino también el Estado Y, porque en su territorio se produjo el efecto o resultado de la acción de A, por lo que este Estado es también *Estado territorial* en cuanto al ejercicio de la competencia penal. Por ello, el principio del efecto puede entenderse como *subcaso del principio de territorialidad*²⁹.

²⁷ PCIJ, nota 2, p. 24: «territoriality of criminal law (...) not an absolute principle of international law»; cfr. también JENNINGS y WATTS, nota 6, pp. 457 y 468.

²⁸ PCIJ, nota 2, p. 20.

²⁹ Otro punto de vista DOERING, nota 20, nm. 823, que lo orienta hacia el principio de protección en sentido amplio.

El principio del efecto fue aducido, como se sabe, en el caso «Lotus» para fundamentar la jurisdicción turca, pero es de dudosa aplicación cuando los efectos/resultados son causados por *negligencia (imprudencia)*, porque el autor que se comporta (sólo) de modo no diligente no sabe normalmente dónde repercutirá su conducta. Por ello en tales casos debería el hecho ser punible tanto de acuerdo con el Derecho del lugar de la acción como con el del lugar del resultado (exigencia de doble incriminación en el lugar del hecho)³⁰.

El principio del efecto es hoy *reconocido* en el Derecho internacional³¹. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró en el caso «Ahlstrom v. Comisión»³² aplicable el art. 85 del Tratado de la Comunidad con fundamento en el principio de territorialidad; porque acuerdos pactados sobre los precios fuera del territorio de la Comunidad se implementaron adentro del territorio, cobrando así un efecto: «*the decisive factor is (...) the place where it [el acuerdo sobre los precios, K. A.] is implemented*»³³. El abogado general del Tribunal en su informe ha hecho notar que el principio del efecto se apoya en el mismo art. 85³⁴ y el Tribunal lo avaló por lo demás; se apoya en el principio de *territorialidad objetivo* y es (por eso) compatible con el Derecho internacional³⁵. También la Comisión ha aplicado en varias ocasiones el principio del efecto³⁶. Sin embargo, la viabilidad jurídico-internacional del principio ha de apoyarse, por falta de una praxis estatal uniforme, menos en el Derecho consuetudinario internacional que en los principios generales del Derecho internacional, en el sentido del art. 38.1.c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³⁷.

El Derecho alemán aúna los principios de territorialidad subjetivo y objetivo en el principio de ubicuidad, entendido éste como *lugar de*

³⁰ En cuanto a la consecuencia incluso KUNIG y UERPMANN, *Jura*, 1994, pp. 186 y 193, que, sin embargo, exigen equivocadamente la punibilidad acorde con el derecho del lugar del hecho en vez de con el lugar del resultado; se trata de hecho de una doble idéntica punibilidad con arreglo al lugar del acción y del resultado, consideradas ambas jurídicamente como lugar del hecho.

³¹ AKEHURST, *Jurisdiction in international law British Year Book of International Law (BYIL)*, 46, 1972/973, pp. 145 y 152.

³² *International Law Reports (ILR)*, 1996, pp. 148 y 177.

³³ *Ibid.*, pp. 196 ss.

³⁴ *Ibid.*, pp. 175 s. El art. 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (EGV) se refiere a acuerdos y comportamientos que tengan como efecto una alteración de la competencia dentro del Mercado Común (cursivas mías).

³⁵ *Ibid.*, pp. 177 ss.

³⁶ MENG, «Regeln über die Jurisdiktion der Staaten im amerikanischen Restatement (Third) of Foreign Relations Law», *Archiv des Völkerrechts, (AVR)* 27, 1989, pp. 156 y 183; referencias a tratados internacionales en OEHLER, *Neuerer Wandel in den Bestimmungen über den strafrechtlichen Geltungsbereich in den völkerrechtlichen Verträgen*, *Festschrift Carstens*, 1984, pp. 436 ss.

³⁷ Del mismo modo MENG, nota 36, p. 183; cfr. sobre la problemática de las fuentes en el Derecho internacional también AMBOS, «Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen», *AVR*, 37, 1999, pp. 328 ss.

comisión del hecho, tanto *lugar de la acción* (territorialidad subjetiva), como también *lugar del resultado* (territorialidad objetiva). Para el § 9 inc. 1, 3.^a alternativa del CP alemán (Strafgesetzbuch —StGB—) bastaría incluso con la mera intención de causar del resultado.

b) El principio del pabellón

El principio del pabellón atribuye el poder soberano sobre buques, aeronaves y vehículos espaciales al Estado cuyo pabellón enarbolan o bajo el que estén registrados; del punto de vista del Derecho internacional poseen su «nacionalidad». El Estado del pabellón ejercita por ello el *ius puniendi* sobre hechos realizados en los buques o aeronaves, con independencia de en qué lugar se consumen o cuál sea la nacionalidad de los autores. En consecuencia, el § 4 del CP alemán dispone que el Derecho penal será aplicable a los hechos cometidos en una aeronave o buque alemán. El principio del pabellón fue reconocido ya en el caso «Lotus»:

«Es ciertamente correcto, que (...) los buques en alta mar sólo están sometidos al poder del Estado, cuya bandera enarbolan»³⁸.

Sin embargo, su reconocido *parentesco* con el principio de territorialidad se limita a la posible extensión de la competencia penal pero no implica ninguna ampliación del territorio nacional:

«... un buque en alta mar resulta *equiparado* al territorio del Estado cuyo pabellón enarbola; pues, *como en ese territorio*, el Estado ejerce allí su poder y ningún otro Estado podrá hacerlo»³⁹.

Del punto de vista del Derecho internacional el principio del pabellón no es sino una pragmática extensión *extraterritorial* de la soberanía y del *ius puniendi*, para así evitar, por razones de orden y protección, lagunas de competencia penal en alta mar o en el espacio aéreo. Esto lleva consigo que se produzca en el mar territorial una competencia concurrente con la del Estado ribereño. El art. 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar dice en consecuencia:

«La jurisdicción penal del *Estado ribereño* no debería ejercerse a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial, salvo en los siguientes casos...».

³⁸ PCIJ, nota 2, pp. 24 ss.

³⁹ PCIJ, nota 2, pp. 25 (cursivas mías).

Falta ciertamente una previsión análoga a la de este artículo aplicable a las aeronaves, pero según la opinión dominante les es aplicable el principio del pabellón también cuando se encuentran todavía en tierra⁴⁰.

2. El principio de personalidad activa

En el principio de personalidad activa el *ius puniendi* se conecta con la *nacionalidad del autor*, con independencia del lugar del hecho. La implícita aplicación extraterritorial del Derecho nacional a los propios nacionales por hechos cometidos fuera del territorio nacional radica en el principio internacional de *soberanía personal* (principio de personalidad, *principle of nationality*). Tal principio está reconocido en Derecho internacional y se ha extendido también en el Derecho extranjero, al generarse la necesidad práctica de recurrir a él, especialmente en aquellos sistemas jurídicos que prohíben la extradición de los propios nacionales; o sea, de modo particular, en los del ámbito jurídico continental europeo, a los que siguen la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Así, el art. 16, inc. 2, de la Ley Fundamental alemana establece que un alemán, como regla, no puede ser entregado a un país extranjero. Se exceptúa sólo la entrega a Estados de la Unión Europea o a la Corte Penal Internacional. Por tanto, si un alemán incurre en un delito fuera del territorio de la Unión Europea, podría eludir la persecución penal, con sólo regresar a Alemania y apelar a la mencionada previsión de la Ley Fundamental.

Al someterse en el extranjero a los nacionales propios al *ius puniendi* nacional, sin exigir una idéntica *norma penal* el lugar del hecho, o sea, la doble incriminación de la conducta (principio absoluto de personalidad activa), se entra en conflicto con el Derecho internacional de extranjería y con la pretensión de soberanía del Estado territorial. Si se supone que el extranjero debe observar el ordenamiento jurídico del Estado territorial o Estado receptor, al que normalmente se dirigió por propia voluntad, sometiéndose también de acuerdo con el principio de territorialidad a su *ius puniendi*, no le parecerá razonable verse perseguido por su Estado de origen por una conducta que no sea punible en el Estado receptor, en el que en ese momento reside. El *ius puniendi* que pretende ejercer su Estado de origen no respeta a la vez el ordenamiento jurídico del Estado receptor, en la medida en que no tiene en cuenta su decisión de no considerar punible la conducta en cuestión. Con este trasfondo, el principio absoluto de personalidad activa sólo puede justificarse con una *sobrevaloración ideológica* de la con-

⁴⁰ AMBOS, en *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, 2003, nota *, § 4, nm. 12.

xión entre Estado de origen y autor, vinculada a un punto de vista basado meramente en la nacionalidad; primaria, pues, el *deber de lealtad* al país de origen⁴¹. Pesa en éste más la realización de planteamientos valorativos jurídico-penales que el respeto al principio de no intervención.

El planteamiento de un Estado con querencia autoritaria, que cobra así expresión, ha sido clásicamente rechazado por el Derecho internacional por su escaso respeto al principio de no intervención⁴², ya que subordina totalmente el individuo a la voluntad estatal. Esto es *plenamente* inaceptable para el Derecho internacional, cuando el principio absoluto de personalidad activa —como ocurrió durante el nacionalsocialismo con su decreto del ámbito de validez del Derecho penal alemán (*Geltungsbereichsverordnung*) del 6 de mayo de 1940⁴³— se convierte en la regla⁴⁴. Como *resultado* de ello se deriva que el principio de personalidad activa sólo no ofrece inconveniente para el Derecho internacional cuando, más allá de la nacionalidad del autor, o bien exige una idéntica norma penal del lugar del hecho (doble incriminación) o se combina con otro punto de conexión más aceptado. Sólo entonces cabe hablar de un *principio de personalidad activa limitado* que es compatible con el Derecho internacional y puede también jugar en interés del Estado territorial, en la medida en que éste descarga a su justicia penal.

Una variante del principio de personalidad activa es el *principio del domicilio*. La *raison d'être* de este principio radica en que la concesión de la nacionalidad por un Estado no constituye automáticamente un punto de conexión suficiente desde el punto de vista del Derecho internacional. La Corte Internacional de Justicia, en el llamado caso «*Nottebohm*»⁴⁵, lo formuló del siguiente modo:

«nationality is a legal band having at its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence of reciprocal rights and duties».

⁴¹ WEBER, *Deutsches Steuerrecht*, 1940, pp. 182 y 186; DOEHRING, nota 20, nm. 814; SCHRÖDER, «Grundlagen und Grenzen des Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht», *Juristenzeitung (JZ)*, 1968, p. 241; crítico también JESCHECK, nota 10, pp. 75 y 83 s.); VOGLER, *Entwicklungstendenzen im Intern. Strafrecht Festschrift Maurach*, 1972, pp. 595 y 597 s.); OEHLE, *Internationales Strafrecht*, 1983, nm. 139; GRIBBOHM, nota 9, nm. 132.

⁴² También crítico, COUNCIL OF EUROPE, nota 15, pp. 27 s.; JESCHECK, nota 10, pp. 75 y 80 ss.

⁴³ *Reichsgesetzblatt (RGBl)*, 754; al respecto BGH, 4, *Strafrecht (StR)* 339/51 = *NJW*, 1951, p. 769.

⁴⁴ Sobre su carácter antijurídico internacional también MAYER, *Völkerrecht und internationales Strafrecht Juristenzeitung (JZ)*, 1952, pp. 609 s.; ROSSWOG, nota 10, pp. 173 ss. y 175, con referencias adicionales; ESER, nota 9, nm. 3; LEMKE, nota 22, nm. 4.

⁴⁵ *ICJ Reports*, nota 11.

La doctrina considera generalmente este principio como una extensión del principio de personalidad activa. Esto es solamente correcto si el domicilio opera como alternativa al criterio de la nacionalidad. Si para determinar la personalidad se exigen ambos, nacionalidad y domicilio, operando los dos criterios acumulativamente, la exigencia del domicilio implicaría una restricción de la personalidad. Esto es el caso del § 5, núm. 9, del Código Penal alemán: «...cuando el autor es alemán en el momento de producirse el hecho y tiene sus medios de subsistencia en el ámbito espacial de validez de esta ley» (cursiva mía).

En resumen, se puede concluir que el principio de personalidad activa es legal y legítimo, si se exige la punibilidad de la conducta en el lugar del hecho y si existe, además de la nacionalidad, una incardinación del autor al país de origen. En este caso, el principio no precisa ninguna restricción adicional, ni tampoco ha de combinarse con otros puntos de conexión⁴⁶.

3. El principio de protección

De acuerdo con el principio de protección (*protective principle*) se amplía el *ius puniendi* nacional también a hechos que lesionan o amenazan bienes jurídicos internos, con independencia de dónde y a través de quién se produzcan. En la práctica, este principio incluye en particular hechos realizados en el extranjero y por extranjeros contra bienes jurídicos nacionales. Cabe distinguir dentro del principio de protección entre un principio de protección entendido como *garantía jurídica del Estado (principio real)* y un principio de protección como *garantía jurídica individual (principio de personalidad pasiva)*.

a) El principio real

No hay ya prácticamente en la actualidad autores que nieguen de modo categórico validez al principio real; es reconocido por el Derecho consuetudinario internacional y se ha extendido también en el Derecho comparado. Late en el fondo la reflexión correcta de que ningún Estado puede verse impotente, obligado a presenciar pasivamente atentados a su integridad política y militar mientras que, como es frecuente, el Estado territorial o no puede perseguirlos por falta de punibilidad o, por razones políticas, renuncia a hacerlo.

* No obstante, HOYER en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Loseblattsammlung*, 2001, 7.^a ed., nm. 20, no tiene en conjunto suficientemente en cuenta, el planteamiento jurídico-internacional.

En un voto particular del citado caso «Lotus», el juez Finlay expresaba su opinión discrepante:

«El Derecho internacional no reconoce la dictaminada competencia de protección (...) Si algún Estado quiere contar con autorización al respecto, debe, pues, lograr a través de acuerdos el consentimiento de los otros Estados afectados»⁴⁷.

En los famosos casos de espionaje entre las dos Alemanias, la República Federal debería de acuerdo con ello haber acordado un tratado jurídico-internacional con la antigua RDA para que ésta procesara por vía penal a los propios agentes del Ministerio para la Seguridad (Ministerium für Staatssicherheit), que fueron entrenados y pagados para actuar contra la República Federal; situación apenas concebible, como el Tribunal Constitucional alemán ha reconocido en su sentencia sobre el particular:

«El Estado, que ha creado y mantenido tal servicio, no puede a la vez amenazar con penas a sus colaboradores y agentes»⁴⁸.

Como es el autor quien pone de manifiesto a través de sus propios hechos su relación con el Estado afectado, y éste —en práctica situación de legítima defensa— tiene que poder defenderse de él por sí mismo, se puede renunciar a la exigencia de una idéntica norma del lugar del hecho (principio de doble incriminación). Ello lleva al Tribunal Constitucional Federal alemán en su ya citada sentencia sobre espionaje a afirmar:

«Es preciso partir de que la República Federal alemana, precisamente cuando tenían lugar los hechos de referencia, se veía particularmente expuesta, por su significativo papel como aliado occidental, a operaciones de los servicios de información enemigos, con los peligros consiguientes. Dada la dimensión organizativa transnacional de los modernos servicios secretos y de su actividad de investigación, que afecta a todos los pormenores del Estado, estaba claramente legitimada para proteger penalmente la seguridad de su propio Estado, también de modo amplio contra las operaciones que desde el exterior llevaban a cabo los servicios secretos extranjeros»⁴⁹.

En dicha medida, de lo que se habría tratado era de perseguir «esa legítima finalidad de protección»⁵⁰.

⁴⁷ PCIJ, nota 2, p. 56 (cursivas mías).

⁴⁸ BVerfGE 92, 277, p. 319.

⁴⁹ BVerfGE 92, 277, pp. 317 s.

⁵⁰ Ibid.

Sin embargo, está claro que el Estado agredido no puede, apelando a un estado de legítima defensa, llevar a cabo de modo *ilimitado* intervenciones en el territorio del Estado del lugar del hecho aplicando su *ius puniendi* para preservar de dichos atentados todos los «bienes internos» imaginables⁵¹. Desde el punto de vista del Derecho internacional, ha de tratarse más bien de atentados que lesionan o amenazan la *seguridad y existencia* del Estado. Pues el principio real se refiere, en efecto, a hechos llevados a cabo por extranjeros en el extranjero y requiere por ello (¡principio de no-intervención!) un legítimo punto de conexión intraestatal.

b) *El principio de personalidad pasiva*

Más fundamental es la crítica a la extensión del *ius puniendi*, por la vía del principio de personalidad pasiva⁵². Tal principio implica la persecución de un extranjero por la justicia del Estado de la víctima, pretendiendo el ejercicio de su *ius puniendi* sobre un hecho realizado en el extranjero contra uno de sus nacionales.

Desde un punto de vista *material*, tal extensión del *ius puniendi* resulta, cuestionable, ante todo porque *no* se trata aquí —a diferencia del principio real— de *proteger la existencia* del país de origen; por lo que éste sólo puede hacer valer un interés más débil por la persecución y el posible enjuiciamiento. Además, en la medida en que la relación entre el Estado de origen y el territorio estatal ajeno sólo surge a través del atentado contra el nacional del Estado de origen, ésta no existe —como ocurría con el principio de personalidad activa— en cualquier momento, ni en particular antes de la comisión del hecho. Finalmente, el Estado de origen aplica su Derecho penal a autores extranjeros, que con frecuencia ni saben que han atacado a un extranjero y que por ello van a verse sometidos al Derecho del país del que sea nacional, ni conocen ese Derecho. Las fricciones con el principio de culpabilidad que esto conlleva sólo pueden atemperarse con la exigencia de que exista una *norma penal idéntica del lugar del hecho*⁵³, ya que si la conducta inculpada es también punible en el lugar del hecho, no debe el autor verse sometido —al menos sin su consentimiento— a un ordenamiento jurídico extranjero; podría también ser penado de haber cometido el hecho contra un nacional de su propio Estado (del lugar del

⁵¹ Sin embargo, en este sentido, ESER, nota 9, nm. 7; de manera semejante, GRIBBOHM, nota 9, nm. 129.

⁵² ESER, nota 9, nm. 7; LEMKE, nota 22, nm. 11.

⁵³ Sobre ello también OEHLER, nota 41, nm. 127 y s., 666 y s.; PLUTTE, *Zum Umfang der nach, § 7 StGB, erforderlichen Prüfung ausländischen Strafrechts* 1982, pp. 41 ss. y 51; GRIBBOHM, nota 9, nm. 130; LEMKE, nota 22, nm. 11; referencias al Derecho comparado en OEHLER, *ibid.*, nm. 632 y ss.

hecho). Si él *yerra* acerca de la nacionalidad (extranjera) de su víctima, y, en consecuencia, sobre el Derecho (adicionalmente) aplicable, no puede resultar afectado, ya que sólo puede verse sancionado si su conducta fuera también punible según el Derecho nacional.

Si bien cabe dar satisfacción al principio de culpabilidad desde esa perspectiva *jurídico-individual* del autor, no se eliminan plenamente con ello las *dudas jurídico-internacionales* suscitadas por el principio de personalidad pasiva. Pues la exigencia de norma idéntica del lugar del hecho no altera la realidad de que el *Estado de origen*, con su pretensión de ejercer el *ius puniendi* sobre conductas contrarias a sus nacionales realizadas en el Estado del lugar del hecho, afecta a ese ámbito de soberanía y somete a su Derecho penal a ciudadanos extranjeros. Esto no sólo expresaría una desconfianza hacia la justicia penal extranjera, sino que provocaría conflictos de jurisdicción en vez de evitarlos. La «intervención» implícita en todo ello podría verse atemperada si se toma conciencia de que el ordenamiento jurídico del Estado del lugar del hecho es fundamento (primario) de la jurisdicción penal, en vez de ignorarlo como ocurre con una extensión del *ius puniendi* sin la existencia de una idéntica norma del lugar del hecho. Desde un punto de vista jurídico-internacional, de todo ello deriva simplemente el reconocimiento de la exigencia de la *lex loci*, por razones tanto jurídicas como políticas, mientras un principio de personalidad pasiva concebido de modo *absoluto* sería *contrario al Derecho internacional*⁵⁴.

Protección del *Estado*, en el sentido del principio real, y protección de los *nacionales*, en el sentido del principio de personalidad pasiva, tienden a confundirse a veces. Buen ejemplo de ello ofrece el ejercicio del *ius puniendi* por el país de origen ante conductas punibles realizadas contra sus diplomáticos. Cabe fundarlas tanto desde una perspectiva de protección del Estado como desde otra de protección de los individuos, ya que los diplomáticos son tanto representantes oficiales del Estado de origen como nacionales suyos. En tales casos cabe hablar de la existencia de un doble punto de conexión de los diplomáticos con el Estado de origen, que hace retroceder al principio de no intervención.

4. El principio de jurisdicción universal

El principio de jurisdicción universal⁵⁵ permite una persecución extraterritorial a nivel mundial, con independencia de cuál sea el lugar

⁵⁴ En tal sentido la mayor parte de la literatura alemana, cfr. WENDT, nota 13, pp. 7 s., y 44 ss., que sigue en sus consecuencias este planteamiento, p. 118; también ROSSWOG, nota 10, pp. 179 ss., 181, 184 y 190.

⁵⁵ Sobre sus fundamentos teóricos e históricos cfr. HENZELIN, nota 24, pp. 33 ss.

del hecho y la nacionalidad del autor o de la víctima. En tal sentido resulta idéntico al principio de justicia criminal supletoria. Sin embargo, en el principio de justicia criminal supletoria el Estado enjuiciador ha de obtener el consentimiento del Estado del lugar del hecho, propiamente competente en razón del principio de territorialidad. El *ius puniendi* del Estado enjuiciador es en este sentido *derivado*: es el Estado del lugar del hecho el que finalmente decide si el Estado enjuiciador debe extender su *ius puniendi* al hecho en cuestión. El Estado enjuiciador aparece como «representante» del Estado del lugar del hecho. Éste se refuerza con la exigencia de una idéntica norma del lugar del hecho (*lex loci*). El principio de universalidad va, sin embargo, más allá. No sólo renuncia a la exigencia de una idéntica norma del lugar del hecho (*vid.* el § 6 CP alemán: «El Derecho penal alemán se aplica (...) con independencia de la ley del lugar del hecho»). También se excluye cualquier posible influencia del Estado del lugar del hecho. El Estado enjuiciador no ejerce su *ius puniendi* supliendo o representando al Estado del lugar del hecho, sino legitimado de modo *originario*.

En el principio de jurisdicción universal debemos diferenciar dos *vías de fundamentación*: un Estado puede perseguir un hecho cometido fuera de su territorio, porque su comisión vulnera determinados *bienes jurídicos universalmente reconocidos*. Un hecho tal afecta no sólo al Estado nacional relacionado con el hecho, sino a la comunidad de Estados o a la humanidad en cuanto tal, pues quebranta valores fundamentales comunes. Esto se reconoce particularmente a la hora de proteger los *derechos humanos fundamentales*, al derivar de ellos un efecto *erga omnes* que hace que su protección no se realice sólo en interés de un Estado determinado. Se excluye ante este panorama la vulneración del principio de no intervención: el respeto a los derechos humanos fundamentales no es asunto interno de un Estado. Al ser una cuestión que afecta a toda la humanidad, sobre tales asuntos no pueden darse Derechos de soberanía nacional. Por ello, éstos tampoco pueden vulnerarse cuando un Estado, en el marco del principio de jurisdicción universal, extiende su *ius puniendi* a un hecho cometido en el extranjero. En consecuencia, en lo que respecta al tipo penal del *genocidio*, dice ESER de modo contundente: «Sobre el Derecho a la vida de sectores de la humanidad no se pueden dar Derechos exclusivos de soberanía nacional»⁵⁶. Ahora bien, si el principio de no intervención ni siquiera resulta afectado, tampoco será exigible, para el ejercicio del *ius puniendi* en el marco del principio de jurisdicción universal, ningún punto de conexión interno que legitime la intromisión en la soberanía nacional de otro país; pues no es viable ya en este contexto una pretensión de soberanía nacional por parte de ese otro país.

⁵⁶ ESER, «Völkermord und deutsche Strafgewalt», en *Festschrift Meyer-Gossner*, 2001, p. 19.

Por otra parte, el principio de jurisdicción universal enlaza con hechos que lesionan, o al menos amenazan, los *intereses de seguridad* no sólo del Estado enjuiciador, sino también de otros Estados; en esta línea defiende comunes intereses de seguridad de todos los Estados, especialmente en ámbitos, como en alta mar, que no se hallan bajo ningún poder soberano. Un ejemplo clásico es la persecución de la *piratería*, que a todo Estado compete; lo mismo ocurre más recientemente con la persecución del *terrorismo* internacional, que en última instancia amenaza la seguridad de todos los Estados, incluso y de modo particular en su propio ámbito de soberanía⁵⁷. Con esto como fondo, se excluye también la violación del *principio de no intervención* en estos casos: ningún Estado puede pretender ejercer su soberanía en perjuicio de la seguridad de un Estado o de la comunidad de Estados. En consecuencia, también aquí resulta superflua la existencia de un legítimo punto de conexión interno.

En lo que se refiere a *delitos concretos*, que protejan esos bienes jurídicos universalmente reconocidos, hay que aludir ante todo a la enumeración contenida en el ya mencionado Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁵⁸. La tarea de la CPI consiste, según el art. 1 del Estatuto de Roma, precisamente en «ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional». Como tales se consideran, de acuerdo con el art. 5.1 aquellos «... más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto». De acuerdo con ello se incluyen entre los delitos internacionales, ante todo, el *genocidio* (art. 6) y los *crímenes de lesa humanidad* (art. 7). Entre estos últimos se incluyen la *esclavitud* y el *tráfico de seres humanos*. Finalmente, se alude en el art. 8 del Estatuto a los crímenes de guerra (internacionales o no). Es común a todos ellos la necesidad de ser perpetrados de modo colectivo y organizado, por lo que acarrear regularmente un elevado número de víctimas. Junto a ellos suelen darse hechos individualizados, que suelen provocar pocas víctimas. Éstos no están recogidos en el Estatuto de Roma, pero, no obstante, en la medida en que constituyan graves violaciones de derechos humanos, son igualmente objeto del principio de jurisdicción universal. Entre éstos se incluyen la *tortura*, las *ejecuciones extrajudiciales* y la llamada *desaparición forzada de personas*.

Resulta dudoso si los delitos relativo al *tráfico de drogas* caen también bajo el principio de jurisdicción universal. Pese a que estos hechos han sido criminalizados de modo amplio por los correspondientes

⁵⁷ Cfr. más detalladamente AMBOS, nota 40, «Vorbemerkung» (comentario preliminar) a los §§ 3-7, nm. 55, especialmente en referencia a las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas después del 11 de septiembre de 2001.

⁵⁸ Ver *supra* nota 25.

acuerdos jurídico-internacionales⁵⁹, sería ir muy lejos, a la vista de las divergencias entre las políticas nacionales sobre drogas y las legislaciones penales sobre el particular —en concreto, en el ámbito jurídico europeo respecto al norteamericano— someter al principio de jurisdicción universal a cualquiera de las conductas contempladas en acuerdos internacionales: desde la mera posesión al tráfico transfronterizo, pasando por la venta limitada a locales específicos. En cualquier caso, podría decir que tanto los acuerdos internacionales como las numerosas formas de cooperación policial y judicial expresan la voluntad de la comunidad de Estados de luchar en común y sin límites de frontera contra el tráfico de drogas internacional. Los hechos relacionados con este tráfico internacional caerían, por tanto, bajo el principio de jurisdicción universal⁶⁰. Por lo demás, dada su vinculación con el tráfico de estupefacientes, se ha ido llevando a cabo a nivel mundial —con fundamento en el Convenio de Viena sobre Drogas de 1988⁶¹— una penalización del *blanqueo de dinero*⁶²; lo que permitiría situarlo también bajo el principio de jurisdicción universal, sobre todo cuando entra en juego bajo las formas de la llamada criminalidad organizada⁶³.

5. El principio de la justicia criminal supletoria

El principio de la justicia criminal supletoria colma en primer lugar lagunas en la persecución de los delitos, que surgen cuando su autor se fuga a otro Estado para eludir la pena. En tales casos la persecución penal podría tropezar con que el autor, por *razones jurídicas o fácticas*, no puede ser entregado por el Estado que lo capturó al Estado del lugar del hecho. Como razones que se oponen a una extradición se mencionan al aplicarse el Derecho penal alemán, según el § 7.II.2 del Código Penal, que «una solicitud de extradición no se plantea o es rechazada o no puede ejecutarse». De esta manera, entonces, un extranjero podría eludir la condena en el Estado del lugar del hecho. Tampoco resultaría posible la condena en el Estado que lo capturó: si los delincuentes y las víctimas son extranjeros, falta un legítimo punto de conexión interno, que pueda fundamentar el ejercicio de su *ius puniendi*. En consecuen-

⁵⁹ Cfr. AMBOS, nota 40, § 6 nm., p. 14.

⁶⁰ Con idéntica consecuencia GRIBBOHM, nota 9, nm. 135; también *Princeton Principles on Universal Jurisdiction* («Princeton Principles») 2001; www.princeton.edu/~lapa/univ_jur.pdf, Principle 1.1, p. 48 («candidates»).

⁶¹ «Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas» de 20 de diciembre 1988, BGBl. 1993 II, p. 1136, 1994 II, p. 496, art. 3 (1) (b), c) (i).

⁶² Cfr. más detalladamente AMBOS «Internationalisierung des Strafrechts: das Beispiel „Geldwäsche“», ZStW, 114, 2002, pp. 236 y ss.; del mismo autor, nota 40, § 6, nm. 28.

⁶³ Cfr. también HENZELIN, nota 24, pp. 324 ss. y 333, que quiere amparar con el principio de justicia universal la confiscación de los bienes ilegalmente obtenidos.

cia, el principio de justicia criminal supletoria renuncia también a fundarse en un legítimo punto de conexión interno.

Como ya hemos señalado (III. 4), si el concepto de justicia criminal supletoria se toma en serio, el Estado que capturó o enjuició ejerce el *ius puniendi* por *representación*, es decir, en cumplimiento de la *voluntad* del Estado del lugar del hecho o Estado de origen. Una representación eficaz desde un punto de vista jurídico-internacional presupone más que la mera inviabilidad de la extradición y la *subsidiaridad* respecto al Estado del lugar del hecho o Estado de origen que de ella (de hecho) deriva. Pues éste puede, en efecto, renunciar a la persecución penal, sin mostrarse por ello conforme con la persecución en el Estado que lo capturó⁶⁴. Tampoco el requisito de la idéntica punibilidad en el lugar del hecho aclara nada sobre la voluntad real de persecución de ese Estado. Para verificar que existe y, en consecuencia, se está ejerciendo en realidad el *ius puniendi* de modo *supletorio* en nombre del Estado propiamente *competente*, es preferible obtener su *consentimiento*. El Estado del lugar del hecho tiene que transferir su *ius puniendi originario* al Estado que capturó al autor, posibilitando que ejerza un *ius puniendi derivado*. Se trata, por tanto, de una «extensión del *ius puniendi derivado*», de un «complemento subsidiario del *ius puniendi extranjero*». El principio no proporciona propiamente ningún punto de conexión idóneo para la aplicación del Derecho penal, sino que implica la colaboración entre el Estado que captura y el del lugar del hecho, configurando un *modelo de cooperación* que recuerda más a la asistencia judicial que a una extensión unilateral del *ius puniendi*. De esto también se deduce que las decisiones ejecutorias del Estado del lugar del hecho han de ser tenidas en cuenta por el Estado que capturó al autor (*principio de ejecución —Erledigungsprinzip—*)⁶⁵. Sólo entonces «se toma el (...) principio de representación (...) realmente en serio»⁶⁶. Con este fondo se excluye también una violación del *principio de no intervención*: si el Estado propiamente competente está de acuerdo en que otro Estado ejerza en su representación el *ius puniendi*, no puede en razón de dicha conformidad existir una intromisión en su derecho de soberanía.

Desde un punto de vista jurídico-internacional, el principio remite a la regla de GROCIO de *aut dedere aut punire*; hoy: *aut dedere aut iudicare*. Cabe encontrarla en numerosos acuerdos de Derecho internacional⁶⁷, en los que es norma que haya de cumplirse alternativamente la obligación de

⁶⁴ Acertadamente HENRICH, nota 13, p. 98; PAPPAS, nota 13, pp. 95 ss.

⁶⁵ Cfr. § 7.2 Proyecto alternativo de Código Penal alemán; JESCHECK, nota 10, pp. 75, 80, 91; VOGLER, *Geltungsanspruch und Geltungsbereich der Strafgesetze Geburtstagsgabe Grützn*, 1970, p. 157; JESCHECK y WEIGEND, § 18 III; sobre las consecuencias de la discrecionalidad punitiva, cfr. con más detalle, § 7, nm. 12 y ss.

⁶⁶ ESER, nota 9, § 7, nm. 17.

⁶⁷ Cfr. AMBOS, nota 40, Vor §§ 3-7, nota 381 y § 6 nm., pp. 11, 12, 14, 22 y ss.

extraditar o enjuiciar, de modo que sólo excepcionalmente se planteen de modo jerarquizado⁶⁸. Sólo en este caso cabe hablar *sensu stricto* de justicia criminal supletoria, dado que la *voluntad de persecución penal* del Estado del lugar del hecho, o su *consentimiento* para la persecución por el Estado que captura, deriva del correspondiente acuerdo.

El significado de la fórmula *aut dedere aut iudicare* también para la determinación del principio de justicia universal no debe empañar la constatación de que, de acuerdo con su concepción teórica, los fundamentos de la justicia criminal supletoria y del principio de jurisdicción universal no pueden ser más diferentes. En contra del punto de vista tradicional⁶⁹, está en juego más que la inviabilidad de la extradición, en el caso de la justicia criminal supletoria, o que la jurisdicción universal no dependa de la posibilidad de extradición. La justicia criminal supletoria en sentido estricto es *derivada*, como extensión del *ius puniendi* en *representación* y con el *consentimiento* del otro Estado. Dependiendo de la voluntad de persecución penal del Estado del lugar del hecho, el Estado que captura actúa, como ya hemos dicho, para él o en su lugar. Por el contrario, el principio de jurisdicción universal se basa en la idea de un *ius puniendi originario*, que existe respecto a determinados crímenes internacionales, con independencia de la voluntad del Estado del lugar del hecho, actuando el Estado que captura para o en lugar del conjunto de la *comunidad de Estados*. De ahí deriva en particular, como consecuencia, que impedir una impunidad jurídica o fáctica en el Estado del lugar del hecho no pueda ser cometido de la justicia criminal supletoria, sino sólo del principio de jurisdicción universal. Ello invita a hablar no de impunidad, sino de una consecuente *delimitación* de principios.

IV. CONCLUSIÓN

Retomando la diferenciación entre jurisdicción universal y justicia criminal supletoria se puede concluir que si la sociedad internacional quiere asegurar a escala mundial la punibilidad de determinadas conductas, ha de someterlas al principio de jurisdicción universal. Por otro lado, sirve de indicio del carácter internacional del correspondiente delito la posibilidad derivada de tratados internacionales o del Derecho consuetudinario de someter a juicio o extraditar al inculpatado, en línea con el *aut dedere aut iudicare*, pues la distinción teórico-conceptual de ambos principios no se refleja con plenitud en la praxis de los tratados jurídico-internacionales⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. AMBOS, nota 40, nm. 52, con nota 355.

⁶⁹ Cfr. DAHM, nota 13, p. 33; JESCHECK, nota 10, pp. 75 y 89, que parte de una aspiración alemana a ejercer su jurisdicción (*deutscher Strafanspruch*); OEHLER, nota 41, nm. 147, p. 818; GRIBBOHM, nota 9, nm. 144.

⁷⁰ Cfr. AMBOS, nota 40, § 6, nm. 20.

CAPÍTULO QUINTO

¿ES POSIBLE EL DESARROLLO DE UN DERECHO PENAL SUSTANTIVO COMÚN PARA EUROPA? ALGUNAS REFLEXIONES PRELIMINARES *

RESUMEN **

El camino hacia un Derecho penal común europeo —no obstante la tendencia política hacia la nueva «europeización» de nuestras leyes, frente al panorama de múltiples tratados referidos al crimen transnacional— se encuentra con obstáculos y dificultades. El análisis de ciertas cuestiones básicas de la Parte General y la Parte Especial de los ordenamientos penales de algunos sistemas jurídicos europeos confirma la necesidad de un trabajo comparativo previo a la posibilidad de armonización sustantiva de dichos ordenamientos. Los conceptos y métodos legales, así como los delitos, presentan diferencias considerables. Con respecto a la Parte General, las diferencias van desde la construcción del concepto de delito hasta el papel de la justificación para la exclusión, atenuación o exculpación de la responsabilidad penal y las diversas concepciones acerca de quién puede ser considerado como autor de un delito. Con respecto a la Parte Especial, una comparación apenas superficial de los delitos de asesinato, homicidio y hurto revela que existen diferentes concepciones en los diversos sistemas jurídicos. En cuanto a los nuevos delitos contenidos en la Garantía de Arresto Europea y la Constitución de la UE, es improbable que éstos existan en todos los Estados miembros de la UE tal como están consagrados en los instrumentos de ésta. De todo lo anterior se sigue que un Derecho penal europeo no puede ser introducido de la noche a la mañana, ignorando estas diferencias técnicas y otras de carácter sociocultural.

* Debo mi agradecimiento, por su valiosa información acerca de los países mencionados en este trabajo, a Inés Ferreira y Helena Morão (Portugal), Nikos Livos (Grecia), Peter Aldridge (Inglaterra), Xavier Pin (Francia), Paul Mevis y Bas Leeuw (Holanda), Dennis Miller (Italia), Kimmo Nuotio (Finlandia), Cristina Fernández Pacheco (España), Malin Thunberg-Schunke (Suecia). Agradezco también a Ola Olusanya (Berlín/Galway) y Marianne Gras (Göttingen) por refinar el inglés de este trabajo, y a Goodwin Morag, del *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, por completar la edición.

** Traducción de Susana Escobar Vélez, Universidad Eafit/Medellín, Colombia. Publicación original en el libro homenaje al profesor Hernando Londoño Jiménez, de Medellín, Colombia (Bogotá, Temis, 2005).

I. INTRODUCCIÓN: EL CAMINO HACIA UN DERECHO PENAL COMÚN EUROPEO

La época en la cual tenía sentido discutir acerca de la necesidad de un Derecho penal y procesal penal común europeo parece haber terminado de una vez y para siempre. El Consejo Europeo, escéptico en los años setenta ¹, en 1993 ² ya había recomendado un modelo de Código Penal y de Código de Procedimiento Penal europeo. Mientras que en ese momento la discusión sobre la necesidad de introducir más Derecho supranacional europeo —en vez de la (mera) cooperación cercana entre los Estados miembros— estaba todavía en proceso ³, actualmente, en vista del incremento de la criminalidad transnacional, los argumentos de eficiencia en la persecución penal han fortalecido claramente la tendencia hacia una mayor «europeización» de nuestras leyes. En efecto, resulta difícil argumentar a favor de las virtudes de un Derecho penal limitado por las fronteras de los Estados-nación europeos, si el propio crimen no respeta estas fronteras ⁴.

Se puede argumentar que la cooperación cercana, antes que la armonización, sirve a los mismos propósitos de una persecución más eficiente de la criminalidad transnacional, y que puede hacerlo incluso mejor. Sin embargo, éstos son argumentos del pasado. La *Realpolitik* europea ha reconocido por mucho tiempo la necesidad de un Derecho penal europeo. Los arts. 29 II y 31 I e) del Tratado de la Unión Europea hacen un llamado a la armonización de las normas penales en el ámbito de la criminalidad organizada, el terrorismo y el tráfico de drogas como sucedía ya en 1992. El art. III-271 (1) del recién adoptado Tratado de la Constitución de la Unión Europea (que todavía requiere la ratificación

¹ Vid. el Memorandum sobre un «Código Penal Modelo para Europa» (en adelante CPM) del profesor holandés ENSCHEDÉ [Consejo de Europa, Asamblea consultiva, Comité de asuntos legales, 23.3.1971, AS/Jur (22) 45] citando a Louis B. Schwartz: «No hay una especial virtud en tener leyes penales uniformes» (1963). Sobre los «muchos sistemas» en los Estados Unidos, véase SCHWARTZ, «The American Penal System: Spirit and Technique», en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science. Crime and the American Penal System*, 339, enero de 1962, pp. 1 ss.

² Vid. SIEBER, «Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch», *Juristen Zeitung*, 1997, p. 396, nota 2.

³ Vid., de un lado (más «europeo»), SIEBER, «Europäische Einigung und europäisches Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 957, 1991, p. 103 y, de otro (más «nacionalista»), WEIGEND, «Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur?», 105 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 105, p. 774, 1993. La problemática distinción entre «europeo» v. «nacionalista» proviene de SIEBER, «Einheitliches Europäisches Strafgesetzbuch als Ziel der Strafrechtsvergleichung», en G. DUTTGE et al. (eds.), *Gedächtnisschrift für Ellen Schläpfer*, Heymann, 2002, p. 110.

⁴ Cfr. SIEBER, nota *supra* 2, p. 370; *id.*, nota *supra* 3, p. 111.

de los 25 Estados miembros para su entrada en vigencia) ⁵ prescribe para las legislaciones europeas que se tracen unas reglas mínimas en cuanto a los delitos más graves, como el terrorismo, el tráfico de personas, la explotación sexual de mujeres y niños, el narcotráfico, el tráfico ilícito de armas, el lavado de activos, la corrupción, la falsificación de medios de pago, los delitos electrónicos y el crimen organizado. El Consejo de Ministros puede identificar otras áreas del crimen. Frente a este panorama, la pregunta no es «si» sino «cómo» se intentan promover estos desarrollos.

En efecto, la actual política criminal europea está basada en la idea de que la adopción de un Derecho penal común para Europa no es sólo necesaria, sino además *factible*. El *principio del reconocimiento mutuo*, piedra angular de la política criminal europea ⁶, supone la existencia del referido Derecho penal común, por lo menos en lo atinente a las conductas punibles estipuladas en la Garantía de Arresto Europea (en adelante EAW) ⁷. La EAW consagra un sistema bipartito de delitos para los cuales una garantía puede ser emitida. El art. 2 (2) enlista conductas que van desde delitos graves, como el terrorismo o el tráfico de personas, hasta otros menos graves, como la corrupción, los delitos electrónicos, el racismo y la xenofobia, la falsificación de medios de pago, el incendio, el sabotaje. Para estos delitos, una EAW «debe ser emitida» y, con ello, el principio de doble incriminación acaba siendo derogado. Adicionalmente, esta garantía «puede ser emitida para conductas sancionables (...) con un período máximo de al menos doce meses» o, cuando una sentencia ha sido proferida, «para sentencias que impongan una sanción de al menos cuatro meses» [art. 2 (1)]. De esta manera la EAW, al referirse a sentencias que impongan mínimo cuatro meses, cubre en efecto todos los delitos graves. Éste es, realmente, un ámbito de aplicación muy amplio. Además, el problema con el párrafo 2.º del art. 2 es que los delitos enumerados no son —como tampoco lo son, incidentalmente, los delitos enlistados en la Constitución de la Unión Europea— ni todos transnacionales, ni todos definidos de manera precisa. No está claro ni siquiera que existan como tales en todos los sistemas legales de la Unión Europea. Establecido esto, se requeriría una indagación adicional, la cual se ha iniciado en este trabajo sólo con

⁵ Téngase en cuenta que varios Estados (por ejemplo, España, Francia, Países Bajos, Inglaterra) deben someter el tratado al voto popular mediante plebiscito, asunto desde luego arriesgado como muestra el rechazo dado al mismo por el pueblo francés, con 55 por 100, el 29 de mayo de 2005, y, también, por los Países Bajos, con 63 por 100, el 1 de junio de 2005.

⁶ El art. I-42 de la Constitución de la UE defiende un área de libertad, seguridad y justicia por la confianza, *inter alia*, en el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales y extrajudiciales (lit. b). Cfr. también VOGEL, en este sentido.

⁷ *N. de la trad.*: Se han querido conservar las iniciales del original, correspondientes a la denominación European Arrest Warrant.

⁸ Decisión marco del 13 de junio de 2002, OJ L 190/1, de 18 de julio de 2002.

respecto a algunos delitos básicos. No es suficiente derogar el principio de doble incriminación en virtud de un mandato europeo; en lugar de eso, en orden a que un Estado de la Unión Europea reconozca la decisión judicial de otro basada en uno de estos delitos —y, más importante aún, el arresto de una persona con fundamento en una EAW— debe existir alguna clase de *semejanza o posibilidad de comparación del contenido* de los delitos en cuestión.

Un punto adicional a tener en cuenta es que la posibilidad de comparación de los sistemas nacionales no se requiere únicamente con respecto a los delitos referidos (lo que es conocido como la «Parte Especial» de un Código Penal), sino también en relación con las reglas generales de imputación (la «Parte General»). La importancia de la Parte General ha sido descuidada por mucho tiempo⁸. Esto lo ha dejado claro la propia EAW cuando se refiere a la «participación en una organización criminal» [art. 2 (2)], esto es, una forma de participación llamada a ser regulada en la Parte General. En términos generales, la importancia de la Parte General viene dada por la relación natural de la Parte General y Especial en cualquier sistema jurídico-penal, no obstante las diferencias terminológicas. La Parte General y la Especial están interrelacionadas; la primera no puede ser entendida sin recurrir a la segunda y, más importante en nuestro contexto, el alcance de la criminalización en la Parte Especial depende de las reglas de la Parte General⁹. Un ejemplo clásico de esto es el de la responsabilidad por la conspiración para cometer un delito¹⁰. Los sistemas que aceptan la aludida responsabilidad son, en este sentido, más represivos que aquellos que no lo hacen, toda vez que la conspiración para cometer un delito tiene lugar antes de su efectiva comisión, esto es, se corresponde con un típico acto preparatorio. Entre los sistemas que adoptan esta forma de responsabilidad (¡la gran mayoría!)¹¹ se debe distinguir entre aquellos que consagran una forma limitada de conspiración (complot, por ejemplo, una ofensa o transgresión premeditada) y aquellos que poseen una forma ilimitada que básicamente castiga el pensamiento maldoso o perverso, o el plan de los conspiradores. En un más elevado y abstracto nivel, la cuestión es cómo son tratados los actos preparatorios en

⁸ Vid. por ejemplo, SIEBER, *supra* nota 2, p. 375, quien dedica sólo unas pocas líneas a la Parte General.

⁹ Esto es reconocido de manera evidente por la doctrina penal mayoritaria. Vid., principalmente, FINCKE, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Schweitzer, 1975; ESER, «Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung», en ALBRECHT et al. (eds.), *Festschrift für Günther Kaiser*, Duncker & Humblot, 1998, p. 1525.

¹⁰ Vid. con respecto al art. 8, *Corpus Juris Sicurella*, Derecho penal, Parte especial, arts. 1-8 en DELMAS-MARTY y VERVAELE (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, vol. 1, Intersentia, 2000, pp. 232 ss.

¹¹ Cfr. art. 4 *Corpus Juris*, en DELMAS-MARTY y VERVAELE (eds.), *ibid.*, 190; § 5.03 MPC (American Law Institute, 1985, p. 382 ss.); § 11.5, *Criminal Code Act 1995*, Australia (www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ccal995115).

los diferentes sistemas jurídico-penales. Adicionalmente, está la pregunta acerca de los límites entre los actos preparatorios y la tentativa¹² y, como consecuencia, acerca de cuándo surge la punibilidad de la tentativa¹³. Para responder a esta pregunta sería necesario un completo estudio comparativo. En realidad, dadas las diferencias entre los sistemas de Derecho penal dentro de la Unión Europea, los estudios comparativos deberían ser el primer paso para establecer un campo común e indicar dónde son necesarios y posibles los compromisos. Dichos estudios no son, de ningún modo, una tarea fácil. Aparte de los problemas generales que presenta la investigación comparada¹⁴, la combinación de más de 20 idiomas y culturas legales diferentes requiere muchas aclaraciones preliminares antes de abordar los problemas de Derecho sustantivo. Adicionalmente, estos estudios no pueden ser llevados a cabo por personas que trabajen de manera individual, sino únicamente por un grupo de expertos de todos los Estados miembros de la Unión Europea, que estén capacitados para trabajar juntos como un equipo y se encuentren preparados para aprender de cada uno. La dependencia sociocultural del Derecho (penal)¹⁵ requiere soluciones transnacionales que van más allá de las cuestiones de pura técnica legal, de «dogmática», de Derecho «correcto» o «incorrecto»¹⁶. Aun si existiera un sistema dogmático de imputación penal superior a todos los demás (lo que algunos autores ven en el sistema alemán)¹⁷ no puede, sin más, ser aplicado a un Derecho penal común europeo¹⁸; en efecto, las circunstancias socioculturales y el contexto de todos y cada uno de los sistemas jurídico-penales deben ser tomados en cuenta.

Estas consideraciones todavía preliminares muestran que el camino hacia un Derecho penal común europeo, no obstante ser deseable, se encuentra lleno de obstáculos y dificultades. Los conceptos y métodos deben ser armonizados antes de poder ser elevados a un nivel supranacional europeo. En cuanto a los nuevos delitos previstos como tales por la Unión Europea, es improbable que ellos existan en todos los Estados miembros, o al menos en la forma como han sido consignados en la

¹² Cfr. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrecht*, 2.^a ed., Duncker & Humblot, 2004, pp. 725 ss.

¹³ Vid. el trabajo fundamental de POLITOFF, *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

¹⁴ Originalmente, ESER, nota 8 *supra*, pp. 1500 ss.

¹⁵ Cfr. SIEBER, nota 2 *supra*, p. 373.

¹⁶ Sin embargo, vid. la posición «dogmática» de la Escuela finalista alemana, referida a una correcta (*richtige*) o falsa (*falsche*) Ciencia del Derecho penal. HIRSCH, «Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?», en SEEBODE (ed.), *Festschrift für Günter Spandel*, De Gruyter, 1992, p. 58.

¹⁷ Cfr. más recientemente SÁNCHEZ, «Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 151, pp. 679 y 683, 2004.

¹⁸ VOGEL, «Europäische Kriminalpolitik-europäische Strafrechtsdogmatik», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 149, pp. 517 y 524, 2002.

EAW y la Constitución. Las siguientes dos secciones confirmarán que es necesario un trabajo comparado antes de que la armonización sustantiva de los Derechos penales europeos sea factible; la primera sección considera la forma como se construye el concepto de delito, así como el papel de la justificación en la negación, disminución o exclusión de la responsabilidad, y las diversas concepciones acerca de la categoría de autor de un delito. La segunda sección utiliza los delitos de asesinato/homicidio y hurto para realizar una comparación de sus construcciones a través de los países de la UE.

II. REFLEXIONES SOBRE LA PARTE GENERAL

Si se quiere fijar el punto en el cual las Partes Generales de los Códigos de los Estados miembros de la Unión Europea pueden ser consideradas similares o incluso idénticas, se debe desarrollar primero un concepto de Parte General conveniente a dichos Estados, especialmente a aquellos que poseen una tradición propia del sistema del *common law* (Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda). Aunque en tiempos recientes ¹⁹ la necesidad de una Parte General ha sido cada vez más reconocida en los países que siguen la tradición del *common law* y hay un número creciente de trabajos doctrinales sobre ello, especialmente en Gran Bretaña ²⁰, los juristas del *common law* en general son todavía reacios a aceptar el término «Parte General» y prefieren hablar de «Principios Generales» ²¹ o «Derecho Penal General» ²². Ésta es sólo una cuestión terminológica. Es mucho más importante entender y respetar, recíprocamente, las diferentes aproximaciones hacia la Parte General en el *common law* y en el *civil law* y también entre los sistemas del *civil law*. Sin duda, el mutuo entendimiento y el respeto serían el fin o la meta de un proceso que debe iniciarse con el establecimiento y el reconocimiento de las diferencias. Desde luego, para este propósito puede ser útil esclarecer *tres preguntas claves*, que son decisivas para la construcción del concepto de delito. No obstante el éxito de una

¹⁹ FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, OUP (reimpresión), 1978, p. 393 ss.

²⁰ Vid., por ejemplo, para aspectos generales, ASHWORTH, *General Principles of Criminal Law*, 4.^a ed., OUP, 2003, pp. 96 ss.; SIMESTER y SULLIVAN, *Criminal Law: Theory and Doctrine*, 2.^a ed., Hart, 2003; vid., para los documentos respectivos, LACEY, WELLS y QUICK, *Reconstructing Criminal Law*, 3.^a ed., Lexis Nexis, 2003. Para contribuciones específicas, vid. SHUTE y SIMESTER, «On the General Part in criminal law», en *Criminal Law Theory*, OUP, 2002, p. 1; WILSON, *Central Issues in Criminal Theory*, Hart, 2002.

²¹ En efecto, la Parte General del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Parte 3) lleva el título de «Principios Generales de Derecho Penal».

²² Éste fue el título propuesto por el *Corpus Juris* 2000, en DELMAS-MARTY y VERVAELE (eds.), nota *supra* 9, p. 192.

* N. de la trad.: Se conserva la expresión utilizada en el texto original, para referirse a los sistemas jurídicos con una tradición romano-germánica.

aproximación como la referida, es claro que una Parte General europea no puede ser sobrecargada con construcciones dogmáticas abstractas y complicadas, sino que debe contener únicamente las reglas de imputación básicas y, generalmente, aceptadas. Como se dijo durante el proceso de elaboración de la Parte General del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aquélla debe ser «simple y fácil de aplicar y, al mismo tiempo, suficientemente rica en el aspecto conceptual para facilitar al juez la realización de todas esas distinciones que pueden jugar un rol en la administración de justicia penal» ²³.

1. ¿Existe una estructura común en la construcción del delito?

La escuela del pensamiento finalista (representada principalmente por el maestro alemán HANS WELZEL ²⁴) superó la distinción clásica y neoclásica entre el aspecto objetivo y subjetivo del delito (expresado todavía hoy en el *common law* por los clásicos términos latinos de *actus reus* y *mens rea*) ²⁵ al afirmar que la conducta humana está siempre orientada hacia un propósito, esto es, persigue un objetivo o meta cierta. De esto se sigue que el acto humano no es sólo una causa objetiva para un resultado o efecto dado, sino que determina el resultado obtenido y como tal posee un elemento subjetivo, esto es, el deseo, anhelo, conocimiento, etc., de que el acto causal produce un resultado cierto. En este sentido, la acción final es «vidente», mientras que la acción causal es «ciega» ²⁶. Si esto no fuera así, sería un ejercicio fútil tratar de dirigir o controlar la conducta humana a través de normas. En efecto, en el concepto de WELZEL, la habilidad del ser humano para autodeterminar su conducta es el prerrequisito de todas las normas legales ²⁷ —una aproximación que se encuentra con el concepto de AUSTIN de reglas y leyes como mandatos ²⁸—. La doctrina finalista va de la mano del reconocimiento de un concepto normativo de culpabilidad: la culpabilidad ya no es más (solamente) el intento de causar un

²³ JAREBORG, «Some Comments Remarks on the General Part of Professor Bassiouni's Draft International Criminal Code», 1980, *Revue internationale de droit pénal*, 52, p. 520, 1981.

²⁴ Cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., De Gruyter, 1969, pp. 33 ss. Sobre la vida y obra de Welzel, más recientemente LOOS, «Hans Welzel (1904-1977)», *Juristen Zeitung*, 2004, p. 1115.

²⁵ «*Actus non facit reum nisi mens sit rea*». En la tradición romana, este principio proviene del Derecho canónico (cfr. GROPP, *Strafrecht AT*, 2.^a ed., 2001, p. 97). Los doctrinantes del *common law* citan en este contexto al juez Edward Coke (1552-1634), vid. VOGEL, «Elemente der Straftat: Bemerkungen zur französischen Straftatlehre und zur Straftatlehre des common law», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 145, p. 136, 1998.

²⁶ WELZEL, nota *supra* 24, p. 33: «*Finalität ist (...), sehend, Kausalität, blind.*». N. de la T.: literalmente, significa: «la finalidad es vidente, la causalidad ciega».

²⁷ Vid. LOOS, nota *supra* 23, p. 1116 con fn. 22.

²⁸ AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, 13.^a impresión, Murray, 1920, p. 11.

resultado cierto, sino el reproche que se le hace al autor de la conducta. Si A mata a B, aquél pudo haber perseguido este resultado desde que sabía —elemento cognitivo— que al disparar una bala en el corazón de B le ocasionaría la muerte y además quiso —elemento volitivo— este resultado. De cualquier modo, otra cuestión es si la muerte de B puede serle reprochada a A si, por ejemplo, él actuó bajo el efecto de las drogas o sufre de una enfermedad mental.

Esta distinción entre injusto y culpabilidad tiene también consecuencias en relación con la relevancia del error y, sobre todo, con la ulterior distinción entre error de tipo y error de prohibición. En efecto, carecer del conocimiento de la ley constituye un error de prohibición y como tal deja intacto el dolo como parte del injusto. Si A suministra información incorrecta a una oficina pública en relación con la legitimidad para obtener un subsidio de la UE, pero no sabe que esto constituye un delito (fraude al subsidio económico, por ejemplo, parágrafo 264 del Código Penal alemán), él actúa ciertamente con intención respecto a los contenidos incorrectos de la información, y normalmente también sabrá que dicha información constituye el sustento de la decisión sobre el otorgamiento del subsidio y el nivel del mismo. Otra pregunta es si la ignorancia de la ley puede serle reprochada. La doctrina tradicional del *error de prohibición* o *ignorantia iuris*, todavía dominante en el *common law*, respondería sin más de manera afirmativa, toda vez que aquélla está basada en una *presunción de conocimiento* de la ley: ¡justed debe conocer la ley! El fundamento del *common law* como el Derecho de la gente pugna con un Derecho penal que no puede ser comprendido fácilmente por la mayoría de los ciudadanos. La creciente complejidad del Derecho penal muestra que la suposición del *common law* puede ser una ficción, pues no todos los delitos son «*mala in se*» y como tales conocidos por cada uno. En efecto, el amplio número de Derechos penales especiales produce más y más «*mala prohibita*» y lo mismo sucede con el creciente Derecho europeo, si se miran únicamente los delitos previstos por la EAW. Las cosas son más complejas aún si se incluyen las causales excluyentes de la responsabilidad penal (*defences*) en el análisis, dado que el alcance y algunas veces incluso la existencia de las mismas se desconoce por parte del ciudadano corriente.

Aunque el concepto finalista de la acción humana es generalmente considerado como uno de los más importantes avances en la comprensión del delito, no fue asumido por la doctrina penal universal, ni las consecuencias de esta construcción fueron aceptadas; esto es, la inclusión del dolo dentro de los elementos del tipo (*Tatbestand*), en el sentido de un *Tatvorsatz* (dolo de tipo), y el reconocimiento de la reprochabilidad como una categoría autónoma en el estrato de la culpabilidad. En efecto, no hay dentro de la Unión Europea un único concepto común para la construcción del delito, sino *tres sistemas*:

- Los países del *common law* (Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda) siguen la *clásica dicotomía* entre el aspecto objetivo (externo) y subjetivo (interno) del delito en el sentido de un *sistema bipartito*. De este modo, la responsabilidad penal requiere que el autor realice el *actus reus* y posea la correspondiente *mens rea*²⁹. No obstante, la inconveniencia de la distinción tradicional entre los conceptos de *mens rea/actus reus* es cada vez más y más reconocida, especialmente en la doctrina inglesa³⁰. Adicionalmente, la traducción literal de *mens rea* como «*guilty mind*» («sentimiento de culpa») es equivocada desde que, en un estricto y técnico sentido, *mens rea* sólo se refiere al estado mental requerido para la comisión de un delito en particular (intención, conocimiento, descuido, negligencia) y no tiene que ver con culpabilidad moral³¹.
- Hay algunos países del *civil law* que mantienen esta *dicotomía clásica*. Al respecto, el ejemplo más importante es *Italia*, donde la distinción entre *fatto* («elemento físico») y *colpevolezza* («elemento moral»), defendida originalmente por CARRARA³², es todavía dominante y va de la mano de un concepto objetivo de injusto ligado al concepto de bien o interés jurídico (Rechtsgut) que deja todos los elementos subjetivos en la categoría de la culpabilidad o reprochabilidad³³. De manera similar, la legislación francesa distingue entre el elemento objetivo (*élément matériel*) y el elemento subjetivo (*élément moral* o *psychologique*)³⁴; sin embargo, se discute si las causales subjetivas de exclusión de responsabilidad pertenecen al *élément moral* o conforman una categoría independiente o separada³⁵. La distin-

²⁹ Vid. nota 25 *supra*.

³⁰ Cfr. ROBINSON, «Should the criminal law abandon the *actus reus/mens rea* distinction?», en SHUTE *et al.* (eds.), *Action and value in criminal law*, OUP, 1993.

³¹ Vid. SMITH y HOGAN, *Criminal Law*, 10.^a ed., Butterworths, 2003, pp. 69-70; SIMESTER y SULLIVAN, nota 20 *supra*, pp. 125-126; vid. también ASHWORTH, nota *supra* 20, pp. 87, 158, quien considera el tradicional elemento de *mens rea* como un «requisito positivo de la falta» (pp. 157 ss.), y las causales referidas a la culpabilidad como un «requisito negativo de la falta» (pp. 204 ss.). Para otras concepciones vid. LACEY, WELLS y QUICK, nota *supra* 20, pp. 49 ss.

³² CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, vol. 1, 5.^a ed., Giusti, 1877, pp. 9 y 48 ss.

³³ MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 3.^a ed., Cedam, 1992, pp. 137 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, 8.^a ed., Giuffrè, 2003, pp. 254 ss.; vid. también PALIERO, «Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht Italien», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 110, 1998, p. 428..

³⁴ STEFANI, LEVASSEUR y BOULOC, *Droit pénal général*, 18.^a ed., Dalloz, 2003, p. 225, para explicitamente esta distinción con la división de *actus reus/mens rea*.

³⁵ Cfr. STEFANI, LEVASSEUR y BOULOC, nota 34 *supra*, p. 225 con fn. 1; MANACORDA, «Die allgemeine Lehre von der Straftat in Frankreich: Besonderheiten oder Lücken in der französischen Strafrechtswissenschaft?», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 145, 1998, p. 124-126. MERLE y VITU, *Traité de droit criminel*, 7.^a ed., Cujas, 1997, pp. 727 ss., concibe el *élément moral* como el aspecto intelectual (mental) de la culpabilidad, esto es, *dolo y culpa*. De este

ción *sueca* entre los prerequisites para una acción u omisión ilícita y los prerequisites para la responsabilidad personal también se corresponde con la clásica división objetiva-subjetiva³⁶. El Derecho penal *griego* también sigue el modelo clásico. La diferencia entre Francia y Suecia, de un lado, y Grecia e Italia, de otro, reside en el hecho de que, mientras la decisión por el sistema clásico no es cuestionada en la doctrina francesa y sueca (en cuanto a Francia puede incluso decirse que el pensamiento finalista es desconocido por los doctrinantes franceses), sí lo es en Italia y Grecia debido a la influencia de la doctrina alemana. En estos países, los doctrinantes abogan por un sistema tripartito o, al menos, con base en una doctrina neoclásica, por el reconocimiento de elementos subjetivos específicos como parte del *actus reus*³⁷.

- Finalmente, se encuentran Austria, Alemania, Portugal y España como países del *civil law* que aplican el *sistema tripartito* (post) *finalista*, a cuyo efecto distinguen entre la descripción legal del delito (*Tatbestand*), que incluye sus requisitos subjetivos en la forma de dolo y de elementos subjetivos específicos (*subjektive Tatbestandsmerkmale*), la antijuridicidad de la conducta (*Rechtswidrigkeit*) y la culpabilidad (*Schuld*) del autor como una categoría autónoma³⁸.

2. ¿Existe una distinción entre justificación y exculpación de la conducta criminal?

La problemática atinente a la distinción entre justificación y exculpación ha sido uno de los asuntos más debatidos³⁹. Ello es consecuen-

modo, es más convincente hablar de *élément intellectuel* —elemento intelectual— (vid. DESPORTES y LE GUNHEC, *Droit pénal général*, 10.^a ed., Economica, 2003, pp. 405 ss).

³⁶ Cfr. JAREBORG, «Der schwedische Verbrechenbegriff», en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 1447 ss.; JAREBORG, «Justification and Excuse in Swedish Criminal Law», en *Essays in Criminal Law*, Iustus Förlag, 1988, pp. 11 ss.

³⁷ Cfr. PADOVANI, *Diritto penale*, 7.^a ed., Giuffrè, 2004, pp. 95 ss., 101 ss.; FIANDACA y MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 4.^a ed., Zanichelli, 2001-2004, pp. 156 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, Bd. 1, 3.^a ed., Giuffrè, 2004, pre-art. 39, mn. 22 y ss.; vid. también MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Cedam, 1988. Para referencias adicionales de la doctrina neoclásica en Europa, vid. JESCHECK y WEIGEND, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Duncker & Humblot, 1996, p. 207, nota 47.

³⁸ Vid., por todos, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. 1, 3.^a ed., Beck, 1997, pp. 146 ss. y *passim*.

³⁹ Cfr. ESER, «Die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung: Ein Schlüsselproblem des Verbrechenbegriffes», en ESER y FLETCHER (eds.), *Justification and Excuse*, vol. 1, Max Planck Institut Freiburg, 1987, pp. 17 ss.; FLETCHER, nota *supra* 19, pp. 759 ss.; ROBINSON, *Criminal Law Defenses*, vol. 1, West publ., 1984, §§ 24 y 25; PERRON, «Hat die deutsche Strafrechtsdogmatik europäische Zukunft?», en ESER et al. (eds.), *Festschrift für Theodor Lenckner*,

cia, casi lógica, de la diferencia entre el *acto* injusto y la culpabilidad del *autor*. En otras palabras, existe una diferencia entre la violación injustificada de la ley penal y la atribución de esta violación a un determinado autor. La distinción tiene también consecuencias prácticas⁴⁰, sobre todo, ofrece herramientas más refinadas que las del «*procedure-based concept of defences*»^{*} para resolver casos complejos. Tomemos el siguiente ejemplo: A mata a B, porque éste amenazó con matar a C, hija de A. B, ciertamente, habría matado a C (la hija) si no hubiera sido muerto antes por A (el padre de C). Mientras que el matar a una persona es un delito y como tal, en principio (dejando a un lado circunstancias excepcionales, especialmente una situación de defensa propia), una conducta objetivamente antijurídica (*no justificada*), otro asunto es el de determinar si la muerte de B puede ser atribuida a la luz de la inevitable amenaza contra su hija. Esta pregunta envuelve un juicio de valor que toma en cuenta la situación específica de la conducta en cuestión y el estado mental del autor. Finalmente, la pregunta es si A puede ser exculpado (*excused*) debido a la presión ejercida sobre él por la amenaza de B; la posible excusa de A no afecta la validez de la prohibición punitiva de matar a otra persona, esto es, la antijuridicidad de la conducta de A; esto sólo es relevante con respecto a la conducta culpable de A.

La distinción entre justificación y excusa es ampliamente reconocida en los Estados de la Unión Europea⁴¹, y aun en el mundo entero⁴². Esto se refleja también en la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia⁴³. En efecto, la división sigue las fronteras de los países del *common* y el *civil law*. Los primeros todavía no conocen o, al menos, no aplican esta distinción⁴⁴, mientras que los últimos generalmente dife-

Beck, 1998, pp. 240-241. Vid. también AMBOS, nota *supra* 11, pp. 826 ss., con referencias adicionales.

⁴⁰ De manera contraria, STEPHEN, *A History of the Criminal Law in England*, vol. 3, 1883, p. 11: «*no legal consequences*».

^{*} *N. de la trad.*: Se alude a un concepto de causas de exclusión de la responsabilidad (*defences*) basado en el proceso penal.

⁴¹ Cfr. PERRON, nota *supra* 39, p. 241; DANNECKER, «Der Allgemeine Teil eines europäischen Strafrechts als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft. Zur Ausgestaltung der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe», en WEIGEND et al. (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, De Gruyter, 1999, pp. 147 ss. y 154 ss.

⁴² Vid. ESER y FLETCHER (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung/Justification and Excuse*, vols. 1 y 2, Max Planck Institut Freiburg 1987-1988; ESER y PERRON (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, vol. 3, Max Planck Institut Freiburg, 1991. Vid. también PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2.^a ed., Dalloz, 2002, pp. 326 ss.: «*causes objectives et subjectives de irresponsabilité*»; SCHNEIDER, «Justifications and Excuses», en STONE y WOETZEL, *International Criminal Court, World Peace Through Law Center*, 1970, p. 233.

⁴³ DANNECKER, nota *supra* 41, pp. 149-150.

⁴⁴ Explícitamente en contra de esto SIMESTER y SULLIVAN, nota 20 *supra*, pp. 542 ss.; vid. también SMITH y HOGAN, nota 30 *supra*, pp. 210 ss.; ASHWORTH, nota 20 *supra*, pp. 204 ss., denomina a todas las causas de justificación y exculpación como «requisitos negativos de la responsabilidad» («*negative fault requirements*»); VOGEL, nota *supra* 22, pp. 143-144.

rencian entre justificación y exculpación. Desde luego, resulta de bastante interés que la decisión por el sistema clásico en Italia y Grecia no implique el reconocimiento de ambas causas, de justificación y exculpación⁴⁵. Sin embargo, el Derecho italiano permanece comprometido con un concepto objetivo de injusto, al renunciar a un requisito subjetivo en el caso de las *cause di giustificazione* (cfr. art. 59.1 del Código Penal)⁴⁶. Mientras que el requisito subjetivo como tal es reconocido en la mayoría de sistemas del *civil law*, su alcance —el solo conocimiento del autor con respecto a la situación de justificación, o su actuar con un dolo específico (por ejemplo, de defensa propia)— es controvertido; en el Derecho angloamericano no existe todavía un acuerdo en cuanto a la necesidad del conocimiento⁴⁷.

3. ¿Existe en la Unión Europea un concepto común de participación en el delito?

De acuerdo con un grupo de juristas europeos reunidos en Freiburg a instancias del profesor Klaus TIEDEMANN, el modelo diferenciado de autoría, esto es, la primigenia distinción entre las diferentes formas de participación en el nivel de imputación (autoría directa, coautoría, autoría mediata, instigación y complicidad), está basado en tradiciones europeas comunes y claramente dominantes entre los Estados de la Unión Europea; únicamente los Códigos Penales de Austria, Dinamarca, Italia y Noruega siguen el concepto unitario de autoría, esto es, renuncian a la distinción aludida en el nivel de la imputación, posponiéndola para el momento de dictar sentencia⁴⁸. El *Corpus Juris* del año 2000 también sigue el modelo diferenciado que distingue entre el *main offender* (agresor principal), el *inciter* (inductor) y el *accomplice*

⁴⁵ Vid. para Italia, PADOVANI, nota 37 *supra*, pp. 141 ss., 213 y 224 ss.; MANTOVANI, nota 33 *supra*, pp. 249 ss. y 362 ss.; PALIERO, nota 33 *supra*, pp. 427 y 429 y el art. 54 CP (necesidad como causa de justificación; cfr. ROMANO, nota 33 *supra*, art. 54, mn. 4). Vid. las causas de justificación en Grecia en los arts. 20 y ss. y las causas de exculpación en los arts. 30 y ss. del Código Penal.

⁴⁶ De manera similar, el Derecho francés, vid. VOGEL, nota *supra* 22, p. 135.

⁴⁷ Vid. ROBINSON, nota 39 *supra*, § 122 (e); SCHOPP, *Justification Defenses and just Convictions*, CUP, 1998, pp. 5-6 y 21 ss.

⁴⁸ TIEDEMANN, «Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Generalbericht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 110, p. 509, 1998; id.: «Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht. Stand, Harmonisierungstendenzen und Modellvorschläge», en ESER (ed.), *Festschrift für Haruo Nishihara*, Nomos, 1998, pp. 499 ss.; id.: «Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung», en ESER et al. (eds.), *Festschrift für Theodor Lenckner*, Beck, 1998, p. 430. Para referencias adicionales, AMBOS, nota *supra* 12, 543, fn. 5. Para el concreto propósito vid. TIEDEMANN, *Festschrift Nishihara*, p. 510; críticamente HAMDORF, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht. Ein Vergleich von Teilnahme- und Einheitstätersystemen in Skandinavien, Österreich und Deutschland*, Max Planck Institut Freiburg, 2002, pp. 388 ss.

(cómplice) (art. 11); el agresor principal puede cometer el delito directamente, con otro (*coperpetration*) (coautoría) o usando a otra persona (*perpetration by means*) (autoría mediata)⁴⁹.

Sin embargo, si se miran de cerca los sistemas más importantes, aparece evidente que la primacía del modelo diferenciado es, por decir lo menos, relativa. Más importante aún, la pregunta que encabeza esta sección debe ser resuelta de manera negativa, toda vez que *no existe un concepto común de participación* dentro de la Unión Europea. El problema del *concepto* debe ser diferenciado del de las *formas* de participación que pueden ser identificadas en un sistema dado. En lo relativo a las formas, puede decirse que los sistemas que se adscriben a un *modelo diferenciado* distinguen entre autoría (directa, coautoría y autoría mediata), instigación (inducción, incitación) y complicidad (cooperación y ayuda). Ellos diferencian entre esas formas de participación en términos de naturaleza y grado de responsabilidad, esto es, ya en el nivel de la atribución de un resultado cierto a una o más personas. La responsabilidad disminuye del autor (quien comete el delito) al cómplice; el instigador se sitúa entre ambos, pero, en general, se equipara con el autor. En sentido contrario a esta aproximación, el *concepto unitario* de autoría trata de igual manera a todas las contribuciones causales del resultado delictivo y únicamente diferencia al momento de proferir sentencia. Todos los contribuyentes cometen el delito y son considerados autores. Si se usa esta categorización formal, los sistemas del *common law* como Austria, Italia, Dinamarca y Noruega pueden ser considerados sistemas unitarios, mientras que Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Holanda, Portugal, España y Suecia representan sistemas diferenciados.

El Derecho *inglés* distingue entre la participación como agente principal y la participación como agente secundario de dos formas diferentes: agente accesorio y cómplice (*accessory, accomplice*). En términos prácticos, de cualquier modo, la responsabilidad como partícipe secundario es una consecuencia automática de la imposibilidad de probar una responsabilidad a título de partícipe principal; a lo anterior se añade que, desde el *Accessories and Abettors Act* de 1861, cualquier partícipe accesorio puede ser perseguido como uno principal⁵⁰. En *Austria*, la sección 12 del Código Penal (en adelante CP) establece que no sólo el autor inmediato comete el delito, sino también todo aquel que induzca a otro a cometer un delito (*Bestimmungstäter*) o contribuya de otra forma a la comisión (*Beitragstäter*)⁵¹. El art. 110 del CP ita-

⁴⁹ *Corpus Juris* para la protección de los intereses financieros de la UE, en DELMAS-MARTY y VERVAELE (eds.), nota 10 *supra*, p. 192; vid. también VOGEL, en DELMAS-MARTY y VERVAELE (eds.), nota 10 *supra*, p. 255.

⁵⁰ SMITH, *Treatise*, Clarendon Press, 1991, 20 ss.; SMITH y HOGAN, nota 31 *supra*, p. 140.

⁵¹ Vid. HAMDORF, nota 48 *supra*, pp. 43 ss. y 104 ss.; vid. también HÖPFEL, en DELMAS-MARTY y VERVAELE (eds.), nota 10 *supra*, vol. 2, pp. 24-25.

liano consagra el mismo castigo para todas las personas que realizan una contribución causal para la comisión de la conducta punible⁵². La sección 23 (1) del CP danés considera como sujetos pasivos de sanción punitiva a todas las personas que participan en un delito por medio de instigación, consejos o actos⁵³. Noruega representa un caso especial, toda vez que las formas de participación (*medvirker*) no están reguladas en la Parte General del CP sino por la vía de una triple distinción en la Parte Especial: delitos donde la participación está incluida expresamente en la descripción típica (ejemplo, sección 233 CP), otras donde no lo está (especialmente delitos culposos, por ejemplo, sección 239 del CP) y delitos «puros» de participación donde la mera participación es punible como un delito autónomo (por ejemplo, sección 236 del CP)⁵⁴.

Con respecto a los sistemas diferenciados, el CP finlandés distingue entre (co-) autores, instigadores y cómplices (capítulo 5)⁵⁵. El CP francés define, por un lado, el autor (*auteur*, art. 121-4) y, por otro, el cómplice (*complice*, art. 121-7); el cómplice es, de todas formas, castigado como autor (art. 121-6)⁵⁶. El Código Penal alemán, *Strafgesetzbuch* (StGB), distingue entre autor, instigador y cómplice (parágrafos 25-27). La sección 45-47 del CP griego distingue, como la StGB, entre autoría, instigación y complicidad⁵⁷. En Holanda (arts. 47, 48) y en Portugal (arts. 26, 27), los respectivos Códigos Penales distinguen entre agentes principales (autoría directa y coautoría, autoría mediata e instigación) y cómplices; así, el inductor, en el sentido del antiguo «*auctor intellectus*», es considerado como un autor⁵⁸. El Derecho español distingue — como los Códigos holandés y portugués — entre agentes principales («autores») y cómplices («cómplices», art. 29 del CP) y considera al

⁵² Pese a la aparente claridad de la norma, un considerable sector de la doctrina interpreta el art. 110 en el sentido de un modelo diferenciado, *vid.*, por ejemplo, SEMINARA, «Individualverantwortung bei Alleinhandeln; Einzel- und/ oder Mitverantwortung bei Zusammenwirken mit anderen aus italienischer Sicht», en ESER, HUBER y CORNILS (eds.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Max Planck Institut Freiburg, 1998, pp. 35 y 37-38.

⁵³ Traducido para el alemán por CORNILS y GREVE, *Das dänische Strafgesetz/Straffeloven*, Max Planck Institut Freiburg, 1997. El Derecho danés está basado en la muy nombrada «teoría negativa de la participación», *vid.* HAMDORF, nota 48 *supra*, pp. 66 ss.

⁵⁴ Vgl. SAHM, *Täterschaft und Teilnahme im norwegischen Strafrecht und in der deutschen Strafrechtsreform*, Tesis doctoral, Freiburg, 1941, pp. 30-31 y 47; HAMDORF, nota 48 *supra*, pp. 90 ss.

⁵⁵ *Vid.* también LAHTI *et al.*, en DELMAS-MARTY y VERVAELE (eds.), nota 9 *supra*, vol. 2, pp. 262-263.

⁵⁶ DESPORTES y LE GUNHEC, nota 34 *supra*, pp. 473 ss. (483), 487 ss. (512) y 479 ss.; STEFANI; LEVASSEUR y BOULOC, nota 33 *supra*, pp. 257 ss. y 277 ss.; CZEPLUCH, *Täterschaft und Teilnahme im französischen Strafrecht*, Duncker y Humblot, 1994, pp. 29 ss. y 69 ss.

⁵⁷ *Vid.* también SPINELLIS, en DELMAS-MARTY y VERVAELE (eds.), nota 10 *supra*, vol. II, p. 431.

⁵⁸ *Vid.* para Holanda VERVAELE y KLIP, en DELMAS-MARTY y VERVAELE (eds.), nota 10 *supra*, vol. 3, p. 659.

instigador —para efectos punitivos— como principal (art. 28 del CP). Adicionalmente, el Derecho español consagra la cooperación necesaria, en virtud de la cual están cubiertas las contribuciones indispensables para la ejecución del delito [art. 28.a)]. Mientras que la doctrina sostiene que el instigador, aunque considerado como «autor» por el CP, es, en realidad, un agente accesorio y no uno principal (al igual que el «cómplice»), se discute si la «cooperación necesaria» debe ser considerada como una forma de coautoría o de participación secundaria⁵⁹. El CP sueco consagra, por un lado, igualdad punitiva para la persona que comete el crimen y para aquella que coopera [capítulo 23, sección 4 (1)], y por otro lado, distingue entre los autores y el instigador y otros cómplices [capítulo 23, sección 4 (2)]. Aunque la doctrina considera «oscuras»⁶⁰ estas distinciones, su existencia hace del sueco un modelo diferenciado. El sistema puede ser llamado un modelo de «criminalidad prestada»⁶¹, toda vez que el objeto de la complicidad es el acto ilícito cometido por el principal⁶².

Esta panorámica general muestra que las problemáticas categorías en virtud de las cuales se introducen los conceptos «unitario» y «diferenciado» de autoría y participación no abarcan las distinciones específicas existentes en los diferentes sistemas⁶³, especialmente entre las formas de participación en los distintos modelos diferenciados. Las cosas se vuelven más complejas si se comparan las soluciones de estos modelos con respecto a los problemas específicos de imputación originados por la existencia de un acto principal y actos secundarios, y una variedad de partícipes. Hay dos cuestiones especialmente controvertidas en los sistemas diferenciados: por un lado, el grado de dependencia

⁵⁹ La doctrina está lejos de ser clara; *vid.* por ejemplo MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, 6.ª ed., Reppertor, 2002, p. 400, quien sostiene que el cooperador necesario es «equiparado al autor aunque realmente no lo sea»; o MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, 2004, p. 445, quien ahora caracteriza la «cooperación necesaria» (a diferencia de la 5.ª ed., p. 458), de un lado, «como forma de coautoría, por tratarse de un supuesto de dominio funcional del hecho», pero, de otro lado, aparentemente manteniendo la visión formal de la 5.ª ed., sostiene que es «distinta a la coautoría», p. 440, *vid.* también p. 435. Dada esta confusión, la solución más convincente sería eliminar este concepto; *vid.*, para esta concepción, A. PÉREZ, en E. ZUGALDÍA (ed.), *Derecho penal, parte general*, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 765-766.

⁶⁰ JAREBORG, «Swedish Law and Borderline Cases of Complicity», en ESER, HUBER y CORNILS (eds.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Max Planck Institut Freiburg, 1998, pp. 199 ss. (200). *Vid.* también HAMDORF, nota 48 *supra*, pp. 75 ss.

⁶¹ JAREBORG, en DELMAS-MARTY y VERVAELE (eds.), nota 11 *supra*, vol. 3, p. 829.

⁶² Con respecto a la cuestión de quién puede crear el objeto de la complicidad (sólo los agentes principales o también los cómplices), *vid.* JAREBORG, nota 60 *supra*, pp. 200-201; HERLITZ, *Parties to a Crime and the Notion of a Complicity Object*, Iustus Förlag, 1992; HAMDORF, nota 48 *supra*, pp. 75 ss. y 179 ss.

⁶³ Para una diferenciación más detallada, *vid.* HAMDORF, nota 48 *supra*, pp. 25 ss., 294 ss. y *passim*, quien distingue entre cuatro modelos (diferenciado, unitario y dos modelos mixtos).

de la complicidad con respecto a la conducta principal (*Akzessorietät*) y, por otro lado, la participación en delitos especiales ⁶⁴.

III. REFLEXIONES SOBRE LA PARTE ESPECIAL

De la mera lectura de la EAW ⁶⁵ se desprende con claridad la concepción de eurodelitos ⁶⁶ * e incluso de delitos transnacionales como delitos de interés primordial para la Unión Europea, que ya pertenece al pasado. El art. 2 (2) EAW es de por sí amplio, pero tomando en cuenta el art. 2 (1) y la competencia constitucional *de facto* del Consejo para crear nuevos delitos [art. III-271 (1) Constitución de la Unión Europea] el Derecho penal de la Unión Europea parece virtualmente no tener límites. En efecto, tomadas conjuntamente la EAW y la Constitución, cualquier conducta relevante para la política criminal de la Unión Europea debe ser criminalizada; los delitos enlistados y las áreas de crimen referidas en la Constitución y la EAW son, por decir lo menos, amplias y vagas. Frente a este panorama aparece la pregunta de si todos esos nuevos delitos de la Unión Europea existen en todos los Estados miembros y cómo son formulados. Esta pregunta contiene varias subpreguntas o puntos de debate. En primer lugar, en muchos casos sería necesario clarificar qué significa exactamente el vocabulario usado en los instrumentos de la Unión Europea. La mayoría de los delitos no están definidos de la misma manera que en los sistemas nacionales. En efecto, al remitirse a los delitos enlistados en el art. 2 (2) EAW, se encuentran varias conductas que describen determinadas formas o áreas de criminalidad pero que no constituyen delitos en sentido estricto, por ejemplo, racismo y xenofobia, delitos electrónicos, tráfico ilícito de bienes culturales. Resulta difícil vislumbrar cómo estas áreas de criminalidad pueden armonizarse con el principio del *nullum crimen*, especialmente con el requisito de la construcción estricta de las conductas punibles.

Aun si fuera posible identificar, precisar e interpretar estrictamente los delitos consagrados en los instrumentos de la Unión Europea, todavía sería necesario un completo estudio comparativo para determinar si estos delitos existen en los Estados miembros de la Unión Europea y si puede establecerse un mismo denominador en orden a construir un

⁶⁴ Cfr. TIEDEMANN, nota *supra* 48 (*Festschrift Nishihara*), pp. 502-503; en particular sobre el tema de la accesoriadad, (*Akzessorietät*), HAMDORF, nota 48 *supra*, pp. 176 ss.

⁶⁵ Vid. nota 7 *supra*.

⁶⁶ Cfr. TIEDEMANN, «Europa-Delikte» – Vorschläge zur Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in der EU», en COURAKIS (ed.), *Festschrift für Dionysios Spinellis*, Sakkula, 2001, pp. 1097 ss.

* N. de la trad.: «Euro-crimes» en el original.

delito común. Aunque es claramente cierto que muchos de los delitos mencionados en el art. 2 (2) EAW pueden ser considerados *mala per se* y como tales punibles en todos los Estados miembros, las diferencias devendrán evidentes si se mira de cerca la descripción legal de cada uno de los delitos. Tales diferencias ya han sido reveladas por el completo estudio del *Corpus Juris* con respecto a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea ⁶⁷. De acuerdo con el resumen de los reportes de los Estados, «los derechos nacionales son extremadamente heterogéneos» en este sentido ⁶⁸. Este descubrimiento no se limita a las figuras delictivas que protegen los intereses financieros. Una mirada superficial a delitos generales como el homicidio, el asesinato y los delitos contra la propiedad muestra que mientras más completo sea el análisis, más diferencias aparecerán.

1. El delito de asesinato y/o el delito de homicidio

Aunque éste es un típico delito *mala per se* y como tal se pune en todos los sistemas, las diferencias en detalle son numerosas ⁶⁹. En primer lugar, no todos los sistemas distinguen entre homicidio como la *forma básica* (voluntaria o involuntaria) de matar, y asesinato como una *forma cualificada*. De esta manera, los Códigos Penales de Austria y Grecia sólo consagran una distinción entre asesinato y homicidio en virtud de la cual este último configura la forma básica que puede ser atenuada por causa de un estado de emoción fuerte del autor al momento de la comisión de la conducta (secciones 75, 76 del CP austriaco, art. 229 del CP griego). En cuanto a las circunstancias *calificantes* o agravantes que convierten un homicidio simple en un asesinato, los sistemas varían ampliamente: en el Derecho inglés la diferencia radica en la intención de matar calificada como asesinato *versus* las formas voluntarias o incluso involuntarias de homicidio. El Derecho alemán define *Totschlag* como la forma básica de homicidio (parágrafo 212 del CP) y *Mord* como un homicidio agravado por diversas circunstancias referidas al acto (alevosía, crueldad, el valerse de medios peligrosos para la comunidad) o a la conducta del autor de matar por lujuria ⁷⁰, etc. (parágrafo 211 CP) ⁷¹. La aproximación alemana es única, pero el con-

⁶⁷ DELMAS-MARTY y VERVAELE (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, vol. 1-4, Intersentia, 2000-2001.

⁶⁸ SICURELLA, nota 10 *supra*, p. 223.

⁶⁹ Vid. también HEINE y VEST, «Murder/ wilful killing», en McDONALD y SWAAK-GOLDMAN, *Substantive and procedural aspects of international criminal law*, vol. 1., Kluwer, 2000, pp. 176 ss.

⁷⁰ Sigo la traducción del *American Series of Foreign Penal Codes*, núm. 28.

⁷¹ La relación entre los parágrafos 212 y 211 y la clasificación dogmática de los elementos de agravación es altamente controversial. Vid. MAURACH, SCHROEDER y MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil*, Teilband I, 9.ª ed., C. F. Müller, 2003, pp. 27 ss.

cepto de circunstancias agravantes también existe en Finlandia, Francia, Italia, Portugal, España y Suecia. Todos estos países tienen una forma básica de homicidio conocida como *manslaughter/meurtrelomicidio/homicidio/homicidio/drap* (parágrafo 21 sección 1/art. 221-1/art. 575/art. 131/art. 138/parágrafo 3 sección 2 CPs) y consideran el asesinato como una modalidad cualificada por circunstancias de agravación (parágrafo 21 sección 2/arts. 221-2 a 221-4/arts. 576, 577/art. 132/art. 139/ parágrafo 3 sección 1 CPs ⁷²). Estas circunstancias de agravación, sin embargo, difieren ampliamente en su número y contenido ⁷³. Adicionalmente, existen algunas singularidades de cada sistema, por ejemplo: el Derecho finlandés denomina *killing* a un homicidio atenuado (parágrafo 21 sección 3 del CP); la legislación portuguesa considera como asesinato un homicidio por aversión racial, religiosa o política [art. 132 (2) (e)]; el Derecho español prevé una especie de supercualificante si concurre en el autor más de una circunstancia de agravación de las consagradas en el art. 139 (art. 140); y la legislación italiana contiene una circunstancia agravante subjetiva con el concepto de premeditación (art. 577, núm. 3, CP), que también se encuentra en la legislación holandesa (art. 289 del CP), finlandesa [parágrafo 21 sección 2 (1) (1) CP] y francesa (art. 221-3), esto es, una comisión planeada e intencional del delito.

2. Delitos contra la propiedad, especialmente el hurto

Aunque todos los países reconocen los delitos con cuya tipificación se busca proteger la propiedad privada y el patrimonio individual, los conceptos no son entendidos de la misma forma. En efecto, no existe en el idioma inglés una palabra alternativa a propiedad para expresar el alcance de la protección otorgada a otros bienes jurídicos, derechos, etc., que no pueden, en un sentido legal, ser considerados como propiedad. El Derecho continental usa en este sentido como *términos sombrilla*: «*biens*» (Libro III del CP francés), «*patrimonio*» (Título XIII del CP italiano y español), «*patrimonio*» (Libro II, Título II, del CP portugués) o «*Vermögen*». Algunos sistemas distinguen entre delitos contra la propiedad en estricto sentido y *Vermögen* en sentido amplio. De este modo, el CP portugués distingue entre «*crimes contra a propriedade*»

⁷² En Suecia, las circunstancias agravantes no están consagradas en el Código Penal, pero se extraen de los *travaux préparatoires* (trabajos preparatorios) y de los precedentes.

⁷³ De manera similar a lo que ocurre en Alemania, la clasificación dogmática de las circunstancias agravantes genera controversia en Portugal, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, t. 1, Coimbra Editoria, 1999, pp. 1 ss. En Italia, la distinción entre circunstancias agravantes y delitos autónomos es muy discutida; *vid.*, por ejemplo, el art. 577 (circunstancias agravantes) *versus* el art. 578 (delito autónomo) del Código Penal.

(arts. 203 y ss., por ejemplo, el hurto), «*crimes contra o patrimonio em geral*» (arts. 217 y ss., por ejemplo, el fraude) y «*crimes contra directos patrimoniais*» (arts. 227 y ss., por ejemplo, la insolvencia). La doctrina alemana distingue tradicionalmente entre delitos contra la propiedad (*Eigentum*), por ejemplo, hurto (parágrafo 242 CP) y delitos contra el patrimonio (*Vermögen*), por ejemplo, fraude (parágrafo 263 CP), aunque la ley no contiene de manera explícita tal distinción ⁷⁴. Otros sistemas no realizan esta distinción, al menos no explícitamente, y o bien se criminalizan conductas contra la propiedad (Inglaterra o Irlanda) o bien contra *Vermögen* (ver, por ejemplo, parágrafos 125 y ss. del CP austriaco, arts. 311-1 y ss. del CP francés, arts. 624 y ss. del CP italiano, arts. 234 y ss. del CP español) o incluso no se sigue ninguna sistematización, sino que sólo se codifica el delito individual contra el patrimonio (*Vermögen*) (arts. 310 y ss. del CP holandés; parágrafos 28 y ss. del CP finlandés; parágrafos 8 y ss. del CP sueco). En vez de distinguir entre el objeto atacado por el delito (propiedad o patrimonio), el Derecho italiano realiza la distinción con base en la manera como se llevó a cabo dicho ataque, bien sea mediante violencia contra las personas o las cosas (arts. 624 y ss.) o por maniobras fraudulentas (arts. 640 y ss.).

Si se toma como ejemplo el clásico delito de *hurto*, el común denominador en la mayoría de los sistemas es su caracterización como un delito de apropiación. Sin embargo, existen diferencias en cuanto a la clasificación de este elemento como objetivo o subjetivo. Mientras que, por ejemplo, la legislación italiana requiere, en el nivel objetivo, que el autor «*impossessa della cosa*» (art. 624 CP), esto es, exige un acto de apropiación, el Derecho holandés, alemán y sueco requieren objetivamente sólo la afectación de la propiedad con el dolo (específico) de apropiación (art. 310 CP, sección 242 CP, parágrafo 8 sección 1 CP). En cuanto al elemento subjetivo específico las diferencias abundan. Algunas legislaciones no lo exigen (art. 311-1 CP francés) ⁷⁵, otras sí, pero en vez del dolo de apropiación o el dolo de privar de manera permanente a otro de la propiedad (art. 310 CP holandés, parágrafo 242 CP alemán, art. 203 CP portugués, *English Theft Act*, 1968 ⁷⁶, parágrafo 8 sección 1 del CP sueco) se refieren a un dolo de adquirir una ventaja

⁷⁴ Cfr. WESSELS y HILLENKAMP, *Strafrecht Besonderer Teil*, 27.^a ed., C. F. Müller, 2004, pp. 7 ss., 393 ss. y 488 ss. Para un sistema aún más diferenciado, ver MAURACH, SCHROEDER y MAIWALD, nota 71 *supra*, pp. 337 ss.

⁷⁵ Pese a la redacción del art. 331-1, acorde con la cual el dolo no es necesario, la *Cour de Cassation* y un sector de la doctrina exigen la «*intention de se comporter comme propriétaire de la chose d'autrui*» (Cass. crim, 19 févr. 1959; DESPORTES y LE GUNEHEC, nota 35 *supra*, p. 420; MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 2003, mn. 682). En este texto se sigue la otra postura, esto es, que un *dol general* es suficiente (VÉRON, *Droit pénal spécial*, 9.^a ed., Colin. 2002, mn. 382; RASSAT, *Droit pénal spécial*, 4.^a ed., Dalloz, 2004, mn. 91).

⁷⁶ SMITH y HOGAN, nota 31 *supra*, pp. 547-548 y 553-554. Sobre los problemas de definición del hurto, *vid.* recientemente HALPIN, *Definition in the criminal law*, Hart, 2004, pp. 149 ss.

económica («*al fine di trarne proffito*, art. 634 CP italiano; «ánimo de lucro», art. 234 CP español). La situación es diferente en Austria, donde se requiere un dolo general de ganar una ventaja económica por la apropiación («*durch Zueignung*»), esto es, un dolo con respecto a la ventaja económica y con respecto a la apropiación (sección 127 CP)⁷⁷. En Suecia, el hurto, como el fraude, requiere objetivamente una pérdida económica para la víctima (parágrafo 8 sección 1, parágrafo 9 sección 1 CP).

Con respecto al *furtum usus*, esto es, al mero uso de la propiedad de otro sin dolo de apropiación, se encuentra consagrado por aquellas legislaciones que no requieren el dolo específico mencionado, por ejemplo, el Derecho francés⁷⁸. Si se requiere un dolo como éste, el *furtum usus* sólo es punible si existe un delito específico, y se aplica principalmente al uso ilegal de vehículos automotores o bicicletas (art. 11 del *Wegenverkeerswet* holandés, parágrafo 248b CP alemán, sección 12 del *Theft Act* de 1968⁷⁹, art. 208 CP portugués⁸⁰, parágrafo 8 sección 7 CP sueco). Si, como en la legislación italiana o española, no se requiere el dolo específico de apropiación sino «sólo» el dolo de adquirir una ventaja económica, el *furtum usus* puede ser considerado como (una forma atenuada de) hurto, toda vez que el autor normalmente busca ganar una ventaja económica, no obstante el hecho de que él quiera devolver la propiedad en un corto período de tiempo. De este modo, el art. 626, núm. 1, CP italiano castiga el *furtum usus* bajo petición de la víctima, como una forma atenuada de hurto. Por supuesto, resulta interesante que el CP español consagre un delito independiente (art. 244.1 CP español), similar al uso ilícito de vehículos alemán y portugués, aunque el delito de hurto en España no requiera un dolo de apropiación. El art. 244.1 del CP español enfatiza, precisamente, en que el autor en este caso no posee el dolo de apropiación. El Código Penal austriaco también consagra el uso ilícito de vehículos como un delito autónomo (parágrafo 136), toda vez que se considera que el autor no posee el dolo (general) de apropiación⁸¹.

⁷⁷ BERTEL y SCHWAIGHOFER, *Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I*, 7.^a ed. 2003, Springer, pp. 150 ss.

⁷⁸ Si se sigue a la *Cour de Cassation* en el sentido de requerir un dolo específico (nota 75 *supra*), el *furtum usus* no puede ser considerado, sin más, como un hurto. Sin embargo, la *Cour* considera que un dolo momentáneo de apropiación es suficiente («*l'intention de se comporter momentanément en propriétaire*», Cass. crim., 19 févr. 1959, Bull. crim., núm. 123).

⁷⁹ SMITH y HOGAN, nota 31 *supra*, pp. 566, 568 ss.

⁸⁰ De forma sorprendente, el Código Penal denomina a este delito como «*furto de uso de vehículo*» aunque el dolo de apropiación, como en el *furto* ordinario (art. 203), no se requiere.

⁸¹ BERTEL y SCHWAIGHOFER, nota 77 *supra*, p. 151.

IV. CONCLUSIÓN

El análisis de algunas de las cuestiones de la Parte General y de algunos delitos comunes de la Parte Especial muestra que, aunque los sistemas penales de los países de la Unión Europea desarrollan conceptos y aproximaciones comunes en algunas áreas⁸², todavía ofrecen *distintas soluciones* a las mismas preguntas y difieren considerablemente en los detalles⁸³.

En cuanto a la Parte General puede decirse que no existe un concepto común de delito dentro de la Unión Europea. En términos cuantitativos parece como si la dicotomía clásica de parte objetiva/*actus reus* y parte subjetiva/*mens rea* del delito fuera dominante, aunque la posición clásica del *common law* ha venido siendo, recientemente, materia de amplias críticas⁸⁴. En términos prácticos, resulta más fácil para los sistemas que aplican un esquema finalista o postfinalista retroceder al sistema clásico que para los —todavía— «clásicos» países progresar más allá de su propio desarrollo. Al final, puede alcanzarse un sistema mixto que acepte la existencia de ciertos elementos subjetivos como parte del delito (*actus reus*). Por otro lado, la distinción entre justificación y exculpación, así como el modelo diferenciado de participación, son ampliamente aceptados dentro de la Unión Europea. Ellos deberían conformar el sustrato de una Parte General del Derecho penal europeo y no sería difícil su implementación en un nivel supranacional europeo⁸⁵.

Con respecto a la *Parte Especial*, resulta difícil formular conclusiones generales. Como se ha mostrado al aludir al asesinato/homicidio y al hurto, los Estados de la Unión Europea ofrecen un amplio espectro de posibles soluciones. En cuanto a los delitos específicos de la Unión Europea, especialmente aquellos consagrados por la EAW, todavía es necesario realizar un estudio comparativo para encontrar si y cómo dichos delitos existen en los sistemas nacionales. De esta manera, resulta obvio que un Derecho penal europeo no puede ser introducido de repente, ignorando las diferencias y las diversidades socioculturales implícitas en cada sistema. Los próximos estudios comparativos debe-

⁸² Un ejemplo clásico en este sentido es el de la defensa propia, cfr. recientemente PERRON, «Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Notwehr», en *Festschrift für Albin Eser*, 2005, pp. 847, 1019 a 1039, quien concluye que «no estamos muy lejanos de una concepción común en Europa del derecho a la defensa propia».

⁸³ Para una conclusión similar con respecto al Derecho penal económico, *vid.* SEMINARA, «Die europäische Entwicklung des Strafrechts im Finanzmarktbereich aus italienischer Sicht», en *Festschrift für Albin Eser*, 2005, pp. 847 a 852 y 854.

⁸⁴ *Vid.* nota 30 *supra*.

⁸⁵ PERRON, nota 39 *supra*, p. 241.

rán ser llevados a cabo por grupos multinacionales de trabajo compuestos por profesionales y expertos académicos de la Unión Europea, que reflexionen acerca del alcance y contenido de un Derecho penal común para Europa.

II. RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL

CAPÍTULO SEXTO

LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN EL DERECHO PENAL SUPRANACIONAL *

Un análisis jurisprudencial - De Nuremberg a La Haya

I. INTRODUCCIÓN

En el juicio contra los mayores criminales de guerra, el Tribunal Militar Internacional (International Military Tribunal —IMT—) en forma bastante clara estableció que la responsabilidad penal individual había sido «hacia tiempo reconocida» y más aún que «suficiente se ha dicho para demostrar que los individuos pueden ser castigados por violaciones al Derecho Internacional. Crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por individuos no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometen tales crímenes las disposiciones del Derecho Internacional pueden hacerse valer»¹.

A pesar de que esta opinión no fue justificada en detalle —el IMT simplemente hizo referencia a la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en *ex parte Quirin*² y así infirió, podría argumentarse, una

* Versión original («Individual criminal responsibility in International Criminal Law: A jurisprudential analysis - From Nuremberg to The Hague»), en McDONALD y SWAAK-GOLDMAN (eds.), *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts. Volume I. Commentary*, The Hague *et al.*, 2000, pp. 1-31. Esta versión ha sido revisada y actualizada.

¹ *The Trial of the Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg*, «El Juicio», 1950, Germany, vol. 22, p. 447, London, HMSO.

² *Ex parte Quirin*, U.S. 317, 1942, 1-48. La Corte Suprema reseñó varios ejemplos históricos y sostuvo en las pp. 27 s.: «Desde el mismo inicio de su historia esta Corte ha reconocido y aplicado las leyes de la guerra como inclusivas de aquella parte de la ley de las naciones que prescribe, para la conducción de la guerra, el *status*, los derechos y los deberes de las naciones enemigas al igual que de los individuos enemigos». (cursivas mías).

«analogía doméstica»³—, ha sido históricamente confirmada en los diversos juicios por crímenes de guerra desde la Segunda Guerra Mundial⁴, el reciente establecimiento de una Corte Penal Internacional Permanente (International Criminal Court —ICC—)⁵ y, en particular, la creciente jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia —ICTY—) y del de Rwanda (International Criminal Tribunal for Rwanda —ICTR—)⁶. De allí que no sea una novedad que esta afirmación clásica del IMT fuera citada en la decisión jurisdiccional de la Sala de Apelaciones del ICTY en el caso “Tadić” de modo tal que fije los fundamentos de la responsabilidad penal individual por violaciones al art. 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949 y otras reglas consuetudinarias, pese a la existencia de un conflicto internacional o interno, con la Sala de Apelaciones concluyendo que:

«Todos estos factores confirman que el Derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad individual por serias violaciones al artículo 3.º común, complementado por otros principios y reglas generales para la protección de víctimas de conflicto armado interno, y por violación de ciertos principios y reglas fundamentales concernientes a medios y métodos de combate en conflicto civil»⁷.

³ Conf. Appeals Chamber (App. Ch.), “Prosecutor v. Blaškić”, “Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997”, 29 de octubre de 1997 (IT-95-14-AR 108bis), p. 40.

⁴ Véase el excelente trabajo histórico de MCCORMACK, “From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime”, en MCCORMACK y SIMPSON (eds.), *The law of war crimes: national and international approaches*, The Hague et al., 1997, pp. 31-63; MARSCHIK, en *ibid.*, pp. 65-101 (informes sobre Europa); WENIG, en *ibid.*, pp. 103-122 (sobre Israel); TRIGGS, en *ibid.*, pp. 123-149 (sobre Australia) y WILLIAMS, en *ibid.*, pp. 151-170 (sobre Canadá).

⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, U. N. Doc. A/Conf. 183/9, “Estatuto de Roma”, www.un.org/law/icc, en “International Legal Materials”, *ILM*, 37, 1998, 999; en castellano en AMBOS y GUERRERO (eds.), *El Estatuto de Roma. Análisis por expertos internacionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 429 ss., *vid.* AMBOS; “Zur Rechtsgrundlage des neuen Internationalen Strafgerichtshofs”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 111, 1999, pp. 175 ss.; *Revista de Derecho Procesal*, 3, España, 1999, pp. 553 ss., y *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 5 (enero 2000), 127 ss.; CASSESE, “The Statute of the ICC...”, *Eur. Journal of International Law* 10, 1999, pp. 144 ss.; AMBOS y GUERRERO (eds.), *op. cit.*; TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, Baden-Baden, 1999; LATTANZI y SCHABAS (eds.), *Essays on the Rome Statute of the ICC*, vol. 1, Ripa Fagnano Alto, Italia, 1999; SADAT-WEXLER, *A first look at the 1998 Rome Statute...*, en BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, vol. 3, 2.ª ed., 1999, pp. 655 ss. «Sobre la implementación del Estatuto», *vid.* KREB y LATTANZI (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, vol. I, Baden-Baden, Ripa Fagnano Alto, Italia, 2000.

⁶ *Vid.* los resúmenes de AMBOS y RUEGENBERG, “Rechtsprechung zum internationalen Straf- und Strafverfahrensrecht”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungs-Report (NSZ-RR)*, 1998, pp. 167 ss.; 1999, pp. 200 ss.; 2000, pp. 198 ss.

⁷ *Vid.* App. Ch., “Prosecutor v. Tadić”, “Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction”, 2 de octubre de 1995 (IT-94-1-AR72), pars. 128-137 y 134.

Frente a estos desarrollos es justo concluir que el concepto de responsabilidad penal individual por violaciones a normas humanitarias y de derechos humanos es universalmente reconocido. Sin embargo, otra cuestión que debe ser abordada aquí es la de determinar cuáles son los elementos constitutivos de semejante responsabilidad. En lo que respecta a la doctrina reciente, sólo BASSIOUNI ha tratado el tema de un modo más o menos completo, aunque no conclusivo⁸. Casi toda la doctrina restante se concentra en el desarrollo histórico y en cuestiones de organización y procedimiento relativas a una corte penal internacional o a los crímenes específicos, pero soslaya el desarrollo y el análisis de los elementos de la responsabilidad penal individual. El enfoque más promisorio para semejante tarea es el de retrotraerse a las fuentes primarias del Derecho penal supranacional, es decir, la jurisprudencia internacional y nacional sobre crímenes de guerra desde Nuremberg, por un lado, y las convenciones de Derecho penal supranacional y otras fuentes escritas, por el otro. Por razones de extensión sólo las primeras pueden ser tratadas aquí.

El análisis de la jurisprudencia abarcará, en primer lugar, los juicios de Nuremberg y de Tokio y los juicios documentados por la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas (United Nations War Crimes Commission —UNWCC—). En segundo lugar, son examinadas ciertas decisiones de tribunales nacionales sobre crímenes cometidos durante el nazismo (Eichmann, Barbie, Touvier y Finta)⁹ y otras criminalidades toleradas o auspiciadas por el Estado: “My Lai” (USA); “Comandantes” (Argentina); “Letelier/Moffitt” (Chile); muertes en la frontera (GDR). Finalmente, será analizada la jurisprudencia del ICTY, que está fuertemente fundada en los precedentes antes mencionados.

En las tres partes de este comentario, serán examinados los elementos *objetivos* de responsabilidad individual seguidos de los elementos *subjetivos*, partiendo de la premisa de que se debe distinguir entre imputación objetiva y subjetiva, es decir, imputación de una lesión o de un acto determinado desde un criterio objetivo (*actus reus*) y desde un criterio subjetivo (*mens rea*)¹⁰.

⁸ Conf. BASSIOUNI, *Crimes against humanity in international criminal law*, Dordrecht, 1992, pp. 339 ss., 2ª ed. 1999, pp. 369 ss. *Vid.* también TORNARITIS, “The Individual as a Subject of International Law and International Criminal Responsibility”, en BASSIOUNI (ed.), *A Treatise on International Criminal Law: Crimes and Punishment*, 1973, pp. 103 ss. Una selección más bien mixta de materiales es presentada en PAUST et. al., *International criminal law: cases and materials*, 21-72, 1996.

⁹ Los casos “Menten” (*International Law Reports [ILR]*, t. 75, pp. 331 ss. [Países Bajos], “Polyukhovich”, *ILR* 91, pp. 1 ss. [Australia]), “Kappler” y “Priebke” (Trib. Militare di Roma, sentencia del 1 de agosto de 1996 y del 22 de julio de 1997; Corte Militare app., sentencia del 7 de marzo de 1998; Corte Suprema di Cass., sentencia del 16 noviembre 1998, Italia, no contienen consideraciones sustanciales sobre la responsabilidad individual.

¹⁰ Sobre imputación objetiva y subjetiva, *vid.* ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 3.ª ed., 1997, § 10, nm. 55, § 11, nm. 39 y ss., § 12, nm. 140 y ss.; *vid.* también FLETCHER, *Rethinking criminal law*, Boston, 1978, § 6.7, p. 492.

II. LOS JUICIOS DE NUREMBERG, TOKIO Y UNWCC

Mientras que los juicios ante el IMT y el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este (International Military Tribunal for the Far East —IMTFE—)¹¹ eran verdaderamente internacionales, los 12 juicios subsiguientes de Nuremberg¹² y la gran mayoría de los documentados por la UNWCC¹³ tuvieron lugar ante tribunales nacionales o ante aquéllos de las fuerzas ocupantes. Pese a la diferencia organizativa¹⁴ la ley aplicable fue, a *grosso modo*, la misma, es decir, los *Estatutos de Nuremberg* y de Tokio y el Acta núm. 10 del Consejo de Control (Control Council Law núm. 10 —CCL 10—). Aun cuando se trataron casos que involucraban crímenes cometidos en distintas culturas legales (hablando en líneas generales, de sistemas del "Common Law" y "continentales" o "civiles"), los juicios, tal como fueron documentados por la UNWCC, no se apartaron, salvo algunas diferencias de detalle, de las bases comunes de la legislación de Nuremberg y de Tokio. Esto justifica y facilita un análisis en común de esta jurisprudencia, aunque ciertamente tiene que reconocerse que tanto las decisiones del IMT como las del IMTFE son las fuentes históricas de mayor autoridad de Derecho penal supranacional.

En general, los Tribunales han reconocido que el principio de culpabilidad (individual) exige el conocimiento por parte del acusado de las circunstancias del delito. El IMT se refirió al principio de culpabilidad en el contexto de la cuestión de responsabilidad criminal de ciertas organizaciones nazis, consagrando que «uno de los más importantes [principios legales] (...) es que la culpabilidad penal es personal, y que los castigos en masa deben ser evitados» y que «el Tribunal debe hacer semejante declaración de criminalidad [de un grupo u organización] en la medida de lo posible de un modo que garantice que personas inocentes no serán castigadas»¹⁵.

En los juicios subsiguientes frecuentemente se repitió que la responsabilidad individual presupone culpabilidad individual¹⁶; sin

¹¹ RÖLING y RÜTER (eds.), *The Tokyo judgment: the international military tribunal for the Far East (IMTFE)*, Amsterdam, 1977, tres tomos («The Tokyo judgment»); el tomo I contiene la opinión de la mayoría; el tomo II las opiniones en disidencia. Vid. también PRITCHARD y ZAIDE (eds.), *The Tokyo war crimes trial*, 22 tomos, New York-London, 1981.

¹² Trials of War Criminals (TWC) before Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law núm. 10, vols. 1-15, US-GPO, Washington D. C., 1950-1953.

¹³ UNWCC, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vols. 1-15, London, 1947-1949 (UNWCC Law Reports).

¹⁴ La doctrina alemana de postguerra, sin embargo, no consideró la naturaleza legal de los tribunales como una mera cuestión formal; vid. el trabajo fundamental de JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, Bonn, 1952, pp. 283-294.

¹⁵ El juicio, *supra* nota 1, p. 469.

¹⁶ "U.S. v. Krauch et al." (caso 6), TWC VIII, *supra* nota 12, pp. 1081-1210, 1155-1156,

embargo, el principio de culpabilidad ha estado sujeto a algunas limitaciones considerables como se demostrará en el análisis que sigue.

1. Elementos objetivos de responsabilidad individual (*actus reus*)

a) ¿Conexión causal?

En cuanto a la imputación de resultados (más o menos ciertos) de una conducta, la jurisprudencia de Nuremberg ha seguido una línea bastante directa de causa-efecto (en el sentido de la teoría de la equivalencia o de la fórmula *conditio sine qua non*). No se han desarrollado limitaciones a este concepto ilimitado de imputación, por ejemplo, en el sentido de teorías normativas de imputación (objetiva)¹⁷. De allí que no sea sorprendente que la jurisprudencia no ofrezca un fundamento teórico; todo lo que se puede encontrar es una referencia lacónica del juez Powers a una «conexión causal»¹⁸. En suma, el enfoque de Nuremberg puede ser llamado pragmático más que dogmático, y orientado a la evidencia más que a una cuestión de principios.

Los juicios del IMTFE y de la UNWCC no dijeron mucho más acerca de esta cuestión. Sólo refirieron al criterio de causalidad en el contexto de la participación¹⁹.

b) Participación/complicidad

La jurisprudencia de Nuremberg no distinguió entre autor principal y accesorio²⁰, sino que más bien consideró cualquier forma de participación actual en el crimen como suficiente para considerar al partícipe responsable. Así, cualquier cooperación en los planes de guerra de Hitler y cualquier conocimiento de estos planes dio origen a la participación criminal en el crimen contra la paz:

1157, 1158-1159 y 1160; "U.S. v. Krupp et al." (caso 10), TWC IX, pp. 1327-1484, 1331 y 1448; "U.S. v. von Leeb et al." (caso 12), TWC XI, pp. 462-697 y 484. Vid. también "U.S. v. Flick et al." (caso 5), TWC VI, pp. 1187-1223 y 1208 («standards racionales y prácticos» para la determinación de culpabilidad).

¹⁷ Estas teorías tratan de limitar la imputación mediante criterios normativos (cfr. ROXIN, *supra* nota 10, § 11, nm. 39-136; vid. también FLETCHER, *supra* nota 10, § 6.7.2., pp. 495 s.).

¹⁸ "U.S. v. von Weizsäcker et al.", TWC XIV, *supra* nota 12, pp. 308-942 y 888 (opinión disidente).

¹⁹ Vid. *infra* subepígrafe II.1.b).

²⁰ Vid. para una correcta distinción, desde un punto de vista de Derecho comparado: FLETCHER, *supra* nota 10, § 8.5, pp. 637. Vid. también *Model Penal Code*, § 2.06, p. 299 (American Law Institute, 1985) distinguiendo «diferentes modos de complicidad para un crimen».

«Hitler no pudo hacer la guerra agresiva por sí mismo. Tuvo que tener la *co-operación* de hombres de estado, líderes militares, diplomáticos y hombres de negocio. Cuando ellos, con *conocimiento* de sus propósitos, le dieron su *co-operación*, se hicieron parte del plan que él había iniciado. No deben ser reputados inocentes porque Hitler los utilizó, si ellos sabían lo que estaban haciendo»²¹.

Estos requerimientos, en alguna medida específicos, concernientes al crimen contra la paz fueron luego desarrollados en los juicios subsiguientes y extendidos a otros crímenes incluidos en el Estatuto del IMT. Posiblemente la afirmación más concreta pueda encontrarse en "U.S. v. von Leeb *et al.*", donde se sostuvo que «para ser considerado penalmente responsable, debe haber alguna violación a alguna obligación moral consagrada por el Derecho internacional, un hecho personal voluntario llevado a cabo con conocimiento de su intrínseca criminalidad según el Derecho internacional»²².

En suma, cualquier forma de participación, desde el mero consentimiento a la conducta activa, fue considerado suficiente no sólo para el crimen contra la paz, sino también en lo que respecta a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad. En el juicio de los "Juristas" (*Justice Trial*) estos criterios fueron aplicados de modo tal que los acusados, que no habían cometido directamente crímenes, fueron considerados responsables como cómplices por estar, burocrática o funcionalmente, involucrados en crímenes del sistema nazi. Por primera vez, se desarrolló un tipo de responsabilidad basada en ciertas funciones organizativas dentro de un aparato burocrático:

«La imputación (...) es la de una participación consciente en un sistema de crueldad e injusticia organizado por el gobierno a nivel nacional [*sic*], en violación a las leyes de la guerra y de la humanidad, perpetrado en nombre de la ley por la autoridad del Ministro de Justicia, y a través de la instrumentalidad de las cortes. La daga del asesino fue concebida bajo el ropaje del juez»²³.

Confirmando la línea adoptada por el IMT, autoría (directa) y complicidad (indirecta) fueron tratados de igual forma, de modo tal que «[la] persona que persuade a otra a cometer homicidio, la persona que facilita el arma letal a los fines de su comisión, y la persona que aprieta el gatillo son todos *principales* o *accesorios* al delito»²⁴.

²¹ El juicio, *supra* nota 1, aquí p. 448 (cursivas mías).

²² "U.S. v. von Leeb *et al.*", *supra* nota 16, p. 510.

²³ "U.S. v. Altstötter *et al.*", *supra* nota 22, p. 1063 (cursivas mías).

²⁴ "U.S. v. Altstötter *et al.*" (*Justice Trial*) (caso 3), TWC III, *supra* nota 12, pp. 954-1201 y 985. Vid. también UNWCC Law Reports XV, *supra* nota 13, pp. 53 ss.

En forma similar, en "U.S. v. Pohl *et al.*" la responsabilidad en la participación se basó en la división de funciones para la realización de distintas tareas que tomadas en conjunto facilitan o promueven la comisión de un delito:

«Una operación elaborada y compleja, tal como la deportación y exterminación de los judíos y el apoderamiento de todas sus propiedades, es obviamente una tarea para más de un hombre. Como puede esperarse, encontramos a los distintos participantes en el programa pasándose uno al otro la pelota (*tossing the shuttlecock*). El que lo originó dice: "Es cierto que pensé en el programa, pero no lo llevé a cabo". El que le sigue en la línea dice: "Yo diseñé el plan por escrito y designé el *modus operandi* pero no fue mi plan y yo de hecho no lo llevé a cabo". El tercero en la línea dice: "Es cierto que disparé contra personas, pero yo estaba simplemente ejecutando órdenes superiores". El que le sigue en línea dice: "Es cierto que yo recibí el botín de este programa y que lo inventaré y dispuse de él, pero no lo robé ni maté a sus propietarios. Yo sólo estaba ejecutando órdenes de un nivel superior". Para invocar un paralelismo, asumamos que cuatro personas son acusadas de robar un banco (...) [*Los*] *actos de cualquiera de los cuatro, dentro del marco del plan general, se convierten en los actos de todos los demás*»²⁵.

El argumento de los Tribunales de Nuremberg en lo que respecta a la imputación recíproca es reminiscencia de la doctrina inglesa del «designio común» (*common design*), habitualmente conocido como «emprendimiento conjunto» (*joint enterprise*)²⁶. En efecto, esta doctrina fue aplicada en los juicios británicos de crímenes de guerra, como documenta la UNWCC. Mientras que como regla general se consideró suficiente que el acusado estuviera «involucrado en la comisión» (*concerned in the committing*) del crimen, en el caso de varios partícipes el fundamento para una imputación recíproca de contribuciones individuales al delito (principal) se basó en que los partícipes habían tenido un propósito y un plan común dentro del significado de la doctrina del designio común. Una imputación recíproca fue también reconocida en casos en que existió una división funcional de las tareas entre los cómplices. Esto implica responsabilidad por actos preparatorios que dan inicio a la comisión al igual que por actos posteriores a la consumación del delito. En el juicio de "Karl Adam Golkel *et al.*", por ejemplo, el auditor de Guerra argumentó la responsabilidad por actos preparatorios:

²⁵ "U.S. v. Pohl *et al.*" (caso 4), TWC V, *supra* nota 12, pp. 958-1163 y 1173, sentencia suplementaria (cursivas mías).

²⁶ Cf. SMITH & HOGAN, *Criminal law*, 9.^a ed., 1999, pp. 141 ss.

«[Un] hombre estará involucrado en los fusilamientos si estando a 50 millas los ha *ordenado* y ha tomado los *pasos ejecutivos* para poner los fusilamientos en movimiento. Se deben considerar no sólo actos físicos llevados a cabo en la escena de los fusilamientos, sino también si un acusado en particular (...) *tuvo cualquier intervención* en su organización»²⁷.

Sin embargo, la participación debe tener un efecto real en la comisión, tal como que «la persona en cuestión debe haber sido *parte de la maquinaria* haciendo algún deber, llevando a cabo alguna actuación que se dirigió directamente a lograr la muerte (...) tuvo real relevancia en la muerte»²⁸.

A diferencia de la jurisprudencia anglo-americana, la jurisprudencia francesa distinguió entre la autoría directa y la participación (indirecta), ya que la legislación francesa consagra esta distinción²⁹. Sin embargo, en otros países todas las formas de participación fueron tratadas de igual forma. Por último, incluso actos más bien distantes del resultado final (tales como la denuncia que conducía a la muerte en un campo de concentración) fueron atribuidos a sus «autores primarios», es decir, a las personas cuya conducta fue la causa original de los ulteriores resultados criminales³⁰. El resto de la jurisprudencia continental más bien siguió el concepto anglo-americano tratando por igual a autores y cómplices, en el nivel de imputación de responsabilidad criminal.

c) *Expansión de la imputación*

a') Responsabilidad por mando

En los juicios contra miembros directivos de la Wehrmacht y de las SS, los Tribunales Militares norteamericanos consagraron la doctrina de responsabilidad por mando según se desarrolló en el caso "Yamashita"³¹. En "U.S. v. Pohl *et al.*" el Tribunal se refirió explícitamente a "Yamashita" y afirmó:

²⁷ UNWCC *Law Reports V*, *supra* nota 13, p. 53 (cursivas mías). *Vid.* también UNWCC *Law Reports V*, Trial of Werner Rohde & Eight Others (caso 31), pp. 54-59 y 56.

²⁸ UNWCC *Law Reports XI*, *supra* nota 13, «Trial of Max Wielen *et al.*» (caso 62), pp. 31-52, aquí 46 (cursivas mías).

²⁹ El art. 4.º de la Ordenanza dice: «Cuando un subordinado es perseguido como el autor actual de un crimen de guerra, y sus superiores no pueden ser acusados de ser igualmente responsables, deben ser considerados como cómplices en la medida en que han organizado o tolerado los actos criminales de sus subordinados», citado en UNWCC, *Law Reports III*, *supra* nota 13, p. 94 (cursivas mías).

³⁰ *Vid.*, por ejemplo, UNWCC, *Law Reports VII*, *supra* nota 13, «Trial of Gustav Becker, Wilhelm Weber & 18 Others» (caso 40), pp. 67-73, aquí 70.

³¹ *Vid.* el caso "Yamashita", 327 U.S. 1-81, 13-14 (1945), en el cual la Corte Suprema de Estados Unidos discutió que el acusado hubiera «ilegalmente dejado de lado y fracasado de des-

«Las leyes de la guerra imponen a un oficial militar, en una posición de mando, un deber *positivo* de adoptar aquellas medidas que están dentro de sus potestades y apropiadas a las circunstancias para controlar a aquellos *bajo su mando* para prevenir actos que sean violaciones de las leyes de la guerra»³².

De este modo, se reafirmó la responsabilidad por *omisión* en el caso de acusados con cierto *status* militar o civil³³. Se argumentó que la posición de mando implica ciertos deberes de control y de supervisión en lo concerniente a la respectiva esfera de competencia. Si los delitos son cometidos dentro de esta esfera de competencia, el oficial responsable debe intervenir. Si fracasa en hacerlo, a pesar de su «conocimiento actual» acerca de estos delitos (que puede ser inferido de la posición del acusado)³⁴, es responsable por omisión criminal. Sin embargo, el deber de control o supervisión disminuye con un decreciente poder de mando. De este modo, estas reglas se aplican a un comandante general y aun a un oficial de mando; no se aplican, sin embargo, cuando tales oficiales transmiten órdenes sin conocimiento de su contenido³⁵. Ni tampoco se aplican a los oficiales superiores («*staff officers*»), ya que tales oficiales normalmente no tienen poder de mando. Pero los oficiales superiores también pueden incurrir en responsabilidad penal, de modo que [si] la idea básica es criminal según el Derecho internacional, el oficial superior que puso esa idea bajo la forma de una orden militar (...) o actúa en forma personal para ver que sea adecuadamente distribuida (...) comete un acto criminal según el Derecho internacional»³⁶.

En general, el IMT y los Tribunales Militares exigieron, en lo que concierne a la guerra de agresión, que el acusado fuera un «jefe» o «planificador» (IMT) o que perteneciera al «nivel político».

El IMTFE confirmó y extendió esta jurisprudencia al personal civil³⁷. Primero, impuso deberes de supervisión y de control sobre el personal de mando civil y militar en lo que respecta al trato apropiado

vincularse de su deber como Comandante *para controlar* las operaciones de los miembros de su comando, permitiéndoles cometer brutales atrocidades» (cursivas mías); *crit.* BASSIUNI, *supra* nota 8, 1999, pp. 427 ss.; *vid.* también UNWCC, *Law Reports IV*, *supra* nota 13, pp. 1 y 35.

³² "U.S. v. Pohl *et al.*", *supra* nota 24, p. 1011 (cursivas mías).

³³ *Vid.* "U.S. v. Brandt *et al.*" (the Medical caso) (caso 1), TWC II, *supra* nota 12, pp. 171-300, 212 y 213.

³⁴ *Vid.*, por ejemplo, "U.S. v. von List *et al.*" (Hostages trial) (caso 7), TWC XI, *supra* nota 12, en 1230-1319 y 1281 («obligado a conocer»). Sin embargo, semejante presunción de conocimiento puede ser considerada una violación del principio de culpabilidad.

³⁵ "U.S. v. von Leeb *et al.*", *supra* nota 15, 510 («por la transmisión de cualquier modo de cualquier orden criminal»). *Vid.* también "U.S. v. von List *et al.*", *supra* nota 33, p. 1281 ss. y 1286.

³⁶ "U.S. v. von Leeb *et al.*", *supra* nota 15, p. 513.

³⁷ *The Tokyo Judgement*, *supra* nota 11, pp. 29-30.

de prisioneros de guerra. Consecuentemente, los abusos a los prisioneros fueron atribuidos a los acusados si fracasaban en su prevención. La responsabilidad por mando fue ulteriormente extendida al gobierno (civil), argumentando un tipo de responsabilidad colectiva: «Un miembro del gabinete puede renunciar. Si tiene conocimiento del mal trato a prisioneros, no tiene potestades para prevenir un futuro mal trato, pero si elige permanecer en el gabinete y así continuar participando de su *responsabilidad colectiva* (...), voluntariamente asume responsabilidad por cualquier mal trato en el futuro»³⁸.

La pertenencia al gabinete fue considerada para justificar la conexión causal, al menos en el caso de ignorancia voluntaria o negligente³⁹, entre la omisión de actuar y los abusos cometidos. También, los deberes de supervisión e investigación fueron aumentados.

Esta jurisprudencia fue confirmada por los juicios de crímenes de guerra británicos, canadienses, australianos y chinos documentados por la UNWCC⁴⁰. En concreto, los Tribunales competentes, *a grosso modo*, consideraron crucial la posición o el *status* del acusado al momento de determinar la responsabilidad penal basada en la responsabilidad por mando.

b') Conspiración

En lo que respecta a la conspiración, el IMT interpretó el art. 6 de su Estatuto (última oración) en sentido restrictivo⁴¹; esto generó una feroz crítica por parte de los abogados de la defensa alemana⁴². Así, una conspiración para involucrarse en una guerra de agresión es sólo punible si está basada en un plan común y concreto que no sea muy distante del acto actual y esté motivado por intención criminal. El art. II 1a del Acta núm. 10 del Consejo de Control y el IMTFE⁴³ confirmaron que la conspiración es punible sólo en el caso de crímenes contra la paz, no en el caso de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. El IMTFE luego exigió la posibilidad real de participar en la planificación, también en un estadio ulterior; esta posibilidad pue-

³⁸ *The Tokyo Judgement*, *supra* nota 11, p. 30 (cursivas mías).

³⁹ *Vid. infra*, epígrafe 2.

⁴⁰ *Vid.*, por ejemplo, la referencia explícita al caso "Yamashita" en UNWCC, *Law Reports* XV, *supra* nota 13, p. 66.

⁴¹ El juicio, *supra* nota 1, pp. 447-49. La última oración del art. 6º del Estatuto del IMT reza: «Líderes, organizadores, instigadores y cómplices que participen en la formulación o ejecución de un plan común o conspiren para cometer cualquier de los crímenes siguientes son responsables por todos los actos llevados a cabo por cualesquiera personas que ejecuten semejante plan».

⁴² *Vid.* por la crítica continental contra la conspiración: JESCHECK, *supra* nota 14, pp. 272-276 y 409 s.

⁴³ *The Tokyo Judgement*, *supra* nota 11, pp. 31 s.

de ser presumida si el acusado pertenece al «nivel político». Sin embargo, semejante presunción contra el acusado puede ser considerada una violación del principio de culpabilidad.

La jurisprudencia británica, documentada por la UNWCC, intentó distinguir entre conspiración, designio común y pertenencia a una organización criminal. Concordantemente, la diferencia entre un cargo de conspiración y uno de designio común es que el primero requiere la celebración de un acuerdo para cometer delitos mientras que el último exige no sólo el acuerdo, sino también la comisión de actos conforme a él. La pertenencia a una organización criminal está más cercanamente relacionada a la doctrina del designio común, ya que la pertenencia sola no es punible; en cambio, se requiere el conocimiento de y una pertenencia voluntaria con participación activa en actos criminales de la organización⁴⁴.

c') Pertenencia a una organización criminal

La pertenencia a una organización criminal (art. 9.º del Estatuto del IMT) puede conllevar responsabilidad sólo si el acusado intervino activamente en los actos de organización y sabía de su carácter criminal. Así, la mera pertenencia no es suficiente:

«Una organización criminal es análoga a una conspiración criminal en el hecho de que la esencia de ambas es cooperar con fines criminales. Tiene que haber un grupo unido y organizado para un propósito común (...) Toda vez que la declaración acerca de la voluntad de las organizaciones y de los grupos, como ya se destacó, fija la criminalidad de sus miembros, esa definición debería excluir a las personas que no tenían *conocimiento* de los propósitos criminales o actos de la organización y aquellos que fueron proyectados por el Estado para asociarse, salvo que estuvieran *personalmente implicados* en la comisión de actos declarados criminales por el art. 6.º del Estatuto como miembros de la organización. La *mera* pertenencia no es suficiente para ser alcanzada por el marco de estas declaraciones»⁴⁵.

Los juicios subsiguientes adoptaron la posición del IMT. En "U.S. v. Ohlendorf *et al.*" se consagró que:

«Para evitar la repetición innecesaria de sentencias individuales, el Tribunal declara aquí que cuando encuentre a un acusado culpable del

⁴⁴ UNWCC, *Law Reports* XV, *supra* nota 13, pp. 97-99.

⁴⁵ El juicio, *supra* nota 1, p. 469 (cursivas mías). Así, en el caso de la Gestapo, la declaración de criminalidad no incluyó «personas empleadas (...) para trabajos puramente clericales, estenográficos, de mantenimiento o similares trabajos de rutina no oficiales» (*ibid.*, p. 477).

cargo tres [pertenencia a organizaciones criminales] será porque ha encontrado en los registros más allá de una duda razonable que devino o se mantuvo como miembro de la organización criminal involucrada a partir del 1.º de septiembre de 1939 en las condiciones declaradas criminales en la sentencia del Tribunal Militar Internacional»⁴⁶.

2. Elementos subjetivos de responsabilidad individual (*mens rea*)

En general, se exigió conocimiento de los crímenes o de los planes criminales⁴⁷. Sin embargo, en el caso de los "Juristas" un tipo de *imprudencia* o *ignorancia reproachable* fue considerada suficiente⁴⁸. En el supuesto de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad, el conocimiento fue, en alguna medida, presumido por la evidente criminalidad de los actos:

«Mientras que sostenemos que el conocimiento de que las guerras de Hitler (...) eran agresivas es un elemento esencial de la culpabilidad (...), una situación muy distinta surge con respecto a (...) crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Quien a sabiendas se unió o implementó, ayudó o instigó (...) no puede decir que no sabía que los actos en cuestión eran delictuales. Medidas que resultan en la muerte, el maltrato, la esclavización (...) son actos que violentan ("shock") la consciencia de cualquier hombre decente. Son delictuales *per se*»⁴⁹.

En forma similar, la decisión en *IG Farben* se refirió a la habilidad personal y la posición de los acusados:

«Es discutible si el hecho de que los *acusados debían haber conocido* (...) [C]onocido en retrospectiva (...) la producción de armamentos puede considerarse *imputarle conocimiento* (...) Si estuviéramos juzgando a expertos militares (...), semejante conclusión podría estar justificada. Ninguno de los acusados, sin embargo, era experto militar. No

⁴⁶ "U.S. v. Ohlendorf *et al.*", TWC IV, *supra* nota 12, pp. 411-589 y 496. *Vid.* también "U.S. v. von Weizsäcker *et al.*", *supra* nota 18, p. 855 («la mera pertenencia no constituye prueba de culpabilidad»).

⁴⁷ "U.S. v. Brandt *et al.*", *supra* nota 33, pp. 194, 201, 209 y 222; "U.S. v. Milch" (caso 2), TWC II, *supra* nota 12, pp. 773-878 y 814; "U.S. v. Altstötter *et al.*", *supra* nota 23, p. 1093; "U.S. v. Pohl *et al.*", *supra* nota 25, pp. 984, 994 y 998, también opinión disidente p. 1159; "U.S. v. Krauch *et al.*", *supra* nota 16, p. 1102 (referencias al IMT), p. 1108; "U.S. v. List *et al.*", *supra* nota 34, p. 1286; "U.S. v. von Leeb *et al.*", *supra* nota 16, p. 545.

⁴⁸ "U.S. v. Altstötter *et al.*", *supra* nota 23, p. 977 («debería haber sabido»).

⁴⁹ "U.S. v. von Weizsäcker *et al.*", *supra* nota 18, p. 339 (énfasis en el original). En forma similar, "U.S. v. von Leeb *et al.*", *supra* nota 15, p. 617.

eran siquiera hombres de la milicia. El campo de su vida laboral ha sido íntegramente dentro de la industria (...) La *evidencia* no demuestra que alguno de ellos supiera el alcance con el cual el rearmamento general había sido planeado»⁵⁰.

Un empleo así de generoso de las presunciones en el plano subjetivo no sólo afecta el principio de culpabilidad, como lo hace cualquier presunción en contra del acusado, pero también implica limitaciones sustanciales en lo que respecta a la posibilidad de un error de derecho o de prohibición («*mistake of law*») como una defensa válida. Si los acusados *tienen que* saber lo permitido y lo prohibido, *tienen que* reconocer la antijuridicidad de sus actos y no pueden tener una clara consciencia. Si a pesar de ello erraron sobre la antijuridicidad de sus actos, este error tiene que ser considerado evitable y por ende irrelevante. Por estas razones, el punto de vista correcto es rechazar todas las presunciones de conocimiento, como el ICTY ha hecho recientemente⁵¹.

Finalmente, una distinción entre dolo común y dolo específico, basado en el Derecho penal norteamericano, fue desarrollado en el caso "Krupp" sin, sin embargo, claramente delimitarse entre sí estas formas de *mens rea*⁵².

El IMTFE, como ya se mencionó, diluyó el elemento subjetivo. Concordantemente, los acusados que desplegaron una ignorancia negligente actuaron con *mens rea* porque «[e]los están en falta por haber fallado en la adquisición de ese conocimiento»⁵³.

La jurisprudencia británica, canadiense, australiana y china documentada por la UNWCC, confirmó el estándar estricto del IMTFE, requiriendo sólo un conocimiento posible de los delitos punibles, sancionando también así la ignorancia negligente.

III. DECISIONES DE CRÍMENES NAZIS Y OTRAS ACTIVIDADES CRIMINALES AUSPICIADAS POR EL ESTADO

Las distintas decisiones sobre crímenes nazis aquí examinadas⁵⁴ trataron principalmente con el delito de crímenes contra la humanidad

⁵⁰ "U.S. v. Krauch *et al.*", (IG Farben), *supra* nota 16, p. 1113 (énfasis del autor).

⁵¹ *Vid.* sección IV.2. *infra*.

⁵² Sólo se especificó que «un dolo penal general es suficiente en todos los casos en los cuales un dolo o un elemento mental específico o de algún otro modo particular no es requerido por la ley que define el crimen» (cfr. "U.S. v. Krupp *et al.*", *supra* nota 15, p. 1378, con referencia a MILLER, *Handbook on Criminal Law*, St. Pauls, 1934, pp. 57 s.).

⁵³ *The Tokyo Judgement*, *supra* nota 11, p. 30.

⁵⁴ «Oberster Gerichtshof für die Britische Zone», *Entscheidungen des Obersten Gerichtshof für die Britische Zone in Strafsachen (OGHS)*, t. I-III, Berlin-Hamburg, 1948-1950. Eich-

según el art. 6.º del Estatuto del IMT. Por ende, el análisis de la imputación en esta parte del comentario se concentrará en este crimen. Concordantemente, los elementos constitutivos de este crimen serán considerados en primer lugar. Luego, los demás elementos (objetivos y subjetivos) de responsabilidad individual serán analizados, teniendo en cuenta algunas decisiones sobre otras actividades criminales auspiciadas por el Estado ⁵⁵.

1. Elementos objetivos y subjetivos del crimen contra la humanidad

El Tribunal Supremo para la Zona Británica (Oberste Gerichtshof für die Britische Zone —OGHBrZ—), establecido por la fuerza de

MANN (Israel), Jerusalem District Court, 12 de diciembre de 1961, ILR 36, p. 5-14, 18-276; Supreme Court, 29 de mayo de 1962, ILR 36, 14-17, 277-344. BARBIE (Francia), Cour d'assises du département du Rhône, 4 de julio de 1987, en *Le Monde*, 5-6 de julio de 1987, p. 1; *Cass. Crim.*, 3 de junio de 1988, *Juris-Classeur Périodique/La Semaine Juridique* (J.C.P.), 1988, II, núm. 21.149, ILR 100, 330-37; *vid.* también *Cass. Crim.*, 6 de octubre 1983, *Gazette du Palais*, 1983, 710, ILR 78, 126, 128-31; *Cass. Crim.*, 26 de enero de 1984, J.C.P., 1984, II, núm. 20.197, ILR 78, 126 s., 132-36; *Cass. Crim.*, 20 de diciembre de 1985, *Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation, chambre criminelle* (Bull. Crim.), 1985, pp. 1038-55, J.C.P., 1986, II, núm. 20.655, ILR 78, pp. 127 s. y 136-47. TOUVIER (Francia), Cour d'assises de Yvelines, 20 de marzo de 1994, en BÉDARIDA (ed.), TOUVIER, *Le dossier de l'accusation*, Paris, 1996, pp. 353 s., BÉDARIDA, *Cass. Crim.*, 1 de junio de 1995, *Bull. Crim.*, 1995, 547-558; *vid.* también *Cour d'Appel de Paris*, 13 de marzo de 1992, extractos en ILR 100, pp. 339 s., 341-358, también en BÉDARIDA, *op. cit.*, pp. 314-321; *Cass. Crim.*, 27 de noviembre de 1992, *Bull. Crim.* 1992, pp. 1082-1116, ILR 100, pp. 341, 358 y 364; «Cour d'appel de Versailles», 2 de junio de 1993, en BÉDARIDA, *op. cit.*, pp. 322-350; *Cass. Crim.*, 21 de octubre de 1993, *Bull. Crim.*, 1993, pp. 770-774. FINTA, Canadá, «Ontario Court of Appeal», 29 de abril de 1992, ILR 98, pp. 520-663; «Supreme Court of Canada», 24 de marzo de 1994, *Canadian Criminal Cases*, (3d), 88, 1994, pp. 417-544, «Supreme Court Review», 1994, pp. 701-877, ILR 104, pp. 284-404.

⁵⁵ «My Lai» (Calley): «Court Martial», 31 de marzo de 1971; «Convening Authority», 20 de agosto de 1971; *vid.* por ambos: HAMMER, *The Court-Martial of LT. Calley*, New York, 1971; «U.S. v. Calley», «Court of Military Review», 16 de febrero de 1973, «Court Martial Reports», *CMR*, 46, 1972-1973, pp. 1131-200, 1163 ss.; «Appellee v. Calley», Apellant, Court of Military Appeals, 21 de diciembre de 1973, *CMR*, 48, 1973-1974, pp. 19-33; «Calley v. Gallaway», US District Court, M.D. Georgia, Columbus Division, 25 de septiembre de 1974, F. Supp. 382, 1974, pp. 650-713; US Court of Appeals for Fifth Circuit, 10 sept. 1975, en GOLDSTEIN *et al.*, *The My Lai massacre and its cover-up, beyond the reach of law?*, New York, 1976, pp. 556-573. «Commandantes» (Argentina): Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, 9 de diciembre de 1985, 309-I/II, Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación («Fallos»), pp. 33-1657 ss.; CSJN, 30 de diciembre de 1986, Fallos 309-II, pp. 1689-923. «Letelier y Mofitt» (Chile) («el juicio chileno»): juez de instrucción Baños, 12 de noviembre de 1993, Fallos del Mes, año XXXV, noviembre 1993, edición suplementaria; CSJ, 30 de mayo y 6 de junio de 1995 (archivo del autor). GDR (National Defence Council, «Generals») (los juicios alemanes): BGHSt 40, p. 218; BGH NJW, 1994, p. 2703; LG Berlin, 10 de septiembre de 1996, AZ (536) 2 Js 15-92 Ks (2-95); BGH, 30 de abril de 1997, 5 StR 42-97; *vid.* también ARNOLD, «Strafrechtsprobleme der deutschen Vereinigung», en ESER y HUBER (eds.), «Strafrechtsentwicklung in Europa», 5-1, Freiburg i. Br., 1997, pp. 157-256 (172-205).

ocupación británica en 1948 como sucesor del Tribunal del Reich (Reichsgericht) y predecesor del Tribunal Supremo (Bundesgerichtshof ⁵⁶), desarrolló una jurisprudencia rica en los elementos constitutivos de crímenes contra la humanidad ⁵⁷. Ella permite algunas conclusiones generales en lo que respecta a la responsabilidad individual.

Según esta jurisprudencia, un crimen contra la humanidad requiere un acto que esté dirigido contra la humanidad y la condición humana como tal y relacionada con el sistema de terror y violencia nazi. Incluso actos aislados contra individuos pueden ajustarse a este criterio si son cometidos dentro del contexto de un estado de terror y persecución. Un nexo causal o una conexión entre un acto determinado y un resultado existe si un acusado toma parte en el acto de persecución que en sí mismo es parte de una persecución a gran escala.

En «Barbie» y «Touvier», la Corte de Casación (Cour de Cassation) aplicó el art. 6 b) y c) del Estatuto del IMT y lo interpretó extensivamente. Crímenes contra la humanidad son considerados como delitos cometidos en nombre de una política oficial de hegemonía ideológica («hégémonie idéologique») y dirigida no sólo contra la raza y la religión, sino también contra opiniones políticas opuestas:

«qu'il y ait crime contre l'humanité, que les actes énumérés à l'article 6 c du Statut du Tribunal militaire international aient été comis "de façon systématique", "au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique" (...) En demandant si l'accusé a, en commettant son crime "pris part à l'exécution d'un plan concerté (...)", les questions critiquées caractérisent cet élément constitutif du crime contre l'humanité» ⁵⁸.

La participación en tales persecuciones colectivas no es un delito separado pero es en sí un elemento constitutivo del crimen contra la humanidad.

En «Finta» los tribunales canadienses sostuvieron que el crimen contra la humanidad persigue la discriminación o la persecución de un grupo definido de personas.

Estas consideraciones demuestran que el crimen contra la humanidad sobrepasa el injusto penal de los delitos nacionales comparables

⁵⁶ Para más detalles *vid.* STORZ, *Die Rechtsprechung des OGH in Strafsachen*, pp. 2 y ss., Tübingen, 1969; más reciente RÜPING, «Das 'kleine Reichsgericht'. Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone als Symbol der Rechtseinheit», *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSiZ)*, 2000, pp. 355-359.

⁵⁷ *Id.*, por ejemplo, OGHSt I, *supra* nota 54, 1, 3; 11, 12 s.; 122, 123; 152, 156 s.; 238, 241.

⁵⁸ BARBIE (Francia), *Cass. Crim.*, 3 de junio de 1988, *supra* nota 54, pár. 39 (cursivas mías). *Id.* también TOUVIER, *France, Cass. Crim.*, 27 de noviembre de 1992, *supra* nota 54, p. 1116.

desde que representa un ataque contra la humanidad como tal y es utilizado para obtener un propósito político-ideológico específico. Tales actos tienen lugar en el contexto de un sistema dictatorial de violencia y terror (OGHBrZ), en el nombre de una política de hegemonía ideológica ("Barbie", "Touvier") o están dirigidos hacia la persecución política de ciertos grupos religiosos, raciales o culturales ("Finta"). Así, estos actos, clasificados como crímenes contra la humanidad, representan la continuación por medios criminales de una política estatal dictatorial y terrorista. Sin embargo, es importante reconocer que según el Derecho internacional vigente no es necesario que la política sea la de un Estado, porque una organización o un grupo pueden ser suficientes; adicionalmente, la política no necesita ser de «hegemonía ideológica»⁵⁹.

En el plano *subjetivo*, un *dolus* ordinario es suficiente (OGHBrZ) si el autor voluntariamente promueve los objetivos descritos y somete a su víctima a violencia arbitraria. El dolo específico consiste en el hecho de que el autor no sólo quiere violar los intereses legales clásicos, sino que también persigue intencionalmente el objetivo criminal del Estado, organización o grupo ("Barbie", "Touvier"). Se discute si acaso es o no necesario que el autor también tenga una intención discriminatoria⁶⁰.

2. Otros elementos objetivos de responsabilidad (*actus reus*)

a) Participación/complicidad

La clara referencia del CCL 10 para un concepto uniforme de autoría (*Einheitstätermmodell*) que no distingue entre autoría y complicidad dejó a los Tribunales continentales con poco espacio para aplicar esa distinción. Consecuentemente, el OGHBrZ tuvo que reconocer que el CCL 10 le asigna igual valor a cada contribución para un acto criminal y que esas contribuciones son castigadas independientemente una de la otra. Diferencias en el peso cualitativo y cuantitativo de semejante contribución son considerados sólo al nivel de la determinación de la pena.

En forma similar, en el caso "Eichmann", cualquier forma de participación en la «solución final» fue considerada suficiente para justificar la responsabilidad penal. Eichmann fue condenado como «autor principal»

⁵⁹ Para una mayor discusión, *vid.* SWAAK-GOLDMAN, en McDONALD y SWAAK-GOLDMAN (eds.), *supra* nota, pp. 141 y ss.; *vid.* también VAN SCHAAK, «The definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence», *Columbia Journal of Transnational Law* 37, 1999, pp. 787-850; MCAULIFFE DE GUZMÁN, «The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity», *Human Rights Quarterly*, 22, 2000, pp. 335-403.

⁶⁰ *Vid.* ICTY, Appeals Chamber, "Prosecutor v. Tadić", Judgement, 15 de julio de 1999 (IT-94-I-A), pars. 281 y ss. (283, 287, 292). En contra de la inclusión de este requisito también SWAAK-GOLDMAN, *supra* nota 55.

sobre la base de varios actos de apoyo o cooperación. Curiosamente, las cortes israelíes no discreparon con la doctrina clásica de la participación pero sostuvieron que los macro-crímenes en cuestión tenían que ser tratados en forma distinta. Así, argumentaron por un tipo de *responsabilidad organizativa* o dominio del hecho por el hombre del escritorio, un desarrollo ulterior del concepto utilizado en el juicio de los "Juristas":

«Pero más importante, con un crimen tan vasto y complicado como el que estamos ahora considerando [la solución final], en el cual muchas personas participaron, en diferentes niveles de control y por distintos modos de actividad —los planificadores, los organizadores y los ejecutantes, de acuerdo a su rango— tiene poco sentido utilizar los conceptos ordinarios de aconsejar («*counselling*») y procurar la comisión de un delito. Ya que estos crímenes fueron crímenes en masa, no sólo en lo que respecta a la cantidad de víctimas, sino también en lo que respecta a la cantidad de aquellos que participaron (...) y la medida en que cualquiera de los muchos criminales estaba cerca de o remotamente de la persona que de hecho mató a las víctimas nada dice acerca de la medida de su responsabilidad. Por el contrario, el grado de *responsabilidad* generalmente *aumenta* a medida que nos alejamos del hombre que utiliza el instrumentos fatal con sus propias manos y alcanza los *niveles de comando más altos*, los consejeros («*counsellors*»), en el lenguaje de nuestra ley. En lo que respecta a las víctimas que no murieron pero fueron sometidas a condiciones de vida calculadas para acarrear su muerte, es específicamente difícil definir en términos técnicos *quién instigó a quién*: aquel que capturó a las víctimas y las deportó a un campo de concentración, o aquel que las hizo trabajar allí»⁶¹.

En el *juicio argentino* contra los ex-comandantes de la junta militar, por primera vez un Tribunal (nacional) tuvo que tratar con la responsabilidad del liderazgo político de un país por crímenes cometidos contra la oposición política sobre la base de un plan nacional de destrucción⁶². La Cámara de Apelaciones y la Corte *Suprema* desarrollaron una forma de autoría mediata⁶³ sobre la base de la teoría de ROXIN de autoría mediata a través del dominio del hecho por dominio de

⁶¹ "Eichmann" (Israel), District Court, 12 de diciembre de 1961, *supra* nota 54, pp. 236-237, pár. 197 (cursivas mías).

⁶² En lo que respecta a este plan, *vid.* AMBOS, *De la estructura jurídica de la represión y de la superación del pasado en Argentina por el derecho penal: un comentario desde el punto de vista jurídico*, *Jueces para la Democracia: Información y Debate*, España, 30 de noviembre de 1997, p. 90.

⁶³ De acuerdo con este concepto, llamado en alemán «*mittelbare Täterschaft*» (CP alemán, § 25 (1) altern. 2), el autor mediato («el hombre de atrás») utiliza al autor directo (el autor material, el ejecutor) como un instrumento para cometer el crimen, generalmente porque este último tiene un defecto (ya sea mental o cualquier otro legal), *vid.* FLETCHER, *supra* nota 10, § 8.5.1, p. 639; FLETCHER, *Basic concepts of criminal law*, Oxford, 1998, pp. 197-200. El concepto es también reconocido en el *Common Law*, *vid.* *Model Penal Code*, § 2.06 2 a, American Law Institute, 1985.

voluntad en virtud de aparatos organizados de poder (*mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*)⁶⁴. Así, la estructura organizativa de un aparato militar puede conferir sobre sus líderes o comandantes el poder de dominar los actos de sus subordinados quienes, como autores directos, llevan a cabo los crímenes concebidos y ordenados por los comandantes. A pesar de que los subordinados son criminalmente responsables, los Comandantes están en control total, ya que aquéllos son fácilmente reemplazables: son mediadores fungibles del acto (*fungible Tatmittler*). El dominio del sistema implica el dominio de cada individuo que forma parte del sistema. La Cámara de Apelaciones sostuvo:

«Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron, sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir, que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.), que supone toda operación militar.

(...)

En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es *total*, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería *automáticamente reemplazado* por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, que sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria.

No se trata aquí del tradicional dominio de la voluntad de la autoría mediata. El instrumento de que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una "voluntad indeterminada", cualquiera sea al ejecutor, el hecho igual se producirá.

El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un papel secundario en la producción del hecho. Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran»⁶⁵.

⁶⁴ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., 2000, pp. 242-252 y 677 ss. Vid. también AMBOS, «Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate», *Goldsammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1998, pp. 226-245. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, núm. 3, enero de 1999, pp. 133-165; versión más larga publicada por Universidad Externado de Colombia, *Cuadernos de conferencias y artículos*, núm. 20, Bogotá, 1998.

⁶⁵ Cámara 9 de diciembre de 1985, *supra* nota 55, pp. 1601 s. (cursivas mías).

En el juicio chileno por los homicidios del ministro de Relaciones Exteriores del ex-presidente Allende, Orlando Letelier, y su compañero Moffit, los acusados (el exdirector del servicio secreto militar, Contreras, y el oficial Espinoza) fueron también condenados como autores. Sin embargo, esta decisión no se apoyó en la doctrina del dominio de la organización sino más bien en el concepto más tradicional de dominio del hecho sobre los autores directos por coacción (*Nötigungsherrschaft*)⁶⁶.

En los juicios alemanes contra líderes civiles y militares del ex-GDR (en particular miembros del Consejo de Defensa Nacional y del Comité Central del Partido Socialista), la Corte Suprema se refirió a «las bases legales sustantivas de la sentencia del IMT» y las utilizó para declarar nula la legislación correspondiente que legitimaba los disparos en la frontera Este de Alemania⁶⁷. La doctrina de ROXIN, por otra parte, fue utilizada para fundar una autoría mediata para las muertes en la frontera interna de Alemania por los miembros del Consejo de Defensa Nacional (CDN) y los generales del Ejército Nacional del Pueblo. En el primer caso se sostuvo:

«Como miembros del CDN los acusados pertenecían a un cuerpo, cuyas decisiones constituían los recaudos obligatorios para las órdenes básicas, sobre las cuales el régimen de fronteras (...) estaba basado. Ellos conocían que las órdenes eran llevadas a cabo basadas en las decisiones del CDN. Habían sido notificados de las víctimas de las minas de fronteras y de la orden de disparar (*Schießbefehl*). Los ejecutores de los actos que directamente condujeron a las muertes actuaron como parte de una jerarquía militar en la cual su rol fue específicamente establecido. Tampoco los acusados tuvieron un rol completamente subordinado a Honecker»⁶⁸.

Autoría mediata del funcionario responsable del partido fue también admitida en casos de fraude electoral⁶⁹. Finalmente, un comandante de una patrulla de frontera, es decir, un miembro del nivel de comando medio, fue condenado como un autor mediato —por su domi-

⁶⁶ Vid. el juicio chileno, *supra* nota 55.

⁶⁷ BGHSt 41, 101, 109.

⁶⁸ GDR (National Defence Council, "Generals"), *supra* nota 55, BGHSt 40, 218, 237-38. El original dice:

«Die Angeklagten waren als Mitglieder des NVR Angehörige eines Gremiums, dessen Entscheidungen zwingende Voraussetzungen für die grundlegenden Befehle waren, auf denen das Grenzregime (...) beruhte. Sie wußten, daß die auf den Beschlüssen des NVR beruhende Befehle ausgeführt wurden. Die Meldungen über die Opfer der Grenzverminung und des Schießbefehls lagen ihnen vor. Die Ausführenden der Handlungen, die unmittelbar zur Tötung führten, haben als Untergebene in einer militärischen Hierarchie gehandelt, in der ihre Rolle festgelegt war». Die Angeklagten hatten auch nicht eine gegenüber Honecker ganz untergeordnete Rolle».

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 307 y 316 s.

nio por comando (*Befehlsherrschaft*)— por darle la orden a un subordinado de matar a un refugiado ⁷⁰.

En suma, el concepto de dominio o control en virtud de una organización ha ganado más y más importancia. Dada su fundamentación convincente acerca de la responsabilidad penal de líderes dentro de estructuras estrictamente jerárquicas, no puede seguir ignorándose por la jurisprudencia internacional. A diferencia del concepto de responsabilidad por mando, no genera responsabilidad por omisiones, sino por actos, y por ende los dos conceptos son complementarios. Su mensaje esencial puede ser sintetizado del siguiente modo: *el dominio del sistema implica el dominio de los individuos que son una parte integral del sistema*.

b) Otros

Otras formas de responsabilidad objetiva no fueron relevantes. Sólo en el caso "Eichmann", la *conspiración* interpretada tan restrictivamente como para requerir actos concretos que fueran más allá del mero acuerdo para cometer un delito.

3. Elementos subjetivos de responsabilidad (*mens rea*)

Según el OGHBrZ, el crimen contra la humanidad requiere en el plano subjetivo sólo un *dolus eventualis* (*bedingter Vorsatz*), es decir, un requisito subjetivo desconocido para el *Common Law* que puede ser ubicado algo así como entre el propósito/conocimiento y negligencia consciente (*recklessness*)/imprudencia ⁷¹. A pesar del uso práctico de este concepto en Derecho penal supranacional, es de una enorme importancia práctica que el OGHBrZ no exigiera que el acusado tuviera una intención específica de cometer el crimen contra la humanidad, sino sólo un *dolus* ordinario, en otras palabras, el conocimiento general de que la víctima de su acto puede ser expuesta al sistema arbitrario e injusto del nazismo. En términos de la consciencia del injusto (*Unrechtsbewußtsein*), el OGHBrZ se apoyó en un estándar objetivo:

⁷⁰ BGH, NJW, 1996, pp. 2042, 2043. Vid. los más recientes estudios de MARXEN y WERLE, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz*, Berlin et al., 1999, así como ESER y ARNOLD (eds.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transformationsprozesse*, t. II, Deutschland, H. Kreicker, M. Ludwig, K. Rossig, A. Rost y S. Zimmermann, Freiburg im Br., 2000.

⁷¹ Cfr. FLETCHER, *supra* nota 10, § 6.5.2.; LA FAVE y SCOTT, *Criminal Law I*, St. Pauls, 1986, § 3.7. Sobre el concepto anglosajón de la *recklessness*, vid. también WEIGEND, «Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit», ZStW, 93, 1981, 657-700 (693); PERRON, «Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit», en ESER (ed.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Band 5, Baden-Baden, 1998, pp. 145-156 (151 s.).

debió haber sido posible para una persona razonable reconocer el injusto y, sobre esa base, comportarse de un modo ajustado a la norma. La capacidad subjetiva del acusado no fue considerada.

En "Eichmann" también sólo se exigió un *dolus* ordinario. Eichmann sabía de la solución final; entonces, la destrucción biológica de los judíos integró su dolo.

En "Barbie" y "Touvier" los Tribunales franceses exigieron conocimiento de los planes criminales y una intención específica. Así, en "Touvier" el Tribunal dudó que el acusado hubiera actuado con el *mens rea* necesario, ya que no era ni un agente del Estado nazi ni tuvo la intención específica de implementar una política de hegemonía ideológica. El Tribunal finalmente presumió el intento específico de Touvier, en forma no muy convincente, al sostener que fue instigado por un oficial de la Gestapo.

En "Finta" los Tribunales canadienses sostuvieron que el acusado debió haber sabido o haber sido voluntariamente ciego («*wilfully blind*») a las circunstancias o hechos que hicieron de su acto un crimen contra la humanidad ⁷². Es suficiente si el acusado, desde el punto de vista de un observador común, es consciente de la *cualidad fáctica* de sus actos como crímenes contra la humanidad. Debe inferir de esta cualidad fáctica el reproche específico de su comportamiento.

En el juicio «My Lai» la deliberación se centró en el criterio subjetivo para distinguir homicidio de asesinato en lo que respecta al teniente Calley. Mientras que su superior, el capitán Medina, fue absuelto por falta de conocimiento, Calley fue finalmente condenado por asesinato porque ejecutó civiles vietnamitas de acuerdo a su «malicia preconcebida», voluntaria y absolutamente consciente de sus actos:

«[El] apelante sabía que estaba armado y qué es lo que su arma haría. Tenía el mismo conocimiento acerca de sus subordinados y de sus armas. Conocía que si uno apuntaba su arma a un campesino y disparaba, el campesino moriría. Conociendo esto, ordenó a sus subordinados arrojar a los pobladores en el camino y desecharlos en la zanja, para emplear su propia terminología; y él mismo disparó sobre los pobladores. Estos simples hechos evidencian intención de matar, conscientemente formada y llevada a cabo» ⁷³.

⁷² FINTA, Canada, Court of Appeal, 29 de abril de 1992, *supra* nota 54, p. 595, «[K]nowledge of the circumstances or facts which bring an act within the definition of a war crime or crime against humanity constitutes the mental component which must coexist with the prohibited acts to establish culpability for those acts».

⁷³ "My Lai" (Calley), *Court of Military Review*, 16 de febrero de 1973, *supra* nota 55, p. 1178. El original dice: «[T]he Appellant knew he was armed and what his weapon would do. He

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL ICTY

Fue primero en el caso "Tadić" ⁷⁴ que el ICTY prestó atención sustancial a la cuestión de la responsabilidad individual. A *grosso modo*, esta decisión fue confirmada por la decisión más sofisticada de "Furundžija" ⁷⁵. En "Celebići", ⁷⁶ el ICTY se centró en la doctrina de la responsabilidad por mando. Esta decisión fue seguida y confirmada por las sentencias en "Aleksovski" ⁷⁷ y "Blaškić" ⁷⁸ que no necesitan ser analizadas aquí en detalle.

1. Responsabilidad individual propia [art. 7(1) del Estatuto del ICTY]

En "Tadić", al interpretar el art. 7.º del Estatuto del ICTY ⁷⁹ y al referirse a la jurisprudencia desde Nuremberg, la Sala de Primera Instancia II correctamente sostuvo que tanto la responsabilidad penal individual

had the same knowledge about his subordinates and their arms. He knew that if one aimed his weapon at a villager and fired, the villager would die. Knowing this, he ordered his subordinates to waste the villagers at the trail and ditch, to use his own terminology; and fired upon the villagers himself. These bare facts evidence intent to kill, consciously formed and carried out. (cursivas mías).

⁷⁴ Trial Chamber (T.Ch.) II, "Prosecutor v. Tadić", *Opinion and Judgment* 7 de mayo de 1997 (IT-94-I-T). *Vid.* también T.Ch. II, "Prosecutor v. Tadić", *Sentencing Judgment* 14 de julio de 1997 (IT-94-I-T); App. Ch., *Judgment*, 15 de julio de 1999 (IT-94-1-A), *supra* nota 60; T.Ch. II, *Sentencing Judgment*, 11 de noviembre de 1999 (IT-94-1); App. Ch., *Judgment in Sentencing Appeals*, 26 de enero de 2000 (IT-94-1). La decisión Erdemović trató principalmente con la defensa de obediencia debida y coacción. *Vid.* App.Ch., "Prosecutor v. Erdemović", *Sentencing Judgment*, 7 de octubre de 1997 (IT-96-22-A).

⁷⁵ T.Ch. II, "Prosecutor v. Furundžija", *Judgment*, 10 de diciembre de 1998 (IT-95-17/1-T), párs. 190 y ss., confirmado por App. Ch., *Judgment*, 21 de julio de 2000 (IT-95-17/1-A).

⁷⁶ T.Ch. II, "Prosecutor v. Delalić et al." ("Celebići"), *Judgment* de 16 de noviembre de 1998 (IT-96-21-T), párs. 330 y ss.

⁷⁷ T.Ch., "Prosecutor v. Aleksovski", *Judgment*, 25 de junio de 1999 (IT-95-14/1) (original en francés), párs. 69 y ss.; confirmado por App. Ch., *Judgment*, 24 de marzo de 2000 (IT-95-14/1-A).

⁷⁸ T. Ch. I, "Prosecutor v. Blaškić", *Judgment* de 3 de marzo de 2000 (IT-95-14-T).

⁷⁹ Estatuto del Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la exYugoslavia a partir de 1991, Doc. ONU S/25704, Anexo, 1993, «Estatuto del ICTY», publicado en ILM 32, 1993, p. 1159; en castellano en AMBOS y GUERRERO, *supra* nota 5, pp. 383 ss. El art. 7.º dice:

«Responsabilidad penal individual

1. La persona que haya planeado, instigado u ordenado, la comisión de algunos de los crímenes señalados en los arts. 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen.

2. El cargo oficial que desempeñe el inculpaado, ya sea de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no lo eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.

como la autoría en el sentido del art. 7.º del Estatuto tienen una base en el Derecho internacional consuetudinario ⁸⁰. En lo que respecta a la responsabilidad de Tadić, la Sala distinguió entre los delitos que él cometió directamente y aquellos que no cometió directamente pero en cuya comisión estuvo presente o de algún modo involucrado. Mientras que la responsabilidad por el primer supuesto está claramente consagrada en el art. 7.º, en lo que respecta al último la Sala de Primera Instancia tuvo que determinar si el acusado estaba suficientemente conectado a los crímenes como para poder ser considerado responsable penalmente. En este sentido, la jurisprudencia de Nuremberg demuestra que debe probarse, en un plano objetivo, que «hubo participación en el sentido de que la conducta del acusado contribuyó a la comisión del acto ilegal» y, en un plano subjetivo, que el acusado actuó intencional y conscientemente ⁸¹.

a) Plano objetivo: criterio para la participación criminal, en particular complicidad y coautoría

Basándose en particular en la jurisprudencia de Nuremberg y de la UNWCC y en el comentario del art. 2 (3) (a) y (d) del Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad del año 1996 («Proyecto de Código 1996») de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) ⁸², la Sala de Primera Instancia sostuvo que la complicidad requiere una contribución directa y sustancial a la comisión del crimen. «Sustancialmente» significa que la contribución tenga un efecto en la comisión; en otras palabras, debe ser, de un modo u otro, causal del resultado ⁸³. Esto no necesariamente requiere presencia física en la escena del crimen. Antes bien, la Sala de Primera Instancia adelantó un concepto amplio de autoría en la línea de la teoría inglesa «involucrado en la muerte» ⁸⁴, de modo tal que sostuvo que «no sólo uno no tiene que estar presente, sino que la conexión entre el acto que contribuye a

3. El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.

4. El hecho de que el inculpaado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no lo eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad.

⁸⁰ "Prosecutor v. Tadić", *Judgment*, 7 de mayo de 1997, *supra* nota 74, párs. 663-69.

⁸¹ *Ibid.*, par. 674.

⁸² Proyecto de Código de Crímenes de 1996 de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en AMBOS y GUERRERO, *supra* nota 5, pp. 371 ss.

⁸³ *Ibid.*, párs. 674, 678-92.

⁸⁴ Cfr. UNWCC, *Law Reports XV*, *supra* nota 13, pp. 49-51. *Vid.* también "Prosecutor v. Tadić", *Opinion and Judgment*, *supra* nota 74, par. 691.

la comisión y el acto de comisión en sí pueden estar geográfica y temporalmente distantes»⁸⁵. Más aún, la complicidad incluye todos los actos de asistencia por medio de palabras o actos que brinden apoyo.

Este concepto verdaderamente amplio de la complicidad fue confirmado en la decisión "Celebići"⁸⁶. Sin embargo, en el pronunciamiento más reciente de "Furundžija", el ICTY tomó una postura más sofisticada⁸⁷. La Sala de Primera Instancia distinguió entre la naturaleza de la asistencia y su efecto en el acto del principal (autor principal). En cuanto al primero, sostuvo que la asistencia no debía ser «tangible», pero que «apoyo moral e incitación» eran suficientes. La mera presencia en la escena del crimen basta si tuvo «un efecto de legitimación o incitación suficiente en los principales». El término «directo», utilizado por la CID al calificar la proximidad de la asistencia, se presta a «confusión», porque implica que la asistencia necesita ser «tangible»⁸⁸. En lo que respecta al efecto de la asistencia, la Sala de Primera Instancia no consideró necesaria una relación causal en el sentido de la fórmula de la *conditio sine qua non*, sino que sostuvo que los actos de asistencia deben «hacer una diferencia significativa a la comisión del acto criminal por el principal». Así, no sería suficiente para el cómplice haber tenido sólo «un rol —sin influencia— en un sistema»⁸⁹. En suma, el tipo objetivo de la complicidad requiere «asistencia práctica, incitación, o apoyo moral que tenga un efecto sustancial en la comisión del crimen»⁹⁰.

En "Tadić", la Sala de Apelaciones ha reconocido la figura de la *coautoría* como otra forma más de participación de carácter autónomo —junto a la autoría inmediata individual y la complicidad— y, con ello, ha confirmado el art. 25, par. 3 a), del Estatuto de Roma⁹¹. En opinión de la Sala de Apelaciones, esta forma de participación adquiere una significación especial precisamente dentro de los delitos colectivos, habituales en el Derecho internacional, en su delimitación con la complicidad como figura menos grave⁹². Además, en razón del *case law* existente, habría que distinguir tres grupos de casos, a los que les

⁸⁵ "Prosecutor v. Tadić", *Judgement*, 7 de mayo de 1997, *supra* nota 74, par. 687.

⁸⁶ "Prosecutor v. Delalić et al.", *Judgement*, *supra* nota 76, párs. 325-329.

⁸⁷ "Prosecutor v. Furundžija", *Judgement*, *supra* nota 75, párs. 190-249.

⁸⁸ *Ibid.*, párs. 199, 232.

⁸⁹ *Ibid.*, párs. 217 y 233 s.

⁹⁰ *Ibid.*, párs. 235 y 249. *Vid.* también el fallo del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR), "Prosecutor v. Akayesu", *Judgement* (ICTR-96-4-T), 2 de septiembre de 1998, par. 484: «Ayudar significa asistencia (...) Incitar (...) involucraría facilitar la comisión de un acto demostrando simpatía hacia el mismo...». Confirmado por varios fallos posteriores, *vid.* AMBOS y RUEGENBERG, *NSIZ-RR*, 2000, pp. 202 ss., y el más reciente fallo en "Prosecutor v. Musema", *Judgement and Sentence* 27 de enero de 2000 (ICTR-96-13-T), párs. 118 ss.

⁹¹ "Prosecutor v. Tadić", *Judgement*, 15 de julio de 1999, *supra* nota 74, párs. 178 ss., 192.

⁹² *Ibid.*, par. 191.

es característico que siempre existe un plan común, que constituye el fundamento de imputación de la actuación de los partícipes.

- En el *primer grupo*⁹³, se trata de casos en los que todos los procesados actuaron sobre la base de un plan común («*common design*» o «*common enterprise*») y de un dolo común («*intention*») ⁹⁴, pudiéndose dar el caso de que cada coautor individual haya desempeñado un rol distinto.
- En el *segundo grupo*⁹⁵, que constituye una variante del primero, se incluyen los llamados casos de campos de concentración. Se trata de supuestos de comisión de delitos por parte de miembros de una unidad militar o administrativa. También aquí los autores actúan sobre la base de un plan común («*common purpose*»), que constituye el fundamento de imputación.
- El *tercer grupo*⁹⁶ recoge los supuestos en los que un coautor comete un hecho que va más allá del plan común, pero que igualmente constituye una consecuencia natural y previsible («*natural and foreseeable consequence*») de la realización del plan.

El tercer grupo muestra, por lo tanto, que incluso una variación con respecto al plan original por parte de uno de los partícipes no excluye la imputación de su comportamiento en perjuicio del resto de los partícipes, cuando el exceso constituye una «consecuencia natural y previsible» de la realización del plan con la que todos los partícipes se conforman, en el sentido de un dolo eventual. En este punto, la Sala se remite también al art. 25, par. 3 d), del Estatuto de Roma. En definitiva, se adhiere a la conocida dogmática continental europea en materia de coautoría, al emplear como criterios para la participación en coautoría la participación de varios, el plan —aunque sea informal y se haya acordado durante la ejecución— y el aporte de cada uno de los partícipes en favor del hecho⁹⁷. Mientras que en la coautoría independiente cualquier aporte al hecho es suficiente, en la *complicidad* tiene éste que incidir de manera directa en el hecho principal. La coautoría se considera, pues, accesoria⁹⁸. Sin embargo, la así llamada doctrina del «*joint criminal enterprise*», desarrollada por Tadić y refinada por la jurisprudencia posterior^{98a}, recibió mucha crítica, en particular su tercera forma^{98b}.

⁹³ *Ibid.*, párs. 196 al 201.

⁹⁴ Los términos «*intention*» e «*intent*» se emplean aquí en sentido equivalente, por lo que se parte de su significado como «dolo».

⁹⁵ "Prosecutor v. Tadić", *Judgement*, 15 de julio de 1999, *supra* nota 74, párs. 202 s.

⁹⁶ *Ibid.*, párs. 204 al 219.

⁹⁷ *Ibid.*, par. 227.

⁹⁸ *Ibid.*, par. 229.

^{98a} Cfr. AMBOS, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute...*, 2.ª ed., 2006, art. 25, nm. 9.

^{98b} Cfr. HAAM, «The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the ICTY», *ICLR* 5 (2005), p. 167 ss.

b) *Plano subjetivo: intención*

El criterio de intención complementa y restringe el criterio objetivo amplio. El acusado tiene que ser consciente del acto de participación y de que esa participación tiene un efecto directo y sustancial en la comisión del crimen. La intención está fundada en el conocimiento. Así, por ejemplo, sólo la presencia en la escena del crimen no es suficiente si es una presencia ignorada o involuntaria; debe al menos demostrarse que el acusado sabía que su presencia tenía un efecto directo y sustancial en su comisión. Además, la complicidad requiere que el acusado tenga la intención de contribuir a la comisión del delito ⁹⁹.

Sin embargo, el recaudo subjetivo es en sí mismo considerablemente debilitado de dos formas. Primero, conocimiento e intención pueden también inferirse de circunstancias; en otras palabras, no necesitan ser probados directamente. Segundo, la intención fundada en ese conocimiento inherente es suficiente. La Sala de Primera Instancia no necesitó sostener que había un plan preestablecido en el cual el acusado se comprometió a una conducta específica; su conexión con un esquema o sistema criminal es suficiente.

En suma, la Sala de Primera Instancia sostuvo en "Tadić" que:

«[E]l acusado será considerado penalmente responsable por cualquier conducta en la que se determine que participó *con conocimiento* en la comisión de un delito que viola el derecho internacional humanitario y su participación *directa y sustancialmente* afectó la comisión del delito al apoyar la actual comisión *antes, durante y luego* del incidente. También será responsable por *todo* lo que *naturalmente resulta* de la comisión del acto en cuestión» ¹⁰⁰.

Esta posición fue confirmada en "Celebići" ¹⁰¹ y, más explícitamente, en "Furundžija". En esta última decisión se sostuvo que «no [es] necesario para el cómplice compartir el *mens rea* del autor, en el sentido de intención positiva de cometer el crimen», ni tampoco lo es «conocer el crimen preciso que se intentaba y (...) cometió»; antes bien es suficiente que el colaborador o instigador «sea consciente que uno de un número de crímenes probablemente se cometerá» ¹⁰².

La Sala de Apelaciones en "Tadić" distinguió distintos tipos de participación en coautoría ¹⁰³. En general, se exige dolo en el sentido de

⁹⁹ "Prosecutor v. Furundžija", *Judgement*, *supra* nota 75, párs. 674-77, 689 y 692.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pár. 692 (cursivas mías).

¹⁰¹ "Prosecutor v. Delalić et al.", *Judgement*, *supra* nota 76, párs. 326 y 328.

¹⁰² "Prosecutor v. Furundžija", *Judgement*, *supra* nota 75, párs. 190-249.

¹⁰³ *Ibid.*, pár. 228.

conocimiento y voluntad de realización del tipo. Por el contrario, un querer en el sentido del dolo directo no es necesario.

2. Expansión de la responsabilidad: responsabilidad por mando [art. 7(3) del Estatuto del ICTY]

En "Celebići", confirmado por "Blaškić" ¹⁰⁴, el ICTY caracterizó los requisitos de la responsabilidad superior o por mando como sigue ¹⁰⁵:

- existencia de una relación superior-subordinado;
- el conocimiento del superior o el superior con razones para conocer que el acto estaba por ser o se había cometido;
- el fracaso del superior de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal o castigar al autor por ello.

En lo que respecta al primer requisito, el ICTY sostuvo que «individuos en posiciones de autoridad (...) pueden incurrir en responsabilidad penal (...) sobre la base de su posición *de facto* al igual que *de jure* como superiores» ¹⁰⁶. De modo similar, una posición de mando no puede ser determinada «sólo por referencia a un estatus formal», sino por «la posesión actual, o no-posesión, de poderes de control sobre las acciones de subordinados» ¹⁰⁷. Sin embargo, la responsabilidad es excluida si tal control estuvo «ausente o muy remoto», si el superior careció de «habilidad material para prevenir y castigar la comisión de estos delitos» ¹⁰⁸.

Más aún, la responsabilidad por mando se extiende también a *civiles*, superiores no militares, pero «sólo al punto que ejerzan un grado de control sobre sus subordinados que sea similar al de los comandantes militares» ¹⁰⁹. Esta posición confirma el art. 28 del Estatuto de Roma ¹¹⁰ y es de particular significancia si se lo confronta con el trasfondo del pronunciamiento en "Akayesu" dictado por el ICTR en donde la cuestión fue caracterizada como «controvertida» ¹¹¹.

¹⁰⁴ "Prosecutor v. Blaškić", *supra* nota 78, párs. 289 y ss.

¹⁰⁵ "Prosecutor v. Delalić et al.", *Judgement*, *supra* nota 76, pár. 346.

¹⁰⁶ *Ibid.*, par. 354 (cursivas mías).

¹⁰⁷ *Ibid.*, par. 370; *vid.* también par. 377.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párs. 377 s.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párs. 355 ss., 363 y 378.

¹¹⁰ *Vid.* Estatuto de Roma, *supra* nota 5, art. 28. Para un análisis más detallado, *vid.* AMBOS, «Superior responsibility» (article 28), en CASSESE (ed.), *International Criminal Law for the ICC*, Oxford, 2001, en castellano *vid.* AMBOS, *Responsabilidad del superior*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia).

¹¹¹ "Prosecutor v. Akayesu", *Judgement*, *supra* nota 90, par. 491. Sin embargo, el ICTR no rechazó la posibilidad pero sostuvo que «es apropiado determinar caso por caso el poder de la autoridad efectivamente atribuido al acusado». De manera similar, "Prosecutor v. Musema", *supra* nota 90, párs. 132 ss.

En el plano *subjetivo (mens rea)*, el superior debe:

- tener conocimiento actual de que sus subordinados estaban cometiendo o estaban por cometer crímenes; o
- poseer información de tal naturaleza que lo ponga en noticia del riesgo de tales delitos al indicar la necesidad de investigación adicional con el fin de afirmar si fueron cometidos o estaban por ser cometidos ¹¹².

Mientras que estos requisitos no fueron discutidos en sus fundamentos, sí fue, por un lado, calurosamente debatido de qué modo podía ser probado el conocimiento actual. El ICTY rechazó la presunción de conocimiento pero permitió que ese conocimiento pudiera ser establecido por evidencia circunstancial teniendo en cuenta ciertos indicios ¹¹³. Por otro lado, los contenidos específicos del recaudo de «tuvo razones para conocer» (*had reason to know*) no están exentos de dudas. Mientras que es claro que un superior no debe permanecer voluntariamente ciego a los actos de sus subordinados, es menos claro cuán lejos llega su deber de conocer y cuán específica la información en su poder debe ser de modo tal de obligarlo a investigar más allá. Así, el ICTY fue cuidadoso en su formulación de un estándar abstracto y no efectuó ninguna afirmación en cuanto al contenido *actual* del Derecho consuetudinario sobre el punto ¹¹⁴.

Aparte de “Delalić *et al.*”, el ICTY confirmó la responsabilidad individual de los líderes civiles y comandantes militares ya incluida en las cinco decisiones acerca de la Regla 61 dictadas previo a publicarse este trabajo, como responsabilidad directa en el sentido del art. 7.1 del Estatuto del ICTY o como responsabilidad por mando en el sentido del art. 7.3. En los procedimientos de la Regla 61 no hay determinación de culpabilidad, de ahí que no sean idénticos a los juicios *in absentia*. La Sala de Primera Instancia sólo determina si hay fundamentos razonables para creer que el acusado cometió los crímenes incluidos en la acusación.

En el caso “Nicolíć” ¹¹⁵ la acusación fue confirmada, sosteniendo que el acusado, como comandante responsable de un campo de detención, no sólo directamente participó en los crímenes cometidos contra los detenidos del campo (art. 7.1) del Estatuto del ICTY, sino que también incurrió en responsabilidad en el sentido del art. 7.3 del Estatuto del ICTY por haber fracasado en evitar los crímenes a pesar de que

¹¹² “Prosecutor v. Delalić *et al.*”, *Judgement*, *supra* nota 76, párs. 379 ss., 383 y 393.

¹¹³ *Ibid.*, par. 386; *vid. ya supra* b), después de nota 99.

¹¹⁴ *Ibid.*, par. 393. *vid. también* “Prosecutor v. Akayesu”, *Judgement*, *supra* nota 90, párs. 488-89.

¹¹⁵ T.Ch. I, “Prosecutor v. Nikolić”, *Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, *Decision* de 20 de octubre de 1995 (IT-95-2-R61), pár. 24.

le fue posible hacerlo. La Sala de Primera Instancia trató de distinguir el parágrafo 3.º del 1.º del art. 7.º sosteniendo que «la posición de autoridad de Nicolíć (...) lo hace responsable no a través de sus subordinados, sino por sus propios actos en cuanto se refiere al encarcelamiento, apropiación, deportación, persecución y actos inhumanos relacionados con las precisas condiciones de detención».

En “Prosecutor v. Marlić” ¹¹⁶ se confirmó que el acusado, ex-presidente de la autodeclarada República Serbia Krajina, había ordenado con conocimiento y voluntad el bombardeo de Zagreb el 2 y 3 de mayo de 1995, causando de ese modo la muerte de civiles. Como la muerte de civiles constituye un crimen de guerra según el art. 3.º del Estatuto del ICTY, el acusado es individualmente responsable de acuerdo al art. 7.1 y 3 del Estatuto del ICTY.

En “Prosecutor v. Mskšić, Radić & Šljivančanin” ¹¹⁷ se estableció que los acusados participaron en posiciones de mando en muertes y castigos en el hospital Vukovar en agosto de 1991 por el Ejército del Pueblo Yugoslavo (EPY). El acusado Mskšić fue el comandante de la brigada de guardia cuya jurisdicción territorial cubría toda la zona de Vukovar. Radić fue el jefe de una unidad de infantería especial de esta Brigada. Šljivančanin, quien actuó bajo la autoridad de Mskšić, estuvo a cargo de un comando operacional de las fuerzas del EPY. Dada la distribución funcional de tareas entre los tres puede convincentemente argumentarse, aun cuando esto no fue explícitamente sostenido por la Sala de Primera Instancia, que Šljivančanin es punible de acuerdo al art. 7.1 del Estatuto del ICTY y que los otros dos acusados de acuerdo al art. 7.3.

En “Prosecutor v. Karadžić & Mladić” ¹¹⁸ la Sala de Primera Instancia I tuvo fundamentos razonables para creer que Radovan Karadžić, como presidente del Partido Democrático Serbio de Bosnia y Herzegovina (PDS) y luego de la llamada República Serbia de Bosnia y Herzegovina, poseía «poderes institucionales amplios que lo convertían en la cabeza de una organización política y de las fuerzas armadas». ¹¹⁹ Ejerció control efectivo sobre el citado territorio y sabía que los delitos fueron cometidos dentro de ese territorio, pero no hizo nada para evitarlos pese a sus obligaciones legales en ese sentido según el derecho internacional. En forma similar, Ratko Mladić, como comandante general en

¹¹⁶ T.Ch. I, “Prosecutor v. Martić”, *Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, *Order* 8 de marzo de 1996 (IT-95-11-R61), párs. 20 s.

¹¹⁷ T.Ch. I, “Prosecutor v. Mskšić, Radić & Šljivančanin”, *Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, *Decision* de 3 de abril de 1996 (IT-95-13-R61), párs. 15-17.

¹¹⁸ T.Ch. I, “Prosecutor v. Karadžić & Mladić”, *Review of the Indictments pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, *Decision* de 11 de julio de 1996 (IT-95-5-R61/IT-95-18-R61), párs. 42, 65-85.

¹¹⁹ *Ibid.*, par. 70.

jefe del «Ejército de la República Serbia de Bosnia y Herzegovina», actuó como el paralelo militar de Karadžić, y también sabía de los delitos pero no los evitó. Por ende, ambos acusados incurrieron en responsabilidad de mando (gubernamental y/o militar) en el sentido del art. 7.3 del Estatuto del ICTY. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia incluso consideró, extendiéndose más allá de la acusación, que ambos acusados no sólo eran penalmente responsables por omisión y negligencia penal sino también por comisión directa en el sentido del art. 7.1 del Estatuto del ICTY:

«Toda la evidencia y el testimonio brindado concurre en demostrar que Radovan Karadžić y Ratko Mladić no sólo habrían sido informados de los crímenes alegados cometidos bajo su autoridad, sino que también y, en particular, que ejercieron su poder para planear, instigar, ordenar o de algún otro modo ayudar e instigar la planificación, preparación o ejecución de los citados crímenes»¹²⁰.

Finalmente, en «Prosecutor v. Rajić»¹²¹ la acusación fue confirmada, sosteniendo que el acusado, como comandante de las tropas del Consejo de Defensa Croata (CDC) ayudó y asistió u ordenó un ataque militar en la villa civil de Stupni Do (Bosnia-Herzegovina). Así, la responsabilidad individual nuevamente estaría basada en el art. 7.1 y 3 del estatuto del ICTY.

En la acusación contra «Milošević et. al.», confirmada en la revisión de la decisión por el juez Hunt, los acusados fueron también considerados responsables de crímenes contra la humanidad sobre la base de la responsabilidad del superior¹²².

V. CONCLUSIÓN. HACIA UN CONCEPTO INTEGRAL DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN DERECHO PENAL SUPRANACIONAL

Queda todavía un largo camino por recorrer hacia un concepto integral de responsabilidad penal individual en Derecho penal supranacional. La jurisprudencia de los crímenes de guerra, sin embargo, ofrece elementos de responsabilidad individual fundamentales e importantes:

¹²⁰ *Ibid.*, par. 83.

¹²¹ T.Ch. II, «Prosecutor v. Rajić», *Review of the Indictments pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence and Separate*, opinion of judge Sidhwa, *Decision* de 13 de septiembre de 1996 (IT-95-12-R61), pars. 58-61 y 71.

¹²² «Prosecutor v. Milošević, Milutinović, Sainović, Ojdanić, Stojilković», *Acusación (Indictment)*, presentada el 22 de mayo de 1999, párs. 55 y ss., 84-88; «Prosecutor v. Milošević, Milutinović, Sainović, Ojdanić, Stojilković», *Decision en Review of Indictment and Application por Consequential Orders*, 24 de mayo 99. Sobre la reciente decisión intermedia ver el artículo en este volumen en p. 167.

- en el plano *objetivo* un concepto muy amplio de *participación* en el sentido de cualquier contribución causal a la comisión de un acto; un fundamento particularmente importante de la responsabilidad de los líderes dentro de organizaciones jerárquicas está dado por la teoría de la autoría indirecta por medio del dominio del hecho en virtud de un aparato organizado de poder (*Organisationsherrschaft*) o, más general, la autoría mediata;
- en el plano *subjetivo* el requisito de *conocimiento*, eventualmente probado con evidencia circunstancial (no sobre la base de una presunción), e *intención*;
- distintas formas de *expansión* de la imputación, de las cuales la *responsabilidad de mando* es la más importante en términos prácticos y conceptuales; a diferencia de la *Organisationsherrschaft* desarrolla criterios de imputación por omisiones, no actos; a partir de allí, ambos conceptos se complementan entre sí.

Estos elementos pueden ser considerados como universalmente reconocidos y como principios generales de Derecho penal supranacional recientemente confirmados por los arts. 25 y 28 del Estatuto de Roma¹²³. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina es, como ya se dijo, más bien descriptiva y a veces se apoya demasiado en el Derecho penal nacional («analogía doméstica»). Ciertamente, las propuestas académicas más desarrolladas pueden encontrarse en el Proyecto actualizado de Siracusa y en el «Proyecto de Parte General» sobre el que se basó¹²⁴. Por otro lado, los esfuerzos recientes hacia un Derecho penal común europeo podría también ser una contribución significativa para los elementos de responsabilidad penal individual en Derecho penal supranacional si van más allá de la mera protección de intereses finan-

¹²³ Para facilitar la referencia las disposiciones de los arts. 25 y 28 del Estatuto de Roma, *supra* nota 5, serán reproducidas en el anexo. En lo que respecta al art. 25, *vid.* AMBOS, en TRIFFTERER, *supra* nota 5; en cuanto al art. 28 *vid.* FENRICK, en *ibid.* *Id.* también, por ejemplo, Estatuto del ICTY, *supra* nota 79, art. 7; y art. 2 (3) del Proyecto de Código de Crímenes de 1996 de la CDI, *supra* nota 82.

¹²⁴ Cfr. Association Internationale de Droit Pénal (AIDP/International Institute for Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC)/Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law (MPI) et al., Proyecto de Estatuto de Corte Penal Internacional de la CDI del año 1994 que sugirió modificaciones, preparadas por un Comité de Expertos, Siracusa, Friburgo y Chicago, 15 de marzo de 1996 («actualización del Proyecto de Siracusa»). El original del «Proyecto de Parte General» fue preparado por el MPI en la línea de los «elementos» de una parte general incluidos en la actualización del Proyecto de Siracusa (comentario al art. 33) por ESER (Friburgo), TRIFFTERER (Salzburgo), KOENIG (Michigan), LAGODNY (Friburgo y Dresden), con la asistencia de AMBOS (Friburgo) y VEST (Basilea). Fue parcialmente modificado por la actualización del Proyecto de Siracusa, *vid.* arts. 33-1 a 33-18 y 47 a 47-2. Ambos proyectos contienen reglas sobre responsabilidad penal individual ausentes en los proyectos «oficiales», por ejemplo, sobre omisión [arts. 33-5 y 33d) respectivamente], causalidad [arts. 33-6 y 33e)], tentativa (arts. 33-8 y 33g)]. Para el «Proyecto de Parte General» *vid.* www.iuscrim.mpg.de/de/forsch/straf/referate/sach/sach_index.html.

cieros de la Comunidad Europea ¹²⁵. Así, una propuesta reciente para un Código Penal Europeo Modelo contempla, como ejemplo, una responsabilidad individual para miembros de un gobierno, oficiales públicos y soldados por actos cometidos por sus subordinados que fallaron en prevenir; la doctrina de la responsabilidad de mando ha sido, por ende, reconocida ¹²⁶.

La tarea del futuro es refinar los elementos de responsabilidad penal individual (y las defensas). Esto será alcanzado en cierta medida expandiendo la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* y la recientemente establecida ICC. El art. 25 del Estatuto de Roma es ciertamente un avance comparado con las propuestas previas; sin embargo, todavía requiere cierta clarificación y refinamiento por la futura jurisprudencia ¹²⁷. Por otro lado, investigaciones académicas y escritos deberán focalizarse más en el desarrollo de una teoría de responsabilidad penal individual completa o, más ampliamente, una Parte General de Derecho penal supranacional ¹²⁸.

ANEXO: (ESTATUTO DE ROMA)

«Art. 25. Responsabilidad penal individual

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

¹²⁵ Vid. hasta ahora la propuesta de un *Corpus iuris*, codificado bajo los auspicios de la Comisión Europea; comp. DELMAS (ed.), 1997 y recientemente DELMAS, MARTY y VERVAELE (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the member states*, volume I, Antwerp et al., 2000.

¹²⁶ Comp. TIEDEMANN, «Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im Europäischen Strafrecht», *Festschrift Nishihara*, Baden-Baden, 1998, pp. 496-512 y 511 (sección «e» de la propuesta).

¹²⁷ Vid. SCHABAS, *General Principles of Criminal Law in the ICC Statute* (Part III), 6 Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just. 6, 1998, p. 400, en castellano en AMBOS y GUERRERO, *supra* nota 5, pp. 269 ss., 314; AMBOS, «General principles of criminal law in the Rome Statute», *Criminal Law Forum*, 10, 1999, pp. 1 ss. y 6 ss.

¹²⁸ Vid. ESER, «The need of a General Part», en BASSIOUNI (ed.), *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the peace and security of mankind*, Toulouse, 1993, pp. 43-52.

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común.

La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho internacional.

(...)

Art. 28. Responsabilidad de los jefes y otros superiores

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto

to en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado *a)*, el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento».

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL PROCESO CONTRA SLOBODAN MILOSEVIC: UN BALANCE PROVISIONAL *

I. COMENTARIO PRELIMINAR

El 25 de febrero de 2004, casi cinco años después de la confirmación judicial de la acusación¹, concluyó el alegato de la acusación en el proceso seguido en contra de Slobodan Milosevic ante el Tribunal de la ONU para la ex Yugoslavia (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia —ICTY—). El art. 98 *bis* de las reglas de procedimiento y prueba del Tribunal² le permiten al acusado solicitar, dentro de siete días y, en todo caso, antes del comienzo del alegato de la defensa, una absolución respecto de uno o varios puntos de acusación, bajo la fundamentación de que las pruebas presentadas hasta ese momento serían insuficientes «*insufficient*» para una condena.

Esta disposición proviene del procedimiento penal anglo-americano y recalca su carácter adversarial con la dicotomía «*prosecution and defense case*». Su *ratio* está estrechamente ligada a la existencia de un jurado, en cuanto se considera a sus integrantes como necesitados de especial protección con miras a la presentación de pruebas insuficientes o no sólidas y del peligro asociado de una condena injusta³. Por consiguiente, esta disposición no se puede trasladar sin más a tribunales

* Originalmente publicado en *Juristenzeitung*, JZ, 2004, p. 965. Traducido por Rodrigo Aldoney Ramírez, L. L. M., Friburgo-Gotinga; revisión del autor.

¹ "Prosecutor v. Milosevic et al.," *Decision on Review of Indictment and Application for Consequential Orders*, 24 de mayo de 1999.

² *Rules of Procedure and Evidence*, última modificación del 6 de abril de 2004, www.un.org/icty.

³ Cfr. "Prosecutor v. Milosevic", *Decision on Motion for Judgement of Acquittal*, 16 de junio de 2004 (IT-02-54-T), pars. 11 y ss. con ulteriores referencias.

penales internacionales, en cuanto éstos están compuestos por jueces profesionales que debieran estar en condiciones de valorar adecuadamente la calidad de las pruebas presentadas⁴. Es así cómo la Sala de apelación del ICTY ya concretizó, en resoluciones anteriores, el grado de sospecha en el sentido de que el Tribunal de primera instancia debiera comprobar «si existen pruebas en virtud de las cuales un Tribunal de primera instancia pueda ser convencido, más allá de dudas razonables, de la culpabilidad del acusado» («could be satisfied beyond reasonable doubt of the guilty of the accused»)⁵. Por ende, no sería decisivo si el Tribunal de primera instancia/los hechos efectivamente debiese llegar o llegaría, más allá de una duda razonable, a una condena, sino si *pudiese* llegar a ella. Por lo tanto, a la inversa, no es necesario que deba llegar a la conclusión de «que ningún Tribunal de primera instancia, sensato, podría considerar suficientes las pruebas presentadas, más allá de las dudas razonables»⁶.

Los *amici curiae* designados por el Tribunal —Milosevic rechazó la asignación de un defensor— hicieron uso del derecho previsto en la regla de procedimiento 98 *bis* y solicitaron el 3 de marzo de 2004 una absolución parcial respecto de los complejos acusatorios Kósovo, Croacia y Bosnia⁷. La siguiente exposición se limita a las preguntas jurídicas que se plantean.

En relación con los *hechos concretos imputados* a Milosevic, vale decir, los hechos principales o «crímenes base» («crime base»), sostienen los solicitantes que 185 no han sido probados en absoluto o lo han sido de manera *insuficiente*. La Sala da lugar a esto en el nada despreciable número de 97 casos. En lo que respecta a Kósovo, la solicitud se dirige en contra de siete casos en los que se trata, mayoritariamente, supuestas deportaciones de población civil (albana). Sin embargo, en todos estos casos la sala de la vista considera las pruebas como suficientes y, en tal sentido, rechaza la solicitud⁸. En relación con los crímenes cometidos en la *guerra de Croacia*, los solicitantes se dirigen en contra de 16 casos (entre ellos asesinato y homicidio, exterminio, tortura y otros crímenes de guerra y de lesa humanidad). La Sala sólo admite completamente la solicitud en cuatro casos y en un caso respecto de una de las víctimas mencionadas, pero rechaza en lo

⁴ Cfr. asimismo la «Separate Opinion» del Richter Robinson (en el anexo de la sentencia), el que aboga, por tal razón, por una modificación de la vara de acreditación y una limitación de la regla de procedimiento 98 *bis*.

⁵ Cfr. «Prosecutor v. Delalic», Sentencia del 20 de febrero de 2001 (IT-96-21-A); «Prosecutor v. Jelusic», Sentencia del 5 de julio de 2001 (IT-95-10-A), par. 37.

⁶ «Prosecutor v. Jelusic», *supra* nota 5, par. 56: «no reasonable trier of fact could find the evidence sufficient to sustain a conviction beyond reasonable doubt...»

⁷ «Prosecutor v. Milosevic», *supra* nota 3, pars. 4 y s.

⁸ *Ibid.*, pars. 81 y s.

demás la solicitud⁹. Respecto de Bosnia, los solicitantes se dirigen en contra de 82 casos respecto de los cuales la Sala sólo considera como suficientes las pruebas en 23 de ellos. Además, la Sala accede también a la presentación de los solicitantes respecto de 44 casos de francotiradores y 26 casos de disparos contra edificios en Sarajevo¹⁰.

II. LA ACUSACIÓN RESPECTO DE KÓSOVO

La acusación imputa a Milosevic la comisión (mediata) de crímenes de guerra y de lesa humanidad en Kósovo, respecto de los cuales los correspondientes tipos del Estatuto del ICTY (ICTYS, aquí arts. 3 y 5) exigen la concurrencia de un *conflicto armado*. Los solicitantes refutan, en primer lugar, que haya existido un conflicto tal antes del 24 de marzo de 1999, es decir, antes del momento del inicio de los bombardeos de la OTAN. Según una definición, proveniente del fallo de apelación en el proceso Tadic¹¹, es de relevancia decisiva si en ese momento ya existía una «violencia armada continua entre fuerzas de gobierno y grupos armados organizados» («*protracted armed violence*»). Por lo tanto, debe examinarse, por un lado, el grado de organización de las partes del conflicto y, por otra, la intensidad del conflicto. En definitiva, la Sala reconoce la existencia de un conflicto armado, ya que, por un lado, el Frente de Liberación de Kósovo ya habría existido como organización estructurada militarmente y, por el otro, el conflicto habría estado serio y ampliamente extendido¹².

La segunda objeción se refiere a la correcta interpretación de los tipos de la *deportación o traslado ilegal* («*deportation or transfer*») de civiles, en el sentido del art. 2 g) y art. 5 d) del ICTY, a lo cual los solicitantes aducen que las pruebas presentadas por la fiscalía son suficientes respecto del traslado, no así respecto de la deportación¹³. En cuanto a la diferencia entre ambos tipos, la Sala manifiesta, tomando en consideración la jurisprudencia anterior y la práctica en la aplicación del tratado, que la deportación implicaría el traslado involuntario *más allá de las fronteras nacionales*, mientras que el traslado se referiría al cambio de lugar *dentro de un mismo Estado*¹⁴. Esto tiene como consecuencia, para el ámbito de protección penal de las normas referidas, que ellas, en todo caso, protegen de cambios de

⁹ *Ibid.*, par. 116.

¹⁰ *Ibid.*, par. 309 así como 310 y ss.

¹¹ «Prosecutor v. Tadic», *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995 (IT-94-1-AR 72), par. 70.

¹² Cfr. «Prosecutor v. Milosevic», *supra* nota 3, pars. 23 y ss. (40).

¹³ *Ibid.*, pars. 41 y ss. (44).

¹⁴ *Ibid.*, pars. 45 y ss. (68).

lugar involuntarios, independientemente de si se efectúan de modo transfronterizo (entonces deportación) o no (entonces traslado) ¹⁵.

III. LA ACUSACIÓN RESPECTO DE CROACIA

En relación con las acciones bélicas, la acusación le imputa a Milosevic la comisión de graves infracciones a las convenciones de Ginebra (art. 2 ICTYS). Estos tipos presuponen la existencia de un conflicto armado *internacional*, por lo que se deben encontrar al menos dos Estados en un enfrentamiento bélico. En este sentido los solicitantes exponen que Croacia, como muy temprano, se habría convertido en un Estado el 15 de enero de 1992, a partir del reconocimiento por la Comunidad Europea. De tal modo, recién desde entonces sería posible hablar de un conflicto internacional entre la República Federal de Yugoslavia y Croacia ¹⁶. La Sala tampoco acoge la solicitud a este respecto. Según su apreciación, Croacia habría adquirido su calidad de Estado, en el sentido del Derecho internacional, ya el 8 de octubre de 1991. Ya entonces Croacia habría cumplido los requisitos contenidos en el art. 1 de la Convención de Montevideo sobre derechos y obligaciones de los Estados, del 26 de diciembre de 1933, vale decir, la existencia de un territorio del Estado, de un Gobierno y de la capacidad para establecer relaciones diplomáticas ¹⁷.

IV. ACUSACIÓN RESPECTO DE BOSNIA

En el centro de la acusación respecto de Bosnia se encuentra la imputación de *genocidio*, como se acreditó, de modo especialmente insistente, en el proceso por la muerte de entre siete y ocho mil musulmanes bosnios en la ciudad del este de Bosnia, Srebrenica ¹⁸. A este respecto, también resulta problemática la *imputación* de los hechos a Milosevic y los solicitantes manifiestan que éste no habría *intervenido* de ningún modo en un genocidio ni habría tenido la *intención de destrucción*, necesaria para ello ¹⁹. La Sala confirma, en primer lugar, la jurisprudencia permanente de los tribunales, en el sentido de que el genocidio representaría un delito con una intención de destrucción específica y que debiera dirigirse en contra de alguno de

¹⁵ *Ibid.*, pars. 69 y s.

¹⁶ *Ibid.*, pars. 83 y s.

¹⁷ *Ibid.*, pars. 85 y ss. (115).

¹⁸ Cfr. "Prosecutor v. Krstic", Sentencia del 2 de agosto de 2001 (IT-98-33-T); "Prosecutor v. Krstic", Sentencia del 19 de abril de 2004 (IT-98-33-A).

¹⁹ "Prosecutor v. Milosevic", *supra* nota 3, par. 117.

los grupos protegidos como tales ²⁰. La intención debiera tener por objetivo la destrucción de una parte importante del grupo, lo que se podría determinar cuantitativa o cualitativamente ²¹. En cuanto a la *prueba* de la intención de destrucción, si bien la autoridad acusadora concede que aquélla apenas existiría en cuanto a la intervención de Milosevic, señala que ésta también podría comprobarse a partir de pruebas de indicios ²².

En lo que respecta a la decisiva *imputación concreta* a Milosevic de los actos genocidas acreditados, la Sala pretende distinguir *cinco formas de imputación*. En relación con este aspecto sólo debía aclarar, según la regla 98 *bis*, si las pruebas presentadas por la autoridad acusadora *podrían* ser suficientes ²³. En primer lugar, la Sala se sirve de la figura de imputación, desarrollada por la Sala de apelación del caso Tadic ²⁴, de la «empresa criminal conjunta» (*joint criminal enterprise*) y se pregunta, en sentido de una primera categoría (*jce I*), entendida como coautoría (*co-perpetration*), si el acusado intervino en una empresa que haya estado dirigida a la destrucción de los musulmanes bosnios, como grupo protegido ²⁵. En esto la Sala comprueba, en primer lugar, que habría existido una empresa criminal tal, analizando escrupulosamente los lugares señalados y las pruebas presentadas por la fiscalía ²⁶. De las pruebas presentadas sería posible derivar la intención de destrucción genocida de la dirección serbio-bosnia. El alcance y el patrón de los ataques, en concreto el gran número de musulmanes muertos, su detención, su tratamiento brutal en los campos de prisioneros y en otras situaciones y la elección de miembros especialmente importantes del grupo, apuntarían todos en dirección a un genocidio ²⁷. Del material presentado se seguiría también «más allá de una duda razonable», que el acusado habría intervenido en esta empresa y habría compartido la intención de destrucción de los otros miembros, vale decir, también la habría poseído ²⁸. La Sala se apoya en tal sentido en la extraordinaria autoridad que Milosevic ejercía sobre la población serbia, su aprobación y el apoyo activo respecto de la creación de un reino de la Gran Serbia, el apoyo logístico y financiero

²⁰ *Ibid.*, pars. 118 y ss.

²¹ *Ibid.*, pars. 127 y ss., 132.

²² *Ibid.*, pars. 120 y ss.

²³ *Ibid.*, par. 141.

²⁴ "Prosecutor v. Tadic", Sentencia del 15 de julio de 1999, IT-94-I-A, pars. 172-237, 220, 227 y s.

²⁵ Respecto de la forma de imputación propia del Derecho Penal Internacional de la *joint criminal enterprise* vid. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002-2004, pp. 277 ss., 325, 549 y 559 (versión en castellano a punto de salir); WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2003, nm. 405 con nota 317.

²⁶ "Prosecutor v. Milosevic", *supra* nota 3, pars. 144 y ss. (246).

²⁷ *Ibid.*, par. 246.

²⁸ *Ibid.*, pars. 249 y ss. (288).

de los serbios bosnios, la estrecha relación de Milosevic con la dirección serbio-bosnia, especialmente con Radovan Karadzic, su conocimiento íntimo de los sucesos y, finalmente, el alcance y el patrón de los crímenes cometidos. Con ello la Sala confirma la imputación más grave que se le puede formular a Milosevic, la de ser *coautor de un genocidio*. También será la imputación más difícil de probar en la siguiente vista oral. Ya en este estado procesal existe *disenso* al respecto: el juez Kwon, si bien concuerda con la Sala respecto de la intervención de Milosevic en el genocidio, considera, en cuanto al aspecto subjetivo, a lo sumo, suficientemente acreditado, un conocimiento acerca de la existencia del genocidio, no así una intención de destrucción propia de Milosevic. La intención de destrucción no se podría, sin más, derivar del conocimiento del acusado y se encontraría, a partir de las pruebas rendidas, sobre una base demasiado insegura. Por lo tanto, el juez Kwon ya considera a Milosevic como absuelto en este estado del proceso con miras al *jce I* en coautoría ²⁹.

Si bien, por lo tanto, hubo controversia en la Sala sobre esta cuestión, respecto de los cuatro restantes hubo unanimidad. Inicialmente la Sala analizó la tercera categoría del joint criminal enterprise («*jce III*») y se cuestionó si el acusado habría sido interviniente en una empresa criminal y si habría sido objetivamente previsible («*reasonably foreseeable*») para él que, en el marco de esta empresa se cometería, por los otros intervinientes, un genocidio. Por cuanto la mayoría de la Sala ya había acogido la más estricta *jce I* se sigue, en cierto modo con mayor razón, la aprobación, en tal sentido unánime, del *jce III* por cuanto al respecto sólo se exige la mera previsibilidad del genocidio ³⁰. Si bien la Sala establece, con razón, que entre la *jce I* y *III* existiría una relación de exclusividad, deja empero la decisión definitiva a la Sala de la vista oral ³¹. En el fondo, con ello, queda reconocida por el ICTY, en todo caso, la tercera categoría de *jce*, que se encuentra peligrosamente cerca de una responsabilidad objetiva por el resultado ³².

Seguidamente la Sala analiza en forma conjunta las *formas de participación* en el genocidio, como son la participación (en coautoría) «*complicity*» según el art. 4.3 *e*) ICTYS y la complicidad según el art. 7.1 ICTYS ³³. También en ese aspecto la Sala considera las pruebas

²⁹ Cfr. la «Dissenting opinion» del juez O-Gon Kwon, 16 de junio de 2004 (en el anexo a la sentencia).

³⁰ «Prosecutor v. Milosevic», *supra* nota 3, pars. 290 y ss. (292).

³¹ *Ibid.*, par. 293.

³² Cfr. anteriormente la Sala de apelaciones en «Prosecutor v. Brdanin», Decision on Motion for Judgement of Acquittal, 19 de marzo de 2004 (IT-99-36-A).

³³ «Prosecutor v. Milosevic», *supra* nota 3, pars. 294 y ss.

como suficientes, considerando la *complicity* como *lex specialis* respecto de la complicidad general, queriendo también dejar pendiente la resolución definitiva de esta pregunta para la vista oral ³⁴.

Finalmente, la Sala debe decidir si Milosevic podría ser responsabilizado sobre la base de la característica figura de imputación del Derecho Penal internacional de la responsabilidad del superior o por el mando «*command/superior responsibility*» ³⁵, en este caso según el art. 7.3 Estatuto de la ICTY. Mientras la Sala no parece ver, en tal sentido, un problema en los requisitos propios de esta figura de imputación, especialmente en cuanto al control fáctico sobre las tropas activas en Bosnia por parte de Milosevic y respecto de sus consecuentes posibilidades de intervención se presenta, sin embargo, la pregunta de si se puede hacer responsable al superior que responde por omisión, también imprudente, por un hecho que exige un elemento subjetivo especial del tipo (la intención de destrucción genocida). Planteado en forma concreta: puede hacerse también responsable a un superior, que no vigila, de modo (gravemente) imprudente, suficientemente sus tropas, a pesar de *carecer precisamente él mismo de la intención de destrucción*. La Sala, eso sí, no aborda esa pregunta, sino que sostiene de modo apodíctico y bajo referencia a un fallo anterior de la Sala de apelaciones ³⁶ que, en tal sentido, resulta suficiente la mera previsibilidad y que, por ende, el superior no requeriría actuar él mismo con intención de destrucción ³⁷. De seguirse esta posición no se podría, eso sí, hacer al superior responsable *como autor* de un genocidio, ya que carecería al respecto de un elemento (subjetivo) del tipo. La deficiente vigilancia de un superior sobre sus subordinados (militares) sólo puede ser valorada como autoría (por omisión) cuando el superior, precisamente en el sentido del *jce I*, posea, *él mismo*, el dolo exigido para el crimen base. De otro modo, sólo resulta posible una *participación* en los crímenes base de los subordinados. Justamente hace una diferencia, en cuanto al contenido de injusto y de culpabilidad, si el superior (co)realiza el hecho por medio de una omisión dolosa o si (solamente) participa en él, infringiendo imprudentemente un deber de cuidado ³⁸. Es por ello que el Código Penal internacional alemán («*Völkerstrafgesetzbuch*» —VStGB—) distingue acertadamente entre una responsabilidad en calidad de autor del superior en caso de dolo (§ 4) y una participación

³⁴ *Ibid.*, par. 297; a favor de la *lex specialis* ya «Prosecutor v. Stakic», sentencia del 31 de julio de 2003, IT-97-24-T, par. 531; «Prosecutor v. Krstic», *supra* nota 18 (Appeals Chamber), par. 138.

³⁵ «Prosecutor v. Milosevic», *supra* nota 3, pars. 300 y ss. Respecto de la responsabilidad del superior en detalle, AMBOS, *supra* nota 25, pp. 666 ss.; WERLE, *supra* nota 25, nm. 178 y ss.

³⁶ «Prosecutor v. Brdanin», *supra* nota 32, pars. 5-7.

³⁷ «Prosecutor v. Milosevic», *supra* nota 3, par. 300.

³⁸ Crítico respecto del art. 28. Estatuto de la CPI acertadamente también WEIGEND, *Festschrift (Libro homenaje)* a ROXIN, München 2001, pp. 1375 ss., 1396 p.

(también) en caso de una lesión imprudente del deber de vigilancia o de la omisión de la comunicación de un delito (§§ 13 y 14 VStGB) ³⁹.

V. CONCLUSIÓN

En general, la Sala apoya la presentación de la acusación, debiendo destacarse especialmente la imputación (indirecta) de los crímenes base acreditados en el complejo de antecedentes respecto de *Bosnia* mediante numerosas figuras de imputación propias del Derecho penal internacional. Por cierto, no debe omitirse que la vara de acreditación, según la regla 98 *bis*, aplicada por la Sala, no se puede equiparar a la convicción a la que debe arribar en definitiva el Tribunal de primera instancia. No obstante ello, la decisión dirige el cauce hacia una condena de Milosevic y esto especialmente recurriendo a las figuras de imputación, por cierto muy controvertidas, de la *jce III* y de la responsabilidad del superior. En ese sentido, se puede esperar que, a pesar del frágil estado de salud de Milosevic, la Sala de la vista oral tendrá oportunidad de ocuparse, de modo más diferenciado, de las preguntas de Derecho planteadas.

³⁹ Aprob. CASSESE, *Int. Criminal Law*, Oxford, 2003, p. 206 s. («excellent»).

III. CRÍMENES INTERNACIONALES

CAPÍTULO OCTAVO

EL DERECHO ACTUAL SOBRE CRÍMENES EN CONTRA DE LA HUMANIDAD

Con Steffen WIRTH *

RESUMEN

El presente ensayo está basado en un informe legal solicitado en abril de 2001, por la Unidad de investigación de Crímenes Graves del Ministerio del Fiscal General de la Administración Transitoria de las Naciones Unidas para el Timor Oriental (UNTAET, por sus siglas en inglés: Office of the Prosecutor General, Serious Crimes Investigation Unit, United Nations Transitional Administration for East Timor). El Ministerio del Fiscal General solicitó que en el informe se analizara el Derecho aplicable a los crímenes contra la humanidad según Regulación 15/2000 de la UNTAET¹, en relación con los crímenes cometidos en Timor Oriental entre el 1 de enero y el 25 de octubre de 1999, período amparado por la jurisdicción temporal del Panel de Crímenes Graves del Tribunal de Distrito de Dili (sección 2.3 de la Regulación 15/2000). El objetivo del informe fue abarcar los siguientes crímenes contra la humanidad, considerados como los más importantes con respecto a la situación en Timor Oriental: asesinato; deportación y traslado de personas por la fuerza; encarcelamiento u otras privaciones graves de la libertad; tortura; persecución; actos inhumanos. Los delitos sexuales definidos en la sección 5.1 g) de la Regulación 15/2000 no fueron incluidos, en virtud de que se analizaron en otro informe.

* Los autores desean expresar su agradecimiento al apoyo brindado por la Unidad de Crímenes Graves en particular a Marco Kalbusch, y al respaldo financiero proporcionado por la Coalición Internacional en favor de la Justicia. Estamos asimismo en deuda con el Dr. Claus Kress de la Universidad de Colonia y con el Prof. Johan D. van der Vyver, de la Universidad de Emory, Atlanta, por sus útiles comentarios. Guy Cumes, de la Universidad Stuart Charles de Nueva Gales del Sur, Australia, contribuyó en la parte consagrada a las leyes sobre el asesinato. Tobias Wenning IMP nos auxilió en la corrección final (Traducción de Marta Donis; revisión de Ivan Meini, Alfonso Cadavit y del autor).

¹ Cfr. <http://www.un.org/peace/etimor/untactR/r-2000.htm>

Las partes sustantivas de la Regulación 15/2000, incluyendo la sección 5 que se ocupa de los crímenes contra la humanidad (*vid.* anexo 2), se han copiado casi literalmente del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI: Rome Statute of the International Criminal Court)². Por consiguiente, el Panel de Crímenes Graves es el primer Tribunal que aplica disposiciones sustantivas del Estatuto de Roma, y su jurisprudencia puede juzgarse como un precedente para futuros enjuiciamientos ante la CPI. Estos últimos, sin embargo, probablemente se realizarán en lugares completamente distintos a Timor Oriental. Cuestiones insignificantes ante el Panel de Crímenes Graves pueden llegar a ser cruciales ante la CPI. Por consiguiente, al aplicar la Regulación 15/2000, parece importante evitar la creación de una jurisprudencia que pueda complicar innecesariamente futuros juicios ante la citada Corte.

El objetivo de este ensayo es presentar un conjunto claramente definido de elementos que se deben comprobar con el objeto de condenar los crímenes contra la humanidad. Con este fin los elementos de tales crímenes se han enumerado en el anexo 1. El análisis jurídico comenzará con el examen del llamado elemento de contexto, que establece la distinción entre los crímenes contra la humanidad y los delitos comunes. En la segunda parte de este trabajo se procederá a exponer el Derecho actual referente a cada acto inhumano. Además de la Regulación 15/2000, el análisis tomará en cuenta los precedentes nacionales e internacionales anteriores a marzo de 2002, en particular la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia (ICTY, por sus siglas en inglés: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia) y para Ruanda (ICTR: International Criminal Tribunal for Rwanda). Asimismo, se tomarán en consideración los anteproyectos e informes de la Comisión de Derecho Internacional (CDI, en inglés: ILC, International Law Commission) y otras corporaciones internacionales, y las aportaciones más relevantes de la literatura relacionada con el tema.

I. EL ELEMENTO DE CONTEXTO

1. Fundamentos para la interpretación del elemento de contexto

La definición de los crímenes contra la humanidad requiere que el acto criminal individual, por ejemplo, un homicidio, sea cometido dentro de un marco más amplio de circunstancias especificadas. Dicho

² UN Doc. A/CONF. 183/9, 1998.

marco se conoce como «elemento de contexto», y en el caso de la Regulación 2000/15 de la UNTAET se describe en el encabezado de la sección 5.1:

«Para los propósitos de la presente regulación, "crímenes contra la humanidad" significa cualquiera de los siguientes actos cometidos como parte de un *ataque generalizado o sistemático y dirigido en contra de cualquier población civil, teniéndose conocimiento del ataque*» (cursiva nuestra)³.

La sección 5 de la Regulación 15/2000 repite casi al pie de la letra el art. 7 del Estatuto de Roma, y sólo difiere en tres aspectos de este último. En primer lugar, en la sección 5.1 la locución «y» se insertó entre las palabras «ataque» y «dirigido»; el pasaje en cuestión del encabezado del Estatuto de la CPI dice así: «ataque dirigido en contra de cualquier población civil». Las consecuencias de esta inserción, que aparentemente se hizo de forma involuntaria⁴, se examinarán en relación con el acto individual como un subelemento del elemento de contexto.

La segunda diferencia es la omisión deliberada⁵ del art. 7.2.a) del Estatuto de Roma en la sección 5.2. El subpárrafo del citado estatuto contiene una definición del término «ataque», tal como se emplea en el encabezado del art. 7(I). El art. 7.2.a) indica:

«2. Para el propósito del párrafo 1:

(a) «Ataque dirigido en contra de cualquier población civil» significa una línea de conducta que implica la comisión múltiple de actos a los que hace referencia el párrafo 1, en contra de cualquier población civil, en cumplimiento o fomento de una política estatal u organizativa para perpetrar dicho ataque».

Esta definición es el resultado de un compromiso criticado por muchos durante las negociaciones del Estatuto de Roma⁶. Sin embargo, más adelante demostraremos que la omisión del subpárrafo no

³ «For the purposes of the present regulation, "crimes against humanity" means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack and directed against any civilian population, with knowledge of the attack».

⁴ BERGSMO, «Means of proof for the objective contextual element of the existence of "a widespread and systematic attack" for crimes against humanity under s. 5 of Regulation 15/2000», memorándum inédito de 10 de septiembre de 2000 (en el archivo de los autores), p. 2.

⁵ *Ibid.*, pp. 1-2.

⁶ HWANG, «Defining Crimes against Humanity núm. 22, in the Rome Statute of the International Criminal Court», en *Fordham Int'l L. J.*, núm. 22, 1998, pp. 457, 497-501.

tiene implicaciones inusuales para la interpretación del término «ataque» o del elemento de la política que forma parte del elemento de contexto.

La tercera diferencia tiene que ver con el delito de persecución. Las secciones 5.1.h) de la Regulación 15/2000 y el art. 7.1.h) del Estatuto de Roma exigen, ambos, un vínculo entre la acción persecutoria y otras conductas. El art. 7.1.h) requiere que la acción sea cometida «en relación con cualquier acto a que se haga referencia en este párrafo o respecto de cualquier crimen contemplado en la jurisdicción de la Corte» (*cursivas nuestras*). La sección 5.1.h) de la Regulación 15/2000 exige una «relación con (...) cualquier crimen contemplado en la jurisdicción de los paneles» (*cursivas nuestras*). La diferencia entre ambas disposiciones estriba en el alcance de la jurisdicción de la corporación judicial respectiva. Mientras que el Estatuto de Roma contempla sólo crímenes internacionales⁷, la jurisdicción de los paneles de crímenes graves incluye además algunos crímenes nacionales indonesios «comunes» (por ejemplo, en la sección 8, «Homicidio»). No obstante ello, tendremos como resultado que esta diferencia carece de relevancia práctica porque la mayor parte de los crímenes nacionales, si no es que todos, según la Regulación 15/2000, cumplen simultáneamente los requisitos de ciertos actos inhumanos considerados como crímenes contra la humanidad.

a) La historia del elemento de contexto y el nexo de la guerra

El elemento de contexto, tal como se formuló en la sección 5.1 de la Regulación 15/2000, es el resultado de una compleja evolución durante la cual algunas partes del elemento fueron adoptadas de conceptos anteriores, mientras que otras fueron omitidas y otras fueron inventadas. Hubo una lucha permanente por parte de los respectivos redactores del anteproyecto o de los jueces para cumplir con lo que, según sentían, exigía el Derecho penal internacional y, al mismo tiempo, para establecer un equilibrio entre tales requerimientos y la soberanía del Estado. En consecuencia, es necesario el conocimiento del origen y la historia de los distintos (sub)elementos del elemento de contexto, con el objeto de evaluar debidamente su respectiva importancia legal.

Asimismo, aquí abordaremos el problema del llamado *nexo* de guerra, aun cuando en la actualidad revista tan sólo un interés histórico. El estudio concluye con un resumen que destaca las observaciones que servirán de guía para el análisis del elemento de contexto en la sección 5.1⁸.

⁷ El desacato a la Corte se define deliberadamente como una «infracción» (no como un «delito») en el art. 70 del Estatuto de Roma.

⁸ Para una relación más completa de la historia de los crímenes en contra de la humanidad vid. VAN SCHAACK, «The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence»,

a') La Carta de Nuremberg y la Ley del Consejo de Control número 10

Cuando los crímenes contra la humanidad fueron definidos con propósitos penales por primera vez en la Carta de Nuremberg, el elemento de contexto difería del contenido en la sección 5.1 de la Regulación 15/2000 y del art. 7 del Estatuto de Roma. El art. 6.c) de la Carta de Nuremberg requiere que el acto individual, por ejemplo, un asesinato, sea cometido «en cumplimiento o conexión con cualquier crimen que recaiga bajo la jurisdicción del Tribunal [*i.e.*, crímenes en contra de la paz o crímenes de guerra]»⁹. Por otro lado precisa que las víctimas deben ser civiles. Tanto el llamado *nexo* de guerra y la caracterización como civiles de las posibles víctimas, puede explicarse por el origen de los crímenes contra la humanidad en el Derecho sobre el conflicto armado¹⁰. La cláusula Martens, que comúnmente se cita como la primera aparición del concepto crímenes «contra la humanidad»¹¹, se encuentra en un tratado sobre el Derecho de guerra de la Convención de La Haya de 1907 (IV)¹². Otra razón para la necesidad del *nexo* de guerra fue el temor de que, a falta de dicho *nexo*, cualquier concepto de crímenes contra la humanidad podría infringir el principio de no intervención¹³. El *nexo* de guerra, por consiguiente, fue considerado como el elemento internacional de los crímenes contra la humanidad. Empero, se ha sostenido que el *nexo* de guerra de la Carta de Nuremberg fue simplemente una condición previa para la jurisdicción del Tribunal Militar Internacional (en lo sucesivo, TMI) y no un elemento material de los crímenes contra la huma-

en *Columbia J. Transnat' L.*, núm. 37, 1999, pp. 37 y 787; para el *nexo* de guerra vid. igualmente el volumen recientemente publicado de BOOT, *Nullum Crimen sine lege and the Subject Matter Jurisdiction of the ICC*, 2002, pp. 272 y 302.

⁹ Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis (1945). En este acuerdo se incluye la Carta del Tribunal Militar Internacional, 1951, 82 UNTS, 280.

¹⁰ La Cámara Procesal I del ICTY ha observado: «La inclusión de crímenes en contra de la humanidad en la Carta de Nuremberg se justifica por su relación con los crímenes de guerra» (traducción del inglés). «Prosecutor v. Tadic», caso núm. IT-94-I-T, opinión y juicio de 7 de mayo de 1997, par. 620; BASSIOUNI, *Cherif Crimes against humanity in International Criminal Law*, 2.^a ed., 1999, pp. 60-69.

¹¹ LIPPMANN, *Crimes against Humanity*, y en *Boston College Third World L. Rev.*, núm. 17, 1997, pp. 171, 173. Si se desean referencias de distintos casos que suscitaron consternación o intervención internacional, por las atrocidades masivas cometidas durante el siglo XIX y los inicios del XX, vid. «United States of America v. Altstoetter et al.», «Justice Case», 3 LRTWC, 1951, pp. 974, 981-982.

¹² «[L]os habitantes y los beligerantes permanecen bajo la protección y la autoridad de los principios del derecho de las naciones, puesto que tales derechos son el resultado de los usos establecidos entre los pueblos civilizados, las *leyes de la humanidad* y los dictados de la conciencia pública» (traducción del inglés).

¹³ LIPPMANN, *supra* nota 11, p. 183, cuando cita al magistrado Jackson.

nidad¹⁴, punto de vista fuertemente respaldado por el texto de la Convención de la Inaplicabilidad de las Limitaciones Estatutarias a los Crímenes de Guerra y a los Crímenes Contra la Humanidad de 1968. En todo, caso puede decirse que si bien el TMI adoptó el *nexo* de guerra, lo hizo «de la boca para afuera», en vez de observarlo estrictamente¹⁵.

El *nexo* de guerra desapareció por primera vez a principios de 1945, cuando los redactores de la Ley del Consejo de Control núm. 10, (en lo sucesivo LCC 10, por sus siglas en inglés —Control Council Law núm. 10—)¹⁶ lo borraron de los elementos integrantes de los crímenes contra la humanidad en el art. II(c) de la LCC 10¹⁷.

Tal eliminación no fue aceptada de manera unánime. Algunos Tribunales militares siguieron requiriendo el *nexo* de guerra a causa de su referencia a la Carta de Nuremberg, art. 1 de la LCC 10¹⁸. Otra de las razones aducidas fue que «el único propósito de la Carta era llevar a juicio a “los principales criminales de la guerra”»¹⁹. Por el contrario, los jueces del Tribunal militar III aceptaron la eliminación del *nexo* de guerra en el “Justice case”²⁰. Es importante que ellos sintieran que,

¹⁴ McAULIFFE DE GUZMÁN, «The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity», en *Human Rts Q.*, núm. 22, 2000, pp. 335 y 356.

¹⁵ “Prosecutor v. Kupreskic et al.”, caso núm. IT-95-16-T, juicio de 24 de enero de 2000, par. 576: «[H]abía tan sólo un vínculo endeble con los crímenes de guerra o los crímenes contra la paz. Esto queda demostrado por el juicio emitido por el TMI en el caso de von Schirach, acusado a quien, lo mismo que a Gauleiter de Viena, se hicieron cargos de crímenes en contra de la humanidad por la deportación de judíos austríacos, y a causa de ello fue condenado. El TMI concluyó que von Schirach no había participado en el “desarrollo del plan de Hitler para ampliar su territorio por medio de una guerra agresiva”, ni tampoco lo acusó por crímenes de guerra. No obstante, según la carta, el vínculo con otro delito (el de agresión) se encontró en el hecho de que “Austria fue ocupada conforme a un plan común de agresión”. Su ocupación fue, por consiguiente, un “delito que recaía en la jurisdicción del Tribunal”. Tenemos otro ejemplo en el caso de Streicher, el editor de *Der Stürmer*, un semanario antisemítico. Fue condenado por “incitar al pueblo alemán a una persecución activa”. No había ninguna prueba de que alguna vez hubiese cometido un crimen de guerra o de que “hubiera pertenecido al círculo íntimo de asesores de Hitler; ni tampoco estuvo vinculado de cerca durante su carrera con la formulación de las políticas que condujeron a la guerra”. Con todo, fue condenado por persecución como crimen en contra de la humanidad (en conexión con los crímenes de guerra)» (traducción del inglés).

¹⁶ «Control Council Law», núm. 10, «Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity», de 20 de diciembre de 1945, *Official Gazette Control Council for Germany*, núm. 3, 1946, pp. 50-55.

¹⁷ SWAAK-GOLDMAN, *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts*, KIRK McDONALD y SWAAK-GOLDMAN (eds.), vol. 1, 2000, pp. 141, 159-160.

¹⁸ “United States of America v. Flick et al.”, LRTWC, 3, 1952, pp. 1212-1214. Vid. ROBINSON, «Crimes against Humanity: Reflections on State Sovereignty, Legal Precision and the Dictates of the Public Conscience», en LATTANZI y SCHABAS (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, pp. 139 y 145. Para consultar otros casos vid. VAN SCHACK, cfr. *supra* nota 8, pp. 814 y 819.

¹⁹ “United States v. Flick”, *ibid.*, p. 1213.

²⁰ “Justice Case”, *supra* nota 11, p. 974.

pese a ello, «los crímenes en contra de la humanidad (...) deben explicarse estrictamente para excluir casos aislados de atrocidad o persecución». De este modo introdujeron un elemento nuevo a tal fin, a saber: «Prueba de participación consciente en procedimientos gubernamentales sistemáticos organizados o aprobados»²¹. El “Justice case” indica por primera vez que lo que se necesita según el Derecho Internacional no es un elemento de contexto *específico*, sino uno que excluya los crímenes aislados.

Los Tribunales alemanes que aplicaron la LCC 10²² en gran número de casos²³ emplearon un elemento de contexto similar, que, no obstante, tenía un propósito más amplio que el del “Justice case”. Para transformar una conducta delictiva particular en un crimen contra la humanidad, sólo requerían que se hubiese cometido en «contexto [Zusammenhang] con el sistema de poder y tiranía tal como existió durante el período nacional-socialista»²⁴. El *nexo* de guerra no desempeñó ningún papel en sus juicios. Junto con el “Justice case”, estas decisiones representan el principio de una tendencia en la práctica nacional e internacional que intenta distinguir los crímenes contra la humanidad de los delitos y crímenes comunes, exigiendo un vínculo, en vez de un *nexo* de guerra, con algún tipo de autoridad.

b') Evolución después de la Segunda Guerra Mundial (1950-1996)

En sus Principios de Nuremberg de 1950²⁵, la Comisión de Derecho Internacional (en lo sucesivo, CDI) repitió el *nexo* de guerra en la formulación de la Carta de Nuremberg. La condición del *nexo* introducido por el Código Preliminar de crímenes en contra de la paz y la seguridad de la humanidad (Draft Code of offenses against the peace and security of mankind)²⁶ fue ampliada considerablemente un año

²¹ *Ibid.*, p. 982.

²² Sobre la facultad de los Tribunales alemanes para aplicar esta ley vid. VULTEJUS, «Verbrechen gegen die Menschlichkeit», *Strafverteidiger*, núm. 12, 1992, p. 602.

²³ El Tribunal Supremo alemán, tan sólo en la zona británica ocupada sentenció 100 casos relacionados con crímenes contra la humanidad, que se publicaron.

²⁴ Tribunal Supremo Alemán en la zona británica ocupada, juicio de 20 de mayo de 1948, StS 3/48, *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone*, trad. de los autores, vol. I, 1949, pp. 11 y 14, «Zusammenhang mit der Gewalt- und Willkürherrschaft, wie sie in nazistischer Zeit bestanden hat»; vid. asimismo el Tribunal Supremo alemán en la zona británica ocupada, juicio de 21 de diciembre de 1948, StS 139/48, *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone*, vol. I, Berlin-Hamburgo, 1949, pp. 203 y 206, «Cace Weller».

²⁵ «Principle IV (c) of the Principles of International Law Recognised in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the judgement of the Tribunal», *Yearbook Int'l L. Comm'n*, vol. II, 1951, p. 134, art. 2.10.

²⁶ «Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind», *Yearbook Int'l L. Comm'n*, vol. II, 1951, p. 134, art. 2.10.

después, debido a que ya no se estimaba necesario que existiera el *nexo* con un delito relacionado con la guerra (como en la Carta de Nuremberg). Se tenía por suficiente que hubiera un *nexo* con cualquiera de los crímenes contenidos en el Código Preliminar, incluyendo, por ejemplo, «el fomento de (...) actividades terroristas en otro Estado»²⁷. Con todo, el *nexo* de 1951 cumplía el mismo propósito que el original, porque todos los crímenes del Código Preliminar, a excepción del genocidio, tenían que ver con incursiones en la esfera de la acción soberana de otro Estado. Este carácter transnacional dotaba al crimen respectivo de una sustancia internacional en el sentido clásico y, así, proveía cierto tipo de vínculos con el Derecho internacional. Pareciera en verdad que la CDI estaba conducida por las mismas inquietudes relativas al principio de no intervención, al igual que los redactores de la Carta de Nuremberg.

Evidentemente que estas inquietudes ya habían desaparecido cuando el Código Preliminar de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954 introdujo el requerimiento de que el sujeto debería actuar «bajo la instigación o tolerancia de autoridades [estatales]»²⁸, en vez de exigir un *nexo* con otro crimen del mismo borrador. Tal formulación continuó la tendencia iniciada por los Tribunales en la aplicación de la LCC 10, que reemplazaba el *nexo* de guerra por un vínculo con la autoridad. De este modo el nuevo planteamiento se enfocó más bien hacia la relación entre las autoridades oficiales y los individuos, situación que también está sujeta al Derecho internacional de los derechos humanos. Una vez que este cuerpo de leyes surgió como un conjunto de normas obligatorias del Derecho internacional, serviría como el vínculo con el Derecho internacional que previamente podría haber sido proporcionado por el Derecho de la contienda armada. El único recordatorio en cuanto al origen de los crímenes contra la humanidad del Derecho humanitario del Código Preliminar, es su definición de las posibles víctimas como «población civil». También esta expresión desapareció de los borradores posteriores de la CDI. Sin embargo, los redactores del Estatuto del ICTY la revivieron, después de lo cual fue incluida en la definición de crímenes contra la humanidad en los estatutos u otros documentos constitutivos de todos los Tribunales y Cortes Penales Internacionales contemporáneos.

El siguiente hito en la evolución de los crímenes contra de humanidad fue la Convención de la No Aplicabilidad de Limitaciones Estatutarias a los Crímenes de Guerra y a los Crímenes contra la Humanidad de 1968²⁹. Según el art. 1.b) de la citada Convención, ésta se aplica a

²⁷ *Ibid.*, art. 2.6.

²⁸ «Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind», *Yearbook Int'l L. Comm'n.*, vol. 2, 1954, p. 151, art. 2.11 del encabezado.

²⁹ 754, UNTS, 73.

los «[c]rímenes en contra de la humanidad, sea que éstos se cometan en tiempos de guerra o en tiempos de paz, tal como se han definido en la Carta del Tribunal Militar Internacional, Nuremberg» (la cursiva es nuestra). Es obvio que la Convención no considera el *nexo* de guerra como condición de los crímenes contra la humanidad. Además, declara explícitamente que los crímenes a que se refiere son iguales a los «definidos en la Carta» del Tribunal Militar Internacional. Esto implica, evidentemente, que los crímenes en contra de la humanidad de la Carta de Nuremberg pueden ser cometidos en tiempos de paz. Por consiguiente, es claro que la Convención considera el *nexo* de la guerra del art. 6.c) de la Carta de Nuremberg no como un elemento material de los crímenes contra la humanidad, sino simplemente como una restricción jurisdiccional de la competencia del TMI.

El viraje del elemento de contexto desde un *nexo* de guerra hasta un vínculo con algún tipo de autoridad oficial, que había empezado con las resoluciones adoptadas según la LCC 10 durante el período posterior a la Segunda Guerra Mundial y que el Código Preliminar de 1954 continuó, fue ratificado tiempo después por algunos juicios de los Tribunales nacionales. En el caso «Menten», la Corte Suprema holandesa sostuvo en 1981 que el concepto de *crímenes contra la humanidad* exige que éstos «formen parte de un sistema fundado en el terror o que constituyan un eslabón de una política practicada conscientemente y dirigida contra grupos particulares de personas»³⁰. Esta definición muestra cierta similitud con la formulación del «Justice case» y de juicios realizados por Tribunales alemanes de acuerdo con la LCC 10. En 1985, el Tribunal Supremo Francés determinó en el «caso Barbie» que los crímenes contra la humanidad deben «cometerse de una forma sistemática en nombre de un Estado que practique una política de supremacía ideológica»³¹. Esta disposición se repitió en 1992 en «Touvier»³². Unos años después, en 1994, la Corte Suprema de Canadá sentenció en el «caso Finta»: «Lo que distingue un crimen contra la humanidad de cualquier otro crimen, según el Código Penal canadiense, es que los actos crueles y terribles, como elementos esenciales del delito, fueron realizados en prosecución de una política de discriminación o persecución de un grupo o raza identificables»³³.

³⁰ «Menten Case», 75 I.L.R., pp. 362, 362 y 363 (Suprema Corte holandesa).

³¹ «Barbie Case», 78 I.L.R., pp. 136 y 137 (Tribunal Supremo francés).

³² «Touvier Case», 100 I.L.R., pp. 350, 352 (Tribunal Supremo francés). En estos casos podría aspirarse a un lenguaje tan específico del elemento de contexto si no se tomaran en cuenta los actos del régimen de Vichy o de los oficiales franceses en Argelia y desde el punto de vista de los crímenes en contra de la humanidad; *vid.* las pp. 353-355, donde el Tribunal explica que el régimen de Vichy colaboró con Alemania sólo por razones pragmáticas y no por motivos de supremacía ideológica. Puede consultarse asimismo BINDER, «Representing Nazism: Advocacy and identity at the Trial of Klaus Barbie», *Yale L. J.*, núm. 98, 1989, pp. 1321, 1336-1338.

³³ «R. v. Finta», 1994, 1 S.C.R., pp. 701 y 812 (Corte Suprema de Canadá, según Cory J.).

El art. 21 del Código preliminar de la CDI de 1991 de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, dando como nuevo nombre a los crímenes contra la humanidad el de «violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos», adoptó un enfoque ligeramente distinto en lo concerniente a la tendencia de requerir un vínculo con alguna autoridad. Declaró que se impondría una pena a cualquier «individuo que comete u ordena la comisión de cualquiera de las siguientes violaciones de los derechos humanos: asesinato, tortura (...) de una forma sistemática o en una escala masiva (...)»³⁴. Esta formulación difiere significativamente de otras anteriores o posteriores, pues exige que el criminal cometa u ordene que se cometan una multiplicidad de crímenes en una «escala masiva o sistemática» *bajo su responsabilidad*. No es suficiente (como, por ejemplo, en la sección 5.1 de la Regulación 15/2000) que él o ella cometan un único acto o tan sólo unos cuantos actos en el contexto de un ataque más amplio. En consecuencia, en el anteproyecto se consideraba como posibles perpetradores de crímenes contra la humanidad sólo a las personas en condiciones para actuar a gran escala. Esto tiene que ser recordado cuando nos ocupemos del comentario de la CDI, cuando se señale que los individuos privados también pueden cometer crímenes³⁵. La mencionada comisión elaboró una lista que contenía ejemplos de tales individuos con «poder *de facto* u organizados en bandas o grupos criminales»³⁶. Así, el anteproyecto conserva de hecho la necesidad de algún tipo de autoridad o al menos de un poder que opere tras bambalinas con respecto a los crímenes, al mismo tiempo que aclara que un actor no estatal puede cumplir también con este requisito³⁷. Finalmente, el Código Preliminar es notable porque no exige, como su sucesor³⁸, que las víctimas de crímenes contra la humanidad sean civiles.

El resultado más reciente de los trabajos de la CDI en lo referente a los crímenes contra la humanidad: el Código Preliminar de 1996 de crímenes contra la paz y la seguridad del género humano³⁹, no exige, como su antecedente, que el sujeto cometa personalmente una multiplicidad de crímenes, pero reintroduce la estructura de la relación con el

³⁴ «Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind», en *Yearbook Int'l L. Comm'n*, vol. 2.2, 1991, p. 94, art. 21.

³⁵ *Ibid.*, «Comentario sobre el art. 12», par. 5.

³⁶ *Idem.*

³⁷ Para una opinión crítica sobre una definición tan amplia de las organizaciones que ponen en ejecución las políticas para cometer crímenes contra la humanidad, *vid.* KRESS, «Der Jugoslawien-Strafgerichtshof im Grenzbereich zwischen internationalem bewaffneten Konflikt und Bürgerkrieg», en FISCHER y LÜDER (eds.), *Völkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugoslawien-Tribunal, nationalen Gerichten und dem Internationalen Strafgerichtshof*, 1999, pp. 15, 54-55.

³⁸ Art. 18 del «Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind», en *Yearbook Int'l L. Comm'n*, vol. 2.2, 1996, p. 15.

³⁹ *Ibidem.*

contexto. Por consiguiente, la manera sistemática o la comisión a gran escala de crímenes exigen solamente como transfondo la conducta criminal individual⁴⁰. Sin embargo, se parece al Código Preliminar de 1991 en que la autoridad que se oculta tras los crímenes no tiene que ser necesariamente un Estado, en el sentido del Derecho público internacional. Es suficiente con que los crímenes sean «instigados o dirigidos por un gobierno o cualquier organización o grupo»⁴¹. La CDI excluyó deliberadamente un *nexo* de guerra⁴². Por último, vale la pena observar que la formulación «de una manera sistemática o en gran escala» tuvo una gran influencia en la jurisprudencia del ICTY y del ICTR, los cuales han exigido, a raíz del Código Preliminar de 1996, «un ataque generalizado o sistemático». Con todo, es igualmente posible que el anteproyecto de 1996 se dejara influir por el lenguaje del Estatuto del ICTR, que exige expresamente un «ataque generalizado o sistemático». Los redactores del Estatuto de Roma y de la Regulación 15/2000 adoptaron igualmente tal requerimiento.

c') Los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*

La redacción del Estatuto del ICTY⁴³ de 1993 trajo consigo un renacimiento de los orígenes jurídicos humanitarios de los crímenes contra la humanidad. Por primera vez desde 1951 se requirió la realización de una nueva versión del *nexo* de guerra y se reintrodujo el requerimiento de que las posibles víctimas de los crímenes contra la humanidad fueran civiles⁴⁴. La explicación de estos dos aspectos puede encontrarse en el Informe del Secretario General⁴⁵ que acompaña al Estatuto preliminar del ICTY. Al explicar la inclusión de los crímenes contra la humanidad en este último, el informe se refiere tan sólo al art. 3 que comparten las cuatro Convenciones de Ginebra⁴⁶, conside-

⁴⁰ Al menos ésta parece ser la interpretación que se ofreció en «Tadic», *supra* nota 10, par. 649.

⁴¹ 1996, *Draft Code*, *supra* nota 38, encabezado del art. 18.

⁴² *Ibid.*, comentario del art. 18.6.

⁴³ Statute of the International Tribunal for the former Yugoslavia, UN Doc. S/RES/827, 1993.

⁴⁴ Los redactores del borrador del Estatuto, en el art. 5, dejaron en manos de la jurisdicción del Tribunal *ad hoc* «[l]os crímenes siguientes, cuando éstos fueran cometidos durante un conflicto armado, fuera éste de carácter internacional o interno, y dirigido en contra de cualquier población civil: (a) asesinato [...]» (traducción del inglés).

⁴⁵ Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808, 1993, U.N. Doc. S/25704.

⁴⁶ «Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field», de 12 de agosto de 1949, 75 UNTS, 31; «Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea» de 12 de agosto de 1949, 75 UNTS, 85; «Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War», 12 de agosto de 1949, 75, UNTS, 135; «Geneva Convention

rando aparentemente (y de manera incorrecta) la prohibición de crímenes de guerra en un conflicto armado nacional, como si fuese idéntica a la que proscribía los crímenes contra la humanidad⁴⁷. En este contexto sería conveniente destacar también que el *nexo* de guerra del Estatuto del ICTY difiere significativamente del de la Carta de Nuremberg en dos aspectos. Por una parte, este último documento fue más estrecho que el primero, toda vez que exigía no sólo una comisión de los crímenes «en un conflicto armado», sino un *nexo* más específico con uno de los otros crímenes de guerra enumerados en la Carta. Por otra parte, ésta tenía un alcance más amplio que el Estatuto del CPIY, en la medida en que extendía el *nexo* a la simple preparación de una guerra agresiva. Considerada conjuntamente con la historia de la redacción del antecitado Estatuto, las diferencias entre el *nexo* de guerra de Nuremberg y el *nexo* del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de la ex Yugoslavia, hacen difícil sostener que el *nexo* de guerra de este último sea un requerimiento del Derecho consuetudinario internacional, tal como se expresa en la Carta de Nuremberg⁴⁸.

Y, efectivamente, en una de sus primeras resoluciones —la *Apelación Jurisdiccional Tadic*— la Cámara de Apelaciones del CICTY sostuvo que «no existe un fundamento lógico o jurídico para [un *nexo* de guerra] y éste ha sido abandonado en la práctica subsecuente del Estado en lo concerniente a los crímenes en contra de la humanidad»⁴⁹. Asimismo, declaró: «Ya es una norma establecida del Derecho consuetudinario internacional que los crímenes contra la humanidad no necesitan una relación con el conflicto armado internacional. Realmente (...) el Derecho consuetudinario internacional puede no requerir en absoluto un vínculo entre los crímenes contra la humanidad y cualquier conflicto. Así (...), tal vez el Consejo de Seguridad pudo haber definido este crimen en el art. 5 de manera más estrecha de la necesaria, de acuerdo

(IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War» de 12 de agosto de 1949, 75, UNTS, 287.

⁴⁷ Según el informe, *vid. supra* nota 45, par. 49 (se ha omitido la nota de pie de página): «Los crímenes en contra de la humanidad fueron reconocidos primero en la Carta y en el Juicio del Tribunal de Nuremberg, así como en la Ley núm. 10 del Consejo de Control para Alemania. Los crímenes en contra de la humanidad están dirigidos contra cualquier población civil y están prohibidos sin que importe si se cometen en un conflicto armado de carácter internacional o interno» (traducción del inglés). La nota al pie de la página 9 dice: «En este contexto, hay que destacar que la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que las prohibiciones contenidas en el art. común 3 de las Convenciones de Ginebra de 1949 están fundamentadas en "consideraciones elementales de humanidad" y no pueden quebrantarse en un conflicto armado, sea éste de carácter internacional o interno» (hemos omitido la referencia y agregado las cursivas; traducción del inglés).

⁴⁸ Esto es aún más cierto si se acepta que el *nexo* de guerra de Nuremberg fue tan sólo un elemento jurisdiccional.

⁴⁹ «Prosecutor v. Tadic», caso núm. IT-94-1-AR72, «Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction», 2 de octubre de 1995, par. 140.

con el Derecho consuetudinario internacional»⁵⁰. En una resolución posterior, la Cámara de Apelaciones avanzó un paso más al manifestar que el «requerimiento del conflicto armado es un elemento *jurisdiccional*»⁵¹ que «se satisface con la prueba de *si existió* un conflicto armado; eso es todo lo que el Estatuto exige, y al hacerlo requiere más de lo solicitado por el Derecho consuetudinario internacional»⁵². Este punto de vista también se ha expresado en el «caso Kordic»⁵³.

Otra indicación evidente de que el *nexo* de guerra no es necesario según el Derecho consuetudinario internacional es la terminología del encabezado del art. 3 del Estatuto del ICTR⁵⁴, que no requiere de ningún vínculo con un conflicto armado. De hecho, parece que este último Tribunal ni siquiera deliberó en torno a si debería plantear como requisito un *nexo* de guerra como un elemento de los crímenes contra la humanidad, toda vez que no existen resoluciones relativas a este problema. Por el contrario, el elemento de contexto introducido por el Estatuto del ICTR es la primera codificación del elemento de un «ataque generalizado o sistemático en contra de cualquier población civil». Después fue repetido casi al pie de la letra en el encabezado del art. 7(1) del Estatuto de Roma y finalmente llegó a formar parte de la sección 5.1 de la Regulación 15/2000. Un último aspecto que vale la pena hacer notar sobre el art. 3 del Estatuto de ICTR es la exigencia de una intención discriminatoria.

En suma, los jueces de ambos Tribunales reemplazaron el *nexo* de guerra con un elemento de contexto que fue el anteproyecto del antecedente inmediato de la sección 5.1 de la Regulación 15/2000; a saber, el art. 7(1) del Estatuto de Roma⁵⁵. Por esta razón, la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* es de considerable relevancia para interpretar los crímenes contra la humanidad previstos en la Regulación 15/2000.

d') Conclusiones

La conclusión más importante que puede extraerse del estudio anterior acerca de la evolución del elemento de contexto, es que éste se ha modificado en el transcurso de su historia. En cierto sentido el único

⁵⁰ *Ibid.*, par. 141. Parte de esta frase fue citada por la International Law Commission cuando explicó sus razones para excluir el *nexo* de guerra en su Draft Code, 1996, *cfr. supra* nota 38, comentario de art. 18.6.

⁵¹ «Prosecutor v. Tadic», caso núm. IT-94-1-A, juicio de 15 de julio de 1999, par. 249.

⁵² *Ibid.*, par. 251.

⁵³ «Prosecutor v. Kordic», caso núm. IT-95-14/2-T, juicio de 26 de febrero de 2001, par. 33.

⁵⁴ Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, UN Doc. S/RES/955, 1994 (anexo).

⁵⁵ Rome Statute of the International Criminal Court *supra* nota 2. El Estatuto de Roma fue adoptado el 17 de julio de 1998 y entró en vigor el 1 de julio de 2002.

común denominador es que cada redactor o juez ha necesitado algún tipo de contexto para ocuparse de los crímenes contra la humanidad. Además, después del abandono del *nexo* de guerra la mayor parte de las formulaciones de los crímenes contra la humanidad, al igual que el antecedente de los Tribunales *ad hoc*, requirieron de un *vínculo con una autoridad o un poder*, sea éste un Estado, organización o grupo.

Podemos concluir que no son necesarios detalles específicos del elemento de contexto, sino únicamente su existencia general. Por otra parte, existe una poderosa tendencia que busca incluir el vínculo con una autoridad. De esta manera, parecería que las fluctuaciones de las definiciones anteriores del elemento de contexto permiten a los redactores del Derecho penal internacional cierta discrecionalidad en la interpretación que llevan a cabo del contenido del elemento de contexto según el Derecho consuetudinario internacional. Existe otra observación importante que tiene que ver con el origen de los crímenes contra la humanidad en el Derecho de guerra o en el Derecho humanitario. En particular, la calificación de la población atacada como «civil» se deriva de estos orígenes. En todo caso un *nexo* de guerra, si alguna vez llegó a ser un elemento de los crímenes contra la humanidad, ya no es necesario.

b) *El fundamento del elemento de contexto como principio de la interpretación*

La razón por la que incluimos un elemento de contexto en el rubro de crímenes contra la humanidad es para distinguir los delitos comunes, según el Derecho nacional, de los delitos internacionales, que son crímenes según el Derecho penal internacional aun cuando las leyes nacionales no los castiguen. El elemento de contexto es el «elemento internacional»⁵⁶ en los crímenes contra la humanidad, lo que hace que cierta conducta criminal llegue a ser un asunto de interés internacional⁵⁷. La naturaleza exacta de esta preocupación existe en todo el mundo, la razón fundamental por la que estos crímenes se consideran lo suficientemente importantes como para ocuparse de ellos en un nivel internacional proporciona una herramienta muy importante en la interpretación de estos crímenes; debe, en consecuencia, analizarse aquí.

Hay dos razones posibles por las que la comunidad internacional puede tratar un delito como algo que incumbe al Derecho internacio-

⁵⁶ "Prosecutor v. Tadic", caso núm. IT-94-1-A e IT-94-1-A-bis, opinión privada del juez Shahabuddeen de 26 de enero de 2000, BASSIOUNI, *supra* nota 10, p. 243, cfr. el título del capítulo 6, «El elemento internacional o Jurisdiccional».

⁵⁷ KRESS, *supra* nota 38, p. 53; VAN SCHAACK, *supra* nota 8, p. 819, LIPPMAN, *supra* nota 11, p. 183, donde cita a Robert H. Jackson, jefe de la delegación estadounidense en la Conferencia de Londres de 1945, en la que se negoció la Carta de Nuremberg.

nal. En primer lugar, un delito puede adquirir un carácter de este tipo cuando no puede ser perseguido eficazmente por el país respectivo y existe un interés común de los Estados para llevar a cabo tal persecución. Esta razón de orden práctico se aplica a la piratería, tal vez el delito internacional más antiguo⁵⁸, o a los daños causados a los cables telegráficos submarinos⁵⁹. La segunda razón es la extrema gravedad de ciertos crímenes⁶⁰, que generalmente se ve acompañada por la renuencia o la incapacidad de los sistemas penales nacionales para enjuiciarlos. Éste es el fundamento de la criminalización de los crímenes en contra de la humanidad según el Derecho internacional. Las violaciones particularmente graves de los derechos individuales por una acción o una omisión deliberadas de autoridades oficiales, han constituido un problema para el Derecho internacional desde la época en que el concepto de los derechos humanos comenzó a desarrollarse a finales del siglo XIX⁶¹. Este concepto ha adquirido el estatus de «ley dura» en los últimos tiempos, con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas⁶². Así, criminalizar las peores violaciones de los derechos humanos fue una consecuencia lógica, y éstas coinciden con los crímenes más graves conocidos por la humanidad.

La gravedad específica de los crímenes comunes (por ejemplo, el fraude) y las violaciones «normales» de los derechos humanos (la denegación, por ejemplo, al derecho a asociarse en sindicatos)⁶³, están constituidas por dos características de los crímenes contra la humanidad. Abarcan sólo las violaciones más graves de los derechos humanos (como las violaciones de la dignidad, la vida o la libertad), además de que deben cometerse en una multiplicidad de casos, bien de una manera sistemática, bien generalizada. En consecuencia, diversas instancias han hecho hincapié una y otra vez, *inter alia* por la Comisión Legal Internacional y la jurisprudencia⁶⁴, que el elemento de contexto sirve

⁵⁸ JENNINGS y WATTS, *Oppenheim's International Law*, vol. 1, 9.^a ed., 1992, p. 746; BASSIOUNI, «The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework», en BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, Crimes 3, vol. 1, 1999, y Stern, 83, Brigitte «À propos de la compétence universelle...», en YAKPO y BOUMEDRA (eds.), *Liber Amicorum Judge Mohamed Bedjaoui*, 1999, pp. 735, 736, y 744 ss.

⁵⁹ JENNINGS y WATTS, *supra* nota 58, p. 761, § 311.

⁶⁰ McAULIFFE DE GUZMÁN, *supra* nota 14, p. 376.

⁶¹ JENNINGS, ROBERT y WATTS, *supra* nota 58, pp. 849-850, así como también las pp. 995-998, en las que los autores examinan los crímenes en contra de la humanidad en el contexto de los derechos humanos.

⁶² VERDROSS, ALFRED y SIMMA, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, 3.^a ed., 1984, p. 162; Corte Constitucional Alemana (*Bundesverfassungsgericht*), Resolución de 13 de diciembre de 1977, caso núm. 2, BvM 1/76, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, núm. 46, pp. 342 y 36.

⁶³ International Covenant on Civil and Political Rights, 999 UNTS, p. 171, art. 22.

⁶⁴ Draft Code, 1996, *supra* nota 38, comentario del art. 18.5, *Justice Case*, *supra* nota 20, p. 982; "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, pars. 646, 648 y 653; "Prosecutor v. Akayesu", caso núm. ICTR-96-4-T, juicio de 2 de septiembre de 1998, par. 579.

para singularizar actos aleatorios de violencia desde el ámbito de los crímenes en contra de la humanidad.

La comisión múltiple de delitos que se requieren para alcanzar la categoría de crímenes contra la humanidad incrementa la gravedad del delito individual, en virtud de que aumenta el *peligro* de la conducta del autor individual del mismo ⁶⁵. Por ejemplo, una víctima que es atacada en el contexto más amplio de un ataque generalizado o sistemático es mucho más vulnerable, mientras que la víctima de una conducta delictiva común tiene muchos más medios de defensa; puede llamar a la policía o a sus vecinos, e incluso defenderse sin temor a que el malhechor llame a sus cómplices para que le apoyen. Quien comete crímenes contra la humanidad plantea asimismo una amenaza mayor, porque los correctivos sociales habituales no pueden operar apropiadamente. La desaprobación pública de la conducta criminal, que es un fuerte contraincentivo de la conducta criminal, no es aplicable. Por el contrario, la acción colectiva tolerada o apoyada por las autoridades ayuda a sobreponerse a las inhibiciones naturales. Otra razón más del magnificado peligro de la comisión individual de un delito ha sido señalada por el juez Cassese, quien observó que, a diferencia del delincuente común, el que comete un crimen contra la humanidad quizá no tenga miedo a ser castigado ⁶⁶. Lo que es más: no sólo se acrecienta el peligro del criminal individual, sino que su participación en el ataque también contribuye al ataque mismo, y de ese modo coopera al establecimiento de la atmósfera y del ambiente para los crímenes de otros.

Así, el fundamento del elemento de contexto puede resumirse como la protección de los derechos humanos ⁶⁷ de las violaciones más graves y más peligrosas. Dicho fundamento sirve al mismo tiempo para distinguir los crímenes contra la humanidad de los delitos jurídicos nacionales menos serios.

⁶⁵ HEINE, GÜNTER y VEST, «Murder y Wilful Killing», en *Substantive and Procedural Aspects*, *supra* nota 16, pp. 175 y 194.

⁶⁶ «Prosecutor v. Tadic», caso núm. IT-94-1-A e IT-94-1-A bis, opinión particular del juez Cassese de 26 de enero de 2000, par. 14.

⁶⁷ «[Los crímenes en contra de la humanidad] tienen el propósito de salvaguardar valores humanos fundamentales proscriben las atrocidades dirigidas en contra de la dignidad humana» (traducción del inglés): «Prosecutor v. Kupreskic», *supra* nota 15, par. 547.

2. Elementos del elemento de contexto

a) Ataque sistemático o generalizado

La necesidad de un ataque generalizado o sistemático fue codificada por primera vez en el Estatuto de la ICTR y posteriormente en el de Roma ⁶⁸. Se repite en la sección 5.1 de la Regulación 15/2000. Pese a que no aparece en el Estatuto del ICTY, este último Tribunal ha adoptado también el citado elemento. En los procesos «Tadic» y «Blaskic» se sostuvo que la necesidad de un ataque generalizado o sistemático estaba implícita en el requisito de que el objeto de tales crímenes debía ser una «población» ⁶⁹. Además ambos juicios se refieren al Código Preliminar de la CDI de 1996, que precisa que la comisión de crímenes debe ser «de una manera sistemática o a gran escala». Por último, en el caso «Blaskic» se toman en cuenta los Estatutos del ICTR y de la CPI, así como otros precedentes jurisprudenciales de los Tribunales ⁷⁰.

a') El ataque

El concepto de «ataque» como parte del concepto «ataque generalizado o sistemático» atañe a la naturaleza de la acción dirigida en contra de cualquier población civil. El lenguaje particular del encabezado correspondiente a la sección 5.1 puede dar una impresión equivocada, ya que puede insinuar que el ataque y la conducta dirigidos contra una población civil son dos conceptos diferentes. La primera definición explícita de *ataque* fue presentada en el juicio «Akayesu» de la Cámara Procesal I del ICTR:

«El concepto de ataque puede definirse como un acto ilegal del tipo enumerado en el art. 3, incisos (a) al (i), del Estatuto, como el asesina-

⁶⁸ Sobre las negociaciones concernientes a la locución «ataque extendido o sistemático» en la Conferencia Diplomática de Roma, *vid.* ROBINSON, «Defining "Crimes against Humanity" at the Rome Conference», *Am. J. Int'l L.*, núm. 93, 1999, pp. 43, 47-51. [E]ste requerimiento cumple con tal requisito (de que los actos deben estar dirigidos en contra de una población civil), sea éste un veredicto de generalización, que alude a la cantidad de víctimas, o sea, uno referido a su carácter sistemático, que apunta hacia la evidencia de una norma o un plan metódico» (traducción del inglés).

⁶⁹ «Prosecutor v. Tadic», *supra* nota 10, par. 648. «No obstante, es conveniente hacer notar que las palabras «dirigido en contra de cualquier población civil» y algunas de las subcaracterizaciones exhibidas en el texto del Estatuto implican, tanto por su misma naturaleza como por el Derecho, un elemento de que es extenso u organizado, ya se refiera a los actos, ya a las víctimas. «Exterminación», «esclavitud» y «persecuciones» no se refieren a sucesos aislados» (traducción del inglés). «Prosecutor v. Blaskic», caso núm. IT-95-14-T, juicio de 3 de marzo de 2000, par. 202.

⁷⁰ «Prosecutor v. Blaskic», *ibid.*, par. 202.

to, la exterminación, la esclavitud, etc. Un ataque puede no ser violento en atención a su naturaleza, como la imposición del sistema del *Apartheid*, que se declara como crimen contra la humanidad en el art. I de la Convención del *Apartheid* de 1973, o la presión ejercida sobre la población para que actúe de una manera en particular puede denominarse ataque, si está orquestada en una escala masiva o de una manera sistemática»^{71, 72}.

Esta definición es repetida por la Cámara Procesal en los casos "Rutaganda"⁷³ y "Musema"⁷⁴. La primera parte es un tanto equívoca, dado que parafrasea «ataque» como «acto ilegítimo». No obstante, poco antes la resolución manifiesta expresamente que «el acto [individual] debe ser cometido como parte de un ataque generalizado y sistemático»⁷⁵. Así, es claro que el concepto general de «ataque» y los actos criminales (individuales), como el asesinato o la tortura, no poseen el mismo fundamento, sino que, más bien, la Cámara define un ataque, como la multiplicidad de tales actos «orquestados en una escala masiva o de una manera sistemática».

La Cámara Procesal II en el juicio "Kayishema" adopta al parecer un criterio análogo, pero aclara que un ataque no necesariamente consta de la multiplicidad de los mismos crímenes (por ejemplo, asesinatos), sino que también puede estar integrado por la acumulación de crímenes diferentes: «El ataque es el suceso del que deben formar parte los crímenes registrados. Y, en efecto, en un solo ataque puede existir una combinación de los crímenes enumerados, como el asesinato, la violación y la deportación»⁷⁶.

La decisión del caso "Kupreskic", emitida por una Cámara Procesal del ICTY, se refiere a «actos» que «formaron parte de casos de crímenes generalizados o sistemáticos»⁷⁷.

De esta manera, los Tribunales conciben a un ataque como la comisión múltiple de actos que cumplen con los requisitos de los actos inhu-

⁷¹ "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 64, par. 581.

⁷² «The concept of attack may be defined as an unlawful act of the kind enumerated in Article 3(a) to (l) of the Statute, like murder, extermination, enslavement etc. An attack may also be non-violent in nature, like imposing a system of apartheid, which is declared a crime against humanity in Article 1 of the Apartheid Convention of 1973, or exerting pressure on the population to act in a particular manner, may come under the purview of an attack, if orchestrated on a massive scale or in a systematic manner» (traducción del inglés).

⁷³ "Prosecutor v. Rutaganda", caso núm. ICTR-96-3-T, juicio de 6 de diciembre de 1999, par. 70.

⁷⁴ "Prosecutor v. Musema", caso núm. ICTR-96-13-T, juicio y sentencia de 27 de enero de 2000, par. 205.

⁷⁵ "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 64, par. 578 (hemos agregado las cursivas).

⁷⁶ "Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana", caso núm. ICTR-95-1-T, juicio de 12 de mayo de 1999, par. 122.

⁷⁷ "Prosecutor v. Kupreskic", *supra* nota 15, par. 544.

manos enumerados. Este planteamiento encaja bien con la razón fundamental de los crímenes contra la humanidad, es decir, criminalizar solamente las violaciones más graves de los derechos humanos. También es compatible con el art. 7.2.a) del Estatuto de Roma, según el cual el ataque es «una línea de conducta que implica la comisión múltiple de actos, a los que hace referencia el párrafo 1». Es cierto que esta definición de «ataque» se ha omitido en la sección 5.2 de la Regulación 15/2000. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, tal omisión no puede sustentar la inclusión de actos no comprendidos entre los actos inhumanos enumerados en la definición de «ataque» según la Regulación 15/2000. Como consecuencia de ello, otras violaciones de los derechos humanos, como la denegación de un proceso justo o la transgresión a la propiedad, no constituyen en general⁷⁸ un ataque, aun cuando se cometan generalizada o sistemáticamente. Por otra parte, debe tenerse en mente que entre los actos inhumanos considerados existen «otros», entre los que estarían incluidas, por ejemplo, las golpizas brutales. Además, de acuerdo con la jurisprudencia de los Tribunales, la persecución puede abarcar actos que no se encuentren específicamente calificados como actos inhumanos, incluida destrucción de hogares.

Otra característica importante del ataque es que no necesariamente tiene que ser ejecutado por un colectivo, ni tampoco que el ejecutor individual tenga que actuar en momentos diferentes.⁷⁹ Por ejemplo, si un criminal se limita a envenenar el agua de una gran población con una sola conducta cometería una multiplicidad de asesinatos. Lo mismo puede decirse de los ataques del 11 de septiembre en Estados Unidos: cada asesinato por sí solo, según la doctrina del concurso de delitos (*concoors idéal*, *Idealkonkurrenz*), equivale a un delito por separado, con lo que se integra la multiplicidad de crímenes requeridos para el ataque⁸⁰. La introducción general de los Draft Elements of Crimes for the ICC (Elementos Preliminares de los Crímenes según la CPI) declara: «Una conducta particular puede constituir uno o más crímenes»⁸¹.

⁷⁸ No obstante, *vid. ibid.*, par. 631.

⁷⁹ CHESTMAN, «An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes against Humanity», *Duke J. Comp. Int'l L.*, núm. 10, 2000, pp. 307 y 316.

⁸⁰ "Prosecutor v. Kupreskic", *supra* nota 15, par. 712; AMBOS y WIRTH, «Commentary on "Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana"», en KLIP y SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*. The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994-1999, 2001, p. 701; RISSING-VAN SAAN, en JÄHNKE, LAUFHÜTTE y ODESKY (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Grosskommentar*, § 52, mn. 28.^a entrega, 1999 p. 36, GIL GIL, «Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por el delito del genocidio», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4, 1999, pp. 771 y 788 ss.

⁸¹ Finalized Draft Text of the Elements of Crimes, UN Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add. 2, introducción general, par. 9.

En conclusión: el análisis anterior no deja lugar a dudas de que el ataque no tiene que ser un ataque militar ⁸².

Ambos Tribunales internacionales han repetido en muchas ocasiones que un ataque no tiene por qué ser generalizado y sistemático, sino únicamente *o* generalizado *o* sistemático ⁸³. Puesto que esto está en armonía con la redacción de la sección 5.1, el asunto no merece aquí mayores consideraciones.

b') Ataque sistemático

Según el fallo del juicio "Tadic", un ataque sistemático precisa la existencia de una «pauta o de un plan metódico» ⁸⁴. En el proceso "Akayesu" definió un ataque sistemático «como el que ha sido minuciosamente organizado y ha seguido una pauta regular teniendo como punto de partida una política común en la que entran en juego recursos públicos o privados» ⁸⁵. Con esto agregó, *inter alia*, a la definición del caso "Tadic", los requisitos de que la organización del ataque fuera «cuidadosa» y de que se utilizaran «cuantiosos recursos». La Cámara Procesal II del ICTR dio, en el juicio "Kayishema", una definición más breve, en la que hacía hincapié en la relación entre la naturaleza sistemática del ataque y la política: «Un ataque sistemático significa un ataque llevado a cabo en cumplimiento de una política o un plan preconcebidos» ⁸⁶. De igual modo, en el proceso "Kunarac" se sostuvo muy recientemente: «El adjetivo "sistemático" alude a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de que ocurran fortuitamente» ⁸⁷. Todas las resoluciones dependen del Código preliminar de la CDI, cuya definición de ataque sistemático es la de aquel cometido «en cumplimiento de un plan o una política preconcebidos» ⁸⁸.

No queda claro cuál es el fundamento de la «organización cuidadosa que sigue una pauta regular» y lo de los «cuantiosos recursos» del

⁸² DIXON, «Artículo 7», en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, mn. 8, 1999.

⁸³ "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, pars. 646-648; "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 64, par. 579; "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 76, par. 123; "Prosecutor v. Rutaganda", *supra* nota 73, pars. 67-68; "Prosecutor v. Musema", *supra* nota 74, pars. 202-203; "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 207; "Prosecutor v. Kunarac et al.", caso núm. IT-96-23 e IT-96-23/1, juicio de 22 de febrero de 2001, par. 427; "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 53, par. 178; "Prosecutor v. Bagilishema", caso núm. CPIR-95-1A-T, juicio de 7 de junio de 2001, par. 77.

⁸⁴ "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 648.

⁸⁵ "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 64, par. 580. La misma Cámara confirma esta postura en "Prosecutor v. Rutaganda", *supra* nota 73, par. 69, "Prosecutor v. Musema", *supra* nota 74, par. 204.

⁸⁶ "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 76, par. 123.

⁸⁷ "Prosecution v. Kunarac", *supra* nota 83, par. 429.

⁸⁸ Draft Code, 1996, *supra* nota 38, comentario del art. 18.3.

caso "Akayesu". Por consiguiente, estos términos no deberán considerarse como requisitos estrictos de un ataque sistemático, sino como una ilustración de situaciones típicas en las que ocurre un ataque. No es posible asumir de modo convincente que la Cámara Procesal del ICTR tuviera la intención de excluir un ataque a personas inocentes del ámbito de la variante sistemática ⁸⁹ de los crímenes contra la humanidad, por una razón tan sencilla como la de que fue cometido con recursos muy limitados, con machetes, por ejemplo, o que estuvo organizado con descuido ⁹⁰.

La Cámara Procesal I del ICTY adoptó en el caso "Blaskic" cuatro criterios diferentes que deben cumplirse con el objeto de que un ataque sea tenido por sistemático:

— La existencia de un objetivo político, de un plan para cuyo cumplimiento se llevó a cabo el ataque, o de una ideología, en el sentido amplio de la palabra, esto es, destruir, perseguir o debilitar a una comunidad.

— La comisión de un acto criminal a una escala muy grande en contra de un grupo de civiles, o la perpetración repetida y continua de actos inhumanos vinculados entre sí.

— La preparación y el uso de recursos públicos y privados significativos, han de ser de tipo militar o de otro tipo.

— La participación de autoridades de alto rango político, militar, o de ambos en la definición y en el establecimiento del plan metódico ⁹¹.

La definición, un tanto hipertrófica, por parte de la Cámara del término «sistemático», se deriva de la acumulación de materiales de varias fuentes diferentes, incluyendo los anteproyectos de la CDI de 1991 y 1996 y los pasajes citados en los casos "Tadic" y "Akayesu" ⁹². Un método así es cuestionable en sí mismo, porque el resultado de esta acumulación arroja una nueva definición de «sistemático» que no puede atribuirse a ninguna de las fuentes (puesto que ninguna de ellas requiere *todos* los criterios mencionados).

Por consiguiente sólo el primer criterio del catálogo del caso "Blaskic", que también se adoptó en los casos "Kayishema" y "Kunarac",

⁸⁹ Un ataque generalizado requiere una cantidad mayor de víctimas que un ataque sistemático. En consecuencia, no puede llenar por completo un vacío en la definición del ataque sistemático.

⁹⁰ Así, los autores no comparten el punto de vista expresado por SUZANNGH. «Regulation 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences», artículo inédito (en el archivo de los autores); la autora toma la fórmula "Akayesu" al pie de la letra y señala como requisito que el enjuiciamiento pruebe que los ataques estén «organizados minuciosamente y que sigan una pauta regular».

⁹¹ "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 203 (se han omitido las notas de pie de página; estos requisitos se repiten en "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 53, par. 179).

⁹² "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 203, notas de pie de páginas 379-381.

puede considerarse como un elemento genuino del ataque sistemático. En cuanto al segundo criterio del catálogo, la Cámara Procesal en el caso "Blaskic" no adujo en absoluto ninguna fuente para su primera opción, a saber, que tales crímenes han de cometerse a una «escala muy grande»⁹³. Así, parece que la inclusión del segundo criterio no está bien fundamentada. Lo mismo se aplica al tercer criterio, el cual ha sido tomado del juicio "Akayesu" y ha sido tratado anteriormente. El cuarto y último criterio, finalmente, está formulado de manera muy rígida, tal como será explicado.

En conclusión, el común denominador en las variadas definiciones de ataque sistemático es que «el ataque sistemático es uno realizado de conformidad con una política o plan preconcebido»⁹⁴. Para ser más explícitos: lo que constituye el carácter *sistemático* del ataque es la *dirección* brindada a los perpetradores individuales hacia el objeto visualizado para el ataque, es decir, el grupo de las víctimas.

c') Ataque generalizado

En cuanto a este tipo de ataque la mayor parte de las resoluciones de los Tribunales *ad hoc* se limitan a concentrarse en la proporción del mismo o, lo que es lo mismo, a la cantidad de víctimas. Así, la Cámara Procesal en el caso "Tadic", en atención al Código preliminar de la CDI de 1996⁹⁵, definió al ataque generalizado como una referencia «a la [gran] cantidad de víctimas»⁹⁶. En el caso "Kayishema", de una forma muy parecida, se sostuvo que un ataque generalizado debe estar «dirigido en contra de una gran cantidad de víctimas»⁹⁷. En el caso *Blaskic* se explicó, citando a la CDI: «Un crimen puede ser generalizado o cometido en una gran escala por el "efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o por el efecto singular de un acto inhumano de extraordinaria magnitud"»⁹⁸. Y en el caso "Kunarac" la Cámara indicó: «El adjetivo "generalizado" connota la naturaleza a gran escala del ataque y la cantidad de las víctimas»⁹⁹. En contraste con estas concisas formulaciones, en el caso "Akayesu" se proporcionó una defini-

⁹³ Draft Code, 1996, *supra* nota 38, comentario del art. 18.3.

⁹⁴ "Prosecutor v. Bagilishema", *supra* nota 83, par. 77.

⁹⁵ Draft Code, 1996, *supra* nota 38, comentario del art. 18.4.

⁹⁶ "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 648.

⁹⁷ "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 76, par. 123.

⁹⁸ "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 206, cuando cita el International Law Commission's Commentary to the Draft Code, 1996, *supra* nota 38, comentario del art. 18.4. La Cámara Procesal en "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 53, par. 179, lo sigue muy de cerca.

⁹⁹ "Prosecutor v. Kunarac", *supra* nota 83, par. 428; *vid.* también "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 648; "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 202; "Prosecutor v. Kojacic et al.", caso núm. IT-97-25-T, juicio de 15 de marzo de 2002, par. 57.

ción mucho más larga y compleja, pues afirmó que se necesita un «acto masivo, frecuente, a gran escala, llevado a cabo colectivamente con considerable seriedad y dirigido en contra de una multitud de víctimas»¹⁰⁰.

De nuevo, todos los juicios mencionados se basan en el comentario de la CDI, y su común denominador es la formulación de la propia CDI. De esta manera puede concluirse que todo lo que requiere un ataque generalizado es una gran cantidad de víctimas que, como se expresó en el caso "Blaskic", también pueden ser atacados con una conducta individual «de extraordinaria magnitud». Los añadidos a esta definición central aparecida en el caso "Akayesu", no aportan gran cosa a la misma y pueden considerarse, al igual que los anteriores, simplemente ilustrativos.

Por último, en cuanto a las cantidades de víctimas, la jurisprudencia del Tribunal y otras fuentes indican que se necesita una cantidad *mayor* de víctimas para un ataque generalizado que para uno sistemático.

b) Cualquier población

El fundamento del requisito de que el objeto del ataque deba ser una población es el mismo que el usado para un ataque generalizado o sistemático, es decir, excluir los actos de violencia aislados o fortuitos¹⁰¹. En el fallo del juicio a "Tadic", la Cámara sostuvo que este elemento también entraña la naturaleza colectiva de los delitos¹⁰². Sin embargo, el término «colectiva» no debe entenderse como si requiriera que las víctimas del ataque fueran victimizadas *a causa de* su pertenencia a determinado grupo¹⁰³. Tal interpretación fue rechazada por la Cámara de Apelaciones en el caso "Tadic", la cual sostuvo que la Cámara Procesal estaba equivocada al exigir un propósito discriminatorio en los crímenes contra la humanidad. El elemento «población», por tanto, requiere sencillamente que exista una multiplicidad de víctimas y, por consiguiente, significa exactamente lo mismo que el elemento ataque (generalizado o sistemático); a saber, que no es un crimen contra la humanidad el crimen aislado que no forma parte de un ataque en contra de una multiplicidad de víctimas. Seguramente los jueces del CPIY dedujeron el requisito mismo del ataque generalizado

¹⁰⁰ "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 64, par. 580; la definición se repite en "Prosecutor v. Rutaganda", *supra* nota 73, par. 69, y en "Prosecutor v. Musema", *supra* nota 74, par. 204.

¹⁰¹ *Vid.* asimismo "Prosecutor v. Kunarac", *supra* nota 83, par. 422.

¹⁰² "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 644. Se sostuvo lo mismo en "Prosecutor v. Bagilishema", *supra* nota 83, par. 80.

¹⁰³ McAULIFFE DE GUZMÁN, *supra* nota 14, p. 362, CHESTERMAN, *supra* nota 79, p. 325.

o sistemático del término «población». En consecuencia, si un instrumento como el Estatuto de Roma o la Regulación 15/2000 exige explícitamente un ataque generalizado o sistemático, el término «población» no añade nada a esta exigencia. Solamente es significativo porque lo califica el adjetivo «civil» en la frase «cualquier población civil». Por ende, la incorporación del término «población» en estos textos deberá entenderse más como una reminiscencia histórica de una frase ennoblecida por el tiempo que como algo que añade un elemento sólido a los crímenes contra la humanidad ¹⁰⁴.

La palabra «cualquier», que califica al término «población», tenía como propósito original dejar en claro que las víctimas no necesitan ser originarias de un Estado extranjero ¹⁰⁵. Dicha aclaración fue necesaria en tanto los crímenes contra la humanidad no se emanciparon completamente del Derecho de guerra. En la actualidad el calificativo «cualquier» sólo destaca el hecho de que ninguna parte de la población está excluida de la protección proporcionada por la prohibición de los crímenes contra la humanidad ¹⁰⁶. Además, esto implica que se requiere una interpretación amplia del término «civil» ¹⁰⁷.

El vocablo «cualquier (...) población» denota simplemente una multiplicidad de víctimas. Como esto ya está implícito en el término «ataque», no agrega ningún elemento distinto a los requisitos de los crímenes contra la humanidad.

c) Civil

El ataque debe estar dirigido en contra de una «población civil». Aquí surgen dos cuestiones. En primer lugar, debe quedar claro qué individuos recaen en la definición de civiles. En segundo, es necesario examinar las circunstancias en que debe considerarse «civil» a una población, esto es, una multiplicidad de individuos.

El requerimiento de que las víctimas de los crímenes en contra de la humanidad tengan que ser civiles es una reliquia de los orígenes de los crímenes contra la humanidad según el Derecho de guerra. Por otra parte, su inclusión en las codificaciones contemporáneas del Derecho penal internacional se basa muy probablemente en una confusión del común art. 3 de las Convenciones de Ginebra con el derecho respecto

¹⁰⁴ McAULIFFE DE GUZMÁN, *supra* nota 14, pp. 362-364.

¹⁰⁵ ROBINSON, *supra* nota 68, p. 51, cfr. asimismo "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 635; "Prosecutor v. Kunarac", *supra* nota 83, par. 423.

¹⁰⁶ Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780, 1992, UN Doc. S/1994/674, par. 77.

¹⁰⁷ "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 208.

de los crímenes contra la humanidad (cfr. *supra*). Si el alcance de estos últimos se circunscribió alguna vez a la protección de víctimas de guerra (civiles), éste ya no es el caso. En la actualidad la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad está al servicio de la protección de los derechos humanos de los civiles en general. Sin embargo, no sólo pueden ser violados los derechos humanos de los civiles, también los de los soldados. El ICTY describió este dilema como sigue: «No acabamos de ver por qué, según estas resoluciones (en particular la que prohíbe la persecución), sólo es necesario proteger a los civiles y no también a los combatientes, por cuanto podemos afirmar que las mismas poseen un propósito y un alcance humanitarios más amplios que los que prohíben los crímenes de guerra» ¹⁰⁸. Si bien el Tribunal se percató de que no podía pasar por alto los términos de su Estatuto, que exige explícitamente el elemento «civil», concluyó, no obstante, que era necesaria una interpretación amplia del término ¹⁰⁹.

De hecho, una interpretación extensa está enérgicamente respaldada por la jurisprudencia, empezando con las resoluciones de los Tribunales alemanes que siguen la LCC 10. En el caso de la zona británica ocupada ventilado ante el Tribunal Supremo alemán, los acusados fueron condenados por haber sentenciado a muerte y ordenado la ejecución de dos soldados (alemanes) que habían desertado durante los últimos días de la guerra. El Tribunal señaló que el crimen en contra de los soldados no se había cometido contra una población civil, pero resolvió que esto no era necesario, puesto que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en contra de soldados también ¹¹⁰. En otro caso, el mismo Tribunal condenó a un acusado por sentenciar a muerte a dos soldados (alemanes) que habían cometido el «delito» de desmoralizar a las fuerzas armadas (*Wehrkraftzersetzung*) ¹¹¹. Ambas resoluciones apoyan el punto de vista según el cual los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en contra de soldados de igual nacionalidad que la de los criminales.

Por otra parte, los Tribunales *ad hoc* ¹¹² se han referido con frecuencia al caso "Barbie", en el que el Tribunal Supremo francés (French

¹⁰⁸ "Prosecutor v. Kupreskic", *supra* nota 15, par. 547.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Tribunal Supremo alemán en la zona británica ocupada, juicio, caso núm. StS 111/48 de 7 de diciembre de 1948, en *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes der Britischen Zone in Strafsachen*, núm. 1, 1948, pp. 219 y 228.

¹¹¹ Tribunal Supremo alemán en la zona británica ocupada, juicio, caso núm. StS 309/49, 18 de octubre de 1949, en *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes der Britischen Zone in Strafsachen*, núm. 2, 1948, p. 231.

¹¹² "Prosecutor v. Mrksic et al.", caso núm. IT-95-13-R61, *Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, 3 de abril de 1996, par. 29; "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 614; "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 212; "Prosecutor v. Kupreskic", *supra* nota 15, par. 548; asimismo *vid.* "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 64, par. 582, cuando cita "Prosecutor v. Mrksic" en la nota de pie de página 146.

Cour de Cassation) resolvió que los miembros de la Resistencia podrían ser víctimas de crímenes contra la humanidad ¹¹³. La Comisión de Expertos que preparó un análisis jurídico de la situación en la ex Yugoslavia para el Consejo de Seguridad, consideró que el término «civiles», que se refería a los no combatientes, incluía a los jefes de familia que «tratan de proteger su familia con pistola en mano» ¹¹⁴.

Los Tribunales *ad hoc* han imitado a la Comisión de Expertos y adoptado una amplia definición del término *civil*. La resolución del caso "Vukovar" sostuvo que «si bien los términos del art. 5 del Estatuto de este Tribunal establecen que los combatientes, en el sentido tradicional del término, no pueden ser víctimas de un crimen contra la humanidad, ello no es aplicable a los individuos que, en un momento dado, llevaron a cabo actos de resistencia» ¹¹⁵. En consecuencia, el Tribunal dispuso que los ex combatientes de la resistencia que hubieran depuesto las armas y fueran pacientes de hospital podrían ser víctimas de crímenes contra la humanidad ¹¹⁶. En el caso "Tadic", la Cámara Procesal manifestó que «quienes participaron activamente en un movimiento de resistencia pueden clasificarse como víctimas de crímenes en contra de la humanidad» ¹¹⁷. En el caso "Akayesu" se dio una definición más amplia: «Los integrantes miembros de una población civil son personas que no toman parte activa en ninguna de las hostilidades, y ahí pueden quedar comprendidos los miembros de las fuerzas armadas que depusieron sus armas y las personas que ya no participan en el combate por enfermedad, heridas, arrestos o cualquier otra causa» ¹¹⁸. Dicha definición se ha reformulado y esclarecido en el caso "Blaskic":

«Cuando se habla de crímenes contra la humanidad no significa que se trate de actos cometidos tan sólo en contra de civiles, en el sentido estricto del término, sino que entre ellos pueden contarse asimismo crímenes en contra de dos categorías de personas: las que fueron miembros de un movimiento de resistencia y de combate —independientemente de que usaran o no uniforme— pero que ya no tomaban parte en las hostilidades cuando los crímenes fueron cometidos, sea porque

¹¹³ "Barbie Case", *supra* nota 31, p. 140. La *Cour de Cassation* francesa en la p. 137 afirmó también, que los crímenes en contra de la humanidad podrían ser cometidos «en contra de los opositores [una política de supremacía ideológica], cualquiera fuese la forma de su disconformidad» (traducción del francés).

¹¹⁴ Comisión de Expertos, *supra* nota 106, par. 78.

¹¹⁵ "Prosecutor v. Mrksic", *supra* nota 112, par. 29.

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 32.

¹¹⁷ "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 643; en "Prosecutor v. Kupreskic" se utiliza la misma definición, *supra* nota 15, par. 549.

¹¹⁸ "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 64, par. 582; "Prosecutor v. Rutaganda", *supra* nota 73, par. 72; "Prosecutor v. Musema", *supra* nota 74, par. 207; "Prosecutor v. Krnojelac", *supra* nota 99, par. 56.

habían abandonado el ejército o porque ya no cargaban armas consigo o, en fin, porque habían quedado fuera de combate, sobre todo por sus heridas o por haber sido arrestados. Se sigue asimismo que la situación específica de la víctima en el momento en que se cometieron los crímenes debe tomarse más en cuenta que su condición a la hora de determinar su calidad de civil ^{119, 120}.

Esta última formulación resume y estructura la jurisprudencia de los Tribunales en lo concerniente al término «civil». Hay dos aspectos que sustentan esta interpretación del término. En primer lugar, el elemento proviene del Derecho humanitario; por lo que hay que considerarlo por lo menos tan comprensivo como la definición de «civil» según aquel universo de leyes. Segundo, los crímenes contra la humanidad ya no están vinculados al Derecho de guerra, sino más bien al Derecho relativo a los derechos humanos. Tomando en cuenta estos antecedentes se hace necesaria una protección efectiva de *cualquier* individuo en contra de actos inhumanos. Por consiguiente, es preciso encontrar una interpretación del término «civil» que abarque por lo menos a todas las personas no protegidas por el Derecho humanitario. En tiempos de paz la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad es, aparte de la tan limitada ley del genocidio, el único Derecho penal aplicable para proteger a los derechos humanos. De esta manera, en tiempos de paz el término «civil» debe interpretarse incluso con mayor amplitud que en tiempos de guerra, pues en el curso de tales épocas el Derecho humanitario proporciona cierta protección.

En conclusión: la definición «civil» en los elementos de los crímenes contra la humanidad debe incluir enteramente la definición de «civil» en el Derecho humanitario. Al mismo tiempo debe ser más amplia porque también debe abarcar a todas las personas que no estén protegidas por el Derecho humanitario, especialmente en tiempos de paz ¹²¹. En realidad, muchas de las decisiones de los Tribunales *ad hoc* fundan su interpretación en el término «civil» del Derecho humanitario ¹²². Además, la Cámara Procesal de "Tadic" hizo hincapié en que la definición del Dere-

¹¹⁹ "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 214.

¹²⁰ "Crimes against humanity therefore do not mean only acts committed against civilians in the strict sense of the term but include also crimes against two categories of people: those who were members of a resistance movement and former combatants —regardless of whether they wore a uniform or not— but who were no longer taking part in hostilities when the crimes were perpetrated because they had either left the army or were no longer bearing arms or, ultimately, had been placed hors de combat, in particular, due to their wounds or their being detained. It also follows that the specific situation of the victim at the moment the crimes were committed, rather than his status, must be taken into account in determining his standing as a civilian».

¹²¹ "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 76, par. 127.

¹²² "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 643; "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 64, par. 582, notas de pie de páginas 146 y 147.

cho humanitario no es directamente aplicable a los crímenes contra la humanidad, aunque pueden proporcionar una guía útil ¹²³.

El pasaje proveniente del caso "Blaskic" previamente citado parece estar en total concordancia con la interpretación desarrollada aquí; equivale al extenso concepto de los no combatientes que aparece en el común art. 3 de las Convenciones de Ginebra ¹²⁴ y en el que el término «civil» se convierte en un elemento de los crímenes contra la humanidad. A pesar de que el mencionado art. 3 está pensado sólo para los conflictos armados *no internacionales*, en el caso "Blaskic" se aplica esta definición sin hacer distinciones entre los diferentes tipos de conflictos armados o entre un conflicto armado y la paz. Por otra parte, la Cámara Procesal puso en claro que el estatus (formal) de un individuo no es decisivo, sino más bien la «situación específica» del mismo. Esta declaración ha sido confirmada recientemente ¹²⁵ y satisface las necesidades de una protección completa de los derechos humanos, puesto que todos, a excepción de algún combatiente activo de una fuerza armada, están en una «situación específica» y requieren de la protección de sus derechos humanos. Esta concepción concuerda totalmente con las resoluciones del Tribunal Supremo alemán (German Supreme Court) en la zona británica ocupada, mencionadas con anterioridad: el Tribunal condenó a los acusados por crímenes contra la humanidad por sus actos criminales en contra de soldados pertenecientes a las fuerzas alemanas, es decir, a fuerzas militares no hostiles hacia el acusado.

A la luz de los precedentes y del análisis anterior, la opinión de la Cámara Procesal del ICTR en el caso "Kayishema" de excluir a miembros de la policía como posibles víctimas de crímenes contra la humanidad, debe considerarse erróneo ¹²⁶. Ello es así porque los miembros de la policía son no combatientes por cuanto son responsables de mantener el orden *civil*. A menos que un miembro de la policía tome las armas y se una a una fuerza militar hostil, él o ella no pueden ser considerados como no civiles para los propósitos de aplicación de los crímenes contra la humanidad. Así, para resumir lo que antecede, todo individuo, independientemente de su estado formal como miembro de una fuerza armada, debe considerarse como civil, a menos que las fuerzas sean hostiles hacia el perpetrador y el individuo no haya depuesto sus armas o, finalmente, haya quedado fuera de combate.

El segundo problema importante en relación con el concepto «población civil» es el de si una determinada cantidad de combatientes

¹²³ "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 639.

¹²⁴ La terminología del art. común 3 se utiliza casi al pie de la letra en "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 214.

¹²⁵ "Prosecutor v. Bagilishema", *supra* nota 83, par. 79.

¹²⁶ "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 76, par. 127.

hostiles en medio de un grupo de no combatientes priva a tal grupo, o a una multiplicidad de individuos, de su carácter civil. La cuestión ha sido tratada y respondida por los Tribunales, en el sentido de que el carácter de una población predominantemente civil no se ve alterado por «la presencia de ciertos individuos no civiles mezclados en ella» ¹²⁷, de manera que no es necesario abundar en ello.

d) El elemento de la política

Como hemos visto, el «elemento internacional» de los crímenes contra la humanidad ha abandonado el ámbito del *nexo* de guerra y se ha orientado hacia el requisito de que el delito debe estar vinculado al Estado o a una autoridad (organizadora). Los Códigos Preliminares de la CDI de 1954 ¹²⁸ y 1996 ¹²⁹ tuvieron necesidad de tal elemento y probablemente también el de 1991. Puede encontrarse una terminología parecida en los fallos judiciales durante el período comprendido entre la Segunda Guerra Mundial y el establecimiento de los Tribunales *ad hoc*. La jurisprudencia de estos últimos, que se examinará más adelante, ha introducido el término «elemento de la política» para describir este requisito, el cual está explícitamente codificado en el art. 7.2.a) del Estatuto de Roma ¹³⁰, pero ha sido deliberadamente omitido de la sección 5.2 de la Regulación 15/2000.

a') La entidad tras la política

En la actualidad no existe duda de que la entidad que opera tras la política no tiene que ser un Estado en el sentido del Derecho público internacional. Es suficiente con que sea una organización que ejerza *de facto* un poder en un territorio dado. Ésta fue la postura de los Códigos Preliminares de la CDI de 1991 y de 1996 y ha quedado codificada en el art. 7.2 del Estatuto de Roma que exige la existencia de un «Estado o de una política organizativa» (cursivas nuestras).

¹²⁷ "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 638; ratificado en "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 64, par. 582; "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 76, par. 128; "Prosecutor v. Rutaganda", *supra* nota 73, par. 72; "Prosecutor v. Musema", *supra* nota 74, par. 207; "Prosecutor v. Kupreskic", *supra* nota 15, par. 549; "Prosecutor v. Kunarac", *supra* nota 83, par. 325; "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 53, par. 180; "Prosecutor v. Bagilishema", *supra* nota 84, par. 79; "Prosecutor v. Krnojelac", *supra* nota 99, par. 56.

¹²⁸ Draft Code, 1954, *supra* nota 28, art. 2(11). [N. del trad.: el término *policy* en inglés puede significar no sólo la política como tal, sino también un plan de acción, un sistema o una costumbre, entre otras acepciones. Aquí emplearemos el término «política», a menos que el contexto indique otra cosa, N.T.]

¹²⁹ Draft Code, 1996, *supra* nota 38, encabezado del art. 18.

¹³⁰ Sobre las negociaciones del Estatuto de Roma, *vid.* ROBINSON, *supra* nota 68, pp. 47-51.

Después de considerar el Código Preliminar de 1996, según el cual no sólo un gobierno sino «cualquier organización o grupo» puede estar detrás de la política, el ICTY concluyó en el caso "Tadic": «[S]i bien debe existir un plan para que se cometan estos actos, no tiene por qué ser la política de un Estado»¹³¹. En el caso "Kupreskic" se afirmó que detrás de una política debe haber una «entidad que posea *de facto* la autoridad sobre un territorio»¹³². La Cámara explicó después que tal política no tiene por qué ubicarse en el nivel más alto del Estado o de la organización¹³³. De igual modo, la Norma *Nikolic* de la Disposición 61 declaró desde una etapa tan temprana como 1995: «[Los crímenes] no necesitan estar relacionados con una política establecida a nivel estatal, en el sentido convencional del término (...)»¹³⁴. En efecto, cualquier nivel en el Estado respectivo o en otra organización que, como tal, ejerza un poder *de facto* en un territorio determinado, puede asimismo desarrollar una política implícita o explícita en cuanto a la comisión de crímenes contra la humanidad en dicho territorio.

Puede observarse que en la definición anterior no están comprendidas organizaciones que, siendo capaces de ejercer cierto poder, no son la autoridad *de facto* sobre un territorio, en virtud de que existe una entidad más elevada o más poderosa que las domina. La autoridad en cuestión es más bien la que ejerce la autoridad *más alta de facto* en el territorio y puede, dentro de ciertos límites, dominar a todos los que tienen poder y a todos los individuos. Así, una organización criminal en un Estado que todavía ejerce el poder sobre el territorio (por ejemplo, mediante las fuerzas policíacas normales) donde está activa la organización, no entraría dentro de la categoría de la entidad que se oculta tras la política. Si tal organización, según sus planes, comete múltiples delitos, esto, como tal, no hará que tales crímenes lleguen a ser crímenes contra la humanidad. La situación, no obstante, será diferente si la autoridad más elevada *de facto* sobre el territorio, por ejemplo el Estado, tolera por lo menos esos delitos para llevar a cabo su política (*vid. infra*).

b') El contenido de la política y la forma en que se adopta

En cuanto a la *forma* de la política, los Tribunales *ad hoc* han declarado repetidamente que no «[h]ay necesidad de que esta política

¹³¹ "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 655; lo que se confirmó en "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 76, par. 126; "Prosecutor v. Kupreskic", *supra* nota 15, par. 551; "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 205; "Prosecutor v. Bagilishema", *supra* nota 83, par. 78.

¹³² "Prosecutor v. Kupreskic", *supra* nota 15, par. 552.

¹³³ "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 205.

¹³⁴ "Prosecutor v. Nikolic", caso núm. IT-94-2-R61, *Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, 20 de octubre de 1995, par. 26.

se adopte formalmente como política de un Estado»¹³⁵, ni tampoco es necesario «que se declare de manera expresa o que incluso se exponga con claridad y precisión»¹³⁶. Por consiguiente, es suficiente una política implícita o *de facto*.

El *contenido* de la política debe ser la comisión de crímenes contra la humanidad¹³⁷, esto es, cometer una gran cantidad de los actos criminales individuales enumerados en contra de una población civil¹³⁸.

c') La necesidad de un elemento de la política y la conducta requerida

Lo más significativo del elemento de la política es si, según el Derecho internacional actual, es realmente necesaria y, si lo es, si se requiere tanto para la opción generalizada y sistemática o sólo para la sistemática. Esto también exige esclarecer si una política requiere siempre una conducta activa por parte de la entidad oculta tras ella, o si basta con una política de tolerancia.

La primera declaración de los Tribunales *ad hoc* sobre el elemento de la política fue la Norma "Nikolic" de la Disposición 61 de 1995, que señalaba que «[s]i bien [los crímenes] no necesitan estar relacionados con una política establecida a nivel estatal, en el sentido convencional del término, tampoco pueden ser ejecutados solamente por individuos aislados»¹³⁹. La Cámara Procesal en el caso "Tadic" adoptó un punto de vista más restrictivo y manifestó:

«[L]a razón por la que los crímenes contra la humanidad perturban tanto la conciencia de esta última y justifican la intervención de la comunidad internacional, es porque no son actos aislados y fortuitos de ciertos individuos, sino más bien el resultado de un propósito deliberado de que el objetivo sea una población civil. Este requisito se entendía tradicionalmente en el sentido de que debía haber alguna forma de política que cometiera estos actos^{140, 141}».

¹³⁵ "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 64, par. 580; asimismo en "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 653; "Prosecutor v. Rutaganda", *supra* nota 73, par. 69; "Prosecutor v. Musema", *supra* nota 74, par. 204; "Prosecutor v. Kupreskic", *supra* nota 15, par. 551; "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 204.

¹³⁶ "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 204.

¹³⁷ Cfr., por ejemplo, "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 653.

¹³⁸ Art. 7.2.a) del Estatuto de Roma.

¹³⁹ "Prosecutor v. Nikolic", *supra* nota 134, par. 26.

¹⁴⁰ "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 653; como sustento a lo señalado con anterioridad la Cámara citó el caso holandés de MENTEN, ya mencionando.

¹⁴¹ «[T]he reason that crimes against humanity so shock the conscience of mankind and warrant intervention by the international community is because they are not isolated, random

Así, los jueces en el caso "Tadic" requirieron una política, incluso si el ataque hubiera sido sólo generalizado y no, al mismo tiempo, sistemático. Por el contrario, la Cámara Procesal en el caso "Akayesu" mencionó el elemento de la política sólo en relación con la opción sistemática. Primero definió el concepto *generalizado* manifestando que requería una multiplicidad de víctimas, sin hablar de una política, y luego prosiguió su explicación: «El concepto que alude a lo *sistemático* puede definirse como algo organizado minuciosamente que sigue una pauta regular fundada en una política común, en la que intervienen cuantiosos recursos públicos o privados»¹⁴².

La siguiente resolución que tomó cartas en el asunto, la del juicio "Kayishema", parece regresar a la posición del caso "Tadic", toda vez que desarrolla el elemento de la política como una implicación del «ataque en contra de cualquier población civil»: «[E]l requisito de que el ataque deba cometerse en contra de una "población civil" exige inevitablemente algún tipo de plan, y el elemento discriminatorio del ataque, por su misma naturaleza, sólo es posible como consecuencia de una política»¹⁴³. Como el requisito «ataque en contra de cualquier población civil» es válido tanto para los ataques generalizados como para los sistemáticos, esta disposición parece implicar que también se necesitaría una política para un ataque generalizado. No obstante, las razones dadas en "Kayishema" no son convincentes: ya se ha expuesto que el término «población» no necesita interpretarse como si fuese necesario un ataque sobre un grupo particular de víctimas. Además, a diferencia del art. 3 del Estatuto del ICTR, el Derecho consuetudinario internacional no exige un propósito discriminatorio como requisito de los crímenes contra la humanidad. De este modo, por lo menos en teoría, no hay necesidad de que se lleve a efecto un proceso de selección de víctimas que precise algún tipo de planificación y de política.

Las resoluciones subsiguientes, a diferencia de las de los casos "Kayishema" y "Tadic", han adoptado una actitud absolutamente crítica hacia la política. En el caso "Kupreskic" se sostiene que mientras los crímenes contra la humanidad implican necesariamente un elemento de la política, «existen dudas respecto de si ésta, como tal, es un *requisito* indispensable para que se consumen crímenes contra la humanidad»¹⁴⁴. La ICTR compartió esta duda en el caso "Bagilishema".

acts of individuals but rather result from a deliberate attempt to target a civilian population. Traditionally this requirement was understood to mean that there must be some form of policy to commit these acts».

¹⁴² "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 64, par. 580; lo que fue confirmado en "Prosecutor v. Rutaganda", *supra* nota 73, par. 69, y "Prosecutor v. Musema", *supra* nota 74, par. 204.

¹⁴³ "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 76, par. 124.

¹⁴⁴ "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 15, par. 551. Con todo, es necesario señalar que la resolución es inconsistente por cuanto depende, en lo concerniente al elemento mental, de un

ma»¹⁴⁵. Mientras que ambas resoluciones aceptan que una política no es un elemento de los crímenes contra la humanidad, las dos alegan que siempre que se cumplan los elementos de estos crímenes, también debe existir una política. Sin embargo, en el caso "Kordic" la Cámara Procesal III del ICTY fue incluso más lejos y declaró (después de mostrarse conforme con el pasaje citado del caso "Kupreskic"): «Desde el punto de vista de la Cámara sería mejor considerar la existencia de un plan o de una política como una indicación del carácter sistemático de los delitos tipificados como crímenes contra la humanidad»¹⁴⁶. Esta sentencia concibe la política más como un indicador y, lo que es más, como un indicador (únicamente) en el caso de un ataque sistemático¹⁴⁷.

De esta manera es justo decir que la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* ostenta un rango muy amplio de opiniones en relación con el elemento de la política. No obstante, en las resoluciones más recientes se aprecia una tendencia a omitirla por completo y a considerar la existencia de una política simplemente como un indicador de la existencia de un ataque (sistemático). La Regulación 15/2000 respalda esta tendencia en vista de que el párrafo 2.a) del art. 7 del Estatuto de Roma, que sí considera necesario el elemento de la política, ha sido deliberadamente omitido en la sección 5.2 de la Regulación citada¹⁴⁸.

Este nuevo rumbo es poco problemático en lo referente al ataque *sistemático*, ya que cualquier tipo de conducta sistemática, por insignificante que sea, requiere un grado de organización que, a su vez, necesita un plan de acción y una entidad suficientemente poderosa para ponerlo en marcha. Así, el elemento del «ataque sistemático» implica en realidad y de manera inevitable, un elemento de planeación.

Esto no es aplicable, sin embargo, a un ataque *generalizado*, cuestión que ha suscitado poca atención hasta ahora porque no existe por el momento ninguna resolución que haya tenido que depender exclusivamente de un ataque generalizado (y no, al mismo tiempo, sistemático). El elemento «generalizado» se verifica si existe un gran número de víctimas del crimen. Si no fuese necesario ningún requisito ulterior, un

pasaje de "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 76, par. 134, que exige que el «acusado debe saber que su(s) acción(es) forma(n) parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y siguiendo algún tipo de política o plan». La Cámara pasó por alto, al parecer, las dudas que expresó respecto del requisito de que un elemento de la política tiene implicaciones necesarias para los elementos mentales del crimen.

¹⁴⁵ "Prosecutor v. Bagilishema", *supra* nota 83, par. 78.

¹⁴⁶ "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 53, par. 182.

¹⁴⁷ A pesar de ello la resolución cita el mismo pasaje de "Kayishema" como si fuese "Kupreskic", con lo que contradice su opinión de que el elemento de la política no es necesario en lo referente a los crímenes en contra de la humanidad.

¹⁴⁸ BERGSMO, *supra* nota 4, p. 2.

pueblo con un nivel extraordinariamente elevado de criminalidad, que causara una gran cantidad de víctimas, podría ser idóneo para convertirse en la sede delictiva de crímenes contra la humanidad. Esto, obviamente, no puede ser cierto, porque el elemento de contexto no podría excluir a los delitos comunes del alcance del crimen ¹⁴⁹. Reflexionando sobre este problema, la Comisión de Expertos observó «que no se clasifica como crímenes contra la humanidad el rápido ascenso de los delitos, que sobreviene después de un fracaso general del Derecho y el orden no se cataloga como crimen contra la humanidad» ¹⁵⁰.

Por otra parte, las normas sobre derechos humanos protegidas por la prohibición de los crímenes contra la humanidad, son normas que consideran la relación entre el Estado (u otras autoridades que ejerzan *de facto* el poder en un territorio dado) y el individuo: «Las leyes de derechos humanos nacieron esencialmente de los abusos del Estado hacia sus ciudadanos y de la necesidad de proteger a éstos frente a la violencia organizada o patrocinada por aquél» ¹⁵¹. Por el contrario, al menos desde una perspectiva clásica ¹⁵² de los derechos humanos, un criminal común que roba o incluso mata a su víctima no viola sus derechos humanos, aun si muchos delitos similares ocurren al mismo tiempo. Es el Estado, antes bien, el que viola los derechos humanos de la víctima si no la protege ¹⁵³ del robo o del asesinato teniendo la capacidad de hacerlo. Por consiguiente, es importante retener algún tipo de vínculo con el Estado o la autoridad *de facto*, no sólo en relación con un ataque sistemático, sino también con uno generalizado. Puesto que la omisión del elemento de la política o del plan de acción en la sección 5.2 de la Regulación 15/2000 no altera la necesidad de un vínculo semejante, nada puede deducirse de la misma.

¹⁴⁹ BASSIOUNI expresa inquietudes semejantes. Cfr. *supra* nota 10, p. 245.

¹⁵⁰ Comisión de Expertos, *supra* nota 106, par. 84. La Comisión también señaló que «aun así, un colapso general del orden jurídico puede ser un instrumento premeditado, una situación cuidadosamente orquestada para ocultar la verdadera naturaleza del daño que se pretende infligir» (traducción del inglés).

¹⁵¹ «Prosecutor v. Kunarac», *supra* nota 83, par. 470.

¹⁵² La postura que hemos asumido aquí puede tenerse por semiclásica, pues aceptamos que los actores no estatales también están constreñidos por las leyes de los derechos humanos cuando asumen las funciones estatales (es decir, cuando tienen el poder *de facto*) en un territorio donde ningún Estado ejerce efectivamente su jurisdicción.

¹⁵³ Por ejemplo, según la Convención para proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales («European Convention on Human Rights»), 213 UNTS, 212, se acepta que los Estados tienen la obligación de salvaguardar activamente los derechos humanos. HAEFLINGER y SCHÜRMAN. *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, 2.^a ed., 1999, pp. 55-57. «Prosecutor v. Kunarac», *supra* nota 83, par. 470, alegó: «En el contexto de los derechos humanos el Estado es el último garante de los derechos protegidos y tiene no sólo el deber sino la responsabilidad de que tales derechos se cumplan. En caso de que el Estado los viole o falle en su responsabilidad para defenderlos, puede llamársele a rendir cuentas y a tomar las medidas pertinentes para poner término a las infracciones» (cursivas nuestras).

Como quiera que se requiere un elemento de un plan o de una política aun para un ataque generalizado, es necesario examinar cómo puede ser un ataque puramente generalizado, es decir, que no sea sistemático y sin embargo vinculado a un Estado o a una autoridad organizadora. En otros términos, debe explicarse de qué manera una multiplicidad de actos criminales no organizados o planeados pueden continuar siendo objeto de un plan o una política. De otro modo se violaría la bien establecida disposición de que el ataque puede ser o sistemático o generalizado ¹⁵⁴.

La única solución a este problema es aceptar que una política también puede consistir en la negativa deliberada de proteger a las víctimas de crímenes generalizados pero no sistemáticos o, lo que es lo mismo, la tolerancia de los mismos ¹⁵⁵. Tal puede ser el caso, por ejemplo, de un gobierno que conscientemente se abstiene de poner un alto a la actividad de algunos criminales que, en grandísima escala, matan a los habitantes de cierto lugar para obtener un acceso más sencillo a sus recursos naturales. El motivo para no actuar podría ser que estas personas se han opuesto al mismo tiempo a sus políticas. En tal caso los jerarcas se sentirían complacidos de que alguien más hiciera el «trabajo sucio». Otro ejemplo —más relevante para el Timor Oriental— sería cuando pequeños grupos de la milicia desorganizada realizan misiones insignificantes y no coordinadas que, no obstante, evaluadas como un todo, involucran suficientes víctimas como para hablar de un ataque generalizado. Si esta conducta obedeciera a las intenciones del gobierno o del poder *de facto* en el territorio y no tuvieran, por tanto, oposición (esto es, que fuesen toleradas), la acción de no oponerse a los ataques cumpliría con los requisitos del elemento de la política ¹⁵⁶. Según

¹⁵⁴ Con respecto a la interpretación de las leyes codificadas (como la Regulación 15/2000, que estipula expresamente que el ataque debe ser generalizado o sistemático) la Cámara de Apelaciones en «Prosecutor v. Tadic», *supra* nota 51, par. 284, señaló: «Es norma elemental de la interpretación que no debe analizarse una disposición, o una parte de ésta como si fuera superflua y, por consiguiente, sin sentido».

¹⁵⁵ El presente artículo parecería, pues, no estar plenamente de acuerdo con el análisis de BERGSMO (*supra* nota 4, p. 2), quien plantea que, en el art. 7.2.a) del Estatuto de Roma, la condición de que exista una política hace que la formulación alternativa del encabezado del art. 7.1 («generalizado o sistemático») se transforme en un requisito acumulativo (*i. e.*, generalizado y sistemático): un ataque «en cumplimiento o fomento de una política estatal u organizativa» [(según el art. 7.2.a) del Estatuto de Roma puede ser generalizado y, sin embargo, no ser al mismo tiempo sistemático si la política oficial consiste en la mera tolerancia de un ataque generalizado (no sistemático)].

¹⁵⁶ BASSIOUNI, *supra* nota 10, p. 264, señala: «[C]ada vez que ciertos funcionarios [públicos] albergan el propósito de que se cometan algunos crímenes, a sabiendas o intencionalmente, ostentan fallos cuando realizan su obligación de hacer cumplir el Derecho penal con equidad y (...) por consiguiente, dichos funcionarios públicos son responsables de la conducta de otros» (traducción del inglés). Sin embargo, hay que reparar en que el problema entre manos no tiene que ver con la responsabilidad penal de los individuos que toleran el ataque, sino con el hecho de si una política puede consistir en la pura tolerancia de los crímenes.

la concepción de los autores sería, por ende, innecesario probar que dicha milicia recibía las instrucciones o el respaldo activo de un Estado u organización (como puede ser el caso de Timor Oriental). No obstante, si esto pudiera probarse, el respaldo activo mencionado haría que el ataque fuese de tipo sistemático.

Esta interpretación es asimismo conforme con las resoluciones emanadas del caso "Kupreskic". La Cámara Procesal II del ICTY incluyó explícitamente la tolerancia, el consentimiento, el apoyo como métodos posibles para establecer una política: «Los precedentes internacionales subrayan asimismo la necesidad de que los crímenes contra la humanidad sean cuando menos *tolerados* por un Estado, gobierno o entidad [...]»¹⁵⁷ (cursivas nuestras). Además, «[I] los precedentes disponibles parecen indicar que en estos casos se necesita algún tipo de *aprobación o apoyo implícito* o explícito por parte del Estado o de las autoridades gubernamentales [...]»¹⁵⁸ (cursivas nuestras).

Habría que mencionar que la simple negligencia por parte de una autoridad no sería suficiente para convertir una multiplicidad de delitos, a los que no se opone tal autoridad, en un ataque generalizado. Lo mismo sucede si las autoridades no son capaces de oponerse a los delitos (*ultra posse nemo obligatur*). No obstante, una política de tolerancia adoptada por un gobierno que tiene la capacidad de impedir los crímenes mencionados pero que, sin embargo, opta por tolerarlos —por ejemplo, porque cree que tendrá reveses políticos si se opone a ellos—, cumpliría con los requisitos del elemento de la política en lo concerniente a un ataque generalizado.

Por otra parte, es obvio que la entidad debe someterse igualmente a una obligación jurídica, fundada, por ejemplo, en el Derecho internacional relativo a los derechos humanos, con el objeto de proporcionar una protección frente al ataque. Con objeto de definir al menos los elementos de los crímenes contra la humanidad, un Estado (extranjero) que no ejerza un poder legítimo o *de facto* en cierto territorio no puede considerarse, en términos generales, con la obligación jurídica de frenar en ese territorio las violaciones de los derechos humanos.

Un asunto final que debemos tomar en consideración es la compleja terminología de los Elementos de los Crímenes según la CPI. El tercer párrafo de la introducción, al referirse al art. 7, indica: «Se entiende que "la política para cometer ese ataque" requiere que el Estado o la organización lo fomenten o estimulen *activamente* en contra de una población civil»¹⁵⁹. Este enunciado contradice el resultado del análisis

¹⁵⁷ "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 15, par. 552.

¹⁵⁸ *Ibid.*, par. 555.

¹⁵⁹ Elements of Crimes, *supra* nota 81 (la cursiva es nuestra).

anterior, es decir, que puede instaurarse una política por simple tolerancia. Sin embargo, una nota a pie de página agregada a este fallo estipula: «Una política cuyo objeto de ataque fuera una población civil sería ejecutada por el Estado o la instancia organizadora. Tal política puede aplicarse en circunstancias excepcionales *por un incumplimiento deliberado de actuar, el cual se busca* llevar a cabo conscientemente al fomentar dicho ataque. La existencia de una política semejante no puede inferirse únicamente de que la acción gubernamental u organizadora estén ausentes» (cursivas nuestras).

Es obvio que el texto del Elemento y la nota a pie de página se contradicen entre sí. Mientras que el Elemento requiere la existencia de conducta activa en relación con el ataque, la nota estipula que el fracaso para actuar también puede ser suficiente. Esta falta de claridad —resultado de un compromiso alcanzado durante la Cuarta Sesión (del 13 al 31 de marzo de 2000) de la Preparatory Commission («Prep-Com») —, no se resuelve con la calificación de que la inactividad pueda ser suficiente sólo en «circunstancias excepcionales».

No obstante, aun si la limitación («fomentar o alentar activamente») no queda invalidada por la contradictoria nota a pie de página, ello no puede viciar nuestro análisis, puesto que en cualquier caso no tiene efectos jurídicos. En primer lugar, la CPI misma no está obligada por la formulación en los Elementos de los Crímenes porque ésta es inconsistente con el Estatuto y, por ende, inválida desde un punto de vista jurídico¹⁶⁰. Hemos demostrado en líneas anteriores que un plan relacionado con un ataque generalizado pero al mismo tiempo no sistemático, sólo puede consistir en la negativa intencional de proteger a una población frente a un ataque generalizado, es decir, en la pasividad por parte del Estado u organización responsable. El Estatuto de Roma, al igual que la sección 5.1 de la Regulación 15/2000 y el Derecho consuetudinario internacional, prevén claramente el aspecto generalizado y el sistemático como alternativas. Exigir la existencia de una política activa para los crímenes contra la humanidad sería, sin embargo, tanto como borrar la alternativa «generalizado» del Estatuto¹⁶¹. Segundo, no es

¹⁶⁰ El art. 9 dice: «1. Los Elementos de los Crímenes *ayudarán* al Tribunal en la interpretación y aplicación de los arts. 6, 7 y 8 (...) 3. Los Elementos de los Crímenes y las enmiendas a los mismos serán *consistentes con este Estatuto*» (cursivas nuestras).

¹⁶¹ ROBINSON, *supra* nota 69, pp. 50-51, es de la opinión de que un ataque sistemático, tal como lo codifica el Estatuto de Roma, necesita un grado muy elevado de organización. No obstante, para apuntalar este punto de vista, aduce la fórmula "Akayesu" que se había rechazado con anterioridad. De hecho cualquier multiplicidad de crímenes organizada desde el centro debe considerarse un ataque sistemático, independientemente del grado de organización. Ello obedece a que un ataque sistemático requiere menos víctimas que un ataque generalizado. Por ejemplo, si en el transcurso de varios años fueran asesinados unos cuantos centenares de personas de un país grande, esto difícilmente podría clasificarse como un ataque *generalizado*. Pero si todas las víctimas pertenecieran a una pequeña comunidad de homosexuales y los funcionarios del Estado

necesario que el Panel de Crímenes Graves se apegue al Elemento problemático porque, además de las razones aducidas, este último no está ligado a las resoluciones de la PrepCom, sino sólo a la Regulación 15/2000 y al Derecho consuetudinario internacional (en cuanto a esto, el art. 10 del Estatuto de Roma estipula explícitamente que este último Derecho no se verá influido «en modo alguno» por la formulación de los crímenes de la parte 1 del Estatuto).

En conclusión: tanto un ataque sistemático como uno generalizado necesitan algún tipo de vínculo con un Estado o un poder *de facto* en determinado territorio por medio de la política de esta entidad, la cual, en el caso de un ataque sistemático, consistiría en proveer cuando menos algún tipo de conducción hacia las presuntas víctimas, con el objeto de coordinar las actividades de los criminales individuales. Un ataque sistemático requiere, por tanto, una conducta activa por parte de la entidad que dirige tras bambalinas el plan o la política. No obstante, una actividad general o repetida no es necesaria, sino que más bien lo que cuenta es si la conducta es suficiente para desencadenar y guiar el ataque. Así, por ejemplo, bastaría con la identificación de las posibles víctimas por parte de las autoridades y que se conceda (de forma implícita o explícita) impunidad.

Un ataque generalizado que al mismo tiempo no sea sistemático debe carecer de conducción u organización. La política que está detrás puede ser la de una pasividad deliberada (tolerancia). Sin embargo, una política semejante sólo puede existir si la entidad en cuestión tiene la capacidad y, además, el deber jurídico de intervenir ¹⁶².

e) *El acto individual y el elemento de contexto*

La relación entre el acto individual y el elemento de contexto es en gran medida subjetiva y se examinará posteriormente. Sin embargo, la redacción relativa al elemento de contexto del Estatuto del ICTY da pie asimismo al asunto de cuál es la relación objetiva entre la conducta del criminal individual y el contexto. El pasaje pertinente del encabezado del art. 5 estipula que una persona es responsable «de los siguientes crímenes cuando se cometen en un conflicto armado (...) y se dirigen

hubieran hecho público su intención de no perseguir ningún crimen cometido en contra de dichos homosexuales, los crímenes equivaldrían a un ataque *sistemático*. Sin embargo, toda la organización requerida para el ataque es la selección de las víctimas y la declaración de impunidad.

¹⁶² Los miembros de los gobiernos que aplican una política de tolerancia pueden ser ellos mismos responsables según la doctrina de la responsabilidad por autoridad. Vid. AMBOS, «Superior Responsibility», art. 28, en *The Rome Statute of the ICC: A Commentary*, CASSESE et al. (eds.), 2002, pp. 812-813, 836-839; en castellano: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 52, enero a abril de 1999, publicado en 2002, pp. 527-593.

en contra de cualquier población civil». Esta formulación (específicamente el «y»), si se toma literalmente, podría interpretarse en el sentido de requerir que el perpetrador deba dirigir personalmente los crímenes en contra de una población civil (es decir, no sólo contra una o unas cuantas víctimas) y, de esta manera, cometer una multiplicidad de actos delictivos.

No obstante, en un año tan temprano como el de 1996, la Cámara Procesal I del ICTY resolvió que «siempre que haya un vínculo con el ataque generalizado o sistemático en contra de cualquier población civil, un acto aislado podría clasificarse como un crimen en contra de la humanidad» ¹⁶³, lo cual se ha convertido en la práctica invariable en ambos Tribunales ¹⁶⁴. En el caso “Kunarac” se reformuló del modo más claro posible: «El delito subyacente no necesita ser el ataque mismo, sino sólo formar parte de éste» ¹⁶⁵.

Los términos que integran tanto el art. 7(1) del Estatuto de Roma como el encabezado del art. 3 del Estatuto que rige al ICTR no dejan lugar a dudas con respecto a la relación entre el delito aislado y el elemento de contexto: ambos estipulan que los actos criminales enumerados deben ser «cometidos *como parte* de un ataque generalizado o sistemático dirigido en contra de cualquier población civil» (cursivas nuestras).

Desafortunadamente la redacción del encabezado de la sección 5.1 de la Regulación 15/2000 combina la formulación del Estatuto de Roma y la del ICTY, de manera tal que exige que el acto sea «cometido *como parte* de un ataque generalizado o sistemático y dirigido en contra de cualquier población civil (cursivas nuestras). En efecto, el «y» del Estatuto del ICTY está inserto en la formulación del Estatuto de Roma. El resultado es confuso por dos razones. La primera es que el modo de expresarlo, si se toma literalmente, separaría el ataque de su objeto mismo: la población civil, con lo que se indicaría que se trata de dos conceptos diferentes. En segundo lugar, y por las mismas razones que en el Estatuto del ICTY, la sección 5.1 de la Regulación 15/2000 parece estipular que un acto delictivo aislado no es suficiente para que se incurra en responsabilidad por crímenes contra la humanidad ¹⁶⁶. BERGSMO ¹⁶⁷ reporta que los redactores de la sección 5.1 no tuvieron la intención de cambiar los términos, sino que tan sólo fue un error, y recomienda que

¹⁶³ “Prosecutor v. Mrksic”, *supra* nota 112, par. 30.

¹⁶⁴ “Prosecutor v. Tadic”, *supra* nota 10, par. 649; “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 76, par. 135; “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 15, par. 550; “Prosecutor v. Kunarac”, *supra* nota 83, par. 417; “Prosecutor v. Kordic”, *supra* nota 53, par. 178; “Prosecutor v. Bagilishema”, *supra* nota 83, par. 82.

¹⁶⁵ “Prosecutor v. Kunarac”, *supra* nota 83, par. 417.

¹⁶⁶ BERGSMO, *supra* nota 4, pp. 1-2.

¹⁶⁷ *Ibid.*

debe corregirse borrando la palabra «y». Seguir esta recomendación ayudaría a evitar la confusión, a simplificar la argumentación tanto del fiscal como del Tribunal, y con ello se economizarían recursos. En todo caso, la sección 5.1 debe aplicarse de esa forma corregida porque el «nuevo» significado, que es literal, estaría en contradicción con el Derecho consuetudinario internacional y carecería de sentido.

En relación con la naturaleza del vínculo entre el acto inhumano criminal enumerado y el ataque, en el caso “Kayishema” se señala como requisito que «[l]os crímenes (...) deben formar parte de (...) un ataque»¹⁶⁸. Y en el caso “Kunarac” la Cámara sostuvo: «Basta con demostrar que el acto se llevó a cabo en el contexto de actos de violencia acumulados y que, individualmente, pueden variar mucho en cuanto a su naturaleza y gravedad»¹⁶⁹.

Es posible derivar una definición más precisa del vínculo necesario entre el acto y el ataque del fundamento de los crímenes contra la humanidad. Tal fundamento consiste en proteger a las víctimas de los peligros específicos de los múltiples crímenes respaldados o consentidos por las autoridades. Si la peligrosidad de un criminal individual se incrementa porque su conducta ocurre en semejante contexto, el acto, objetivamente, debe considerarse parte del ataque. Por ejemplo, una persona que, a causa del ataque y de la política que se oculta detrás del mismo, no pudiera acudir a la policía para pedir auxilio, padece de un riesgo específico creado por el ataque. Si esta persona es asesinada, el asesinato será parte del ataque. Por otro lado, si alguien muriera mientras roban su casa, no podría hablarse de una víctima de crímenes contra la humanidad, si la policía se hubiera mostrado dispuesta a protegerla, pero hubiese llegado demasiado tarde. Dicho individuo sufriría tan sólo el riesgo de convertirse en la víctima de un delito, pero no el riesgo especial producido por el ataque. Así, una prueba adecuada para determinar si cierto acto formó parte del ataque o no, es preguntarse si éste habría sido menos peligroso para la víctima si no hubieran existido el ataque y la política (o el plan de acción).

f) Conocimiento del ataque

La sección 5.1 de la Regulación 15/2000 señala como requisito que el perpetrador tenga «conocimiento del ataque». El significado exacto de esta locución no es fácil de determinar, desde que tanto el significado de «conocimiento» como la cuestión de cuánto debe «saber» el criminal, son cuestiones problemáticas

¹⁶⁸ “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 76, par. 135.

¹⁶⁹ “Prosecutor v. Kunarac”, *supra* nota 83, par. 419.

En términos generales una persona incurre en una responsabilidad delictiva por cierta conducta (objetiva) sólo si existe un elemento mental relacionado con tal conducta (*actus non facit reum nisi mens sit rea*)¹⁷⁰. En cuanto a la comisión de crímenes internacionales, la simple negligencia es en la mayoría de los casos insuficiente. Estos ilícitos requieren un estado de la mente que en las jurisdicciones del Derecho civil se conoce como *dolus* o intención¹⁷¹. *Dolus* existe de las siguientes formas: *dolus directus* de primer grado (también conocido como *dolus directus*), *dolus directus* de segundo grado (o *dolus indirectus*) y *dolus eventualis*. Las formas correspondientes de los estados mentales del Derecho angloamericano se describen en el Código Penal Modelo¹⁷² como propósito, conocimiento e imprudencia¹⁷³. El propósito y el conocimiento se parecen al *dolus directus* de primer y segundo grados. La imprudencia, sin embargo, si bien se parece al *dolus eventualis*, parece abarcar un espectro más amplio de estados mentales que el *dolus eventualis*¹⁷⁴.

La Cámara Procesal, en el caso “Blaskic”, dio una definición completa de los tres grados de intención cuando examinó el lado subjetivo del elemento de contexto. Citando una definición de un libro de texto belga¹⁷⁵, la Cámara afirmó que existen la «intención» o la «intención directa maliciosa» si «el agente intenta cometer el acto sancionado, que es o su objetivo o, al menos, el método para alcanzarlo»; existe la «intención indirecta maliciosa» si «el agente no procuró deliberadamente que ocurriera dicha consecuencia aunque sabía que ése sería el

¹⁷⁰ «Un acto no hace a un delincuente, a menos que la mente también sea culpable». Puede observarse que esta frase equipara el elemento mental con la culpabilidad; sin embargo, las jurisdicciones de las leyes civiles contemporáneas distinguen, en principio, entre los elementos mentales y la culpabilidad. Cfr. JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1996, p. 430.

¹⁷¹ Es conveniente observar, sin embargo, que el término propósito también se emplea en un sentido más estrecho para denotar sólo el grado más alto del *dolus* o propósito en un sentido más amplio, a saber, *dolus directus* de primer grado, como se define más abajo.

¹⁷² «American Law Institute Model Penal Code. Official Draft», 1962, reimpresso en KADISH, SANFORD y SHULHOFER, *Criminal Law, Cases and Materials*, 6.ª ed., 1995, pp. 1127-1192.

¹⁷³ LAFAYE, *Criminal Law*, 3.ª ed., 2000, p. 227.

¹⁷⁴ Según la doctrina jurídica alemana un perpetrador actúa con *dolus eventualis* si se cumplen dos condiciones: en primer término, él o ella deben tener en cuenta el desenlace prohibido (esto es, la muerte de alguien) como un efecto posible, pero no seguro, de su conducta; en segundo lugar él o ella deben aceptar o aprobar el desenlace prohibido o, en otras palabras, si esperan que, pese al riesgo, el resultado prohibido no ocurrirá, entonces su estado mental no será considerado como *dolus eventualis*, sino como negligencia consciente. AMBOS, «General Principles of Criminal Law in the Rome Statute», *Crim. 10, L. Forum*, 1999, pp. 1 y 21, en castellano en *Actualidad Penal*, (España), 2000, núm. 44, pp. 925-948; JESCHECK, HEINRICH y WEIGEND, *supra* nota 170, pp. 299-301. Puesto que las leyes angloamericanas consideran necesario solamente el primero de los dos elementos nombrados para hablar de temeridad, según LAFAYE, *supra* nota 173, p. 254; esta definición es más amplia que el *dolus eventualis*.

¹⁷⁵ HENNAU, CHRISTIANE y VERHAEGEN, *Droit Pénal Général*, 1991.

resultado»; y existe «imprudencia» si «el delincuente prevé el resultado sólo como una consecuencia probable o posible»¹⁷⁶.

Con todo, en el caso “Blaskic” no se equipara el término «conocimiento» con lo que la Cámara llama intención indirecta maliciosa. Al aplicar la definición de otro libro de texto¹⁷⁷ los jueces manifestaron que «el conocimiento incluye asimismo la conducta “de una persona que corre un riesgo voluntariamente con la esperanza de que éste no cause perjuicios”»¹⁷⁸. Este veredicto se repitió en el caso “Kunarac”¹⁷⁹. Y también es compatible con la doctrina alemana según la cual las tres formas del estado mental mencionado exigen un elemento volitivo e intelectual¹⁸⁰. El elemento intelectual señala como requisito que el perpetrador tenga cierto conocimiento (*dolus directus* de segundo grado) o por lo menos un conocimiento incierto (*dolus directus* de primer grado y *dolus eventualis*) de que la consecuencia prohibida ocurrirá o de que se dan las circunstancias de que ella sobrevendrá.

En lo tocante al elemento de contexto, en la jurisprudencia de los Tribunales hay conformidad con respecto a que el *dolus directus* de primer grado (intención, en el sentido más estrecho: como propósito) no es necesario, es decir, el perpetrador no necesita buscar participar en el ataque¹⁸¹. Todas las resoluciones concuerdan en que el conocimiento es suficiente y la mayoría incluso agregan expresamente el «conocimiento constructivo»¹⁸². No obstante, este último es un concepto confuso¹⁸³. La primera vez que se usó fue en el caso “Tadic”, donde, no obstante, la Cámara lo introdujo sólo hasta el sumario¹⁸⁴ de sus deliberaciones, relacionadas con la necesidad de un estado mental vinculado al elemento de contexto. La Cámara no dejó en claro en el juicio a cuál de las diversas acepciones del concepto conocimiento se refiere la locución «conocimiento constructivo». Lo más probable es que se refi-

¹⁷⁶ “Prosecutor v. Blaskic”, *supra* nota 69, par. 254 (se han omitido las notas al pie de la página).

¹⁷⁷ LE GUNHEC, *Le Nouveau Code Pénal Illustré*, 1996.

¹⁷⁸ “Prosecutor v. Blaskic”, *supra* nota 69, par. 254 (las notas de pie de página se han omitido).

¹⁷⁹ “Prosecutor v. Kunarac”, *supra* nota 83, par. 434.

¹⁸⁰ JESCHECK, HAINRICH y WIGEND, *supra* nota 170, p. 293.

¹⁸¹ Esto se declara explícitamente en “Prosecutor v. Blaskic”, *supra* nota 69, par. 251. Ninguna (otra) resolución de los Tribunales *ad hoc* pide el *dolus directus* de primer grado o un estado de mente semejante.

¹⁸² “Prosecutor v. Tadic”, *supra* nota 10, pars. 656-659; “Prosecutor v. Tadic”, *supra* nota 51, par. 248 (no menciona el conocimiento constructivo); “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 76, pars. 133-134; “Prosecutor v. Rutaganda”, *supra* nota 73, par. 71; “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 15, pars. 556-557; “Prosecutor v. Musema”, *supra* nota 74, par. 206; “Prosecutor v. Ruggiu”, caso núm. CPIR-97-32-I, juicio y sentencia, 1 de junio de 2000, par. 20; “Prosecutor v. Kordic”, *supra* nota 53, par. 185.

¹⁸³ LAFAYE, *supra* nota 173, pp. 237-238.

¹⁸⁴ “Prosecutor v. Tadic”, *supra* nota 10, par. 659.

riera a una cita del caso “Finta” canadiense¹⁸⁵, la cual mantenía que es suficiente la ceguera voluntaria respecto al contexto¹⁸⁶. Un criminal se ciega voluntariamente si él o ella desean permanecer ajenos a la situación y, por lo mismo, no hacen más indagaciones¹⁸⁷. Como explica LAFAYE, el concepto se relaciona muy estrechamente con una disposición en el Código Penal Modelo que estipula que el conocimiento de la existencia de un hecho puede equipararse a la conciencia de una gran probabilidad de que ese hecho exista¹⁸⁸. Este concepto, a su vez, se acerca al de *dolus eventualis* e incluso al de imprudencia, los cuales exigen que el perpetrador esté consciente del riesgo o, en otras palabras, consciente de la probabilidad de que existe una circunstancia o de que habrá una consecuencia.

Por consiguiente, la definición clara, y también práctica, de *conocimiento* dada en el caso “Blaskic” —en el sentido de que este término incluye el conocimiento de un riesgo—, no está en contradicción con otras resoluciones, sino que es un útil esclarecimiento del oscuro concepto «conocimiento constructivo». En resumen: según el Derecho consuetudinario internacional un criminal tiene conocimiento del ataque si es consciente del riesgo de que su conducta forma parte objetivamente de un ataque de mayor envergadura.

El criterio del Derecho consuetudinario requerido por los Tribunales puede ser inaplicable según la Regulación 15/2000, cuya sección 18.3 (que se parece mucho al art. 30 del Estatuto de Roma)¹⁸⁹ define *conocimiento* como sigue:

«18.3. Para los propósitos de esta sección, “conocimiento” significa la conciencia de que existe una circunstancia o de que habrá una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. “Saber o conocer” e “intencionalmente” se interpretarán en concordancia con lo antedicho»¹⁹⁰.

¹⁸⁵ “R. v. Finta”, *supra* nota 33.

¹⁸⁶ “Prosecutor v. Tadic”, *supra* nota 10, par. 657; CHESTERMAN, *supra* nota 103, al parecer también cree que los jueces utilizaron la locución «conocimiento constructivo» como un sinónimo de «ceguera voluntaria».

¹⁸⁷ LA FAYE, *supra* nota 173, p. 232.

¹⁸⁸ *Ibid.*, cuando cita el Código Penal Modelo, *supra* nota 172, sección 2.02.2.b)iii). Por otra parte, se ha señalado que el concepto de conocimiento en el Derecho norteamericano se aproxima al concepto de *dolus eventualis*. Vid. SCHMID, *Stafverfahren und Stafrecht in den Vereinigten Staaten. Eine Einführung*, 2.^a ed., 1993, p. 184.

¹⁸⁹ Para un análisis detallado de los arts. 30 y 32 vid. AMBOS, *Der Allgemeine Teil eines Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, 2002, pp. 757 ss.

¹⁹⁰ «18.3. For the purposes of the present Section, “knowledge” means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. “Know” and “knowingly” shall be construed accordingly».

Según esta norma, la conciencia de un simple *riesgo* no sería suficiente ¹⁹¹.

Con todo, es evidente que el criterio mental de la sección 18 ha sido reemplazado por el requisito más específico de la sección 5.1, a saber, el «conocimiento del ataque» (*lex specialis derogat legi generali*). Por otra parte, la sección 5.1 no proporciona una definición de *conocimiento*. De este modo surge el problema de si la frase «conocimiento del ataque» en la sección 5.1 debe interpretarse de conformidad con los estrechos requisitos de la sección 18.3 o de acuerdo con el más amplio Derecho consuetudinario internacional aplicado por los Tribunales *ad hoc*. Son dos las razones que respaldan este último enfoque: primero, la definición de *conocimiento* en la sección 18 se da expresamente «[e]n atención a los propósitos de la presente sección». Segundo, la introducción general a los Elementos de los Crímenes según la CPI explica: «En los elementos de los crímenes donde *no* se hace referencia a un elemento mental (...) se entenderá que se aplica el elemento mental pertinente (...) declarado en el art. 30 [del Estatuto de Roma]» (cursivas nuestras) ¹⁹². No obstante, el conocimiento del ataque se menciona por separado en los Elementos para cada uno de los actos criminales enumerados en los crímenes en contra de la humanidad. Parecería, pues, que los redactores del anteproyecto de los Elementos de los Crímenes consideraron al conocimiento del ataque como una norma independiente de la disposición general del art. 30 del Estatuto de Roma, equivalente a la sección 18 de la Regulación 15/2000. Por consiguiente, el requisito del conocimiento en el encabezado de la sección 5.1 debe interpretarse de acuerdo con el requerimiento del Derecho consuetudinario internacional, tal como se desarrolló en líneas anteriores.

Los redactores del anteproyecto de los Elementos observaron un problema especial en los casos en los que el perpetrador, o la perpetradora, comete su delito muy al principio del ataque, esto es, en un momento en el que todavía se han cometido muy pocos crímenes como para llegar al umbral necesario de un ataque generalizado o sistemático. Los Elementos de los Crímenes estipulan que en una situación semejante es suficiente con que el perpetrador tenga la intención de «seguir adelante con dicho ataque» ¹⁹³, o se proponga que «la conducta forme parte de u[n...] ataque». Es evidente que, con esto, los redactores querían decir que el requisito del conocimiento debía reemplazarse en tales situaciones por el deseo del criminal de causar los hechos conducentes al ataque. Vale la pena señalar al respecto que el concepto de

¹⁹¹ AMBOS, *supra* nota 174, pp. 21-22.

¹⁹² Elements of Crimes, *supra* nota 81, introducción general, par. 2.

¹⁹³ *Ibid.*, introducción a los Elementos del art. 7.2.

conocimiento desarrollado por los Tribunales *ad hoc* hace superflua esta cláusula ¹⁹⁴, puesto que, según los Tribunales, es suficiente con que el perpetrador sea consciente del *riesgo* de que su conducta forme parte (o llegue a formar parte) de un ataque.

En resumen «conocimiento del ataque» en la sección 5.1 de la Regulación 15/2000 debe interpretarse en el sentido de que (solamente) se exige conciencia del *riesgo* de que la conducta forme parte, objetivamente, de un ataque más amplio. Un criterio de imprudencia o *dolus eventualis* es, por tanto, suficiente en lo concerniente al elemento de contexto. (Si bien es importante observar que éste no es el caso del acto inhumano aislado, respecto del cual la sección 18 continúa siendo plenamente aplicable).

Los Tribunales *ad hoc* han convenido en que el criminal debe tener conocimiento tanto del ataque como del vínculo que hace que el acto penal individual forme parte del ataque ¹⁹⁵. Así, la Cámara Procesal en el caso “Tadic” aseveró: «[E]l criminal debe saber que se ataca una población civil [y] que su acción es conveniente para el ataque» ¹⁹⁶. El lenguaje de ésta y de otras disposiciones insinúan que dicho sujeto no necesita haber tenido un conocimiento detallado de las particularidades del ataque, sino simplemente ser consciente (del riesgo) de que aquél existe. En el caso “Kunarac” se confirmó este punto de vista cuando se advirtió que el requisito del conocimiento no «implica el conocimiento de los detalles del ataque» ¹⁹⁷. Además, los Elementos de los Crímenes estipulan que no es necesario que existan pruebas «de que el perpetrador tenga conocimiento de todas las características del ataque o de los detalles precisos del plan, la política del Estado o de la organización» ¹⁹⁸.

En realidad, una interpretación semejante del elemento del conocimiento está también en concordancia con el fundamento de los crímenes contra la humanidad. Para la particular peligrosidad de estos últimos, no es imprescindible que un crimen se lleve a cabo conociendo los detalles de un ataque generalizado o sistemático (es decir, el número de ataques, delincuentes o víctimas). Es suficiente con que quien lo consuma, conozca hechos relacionados con el mismo que incrementen

¹⁹⁴ En todo caso, cualquier delito que pueda cometerse con *dolus directus* de segundo grado puede asimismo cometerse en general con *dolus directus* de primer grado.

¹⁹⁵ “Prosecutor v. Tadic”, *supra* nota 10, par. 659; “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 76, par. 133; “Prosecutor v. Rutaganda”, *supra* nota 73, par. 171; “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 15, par. 557 (cuando cita “Prosecutor v. Kayishema”); “Prosecutor v. Musema”, *supra* nota 74, par. 206; “Prosecutor v. Blaskic”, *supra* nota 69, par. 244; “Prosecutor v. Ruggiu”, *supra* nota 182, par. 20; “Prosecutor v. Kunarac”, *supra* nota 83, par. 434; “Prosecutor v. Kordic”, *supra* nota 53, par. 185.

¹⁹⁶ “Prosecutor v. Tadic”, *supra* nota 10, par. 659.

¹⁹⁷ “Prosecutor v. Kunarac”, *supra* nota 83, par. 434.

¹⁹⁸ Elements of Crimes, *supra* nota 81, introducción a los Elementos del art. 7.2.

la peligrosidad de su conducta o que hagan que esta última colabore con los crímenes de otros. Así, es suficiente, por ejemplo, que el perpetrador sepa que su conducta forma parte de un comportamiento criminal colectivo que hace más vulnerables a las víctimas. Por otro lado, aquél puede asimismo tener la esperanza de que el carácter colectivo de los crímenes habrán de proporcionarle impunidad.

Lo mismo se puede decir con respecto a la mayor culpabilidad de quien comete crímenes contra la humanidad¹⁹⁹. Basta con que él o ella sepan que existe un ataque y que sean, en consecuencia, capaces de entender que su conducta es mucho más grave de lo que sería la misma conducta si se cometiera fuera del contexto de un ataque generalizado o sistemático.

En conclusión: el criminal sólo debe ser consciente del riesgo de que existe un ataque y del riesgo de que ciertas circunstancias del mismo hacen que su conducta sea más peligrosa que si el ataque no existiera, o que su conducta crea una atmósfera propicia para la comisión de otros crímenes. No es necesario conocer los detalles.

Otro asunto es si quien comete el ataque debe estar enterado solamente de éste o también de la política que lo avala. McAULIFFE DE GUZMÁN observa que los términos del art. 7(1) del Estatuto de Roma tan sólo establecen como requisito el «conocimiento del ataque»²⁰⁰. La autora sostiene, por consiguiente, que el causante del mismo no necesita estar al tanto de su magnitud exacta (sino simplemente de su existencia) para incurrir en culpabilidad por crímenes contra la humanidad. Como quiera que desde su punto de vista la política es un simple detalle del ataque, ella concluye que el perpetrador no necesita saber que existe una política o un plan detrás del mismo.

De hecho, es importante determinar si el elemento de la política debe considerarse entre los detalles del ataque que el perpetrador no necesita conocer, o si es un elemento material concreto de los crímenes contra la humanidad. En el último caso la doctrina del *actus non facit reum nisi mens sit rea* es aplicable, y se necesita un *dolus* igual que para el ataque.

Ya hemos señalado que el elemento de la política es imprescindible para distinguir los crímenes contra la humanidad de las violaciones de los derechos humanos. En consecuencia, es un elemento material indispensable de estos crímenes y distinto del ataque. Por tanto, un perpe-

¹⁹⁹ McAULIFFE DE GUZMÁN, *supra* nota 14, p. 380; "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 76, par. 134, donde se observa que es necesario que el perpetrador esté enterado del ataque para que sea culpable; citado en "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 249; "Prosecutor v. Ruggiu", *supra* nota 182, par. 20.

²⁰⁰ McAULIFFE DE GUZMÁN, *supra* nota 14, p. 380.

dor que no conozca este elemento, no está enterado de todos los hechos necesarios para incurrir en culpabilidad por los crímenes mencionados. Por otra parte, como se observó anteriormente, no es preciso que él esté absolutamente seguro: es suficiente con que sea consciente del *riesgo* de que existe una política. Tampoco es necesario que conozca los detalles de esta última.

Las resoluciones de los Tribunales llegan a la misma conclusión. En el caso "Kayishema", sin ofrecer otras razones, se señala como condición que el «acusado debe saber que sus act(os) forma(n) parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y de acuerdo con cierto tipo de política o plan» (la cursiva es nuestra)²⁰¹. Prácticamente todos los juicios que han versado sobre el tema han asumido igual postura²⁰².

II. LOS ACTOS INHUMANOS INDIVIDUALES

1. El estado mental necesario en lo relativo a los ilícitos penales individuales

La sección 18 de la Regulación 15/2000 es razonablemente clara en lo referente a los elementos mentales requeridos. El autor de los crímenes debe tener el serio propósito de asumir cierta conducta [s. 18.2.a)]; él o ella deben proponerse realmente que el resultado criminalizado ocurra (digamos, una muerte) o estar conscientes de que éste tendrá lugar en el curso normal de los acontecimientos; y asimismo debe ser consciente de que existen las circunstancias necesarias para ello (por ejemplo que controla a la víctima torturada). Como se ha afirmado en líneas anteriores, la sección 18 no se aplica al conocimiento de quien comete el ataque (sea generalizado o sistemático).

Donde se requiere que haya conciencia de que la consecuencia ocurrirá en el curso de los acontecimientos o de que existe una circunstancia propicia [s. 18.2.b) y 3)], no basta con que la persona crea que tal consecuencia sobrevendrá como mera posibilidad²⁰³. Hay que hacer hincapié en esto por el siguiente razonamiento: como uno nunca puede estar absolutamente seguro de lo que sucederá en el futuro (la granada

²⁰¹ "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 76, par. 134.

²⁰² "Prosecutor v. Rutaganda", *supra* nota 73, par. 71; "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 15, par. 556; "Prosecutor v. Musema", *supra* nota 74, par. 206; "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 249; "Prosecutor v. Ruggiu", *supra* nota 182, par. 20; "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 53, par. 185.

²⁰³ AMBOS, *supra* nota 174, pp. 21-22. Véase, no obstante, la interpretación del término conciencia más amplia, que ofrece PIRAGOFF, «Article 30», en *Commentary on the Rome Statute*, *supra* nota 82, márgenes núms. 25-27.

del autor del ataque puede fallar al explotar), la más elevada certeza posible respecto de los sucesos futuros es la que se describe en la sección 18.2.b) y 3), es decir, que la consecuencia ocurrirá (no que «puede ocurrir») «en el curso normal de los acontecimientos». De esta manera, la frase *en el curso normal de los acontecimientos* no puede interpretarse de tal forma que tan sólo incluya ciertas posibilidades en las que el criminal no está seguro de si tendrá lugar el resultado previsto, aun cuando todo se desarrolle con normalidad. Por consiguiente, según la Regulación 15/2000, la imprudencia o el *dolus eventualis* no es suficiente ²⁰⁴.

Se ha discutido mucho si los crímenes contra la humanidad sólo pueden cometerse si su autor actúa con intención discriminatoria. La Cámara Procesal en el caso “Tadic” puso en duda si esta última sería un requisito indispensable para los crímenes contra la humanidad tanto porque no se había incorporado en el Estatuto del ICTY como por otros motivos. Sin embargo, la Cámara se creyó obligada a plantearla como requisito porque el Informe del Secretario General sobre el establecimiento del ICTY ²⁰⁵ y algunos miembros del Consejo de Seguridad la consideraron necesaria ²⁰⁶. Tal postura fue criticada en la literatura sobre el tema ²⁰⁷ y revocada por la resolución de apelación del caso “Tadic”:

«El significado usual del art. 5 deja en claro que esta disposición no requiere que todos los crímenes contra la humanidad hayan tenido que ser cometidos con una intención discriminatoria a designio. Dicho propósito se ha hecho necesario sólo para una subcategoría de tales crímenes, a saber, “las persecuciones” estipuladas en el art. 5.h)» ²⁰⁸.

Por otra parte, la Cámara de Apelaciones sostuvo que la interpretación a la luz de los objetivos humanitarios de los redactores del anteproyecto ²⁰⁹ y el examen de la práctica estatal pertinente conducían al

²⁰⁴ El grupo de trabajo de expertos alemanes que preparó el anteproyecto del Código Alemán sobre Crímenes Internacionales, tiene la misma concepción: *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches* 31, 2001. También puede consultarse en www.bmj.bund.de/images/10185.pdf. Si se desea ver las traducciones del anteproyecto gubernamental oficial en todas las lenguas de Naciones Unidas, véase www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html#legaltxt.

²⁰⁵ Report of the Secretary-General, *supra* nota 45, par. 48.

²⁰⁶ “Prosecutor v. Tadic”, *supra* nota 10, par. 652.

²⁰⁷ McAULIFFE DE GUZMÁN, *supra* nota 14, pp. 364-368.

²⁰⁸ “The ordinary meaning of Article 5 makes it clear that this provision does not require all crimes against humanity to have been perpetrated with a discriminatory intent. Such intent is only made necessary for one sub-category of those crimes, namely “persecutions” provided for in Article 5.h)».

²⁰⁹ “Prosecutor v. Tadic”, *supra* nota 51, par. 284.

mismo resultado ²¹⁰. Esta postura se ha convertido en la práctica invariable del ICTY ²¹¹.

Ahora bien, en lo concerniente al ICTR, el problema es más arduo. El encabezado del art. 3 de su Estatuto habla expresamente de la necesidad de que los crímenes sean «cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de cualquier población civil *por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos*» (cursivas nuestras). Los jueces de este Tribunal han tomado nota de la apelación del caso “Tadic”, pero han sostenido que los términos de su Estatuto los obliga a plantear como requisito la intención discriminatoria para la comisión de crímenes contra la humanidad ²¹². Recientemente, la resolución de apelaciones con respecto al caso “Akayesu” ²¹³ y el fallo del juicio penal a “Bagilishema” dispusieron que «el calificador *por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos*, que es propio del Estatuto del ICTR, debe interpretarse como una caracterización de la naturaleza del “ataque”, en vez de la *mens rea* del perpetrado» ²¹⁴. La explicación del dictamen fue la siguiente: «Si los redactores del Estatuto pretendían caracterizar la intención del actor individual como discriminatoria, habrían insertado la frase pertinente inmediatamente después de la palabra “cometido”, o utilizarían puntuación a fin de anular la descripción interpuesta del ataque» ²¹⁵.

De este modo puede afirmarse que las leyes actuales sobre los crímenes contra la humanidad, a excepción de la persecución, no exigen el requisito de una intención discriminatoria.

La última cuestión relacionada con los elementos mentales de los crímenes contra la humanidad es la de si tienen importancia los motivos de su autor. La Cámara Procesal en el caso “Tadic” sostuvo: «[S]i bien los motivos personales pueden estar presentes, no tienen por qué ser la única motivación para actuar» ²¹⁶. Y también: «[L]os actos no deben tomarse en cuenta por razones puramente personales y sin relación con el conflicto armado» ²¹⁷.

Esta postura, al igual que el dictamen de la Cámara en el caso “Tadic” sobre los motivos discriminatorios, fue revocada por la Cámara

²¹⁰ *Ibid.*, pars. 288-292.

²¹¹ “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 15, par. 558; “Prosecutor v. Blaskic”, *supra* nota 69, par. 260; “Prosecutor v. Kordic”, *supra* nota 53, par. 186.

²¹² *Vid.*, por ejemplo. “Prosecutor v. Rutaganda”, *supra* nota 73, pars. 75-76.

²¹³ “Prosecutor v. Akayesu”, caso núm. ICTR-96-4-A, juicio de 1 de junio de 2001, par. 469, citado de “Prosecutor v. Bagilishema”, *supra* nota 83, nota de pie de página 80 (el texto en inglés de la resolución no está disponible todavía).

²¹⁴ “Prosecutor v. Bagilishema”, *supra* nota 83, par. 81.

²¹⁵ *Ibid.*, nota a pie de página 81.

²¹⁶ “Prosecutor v. Tadic”, *supra* nota 10, par. 658.

²¹⁷ *Ibid.*

ra de Apelaciones, que, después de dedicarle una minuciosa atención, concluyó: «[L]os precedentes pertinentes y el espíritu de las resoluciones internacionales relativas a los crímenes contra la humanidad dejan en claro que, según el Derecho consuetudinario, “los motivos puramente personales” no poseen ninguna relevancia para establecer si se ha cometido o no un crimen de este tipo»²¹⁸. Todas las resoluciones subsiguientes del ICTY que estuvieron relacionadas con los crímenes contra la humanidad, así como la decisión más reciente del ICTR, han acatado este punto de vista²¹⁹. Solamente en el caso “Kayishema” se sostuvo: «Los elementos del ataque excluyen la concurrencia de crímenes contra la humanidad, los actos emprendidos por motivos puramente personales, así como también los que quedan fuera de una política o un plan más amplio»²²⁰. No obstante, esta resolución debe considerarse errónea por dos razones. La primera, porque deduce la exclusión de los motivos personales de la intención discriminatoria, que considera, de una forma errónea, necesaria. La segunda, porque aun cuando una intención discriminatoria fuese necesaria, ello no excluiría que su autor actuara por razones exclusivamente personales. La Cámara de Apelaciones en el caso “Tadic” dio un ejemplo según el cual «un funcionario de alto rango de la SS (...) alega que participó en el genocidio de judíos y gitanos por la razón “puramente personal” de que sentía un odio profundamente arraigado hacia ellos y deseaba exterminarlos, y por ningún otro motivo»²²¹. Este ejemplo demuestra que la intención discriminatoria no excluye motivos personales. Por consiguiente, la Cámara de Apelaciones en el caso “Tadic” reconsideró la Cámara Procesal²²². Los motivos personales son irrelevantes en relación con los elementos de los crímenes contra la humanidad.

2. Asesinato [sección 5.1.a)]

La sección 5.1 de la Regulación 15/2000 estipula que el asesinato es uno de los actos inhumanos que pueden llegar a ser un crimen contra la humanidad. Dicha sección reitera el art. 7.1.a) del Estatuto de Roma²²³. Por tanto, las disposiciones que ayudan a interpretar el art. 7 deben ser asimismo aplicables para interpretar la sección 5. Los elementos centrales del art. 7.1.a) han sido articulados en los Elementos

²¹⁸ “Prosecutor v. Tadic”, *supra* nota 51, par. 270.

²¹⁹ “Prosecutor v. Kupreskic”, *supra* nota 15, par. 558 (donde se menciona que el asunto estaba «libre de disputa»); “Prosecutor v. Kunarac”, *supra* nota 83, par. 433; “Prosecutor v. Kordic”, *supra* nota 53, par. 187; “Prosecutor v. Bagilishema”, *supra* nota 83, par. 95.

²²⁰ “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 76, par. 122.

²²¹ “Prosecutor v. Tadic”, *supra* nota 51, par. 269.

²²² *Ibid.*

²²³ LINTON repara en la reciprocidad de ambas disposiciones en *supra* nota 90, p. 10.

de los Crímenes. En cuanto al asesinato como crimen del tipo señalado, los Elementos del art. 7.1.a) disponen solamente (y no con mucha utilidad) que, además de la prueba de los elementos centrales de un crimen contra la humanidad (a saber, el elemento de contexto), el asesinato requiere que su autor mate²²⁴ a una o más personas. Tal carencia de una definición específica de los elementos del crimen, ya sea en el art. 7.1.a) o en cualquier otra parte, tiene como consecuencia que hay que apoyarse en otras disposiciones de la Regulación 15/2000 (y del Estatuto de Roma) y en las fuentes generales del Derecho internacional²²⁵, con el fin de verificar estos requisitos, en particular el del estado de la mente del acusado.

El asesinato es uno de los crímenes definido como crimen contra la humanidad en el art. 6.c) de la Carta de Nuremberg, los cuales dan forma jurídica a los delitos en los sistemas jurídico-penales más importantes del mundo antes de la adopción en 1945 de la Carta²²⁶, y se han repetido en las formulaciones fundamentales desarrolladas desde Nuremberg. Nos referimos al art. 5 del Estatuto del ICTY, al art. 3 del Estatuto de ICTY y al art. 7 del Estatuto de Roma²²⁷. Dichos crímenes pueden juzgarse como los «principios generales del Derecho»²²⁸. La

²²⁴ El primer Elemento del art. 7.1.a) estipula: «Para los objetivos de esta definición el término “mató” es intercambiable con el de “causó la muerte”. Esta nota de pie de página se aplica a todos los elementos que emplean cualquiera de estos conceptos».

²²⁵ Aquí no nos detendremos mucho largamente en este asunto. En el resumen el artículo del Estatuto de Roma (imitado, aunque no en términos idénticos, en la sección 3 de la Regulación 15/2000) establece una jerarquía para el Derecho aplicable con objeto de interpretar el Estatuto. La carencia, sin embargo, de una definición del asesinato en el Estatuto de Roma y en la Regulación 15/2000 (así como en otros instrumentos internacionales relativos al asesinato como crimen en contra de la humanidad) da por resultado el que tenga que recurrirse, a fin de definir el crimen, *inter alia*, a las resoluciones de los Tribunales internacionales y a los elementos comunes del crimen de asesinato en diferentes sistemas legales.

²²⁶ BASSIOUNI, *supra* nota 10, 293. La metodología por medio de la cual se ha establecido lo anterior se expone en las pp. 294-300. Para un análisis de las principales características de las disposiciones pertinentes de los Códigos Penales nacionales del mundo, *vid.* asimismo HEINE y VEST, *supra* nota 65, pp. 176 ss., esp. las pp. 15 ss., en relación con la codificación y evolución del art. 6.c) en el Derecho consuetudinario internacional. El art. 6.c) de la Carta de Tokio (Charter of the International Military Tribunal from the Far East of 1946 [N. del trad.: Carta del Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente de 1946], reproducida en FERENCZ, *Defining International Aggression: The Search for World Peace*, 1, pp. 522-527, 1975 y el art. II.1.c) de la CCL 10 [N. del trad.: Ley preliminar del Consejo de Control número 10], y estos dos instrumentos están redactados en los mismos o parecidos términos que el art. 6.c) y ciertamente se refieren a los mismos delitos que el art. 6.c).

²²⁷ *Vid.* asimismo BASSIOUNI, *supra* nota 10, p. 290. SWAAK-GOLDMAN, *supra* nota 17, pp. 148 ss., tocante a la codificación y evolución del art. 6.c) en el Derecho consuetudinario internacional. El art. 6.c) de la Carta de Tokio (Charter of the International Military Tribunal from the Far East of 1946, reproducida en FERENCZ, *Defining International Aggression: The Search for World Peace*, núm. 1, 1975 pp. 522-527, y el art. II.1.c) de la CCL 10, y estos dos instrumentos están redactados en iguales o parecidos términos que el art. 6.c) y ciertamente se refieren a las mismas infracciones que el art. 6.c).

²²⁸ BASSIOUNI, *supra* nota 10, p. 300. *Vid.* igualmente SWAAK-GOLDMAN, *supra* nota 17, pp. 143 ss.

CDI ha reconocido que «el asesinato es un crimen que se entiende claramente y se encuentra bien definido en el Derecho nacional de cualquier Estado»²²⁹. Este acto prohibido no requiere ninguna explicación ulterior.

Según la práctica consuetudinaria de los Estados, el asesinato —entendido como el término paraguas para todas las disposiciones que penalizan el acto de quitar la vida a alguien— no consiste simplemente en matar a alguien con la intención de hacerlo y sin justificación jurídica (en otros términos, sin las justificaciones, excusas y defensas legales conocidas en los principales sistemas jurídicos internacionales), sino que, por el contrario, se define en su significado *largo sensu*: como la creación de las condiciones que ponen en peligro la vida con probabilidad de que ello cause la muerte según la experiencia humana razonable²³⁰. BASSIOUNI concluye que, dada esta amplia definición de asesinato en los principales sistemas internacionales de justicia penal, el homicidio, tal como se entiende en el art. 6.c) (y *a fortiori* en las cláusulas de otros instrumentos redactados en los mismos términos), incluye una forma estrechamente relacionada de muerte no intencional, pero previsible, que en los sistemas jurídicos comunes se denomina «homicidio involuntario»²³¹, y en los sistemas germánicos *Romanist-Civilist* se conoce como homicidio con *dolus* (*Vorsatz*) y homicidio con *culpa* (*Fahrlässigkeit*)²³².

En el Derecho internacional relativo al asesinato (y en general en el Derecho penal internacional), elaborado por los Tribunales *ad hoc*, el asesinato ha sido clasificado de acuerdo con la concepción del Derecho consuetudinario del delito, basado en criterios esenciales del *actus reus* y la *mens rea*. Este enfoque de la concepción de los ilícitos penales en el Derecho internacional fue aprobado en el caso “Celebici”, en donde se advirtió que «mientras que la terminología utilizada varía, estos dos elementos han sido descritos como “universales y persistentes en los sistemas jurídicos maduros”»²³³. El asesinato ha sido brevemente defi-

²²⁹ Draft Code, 1996.

²³⁰ BASSIOUNI, *supra* nota 10, pp. 300-302. La frase «según la experiencia humana razonable» tiene el mismo significado que de acuerdo con las expectativas conocidas o previsibles de una persona razonable en las mismas circunstancias, que BASSIOUNI utiliza en su análisis del problema. La definición de asesinato mencionada aquí es «el entendimiento común generalizado del significado de asesinato» y surja «pese a las diferencias técnicas en las definiciones de diversas formas de homicidio intencional en los principales sistemas de justicia penal internacional» (traducción del inglés).

²³¹ *Idem* (en sus dos formas jurídicas comunes, es decir, homicidio imprevisto voluntario e involuntario).

²³² Esta definición permite un examen del motivo, lo que es importante para vincular el delito con elementos jurídicos como requisitos para llevar a cabo la «acción o la política del Estado» (el *nexo* que establece que el asesinato es un crimen internacional). Esta definición extendida es particularmente pertinente para la «exterminación», esto es, para el asesinato en gran escala.

²³³ “Prosecutor v. Delalic *et al.*”, caso núm. IT. 96-21-T, juicio de 16 de noviembre de 1998, pars. 473-474, cuando en la nota de pie de página 433 menciona “Morissette v. United

nido por los Tribunales *ad hoc* como el homicidio ilegal e intencional de un ser humano²³⁴. Según su jurisprudencia, los siguientes elementos son necesarios para considerar al asesinato como crimen contra la humanidad²³⁵:

— La víctima debe estar muerta²³⁶.

— En relación con el homicidio de todo tipo, el *actus reus* es la muerte de la víctima como consecuencia de los actos ilícitos o las omisiones del acusado²³⁷ o de uno de sus subordinados²³⁸.

— La conducta del acusado o de uno de los subordinados debe ser causa importante de la muerte de la víctima²³⁹.

— En el momento del homicidio el acusado, o uno de sus subordinados, tuvo la intención de matar o de infligir un daño corporal horrible al difunto a sabiendas de que tal daño corporal probablemente causaría la muerte de la víctima, y es temerario por la posibilidad de que la muerte pueda sobrevenir (*mens rea*)²⁴⁰.

Mientras que el ICTY y el ICTR no han considerado que sea discutible el elemento de la definición del *actus reus*, el elemento *mens rea* ha sido objeto de intensos y extensos debates. En el caso “Kupreskic” mientras daban a entender que trataban de seguir al caso “Akayesu”, se sostuvo que el requisito *mens rea* para el asesinato como crimen contra la humanidad es el propósito de matar o el designio de infligir serias heridas con un temerario desprecio de la vida humana²⁴¹. En “Blaskic” se proporciona una indicación del significado de «temerario desprecio de la vida humana». Al confirmar que la intención, o *mens rea*, necesaria para establecer el delito de asesinato voluntario existe desde el

States”, 342 U.S. 246, 1952. La Cámara aparentemente pasa por alto la concepción alternativa principal, fundamentada en la concepción romano-germánica: *Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld*.

²³⁴ “Prosecutor v. Akayesu”, *supra* nota 64, par. 589, copiado en “Prosecutor v. Rutaganda”, *supra* nota 73, par. 80, y “Prosecutor v. Musema”, *supra* nota 74, par. 215.

²³⁵ “Prosecutor v. Akayesu”, *supra* nota 64, par. 589, aprobado en “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 15, par. 560, “Prosecutor v. Blaskic”, *supra* nota 69, par. 217, “Prosecutor v. Rutaganda”, *supra* nota 73, par. 80, y “Prosecutor v. Musema”, *supra* nota 74, par. 215.

²³⁶ “Prosecutor v. Akayesu”, *supra* nota 64, par. 589.

²³⁷ “Prosecutor v. Delalic”, *supra* nota 233, par. 424.

²³⁸ “Prosecutor v. Akayesu”, *supra* nota 64, par. 589. Con todo podemos ocuparnos de este asunto más adecuadamente si lo vinculamos con la responsabilidad individual y, más específicamente, con la responsabilidad de la autoridad; *vid.* CHESTERMAN, *supra* nota 103, p. 331.

²³⁹ “Prosecutor v. Delalic”, *supra* nota 233, par. 424. Se ha imitado este elemento en “Prosecutor v. Blaskic”, *supra* nota 69, par. 153, y en “Prosecutor v. Kordic”, *supra* nota 53, par. 229, en relación con el homicidio voluntario, Estatuto del ICTY, art. 2; se agrega que, y ello es pertinente para los fines de este artículo, la víctima debe ser una «persona protegida», y en el par. 230, Estatuto del ICTY, art. 3, se menciona que el delito relativo al asesinato es en contra de una persona «que no toma parte activa en las hostilidades».

²⁴⁰ “Prosecutor v. Akayesu”, *supra* nota 64, par. 589; “Prosecutor v. Kvocka *et al.*”, caso núm. IT-98-30/1-T, juicio de 2 de noviembre de 2001, par. 132.

²⁴¹ “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 15, par. 561.

momento en que se demuestra que el acusado tenía el propósito de causar la muerte o provocar lesiones corporales graves, la Cámara Procesal añadió: «lo cual, como es razonable asumir, él tuvo que saber que probablemente provocaría la muerte»²⁴². La Cámara consideró que la «temeridad» es un concepto «que puede equipararse a la negligencia criminal grave»²⁴³.

En el caso “Blaskic” la Cámara Procesal consideró, además, que el acusado debe de haber actuado «con el conocimiento razonable de que era probable que el ataque causara la muerte»²⁴⁴. Esta frase fue imitada en el caso “Kordic”. En este caso la Cámara Procesal sostuvo que la *mens rea* se vería satisfecha si además de que el acusado, o la acusada, tuviera el propósito de matar a la víctima o de causarle serios daños corporales, también pretendiera infligirle lesiones graves con el conocimiento razonable de la probabilidad de que la agresión le ocasionara la muerte²⁴⁵.

La formulación de la *mens rea* para el asesinato como crimen contra la humanidad en los casos “Kupreskic”, “Blaskic” y “Kordic” se asemeja a la definición de *mens rea* tal como se enuncia en el caso “Celebici”²⁴⁶; en ella el problema era la intención necesaria requerida para establecer los crímenes de homicidio intencional y de asesinato como crímenes de guerra dentro de las Convenciones de Ginebra. La Cámara Procesal sostuvo que la *mens rea* está presente cuando se demuestra una intención por parte del acusado de matar o infligir lesiones graves en una indiferencia temeraria de la vida humana²⁴⁷. Es sorprendente la utilización de la misma fórmula convencional para el requisito de la *mens rea* en los casos “Kupreskic” y “Celebici”, además de que demuestra la buena voluntad del ICTY de por lo menos tratar el

²⁴² “Prosecutor v. Blaskic”, *supra* nota 69, par. 153. Este requerimiento específico se agrega al requisito general de la demostración de los elementos generales del art. 2.

²⁴³ “Prosecutor v. Blaskic”, *supra* nota 69, par. 152. Por las razones mencionadas más adelante, este comentario es aplicable a la *mens rea* del asesinato como crimen en contra de la humanidad, si bien el contexto de este comentario es el art. 2 del Estatuto del ICTY. De este modo la *mens rea* que representa todas las violaciones del art. 2 del Estatuto comprende tanto el intento culpable como la temeridad, que puede equipararse a la negligencia criminal grave.

²⁴⁴ “Prosecutor v. Blaskic”, *supra* nota 69, par. 217.

²⁴⁵ “Prosecutor v. Kordic”, *supra* nota 53, par. 236; “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 15, pars. 560-561; “Prosecutor v. Blaskic”, *supra* nota 69, par. 217; “Prosecutor v. Akayesu”, *supra* nota 65, par. 589.

²⁴⁶ “Prosecutor v. Delalic”, *supra* nota 233, par. 439.

²⁴⁷ Al formular esta definición la Cámara Procesal resaltó (“Prosecutor v. Delalic”, *supra* nota 233, pars. 431 y 438) la importancia de considerar la naturaleza de la prohibición contenida en las Convenciones de Ginebra y los principios pertinentes de interpretación del Estatuto y Reglamentos (del ICTY), que exigen tomar en cuenta los propósitos de Estatuto y las consideraciones sociales y políticas que dan lugar a su creación (*vid.* pars. 160 y ss., especialmente el 170). En “Prosecutor v. Kordic”, *supra* nota 53, par. 229, se copió, esta resolución relativa al requerimiento de homicidio intencional.

asesinato y el homicidio intencional como delitos iguales, ya se trata de crímenes contra la humanidad o de crímenes de guerra.

El homicidio (como término general y neutro, empleado aquí para describir el acto ilegal de quitar la vida), tal como se usa en los instrumentos principales que se relacionan con el Derecho penal internacional se caracteriza como sigue:

— Como crimen contra la humanidad, la referencia que se hace al homicidio es como «asesinato». Éste se ha catalogado como el primero de este tipo de crímenes en todos los instrumentos internacionales que los definen, es decir, en el art. 6.c) de la Carta de Nuremberg, en el 5.c) de la Carta de Tokio, en el II.1.c) de la LCC 10, en el principio VI.c) de los Principios de Nuremberg de la CDI²⁴⁸, en el art. 10 del Código preliminar de la CDI de 1954²⁴⁹, en el 5.a) del Estatuto del ICTY, en el 3.a) del Estatuto del ICTR, en el 18.a) del Código Preliminar de 1996²⁵⁰ y en el art. 7 del Estatuto de Roma. En la sección 5 de la Regulación 15/2000 se repite este uso del asesinato como crimen contra la humanidad.

— De igual manera, como crimen de guerra contemplado en el común art. 3 de las cuatro Convenciones de Ginebra, se hace referencia al homicidio como «asesinato». El art. 3 prohíbe totalmente «... la violencia hacia la vida de una persona, en particular el asesinato de todo tipo, la mutilación, el trato cruel y la tortura...». Para utilizar una disposición en estos términos (por medio de la incorporación del art. común 3), *vid.* el art. 3 del Estatuto del ICTY, el art. 4 del Estatuto del ICTR y el art. 8.c) del de Roma. Este manejo del asesinato como delito que quebranta el común art. 3 se repite en s. 6.1.c).i) de la Regulación 15/2000.

— Como crimen de guerra que constituye una «violación grave», la referencia al homicidio es la de «matar intencionalmente». Las violaciones graves están formuladas por los arts. comunes de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y se relacionan solamente con los conflictos armados internacionales. Los delitos que recaen en el régimen de violaciones graves son «... aquéllos en los que interviene cualquiera de los siguientes actos si se cometen en contra de personas o propiedades protegidas por la Convención: matar intencionalmente...». *Vid.* al respecto el art. 2 del ICTY y el art. 8.a) del Estatuto de Roma. Este uso del homicidio intencional como violación grave se repite en s. 6.1.a).i) de la Regulación 15/2000.

— Como crimen que llega al genocidio, la referencia al homicidio es la «matanza (de) miembros del grupo» en la Convención del Genocidio²⁵¹. Esta última cláusula se repite en el art. 4 del Estatuto de la

²⁴⁸ *Supra* nota 25.

²⁴⁹ *Supra* nota 28.

²⁵⁰ *Supra* nota 38.

²⁵¹ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 UNTS, p. 277.

CPIY, en el art. 2 del Estatuto de la ICTR y en el art. 5 del de Roma. Existe una disposición en iguales términos en la sección 4.a) de la Regulación 15/2000.

En el caso "Celibici" se hizo ver que no debía darse una consideración indebida a la diferencia entre estas descripciones alternativas de homicidio, y para los objetivos de la prueba de los elementos constituyentes del delito sustantivo mismo (cuando se opone al contexto en el que ocurre, como crimen en contra de la humanidad o crimen de guerra), nada se aclara si el delito es «asesinato» u «homicidio voluntario»²⁵². Puede encontrarse sustento para esta propuesta en el caso "Blaskic", donde la Cámara Procesal, concordando con el caso "Celibici", afirmó que el contenido del delito de asesinato según el art. 3 es el mismo que para el homicidio voluntario según el art. 2²⁵³. De modo parecido, aunque en un contexto diferente, el Juez Cassese, al considerar la aplicación de la coacción a la «matanza de inocentes», aseveró: «No me parece que, en lo referente a esta cuestión, haya alguna diferencia entre "matanza", "matanza ilegal" o "asesinato", con tal que se entienda que se trata de la matanza de inocentes sin la excusa o justificación jurídica (excepto, posiblemente, la defensa de la coacción) de que nos ocupamos»²⁵⁴.

La homogeneización del asesinato y del acto de matar intencionalmente, aunque por el momento nos detengamos en si es un crimen de guerra o uno contra la humanidad, se ha tomado como un avance en el caso "Kordic". Aquí la Cámara afirmó que los elementos para que el asesinato sea un crimen contra la humanidad «son similares a los requeridos para el acto de matar intencionalmente según el art. 2, y el asesinato según el art. 3 del Estatuto, con la excepción de que a fin de que se lo caracterice como un crimen contra la humanidad, un "asesi-

²⁵² La Cámara Procesal, en "Prosecutor v. Delalic", *supra* nota 233, consideró la definición de homicidio, entendido como «matar voluntariamente», como un crimen de guerra que constituye una «violación grave» (la versión del texto en francés es «l'homicide intentionnel») y «asesinato» como un crimen de guerra dentro del art. común 3 de las Convenciones de Ginebra (la versión del texto en francés es «meurtre»). La Cámara intentó determinar si existe una diferencia cualitativa entre ambos términos (par. 421), y concluyó que no hay ninguna diferencia de importancia que se desprenda del empleo de la expresión «matar voluntariamente» en vez de «asesinato» para los propósitos de persecución de delitos que incorporan estos términos (par. 433). Como resultado la Cámara Procesal concluyó que la *mens rea* requerida para establecer el crimen de matar intencionalmente y el de asesinato, como lo reconocen las Convenciones de Ginebra, es la misma (par. 439).

²⁵³ "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 181, imitó a la Cámara Procesal en "Prosecutor v. Delalic", *supra* nota 233, par. 422. Se copia asimismo en "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 53, par. 229.

²⁵⁴ "Prosecutor v. Erdemovic", caso núm. IT-96-22, juicio de 7 de octubre de 1997, *Separate and Dissenting Opinion of Judge Antonio Cassese*, par. 12, nota de pie de pág. 8. El contexto de estos comentarios fue una acusación formal que formuló cargos al acusado de crimen en contra de la humanidad (asesinato) y, alternativamente, de violación del Derecho o costumbres de la guerra (asesinato).

nato" debe haberse cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de una población civil»²⁵⁵.

Esta relación general entre los delitos es consistente con los comentarios previos de la Cámara Procesal en el caso "Kupreskic", con ocasión de la relación entre el asesinato como crimen en contra de la humanidad y el asesinato como crimen de guerra. La Cámara consideró que ambos crímenes no se encuentran en una relación de «especialidad recíproca»²⁵⁶ y que la prohibición de asesinato como crimen contra la humanidad es *lex specialis* en relación con la prohibición del asesinato como crimen de guerra²⁵⁷. Al examinar la naturaleza de los valores protegidos por cada infracción, la Cámara declaró que los arts. 3 y 5 del Estatuto del ICTY forman parte del marco común y general de Estatuto. Comparten los mismos objetivos generales y protegen los mismos valores generales, puesto que están concebidos para garantizar el respeto a la dignidad humana, sean cuales fueren sus finalidades y valores²⁵⁸. De este modo, la Cámara opinó que la diferencia entre los valores protegidos por los arts. 3 y 5 parecerían inconsecuentes²⁵⁹. En todas estas circunstancias se consideró la prohibición del asesinato como crimen contra sólo puede fundamentarse si se prueban los requisitos de la comisión de este delito según ambos arts. 3 y 5²⁶⁰. Consecuentemente, una vez establecidos los elementos esenciales del asesinato como crimen de guerra, queda puesto el fundamento para probarlo como crimen contra la humanidad, siempre que se instituya el elemento central adicional de un ataque generalizado o sistemático en contra de una población civil.

Pese al acuerdo del Derecho internacional respecto del homicidio, se han suscitado controversias en la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* a causa del empleo de la palabra «asesinato» en el texto en inglés

²⁵⁵ "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 53, par. 236. El Tribunal se remitió como autoridad para esta propuesta a "Prosecutor v. Delalic", *supra* nota 233, par. 439, nota de pie de pág. 318.

²⁵⁶ "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 15, par. 701: «mientras que el asesinato como crimen en contra de la humanidad requiere de elementos probatorios que no necesita el asesinato como crimen de guerra y (el delito debe formar parte de un ataque sistemático o generalizado en contra de la población civil), esto no es recíproco» (traducción del inglés).

²⁵⁷ "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 15, par. 701, advierte en la nota de pie de pág. 958 que "Prosecutor v. Tadic" confirma este resultado, *supra* nota 49, par. 91, en lo concerniente al alcance y la aplicación del artículo común, citado en líneas anteriores (y que se menciona asimismo en "Prosecutor v. Delalic", *supra* nota 233, pars. 125, 136).

²⁵⁸ "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 15, par. 702.

²⁵⁹ *Ibid.*, par. 703. Véase también al respecto SWAAK-GOLDMAN, *supra* nota 17, pp. 164 ss. para un examen de la gravedad relativa de los crímenes en contra de la humanidad y de los de la guerra.

²⁶⁰ "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 15, par. 704. Ésta es una breve (e incompleta) recapitulación de las deliberaciones de la Cámara Procesal. Los antecedentes de la formulación del Derecho relativo a esta problemática y la terminología empleada en el análisis antedicho se mencionan en "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 15, pars. 680-695.

de los Estatutos ²⁶¹ y el uso de la palabra *assassinat* en el texto correspondiente en francés. Esto tiene implicaciones importantes para el requisito de la *mens rea* del asesinato como crimen contra la humanidad. El problema relativo al significado exacto de asesinato como crimen contra la humanidad surge a causa de los distintos significados que tiene cada uno de estos términos en el Derecho. El problema primordial que ha causado dificultades en la jurisprudencia del Tribunal es si el asesinato (*meurtre*) es sólo un crimen de intención general, y no asesinato premeditado (*assassinat*), que debe ser el delito fundamental de un crimen contra la humanidad ²⁶².

La naturaleza del problema fue formulada en el caso "Kayishema": «[E]l debate se ha suscitado porque la *mens rea* para el asesinato, tal como se define en la mayor parte de las jurisdicciones del Derecho consuetudinario, implica pero no requiere premeditación, en tanto que, en la mayoría de los sistemas jurídicos civiles, la premeditación siempre se exige para el *assassinat* ²⁶³. Así lo señaló el Tribunal en el caso "Blaskic": «la versión francesa del Estatuto utiliza el término *assassinat*, crimen con un significado muy preciso en el Derecho nacional francés». De acuerdo con los arts. 221-223 del Código Penal francés (Nouveau Code Pénal) *assassinat* significa asesinato premeditado «*meurtre commis avec préméditation*» ²⁶⁴ y corresponde al «*meurtre aggravé*» (asesinato agravado) ²⁶⁵. La definición de premeditación en el Código es «la intención formada antes del acto de cometer un delito dado» ²⁶⁶. Por otro lado, la versión en inglés adopta la palabra *murder* que se traduce en francés como *meurtre* ²⁶⁷. El efecto de la distinción es que si el elemento de la *mens rea* de «*assassinat*» es necesario para la prueba del asesinato como un crimen contra la humanidad, entonces la aplicación de la sección 5.1.a) de la Regulación 15/2000 se restringiría solamente a los actos intencionales y premeditados para matar a una persona, con lo que el asesinato «imprudente» ²⁶⁸ y el asesinato de intención general serían descartados. Esto es claramente contrario a la

²⁶¹ Art. 3.a) del Estatuto de la ICTR y el 5.a) del Estatuto de la ICTY.

²⁶² "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 216.

²⁶³ "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 76, par. 137.

²⁶⁴ Vid. los arts. 221-223 del Nouveau Code Pénal de 1 de marzo de 1994: «Le meurtre commis avec préméditation constitue un assassinat». Véase también "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 216, nota de pie de pág. 414; "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 76, par. 137, nota a pie de pág. 37.

²⁶⁵ CHESTERMAN, *supra* nota 103, p. 329.

²⁶⁶ Vid. los arts. 132-172 del Nouveau Code pénal: «La préméditation est le dessein formé avant l'action de commettre un crime ou un délit déterminé».

²⁶⁷ "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 216. [N. del trad.: en castellano *murder* se traduce de hecho como asesinato y como homicidio. En lo sucesivo se utilizará una u otra acepción según el contexto].

²⁶⁸ CHESTERMAN, *supra* nota 103, p. 329, llega a esta conclusión respecto del art. 5.a) del Estatuto del ICTY y el art. 3.a) del Estatuto de la ICTR.

línea de casos en la formulación de la *mens rea* para el asesinato, que se ha indicado con anterioridad. Los Tribunales *ad hoc* han tomado distintas posturas en relación con este asunto y no es claro el resultado respecto del requisito de la *mens rea*.

En el caso "Akayesu", la cámara Procesal I sostuvo que el Derecho consuetudinario internacional indica que es el acto del «asesinato» (*meurtre*) lo que constituye un crimen contra la humanidad y no el *assassinat*. En una breve explicación de sus razones, la Cámara estimó que esta posición del Derecho consuetudinario internacional significaba que la inclusión de *assassinat* en la versión francesa debe haberse originado en un error de traducción. Esto dio pie, en opinión de la Cámara, a las razones suficientes para decidir que no debía seguirse la versión francesa ²⁶⁹. Tal descubrimiento del Derecho consuetudinario internacional, sobre este asunto, fue aprobado en "Rutaganda" y "Musema" ²⁷⁰. A la misma conclusión se llegó en el caso "Blaskic", cuando el Tribunal revisó la resolución de la Cámara Procesal en el caso "Akayesu"; asimismo se determinó que el art. 1.a) del Estatuto de la CPI y el art. 18 del Código de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (ILC Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind) se refieren al asesinato (*meurtre*) y no al homicidio premeditado (*assassinat*) que debe ser el delito que sustenta un crimen contra la humanidad ²⁷¹.

Sin embargo, en el caso "Kayishema", haciendo referencia a la interpretación del Estatuto de la ICTR, la Cámara Procesal II sostuvo, entre otras cosas, que la solución en el caso "Akayesu" —de que había un error en la traducción— era demasiado simplista y no tan convincente como lo son las versiones francesa e inglesa del Estatuto en el original ²⁷². El razonamiento de la Cámara se opone al del caso "Akayesu", y en este punto los casos no son reconciliables ²⁷³. La Cámara Procesal observó:

²⁶⁹ "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 64, par. 588.

²⁷⁰ "Prosecutor v. Rutaganda", *supra* nota 73, par. 79; "Prosecutor v. Musema", *supra* nota 74, par. 214. Ambos casos se limitaron a observar que las «[l]eyes consuetudinarias internacionales dictan que el delito de "asesinato" y no "assassinat", constituye un crimen en contra de la humanidad».

²⁷¹ "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 216. CHESTERMAN, *supra* nota 103, p. 329, sostiene que este hallazgo referente al requerimiento del Derecho consuetudinario internacional es correcto y menciona, respaldando propuesta, que el asesinato (*meurtre*) se utiliza en el art. 7.1 del Estatuto de Roma.

²⁷² "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 76, par. 138, nota de pie de pág. 40. De esta suerte la versión francesa tiene tanta autoridad como la edición inglesa. CHESTERMAN advierte el *status* igual de las ediciones inglesa y francesa en *supra* nota 103, p. 329, nota a pie de pág. 120; Ello se debe a la disposición 41 de las Provisional Rules of Procedure of the Security Council, tal como fueron enmendadas el 21 de diciembre de 1982, UN Doc. S/96/Rev.7.

²⁷³ Para una conclusión similar vid. CHESTERMAN, *supra* nota 103, p. 329.

«Cuando se interpreta un término de un idioma a otro uno puede encontrar que no existe un vocablo equivalente que corresponda a todas las sutilezas y matices del primero. Esto es particularmente cierto con los términos jurídicos que representan conceptos jurisprudenciales. En este caso la *mens rea* referente al asesinato en el Derecho consuetudinario se traslapa tanto con *meurtre* como con *assassinat* (es decir, un *meurtre* agravé) en los sistemas civiles²⁷⁴. Los redactores del anteproyecto eligieron usar el término *assassinat* en vez de *meurtre*. Como una cuestión de interpretación, la intención de los redactores debe ser seguida tanto como sea posible, de manera que se le dé al Estatuto un pleno sentido»^{275, 276}.

Según la Cámara, al contrario de las concepciones expresadas en el caso "Akayesu", los Estatutos del ICTR y del ICTY no reflejaron el Derecho consuetudinario internacional cuando se elaboró el borrador. Así, la Cámara determinó que puede darse por sentado que los redactores pretendieron utilizar *assassinat* junto con homicidio y, al obrar de ese modo, pudieron haber tenido en mente que sólo bastarían los niveles más elevados de la *mens rea* en el caso del homicidio²⁷⁷. Además, la Cámara consideró que, cuando hubiera duda, las cuestiones de interpretación debían resolverse en favor del acusado²⁷⁸. Después señaló:

²⁷⁴ Así, la Cámara explicó en la nota a pie de pág. 39, par. 138, lo siguiente: «Por ejemplo, en el extremo superior del asesinato la *mens rea* corresponde a la *mens rea* del *assassinat*, esto es, de la acción ilegal de matar a una persona con premeditación. Y a la inversa: en el extremo inferior del asesinato, en el que la mera intención o imprudencia es suficiente y la premeditación no es necesaria, la *mens rea* corresponde a la *mens rea* de *meurtre*».

²⁷⁵ "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 76, par. 138. La Cámara explicó en la nota a pie de pág. 40: «Es notable que los textos fueran redactados en inglés y en francés, y que ambos sean originales y auténticos. El Estatuto se tradujo después a los cuatro idiomas oficiales restantes de Naciones Unidas. Por consiguiente, entre el inglés y el francés no medió traducción alguna. En conformidad con esto no puede haber un "error de traducción" como tal; sólo puede haber un error en la factura de un texto original. Llama la atención que el término usado en el Estatuto del ICTY sea también *assassinat*, art. 5.a) del Estatuto del ICTY» (traducción del inglés).

²⁷⁶ «When interpreting a term from one language to another, one may find that there is no equivalent term that corresponds to all the subtleties and nuances. This is particularly true with legal terms that represent jurisprudential concepts. Here, the *mens rea* for murder in common law overlaps with both *meurtre* and *assassinat* (that is, a *meurtre* aggravé) in civil systems. The drafters chose to use the term *assassinat* rather than *meurtre*. As a matter of interpretation, the intention of the drafters should be followed so far as possible and a statute should be given its plain meaning».

²⁷⁷ *Ibid.*, par. 138. La Cámara señaló al respecto en la nota a pie de página: «Claro que en el Derecho consuetudinario no existe el delito de homicidio ilícito que estipula un criterio más alto de *mens rea* que el de homicidio. Por consiguiente, aun si los redactores pretendieron que sólo bastaría el criterio de *mens rea* para el *assassinat*, de todos modos necesitarían utilizar el término *murder* en inglés». Lo anterior no es enteramente correcto, puesto que el Derecho consuetudinario tradicional conocía la expresión «homicidio con premeditación».

²⁷⁸ *Ibid.*, par. 139.

«La Cámara estima, en consecuencia, que el homicidio y el *assassinat* deben examinarse de manera conjunta a fin de determinar el criterio de la *mens rea* que buscaron establecer los redactores y que exigió el Estatuto del ICTR. Cuando el homicidio se considera junto con el *assassinat*, la Cámara entiende que tal criterio requerido es matar intencional y premeditadamente. El resultado es premeditado cuando el actor formula su intención de matar después de un momento de reflexión»²⁷⁹.

En una nota a pie de página a la última oración de este párrafo, la Cámara observó: «Esta explicación concuerda con la jurisprudencia francesa de la Corte penal y con el precedente de la Corte Suprema de Estados Unidos». La Cámara prosiguió:

«Se busca obtener tal resultado cuando el propósito del actor es ése, o cuando este último tiene conciencia de que ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos.

El acusado es culpable si participa en una conducta ilícita y si:

- 1) Causa la muerte de otra persona;
- 2) por medio de una acción u omisión *premeditada*;
- 3) con *el propósito* de matar a alguna persona; o,
- 4) *cuando se propone* infligir lesiones corporales dolorosas a cualquier ser humano.

Así, un homicidio premeditado que forme parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de civiles con base en la discriminación, será un crimen en contra de la humanidad. Asimismo, en este rubro quedarán comprendidos los homicidios extrajudiciales, es decir, «aquellos de carácter deliberado e ilícito, llevados a cabo bajo las órdenes de un Gobierno o con su complicidad o aquiescencia»^{280, 281}.

²⁷⁹ «The Chamber finds, therefore, that murder and *assassinat* should be considered together in order to ascertain the standard of *mens rea* intended by the drafters and demanded by the ICTR Statute. When murder is considered along with *assassinat* the Chamber finds that the standard of *mens rea* required is intentional and premeditated killing. The result is premeditated when the actor formulated his intent to kill after a cool moment of reflection».

²⁸⁰ *Ibid.*, pars. 139, 140 (las cursivas son nuestras).

²⁸¹ «The result is intended when it is the actor's purpose, or the actor is aware that it will occur in the ordinary course of events.

The accused is guilty of murder if he, engaging in conduct which is unlawful,

1. causes the death of another
2. by a premeditated act or omission
3. intending to kill any person or,
4. intending to cause grievous bodily harm to any person.

Thus, a premeditated murder that forms part of a widespread or systematic attack against civilians on discriminatory grounds will be a crime against humanity. Also included will be extra-judicial killings, that is "unlawful and deliberate killings carried out with the order of a Government or with its complicity or acquiescence" ».

En el caso "Kupreskic", la Cámara Procesal imitó la resolución adoptada en "Akayesu" cuando confirmó los elementos constitutivos del *actus reus* de homicidio en el art. 5.a) del Estatuto. La Cámara definió a continuación el homicidio en relación con los fines del Estatuto del ICTY de la manera siguiente: «Puede decirse que el acusado es culpable de homicidio si él, o en su caso ella, al adoptar una conducta ilícita, se propuso matar a otra persona o causarle lesiones corporales graves y provocó su muerte»²⁸². La Cámara se mostró, sin embargo, ambivalente con respecto a la definición de la *mens rea* en el caso del homicidio. Su definición principal es consistente con los casos "Akayesu" y «Celebici» y con la armonización de la definición de *mens rea* entre homicidio y asesinato intencional como crimen contra la humanidad o como crimen de guerra. De este modo la Cámara señaló: «La *mens rea* requerida para el homicidio en el art. 5.a) es la intención de matar o el intento de infligir lesiones graves con una actitud de desprecio temerario hacia la vida humana»²⁸³. No obstante, la Cámara procedió después a examinar específicamente el requisito de la *mens rea*, que aparentemente adoptó en el caso "Kayishema" sin indicar una aprobación o un rechazo explícitos²⁸⁴. Dijo:

«En el caso "Kayishema" se señaló que el criterio de la *mens rea* requerido es el homicidio intencional y premeditado. El resultado es premeditado cuando el actor formula su intención de matar después de un momento de reflexión. El resultado es propositivo cuando es el objetivo del acto, o cuando este último está consciente de que ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos»^{285, 286}.

El problema, como se señaló en líneas anteriores, es que un acto premeditado no puede ser al mismo tiempo temerario y necesitar algo más que una simple intención general. Por consiguiente, resulta problemático para la Cámara Procesal adoptar ambas posturas. Pero, a pesar de esta divergencia aparentemente evidente en el significado de la *mens rea* para los fines del homicidio como crimen contra la humanidad, posteriormente en el caso "Kordic" una de las Cámaras Procesales del ICTY declaró que «se ha establecido ya que la premeditación no es necesaria para definir el término "homicidio", tal como se emplea en el art. 5 del Estatuto del ICTY»²⁸⁷. Solamente puede llegarse a esta con-

²⁸² "Prosecutor v. Kupreskic", *supra* nota 15, par. 560.

²⁸³ *Ibid.*, par. 561.

²⁸⁴ *Vid.* al respecto la crítica de CHESTERMAN, *supra* nota 103, p. 333.

²⁸⁵ "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 15, par. 561.

²⁸⁶ «In Kayishema it was noted that the standard of *mens rea* required is intentional and premeditated killing. The result is premeditated when the actor formulated his intent to kill after a cool moment of reflection. The result is intended when it is the actor's purpose, or the actor is aware that it will occur in the ordinary course of events».

²⁸⁷ "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 53, par. 235 (la cursiva es nuestra).

clusión si no se sigue la clara articulación del requisito de la *mens rea* en el caso "Kayishema" (y aunque, de una forma más ambigua, en el caso "Kupreskic"), aun cuando la Cámara Procesal no explicó satisfactoriamente sus motivos para no hacerlo así. En vez de ello citó al caso "Kayishema" de una manera confusa para respaldar su declaración jurídica sin siquiera intentar explicar o distinguir esta resolución; para apoyar su propuesta citó la parte de la resolución del caso "Kayishema" en la que la Cámara Procesal estableció su posición *en contra del* razonamiento utilizado en el caso "Akayesu"²⁸⁸. La supuesta dependencia con respecto al caso "Kayishema" es, por tanto, cuestionable. En cuanto al caso "Kupreskic", el Tribunal diferenció la resolución indicando que si bien la Cámara había definido el asesinato como «homicidio intencional y premeditado, no se refirió al último elemento en sus veredictos efectivos»²⁸⁹. Por otro lado, el Tribunal encontró apoyo para su declaración jurídica en el caso "Blaskic"²⁹⁰.

¿Cuál ha sido la consecuencia de esta divergencia? CHESTERMAN, en el artículo que escribió antes de la resolución de la Cámara Procesal en el caso "Kordic", indica que el precedente demuestra que «para los propósitos de los Estatutos del ICTY y el ICTR el acto o la omisión deben ser premeditados»²⁹¹. Ésta no es la postura actual del Derecho, como se declaró en el caso "Kordic" y en este punto es imprecisa. Sin embargo, la postura jurídica exacta está lejos de ser clara y es necesario que los Tribunales esclarezcan el problema. Al parecer éstos deben hacer una elección sobre qué texto y qué significado de homicidio es preferente. Ciertamente la palabra inglesa *murder* proporciona una definición más flexible de homicidio, y puesto que abarca a la premeditación, aunque no se restringe a la misma, es una opción preferible. Es coherente con la formulación de «homicidio», tal como se desarrolla en el Derecho internacional desde los procesos de Nuremberg, y refleja la idea de homicidio tal como se entiende en los principales sistemas internacionales de justicia penal.

Además, pueden suscitarse algunos problemas con el razonamiento que está detrás de la formulación de la Cámara Procesal de «homicidio» (en inglés) en el caso "Kayishema", lo que indica que debiera limitarse a sus propios hechos y no ser imitada. Es cuestionable por qué un acusado deba ser culpable de homicidio si su única premedita-

²⁸⁸ *Ibid.* Para sustentar su declaración, la Cámara Procesal aduce los precedentes del ICTY y del ICTR, incluido "Kayishema", pero no intenta distinguir la interpretación diferente de la aplicación de homicidio y *assassinat* utilizada en este caso. *Vid.* la nota a pie de página 324 que hace una lista del precedente sin hacer diferenciaciones.

²⁸⁹ *Ibid.*, nota de pie de pág. 314, referente a "Prosecutor v. Kayishema", nota 15, par. 818.

²⁹⁰ *Ibid.*, nota de pie de pág. 315, donde se indicaba: «En fecha muy reciente la Cámara Procesal Blaskic sostuvo que "es el homicidio (*meurtre*) y no el homicidio premeditado (*assassinat*) el que debe ser el delito que fundamente un crimen en contra de la humanidad».

²⁹¹ CHESTERMAN, *supra* nota 103, p. 334.

ción fue la intención de causar un grave daño corporal. Existe aquí una ambigüedad directamente vinculada con el requisito de la premeditación. Si la intención de causar serios daños corporales se formula «después de un momento de reflexión», entonces la única *mens rea* que puede atribuirse al acusado es una intención de llevar a efecto este propósito. El fin premeditado no será la muerte de la víctima, sino el daño corporal doloroso. Esto no se ajusta a los requerimientos del homicidio premeditado.

Por tales motivos la interpretación correcta de homicidio por parte del Derecho internacional se alcanza mediante la adopción del significado en inglés de la palabra *murder*. Así, el requerimiento de la *mens rea* del homicidio como crimen contra la humanidad es la formulación originalmente concebida en el caso “Akayesu” y adoptada, aprobada y complementada después en los casos subsiguientes.

La jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* no ha sido informada por las disposiciones estatutarias sobre el significado de intención para determinar la *mens rea*. A diferencia del Estatuto de Roma y la Regulación 15/2000, los Estatutos del ICTY y del ICTR carecen de una disposición a este respecto. Con el objeto de establecer un Derecho internacional sobre homicidio como crimen contra la humanidad en el Timor Oriental, el Panel Especial tiene que tomar en cuenta la sección 18 de la Regulación 15/2000.

Dicha disposición es, sin embargo, más estrecha que el precedente desarrollado por los Tribunales en dos aspectos. En primer lugar, como ya hemos visto, la sección 18 deja de lado la temeridad o *dolus eventualis*. En segundo lugar, el objetivo del elemento mental debe ser la muerte de la víctima, puesto que aquélla (o el homicidio)²⁹² debe ser el resultado o la consecuencia que se proponía el autor (o por él conocida). Éste es el elemento material del homicidio en el sentido de la sección 18.1 de la Regulación 15/2000. Por ende no es posible considerar que la simple intención causará las suficientes lesiones corporales dolorosas como para hablar de la comisión del delito de homicidio (puede designar, no obstante, otros actos inhumanos; además, si el autor es condenado por otros actos de este tipo, aún puede darse la debida consideración a la muerte de la víctima en la fase de la sentencia)²⁹³. Cualquier otra interpretación haría del homicidio un ilícito de responsabilidad sin culpa que castigaría la mera creación de un peligro

²⁹² El primer Elemento según el art. 7.1 del Estatuto de Roma, *supra* nota 85, reza: «El autor mató a una o más personas».

²⁹³ El carácter dañino del crimen, que constituye el lado objetivo de la gravedad del ilícito, es el factor más importante de la sentencia, NEMITZ, «Sentencing in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Rwanda», en FISCHER, KRESS Y LÜDER (eds.), *International and National Prosecution of Crimes under International Law, Current Developments*, 2001, pp. 605 y 616.

(para la vida de la víctima) en la condición objetiva (*objektive Bedingung der Strafbarkeit*) que, sin importar la intención del autor del atentado, posteriormente se convierte en un daño real (la muerte).

En cuanto al requisito de la premeditación, la situación es asimismo diferente de la aceptada por los Tribunales *ad hoc*. El problema que desató el debate, la formulación de la versión francesa de los Estatutos del ICTY y del ICTR (*assassinat*), no existe en los procedimientos en la Regulación 15/2000 y en el Estatuto de Roma. Esto se debe a que la versión francesa de este último no utiliza el término *assassinat* sino *meurtre* [art. 7.1a)]. En cuanto a la Regulación 15/2000 no existe una versión francesa. Por lo tanto, no puede haber duda de que la premeditación no es un requisito para que exista el crimen contra la humanidad del asesinato según la Regulación 15/2000.

3. Deportación o traslado forzado de poblaciones [sección 5.1.d)]

Las secciones 5.1.d) y 5.2.c) tienen exactamente la misma redacción que los arts. 7.1.e) y 7.2.d) del Estatuto de Roma. Este último brinda la primera definición codificada de deportación o traslado forzado de poblaciones. Hasta donde puede observarse, la primera vez que la deportación fue objeto de una reflexión concienzuda en un contexto penal fue en el caso “Milch” del Tribunal Militar II de Nuremberg. En un dictamen coincidente, el juez Phillips declaró que el «[d]esplazamiento de grupos de personas de un país a otro es el asunto distintivo del Derecho internacional en tanto influya en la comunidad de las naciones. El Derecho internacional ha indicado ciertas condiciones según las cuales la deportación de civiles de una nación a otra en tiempos de guerra llega a ser un crimen»²⁹⁴. Dicho juez resumió tales condiciones afirmando que la «deportación de comunidades es penal siempre que no exista un derecho [legal] por parte de la autoridad que deporta o siempre que el propósito del desplazamiento sea ilegal o cuando la deportación se caracterice por métodos inhumanos o ilegales»²⁹⁵.

Según esta definición, que fue adoptada por el Tribunal Militar III en el caso “Krupp”²⁹⁶, el traslado forzado de personas es ilegal sólo en circunstancias especiales. Sin embargo, de acuerdo con el Derecho internacional contemporáneo, esta concepción debe tenerse por demasiado estrecha. En la actualidad el traslado forzado está no sólo prohibido, sino que solamente puede justificarse bajo circunstancias excep-

²⁹⁴ “United States of America v. Milch”, 2 T.W.C. 355, 865, 1950.

²⁹⁵ *Ibid.*, opinión coincidente del juez Phillips.

²⁹⁶ “United States of America v. Krupp et al.”, 9 T.W.C. 1432, 1950.

cionales, p. ej., debe demostrarse que el Derecho mencionado lo permite explícita o implícitamente.

El Derecho humanitario enumera expresamente situaciones en las que tal permiso puede otorgarse. El art. 49 de la Cuarta Convención de Ginebra dispone que:

«la evacuación total o parcial de un área dada [es permisible] si lo exigen la seguridad de la población o razones militares imperiosas (...) Las personas que así se evacuen serán trasladadas de regreso a sus casas tan pronto como hayan cesado las hostilidades en el sitio antecitado»^{297, 298}.

Asimismo el art. 17 del Protocolo Adicional II dispone que el desplazamiento de poblaciones civiles solamente es permisible si «lo exige la seguridad de estas últimas o razones militares imperiosas»²⁹⁹. Estas excepciones deben ser aplicables también con respecto al crimen contra la humanidad de deportación o traslado forzado. Tendría poco sentido permitir una conducta atendiendo al Derecho humanitario y castigarla como un crimen contra la humanidad. Por otra parte, puesto que este Derecho permite el traslado forzado si está en riesgo la seguridad de las personas transportadas, lo mismo debería ser aplicable en tiempos de paz, como cuando es inminente una catástrofe natural. En cualquier caso debe permitirse a las personas regresar si los motivos del traslado han dejado de existir.

Por último, es evidente que el derecho de una persona para residir en cierto lugar sólo puede violarse si aquél existe. De esta manera el segundo Elemento de los Elementos de los Crímenes³⁰⁰ respecto del art. 7.1.d) del Estatuto de Roma especifica que sólo «las personas presentes legítimamente en el lugar» pueden ser víctimas de deportación o traslado forzado. La expulsión de otras personas no es penal, a menos que las circunstancias de la expulsión cumplan con los requisitos propios de un crimen (por ejemplo, la tortura). En todo caso cualquier Derecho (nacional) que prohíba la presencia de una persona en cierto lugar o país debe ser consistente con el Derecho internacional (por ejemplo, con el art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 12(1) del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (International Covenant on Civil and Political

²⁹⁷ *Supra* nota 46.

²⁹⁸ «Total or partial evacuation of a given area [is permissible] if the security of the population or imperative military reasons so demand. (...) Persons thus evacuated shall be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased».

²⁹⁹ Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y en relación con la Protección a las Víctimas de Conflictos Armados No Internacionales (Protocolo II), 8 de junio de 1977, 1125 UNTS, 609.

³⁰⁰ Elementos de los Crímenes, *supra* nota 81.

Rights). De otra manera podría pasarse por alto fácilmente esta disposición mediante la discriminación o bien aplicando alguna legislación nacional internacionalmente ilícita.

Un segundo problema referente a la legalidad del traslado forzado es la forma en que se lleva a cabo. El art. 49 de la Cuarta Convención de Ginebra dispone que si un traslado es excepcionalmente permitido, tiene que ser asegurado «al mayor grado practicable, de suerte que, para recibir a las personas protegidas, debe proveérseles del acomodo apropiado, que los cambios de un lugar a otro se efectúen en condiciones satisfactorias de higiene, salud, seguridad y nutrición, y que no se separe a los miembros de la misma familia». De igual modo el art. 17 del Protocolo Adicional II exige que «[e]n caso de que se hagan necesarios tales desplazamientos, se tomarán todas las medidas posibles a fin de que la población civil sea recibida en condiciones satisfactorias de albergue, higiene, salud, seguridad y alimentación». Si el traslado ocurre en circunstancias peores que las necesarias, ello será ilegal, pese a la existencia de una finalidad permisible.

La definición del juez Phillips exige asimismo que las víctimas deben ser trasladadas al territorio de otro Estado. Este elemento ya no es necesario. El Estatuto de Roma define la deportación o traslado forzado de la población en el art. 7.2d) como «el desplazamiento forzado de las personas afectadas mediante la expulsión, u otros actos coercitivos *del lugar* en el que se encuentran presentes legítimamente sin fundamentos avalados por el Derecho internacional» (la cursiva es nuestra). Es claro que la palabra «lugar» no puede entenderse como si se refiriera a todo un país. VON HEBEL y ROBINSON explican que las palabras «traslado forzado de poblaciones» se insertaron para poner en claro que también se incluyen los movimientos poblacionales dentro de las fronteras de un país³⁰¹. Por otro lado, una nota a pie de página de los Elementos de los Crímenes respecto al art. 7.1.d) declara que «[d]eportadas o trasladadas por la fuerza» es intercambiable con «desplazadas por la fuerza». No obstante, la palabra «desplazamiento» se encuentra en el art. 17 del Protocolo Adicional II³⁰², que contempla el desplazamiento interno.

Al parecer los jueces del ICTY han tenido a la fecha que entenderse con el crimen de deportación o traslado forzado sólo una vez, en la resolución de la Norma 61 en el caso «Nikolic». Este último fue acusado por el traslado ilegal de personas arrestadas trasladadas del campo

³⁰¹ VON HEBEL y ROBINSON, «Crimes within the Jurisdiction of the Court», en LEE (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, 1999, pp. 79 y 99; HALL, «Article 7», en *Commentary on the Rome Statute*, *supra* nota 82, margen núm. 33.

³⁰² *Supra* nota 299.

de Susica al de Batkovic. Ambos lugares están situados en el territorio de Bosnia y Herzegovina, *i. e.*, dentro del mismo país. La Cámara señaló «que los (...) hechos podrían caracterizarse como deportación y, en consecuencia, recaer en el art. 5 [crímenes contra la humanidad] del Estatuto»³⁰³.

Además, en el caso “Bosanski Samac” los cargos contra los acusados son de «deportación ilícita y de traslado forzado de cientos de (...) civiles no serbios (...) a otros países o a otras partes de la República de Bosnia y Herzegovina» (la cursiva es nuestra)³⁰⁴. Por último, el Código Preliminar alemán oficial de Crímenes Internacionales (art. 1, sección 7, núm. 4)³⁰⁵ tampoco exige que las víctimas sean transferidas a otro Estado. Dado que el Código Preliminar abarca la jurisdicción universal (art. 1, sección 1) y, de esta manera, presupone que sus ilícitos pueden ser perseguidos haciendo caso omiso de la nacionalidad del autor de los crímenes y del lugar donde éstos se cometieron, debe considerarse que tales ilícitos (entre los que se cuenta el crimen de deportación o traslado forzado) reflejan el Derecho consuetudinario internacional.

En cualquier caso, aun si alguien mantuviera (erróneamente) que el Derecho relativo a la deportación o el traslado forzado no se aplica a los realizados dentro de las fronteras de un Estado, ello no significa que dichos desplazamientos internos no constituyan un crimen contra la humanidad. Tal conducta es una persecución si se comete con intención discriminatoria y, según la Regulación 15/2000 y el Estatuto de Roma, si el requisito de la conexión se cumple (*cfr. infra*).

El primer Elemento de los Elementos de los Crímenes del art. 7.1.d) del Estatuto de Roma, que se refiere a la deportación o al traslado forzado, dispone lo siguiente: «1. El autor de este crimen deportó o trasladó por la fuerza, sin ningún fundamento avalado por el Derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o localidad por medio de la expulsión o de otros actos coercitivos». Así, es claro que basta tan sólo con que el perpetrador mencionado traslade a una persona. En cuanto a la fuerza que deba aplicar, una nota a pie de página explica la expresión «por la fuerza»: «La expresión “por la fuerza” no se restringe a la fuerza física, pero puede incluir amenazas de fuerza o coerción, como las provocadas por el miedo a la violencia, la prisión, el arresto, la opresión psicológica o el abuso de poder en contra de una o varias personas, o valiéndose de algún medio coercitivo».

³⁰³ “Prosecutor v. Nikolic”, *supra* nota 134, par. 23.

³⁰⁴ “Prosecutor v. Simic et al.”, caso núm. IT-95-9, Second amended indictment, de 25 de marzo de 1999, pars. 36-39.

³⁰⁵ Völkerstrafgesetzbuch-Entwurf, *supra* nota 204.

4. Reclusión u otras privaciones graves de la libertad [sección 5.1.e)]

La sección 5.1.e) de la Regulación 15/2000 ha sido adoptada al pie de la letra del art. 7.1.e) del Estatuto de Roma. Penaliza la «reclusión u otras serias privaciones de la libertad física, lo que viola las normas fundamentales del Derecho internacional». Por la redacción de la disposición es claro que sólo se comprende la libertad de movimiento físico. Los Tribunales se han ocupado de la privación de la libertad como crimen contra la humanidad únicamente en dos ocasiones: en las resoluciones de los casos “Kordic” y “Krnjelac”. En la primera, la Cámara Procesal afirmó que se necesita la misma conducta individual tanto para el crimen contra la humanidad de reclusión u otras privaciones graves de la libertad como para el crimen de guerra consistente en la reclusión ilícita³⁰⁶. Así, según la Cámara, ambos crímenes difieren sólo en relación con el contexto requerido para su comisión.

Cuando se estudió el crimen de guerra de reclusión ilícita en el caso “Kordic”, se identificaron dos cuestiones relacionadas con la ilicitud de la privación de la libertad: «En primer término si el confinamiento inicial fue lícito; en segundo, si, a pesar de que inicialmente lo hubiese sido, las personas tuvieron acceso a las garantías del procedimiento que regulaba su confinamiento»³⁰⁷. Una privación de la libertad sólo puede tenerse por lícita si ambas preguntas pueden contestarse afirmativamente. Por otra parte, la sección 5.1.e) de la Regulación 15/2000 y el art. 7.1.e) del Estatuto de Roma ponen en claro que la legalidad de la privación de la libertad debe determinarse en concordancia con el Derecho internacional.

La Cámara Procesal en el caso “Krnjelac” convino en que la reclusión como crimen contra la humanidad queda establecida cuando se cumplen los requerimientos de confinamiento ilícito como crimen de guerra, tal como se expusiera antes. Pero también considera que el encarcelamiento como crimen contra la humanidad no puede establecerse solamente si se cumplen los requisitos de confinamiento ilícito³⁰⁸. Juzgó que, al contrario que en el caso “Kordic”, cualquier forma de privación física y arbitraria de la libertad de un individuo puede constituir encarcelamiento siempre que se cumplan los requisitos del crimen. Sin embargo, llegó a la conclusión de que la privación de la libertad de un individuo es arbitraria solamente si es impuesta sin el debido proceso jurídico a la luz de los instrumentos internacionales³⁰⁹.

³⁰⁶ “Prosecutor v. Kordic”, *supra* nota 53, par. 301.

³⁰⁷ *Ibid.*, par. 289.

³⁰⁸ “Prosecutor v. Krnjelac”, *supra* nota 99, par. 111.

³⁰⁹ *Ibid.*, pars. 112, 113.

Por consiguiente, al analizar éstos, ambos juicios llegaron al mismo resultado.

Si el Derecho ginebrino es aplicable, rige el art. 42.1) de la Cuarta Convención de Ginebra: «Internar o establecer a personas protegidas en un lugar de residencia determinado puede ordenarse sólo si las razones de seguridad del Poder de Detención lo juzgan absolutamente necesario». El art. 43.1) dispone: «Cualquier persona protegida a quien se haya internado o establecido en cierto lugar de residencia tendrá el derecho de hacer que tal acción sea reconsiderada tan pronto como sea posible por una Corte apropiada o una junta administrativa designada para tal propósito por el Poder de Detención». El asesoramiento en cuanto a las condiciones de arresto es proporcionado asimismo por el art. 5 del Protocolo Adicional II ³¹⁰.

Sin importar si existe un conflicto armado, el art. 9.1) del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos dispone: «No se someterá a nadie a un arresto o detención arbitrarios. Nadie será privado de su libertad excepto a partir de tales fundamentos y en concordancia con procedimientos tales como los que establece el Derecho». En cuanto a las garantías de procedimiento, el párrafo 4 de la misma dis-

³¹⁰ En vista de que Indonesia no ha ratificado el Protocolo II, éste puede proporcionarle solamente asesoramiento, pero no puede aplicársele directamente. El art. 5 señala: «1. Además de las disposiciones del art. 4, las siguientes serán respetadas como un mínimo respecto de las personas privadas de su libertad por motivos relacionados con el conflicto armado, ya sea que estén recluidas o arrestadas: a) Los heridos y los enfermos serán tratados de acuerdo con el art. 7 [i. e., "serán tratados humanamente y recibirán, al grado más completo practicable y con el menor retraso posible, la atención y los cuidados médicos requeridos por su estado. No se harán distinciones entre ellos más que las fundadas en razones médicas"]; b) Las personas a que se ha referido este párrafo recibirán comida y agua potable en el mismo grado que la población civil local y se les proporcionarán garantías en lo concerniente a salud, higiene y protección en contra de los rigores del clima y los peligros del conflicto armado; c) Se les permitirá recibir socorro individual o colectivo; d) Se les permitirá practicar su religión y, si lo piden y ello es pertinente, recibir auxilio espiritual de personas, tales como capellanes, que desempeñen funciones religiosas; si tienen que trabajar gozarán de las condiciones laborales y garantías similares a las que disfruta la población civil local. 2) Los que son responsables de la reclusión o del arresto de las personas a que se ha referido el párrafo 1 respetarán asimismo, dentro de los límites de sus capacidades, las siguientes disposiciones relativas a personas tales como: a) Las mujeres serán alojadas en cuartos separados y estarán bajo la supervisión inmediata de mujeres, a excepción de los casos en que hombres y mujeres de una misma familia sean albergados juntos; b) Se les permitirá enviar y recibir cartas y tarjetas, cuya cantidad podrá limitar la autoridad competente si lo estima necesario; c) Los lugares de reclusión y arresto no estarán cerca de la zona de combate. Las personas aludidas en el párrafo 1 serán evacuadas cuando los lugares donde estén encerradas o detenidas lleguen a estar particularmente expuestos a los peligros que surjan del conflicto armado, siempre que su evacuación pueda llevarse a cabo en condiciones adecuadas de seguridad; d) Gozarán de exámenes médicos; no se pondrá en peligro su salud física o mental y su integridad por un acto injustificado o una omisión. Consecuentemente está prohibido someter a las personas descritas en este artículo a cualquier procedimiento médico que no esté indicado por su estado de salud y que no sea consistente con las normas médicas generalmente aceptadas y aplicadas a personas libres en circunstancias médicas semejantes (...)» (traducción del inglés).

posición declara: «Cualquiera que sea privado de su libertad mediante arresto o detención será autorizado a emprender un juicio ante una Corte, a fin de que ésta pueda decidir sin dilación la legalidad de su arresto y ordenar su liberación si éste no se apega a Derecho». Las disposiciones del ICCPR sobre un proceso justo (art. 14) se aplican tanto para la resolución inicial de privar a una persona de su libertad como para su examen subsiguiente³¹¹. Por otra parte, si una persona no es privada de su libertad como resultado de procedimientos penales sino por razones preventivas, la Cuarta Convención de Ginebra dispone que debe efectuarse una revisión periódica (art. 43.1). Es obvio que el Convenio exige lo mismo, toda vez que un arresto que ya no es necesario, es tan arbitrario como un arresto que fue ilegal desde el principio ³¹².

Por último, es muy importante advertir que el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la Comisión de Derechos Humanos (*Working Group on Arbitrary Detention of the Commission on Human Rights*) ha señalado que una privación de la libertad no solamente es ilícita si no se han observado las normas de procedimiento, sino también si es impuesta sólo porque la víctima ejerció sus derechos humanos ³¹³. De esta manera, un encarcelamiento es ilegal si la víctima fue aprisionada porque expresó una opinión política dentro de los límites de la ley ³¹⁴.

Si bien no se requiere de forma expresa en los casos "Krnjelac" y "Kordic", una privación de la libertad debe ser grave para que alcance relevancia penal de conformidad con el Derecho penal internacional. Una primera indicación se da en la sección 5.1.e) de la Regulación 15/2000, así como en el art. 7.1.e) del Estatuto de la CPI, que indican: «el encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física» (la cursiva es nuestra). Esto implica que poner a una persona en prisión es una privación seria de la libertad. Este acto debe entenderse aquí como si fuera de una duración que normalmente se aplica al castigo penal, es decir, debe medirse por lo menos en semanas. Por consiguiente, como regla general, cualquier privación de la libertad que sea por lo menos tan rigurosa como el encarcelamiento, cumple con el requisito de la gravedad.

³¹¹ "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 53, par. 303, tomó en cuenta sólo las garantías del Derecho ginebrino, ya que esto bastaba para encargarse del caso que tenía que resolver.

³¹² "Prosecutor v. Krnjelac", *supra* nota 99, par. 114.

³¹³ Question of the Human Rights of All Persons Subjected to Any Form of Detention or Imprisonment. Report of the Working Group on Arbitrary Detention. UN Doc. E/CN.4/1988/44, anexo 1, par. 8: el Working Group afirmó que una privación de la libertad es ilícita si ésta «proviene del ejercicio de los derechos o libertades garantizados por los arts. 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, hasta donde incumbe a los Estados Parte, por los arts. 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 y 27 del Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos».

³¹⁴ International Covenant on Civil and Political Rights, *supra* nota 63, art. 19; Universal Declaration of Human Rights, UN Doc. A/810, 1948, art. 19.

No obstante, si se mira más de cerca la privación de la libertad puede ser grave no sólo por la duración, sino también por las condiciones del arresto. El art. 10 del Convenio Internacional señala como requisito que «[t]odas las personas privadas de su libertad serán tratadas con humanidad y respeto en atención a la dignidad inherente a la persona humana». Un arresto domiciliario relativamente breve no sería normalmente «terrible», mientras que el encarcelamiento en buenas condiciones por un período medido en meses o en años sería evidentemente bastante penoso. Por último, unos cuantos días o incluso una sola noche en un campo de prisioneros con comida e higiene insuficientes, carente de espacio para dormir y un trato inhumano (como violaciones o golpizas) puede constituir el crimen de privación grave de la libertad.

5. Tortura [sección 5.1.f)]

La definición de tortura en la sección 5.2.d) de la Regulación 15/2000 se copia al pie de la letra del art. 7.2.e) del Estatuto de Roma: «“tortura” significa la imposición intencional de dolores o sufrimientos intensos, sean éstos físicos o mentales, a una persona bajo la custodia o el control del acusado; sólo se causarán dolores o sufrimientos que provengan de penas lícitas, o que sean inherentes o incidentales a éstas». Sin embargo, aparte de la sección 5.1.f), la Regulación 15/2000 contiene otras tres disposiciones sobre la tortura: las secciones 6.1.a).ii) y c).i), que conceptúan los actos de tortura como crímenes de guerra, y la sección 7, que proporciona una definición adicional de este acto inhumano, tomada de la Convención sobre la Tortura³¹⁵. El art. 1(1) de la Convención reza:

«Para los fines de esta Convención, el término “tortura” significa cualquier acto mediante el cual se provocan intencionalmente a una persona intensos dolores o sufrimientos, ya sean físicos o mentales, para conseguir de ella o de una tercera persona, entre otros propósitos, información o una confesión, castigándola por un acto que ella o una tercera persona cometió o se sospecha que cometió, o intimidándola o ejerciendo coerción sobre ella o un tercero, o por cualquier otra razón fundada en la discriminación de cualquier tipo, con tal de que tales dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona que actúe con ese carácter, o bajo su instigación o con su consentimiento o aquiescencia. No se incluye a los dolores o sufrimientos provenientes de sanciones legales, o bien inherentes o incidentales respecto de las mismas»³¹⁶.

³¹⁵ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1987, 1465 UNTS, 85.

³¹⁶ «For the purposes of this Convention, the term “torture” means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such

El pasaje en cursivas fue omitido en el texto cuando éste se incorporó en la sección 7.1 de la Regulación 15/2000. Además la sección 7.1 añade la palabra «humillándola»³¹⁷, antes de «intimidándola o ejerciendo coerción sobre ella». Es necesario señalar que la sección 7.1 no crea un tercer tipo de tortura (aparte de concebirla como un crimen contra la humanidad o un crimen de guerra). Más bien la define «[p]ara los propósitos de la presente regulación». En tanto que aquí tomaremos en cuenta la disposición, el crimen de guerra de tortura no se examinará en este ensayo y sólo nos ocuparemos de él en la medida en que contribuya a su comprensión como crimen contra la humanidad. Finalmente, como se mencionó en la introducción, los delitos sexuales están fuera de los límites de este trabajo y no los trataremos aquí pese a que constituyen tortura.

La omisión del pasaje en la Convención sobre la Tortura que pone como requisito que la conducta torturadora debe ser cometida, instigada, etc., por una «persona que actúe con carácter oficial», es consistente con la jurisprudencia más reciente del ICTY. Mientras que las Cámaras en los casos “Akayesu”,³¹⁸ “Celebic”³¹⁹ y “Furundzija”³²⁰ incluyeron el mencionado requisito en su definición de la tortura, en el caso “Kunarac” se indicó: «En el curso de una tortura, no es necesaria la presencia de un funcionario público estatal o de cualquier otra persona que ejerza una autoridad³²¹. Esta resolución ha sido confirmada recientemente en el caso *Kvočka*³²². De igual modo, las definiciones de tortura en el art. 7.2.d) del Estatuto de Roma y en la sección 5.1.e) de la Regulación 15/2000 no contienen el requisito mencionado³²³. Podría argumentarse que en los crímenes contra la humanidad la necesidad de vincular el crimen de que nos ocupamos con alguna autoridad pública se cumple mediante el elemento de contexto (en los crímenes de guerra el conflicto armado proveería el elemento internacional necesario). Por el contrario, la tortura, según la Convención respectiva, no necesita un elemento de contexto.

purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions».

³¹⁷ Con respecto al crimen de guerra de la tortura, la humillación se ha identificado como un propósito posible en “Prosecutor v. Furundzija”, caso núm. IT-95-17/1-T, juicio de 10 de diciembre de 1998, par. 162.

³¹⁸ “Prosecutor v. Akayesu”, *supra* nota 64, par. 594.

³¹⁹ “Prosecutor v. Delalic”, *supra* nota 233, pars. 473-474.

³²⁰ “Prosecutor v. Furundzija”, IT-95-17/1-a, juicio de 21 de julio de 2000, par. 111.

³²¹ “Kunarac”, *supra* nota 83, par. 496.

³²² “Prosecutor v. Kvočka”, *supra* nota 240, pars. 138-139.

³²³ VON HEBEL y ROBINSON, *supra* nota 301.

Más problemático aún es si la comisión de este crimen necesita un propósito determinado. Los redactores del Estatuto de Roma omitieron deliberadamente este requisito de los elementos de la tortura como crimen contra la humanidad³²⁴. Las negociaciones de los Elementos de los Crímenes confirman esta postura³²⁵ y una nota a pie de página en los mismos indica: «Se entiende que no debe probarse ningún propósito específico para [el crimen contra la humanidad de la tortura]»³²⁶. En vez de ello el Estatuto de Roma introduce otro elemento para distinguir la tortura de otros ataques en contra de la integridad física o mental, a saber: el requisito del control.

A diferencia del Estatuto de Roma, todas las resoluciones pertinentes de los Tribunales *ad hoc*³²⁷ se han referido al art. 1(1) de la Convención sobre la Tortura y han adoptado el requisito del propósito con cambios menores como parte de la definición de este crimen, de acuerdo con el Derecho consuetudinario internacional³²⁸. No obstante, también se ha comprobado que la finalidad prohibida no tiene por qué ser el único propósito o la finalidad principal³²⁹. En todo caso, puesto que la sección 7.1 de la Regulación 15/2000 exige el propósito explícitamente, el asunto queda resuelto para los procedimientos correspondientes según la Regulación 15/2000 y no precisa mayor consideración. Con todo, sería conveniente reparar en que el requisito *acumulativo* del propósito y el control en la Regulación antes citada no tiene precedente en las codificaciones de la tortura, sino que es el resultado de la combinación de las definiciones de este crimen en el Estatuto de Roma y en la Convención sobre la Tortura. Por el contrario, el resto de los instrumentos internacionales únicamente requieren *o bien* el propósito *o bien* la custodia o el control sobre la víctima.

En cuanto al contenido del requisito de propósito, en el caso "Kunarac" se afirmó: «[L]os siguientes propósitos han llegado a formar parte del Derecho consuetudinario internacional: a) la obtención de información o una confesión; b) castigar, intimidar o ejercer coer-

³²⁴ *Ibid.*, p. 100. The German Draft Codem International Crimes, *supra* nota 204, § 8, núm. 5, tampoco estipula el requerimiento del propósito.

³²⁵ RÜCKERT, WIEBKE y WITSCHIEL. «Genocide and Crimes against Humanity in the Elements of Crimes», en *International and National Prosecution*, *supra* nota 293, pp. 59, 79 y 80.

³²⁶ Elements of Crimes, *supra* nota 81, art. 7.1.f), nota 14.

³²⁷ "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 64, par. 593; "Prosecutor v. Delalic", *supra* nota 233, par. 456; "Prosecutor v. Kunarac", *supra* nota 83, par. 483.

³²⁸ "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 64, par. 594; "Prosecutor v. Delalic", *supra* nota 233, par. 494; "Prosecutor v. Furundzija", *supra* nota 317, par. 111; "Prosecutor v. Kunarac", *supra* nota 83, par. 497. La última resolución, por ejemplo, exigía que la conducta torturadora debe «proponerse obtener información o una confesión, el castigo o la intimidación, o bien ejercer coerción sobre la víctima o una tercera persona, la discriminación, con base en cualquier fundamento, de la víctima o de un tercero».

³²⁹ "Prosecutor v. Delalic", *supra* nota 233, par. 470; "Prosecutor v. Kvocka", *supra* nota 240, par. 153.

ción sobre la víctima o una tercera persona; c) la discriminación, con base en cualquier fundamento, en contra de la víctima o de un tercero»³³⁰.

La jurisprudencia de los Tribunales no es clara con respecto a si esta lista de propósitos es exhaustiva o potencialmente ilimitada. En el caso "Akayesu" parece ser concluyente³³¹. No obstante, en el caso "Kunarac" se indica al final de la resolución: «Existen algunas dudas con respecto a si se han llegado a reconocer otros propósitos en el Derecho consuetudinario internacional». La Cámara dejó abierto el tema por cuanto consideró que «la conducta del acusado [podía] ser subsumida adecuadamente según los propósitos señalados con anterioridad»³³². Por último, en el caso "Celebici" se afirma explícitamente: «El uso de las palabras "para tales propósitos" en la definición consuetudinaria de la tortura indica que la lista de los propósitos enumerados no constituye una lista exhaustiva, y debería ser considerada simplemente representativa»³³³. Tal postura ha sido confirmada por la Cámara Procesal en el caso "Kvocka", que concuerda en que la lista no es exhaustiva³³⁴.

En nuestra opinión, si acaso se necesita una finalidad, la Convención sobre la Tortura debería tenerse por autorizada, toda vez que los Tribunales se referían a ella cuando desarrollaban este requisito. Dado que la terminología de la Convención («entre otros propósitos») respalda claramente la opinión de que los objetivos indicados son tan sólo ejemplos, dicha concepción debe prevalecer. Esto es también compartido por el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*)³³⁵. Por otra parte, esto se sustenta también en el hecho de que los redactores de la Regulación 15/2000 juzgaron como permisible añadir un propósito adicional (la humillación) a la lista.

En conclusión: si la finalidad de infligir dolor es la ejecución de una pena lícita, la conducta no se reputará como tortura. Para ser lícito, un castigo debe imponerse como resultado de un proceso justo según las normas internacionales mínimas, tal como se codifican, por ejemplo, en los arts. 14 y 15 del Convenio Internacional sobre los Derechos

³³⁰ "Prosecutor v. Kunarac", *supra* nota 83, par. 485.

³³¹ "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 64, par. 594. Así también "Prosecutor v. Furundzija", *supra* nota 317, par. 111.

³³² "Prosecutor v. Kunarac", *supra* nota 83, par. 485.

³³³ "Prosecutor v. Delalic", *supra* nota 233, par. 470.

³³⁴ "Prosecutor v. Kvocka", *supra* nota 240, par. 140.

³³⁵ Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*), juicio de 21 de febrero de 2001, caso núm. 3 SiR 372/00; *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, núm. 46, pp. 292-303-304; reimpresso en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 54, 2001, pp. 2728, 2731; vid. asimismo Ambos, «Immer mehr Fragen im internationalen Strafrecht», en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2001, pp. 623 y 532.

Civiles y Políticos. Por otra parte, la sanción misma debe acatar la ley general de los derechos humanos, entre los que se comprenden los requisitos para tratar a las personas arrestadas (cfr., entre otros, el art. 10 del Convenio Internacional mencionado) ³³⁶.

La sección 5.2.d) de la Regulación 15/2000 y el art. 7.2.e) del Estatuto de Roma señalan como requisito que la víctima del torturador debe estar «bajo la custodia o el control» del autor del crimen. El fundamento del requisito del control es el desamparo de la víctima, que no tiene posibilidad de escaparse. De este modo el requerimiento debe tomarse en un sentido general; éste, en particular, no es sinónimo de encarcelamiento ³³⁷.

A partir de la redacción de la sección 5.2.d) de la Regulación 15/2000, es evidente que la tortura exige cierto grado de intensidad en cuanto al «dolor o sufrimiento». La Cámara Procesal en el caso “Kvocka” indicó que el nivel de gravedad es lo que distingue a la tortura de otros delitos semejantes ³³⁸. Por otra parte, éste también se caracteriza por los elementos adicionales de propósito y control. De este modo, en nuestra opinión, para que un acto sea calificado de tortura, no necesariamente tiene que ser más riguroso que otros que puedan catalogarse como actos inhumanos [sección 5.1.k) de la Regulación 15/2000]. Por ejemplo, la apelación en el caso “Furundzija” juzgó «inconcebible que alguna vez se sostuviera que (...) frotar un cuchillo en los muslos y el vientre de una mujer, aunado a la amenaza de hundírselo en su vagina (...) no era lo suficientemente grave como para calificarse de tortura» ³³⁹. Esta declaración confirma al mismo tiempo que provocar dolor físico no es un requisito de la tortura ³⁴⁰. Por ejemplo, puede ser suficiente que «se fuerce a alguien a contemplar el maltrato cruel infligido a un pariente» ³⁴¹. En este contexto, no hay que pasar por alto que «atacar conscientemente [una vulnerabilidad particular] puede causar a un individuo un dolor o un sufrimiento mayores que a otro que no tenga esa característica» ³⁴². El hecho de que los criterios subjetivos son relevantes cuando se evalúa la seriedad del daño infligido fue ratificado en “Kvocka” ³⁴³.

³³⁶ El art. 10.1 dice: «Todas las personas privadas de su libertad serán tratadas con humanidad y respeto por la dignidad inherente al ser humano».

³³⁷ HALL, *supra* nota 301, margen núm. 105.

³³⁸ “Prosecutor v. Kvocka”, *supra* nota 240, par. 142, que se refiere al de “Prosecutor v. Delalic”, *supra* nota 233, par. 468, que no es, sin embargo, tan explícito.

³³⁹ “Prosecutor v. Furundzija”, *supra* nota 317, par. 114.

³⁴⁰ “Prosecutor v. Kvocka”, *supra* nota 240, par. 149; BYRNES, «Torture and Other Offences Involving the Violation of the Physical or Mental Integrity of the Human Person», en *Substantive and Procedural Aspects*, vol. 1, *supra* nota 17, p. 210.

³⁴¹ “Prosecutor v. Kvocka”, *supra* nota 240, par. 149.

³⁴² BYRNES, *supra* nota 340, p. 209.

³⁴³ “Prosecutor v. Kvocka”, *supra* nota 240, par. 143.

En resumen: la tortura en la sección 5.1.f) requiere la imposición de un dolor o sufrimiento físico o mental por lo menos tan intensos como lo requerirían otros actos inhumanos. La víctima tiene que estar bajo el control del perpetrador, *i. e.*, en una situación de la que no hubiese escapatoria. El autor de la tortura debe perseguir uno o varios objetivos (aunque puede no limitarse a éstos): la obtención de información o de una confesión, el castigo, la humillación, la intimidación o el ejercicio de una coerción sobre la víctima o un tercero y la discriminación con base en un fundamento de cualquier tipo en contra de la víctima o de un tercero. Si el propósito fue la ejecución de una sanción, no se cumplen los requerimientos de la tortura, siempre que dicha sanción se imponga conforme a Derecho y sea compatible con la ley general de los derechos humanos.

6. Persecución [sección 5.1.h)]

La definición de la persecución en la Regulación 15/2000 se toma, otra vez, casi literalmente del Estatuto de Roma [art. 7.1.h) y 2.g)]. Las disposiciones respectivas de la Regulación 15/2000 establecen:

«5.1.h): Persecución en contra de cualquier grupo o colectividad identificables con base en razones de orden político, racial, nacional, étnico, cultural, religioso o de género, tal como se definen en la sección 5.3 de la presente regulación o en otros motivos universalmente reconocidos como no permisibles según el Derecho internacional, en relación con cualquier acto a que se haga referencia en este párrafo o con respecto a cualquier crimen contemplado en la jurisdicción de los paneles.

5.2.f): “Persecución” significa la privación intencional y grave, contraria al Derecho internacional, de derechos fundamentales, a causa de la identidad de un grupo o colectividad» ³⁴⁴.

En cambio, los arts. 4.h) del Estatuto del ICTY y el 3.h) del Estatuto del ICTR simplemente estipulan que la «[p]ersecución fundada en motivos de orden político, racial y religioso» es un crimen contra la humanidad. De esta manera las definiciones de persecución en el Estatuto de Roma y en la Regulación 15/2000 incorporan tres adiciones

³⁴⁴ «5.1.h): Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in section 5.3 of the present regulation, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the panels».

5.2.f): “Persecution” means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity».

importantes a las muy breves disposiciones de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*: en primer lugar, el requisito de una relación o conexión entre el acto persecutorio y «cualquier acto a que se haga referencia en este párrafo o cualquier crimen contemplado en la jurisdicción de la [Corte respectiva]»; segundo, la persecución se define como la «privación de derechos [humanos] fundamentales»; y tercero, una idea más general de las posibles razones de la discriminación: el Estatuto de Roma incluye explícitamente todas las causas «no permisibles según el Derecho internacional».

El Estatuto de Roma, al igual que la Regulación 15/2000, requiere una conexión entre la conducta persecutoria y «cualquiera de los actos [inhumanos enumerados] o cualquier crimen contemplado en la jurisdicción de [el Tribunal respectivo]». Este elemento se asemeja al *nexo* de la Carta de Nuremberg con «cualquier crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal» que, sin embargo, se requería no sólo en el caso de la persecución, sino en el de todos los crímenes contra la humanidad. Ni la Carta de Nuremberg ni los Estatutos de los Tribunales contienen un requisito de conexión especial para la persecución. Este último debe distinguirse de otro problema, muy distinto, cual es qué conducta puede calificarse como persecución. Si bien esto sí se llevó a cabo en el caso “Kupreskic”³⁴⁵, aparentemente en el caso “Kordic” se mezclan ambos conceptos:

«El art. 5.h) no contiene ningún requisito de una *conexión* entre el crimen de persecución y otros crímenes enumerados en el Estatuto. La jurisprudencia de la Cámara Procesal del Tribunal Internacional parece haber aceptado hasta ahora que el crimen de persecución puede asimismo *abarcar actos* no inscritos explícitamente en el Estatuto³⁴⁶ (cursivas nuestras)»³⁴⁷.

Otro problema examinado particularmente en el caso “Kupreskic” es si en el Derecho consuetudinario internacional es necesaria una conexión entre el acto persecutorio y los crímenes de guerra. Después de una revisión de la jurisprudencia disponible concluye: «Esta evolución (...) prueba que se abandonó gradualmente el *nexo* entre los crímenes contra la humanidad y los de guerra»³⁴⁸. En una segunda etapa la Cámara reflexionó sobre si el *nexo* más general requerido en el Estatuto de Roma (y ahora en la Regulación 15/2000) refleja el Derecho

³⁴⁵ “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 15, pars. 573-581.

³⁴⁶ “Prosecutor v. Kordic”, *supra* nota 53, par. 193.

³⁴⁷ “Article 5.h) does not contain any requirement of a connection between the crime of persecution and other crimes enumerated in the Statute. The jurisprudence of Trial Chambers of the International Tribunal thus far appears to have accepted that the crime of persecution can also encompass acts not explicitly listed in the Statute».

³⁴⁸ “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 15, par. 577.

consuetudinario internacional. La Cámara aseguró que el «[a]rtículo 7.1.h) [del Estatuto de Roma] no concuerda con el Derecho consuetudinario internacional»³⁴⁹. Los jueces resumieron su análisis del modo siguiente: «[L]a Cámara Procesal rechaza la idea de que la persecución deba estar vinculada con crímenes que se encuentran en otras partes del Estatuto del Tribunal Internacional». La Cámara, en el caso “Kordic”, parece estar de acuerdo³⁵⁰, y en la mayor parte de las resoluciones no se ha mencionado una conexión y mucho menos se ha requerido alguna. De este modo puede concluirse que, según el Derecho consuetudinario internacional, no es necesario que exista una conexión entre un acto persecutorio y otro delito u otros ilícitos penales. No obstante, puesto que tanto la Regulación 15/2000 como el Estatuto de Roma lo exigen, debe someterse a examen la importancia de este requisito.

La conexión requerida por el Estatuto de Roma fue el resultado de un acuerdo. Tal como lo explican HEBEL y ROBINSON, algunos Estados estimaron que la conexión requerida había quedado incluida en la Carta de Nuremberg y, así, debía introducirse en el Estatuto de Roma. Otros Estados se opusieron a ello, sobre la base de que no estaba contenida en ninguna de las codificaciones subsiguientes de los crímenes contra la humanidad³⁵¹. El arreglo alcanzado finalmente dio como resultado un doble requisito de conexión. Con respecto a los crímenes de guerra y al genocidio se exige un vínculo con un crimen (completo) («conexión con (...) cualquier *crimen* dentro de la jurisdicción [del Tribunal respectivo]», la cursiva es nuestra). No obstante, en cuanto a los ilícitos penales individuales enumerados en el art. 7.1 del Estatuto de Roma (sección 5.1 de la Regulación 15/2000), la conexión requerida no necesita relacionarse con otro crimen contra la humanidad, sino sólo con «cualquier *acto* a que se haga referencia en el (art. 7.1) del Estatuto de Roma» (la cursiva es nuestra). En consecuencia, la conducta persecutoria sólo debe estar conectada con un (solo) homicidio y no con un asesinato que forme parte de un ataque generalizado o sistemático que conste de otros actos inhumanos enumerados. En vez de ello, si la conducta persecutoria es suficientemente generalizada o sistemática, los actos persecutorios mismos pueden constituir el elemento de contexto³⁵². En otros términos, una multiplicidad de violaciones importantes de los derechos humanos (que, como tales, no están enumeradas entre los actos inhumanos), como lo serían violentos ataques contra las pertenencias personales, pueden transformarse en crimen de persecución por un solo homicidio vinculado a ellas.

³⁴⁹ *Ibid.*, par. 580.

³⁵⁰ “Prosecutor v. Kordic”, *supra* nota 53, par. 197.

³⁵¹ VON HEBEL y ROBINSON, *supra* nota 301, p. 101.

³⁵² *Ibid.*, p. 102.

Respecto al requisito de la conexión, se presenta una situación especial cuando la conducta persecutoria misma consiste en uno de los actos inhumanos enumerados, como un asesinato cometido con intención discriminatoria. En un caso semejante, el asesinato persecutorio no necesita estar relacionado con otro homicidio, puesto que el requisito de la conexión se cumpliría mediante la identidad del acto persecutorio (asesinato) y el acto relacionado (homicidio). Como consecuencia existen dos tipos de persecución. En el primer caso la persecución puede ser un crimen autónomo si se comete por medio de una conducta no clasificada como uno de los actos inhumanos enumerados, pero conectada con alguno de ellos. En segundo lugar, la persecución puede ser una forma agravada de uno de estos actos si se comete con una intención discriminatoria; no es preciso establecer una conexión ulterior con otro acto inhumano.

Considerado en su totalidad, el requisito de la conexión es sumamente cuestionable. Primero porque, desde la desaparición del *nexo* de guerra, no hay un requisito de conexión en los elementos de los crímenes contra la humanidad y, por consiguiente, en la persecución³⁵³. Además, los Tribunales *ad hoc* han rechazado el requisito de la conexión como algo inconsistente con el Derecho consuetudinario internacional. Por último, a partir de una perspectiva teleológica, una golpiza o un homicidio individual y aislados son apenas suficientes para modificar el carácter de la conducta de un modo tan fundamental como para elevar su condición de delito ordinario a crimen internacional.

Sin embargo, la nada ambigua terminología del art. 7.1.h) del Estatuto de Roma y la sección 5.1.h) de la Regulación 15/2000 exigen la conexión. De manera que es necesario examinar con más detenimiento qué se necesita exactamente para cumplir con este requisito. El requerimiento de conexión proviene del *nexo* de guerra³⁵⁴, que en su momento constituyó el elemento internacional de (todos) los crímenes contra la humanidad, *i. e.*, el elemento que convertía los crímenes ordinarios en crímenes internacionales. En vista de que no puede identificarse ninguna otra posible finalidad en el requisito de la conexión por parte del Estatuto de Roma, hay que dar por sentado que persigue el mismo propósito, esto es, apartar delitos a los menos graves del ámbito de la persecución.

De esta forma, pese a su naturaleza inapropiada, este elemento debe interpretarse de la manera más consistente posible, con el propósito de infringir lo menos posible el objetivo principal de los crímenes contra la humanidad, a saber, la protección de los derechos humanos. Por con-

³⁵³ Vid. los instrumentos de Derecho internacional a los que se hace referencia en "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 15, pars. 573-581.

³⁵⁴ VON HEBEL y ROBINSON, *supra* nota 301, p. 101.

siguiente, la función del requisito de la conexión debe entenderse en el sentido de que circunscribe el ámbito de la persecución a los casos lo suficientemente graves como para que, por lo menos de vez en cuando, ocurran, en conexión con ellos, los diferentes actos inhumanos enumerados menos la persecución. Por otra parte, la conexión entre este último crimen y los ilícitos penales enumerados no necesitan ser de tipo causal, toda vez que esto no fue lo exigido por el *nexo* de Nuremberg. Es suficiente con que el objetivo de la persecución sea respaldado objetivamente por el acto inhumano o que, viceversa, la persecución favorezca la comisión del acto inhumano.

Se requiere un elemento mental relacionado con un elemento objetivo si la culpabilidad de una conducta depende, al menos en parte, de la existencia del elemento. No obstante, según el Derecho consuetudinario internacional, no se requiere que exista una conexión en el caso del crimen de persecución y, como consecuencia lógica, tampoco se necesita un elemento mental. Así, conforme al Derecho citado, el elemento mental no es necesario para establecer la culpabilidad particular del autor de crimen de persecución. De esta manera, nos parece adecuado adoptar el punto de vista según el cual el requisito de la conexión sirve únicamente para limitar la jurisdicción del Tribunal a formas de persecución de una peligrosidad objetivamente elevada. Dicha perspectiva estaría en concordancia con la finalidad del requisito de la conexión: si una conducta persecutoria es tan peligrosa como para propiciar un asesinato, por ejemplo, no se convierte en menos peligrosa sólo porque el autor no estaba plenamente consciente de que aquél ocurriría. Esta manera de ver las cosas infringe lo menos posible el objetivo principal de la penalización de los crímenes contra la humanidad, a saber, la protección de los derechos humanos. También puede reconciliarse con la sección 18 de la Regulación 15/2000, en virtud de que la disposición requiere un elemento mental sólo con respecto al elemento material del crimen respectivo, y no en relación con los meros elementos *jurisdiccionales* (condiciones objetivas de punibilidad).

Por otro lado, si se exigiera un elemento mental para el requisito de la conexión, sería muy difícil determinar la norma apropiada para aquél. Por ejemplo, si el autor del acto persecutorio comete la persecución antes de que ocurra el acto inhumano, como, por ejemplo, una matanza, es probable que no sea consciente de que tal acto tendrá lugar «en el curso normal de los acontecimientos», aun cuando pudiese haber considerado dicha posibilidad. Como esto último no satisfaría los requisitos de la sección 18.2.b) de la Regulación 15/2000, no es posible afirmar que el autor sea responsable de conformidad con el Estatuto de Roma o la Regulación 15/2000, a pesar del hecho de que su conducta estuvo objetivamente conectada con un asesinato. De esta forma, la conexión debe ser interpretada como un simple requisito jurisdiccional.

No es necesario que el autor del crimen sea consciente de la existencia de tal conexión.

No cabe duda que todos los actos inhumanos enumerados en el art. 7.1 del Estatuto de Roma o en la sección 5.1 de la Regulación 15/2000 constituyen privaciones graves de los derechos fundamentales y pueden constituir persecución. El ICTY ha sostenido en varias ocasiones que los actos enumerados en su Estatuto pueden ser actos persecutorios si se cometen con una intención discriminatoria³⁵⁵. Finalmente, ya hemos hecho notar que, en tal caso, el requisito de la conexión siempre se cumple.

No obstante, como lo indican las definiciones de persecución en el art. 7.2.g) del Estatuto de Roma y en la sección 5.2.f) de la Regulación 15/2000, *cualquier* «privación grave de los derechos fundamentales» constituye persecución³⁵⁶ si se comete «por causa de la identidad de un grupo o de una colectividad». Ambos elementos requieren una reflexión.

Para constituir una «privación grave de los derechos fundamentales» una conducta persecutoria debe cumplir con dos condiciones. Debe violar el Derecho internacional relativo a los derechos humanos y, al mismo tiempo, debe ser ardua. En cuanto a lo primero, algunas resoluciones del ICTY, en especial la del caso “Kupreskic”, han considerado que «las negativas graves y evidentes de los derechos humanos fundamentales pueden constituir crímenes contra la humanidad»³⁵⁷. Más adelante la Cámara indicó que «[s]i se recurre a las diversas disposiciones de [los instrumentos de derechos humanos] es posible *identificar un conjunto de derechos fundamentales* que pertenecen a cualquier ser humano y cuya flagrante infracción puede llegar a ser, dependiendo de las circunstancias del entorno, un crimen contra la humanidad»³⁵⁸. Esta jurisprudencia concuerda plenamente con el propósito de estos crímenes, la protección de los derechos humanos, y también con el art. 7.1.g) del Estatuto de Roma. La Cámara, en el caso “Kupreskic”, incluso se refirió explícitamente a esta disposición como apoyo a sus trabajos³⁵⁹.

El planteamiento del caso “Kupreskic” se modificó considerablemente en el caso “Kordic”. Si bien concordaba con el veredicto dado en el caso “Kupreskic” en cuanto a que la persecución requiere violaciones

³⁵⁵ “Prosecutor v. Tadic”, *supra* nota 10, par. 700; “Prosecutor v. Kupreskic”, *supra* nota 15, par. 605; “Prosecutor v. Kordic”, *supra* nota 53, par. 202; “Prosecutor v. Kvocka”, *supra* nota 240, par. 185.

³⁵⁶ *Vid.* asimismo, en torno a este asunto, a SWAAK-GOLDMAN, «Persecution», en *Substantive and Procedural Aspects*, vol. 1, *supra* nota 17, pp. 58-60.

³⁵⁷ “Prosecutor v. Kupreskic”, *supra* nota 15, pars. 621 y 627; afirmado por “Prosecutor v. Ruggiu”, *supra* nota 182, par. 21; “Prosecutor v. Kordic”, *supra* nota 53, par. 195; de igual manera “Prosecutor v. Tadic”, *supra* nota 10, par. 703.

³⁵⁸ “Prosecutor v. Kupreskic”, *supra* nota 15, par. 621 (cursivas nuestras).

³⁵⁹ *Ibid.*, par. 617.

de los derechos humanos³⁶⁰, cuando se identificaron actos persecutorios la Cámara no se refirió a los instrumentos de los derechos humanos, sino a los actos enumerados en el Estatuto del ICTY. Por otra parte, también pareció estimar que *todos* los ilícitos penales del Estatuto, entre ellos los contemplados en el art. 3 (crímenes de guerra), pueden ser actos persecutorios³⁶¹. Esta manera de ver las cosas es problemática porque algunos crímenes de guerra no tienen la suficiente gravedad como para ser calificados de persecución³⁶². Por ejemplo, la destrucción de un carro de policía se consideraría un crimen de guerra (como en el art. 8.2.b).xiii) del Estatuto de Roma), mientras que no traspasaría el umbral de gravedad requerido para la persecución. Además, los crímenes de guerra sólo pueden cometerse durante el conflicto armado. Por otra parte, el enfoque del caso “Kordic” o bien excluye actos cometidos en período de paz (relativa) o considera como verdaderos crímenes de guerra algunos actos sin que exista un conflicto armado, con tal de que el autor haya tenido una intención discriminatoria. Al optar por este planteamiento la Cámara intentó, probablemente, encontrar una definición precisa de actos persecutorios. Ciertamente que el principio de legalidad requiere una definición suficientemente clara de persecución. Empero, por las razones aducidas anteriormente, este objetivo no puede alcanzarse mediante el método que utiliza la Cámara.

En cuanto al segundo requisito, en el caso “Kupreskic” se estatuye claramente: «[C]rímenes contra la humanidad, lejos de ser triviales, son delitos de extrema seriedad»³⁶³. Y después hace hincapié en lo siguiente: «[N]o toda denegación de un derecho humano puede constituir un crimen contra la humanidad»³⁶⁴. Aplicando la máxima *ejusdem generis*³⁶⁵, sostiene que una violación de los derechos humanos debe

³⁶⁰ “Prosecutor v. Kordic”, *supra* nota 53, par. 195.

³⁶¹ *Ibid.*, última oración del par. 198, pars. 202-207, así como pars. 208-210, donde todos los actos que se imputaron y que no se enumeraron en una de las disposiciones del Estatuto, quedan descartados del ámbito de la persecución.

³⁶² En todo caso esto es cierto respecto de los crímenes de guerra regidos por la Reg. 5.1 porque, de acuerdo con la sección 6.1 de la Regulación 15/2000, la jurisdicción de los paneles de crímenes graves en relación con los crímenes de guerra es ilimitada. Por el contrario el art. 8.1, que se ha borrado de la sección 6 de la Regulación 15/2000, estipula que la CPI «tendrá una jurisdicción concerniente a los crímenes de guerra, *en particular* cuando éstos sean cometidos como parte de un plan o de una política o como parte de una perpetración a gran escala de los mismos» (cursivas nuestras). El significado de este «umbral jurisdiccional» (traducción del inglés) sigue siendo borroso (*vid.* tocante a este problema McCORMACK, y ROBERTSON. «Jurisdictional Aspects of the Rome Statute for the International Criminal Court», en *Melbourne U. L. Rev.*, núm. 23, 1999, pp. 635, 662; fue el resultado de una componenda problemática alcanzada durante las negociaciones del Estatuto de Roma, VON HEBEL y ROBINSON, *supra* nota 301, pp. 107 y 108).

³⁶³ “Prosecutor v. Kupreskic”, *supra* nota 15, par. 569.

³⁶⁴ *Ibid.*, par. 617.

³⁶⁵ La frase latina significa «de la misma clase». La doctrina se había aplicado en este contexto por primera vez en “United States v. Flick”, *supra* nota 18, p. 1215.

ser por lo menos tan grave como uno de los otros actos inhumanos más concretos anteriormente enumerados ³⁶⁶. Por otro lado, los «actos de persecución no deben ser evaluados de forma aislada, sino en contexto, observando su *efecto acumulativo*. Si bien los actos individuales pueden no ser inhumanos, sus consecuencias generales deben ser ofensivas para la humanidad, de tal suerte que debieran denominarse “inhumanos”» (la cursiva es nuestra) ³⁶⁷.

Este veredicto se ha confirmado en los casos “Kordic” ³⁶⁸, “Kvocka” ³⁶⁹ y “Krnjelac” ³⁷⁰, y al parecer concuerda con la opinión de la Cámara Procesal en el caso “Tadic”, según la cual se necesita una denegación repetida y constante de los derechos fundamentales ³⁷¹. En este contexto debe señalarse, sin embargo, que tanto en el caso *Kupreskic* como en *Kordic*, destaca el hecho de que, a pesar de que el término «persecución se emplea para designar una serie de actos, también un solo acto [un homicidio, digamos] puede constituir persecución», si existe una intención discriminatoria ³⁷².

Pero un acto único puede constituir persecución solamente si es, como tal, de suficiente gravedad. Un acto que constituiría persecución sólo si se examinara junto con otros actos similares en su efecto acumulativo, no puede considerarse persecución si no existen los demás actos semejantes. Por consiguiente, y en conclusión, pueden distinguirse tres niveles de gravedad con respecto a los actos discriminatorios: actos suficientemente graves para constituir persecución por sí mismo, aun cuando solamente se cometa uno de ellos; actos menos graves pero que, junto con otros, mediante su efecto acumulativo, alcanzan el nivel necesario de gravedad; y actos que, incluso siendo graves desde el punto de vista de la acumulación, no lo son tanto como para calificarlos de persecutorios.

La frase «por causa de la identidad de un grupo o de una colectividad» en el art. 7.2.g) del Estatuto de Roma y la sección 5.2.f) de la Regulación 15/2000, podrían indicar que la persecución sólo puede ejercerse en contra de un grupo que se ha constituido a sí mismo como tal, y que tiene, como grupo, una identidad determinada. No obstante, una interpretación tan estrecha entra en conflicto con el art. 7.1.h) y la sección 5.1.h). Por consiguiente, la persecución puede ser cometida a

³⁶⁶ “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 15, par. 620; asimismo “Prosecutor v. Kvocka”, *supra* nota 240, par. 197.

³⁶⁷ “Prosecutor v. Kupreskic”, *supra* nota 15, pars. 622, 615.

³⁶⁸ “Prosecutor v. Kordic”, *supra* nota 53, par. 199.

³⁶⁹ “Prosecutor v. Kvocka”, *supra* nota 240, par. 185.

³⁷⁰ “Prosecutor v. Krnjelac”, *supra* nota 99, par. 434.

³⁷¹ “Prosecutor v. Tadic”, *supra* nota 10, par. 703.

³⁷² “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 15, par. 624; “Prosecutor v. Kordic”, *supra* nota 53, par. 199.

causa del género de la víctima. Por consiguiente, se puede considerar persecución a un acto, por ejemplo, en razón del género de la víctima. La persecución de mujeres, sin embargo, no se refiere a un grupo en el sentido estricto de la palabra, sino más bien a un grupo entendido como una multiplicidad de individuos que comparten una característica. Lo mismo puede ser el caso de un gobierno que persigue a todos los opositores políticos aunque tengan antecedentes políticos tan diferentes como, por ejemplo, ser católicos y comunistas ³⁷³. En tal caso, la única cualidad en común de las víctimas es su oposición al gobierno. Por ende, la locución «identidad del grupo o de la colectividad» debe interpretarse en un sentido lato que haga referencia a dicha peculiaridad compartida, conforme a la cual se seleccionó las víctimas.

Algunas de las formas posibles de actos persecutorios que los Tribunales han nombrado se resumen en el caso “Kordic”:

«“La captura, reunión, segregación y el traslado forzado de civiles a campos de concentración, los gritos, golpes o las matanzas”; “el asesinato, encarcelamiento y la deportación”, los ataques contra la propiedad, como “la destrucción del medio de vida de cierta comunidad”, “la destrucción y el saqueo de la propiedad”, “el arresto ilegal de civiles” y la “deportación o traslado forzado de civiles”, así como las lesiones físicas y mentales. En el caso “Blaskic” la Cámara Procesal declaró que el crimen de persecución abarca tanto el daño mental como el corporal y las violaciones de la libertad individual» ^{374, 375}.

Es importante señalar que en el caso “Kovack” se agregaron «maltratos psicológicos», «humillación» y «acoso» ³⁷⁶ y se mantuvo que, por ejemplo, el maltrato psicológico puede ser infligido en civiles arrestados «cuando tienen que ver y oír interrogatorios de tortura y brutalidad accidental perpetrada contra sus compañeros» ³⁷⁷.

En cierto contexto la Cámara declaró, en el caso “Ruggiu”, como actos inhumanos: «[L]as transmisiones directas y públicas de la

³⁷³ En este contexto hay que mencionar que “Prosecutor v. Kvocka”, *supra* nota 240, par. 195, expuso correctamente que el criterio para seleccionar a las víctimas de una persecución puede ser asimismo uno negativo (por ejemplo, todos los que no fueron serbios).

³⁷⁴ “Prosecutor v. Kordic”, *supra* nota 53, par. 198 (notas al pie omitidas).

³⁷⁵ “[T]he seizure, collection, segregation and forced transfer of civilians to camps, calling-out of civilians, beatings and killings”; “murder, imprisonment, and deportation” and such attacks on property as would constitute “a destruction of the livelihood of a certain population”; and the “destruction and plunder of property”, “unlawful detention of civilians” and the “deportation or forcible transfer of civilians”, and physical and mental injury. In *Blaskic*, the Trial Chamber found that the crime of persecution encompasses both bodily and mental harm and infringements upon individual freedom».

³⁷⁶ “Prosecutor v. Kvocka”, *supra* nota 240, par. 190; en el par. 186 la resolución ofrece una lista similar a la elaborada en “Kordic”.

³⁷⁷ “Prosecutor v. Kvocka”, *supra* nota 240, par. 192.

radio (...) se proponían seleccionar y atacar al grupo étnico tutsi y a los belgas basándose en motivos de tipo discriminatorio y privándolos de los derechos fundamentales a la vida, la libertad y la humanidad esencial»³⁷⁸. Por otra parte, la resolución del caso "Kordic" declaró que «[a]lentar y promover el odio por razones políticas, etc.» no era tan grave como para constituir crímenes contra la humanidad. Con todo, este veredicto no contradice necesariamente el del caso "Ruggiu", ya que en una nota a pie de página en la sentencia del caso "Kordic" explica que un acto que se convierte en *incitación* a la persecución puede ser lo bastante grave como para considerarse ilícito según el Derecho internacional³⁷⁹.

En el caso "Kordic" también se señaló que la destitución de musulmanes bosnios de posiciones gubernamentales debía quedar fuera de la esfera de influencia de la persecución, en vista de que «[e]ste acto tendría que convertirse en una política extremadamente amplia como para formar parte de la jurisprudencia de Nuremberg, según la cual la discriminación económica ascendió en general al nivel de decretos jurídicos que despedían a todos los judíos de sus empleos e imponían multas colectivas enormes»³⁸⁰. De hecho, el juicio de Nuremberg, cuando analizó éstos y otros actos³⁸¹, fundamentó su evaluación en el carácter acumulativo con que fueron cometidos y no en un solo acto persecutorio (tal como sería el caso de la imposición de una multa colectiva)³⁸². Por otro lado, una resolución posterior, el caso "Flick", que aplicó la LCC 10, sostuvo en relación con las violaciones de la propiedad industrial que «Una venta obligada por presión o coacción puede objetarse en un Tribunal de Justicia natural. Pero, hasta donde sabemos, tal uso de la presión, aun con base en la religión o la raza, nunca se ha tenido por un crimen contra la humanidad»³⁸³. Esta resolución excluye totalmente del ámbito de la persecución ciertas violaciones a la propiedad, sin que importe si existe un efecto acumulativo o no.

En este contexto, en el caso "Tadic" la Cámara reparó en que existe «un límite para los actos que pueden constituir una persecución»³⁸⁴. Y en el caso "Kupreskic" se aseveró que «puede haber ciertos tipos de propiedad cuya destrucción no tenga acaso un impacto tan fuerte sobre

³⁷⁸ "Prosecutor v. Ruggiu", *supra* nota 182, par. 22.

³⁷⁹ "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 53, par. 209, nota 272.

³⁸⁰ *Ibid.*, par. 210.

³⁸¹ "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 704: «El Juicio de Nuremberg consideró entre otros, los siguientes actos en su veredicto sobre la persecución: leyes discriminatorias que limitaban los oficios y profesiones a los judíos; restricciones a la vida en familia y sus derechos de ciudadanía; la creación de guetos; el saqueo de sus propiedades y la imposición de una multa colectiva» (nota omitida).

³⁸² Vid. la citación judicial en "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 705.

³⁸³ "United States v. Flick", *supra* nota 18, p. 1214.

³⁸⁴ "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 707.

la víctima como para constituir un crimen contra la humanidad, pese a que dicha destrucción sea llevada a cabo con un motivo discriminatorio; ejemplo de ello es quemar el carro de alguien (a menos que tal vehículo sea una posesión indispensable y vital para su dueño)»³⁸⁵.

Sin embargo, ésta no es la última palabra sobre la problemática de las violaciones a la propiedad. En el caso "Flick", el Tribunal Militar, después de sentenciar que la propiedad industrial no está protegida con la prohibición de la persecución, distinguió propiedad industrial de «lugar de residencia, mobiliario y víveres». Así, indicó que los ataques a estas últimas formas de propiedad pueden constituir crímenes contra la humanidad³⁸⁶. En consecuencia, en el caso "Kupreskic" se afirmó que la «destrucción general de hogares y propiedades» que constituye «la destrucción de los medios de vida de determinada comunidad», puede ser suficiente para cumplir con los elementos de la persecución³⁸⁷. De manera similar, en el caso "Kordic" se manifestó: «[C]uando el *efecto acumulativo* de semejante destrucción de la propiedad es la expulsión de civiles de sus hogares por motivos de discriminación, el injustificable y extenso asolamiento y/o el saqueo de viviendas, edificios, negocios, propiedades personales y ganado de civiles musulmanes bosnios, puede constituir el crimen de persecución»³⁸⁸. En cambio, la Cámara fue menos precisa en el caso "Blaskic":

«En el contexto del crimen de persecución la destrucción de la propiedad debe interpretarse como la destrucción de pueblos, aldeas y otras propiedades públicas o privadas pertenecientes a una población civil determinada, o la extensa devastación no justificada por necesidades militares y llevada a cabo de manera ilícita, cruel y discriminatoria. En igual contexto, el saqueo de la propiedad se define como la apropiación ilícita, general e injustificable de las pertenencias de una determinada población, ya sean las propiedades de individuos privados o de cooperativas públicas estatales o "cuasi estatales"»^{389, 390}.

³⁸⁵ "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 15, par. 631.

³⁸⁶ "United States v. Flick", *supra* nota 18, p. 1214.

³⁸⁷ "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 15, par. 631; asimismo "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 707.

³⁸⁸ "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 53, par. 205 (se ha omitido la nota a pie de página).

³⁸⁹ "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 234.

³⁹⁰ «In the context of the crime of persecution, the destruction of property must be construed to mean the destruction of towns, villages and other public or private property belonging to a given civilian population or extensive devastation not justified by military necessity and carried out unlawfully, wantonly and discriminatorily. In the same context, the plunder of property is defined as the unlawful, extensive and wanton appropriation of property belonging to a particular population, whether it be the property of private individuals or of state or "quasi-state" public collectives».

Con todo, esta declaración, pese a su generalidad, contempla claramente violaciones muy difundidas de la propiedad y, en consecuencia, puede considerársela que se corresponde con las conclusiones de los casos "Tadic", "Kupreskic" y "Kordic".

Los precedentes del ICTY encuentran asimismo respaldo en la consideración de que hay dos requisitos que deben cumplirse a fin de que una conducta se califique como persecución: debe ser una violación de los derechos humanos y, por sí sola o acumulativamente, debe ser lo suficientemente grave. En cuanto al primer requisito, no hay duda de que en la actualidad la destrucción de hogares es una violación evidente del Derecho internacional en lo concerniente a los derechos humanos. El derecho a la propiedad se ha reconocido en los principales instrumentos de derechos humanos, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁹¹. Si bien el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos no venera el derecho a la propiedad como lo hace la mayor parte de los demás instrumentos de derechos humanos³⁹², sí protege el derecho de todo individuo a no ser «sometido a una interferencia arbitraria o ilícita con su (...) hogar»³⁹³. Así, al menos la propiedad que constituye la casa de una persona está plenamente protegida por la ley de los derechos humanos.

En cuanto al segundo requisito, es necesario que la destrucción mencionada de hogares y propiedades, que también implica la desaparición de los medios de vida de una comunidad, sea de la misma importancia que la de otros crímenes contra la humanidad. La mayor parte de éstos son extremadamente graves, ya que tienen que ver con ataques contra la vida o la dignidad. Sin embargo, hay también crímenes que son ligeramente menos graves, como, por ejemplo, encarcelar a alguien, que comporta solamente una privación ilícita de la libertad, o bien otros actos inhumanos que pueden consistir en duras golpizas (véanse los ejemplos dados en el caso "Kordic"). En comparación con estos crímenes, la destrucción de la vivienda y de los medios de vida de una víctima resultan ser por lo menos de una gravedad análoga. Esto se confirma con un ejemplo hipotético, aunque horrendo: si una víctima tiene que elegir entre la quema de su casa y una fuerte golpiza o un año de encarcelamiento ilícito, no es del todo claro cuál de estas opciones

³⁹¹ Universal Declaration of Human Rights, *supra* nota 314; el derecho está también garantizado, por ejemplo, en los instrumentos siguientes: Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *supra* nota 153, art. 1; American Convention on Human Rights, 1144 UNTS, 123, art. 21; African Charter on Human and People's Rights, 21 ILM, 58, art. 14; Arab Charter on Human Rights, art. 25.

³⁹² Por ejemplo, la Universal Declaration of Human Rights, *supra* nota 314, art. 12; European Convention on Human Rights, *supra* nota 153, art. 8.1; American Convention on Human Rights, *supra* nota 391, art. 11.2; Arab Charter on Human Rights, *supra* nota 391, art. 17.

³⁹³ International Covenant on Civil and Political Rights, *supra* nota 63, art. 17.1).

le parecería el mal menor. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en muchas culturas un hogar es mucho más importante que en las sociedades occidentales.

Puede agregarse que la Cámara Procesal en el caso "Blaskic" también incluyó la protección de inmuebles religiosos y de otro tipo. Con ello imitaba a la CDI, dado que sostuvo que la «destrucción sistemática de monumentos o edificios representativos de cierto grupo social, religioso, cultural o de otro tipo»³⁹⁴ pueden constituir persecución. En realidad, mientras que tal conducta carece probablemente de la necesaria gravedad si se comete aisladamente, puede contribuir significativamente al efecto acumulativo general de la conducta persecutoria si se comete en conexión con otros actos, como la quema de casas.

Otro ejemplo de violaciones persecutorias de los derechos humanos es el traslado forzado de personas desde el lugar en donde se encuentran sus hogares. Es un derecho humano vivir en el lugar que uno ha elegido en el Estado respectivo. Por ejemplo, el art. 13.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos estipula que «Todas las personas tienen el derecho a la libertad de movimiento y residencia dentro de las fronteras de cada Estado». El art. 12.1 del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos indica: «Todas las personas que se encuentren legalmente dentro del territorio de un Estado tendrán la (...) libertad de elegir su lugar de residencia en dicho territorio». Terminología similar se encuentra en el Derecho relacionado con los derechos humanos en Europa, África y Arabia³⁹⁵.

Asimismo, la máxima *ejusdem generis* es satisfecha por el traslado forzado. Como hemos sostenido en líneas anteriores, los requisitos de la doctrina se cumplen si se destruyen pertenencias personales importantes. Desde luego que, para la víctima no importa si su propiedad es destruida si es objeto de traslado forzado. De este modo, el traslado forzado es tan grave, o incluso más grave que la destrucción de hogares y viviendas. De hecho, la deportación y el traslado forzado constituyen por sí mismos un crimen contra la humanidad. Por lo tanto, calificar este crimen como persecución no tiene relevancia alguna, a menos que el crimen de la deportación y el traslado forzado se entienda desde un punto de vista excesivamente estrecho (cfr. *supra*).

En conclusión: una campaña de destrucción de hogares (que puede acompañarse de la destrucción de inmuebles religiosos, escolares, etc.), como ocurrió en el Timor Oriental, sería de bastante gravedad. Lo mis-

³⁹⁴ Draft Code, 1991, *supra* nota 34, comentario al art. 18.9.

³⁹⁵ Protocolo núm. 4 de la Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, art. 2.1; African Charter on Human and People's Rights, *supra* nota 391, art. 12.1; American Convention on Human Rights, *supra* nota 392, art. 22.1; Arab Charter on Human Rights, *supra* nota 392, art. 20.

mo rige para el traslado forzado de personas desde el lugar donde residen. Si una conducta semejante se conecta con una matanza intencional (sección 18 de la Regulación 15/2000) o incluso con una golpiza brutal intencional, ello puede equivaler al crimen contra la humanidad de persecución. No importa si la matanza o la golpiza son un acontecimiento aislado. Además, si la campaña es lo suficientemente amplia, puede por sí misma constituir el elemento de contexto.

Al igual que todos los demás crímenes, el acto persecutorio debe ser cometido con intención (sección 18 de la Regulación 15/2000). No obstante, no se requiere un elemento mental con respecto al requisito de la conexión, toda vez que es un elemento jurisdiccional. Además de la intención general referente al acto persecutorio, el crimen de persecución requiere un elemento mental especial, a saber, la intención discriminatoria³⁹⁶. La resolución en el caso "Kordic" expone clara y convincentemente que este elemento mental debe estar presente en cada autor individual. No es suficiente con que sólo el ataque generalizado o sistemático como tal esté fundado en una política de discriminación. La Cámara Procesal argumentó que, de otra manera, la distinción entre la persecución y otros crímenes contra la humanidad enumerados se esfumaría y que «un [e]nfoque semejante también diluiría la gravedad de la persecución como crimen contra la humanidad»³⁹⁷.

Si, por poner un ejemplo, un miembro del grupo perseguido quema una iglesia, durante un ataque contra éste, con la única intención de utilizar el terreno para construir una casa, tal conducta no alcanza la gravedad necesaria para un crimen internacional porque carece de la intención discriminatoria. Otra cuestión sería si el perpetrador utilizara el ataque para disfrazar una matanza. Un acto parecido, sin importar si equivale a una persecución, constituiría el crimen contra la humanidad del asesinato, que es, por sí mismo, mucho más grave³⁹⁸, y, por consiguiente, puede ser cometido sin intención discriminatoria.

³⁹⁶ "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 53, par. 217; "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 235; "Prosecutor y Krnojelac", *supra* nota 99, par. 435.

³⁹⁷ "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 53, par. 217; "Prosecutor v. Kvocka", *supra* nota 240, pars. 199-200, señala que la intención discriminatoria puede inferirse «de la participación consciente en un sistema o una empresa que discrimina fundándose en razones de orden político, racial o religioso» (traducción del inglés). En nuestra opinión saber que uno interviene puede constituir (una parte de) la prueba necesaria para demostrar la intención discriminatoria. Esto no es, sin embargo, como tal suficiente para probar tal intención específica. Si, por ejemplo, existen razones para asumir que el autor del crimen actuó con el único propósito de enriquecerse, su participación con conocimiento de causa no permitía comprobar su intención discriminatoria. Esto se reconoció al parecer en el par. 203 de la resolución.

³⁹⁸ "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 69, par. 233, sostiene al parecer que la carencia de gravedad del *actus reus* de la persecución se compensa por la intención discriminatoria: «La Cámara Procesal declara (...) que el crimen de "persecución" abarca (...) también actos que parecen menos serios, como los que se dirigen en contra de la propiedad, siempre que las personas

La intención discriminatoria, exigida por los arts. 7.1.h) y 2.g) del Estatuto de Roma o por las secciones 5.1.h) y 5.2.f) de la Regulación 15/2000 debe, en general, interpretarse de la misma manera. Hay que reparar, no obstante, en el hecho de que estas disposiciones son ligeramente más amplias que las de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*. De acuerdo con el Estatuto de Roma y la Regulación 15/2000 cualquier fundamento «no permisible según el Derecho internacional» puede constituir una intención discriminatoria, mientras que los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* exigen que el acto persecutorio sea cometido invocando razones políticas, raciales o³⁹⁹ religiosas.

Por último, la naturaleza de la intención discriminatoria debe entenderse como una prohibición para seleccionar a una víctima aduciendo motivos no permisibles. El fundamento decisivo para elegir a una víctima en especial debe de haber sido tal motivo no permitido. En otros términos, si el autor del crimen hubiera seleccionado a una víctima sin dicha característica, no hay intención discriminatoria. Por otra parte, no importa si él, además de esta intención, también tiene la de robar, por ejemplo.

Algunos actos persecutorios no son, por sí mismos, lo suficientemente graves como para calificarlos de persecución, si bien, mediante el efecto acumulativo y en conjunción con otros actos, pueden alcanzar la gravedad necesaria. Dado que la persona que los comete es capaz de entender la seriedad de los mismos sólo si conoce los demás actos, este conocimiento es necesario para que sea culpable de un crimen contra la humanidad. Al igual que el conocimiento del ataque, el conocimiento de los detalles no es un requisito.

7. Otros actos inhumanos [sección 5.1.k)]

«Otros actos inhumanos» es la disposición que engloba al resto de los ilícitos penales individuales. Se ha dicho que tal disposición es importante en la medida en que «uno jamás podría ser capaz de alcanzar con la imaginación a todos los futuros torturadores que quisieran satisfacer sus instintos bestiales, y cuanto más específica trate de hacerse la lista de éstos, más restrictiva se hace» o, como se redactó en otra resolución, una enumeración exhaustiva de los ilícitos penales individuales «crearía simplemente oportunidades para evadir el texto de la

victimizadas hayan sido seleccionadas especialmente con base en fundamentos vinculados con su pertenencia a una comunidad en particular» (traducción del inglés).

³⁹⁹ En el art. 3.h) del Estatuto del ICTR y el art. 5.h) del Estatuto del ICTY se insertó un «y» erróneo; respecto a este asunto *vid.* "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 713.

prohibición»⁴⁰⁰. Con todo, los Tribunales *ad hoc* han buscado una definición más específica y practicable de los «otros actos inhumanos»⁴⁰¹.

Con esta finalidad, varias resoluciones emplean la máxima del *eiusdem generis*, que también se utiliza para determinar los límites de la persecución. La doctrina ha sido aplicada por los Tribunales *ad hoc*, principalmente para exigir que las violaciones deben ser tan graves como los otros ilícitos penales inhumanos⁴⁰². Tal planteamiento se critica en el caso "Kupreskic" por su excesiva generalidad⁴⁰³. Además de que el crimen debe ser lo bastante grave, lo cual se exige asimismo en el caso "Kupreskic"⁴⁰⁴, la resolución hace referencia a los instrumentos de los derechos humanos internacionales, entre los que se comprenden a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y al Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Así, se sostiene que el trato inhumano o degradante, el traslado forzado de grupos de civiles, la prostitución y la desaparición forzada, pueden constituir otros actos inhumanos⁴⁰⁵.

El Estatuto de Roma y la Regulación 15/2000 rigen el ámbito de otros actos inhumanos de una manera más detallada que los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*. Según el art. 7.1.k) y la sección 5.1, tales otros actos inhumanos son «actos de un carácter semejante que causan intencionalmente gran sufrimiento o lesiones penosas a la salud corporal, mental o física». Los Elementos de los Crímenes, en su art. 7.1.k), requieren que:

- «1. El autor del crimen infligiera gran sufrimiento o daños importantes a la salud corporal, mental o física por medio de un acto inhumano.
2. Dicho acto era de un carácter similar a cualquier otro acto a que se hace referencia en el art. 7, párrafo 1, del Estatuto»^{406, 407}.

⁴⁰⁰ "Prosecutor v. Kupreskic", *supra* nota 15, par. 563.

⁴⁰¹ «Existe preocupación sobre si esta categoría carece de precisión y es demasiado general como para proporcionar un criterio para el trabajo del Tribunal y, por lo mismo, si es contraria al principio de «especificidad» del Derecho penal. Es, por tanto, imperativo que se establezca qué se incluye en ella». "Prosecutor v. Kupreskic", *supra* nota 15, par. 563.

⁴⁰² "Prosecutor v. Tadic", *supra* nota 10, par. 729; "Prosecutor v. Musema", *supra* nota 74, par. 232; "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 53, par. 269; "Prosecutor v. Bagilishema", *supra* nota 83, par. 92; "Prosecutor v. Kvočka", *supra* nota 240, par. 206.

⁴⁰³ "Prosecutor v. Kupreskic", *supra* nota 15, par. 564.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, par. 566.

⁴⁰⁵ *Idem.*

⁴⁰⁶ Elements of Crimes, *supra* nota 81, Elements 1 y 2 del art. 7.k).

⁴⁰⁷ «1. The perpetrator inflicted great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health, by means of an inhumane act.

2. Such act was of a character similar to any other act referred to in article 7, paragraph 1, of the Statute».

Una nota a pie de página aclara: «Se entiende que "carácter" se refiere a la naturaleza y gravedad del acto»⁴⁰⁸. Es evidente que la Comisión Preparatoria fue de la opinión de que el Estatuto de Roma se interpretara de tal modo que exigiera como requisito actos de gravedad similar. Además, también se exige que los actos deben ser similares en cuanto a su naturaleza. Dado que los crímenes contra la humanidad protegen los derechos humanos, los actos semejantes en naturaleza a los enumerados serían otras violaciones de los derechos humanos (por ejemplo, el derecho a no ser sometido a un trato inhumano o degradante art. 7.1) del Convenio Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles), como serían las golpizas). Esto se declaró asimismo en el caso "Kupreskic". En fin, el último requisito de los otros actos inhumanos, tal como se codifican en el Estatuto de Roma y en la Regulación 15/2000, es que la conducta en cuestión debe causar «gran sufrimiento o daños importantes a la salud corporal, mental o física».

En cuanto a las formas posibles de otros actos inhumanos —aparte de los ejemplos dados en el caso "Kupreskic"—, en el caso "Kordic" se da una lista de varios casos: «Se considera como tales a "la mutilación y otros tipos de lesiones corporales dolorosas", "golpizas y otros actos de violencia" y "daños graves físicos y mentales" como constitutivos de actos inhumanos»⁴⁰⁹.

Existen actos que, de acuerdo con el Derecho consuetudinario internacional, pueden reputarse como tortura, pero cumplen solamente el requisito del control o el del propósito, pero no ambos. Tales actos no se ajustan a la muy restrictiva definición de la tortura de las secciones 5.2.d) y 7.1 de la Regulación 15/2000. Sin embargo, en vista de que son tan arduos como el resto de los actos inhumanos enumerados, deben ser considerados como otros actos inhumanos de acuerdo con la máxima *eiusdem generis*. Tal sería el caso de alguien a quien se causara un dolor o un sufrimiento intenso por razones prohibidas, y que tal persona no estuviera bajo el control del torturador, o que si lo estuviera fuera sin un propósito específico. Dichos crímenes deben castigarse igual que la tortura, es decir, de una manera más severa que la imposición de dolores o sufrimientos ejercidos sin propósito específico, ni en contra de una persona controlada por el autor de tal crimen.

ANEXO 1: LOS ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES EN CONTRA DE LA HUMANIDAD

En lo que sigue se enumeran los elementos de los crímenes contra la humanidad de acuerdo con el Derecho penal internacional contem-

⁴⁰⁸ *Ibid.*, nota 30 del Element 2 del art. 7.k).

⁴⁰⁹ "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 53, par. 270.

poráneo. No se han tomado en cuenta formas especiales de participación o responsabilidad indirecta, como la incitación o la tentativa (cfr. secciones 14.3.b) y f) de la Regulación 15).

1. Los requisitos del elemento de contexto

a) Ataque generalizado o sistemático

El ataque es la comisión múltiple de los actos inhumanos enumerados en la sección 5.1. Un solo individuo puede cometer múltiples actos con una sola conducta. No se precisa un ataque militar.

El ataque debe ser o generalizado o sistemático, pero no es necesario que sea de ambos tipos.

a') Ataque sistemático

Un ataque sistemático es el que se lleva a cabo en cumplimiento de una política o un plan preconcebido. La cantidad requerida de víctimas es menor que la de un ataque generalizado.

b') Ataque generalizado

Un ataque generalizado es aquel que causa una gran cantidad de víctimas, la cual debe ser mayor que la de un ataque sistemático.

b) Población civil

El término población se refiere simplemente a una multiplicidad de víctimas, ya requeridas por el elemento «ataque».

Un civil es cualquier individuo que no participa como miembro activo de una fuerza armada hostil, o un combatiente que ha depuesto las armas o ha quedado *hors de combat*. La condición formal de la víctima como miembro de una fuerza armada, hostil o no, carece de importancia.

Una población civil es una multiplicidad de civiles. La naturaleza de una población predominantemente civil no se ve alterada por la presencia de ciertos individuos no civiles en ella.

c) Política

a') La entidad tras la política (Estado u organización)

La entidad tras la política debe ser el Estado o la organización que ejercen *de facto* la más alta autoridad en un territorio dado y pueden, dentro de ciertos límites, controlar a todos los que tienen poder y a todos los individuos.

b') El contenido de la política

El contenido de la política debe ser el de cometer una multiplicidad de actos inhumanos en contra de una población civil.

c') La forma de adopción de la política

Una política implícita *de facto* es suficiente. No es necesario que se adopte formalmente ni que se declare de manera expresa o que se exponga con claridad y precisión.

d') La puesta en marcha de la política

Un ataque sistemático requiere una conducta activa por parte de la entidad tras la política. Basta con que se identifique activamente a las víctimas posibles y que ello guíe a los autores del ataque.

La política relacionada con el ataque generalizado puede ejecutarse mediante una no interferencia deliberada. No obstante, la entidad en cuestión debe tener la obligación jurídica de interferir y debe ser capaz de hacerlo.

d) El vínculo entre el ataque y el ilícito penal individual

Un ilícito penal individual es objetivamente parte del ataque si éste eleva su peligrosidad, es decir, si hubiera sido menos peligroso para la víctima si el ataque no hubiese ocurrido.

e) Conocimiento del ataque

El conocimiento del ataque es la conciencia del riesgo de que aquél existe y de que la conducta de su autor, objetivamente, forma parte del mismo, *i. e.*, el perpetrador debe estar consciente del riesgo de que cier-

tas circunstancias del ataque hacen más peligrosa su conducta que si éste no hubiera existido o que su conducta crea la atmósfera para otros crímenes. No es preciso conocer más detalles.

2. Los actos inhumanos individuales

Los siguientes elementos comprenden solamente los elementos objetivos o materiales del acto inhumano respectivo, a menos que se ponga como requisito un elemento mental en particular. Los requerimientos generales del elemento mental con respecto a los actos inhumanos se tratan en el punto 3 (cfr. *infra*).

a) Asesinato (sección 5.1.a))

El autor debe provocar que la vida de la víctima cese.

b) Deportación o traslado forzado de poblaciones [sección 5.1.d)]

a') Deportación o traslado

El autor de estos actos inhumanos debe mudar a una o más personas del lugar elegido por ellas como residencia. No es necesario que las hagan transponer una frontera.

b') Forzado

El autor debe aplicar la fuerza, la amenaza de fuerza o la coerción para sacarlas de su lugar de residencia.

c') Legalidad del traslado

El traslado debe ser injustificable según el Derecho internacional.

c) Encarcelamiento y otras privaciones graves de la libertad [sección 5.1.e)]

a') Privación de la libertad

El autor de este crimen debe restringir la libertad de las víctimas en lo relacionado a su movimiento físico.

b') Gravedad

La privación de la libertad debe ser grave, ya sea en relación con su duración, con respecto a las condiciones del arresto, o con respecto a ambas situaciones. El encarcelamiento en condiciones inhumanas, aunque se mida en semanas o en una sola noche, es suficiente.

c') Ilegalidad de la privación de la libertad

La privación de la libertad debe ser ilegal de acuerdo con el Derecho internacional.

d) Tortura [sección 5.1.f)]

a') Imposición de dolor o sufrimiento físico o mental

La tortura requiere la imposición de un dolor o un sufrimiento físico o mental al menos tan intenso como el que se requeriría para otros actos inhumanos.

b') Control

La víctima debe estar bajo la custodia o el control del autor de este ilícito y debe estar en una situación de la que no tenga escapatoria.

c') El autor debe perseguir algún propósito. Entre éstos pueden incluirse, aunque la lista no es exhaustiva, los siguientes:

- La obtención de información o de una confesión;
- Castigar, humillar, intimidar o ejercer coerción sobre la víctima o una tercera persona.
- Discriminar a la víctima o a una tercera persona por cualquier motivo.

d') Inexistencia de una pena lícita

El dolor o sufrimiento no deberían ser la consecuencia de una pena lícita. Sin embargo, la pena debe ser compatible con el Derecho general relativo a los derechos humanos.

e) Persecución [sección 5.1h)]

a') Violación de los derechos humanos

El acto persecutorio consiste en una violación de los derechos humanos.

b') Gravedad

La violación de los derechos humanos debe ser grave. El umbral de tal gravedad puede ser traspasado, ya sea por un solo acto muy grave o por una multiplicidad de actos mediante su efecto acumulativo.

Si el acto persecutorio alcanza la gravedad necesaria sólo cuando se examina desde un punto de vista acumulativo con otra conducta, el autor debe ser consciente de esta otra conducta.

c') Requisito de la conexión

Un acto inhumano enumerado (y no una multiplicidad de ellos) como un crimen de guerra o un genocidio, debe ser cometido en conexión con la conducta persecutoria.

La conexión entre el acto o el crimen y la conducta persecutoria existe si la finalidad de la persecución se halla respaldada por el acto o por el crimen, o si la persecución brinda un apoyo para la comisión del acto o del crimen. No se requiere un vínculo causal.

d') Intención discriminatoria

El perpetrador debe elegir a la víctima con base en razones no permisibles según el Derecho internacional.

f) Otros actos inhumanos [sección 5.1k)]

a') Violación de los derechos humanos

El crimen de otros actos inhumanos consiste en una violación de los derechos humanos (por ejemplo, las golpizas, que son de la competencia del art. 7 de la ICCPR).

b') Sufrimiento o lesiones contra la salud corporal, mental o física

El resultado de la violación de los derechos humanos debe ser el sufrimiento o daños infligidos al cuerpo o a la salud mental o física.

c') Gravedad

El sufrimiento o los daños causados a la salud corporal, mental o física deben ser semejantes, en cuanto a la gravedad, a las otras formas de actos inhumanos enumerados.

3. El elemento mental necesario para los actos individuales

a) En relación con la conducta

La persona debe ser consciente del significado de su conducta.

b) En relación con las consecuencias

La persona tiene toda la intención de que la consecuencia se lleve a cabo, o bien debe estar consciente de que tendría lugar en el curso normal de los acontecimientos.

c) En relación con las circunstancias

La persona debe estar consciente de que existen las circunstancias necesarias.

ANEXO 2: COMPARACIÓN DE LA SECCIÓN 5 DE LA REGULACIÓN 15/2000 Y DEL ARTÍCULO 7 DEL ESTATUTO DE ROMA

Sección 5 de la Regulación 15/2000

5.1. Para los propósitos de la presente regulación, «crímenes contra la humanidad» significa cualquiera de los siguientes actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático, dirigido, con conocimiento del ataque, en contra de cualquier población civil:

- a) Asesinato.
- b) Exterminio.
- c) Esclavitud.
- d) Deportación o traslado forzado de población.
- e) Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física, violando las normas fundamentales del Derecho internacional.
- f) Tortura.
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución impuesta, embarazo forzado y esterilización impuesta o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.
- h) Persecución en contra de cualquier grupo o colectividad identificables con base en razones de orden político, racial, nacional, étnico, cultural, religioso o de género, tal como se definen en la sección 5.3 de la presente regulación, o en otros motivos universalmente reconocidos como no permisibles según el Derecho internacional, en relación con cualquier acto a que se haga referencia en este párrafo o con respecto a cualquier crimen contemplado en la jurisdicción de los paneles.
- i) Desaparición de personas por la fuerza.
- j) Crimen del *apartheid*.
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente gran sufrimiento o daños intensos a la salud corporal, mental o física.

5.2. Para los propósitos de la sección 5.1 de la presente regulación:

- a) El «exterminio» comprende la imposición intencional de ciertas condiciones de vida, entre ellas, la privación del acceso a la comida y los medicamentos, con el objeto de provocar la destrucción de una parte de la población.
- b) «Esclavitud» significa el ejercicio de alguno o de todos los poderes ligados al derecho de propiedad sobre una persona y comprende el ejercicio de dicho poder cuando se trafica con personas, en particular, con mujeres y niños.
- c) «Deportación o traslado forzado de poblaciones» significa el desplazamiento forzado de las personas afectadas mediante la expulsión, u otros actos coercitivos, del lugar donde se encuentran legítimamente, sin fundamentos avalados por el Derecho internacional.
- d) «Tortura» significa la imposición intencional de dolores o sufrimientos intensos, sean éstos físicos o mentales, a una persona bajo la custodia o el control del acusado; sólo se causarán dolores o sufrimientos que provengan de penas lícitas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.
- e) «Embarazo forzado» significa confinar ilegalmente a una mujer para embarazarla por la fuerza, con la intención de producir alteraciones en la composición étnica de cualquier población o de incurrir

en otras violaciones graves del Derecho internacional. Esta definición no se interpretará de tal modo que ejerza alguna influencia en el Derecho nacional relativo a la preñez.

f) «Persecución» significa la privación intencional y grave, contraria al Derecho internacional, de derechos fundamentales por causa de la identidad de un grupo o de una colectividad.

g) «El crimen del *apartheid*» significa la comisión de actos inhumanos de un carácter similar a los que se hace referencia en la sección 5.1, en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y de dominio sistemáticos por un grupo racial sobre cualquier otro grupo o grupos raciales, y perpetrado con la intención de mantener dicho régimen.

h) «Desaparición forzada de personas» significa el arresto, la detención o el secuestro de éstas por un Estado o una organización política (o con la autorización, apoyo o aquiescencia de los mismos), tras de lo cual éstos se niegan a reconocer que las han privado de su libertad o a suministrar información sobre su destino o paradero, con la intención de sustraerlas a la protección del Derecho por un período de tiempo prolongado.

5.3. Para el propósito de la presente regulación, el término «género» se refiere a ambos sexos, el masculino y el femenino, en el contexto de la sociedad. El término «género» no indica ningún otro significado diferente del anterior.

Art. 7 del Estatuto de Roma de la CPI. Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato.
- b) Exterminio.
- c) Esclavitud.
- d) Deportación o traslado forzoso de población.
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho internacional.
- f) Tortura.
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho inter-

nacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte.

- i) Desaparición forzada de personas.
- j) El crimen de *apartheid*.
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política.

b) El «exterminio» comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población.

c) Por «esclavitud» se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.

d) Por «deportación o traslado forzoso de población» se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el Derecho internacional.

e) Por «tortura» se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

f) Por «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 modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de Derecho interno relativas al embarazo.

g) Por «persecución» se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del Derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad.

h) Por «el crimen de *apartheid*» se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos 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.

i) Por «desaparición forzada de personas» se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. 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.

ANEXO 3: COMPARACIÓN DE LA SECCIÓN 7.1 DE LA REGULACIÓN 15/2000 Y DEL ART. 1(1) DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA TORTURA

Sección 7.1 de la Regulación 15/2000

Para los propósitos de la presente regulación, «tortura» significa cualquier acto mediante el cual se provocan intencionalmente a una persona intensos dolores o sufrimientos, ya sean físicos o mentales, para conseguir de *él o ella*, o de una tercera persona, entre otros fines, información o una confesión, castigando a uno u otra por un acto que *él o ella*, o una tercera persona, cometió o se sospecha que cometió, o humillándolos, intimidándolos o ejerciendo coerción sobre *él o ella*, o un tercero, o por cualquier otra razón fundada en la discriminación de cualquier tipo.

Esto no incluye dolores o sufrimientos que sean causados mediante sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a las mismas.

Art. 1 de la Convención sobre la Tortura

Para los fines de *esta Convención*, el término «tortura» significa cualquier acto mediante el cual se provoca intencionalmente a una persona intensos dolores o sufrimientos, ya sean físicos o mentales, para conseguir de ella o de una tercera persona, entre otros propósitos, información o una confesión, castigándola por un acto que ella o una tercera persona cometió o se sospecha que cometió, o intimidándola o ejerciendo coerción sobre ella o un tercero, o por cualquier otra razón fundada en la discriminación de cualquier tipo, *con tal de que tales dolores o sufrimientos sean infringidos, instigados, consentidos, o cometidos con la aquiescencia de un funcionario público u otra persona que actúe con capacidad oficial*; sólo se causarán dolores o sufrimientos provenientes de sanciones legales, o bien inherentes o incidentales a las mismas.

CAPÍTULO NOVENO

LOS CRÍMENES MÁS GRAVES (*CORE CRIMES*) EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL *

RESUMEN

Este trabajo, que comenzó inicialmente como proyecto de investigación más amplio en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional¹, analiza los crímenes principales, tal como se hallan codificados en los arts. 6 a 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y examina algunos problemas específicos. Este análisis demostrará que dichos crímenes, si bien se codifican por primera vez de forma sistemática, aún generan múltiples y delicadas cuestiones de interpretación, por lo que resulta necesario profundizar la reflexión y el trabajo de desarrollo conceptual de dichos crímenes.

I. EL CRIMEN DE GENOCIDIO

1. Historia jurídica

La figura del genocidio se desarrolló de una categoría de crímenes contra la humanidad a un crimen autónomo después de la Segunda Guerra Mundial². Gracias a la definición del crimen de genocidio en la

* Traducción de Marta Donís. Revisión de Roberto Andorno (Göttingen/Argentina) y del autor. Agradecemos también la ayuda de Benjamin von Engelhardt.

¹ Vid. <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/referate/sach/instraf.html>. Tanto Johanna Rinceanu como Tobias Wenning fueron investigadores de este proyecto y han hecho valiosas aportaciones al presente artículo. Agradezco también la ayuda de Iris Petersen (Göttingen) para poner el documento al día en abril de 2004. La jurisprudencia está actualizada hasta el fin de octubre de 2004. Para jurisprudencia posterior ver el § 7B. de mi tratado «Internationales Strefrecht», München (ed. Beck), 2006. Ver también Mettroux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, 2005.

² CASSESE, en CASSESE *et al.* (eds.), *The Rome Statute of the ICC*, 3 vols., vol. 1, 2002, pp. 336-337, 339-340, METTRAUX. «Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the ICTY and ICTR», en *Harv. Int'l. J.*, núm. 43, 2002, pp. 237, 302-306, AMBOS y WIRTH, «The Current

Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, de 9 de octubre de 1948³, y a su incorporación en los Estatutos de los Tribunales penales *ad hoc*, creados por el Consejo de Seguridad para juzgar a los acusados de genocidio y de otros crímenes en la ex Yugoslavia y Ruanda⁴, así como en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, existe un fundamento generalmente aceptado para la persecución de este «crimen de los crímenes»⁵. Recientemente, la Sala de Apelaciones del TPIY lo definió en los siguientes términos⁶:

«(...) El crimen de genocidio se caracteriza por la especial censura y oprobio que suscita. El crimen es horroroso en su ámbito; sus autores seleccionan grupos de personas en su totalidad para su extinción. Quienes idean y llevan a cabo el genocidio persiguen privar a la humanidad de la gran riqueza que sus múltiples nacionalidades, razas, etnias y religiones le confieren. Éste es un crimen contra toda la humanidad, su daño es sentido, no sólo por el grupo objeto de destrucción, sino por toda la humanidad».

No obstante, la aplicación de la definición sigue planteando una multitud de problemas. A pesar de lo sostenido en parte de la jurisprudencia⁷, el genocidio puede caracterizarse por tres elementos constitutivos⁸:

— el *actus reus* (tipo objetivo) del delito, compuesto por uno o varios de los actos enumerados en el art. 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI; cfr. *infra*, 2);

Law of Crimes against Humanity», en *Crim. L. F.*, núm. 13, 2002, pp. 1, 2-13; en castellano en este libro (artículo anterior).

³ 78 UNTS, 277, 1951, entró en vigor el 12 de enero de 1951.

⁴ Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY-Statute): Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en lo sucesivo, Estatuto del TPIY), UN Doc. S/RES/827 (1993), anexo; Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR-Statute): Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en lo sucesivo Estatuto del TPIR), UN Doc. S/RES/955 (1994), anexo.

⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, UN Doc. A/CONF.183/9, tal como se adoptó el 17 de julio de 1998 (en lo sucesivo, Estatuto de la CPI).

⁶ Todas las citas de la jurisprudencia del TPIR y del TPIY son una traducción del original inglés: «the crime of genocide is singled out for special condemnation and opprobrium. The crime is horrific in its scope; its perpetrators identify entire human groups for extinction. Those who devise and implement genocide seek to deprive humanity of the manifold richness its nationalities, races, ethnicities and religions provide. This is a crime against all of humankind, its harm being felt not only by the group targeted for destruction, but by all of humanity».

⁷ En «Prosecutor v. Krstić», Judgement de 2 de agosto de 2001 (IT-98-33-T), par. 542, la Sala de Primera Instancia I del TPIY afirma que sólo existen dos elementos, a saber: el *actus reus* y la intención de destruir. Coinciden «Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana», Judgement de 21 de mayo de 1999 (ICTR-95-1-T), par. 90.

⁸ Aprob. TRIFFTERER, «Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such», en *Leid. Journ. Int'l. L.*, núm. 14, 2001, pp. 399 ss.; «Prosecutor v. Bagilishema», Judgement de 7 de junio de 2001 (ICTR-95-1A-T), pars. 56, 60.

— la correspondiente *mens rea* (tipo subjetivo), como se describe en el art. 30 del mismo Estatuto (III.1);

— la intención de destruir parcial o totalmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso como de un elemento subjetivo especial (III.2).

2. *Actus reus*

a) *Los grupos protegidos*

Aun cuando se ha criticado con frecuencia⁹, actualmente se ha convenido en que los grupos *políticos, económicos y culturales* se dejaron intencionalmente de lado cuando se redactó la Convención sobre el Genocidio¹⁰. Si bien ello se desprende claramente de los *travaux* como expresión de la voluntad de las Partes, también puede deducirse del concepto de «grupo como tal», que sólo comprende los grupos «estables» y los distingue de los «móviles», es decir, los de tipo político, económico y cultural¹¹. Ésta es esencialmente la posición que puede encontrarse en diversos juicios de los Tribunales *ad hoc*¹².

En «Akayesu», una de las Salas de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) se refirió a los «grupos estables», esto es, a aquellos «constituidos de una manera permanente y con una pertenencia constante, determinadas por el nacimiento; los grupos más «móviles» no se contemplan en ellos, ya que las personas se adhieren a los mismos mediante un compromiso individual volunta-

⁹ Vid. esp. VAN SCHAAK, *Yale L. J.*, núm. 106, 1997, p. 2259, vid. asimismo CASSESE, *supra* nota 2, p. 336; HEINTZE, «Zur Durchsetzung der UN-Völkermordkonvention», en *Humanitäres Völkerrecht (HuV-I)*, núm. 13, 2000, pp. 225 y 227, GÓMEZ-BENÍTEZ, «El exterminio de grupos políticos en el Derecho Penal Internacional...», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 4, 2000, pp. 147 y esp. 148 ss., SUNGA, «The Crimes within the Jurisdiction of the ICC» (parte II, arts. 5-10), *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.*, núm. 6, 1998, pp. 377 y 383, quien señala que tener sistemáticamente en la mira un grupo con base en la nacionalidad, la etnia, la raza o la religión, encierra un potencial mucho mayor para las violaciones masivas, por la simple razón de que las víctimas elegidas pueden apartarse del resto de la población con especial facilidad, en vista de su diferencia relativamente inmutable.

¹⁰ Cfr. SCHABAS, en TRIFFTERER (ed.), «Commentary on the Rome Statute of the ICC», 1999, art. 6, mn. 6.

¹¹ CASSESE, *supra* nota 2, p. 345; crít. NTANDA NSEREKO, en McDONALD y SWAAK-GOLDMAN, *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, vol. 1, 2000, pp. 113 y 130, quien advierte que es inconsistente incluir los grupos religiosos y excluir los políticos, puesto que en ambos casos pertenecer a los mismos «es cuestión de voluntad o elección» [«is a matter of will or choice»].

¹² Según «Prosecutor v. Niyitegeka», A. Ch. Judgment de 9 de julio de 2004 (ICTR-96-14-A), par. 53, «the term “as such” clarifies the specific intent requirement. It does not prohibit a conviction for genocide in a case in which the perpetrator was also driven by other motivations that are legally irrelevant in this context».

rio, como los grupos políticos y económicos»¹³. Un criterio común de los grupos protegidos por la Convención es que «los miembros de los grupos no cuestionan normalmente su pertenencia a los mismos, pues son parte de ellos automáticamente por nacimiento de forma continua y a menudo irremediable»¹⁴. De modo parecido, en «Rutaganda» se estableció que los grupos políticos y económicos se excluyeran de los grupos protegidos, porque se consideran «grupos móviles»¹⁵. En «Jelisić», una de las Salas de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) se refirió a los grupos «estables», «que se definen objetivamente y a los que pertenecen los individuos a pesar de sus propios deseos», por lo que se dejó de lado a los grupos políticos¹⁶.

Asimismo, la resolución «Jelisić» invocó explícitamente por primera vez un *criterio* supuestamente *subjetivo* —y no uno *objetivo*— para definir si un grupo es nacional, étnico, etc.¹⁷. Dado que sería un «ejercicio arriesgado» delimitar un grupo con criterios puramente objetivos y científicamente irreprochables, es «más apropiado» evaluar su *status* desde la perspectiva de las personas «que desean distinguir a ese grupo del resto de la comunidad»¹⁸, esto es, para los supuestos autores del crimen. Este criterio se remite a la resolución «Kayishema» del TPIR, en la que una de las Salas de Primera Instancia distinguió entre la «autoidentificación» de un grupo y su «identificación por parte de otros»¹⁹. No obstante, en el juicio paralelo «Rutaganda», este criterio se entendió de un modo más restringido; así, aun cuando se reconoció que la pertenencia es esencialmente un concepto subjetivo, también se afirmó que no basta con una «definición subjetiva única»²⁰. Finalmente, en el muy reciente juicio «Krstić», la primera condena del TPIY relativa al genocidio, el criterio subjetivo prevaleció de nuevo al identificar

¹³ Todas las citas de la jurisprudencia del TPIR y del TPIY son una traducción del original inglés: [*constituted in a permanent fashion and membership of which is determined by birth, with the exclusion of the more "mobile" groups which one joins through individual voluntary commitment, such as political and economic groups*], «Prosecutor v. Akayesu», Judgement de 2 de septiembre de 1998 (ICTR-96-4-T), par. 511.

¹⁴ «Membership in such groups would seem to be normally not challengeable by its members, who belong to it automatically, by birth, in a continuous and often irremediable manner», *ibid.*, par. 70.

¹⁵ «Prosecutor v. Rutaganda», Judgement de 6 de diciembre de 1999 (ICTR-96-3-T), par. 56.

¹⁶ «Objectively defined and to which individuals belong regardless of their own desires...», «Prosecutor v. Jelisić», Judgement de 14 de diciembre de 1999 (IT-95-10-T), par. 69.

¹⁷ *Ibid.*, par. 70.

¹⁸ «Who wish to single that group out from the rest of the community».

¹⁹ «Prosecutor v. Kayishema», *supra* nota 7, par. 98, *vid.* también «Prosecutor v. Brdanin», Judgement de 1 de septiembre de 2004 (IT-99-36-T), par. 683, «the victim may perceive himself or herself to belong to the aforesaid group».

²⁰ «Prosecutor v. Rutaganda», *supra* nota 15, pars. 55-56, similar «Prosecutor v. Brdanin», *supra* nota 19, par. 684.

el grupo en cuestión mediante su estigmatización por los autores²¹. A su vez, la Sala de Primera Instancia en el caso «Kamuhanda» propuso una combinación equitativa de los criterios objetivo y subjetivo²².

Aunque es dudoso que el enfoque subjetivo contribuya a una mayor certidumbre jurídica, desde un punto de vista puramente técnico puede afirmarse que es consecuencia de la estructura del delito de genocidio como crimen de intención especial (*vid. infra*, II.2); ya que si el elemento dominante del delito es la intención especial del autor de destruir determinado grupo, esto es, su estado de ánimo respecto del mismo, el grupo puede también definirse según dicho estado de ánimo, es decir, desde la perspectiva subjetiva del autor²³.

En resumen: los grupos políticos, económicos y culturales no están protegidos por la Convención ni por las disposiciones de los Estatutos de los Tribunales Internacionales. La laguna puede llenarse, sin embargo, con el crimen de persecución como crimen contra la humanidad según el art. 7.2.g) que, de cualquier manera, ya se había utilizado en algunos casos para castigar el exterminio de judíos y de otros grupos étnicos o religiosos en la Alemania nazi²⁴. Volveremos sobre este crimen más adelante [B.II.2.h).

b) Las formas específicas del genocidio

El Estatuto de la Corte Penal Internacional ha catalogado en el art. 6 las siguientes formas específicas de genocidio: a) matar a miembros del grupo; b) lesionar gravemente la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) someter intencionalmente el grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) imponer medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) trasladar por la fuerza niños de un grupo a otro. Esta lista es exhaustiva y, por consiguiente, impide que los Estados la extiendan a otras formas de genocidio²⁵. Esto también es aplicable a la denominada «limpieza étnica» [*vid. infra*, f)].

²¹ «Prosecutor v. Krstić», *supra* nota 7, par. 557. En el par. 556 los «criterios científicamente objetivos» fueron considerados «inconsistentes con la finalidad de la Convención» («inconsistent with the object and purpose of the Convention»).

²² «Prosecutor v. Kamuhanda», Judgement de 22 de enero, 2004 (ICTR-99-54-T), par. 630; «Prosecutor v. Brdanin», *supra* nota 19 par. 684.

²³ Para el mismo punto de vista, aunque sin dar una fundamentación, *vid.* GÓMEZ-BENÍTEZ, *supra* nota 9, p. 149.

²⁴ CASSESE, *supra*, núm. 2, p. 336.

²⁵ NSEREKO, *supra*, núm. 4, p. 128, BOOT, *Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes nullum Crimen sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the ICC*, 2002, par. 415; para el genocidio cultural, *vid. infra*, III. 2b)i).

Las víctimas de los actos específicos deben ser miembros del grupo nacional, racial, étnico o religioso, que constituye el *objetivo* del genocidio en cuestión ²⁶. Aun cuando es evidente que, desde un punto de vista subjetivo, el autor de un crimen semejante debe *pretender* o *buscar* la destrucción de una cantidad apreciable de miembros del grupo, objetivamente sólo se requiere que ataque con éxito por lo menos a dos de ellos. La estructura del delito de genocidio, como crimen de intención, incluso admite el punto de vista de que los autores sólo maten, etc. —objetivamente— a un miembro del grupo ²⁷. No obstante, el problema que presenta esta interpretación es que los actos fundamentales se refieren a los *miembros del grupo* [pars. a) y b) y a los *niños de éste* (par. e)] en plural; en otros términos, una interpretación estricta exige, objetivamente, que haya dos víctimas por lo menos ²⁸.

a') Asesinar a los miembros del grupo

El *actus reus* del acto de «asesinar a los integrantes del grupo» ²⁹ no suscita mucha polémica. Los Elementos de los Crímenes, instrumento subsidiario al Estatuto (art. 9), declaran: «Que el autor haya dado muerte (etc.) a una o más personas» ³⁰. Una nota a pie de página agrega que el término «dado muerte» es intercambiable con el de «causado la muerte» ³¹, lo cual se halla respaldado por la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* ³². La causación de la muerte se lleva a cabo generalmente mediante asesinatos masivos, incendios de casas pertenecientes a quienes forman parte del grupo, destrucción de la infraestructura y de otros sistemas para el sustento de la vida, así como conduciendo por la fuerza a los miembros del grupo a campos denominados «protegidos» o de concentración, donde los asesinan en masa o los dejan morir ³³.

²⁶ "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 13, par. 712, «tales actos, como se cometieron contra la víctima V, fueron, por consiguiente, perpetrados contra un hutu, por lo que no pueden constituir un crimen de genocidio contra el grupo tutsi».

²⁷ "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 13, par. 521, NSEREKO, *supra* nota 11, pp. 125-126; SCHABAS, *Genocide in International Law*, Cambridge, 2000, p. 158; el art. 6 de los Elementos del los Crímenes, tal como se adoptó en el primer período de sesiones de la Asamblea de los Estados Parte (3 al 10 de septiembre de 2002), ICC-ASP/1/3, establece como el primer elemento de todas las cinco alternativas el siguiente: «Que el autor haya dado muerte (...) a una o más personas».

²⁸ Conc. CASSESE, *supra* nota 2, p. 345.

²⁹ Los escritos y la jurisprudencia pertinentes se concentran, por lo tanto, en el lado subjetivo de esta opción. *Vid.*, por ejemplo, SCHABAS, *supra* nota 27, pp. 157, 158, 441-442, *Booth*, *supra* nota 25, pp. 441-443, e *infra*, III.1a).

³⁰ Elementos del los Crímenes, *supra* nota 27, art. 6.a).

³¹ *Ibid.*, n. 2.

³² "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 11, par. 500; "Prosecutor v. Rutaganda", *supra* nota 15, par. 50, "Prosecutor v. Musema", *Judgement* de 27 de enero de 2000 (ICTR-96-13-T), par. 155; "Prosecutor v. Ngeze", *Judgement* de 3 de diciembre de 2003 (ICTR-97-27-T), pars. 952-953.

³³ *Vid.* NSEREKO, *supra* nota 4, p. 128.

b') Causar daños corporales o mentales graves a los miembros del grupo

Según el juicio "Eichmann", los siguientes actos pueden constituir un daño corporal o mental serio: «la esclavitud, inanición, deportación, persecución y el arresto de individuos en guetos, campos transitorios y de concentración, en condiciones cuyo fin sea causar su degradación, la privación de sus derechos como seres humanos y para eliminarlos y provocarles un sufrimiento y una tortura inhumanos» ³⁴. La Sala de Primera Instancia del TPIR considera que causar «daños físicos o mentales graves, sin limitarse a los mismos, equivale a infligir actos de tortura, físicos o mentales, trato inhumano o degradante, persecución», lo mismo que actos de violencia sexual, violaciones, mutilaciones e interrogatorios, combinados con golpizas y/o amenazas de muerte ³⁵. En "Krstic", la Sala de Primera Instancia I declara que «el trato inhumano, la tortura, la violación, el abuso sexual y la deportación están entre los actos que pueden causar serios daños físicos o mentales» ³⁶. La Sala de Primera Instancia en el caso "Kamuhanda" establece que el daño físico o mental infligido a miembros del grupo debe ser de tal naturaleza que amenace su destrucción total o parcial. En todo caso, no tiene que ser necesariamente permanente o irremediable, es decir, incluye también acciones no mortales ³⁷. «Causar un daño mental serio» puede implicar que se fuerce a los miembros del grupo elegido a consumir estupefacientes con el fin de debilitarlos mentalmente ³⁸.

La expresión «daños físicos o mentales graves» da pie a que surjan opiniones divergentes en cuanto a la *seriedad del daño* infligido a tales individuos. ¿Tiene que ser el daño permanente e irremediable? Mientras que al parecer existe acuerdo en que el daño *físico no necesita ser permanente*, se ha discutido mucho en lo concerniente al *daño mental* ³⁹. El

³⁴ «The enslavement, starvation, deportation and persecution and the detention of individuals in ghettos, transit camps and concentration camps in conditions which were designed to cause their degradation, deprivation of their rights as human beings and to suppress them and cause them inhuman suffering and torture», *The Israeli Government*, "Prosecutor General v. Adolf Eichmann", Jerusalem District Court, 12 de diciembre de 1961, en *International Law Reports (ILR)*, vol. 36, 1968, p. 340.

³⁵ «Serious bodily or mental harm, without limiting itself thereto, to mean acts of torture, be they bodily or mental, inhumane or degrading treatment, persecution». "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 13, pars. 504, 706-707; de igual parecer son "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 7, par. 108; "Prosecutor v. Bagilishema", *supra* nota 8, par. 59.

³⁶ «Inhuman treatment, torture, rape, sexual abuse and deportation are among the acts which may cause serious bodily or mental injury», "Prosecutor v. Krstic", *supra* nota 7, par. 513.

³⁷ "Prosecutor v. Kamuhanda", *supra* nota 22, par. 633-634.

³⁸ NSEREKO, *supra* nota 4, p. 129.

³⁹ SCHABAS, *supra* nota 27, p. 162.

juicio "Krstic" observó «que un daño serio no necesita causar un perjuicio permanente e irremediable, sino que debe ir más allá de la infelicidad, la vergüenza o la humillación temporales. Debe ser de tal magnitud que cause un deterioro a largo plazo en la capacidad de la persona para llevar una vida normal y constructiva»⁴⁰. La Sala de Primera Instancia "Bagilishema" sostuvo que el «daño grave implica algo más que un perjuicio menor en las facultades mentales o físicas, aunque no es necesario que llegue al daño permanente o irremediable»⁴¹. La jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* determina la gravedad según el caso⁴².

No tiene importancia si el daño físico o mental impuesto a los miembros del grupo sea suficiente para amenazar la destrucción del mismo⁴³. Semejante requisito iría más allá de las sencillas palabras del texto; y tal interpretación del Estatuto de Roma tampoco está respaldada por los *travaux préparatoires*, además de que confundiría los requisitos del *actus reus* con los de la *mens rea*⁴⁴.

- c') Someter intencionalmente al grupo a condiciones de vida cuya finalidad prevista sea causar su destrucción física total o parcial.

Esta forma de genocidio hace referencia a la destrucción de un grupo por medio de una «muerte lenta»⁴⁵. Entre los métodos utilizados pueden mencionarse la denegación de nutrientes (comida y agua) a sus

⁴⁰ «That serious harm need not cause permanent and irremediable harm, but it must involve harm that goes beyond temporary unhappiness, embarrassment or humiliation. It must be harm that results in a grave and long-term disadvantage to a person's ability to lead a normal and constructive life», "Prosecutor v. Krstic", *supra* nota 7, par. 513.

⁴¹ «Serious harm entails more than minor impairment on mental or physical faculties, but it need not amount to permanent or irremediable harm», "Prosecutor v. Bagilishema", *supra* nota 8, par. 59.

⁴² "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 7, pars. 108-113, "Prosecutor v. Rutaganda", *supra* nota 15, par. 51, "Prosecutor v. Musema", *supra* nota 32, par. 156, "Prosecutor v. Krstic", *supra* nota 7, par. 513.

⁴³ SCHABAS, *supra* nota 10, art. 6, mn. 10; *id.*, *supra*, n. 27, p. 161, BOOT, *supra* nota 25, par. 417; sin embargo, *vid.* el *Report of the ILC on the Work of its Forty-Eighth Session*, 6 de mayo al 26 de julio de 1996, UN Doc. A/51/10, p. 91.

⁴⁴ SCHABAS, *supra* nota 10, art. 6, mn. 10; *id.*, *supra* nota 27, p. 161.

⁴⁵ NSEREKO, *supra* nota 11, p. 129, da un ejemplo clásico: «cuando los alemanes llevaron a los hereros de Namibia al árido y seco desierto de Omaheke, y cuando después los encerraron con un cordón de 250 kilómetros, se volvió imposible que alguien escapara de ahí» (cita de DRECHSLER, *Let us die fighting: Struggle of the Herero and the Nama against German Imperialism (1884-1915)*, Londres, 1980, p. 156, quien refiere las consecuencias como sigue: «Este cordón se mantuvo hasta mediados de 1905 aproximadamente. La mayoría de los hereros hallaron una muerte lenta, agonizante. El estudio del general Staff mencionó que los omaheke habían sometido a los hereros a un destino peor que el que ninguna arma alemana podría jamás haber hecho, por muy cruenta y costosa que hubiese sido la batalla»).

integrantes, la expulsión sistemática de sus casas y la reducción de los servicios médicos esenciales por debajo del nivel vital mínimo, así como someterlos a un trabajo excesivo o a un esfuerzo físico extenuante⁴⁶. Es evidente que no es preciso que tales métodos maten inmediatamente a cualquiera de ellos, pero deben (subjektivamente) estar calculados para que, en última instancia, los aniquilen físicamente⁴⁷. Según la jurisprudencia alemana, basta con que los métodos sean (objetivamente) apropiados (*geeignet*) para destruir el grupo. No obstante, esta interpretación se basa en una traducción errónea de la expresión «finalidad prevista para» [*calculated to*] al término alemán *geeignet*, que sólo exige actos que causen un peligro abstracto para los intereses jurídicos protegidos⁴⁸. Los Tribunales *ad hoc* y los Elementos de los Crímenes guardan silencio al respecto⁴⁹. La Comisión Preparatoria rechazó la propuesta estadounidense, que exigía «que las condiciones de vida contribuyeran a la destrucción física de ese grupo»⁵⁰. El juicio en el caso "Kayishema" propuso que el art. 2.2.c) del Estatuto del TPIR se aplicara a aquellas situaciones que *probablemente* causaran la muerte haciendo caso omiso de si ésta ocurre realmente⁵¹, lo cual se asemeja al planteamiento alemán.

- d') Imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos en el grupo

Las palabras «imposición de medidas» indican la necesidad de un elemento de coerción⁵². Impedir nacimientos en el grupo, acción también conocida como genocidio biológico, es un acto que se lleva a cabo negándole a aquél los medios para reproducirse. Entre las medidas utilizadas se cuentan la esterilización forzada de hombres y mujeres, la mutilación sexual, el control natal forzado, la separación de ambos sexos y la prohibición del matrimonio⁵³. En el caso "Akayesu", la Sala de Primera Instancia declaró que:

⁴⁶ "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 13, par. 506, "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 7, pars. 115, 116, "Prosecutor v. Rutaganda", *supra* nota 15, par. 52, "Prosecutor v. Musema", *supra* nota 32, par. 157.

⁴⁷ "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 13, par. 505.

⁴⁸ Cfr. AMBOS y WIRTH, en FISCHER, KREB y LÜDERS (eds.), *International and national Prosecution of Crimes under International Law*, Berlín, 2001, pp. 769 y 784-789.

⁴⁹ *Elements of Crimes*, *supra* nota 27, art. 6.c).

⁵⁰ «That the conditions of life contributed to the physical destruction of that group...», RÜCKERT y WITSCHIEL, en FISCHER, KREB y LÜDER (eds.), *supra* nota 48, 59, p. 68.

⁵¹ *Prosecutor's Closing Brief*, 9 de octubre de 1998, p. 28 (cursivas nuestras).

⁵² BOOT, *supra* nota 25, par. 422.

⁵³ "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 13, par. 507.

«en las sociedades patriarcales, donde la pertenencia a un grupo está determinada por la identidad del padre, un ejemplo de una medida destinada a impedir nacimientos en ese grupo es cuando, en una violación, un hombre de otro grupo deja embarazada deliberadamente a una mujer del primero para hacer que ella dé a luz a un niño que, en consecuencia, no pertenecerá al grupo de la madre»⁵⁴.

Además, la Sala observó que

«las medidas destinadas a impedir nacimientos dentro del grupo pueden ser físicas, pero también pueden ser mentales. Por ejemplo, la violación puede ser un acto cuya intención sea la de impedir nacimientos, pues la mujer violada se rehusará a procrear, del mismo modo en que los miembros de un grupo pueden ser inducidos a no procrear por medio de amenazas o traumas»⁵⁵.

e') Traslado forzado de los niños de un grupo a otro

Esta forma de genocidio es muy discutible. Como veremos más adelante⁵⁶, algunos estudiosos argumentan que la tendencia general y el objetivo de la ley de genocidio es proteger el derecho del grupo a formas de *existencia física*, pero no de orden cultural o de otro tipo. Las formas no físicas de la existencia de un grupo están protegidas (primordialmente) por el Derecho internacional relativo a los derechos humanos y a los derechos de las minorías. De este modo, no pueden considerarse genocidas aquellos actos aparentemente dirigidos a destruir la *identidad* de un grupo pero que no destruyan físicamente a sus miembros. Aplicado al traslado forzado de niños, puede afirmarse que este acto lleva a la pérdida de la identidad cultural, ya que las criaturas se asimilan a otro grupo, pero no termina *per se* en la destrucción física del grupo. De hecho, cambiarlos de lugar es una forma de genocidio cultural; por ello, llama la atención que los redactores hayan decidido excluir el genocidio cultural de los alcances de la Convención⁵⁷. La Sala de Apelaciones consideró en el caso "Akayesu" que

⁵⁴ «In patriarchal societies, where membership of a group is determined by the identity of the father, an example of a measure intended to prevent births within a group is the case where, during rape, a woman of the said group is deliberately impregnated by a man of another group, with the intent to have her give birth to a child who will consequently not belong to its mother's group», "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 13, par. 507.

⁵⁵ «Measures intended to prevent births within the group may be physical, but can also be mental. For instance, rape can be a measure intended to prevent births when the person raped refuses subsequently to procreate, in the same way that members of a group can be led, through threats or trauma, not to procreate», *ibid.*, par. 508.

⁵⁶ Vid. *infra*, III.2.b).i).

⁵⁷ BOOT, *supra* nota 25, par. 422.

«al igual que en el caso de las acciones dirigidas a impedir nacimientos, el objetivo no es solamente el de castigar un acto directo de transporte físico forzado, sino también el de penar actos de amenazas o traumas que llevarían al transporte forzado de niños de un grupo a otro»⁵⁸.

Si la finalidad de trasladar a los niños de un grupo a otro es para someterlos al trabajo esclavo, ello equivaldría a imponerles condiciones de vida con el fin de causar su destrucción física, y ello recaería en la alternativa c'), analizada con anterioridad⁵⁹.

f') La llamada «limpieza étnica»: ¿otra forma de genocidio?

La expresión «limpieza étnica» fue omitida deliberadamente en el art. 6 del Estatuto de Roma, y, por tanto, hablando técnicamente, no constituye genocidio⁶⁰. La expresión «limpieza étnica» es relativamente nueva, y es difícil establecer su origen. Apareció en 1981 en los medios de comunicación yugoslavos cuando se hablaba en Kosovo de «territorios étnicamente limpios»⁶¹, y en 1992 en documentos de organismos internacionales. Desde entonces ha habido varios intentos de definirla⁶². Según el Informe de la Comisión de Expertos, la «limpieza étnica» comprende el asesinato, la tortura, el arresto y la detención arbitrarios, ejecuciones extrajudiciales y agresiones sexuales, aprisionar a la población civil, ataques militares deliberados o amenazas de ataque a civiles y en áreas civiles y destrucción injustificable de propiedades⁶³. El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Tadeusz Mazowiecki, equipara la limpieza étnica a «purga sistemática de la población civil basada en criterios étnicos, con miras a obligarla a abandonar los territorios en que vive»⁶⁴.

⁵⁸ «As in the case of measures intended to prevent births, the objective is not only to sanction a direct act of forcible physical transfer, but also to sanction acts of threats or trauma which would lead to the forcible transfer of children from one group to another», "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 13, par. 509; coincide "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 7, par. 118; "Prosecutor v. Rutaganda", *supra* nota 15, par. 54; "Prosecutor v. Musema", *supra* nota 32, par. 159.

⁵⁹ NSEREKO, *supra* nota 11, p. 130.

⁶⁰ Pero la Asamblea General de la ONU manifestó en el párrafo 9 de su Resolución 47/121 de 18 de diciembre de 1992 lo siguiente: «en persecución de la abominable política de "limpieza étnica", que es una forma de genocidio».

⁶¹ PETROVIC, «Ethnic Cleansing-An Attempt at Methodology», en *EJIL*, núm. 5, 1994, pp. 342-343.

⁶² SCHABAS, *supra* nota 27, p. 190.

⁶³ Primer Informe Intermedio de la Comisión de Expertos, 10 de febrero de 1993, UN Doc. S/25274, 1993, par. 56.

⁶⁴ Sexto Informe periódico sobre la situación de los derechos humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia presentado por el Sr. Tadeusz Mazowiecki el 21 de febrero de 1994, E/CN.4/1994/10, par. 283. El Fiscal del TPIY definió la limpieza étnica como «una práctica que

Siempre se ha discutido si la limpieza étnica constituye genocidio⁶⁵. Si tomamos en conjunto las definiciones existentes, este ilícito se propone desplazar una población de un territorio dado con objeto de hacerla étnicamente homogénea. Con ello se persigue un objetivo diferente del genocidio, pues no pretende destruir el grupo⁶⁶. Si bien los actos materiales ejecutados para cometer estos crímenes pueden asemejarse a menudo, la diferencia principal entre ellos estriba en las diferentes intenciones específicas: mientras que la limpieza étnica persigue el propósito de desplazar una población, el genocidio se propone destruirla⁶⁷. Así, es evidente que la «limpieza étnica» no tiene que ser por sí misma equivalente al genocidio⁶⁸, aunque por supuesto sigue siendo objeto de pena como crimen contra la humanidad y como crimen de guerra.

c) ¿Un elemento de contexto en el genocidio?

Aun cuando el texto del art. 6 del Estatuto de la CPI no exige claramente un elemento de contexto, los Elementos de los Crímenes manifiestan al final de cada una de las definiciones de las formas específicas de genocidio lo siguiente:

«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»⁶⁹.

Asimismo, el *Oberlandesgericht* (Tribunal Superior del Land) de Düsseldorf arguyó en “Jorgic” que, para hablar de genocidio, se requiere

implica que, en un territorio dado, se actúa de tal manera que se elimina a los miembros de determinado grupo étnico. Tal práctica pretende que tal y tal territorio sean, como los autores deseaban, étnicamente puros. En otras palabras: que ese territorio ya no contendría más que a los miembros del grupo étnico que tomó la iniciativa de limpiar el territorio...». «A practice which means that you act in such a way that in a given territory the members of a given ethnic group are eliminated. It means a practice that aims at such and such a territory be, as they meant, ethnically pure. [I]n other words, that that territory would no longer contain only members of the ethnic group that took the initiative of cleansing the territory...», “Prosecutor v. Karadzic and Mladic”, Transcript of Hearing, 28 de junio de 1996 (IT-95-18-R61), p. 128. CASSESE, *supra* nota 2, p. 338, define la «limpieza étnica» como la «la expulsión por la fuerza de civiles pertenecientes a un grupo en particular de una zona, aldea o pueblo» «forcible expulsion of civilians belonging to a particular group from an area, village, or town».

⁶⁵ Sobre este debate, *vid. asimismo* JONES, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2.^a ed., 2000, pp. 99-102, SCHABAS, *supra* nota 10, art. 6, mn. 8.

⁶⁶ SCHABAS, *supra* nota 27, p. 199.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 200.

⁶⁸ CASSESE, *supra* nota 2, p. 342.

⁶⁹ Elementos de los Crímenes, *supra* nota 27.

re una «conducción centralizada y organizada estructuralmente»⁷⁰. El Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) adoptó el mismo punto de vista⁷¹. Pese a que este requisito estará presente en la mayor parte de los casos, el Derecho Internacional no lo exige, ni existe la necesidad de semejante elemento (adicional)⁷². Así, los Tribunales *ad hoc* han afirmado repetida y correctamente que la existencia de un plan o de una política no es un ingrediente jurídico del crimen de genocidio y que solamente puede llegar a ser un factor importante para probar la intención especial⁷³. En consecuencia, los “Elementos” violan el art. 9.3 del Estatuto y, por lo tanto, deben considerarse sin efecto⁷⁴.

3. *Mens rea*

a) *El elemento subjetivo general (dolo)*

Según el art. 30 del Estatuto, «una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen (...) únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen». A pesar de las complejas cuestiones implicadas en la interpretación de esta disposición y el elemento mental en el Derecho penal en general⁷⁵, es suficiente para nuestros fines establecer que el «genocidio», *i. e.*, el encabezado y las diferentes formas de su comisión, debe perpetrarse con premeditación y conocimiento. En otros términos: en la intención y el conocimiento del autor de este crimen están comprendidos todos los elementos (materiales) del encabezado y el acto específico. De acuerdo con la jurisprudencia, el autor debe saber, por una parte, que la víctima es un miembro del grupo⁷⁶ y, por otra, debe actuar

⁷⁰ *OLG Düsseldorf*, Juicio de 26 de septiembre de 1997, 2 StE 8/96, mecanoscrito inédito (en los archivos del autor), p. 162 («strukturell organisierte zentrale Lenkung»). sobre la jurisprudencia alemana, *vid. AMBOS y WIRTH, supra* nota 48, p. 769.

⁷¹ BverfGE, Juicio de 12 de diciembre de 2000 - 2 BvR 1290/99, III. 4a; disponible en www.bverf.de/entscheidungen/frames/2000/12/12_EuGRZ_2001_pp_76-82_crit_AMBOS_y_WIRTH_supra_nota_48_pp_789-90.

⁷² AMBOS y WIRTH, *supra* nota 48, pp. 789-790; TRIFFTERER, *supra* nota 8, pp. 406-408.

⁷³ “Prosecutor v. Jelusic”, Judgement de 5 de julio de 2001 (IT-95-10-A), par. 48; “Prosecutor v. Jelusic”, *supra* nota 16, pars. 100-101, “Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana”, Judgement de 1 de junio de 2001 (ICTR-95-1-A), par. 138; “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 7, par. 276.

⁷⁴ AMBOS y WIRTH, *supra* nota 48, p. 790.

⁷⁵ *Vid.* para un análisis detallado Eser, en CASSESE *et al.*, *supra* nota 2, pp. 889 ss., AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlin, 2002, pp. 757 ss., TRIFFTERER, *supra* nota 8, p. 400.

⁷⁶ “Prosecutor v. Rutaganda”, *supra* nota 15, par. 60, “Prosecutor v. Musema”, *supra* nota 32, par. 165, “Prosecutor v. Bagilishema”, *supra* nota 8, par. 61, “Prosecutor v. Jelusic”, *supra* nota 16, par. 66, “Prosecutor v. Semanza”, Judgement de 15 de mayo de 2003 (ICTR-97-

con la intención de apoyar la destrucción del mismo ⁷⁷. En tanto que el primer requisito se refiere a la *mens rea* general, puesto que la pertenencia al grupo es un elemento material bajo la modalidad de una circunstancia y, como tal, el autor debe ser consciente de ella (art. 30.3 del Estatuto), la intención de promover la destrucción del grupo integra la intención especial, que se analizará más adelante [b)]. El problema es que los Tribunales no distinguen precisamente entre la *mens rea* general y la intención especial como un elemento subjetivo especial (*subjektives Tatbestandsmerkmal*) ⁷⁸.

Si el autor del genocidio carece del conocimiento de una circunstancia, incurre normalmente en un error de hecho y con ello quedaría excluida la responsabilidad penal [art. 32.1) Estatuto]. Si, por ejemplo, el autor mata —objetivamente— a un judío, pero no sabe —subjetivamente— que la víctima pertenece a ese grupo religioso, actúa sin conocimiento de la circunstancia «miembro de un grupo religioso», y este error «hace desaparecer el elemento de intencionalidad», o, para ser más exacto, una parte del elemento subjetivo. De esta manera, el error de hecho es solamente la otra cara de la moneda de (la existencia) de la *mens rea*. Otro asunto, que traté en otro lugar, es si no es demasiado rígido declarar irrelevantes en principio todos los errores que no hacen desaparecer el elemento de intencionalidad (art. 32.2 Estatuto) ⁷⁹.

a') Matanza de los miembros de un grupo

El término «matanza» («*killing*») es más amplio que el de «asesinato» («*murder*»), ya que este último requiere, según algunos Derechos nacionales, algo más que la intención de causar la muerte, a saber: la premeditación ⁸⁰. En cuanto a las versiones inglesa y francesa de la terminología de esta alternativa, la Sala de Primera Instancia «Kayishema» declaró «que casi no existe ninguna diferencia entre el término «matanza»... y «*meurtre*»» ⁸¹; sin embargo, puesto que matanza

20), par. 427, TRIFFTERER, *supra* nota 8, p. 400, exige que se conozca a qué grupo pertenece la víctima, y que ésta sea «atacada por el autor con tal conocimiento de ese dato» [«...attacked in this capacity by the perpetrator»].

⁷⁷ Cfr. «Prosecutor v. Kayishema», *supra* nota 7, par. 91: en consecuencia, por medio de su acto «el autor no (...) sólo manifiesta su odio hacia el grupo a que pertenece su víctima, sino que también comete este acto a sabiendas como parte de una intención de más amplio alcance para destruir (...) al grupo del que su víctima es miembro», «the perpetrator does not (...) only manifest his hatred of the group to which his victim belongs but also knowingly commits this act as part of a wider-ranging intention to destroy the (...) group of which the victim is a member», «Prosecutor v. Semanza», *supra* nota 76, para. 312.

⁷⁸ Vid. *supra*, ns. 76-77.

⁷⁹ Vid. AMBOS, *supra* nota 74, pp. 805 ss. y 822-824.

⁸⁰ SCHABAS, *supra* nota 27, p. 241; BOOT, *supra* nota 25, par. 416.

⁸¹ «That there is virtually no difference between the term «*killing*» (...) and «*meurtre*» (...)».

(«*killing*») o *meurtre* deberían considerarse junto con la intención especial del genocidio, ambos conceptos exigen que la matanza sea intencional ⁸². Otras Salas adujeron que «el concepto *matanza* comprende tanto la matanza intencional como la no intencional, mientras que el de *meurtre* se refiere exclusivamente a la matanza cometida con la intención de provocar la muerte» ⁸³. No obstante, estas Salas llegaron al mismo resultado al considerar que «siguiendo los principios del Derecho penal, debe adoptarse la versión que favorezca más al acusado [es decir, el requisito de la intención]» ⁸⁴. Así pues, la matanza («*killing*») debe cometerse, según el art. 30 del Estatuto, de manera intencional aunque no necesariamente premeditada ⁸⁵.

b') Someter deliberadamente a un grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial

Al usar el término «deliberadamente» («*deliberately*»), los redactores de la Convención deseaban expresar que esta forma específica de genocidio no solamente requiere que exista una intención general, sino un tipo de plan o deliberación previa dentro del significado del concepto francés de *préméditation* ⁸⁶. Sin embargo, el término «deliberadamente» sólo se refiere, como lo muestran las traducciones española y francesa («*intentionnelle*», «intencional»), al requisito general de la intención ⁸⁷. De ahí que la expresión clave sea cuya finalidad ⁸⁸, que indica que la imposición de las condiciones indicadas debe ser el mecanismo principal utilizado para destruir el grupo, más que algún tipo de maltrato concomitante o incidental al crimen ⁸⁹. El TPIR establece como requisito que «los métodos de destrucción (...) se dirigen en última instancia a su destrucción física [de los miembros del grupo]» ⁹⁰.

⁸² «Prosecutor v. Kayishema», *supra* nota 7, par. 104.

⁸³ «The concept of killing includes both intentional and unintentional homicide, whereas *meurtre* refers exclusively to homicide committed with the intent to cause death».

⁸⁴ «Pursuant to the general principles of criminal law, the version more favourable to the Accused (i. e., the requirement of intent) must be adopted». «Prosecutor v. Bagilishema», *supra* nota 8, pars. 57-58, «Prosecutor v. Akayesu», *supra* nota 13, par. 501, «Prosecutor v. Rutaganda», *supra* nota 15, par. 50, «Prosecutor v. Musema», *supra* nota 32, par. 155, *vid. asimismo* AMBOS, *supra* nota 75, pp. 795-796.

⁸⁵ BOOT, *supra* nota 25, par. 416. Recientemente confirmado por «Prosecutor v. Kamuhanda», *supra* nota 22, par. 632, «Prosecutor v. Brdanin», *supra* nota 19, pars. 689 y 386.

⁸⁶ ROBINSON, *The Genocide Convention: A Commentary*, 1960, p. 60; SCHABAS, *supra* nota 27, p. 243.

⁸⁷ AMBOS y WIRTH, *supra* nota 48, p. 785. AMBOS, *supra* nota 75, p. 796.

⁸⁸ Los Elementos de los Crímenes, *supra* nota 27, ni siquiera mencionan esta expresión.

⁸⁹ SCHABAS, *supra* nota 27, p. 243.

⁹⁰ «Methods of destruction (...) are, ultimately, aimed at their «the group members» physical destruction». «Prosecutor v. Rutaganda», *supra* nota 15, par. 52, «Prosecutor v. Musema», *supra* nota 32, par. 157; igualmente, «Prosecutor v. Akayesu», *supra* nota 13, par. 505.

c') Imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos en el grupo

Cualquiera de las medidas impuestas deben «tener el objetivo de» impedir nacimientos. No es necesario que el autor del genocidio haya tenido la intención de impedir los nacimientos por completo. Basta con que la finalidad de tales medidas sea evitarlos parcialmente ⁹¹.

Si bien los programas públicos de control natal están en realidad orientados a impedir nacimientos (en parte), no están comprendidos en la estipulación cuando son voluntarios, es decir, cuando no están sujetos a una presión o a una coerción indebida. Y aun cuando sean obligatorios, como es el caso de la política china de procrear solamente hijos únicos, no constituyen genocidio por cuanto sus autores no pretenden destruir un grupo ⁹².

d') Trasladar por la fuerza a los niños de un grupo a otro

Si esta alternativa se concibe como una forma de genocidio cultural ⁹³, puede argüirse que sólo es necesario referir la intención del autor a la destrucción del grupo en un sentido cultural y no necesariamente biológico ⁹⁴. Esto implicaría, no obstante, que la naturaleza de la intención especial dependiera de la forma esencial en que se cometiese el crimen. Como se verá más adelante ⁹⁵, la naturaleza de la destrucción depende de la interpretación del término «destruir» y del interés u objeto protegido por el delito. Este enfoque es más convincente porque relaciona la conducta del autor con el crimen de genocidio como un todo y no sólo con la ejecución, a veces accidental, de una u otra alternativa.

b) El requisito de la intención especial

a') Consideraciones generales

Para hablar de genocidio se requiere la intención «específica» o «especial» ⁹⁶ de destruir uno de los grupos protegidos. En el Derecho

⁹¹ BOOT, *supra* nota 25, par. 422.

⁹² SCHABAS, *supra* nota 27, p. 244.

⁹³ *Vid. supra*, 2.b), e).

⁹⁴ SCHABAS, *supra* nota 27, pp. 245, 228-230.

⁹⁵ *Vid. infra* 1.3.b), b'), a'').

⁹⁶ TRIFFTERER, *supra* nota 8, pp. 399-400, considera que la expresión «intención genocida» respecto del requisito especial es «engañosa». El problema es que no existe otra expresión mejor.

consuetudinario, el concepto de intención especial se utiliza para diferenciar los delitos de «intención general», esto es, aquellos según los cuales no se precisa ningún nivel o grado determinado de intención. En la tradición del Derecho civil, la intención especial corresponde al *dolus directus* de primer grado; es decir, destaca el elemento volitivo del *dolus*. Se ha dicho que un delito de intención especial requiere la ejecución del *actus reus* pero en asociación con una intención o un propósito que vaya más allá de la mera realización del acto (*überschießen-de Innentendenz*) ^{97, 98}; bien que consta de «una intención criminal agravada que debe existir además de la intención criminal que acompaña el delito fundamental» ⁹⁹. Con todo, los detalles son sumamente polémicos. Si tomamos en serio la muy exitosa teoría cognitivista ¹⁰⁰, el elemento volitivo ya no forma parte del *dolus eventualis* y, en consecuencia, la intención especial sólo implica un conocimiento (positivo) de los elementos constitutivos del *actus reus*. Tal teoría es, en realidad o por accidente, el fundamento de diferentes y variados intentos de algunos escritores por disminuir el umbral subjetivo del genocidio utilizando una «interpretación fundada en el conocimiento» («*knowledge-based interpretation*») ¹⁰¹. Esta última llevó asimismo a una propuesta durante las negociaciones de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que sólo planteaban como requisito que el autor «supiera, o hubiera debido saber» que su conducta destruiría un grupo ¹⁰². Si bien dicha propuesta se rechazó al final, la discusión no termina aún, en virtud de que los seguidores de la interpretación fundada en el conocimiento argumentarán que no se trata de *reescribir* el delito de genocidio, sino sólo de *interpretar* correctamente el requisito de la intención especial.

En cuanto a la jurisdicción, en su primera resolución en «Akayesu», el TPIR definió la «intención especial» como la «intención especial (...) que requiere que el autor procure producir claramente el acto» ¹⁰³, o que «tenga la clara intención de causar el acto» ¹⁰⁴. Un delito de inten-

⁹⁷ AMBOS, *supra* nota 75, p. 789.

⁹⁸ SCHABAS, *supra* nota 27, p. 218. TRIFFTERER, *supra* nota 8, p. 402: «los crímenes que se conocen por tener un elemento subjetivo extendido» [«*so-called crimes with an extended mental element*»].

⁹⁹ «An aggravated criminal intent that must exist in addition to the criminal intent accompanying the underlying offence», *vid. CASSESE, supra* nota 2, p. 338.

¹⁰⁰ *Cfr.* la obra fundamental de FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 101-102, 255 ss., 300 ss. y *passim*.

¹⁰¹ *Vid.* GREENWALT, *Colum. L. Rev.* núm. 99, 1999, pp. 2259, 2265 ss.; GIL GIL, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 231 ss., 236 ss.; TRIFFTERER, *Festschrift Roxin*, 2001, pp. 1422, 1438 ss. 1441 ss.; VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, 2002, p. 101; hay un resumen en AMBOS, *supra* nota 75, pp. 790-795.

¹⁰² UN-Doc. PCNICC/1999/WGEC/RT.1.

¹⁰³ «Specific intention (...) which demands that the perpetrator clearly seeks to produce the act», «Prosecutor v. Akayesu», *supra* nota 13, par. 497.

¹⁰⁴ «Have the clear intent to cause the offence», *ibid.*, par. 518.

ción especial está «caracterizado por una relación psicológica entre la consecuencia corporal y el estado mental del autor»¹⁰⁵. En sentido parecido se expresó la Sala de Primera Instancia en el caso “Kambanda” respecto del «elemento del *dolus specialis*»¹⁰⁶ y en “Kayishema” respecto del requisito de la «intención especial»¹⁰⁷.

El TPIY adoptó una postura más sofisticada. En “Jelisić”, la intención especial se definió en relación con la naturaleza discriminatoria de los actos; en otros términos: con la selección de las víctimas en función de su pertenencia a un grupo protegido¹⁰⁸. En cuanto al grado de la intención exigida, la Sala rechaza de hecho una interpretación fundada en el conocimiento, presentada por la persecución penal, apegándose al requisito tradicional de la intención especial desarrollado por la Sala de Primera Instancia en el caso “Akayesu”¹⁰⁹. En realidad, la Sala absuelve al acusado de genocidio porque «mató arbitrariamente, y no con la clara intención de destruir un grupo»¹¹⁰. La Sala de Apelaciones ratificó el estrecho concepto de la intención especial de la Sala de Primera Instancia y descartó explícitamente la definición más amplia de la persecución penal, en la que se incluía el conocimiento¹¹¹. En “Krstić”, en su primera condena relacionada con el genocidio, el TPIY diferenció «entre la intención individual del acusado y la intención implicada en la concepción y comisión del crimen»¹¹². De este modo la Sala se refiere, por una parte, al acto colectivo de genocidio motivado por la intención especial de destruir y que «debe poder distinguirse en el acto criminal mismo»¹¹³ y, por otro lado, a los actos individuales de quienes participan en el acto colectivo de genocidio. En tanto que aquellos que forman parte del mismo pueden tener intenciones y motivos diferentes, para que sean procesados por genocidio cada uno de ellos debe compartir «la intención de que se lleve a cabo un genocidio»¹¹⁴. El propósi-

¹⁰⁵ «Characterized by a psychological relationship between the physical result and the mental state of the perpetrator», *idem*.

¹⁰⁶ “Kambanda”, Judgement de 4 de septiembre de 1998 (ICTR 97-23-S), par. 16.

¹⁰⁷ “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 7, par. 89.

¹⁰⁸ “Prosecutor v. Jelisić”, *supra* nota 16, par. 67.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pars. 84 y ss. (86).

¹¹⁰ “He killed arbitrarily rather than with the clear intention to destroy a group”, *ibid.*, par. 108.

¹¹¹ “Prosecutor v. Jelisić”, *supra* nota 16, pars. 41 y ss. (46: «Seeks to achieve the destruction (...)» [«persigue lograr la destrucción...»]). La Sala de Apelaciones también declaró (par. 45 con n. 81) que cuando utiliza la expresión *intención especial*, «esto no atribuye a esta expresión ningún significado que pueda tener en una jurisdicción nacional» [«it does not attribute to this term any meaning it might carry in a national jurisdiction»]. Sin embargo, esto no es ni útil ni verdadero, ya que la Sala no puede separar completamente el Derecho penal nacional del internacional, y menos aún cuando están en juego los principios generales.

¹¹² “Between the individual intent of the accused and the intent involved in the conception and commission of the crime”, “Prosecutor v. Krstić”, *supra* nota 7, par. 549.

¹¹³ “Must be discernible in the criminal act itself”, *ibid.*

¹¹⁴ “The intention that a genocide be carried out”, *ibid.*

to de la destrucción presupone que las víctimas fueron elegidas «a causa de su pertenencia a un grupo cuya destrucción se procuraba» [«... by reason of their membership in the group whose destruction was sought»]. No es suficiente con que tan sólo se conozca tal pertenencia¹¹⁵. De igual modo, la posibilidad de prever o la probabilidad de destruir el grupo —en el sentido de la mencionada interpretación fundada en el conocimiento— no basta, en virtud de que, según la Sala, no queda claro si esta norma refleja el Derecho consuetudinario y si aun así el genocidio deba entenderse, por lo tanto, en el sentido de abarcar sólo los actos «cuyo objetivo sea destruir todo el grupo o parte del mismo»¹¹⁶. De esta manera, la Sala sigue en realidad la jurisprudencia anterior. Asimismo, al igual que estos últimos, no analiza en detalle las propuestas concretas del enfoque fundado en el conocimiento, ni tampoco diferencia suficientemente entre los diferentes puntos de la doctrina¹¹⁷. En la misma línea, la Sala de Apelaciones sólo establece que el delito requiere una «intención genocida» o «específica»¹¹⁸.

Es evidente que el problema principal en los casos de genocidio es probar la intención especial. La Fiscalía quiere superar este problema reduciendo el grado de intención exigido. Debe ser suficiente con que el acusado «haya deseado conscientemente» la destrucción del grupo o que «supiera que sus actos lo destruyan»¹¹⁹. En otras palabras, como se ha dicho antes, la Fiscalía defiende lo que puede denominarse, desde el brillante artículo de Greenwalt¹²⁰, una «interpretación» o un «estándar fundado en el conocimiento» («a knowledge based interpretation or standard»).

Sin embargo, la disminución de los requisitos mentales en los delitos constituye una forma dudosa de superar los problemas probatorios. En todo caso, no es la única. La otra posibilidad es de tipo procesal, es decir, hacer *inferencias* o sacar conclusiones de ciertos *indicios* basados en hechos y circunstancias objetivos, declaraciones de testigos, etc.¹²¹. La ausencia de pruebas directas, como la confesión de un acusado de que actuó con intención especial, fuerza a cualquier Tribunal, sea que opere nacional o internacionalmente, a analizar los indicios

¹¹⁵ *Ibid.*, par. 561.

¹¹⁶ “With the goal of destroying all or part of the group”, *ibid.*, par. 571 (el énfasis es del texto original).

¹¹⁷ *Ibid.*, La Sala cita en la n. 1276 a los autores que defienden otros conceptos muy diferentes.

¹¹⁸ “Prosecutor v. Krstić”, *supra* nota 7, pars. 29, 37 und *passim*.

¹¹⁹ “He knew his acts were destroying the group”, cfr. “Prosecutor v. Jelisić”, *supra* nota 73, par. 42, “Prosecutor v. Krstić”, *supra* nota 7, par. 569.

¹²⁰ *Vid. supra* nota 101.

¹²¹ Cfr. VOLK, «Dolos ex re», en *Festschrift Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 611, 613 ss. y 619, en su etimología original del *dolos ex re*, esto es, de la intención que viene después de la comisión particular (externa) de un delito, *vid. también* NSEREKO, *supra* nota 11, p. 126.

disponibles y probablemente a deducir a partir de ellos la intención especial del acusado. La jurisprudencia ya utilizó este método en la casi olvidada resolución del procedimiento de la Regla 61 (de la Reglas de Procedimiento y Prueba) en "Karadzic and Mladic". La Sala de Primera Instancia del TPIY se refirió a «varios hechos», como, por ejemplo, la doctrina política general que permitió el surgimiento de los actos específicos y el «efecto combinado de discursos y proyectos» («combined effect of speeches or projects») que fundamentaron los actos ¹²². La Sala en "Akayesu" aceptó este enfoque invocando «varias presunciones de hecho» («a certain number of presumptions of fact»), tales como el contexto general de la comisión de los crímenes, la escala de las atrocidades, etc. ¹²³. De igual modo, la Sala de Apelaciones en "Jelusic" se refiere a «varios hechos y circunstancias» y cita, entre otros, el contexto general, la comisión de otros actos en contra del mismo grupo, la dimensión de las atrocidades, etc. ¹²⁴. *In casu*, la Sala de Primera Instancia ratificó la «intención discriminatoria» de "Jelusic", aunque no su intención de destruir el grupo ¹²⁵, mencionando no sólo el contexto general, sino también sus acciones y declaraciones ¹²⁶. En el caso "Krstic", la Sala menciona los ataques simultáneos a las propiedades culturales y religiosas, así como las casas de miembros del grupo como pruebas (indirectas) de la intención genocida del acusado ¹²⁷. Hablando en términos generales, todos los actos dirigidos contra un grupo protegido y que ocurren en determinada área geográfica, esto es, *in casu*, la matanza de 7.000 a 8.000 hombres musulmanes bosnios en edad militar en siete días en Srebrenica ¹²⁸, constituyen indicios fuertes de una intención especial por parte de los autores.

La Sala de Apelaciones también reafirma que la intención genocida, cuando falta una evidencia directa, «puede aún inferirse de las circunstancias fácticas del crimen» ¹²⁹. Esta deducción es posible incluso si los autores individuales no están definidos con precisión. Además, no es necesario que los autores eligieran «el método más eficiente» ¹³⁰ para llevar a cabo su objetivo de destruir a parte de un grupo; en particular, esto no es necesario si se encuentran «obligados por las circuns-

¹²² "Prosecutor v. Karadzic and Mladic", Consideration of the Indictment within the framework of Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence (IT-95-5-R61 e IT-95-18-R61), pars. 94-95.

¹²³ "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 13, par. 523 y en el par. 524 al citar "Prosecutor v. Karadzic and Mladic", *supra*, 122, par. 94, *vid.* asimismo "Prosecutor v. Rutaganda", *supra* nota 15, par. 61.

¹²⁴ "Prosecutor v. Jelusic", *supra* nota 73, par. 47.

¹²⁵ *Id.* *supra* nota 110 y el texto.

¹²⁶ "Prosecutor v. Jelusic", *supra* nota 16, pars. 73 y ss.

¹²⁷ "Prosecutor v. Krstic", *supra* nota 7, par. 580.

¹²⁸ *Ibid.*, pars. 594 y 598.

¹²⁹ «May still be inferred from the factual circumstances of the crime».

¹³⁰ «The most efficient method».

tancias» ¹³¹. En este caso particular, las circunstancias fácticas, según las entiende la Sala de Primera Instancia, permiten alcanzar la conclusión de «que la matanza de bosnios musulmanes se realizó con intención genocida» ¹³². Por lo que respecta a Krstic, la Sala, a pesar de todo, no infirió intención genocida sino sólo conocimiento de la existencia de tal intención por parte de algunos miembros del cuerpo superior del ejército ¹³³; en consecuencia, fue declarado responsable por asistir e inducir al genocidio ¹³⁴.

La consecuencia de la tajante distinción entre el *actus reus*, la correspondiente *mens rea* y la intención especial es que es irrelevante para la consumación del crimen, que el autor tenga o no éxito en su intento de destruir el grupo (total o parcialmente) ¹³⁵. Sólo necesita intentar alcanzar esta consecuencia o resultado. Como la definición de genocidio se refiere a *cualquiera de los siguientes actos* de los que únicamente el primero («matanza») tiene como consecuencia esencial la muerte de las víctimas, se sigue que no es necesario que ni siquiera una sola persona muera para que se cometa un acto de genocidio (completo) ¹³⁶. Sólo si no se consuma ninguno de los cinco actos específicos enumerados en la Convención, así como en los Estatutos del TPIY, del TPIR y de la CPI, sino que sólo se tiene el propósito de llevarlos a cabo con la necesaria y especial «finalidad de destruir», existe una tentativa de genocidio ¹³⁷.

Hay un problema final que sólo mencionaré de paso, ya que se ha analizado a fondo en otra parte ¹³⁸. Es el problema de la *mens rea de quienes participan* en un genocidio, especialmente los cómplices y los superiores. La jurisprudencia no ofrece todavía soluciones convincentes al respecto. Desde nuestro punto de vista, todas las formas de comisión directa, *i. e.*, la autoría directa e inmediata, la coautoría y la autoría mediata así como otras formas similares de dominio o control intelectual y/o psicológico del crimen (instigación, inducción, incitación,

¹³¹ *Ibid.*, par. 32.

¹³² *Ibid.*, par. 35.

¹³³ *Ibid.*, par. 134.

¹³⁴ *Ibid.*, par. 135 *et seq.*

¹³⁵ TRIFFTERER, *supra* nota 8, p. 402, "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 13, par. 497: «Al contrario de lo que se cree popularmente, el crimen de genocidio no implica el exterminio real del grupo en su totalidad, sino que se entiende como tal una vez que cualquiera de los actos mencionados en los arts. 2.2.a) al 2.2.e) se comete con la intención especial de destruir (...) un (...) grupo», [*Contrary to popular belief, the crime of genocide does not imply the actual extermination of group in its entirety, but is understood as such once any one of the acts mentioned in Article 2.2.a) through 2.2.e) is committed with the specific intent to destroy (...) a (...) group*].

¹³⁶ SUNGA, *supra* nota 9, p. 383.

¹³⁷ TRIFFTERER, *supra* nota 8, p. 402.

¹³⁸ AMBOS, *supra* nota 75, pp. 792 ss; en cuanto a la jurisprudencia, pp. 413-417, *vid.* también SCHABAS, *supra* nota 27, pp. 259, 264-266, 275, 300-303, 304-313, *vid.* asimismo AMBOS, en TRIFFTERER (ed.), «Commentary on the ICC Statute», 2.^a ed., 2006, art. 25 (de próxima aparición).

conspiración), exigen que cada participante tenga la intención especial de destruir el grupo. En cambio, los cómplices sólo necesitan un conocimiento positivo de la intención genocida de los autores ¹³⁹. En el caso de los superiores, debe distinguirse cuál es el fundamento sobre el que se les hace responsables. La comisión por omisión, con base en la doctrina de la responsabilidad del superior o del mando, sólo requiere el conocimiento o incluso la falla negligente de no estar al tanto de los actos genocidas ¹⁴⁰. Si el superior está directamente involucrado en la comisión de un genocidio mediante actos positivos, como ordenar actos genocidas o inducirlos, se requiere la intención especial, al igual que en otros casos. Pero todas estas cuestiones merecen reflexionarse más profundamente.

b') Los elementos específicos de la intención especial

a") «Destruir»

La intención especial debe estar encaminada a la destrucción del grupo en cuestión. Tal destrucción es el objeto de la intención especial. No es necesario que ocurra objetivamente, sino que sólo se precisa que el autor la haya planeado subjetivamente. Si bien esto se desprende con claridad del texto del art. II de la Convención sobre el Genocidio y subsiguientes disposiciones, no queda muy claro, sin embargo, si la «destrucción» requiere la destrucción física o biológica del grupo. Tanto la Comisión de Derecho Internacional (CDI) ¹⁴¹ como otros autores ¹⁴² defienden esta interpretación restringida. Consideran útiles los *travaux* de la Convención y sostienen que el genocidio cultural, bajo la modalidad de la destrucción de la existencia de los elementos nacionales, lingüísticos, religiosos, culturales o de otros tipos, no se incluyó finalmente en la Convención, pese a una propuesta del Comité *ad hoc* ¹⁴³.

¹³⁹ Recientemente *vid.* "Prosecutor v. Krstic", *supra* nota 7, par. 140 ff. con referencias a la jurisprudencia (n. 235) y al Derecho nacional (n. 236 *et seq.*).

¹⁴⁰ SCHABAS comparte manifiestamente la misma concepción, *supra* nota 10, art. 6, mn. 4; CASSESE se muestra en contra de su opinión, pero por lo visto lo malinterpreta, *vid. supra* nota 2, p. 348.

¹⁴¹ *Vid.* el 1996 ILC Report, *supra* nota 43, pp. 90-91: «Como demostraron claramente los trabajos preparatorios para la Convención, la destrucción de referencia es la aniquilación material de un grupo ya por medios físicos, ya por medios biológicos, no la destrucción de la identidad nacional, lingüística, religiosa, cultural o de otro tipo de un grupo en particular» [*As clearly shown by the preparatory work for the Convention, the destruction in question is the material destruction of a group either by physical or by biological means, not the destruction of the national linguistic, religious, cultural or other identity of a particular group*].

¹⁴² Pueden consultarse, por ejemplo, SCHABAS, *supra* nota 27, pp. 229-233, BARBOZA, «International Criminal Law», en *Recueil des Cours*, núm. 278, 1999, pp. 9 y 59, RATNER, «The Genocide Convention after fifty years», en *ASIL Proceedings*, núm. 92, 1998, pp. 1-2.

¹⁴³ BOOT, *supra* nota 25, pars. 413-414, SCHABAS, *supra* nota 27, p. 187, AMBOS y WIRTH ofrecen referencias adicionales en *supra* nota 23, pp. 791-792.

Aun cuando la destrucción de un pueblo no implica automáticamente su extinción física, y habida cuenta de que la destrucción de los pueblos a menudo comienza con ataques violentos a su cultura, idioma, religión y a sus monumentos e instituciones culturales, los redactores del Estatuto de la CPI dejaron fuera del art. 6 del Estatuto los actos de genocidio cultural como formas específicas de genocidio, con excepción del «traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo» ¹⁴⁴. Más recientemente la Sala de Primera Instancia en "Krstic", invocando el principio de *nullum crimen*, adoptó la misma concepción y limitó el genocidio a «aquellos actos que pretenden la destrucción física o biológica de todo el grupo o de parte del mismo» ¹⁴⁵. La Sala de Apelaciones confirmó esta postura ¹⁴⁶. En una corriente similar, la sentencia "Stakic" requiere una clara distinción entre destrucción física y la mera disolución del grupo ¹⁴⁷.

Como sostuvimos en otro trabajo ¹⁴⁸, es dudoso, sin embargo, si esta interpretación restringida es compatible con el texto de la Convención y todas las disposiciones subsiguientes respecto del genocidio, en virtud de que se refieren claramente al «grupo como tal». En otras palabras, el crimen de genocidio tiene por objeto proteger no solamente la existencia física de los miembros individuales del grupo como *entidad social*. Este concepto supraindividual de genocidio, desarrollado y defendido sobre todo por la Corte Suprema alemana (*Bundesgerichtshof*) y la Corte Constitucional alemana (*Bundesverfassungsgericht*) ¹⁴⁹, implica que la intención de destruir «va más allá de la interpretación física y biológica» ¹⁵⁰. No obstante, esto no significa, como por lo visto lo malinterpreta la Sala en "Krstic" ¹⁵¹, que la jurisprudencia alemana niegue que el art. II.c) de la Convención exija objetivamente una destrucción física, sino que más bien se requiere trazar una distinción entre el *actus reus* y la *mens rea* del crimen de genocidio, y este último no limita el delito a la destrucción física del grupo. El hecho de que los Estados Partes de la

¹⁴⁴ *Vid. supra*, 2.b).e') y SCHABAS, *supra* nota 27, pp. 179-189: la inclusión de actos de genocidio cultural en el art. 6 del Estatuto de Roma fue un asunto muy delicado, pues vieron amenazada su soberanía los «países conscientes de los problemas de sus políticas hacia grupos minoritarios, específicamente hacia los pueblos indígenas y los inmigrantes...» [*countries who were conscious of problems with their own policies towards minority groups, specifically indigenous peoples and immigrants...*].

¹⁴⁵ «Acts seeking the physical or biological destruction of all or part of the group», *vid.* "Prosecutor v. Krstic", *supra* nota 7, par. 580.

¹⁴⁶ "Prosecutor v. Krstic", *supra* n. 7, par. 25.

¹⁴⁷ "Prosecutor v. Stakic", *Judgement* de 31 de julio de 2003 (IT-9/2-5), par. 512.

¹⁴⁸ AMBOS y WIRTH, *supra* nota 48, pp. 791 ss.

¹⁴⁹ Para más referencias, *vid.* AMBOS y WIRTH, *supra* nota 48, p. 791, nota 122.

¹⁵⁰ «Extends beyond physical and biological interpretation», BVerfG, *supra* nota 71, par. 22 (la traducción inglesa que se cita proviene de "Prosecutor v. Krstic", *supra* nota 7, par. 579).

¹⁵¹ *Vid.* "Prosecutor v. Krstic", *supra* nota 7, par. 579, que sólo cita de manera selectiva BVerfG.

Convención de Genocidio no se mostraran dispuestos a incluir el genocidio cultural en la Convención como una de las formas específicas del *actus reus* no influye necesariamente en la interpretación del requisito de la intención especial ¹⁵². Por consiguiente, la *Bundesverfassungsgericht* afirma correctamente que el «texto de la ley no (...) que interprete en el sentido de que la intención del delincuente tenga que ser el exterminio físico (...) de los miembros del grupo» ¹⁵³.

Históricamente, la noción de «grupo como tal» pretendía expresar —al menos según la delegación venezolana, que propuso la enmienda— el concepto del motivo ¹⁵⁴. Por lo tanto, SCHABAS distingue «entre lo que podría denominarse el motivo colectivo y el individual o personal...» y exige «... un motivo racista o discriminatorio, esto es, un motivo genocida» ¹⁵⁵. Sea lo que fuere, no descarta la interpretación del grupo como entidad social, como el bien jurídico protegido del crimen de genocidio.

b") «Total o parcial»

Si bien hubo un desacuerdo en cuanto al requisito de la intención de destruir el grupo *totalmente* durante las negociaciones de la Convención ¹⁵⁶, ahora se ha puesto en claro, a partir del texto del art. II y las disposiciones subsiguientes, que basta con que la intención esté encauzada hacia la destrucción «parcial» del grupo. Con todo, aún no se ha esclarecido qué significa exactamente una «destrucción parcial», es decir, a cuántos miembros del grupo sea necesario seleccionar potencialmente para matarlos. Al respecto, pueden formularse las siguientes preguntas:

1) ¿Es necesario tener intención de eliminar de una *cantidad apreciable* de miembros del grupo (elemento *cuantitativo*)?

2) ¿Sería suficiente tener intención de eliminar *algunos miembros importantes* del grupo, por ejemplo de sus líderes (elemento *cualitativo*)?

¹⁵² NSEREKO, *supra* nota 11, p. 28, afirma que «these acts [that constitute genocide] underscore the fact that the essence of genocide is the physical destruction or decimation of the group» [los actos [que constituyen este crimen] acentúan el hecho de que la esencia del genocidio es la destrucción física o la gran mortandad de buena parte del grupo]. Según los autores, cualquiera sea «la esencia del genocidio» no es posible proyectar elementos del *actus reus* en el requisito de la intención especial como elemento de la *mens rea*.

¹⁵³ «Text of the law does not (...) compel the interpretations that the culprit's intent must be to exterminate physically (...) members of the group», BVerfG, *supra* nota 71, par. III.4.a).aa).

¹⁵⁴ Sobre este concepto, *vid.* SCHABAS, *supra* nota 27, pp. 245-256; BOOT, *supra* nota 25, par. 388.

¹⁵⁵ «Between what might be called the collective motive and the individual or personal motive» and requires «a racist or discriminatory motive, that is, a genocidal motive», *cfr.* SCHABAS, *supra* nota 27, p. 255.

¹⁵⁶ *Vid.* SCHABAS, *supra* nota 27, p. 255.

3) ¿Bastaría con tener intención de eliminar una cantidad razonablemente grande de una *parte* del grupo?

En cuanto a la *primera pregunta*, la respuesta debe ser evidentemente afirmativa. Ya en 1960 ROBINSON definió el genocidio como un crimen orientado a la destrucción de «una multitud de personas del mismo grupo» [*a multitude of persons of the same group*], siempre y cuando la cantidad fuera «considerable» [*substantial*] ¹⁵⁷. El *Informe de Whitaker de 1985* se refirió a «una cantidad medianamente grande en relación con el total del grupo» ¹⁵⁸. Estas definiciones fueron de hecho adoptadas en declaraciones posteriores de las autoridades internacionales. La CDI hace referencia a «una parte importante del grupo» [*a substantial part of the group*] ¹⁵⁹. El TPIR habla, *inter alia*, de «una cantidad notable de individuos» [*a considerable number of individuals*] ¹⁶⁰. Durante las negociaciones de la Comisión Preparatoria de la CPI, se hizo notar que «la referencia a la “intención de destruir, total o parcialmente (...)” se interpretó como si se aludiera a la intención especial de destruir a más de una cantidad pequeña de individuos (...)» ¹⁶¹. Quienes critican este requisito cuantitativo con frecuencia no distinguen suficientemente entre el nivel objetivo y el subjetivo ¹⁶².

En el contexto anterior, se discutió asimismo que no es necesario «tener en mente la total aniquilación de un grupo desde todos los rincones del globo» ¹⁶³. De aquí se sigue que basta con planear la destrucción de un área geográfica limitada de un grupo ¹⁶⁴. La Sala de Primera Instancia en el caso “Krstic” consideró como factor decisivo que los autores se propongan «destruir una *parte precisa* del grupo, y no una gran cantidad de individuos aislados dentro del mismo...» y que «piensen que la parte del grupo que desean destruir es una *entidad inconfun-*

¹⁵⁷ *Vid.* ROBINSON, *supra* nota 86, p. 63.

¹⁵⁸ «A reasonably significant number, relative to the total of a group as a whole», WHITAKER, *Informe revisado y actualizado sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, p. 16, par. 29.

¹⁵⁹ Draft Code 1996, p. 89.

¹⁶⁰ “Prosecutor v. Kayishema”, *supra* nota 7, par. 97, *vid.* asimismo “Prosecutor v. Bagilishema”, *supra* nota 8, par. 64: «por lo menos una parte considerable» [*at least a substantial part*].

¹⁶¹ «The reference to “intent to destroy, in whole or in part (...)” was understood to refer to the specific intention to destroy more than a small number of individuals (...)», «Draft Statute for the ICC. Part 2: “Jurisdiction, Admissibility and applicable Law”», UN Doc. A/AC.249/1998/CRP.8, p. 2, nota 1, *vid.* asimismo SCHABAS, *supra* nota 10, art. 6, mn 5, con referencias.

¹⁶² Como ejemplo, *vid.* el análisis del problema por CASSESE, *supra* nota 2, pp. 347-348, cuando se refiere a WEXLER y PAUST, «Model Draft Statute», en *Nouvelles Etudes pénales*, núm. 13, 1998, p. 5.

¹⁶³ «To intend to achieve the complete annihilation of a group from every corner of the globe», draft Code 1996, p. 89.

¹⁶⁴ “Prosecutor v. Jelusic”, *supra* nota 16, par. 83, “Prosecutor v. Krstic”, *supra* nota 7, pars. 560 y 589, BGHSt, pp. 45, 64 (81), BVerfG, *supra* nota 71, pars. 22-24.

dible que, como tal, tienen que eliminar»¹⁶⁵. Si tal es el caso, «se catalogaría como genocidio el asesinato de todos los miembros de parte de un grupo ubicado en una pequeña región geográfica, aun cuando causara la muerte a una cantidad menor de víctimas (...)»¹⁶⁶. En cambio, si los miembros del grupo fueran sólo muertos selectivamente en una amplia zona geográfica, el requisito de la intención especial no se cumpliría¹⁶⁷. En el mismo juicio, la Sala de Apelaciones confirmó el requisito cuantitativo como «punto de partida necesario e importante»¹⁶⁸, dado que los autores del intento genocida «estarán siempre limitados por la oportunidad que se les presente»¹⁶⁹. En términos generales, el número de individuos objeto del ataque debe ser valorado en relación con el tamaño de todo el grupo¹⁷⁰ y la decisión final debe ser tomada bajo un criterio de caso por caso¹⁷¹.

La segunda pregunta, que tiene que ver con el elemento cualitativo, ha recibido también una respuesta afirmativa en el Informe de Whitaker, en vista de que se refiere explícitamente a «una sección importante de un grupo, como sus dirigentes»¹⁷². Tanto el Fiscal¹⁷³ como las Salas¹⁷⁴ del TPIY han adoptado esta declaración. Sin embargo, es dudoso si la intención de destruir a los dirigentes de un grupo en particular constituya una intención genocida si es un acto aislado, *i. e.*, si no conlleva la completa desaparición o el fin del grupo. En otros términos, deben tomarse en consideración las consecuencias para éste como tal. En concordancia con el Informe de la Comisión de Expertos de 1994, uno puede decir que «el ataque a los dirigentes debe pensarse en el contexto de qué destino tuvo el resto del grupo»¹⁷⁵. En este sentido, el

¹⁶⁵ «To destroy a distinct part of the group as opposed to an accumulation of isolated individuals within it» and that they «view the part of the group they wish to destroy as a distinct entity which must be eliminated as such», "Prosecutor v. Krstic", *supra* nota 7, par. 590 (cursivas mías).

¹⁶⁶ «The killing of all members of the part of a group located within a small geographical area, although resulting in a lesser number of victims, would qualify as genocide (...)», *ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Necessary and important starting point», "Prosecutor v. Krstic", *supra* nota 7, par. 12.

¹⁶⁹ «Always be limited by the opportunity presented to him», *ibid.*, par. 13.

¹⁷⁰ *Ibid.*, par. 12.

¹⁷¹ *Ibid.*, par. 14.

¹⁷² «A significant section of a group, such as its leadership», WHITAKER, *supra* nota 158, par. 29.

¹⁷³ "Prosecutor v. Karadzic and Mladic", Transcript of hearing de 27 de junio de 1996 (IT-95-18-R61, IT-95-5-R61), p. 24.

¹⁷⁴ ICTY Trial Chamber, "Prosecutor v. Sikirica et al.", Judgement on Defence Motions to Acquit de 3 de septiembre de 2001 (IT-95-8-T), pars. 65 y 76, "Prosecutor v. Jelusic", *supra* nota 16, pars. 79-82, "Prosecutor v. Krstic", *supra* nota 7, par. 587.

¹⁷⁵ «The attack on the leadership must be viewed in the context of the fate of what happened to the rest of the group», Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780, 1992, UN Doc. S/1994/674, par. 94 (cursivas mías), *vid.* también "Prosecutor v. Krstic", par. 12: «emblematic», «essential to its survival», par. 28: «long-term impact».

ataque concierne solamente a una sección importante del grupo si tiene consecuencias serias para la existencia del grupo como tal.

La tercera pregunta surgió en "Krstic". La Sala, que reconoció a los musulmanes bosnios como grupo protegido¹⁷⁶, tuvo que resolver si los hombres en edad militar de ese grupo de la población de Srebrenica «representaban una parte suficiente del grupo de musulmanes bosnios, de suerte tal que la intención de destruirlos se calificara como un "intento de destruir el grupo total o parcialmente"»¹⁷⁷. A la luz del criterio mencionado con anterioridad, la Sala respondió de manera afirmativa, ya que «las fuerzas serbiobosnias no podían ignorar que (...) esta destrucción selectiva tendría un impacto duradero en todo el grupo» y que, por consiguiente, «debían estar conscientes del impacto catastrófico que tendría la desaparición de dos o tres generaciones de hombres para la supervivencia de una sociedad tradicionalmente patriarcal (...)». Bastaba con que «las fuerzas serbiobosnias supieran (...) que la combinación de esos asesinatos con el traslado por la fuerza de mujeres, niños y ancianos tendría como resultado inevitable la desaparición física de la población musulmana bosnia de Srebrenica»¹⁷⁸. En realidad, la Sala se refirió a una «parte» del grupo de los musulmanes bosnios y habló de los musulmanes bosnios de la comunidad de Srebrenica. De este modo, la pregunta que uno se hace gira en torno a cuán pequeña puede posiblemente ser una «parte» de un grupo protegido para constituirse en objeto de la protección del crimen. Es evidente que, al estrechar el concepto de grupo a partes o unidades muy pequeñas de un grupo mayor, el ámbito del crimen puede volverse ilimitado. Al considerar a los hombres musulmanes bosnios de Srebrenica como parte del grupo de los musulmanes bosnios, la Sala de hecho realizó una doble reducción del *actus reus*: redujo a los musulmanes bosnios a los que vivían en Srebrenica y, además, a los hombres musulmanes bosnios de Srebrenica. De esta manera, la Sala en realidad analizó si los serbios planeaban destruir parte (los varones musulmanes bosnios de Srebrenica) de una parte (los musulmanes bosnios de Srebrenica) del grupo de los musulmanes bosnios. Podría argumentarse incluso que ello constituye una reducción ulterior del concepto de grupo si la Sala se refiere a los musulmanes bosnios, en vez de a los musulmanes como grupo religioso.

¹⁷⁶ "Prosecutor v. Krstic", *supra* nota 7, par. 591.

¹⁷⁷ «Represented a sufficient part of the Bosnian Muslim group so that the intent to destroy them qualifies as an 'intent to destroy the group in whole or in part'», *ibid.*, par. 581.

¹⁷⁸ «Bosnian Serb could not have failed to know (...) that this selective destruction of the group would have a lasting impact on the entire group,» they «had to be aware of the catastrophic impact that the disappearance of two or three generations of men would have on the survival of a traditionally patriarchal society (...)». It was sufficient that «[t]he Bosnian Serb forces knew (...) that the combination of those killings with the forcible transfer of the women, children and elderly would inevitably result in the physical disappearance of the Bosnian Muslim population at Srebrenica», *ibid.*, par. 595.

Sea como fuere, el análisis muestra que es necesario delimitar con mayor claridad qué se quiere decir con «total o parcial». Esto es incluso más cierto si uno tiene en mente, una vez más, la estructura del delito como un crimen de intención, es decir, un delito en que predomina la *mens rea* del autor y prevalece sobre el *actus reus*. Vale la pena repetir que no es necesario que el autor destruya objetivamente un grupo de forma «total o parcial», sino que sólo se proponga hacerlo.

La Sala de Apelaciones desestimó el recurso basado en las consideraciones antes mencionadas, alegando que la Defensa malinterpretó el análisis de la Sala de Primera Instancia¹⁷⁹. Según la Sala de Apelaciones, la Sala de Primera Instancia no consideró a los hombres bosnios musulmanes en edad militar de Srebrenica, tal como entendió la defensa y también este autor, como parte de la población Bosnia musulmana de Srebrenica; más bien empleó la matanza de los hombres en edad militar como evidencia de la que inferir el requisito de la intención genocida en relación con todos los bosnios musulmanes de Srebrenica, siendo esto totalmente correcto¹⁸⁰. Al menos, la Sala de Apelaciones admite que la Sala de Primera Instancia empleó un «lenguaje impreciso»¹⁸¹. Sea como fuere, con estas consideraciones de la Sala de Apelaciones, debería quedar claro que existen límites a la expansión del crimen de genocidio reduciendo más y más el tamaño de los grupos protegidos. En cuanto a nuestra tercera cuestión, esto significa que la intención de destruir un número significativo o sección de una parte de un grupo no es suficiente para constituir el requisito de la intención genocida.

c') «Un grupo»

El propósito del autor debe estar dirigido a la destrucción de un «grupo». Puesto que éstos constan de individuos, la acción destructiva debe en última instancia dirigirse en contra de individuos. Sin embargo, estos últimos no son importantes *per se*, sino únicamente como miembros del grupo¹⁸². Es necesario seleccionarlos a causa de su pertenencia al mismo¹⁸³. En otras palabras, la víctima primordial del

¹⁷⁹ "Prosecutor v. Krstic", *supra* n. 7, par. 19 ff. (19).

¹⁸⁰ *Ibid.*, par. 19.

¹⁸¹ «Imprecise language», *ibid.*, par. 22.

¹⁸² ROBINSON, *supra* nota 86, p. 58.

¹⁸³ "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 13, par. 521: «Así, la víctima es elegida no por su identidad individual, sino más bien en razón de su pertenencia a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. La víctima del acto es, por consiguiente, miembro de un grupo seleccionado como tal, lo que significa, por lo tanto, que la víctima del crimen de genocidio es el grupo mismo y no solamente el individuo», «Thus the victim is chosen not because of his individual identity, but rather on account of his membership of a national, ethnical, racial or religious group».

genocidio es el grupo, si bien su destrucción requiere necesariamente la comisión de crímenes contra sus miembros, es decir, contra individuos que pertenezcan a él¹⁸⁴. Como se ha dicho con anterioridad [*supra* a')], el crimen de genocidio protege el grupo como una entidad social supraindividual: protege el grupo «como tal». Mientras que el Derecho Penal común protege los derechos e intereses jurídicos de los individuos, como su derecho a la vida, a la integridad física, a la propiedad, etc., el crimen de genocidio protege el derecho de ciertos grupos a existir¹⁸⁵.

II. CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

1. El elemento de contexto

a) Ataque sistemático o generalizado

a') Ataque

La jurisprudencia definen el ataque como la *comisión múltiple de actos* que cumplen con los requisitos de los actos inhumanos enumerados en el art. 5 del Estatuto del TPIY y el 3 del Estatuto del TPIR¹⁸⁶. Ésta es una definición sólida y convincente que deja de lado actos aislados y fortuitos¹⁸⁷, además de que concuerda con el art. 7.2.a) del Estatuto de Roma, que se refiere a «una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1». De esta manera, el ataque no se limita a un ataque militar, sino que en tal concepto se incluyen también medios más bien pacíficos o no violentos, como la imposición de un sistema de *apartheid*¹⁸⁸. Y, a la inversa, una operación militar no es necesariamente un ataque, a menos que se dirija

The victim of the act is therefore a member of a group, chosen as such, which, hence, means that the victim of the crime of genocide is the group itself and not only the individual», vid. también "Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana", supra nota 13, par. 97.

¹⁸⁴ ICTY Trial Chamber, "Prosecutor v. Sikirica", *supra* nota 174, par. 89.

¹⁸⁵ Tiene razón NSEREKO, *supra* nota 13, p. 124, cuando dice: «En tanto que el objetivo de la ley de homicidio es proteger el derecho de un individuo a vivir, la del genocidio protege el derecho de los grupos a existir físicamente», «While the aim of the law of homicide is to protect the right of an individual to live, that of genocide is to protect the right of groups to physically exist as such».

¹⁸⁶ Vid. AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 16 con más referencias, *vid.* (art. anterior en este volumen) asimismo METTRAUX, *supra* nota 2, pp. 259-261.

¹⁸⁷ Vid. CLARK, «Crimes against humanity and the Rome Statute», en CLARK, FELDBRUGGE y POMORSKI (eds.), *Essays in Honour of George Ginsburgs*, 2001, pp. 139 y 152, DIXON, en TRIFFTERER (ed.), *supra* nota 10, art. 7, mn. 4, GÓMEZ-BENÍTEZ, «Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la CPI...», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, vol. 7, 2001, p. 9 y esp. la. 21.

¹⁸⁸ Vid. "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 13, par. 581. También METTRAUX, *supra* nota 2, p. 246, DIXON, *supra* nota 187, art. 7, mn. 8.

contra la población civil (*vid. infra* III) ¹⁸⁹. Por otra parte, la comisión múltiple de *otros* actos diferentes de los enumerados en los Estatutos, como la violación de derechos humanos, tales como la denegación de un proceso justo, la usurpación de la propiedad, etc., no pueden por regla general constituir un «ataque». No obstante, tales violaciones pueden subsumirse en la extensa disposición respecto de «otros actos inhumanos de carácter similar» [art. 7.2.k) Estatuto de Roma] ¹⁹⁰.

La forma de la comisión no se ha definido rigurosamente. Un solo autor o diversos autores que actúan en una o en varias ocasiones pueden cometer muchísimos actos. Si un escuadrón de la muerte mata a los miembros de la oposición política durante un tiempo prolongado, sus miembros perpetran múltiples asesinatos con diversos actos en diferentes momentos. De igual modo, en cuanto al significado de «ataque», aunque un autor arroje una bomba a una multitud o envenene el agua potable de una aldea y asesine a muchas personas mediante un único acto, los múltiples asesinatos constituyen una «comisión múltiple de actos». Asimismo, si un grupo terrorista estrella su avión en un edificio civil y con ello causa la muerte de varias personas, sus miembros cometen múltiples asesinatos con un solo acto.

b') Generalizado o sistemático

Un ataque *generalizado* requiere una gran cantidad de víctimas que, como se señaló anteriormente, pueden ser bien el resultado de múltiples actos, o bien un acto único «de extraordinaria magnitud» ¹⁹¹. El común denominador de un ataque *sistemático* es que «se lleva a cabo conforme a una política o a un plan preconcebido» ¹⁹², destacando la naturaleza organizada del ataque ¹⁹³.

El ataque es sistemático si se basa en una política (*policy*) ¹⁹⁴ o un plan que sirva de guía a los autores individuales respecto al objeto del ataque, *i.e.*, las víctimas específicas.

¹⁸⁹ Cfr. METTRAUX, *supra* nota 2, p. 246.

¹⁹⁰ Cfr. AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, pp. 83-84.

¹⁹¹ "Prosecutor v. Blaskic", Judgement de 3 de marzo de 2000 (IT-95-14-T), par. 206; "Prosecutor v. Vasiljevic", Judgement de 29 de noviembre de 2002 (IT-98-32-T) par. 35, *vid. asimismo* AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, pp. 20-1, 30 y 34, con más referencias, GÓMEZ-BENÍTEZ, *supra* nota 187, p. 30.

¹⁹² "Carried out pursuant to a preconceived policy or plan", "Prosecutor v. Bagilishema", *supra* nota 8, par. 77, "Prosecutor v. Vasiljevic", *supra* nota 191, par. 35, *vid. también* AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, pp. 18-20 y 30, con más referencias.

¹⁹³ "Prosecutor v. Semanza", *supra* nota 76, par. 329. En vista de "Prosecutor v. Blaskic", A. Ch. Judgement de 29 de julio de 2004 (IT-95-14-A), par. 100, "the existence of a plan or policy may be evidentially relevant, but is not a legal element of the crime", "Prosecutor v. Brdanin", *supra* nota 19, par. 137.

¹⁹⁴ N. del trad.: La palabra anglosajona *policy* puede tener, además de «política», acepciones como «plan de acción, plan, sistema».

Si bien las definiciones anteriores son más o menos claras, el asunto se complica cuando se intenta determinar cómo se interrelacionan estos elementos, es decir, si el ataque debe ser o generalizado o sistemático (enfoque *alternativo*) o ambos a la vez (enfoque *acumulativo*). A primera vista, la jurisprudencia ¹⁹⁵ y algunas codificaciones —como el proyecto de Código de Crímenes de la CDI de 1996 ¹⁹⁶, la UNTAET (United Nations Transitional Administration for East Timor) Regulation 15/2000 ¹⁹⁷ y el *Special Court Statute for the Special Court for Sierra Leone* (Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona) ¹⁹⁸ e Irak (art. 12.1) ¹⁹⁹— adoptan al parecer el enfoque alternativo. La doctrina normalmente lo acepta ²⁰⁰; pero no analiza los problemas implicados de una forma adecuada. Por otro lado, el art. 7.2.a) del Estatuto de la CPI exige que la «comisión múltiple de actos» tenga como base («de conformidad con (...) o para promover») cierta política, y, por consiguiente, parece inclinarse por el enfoque acumulativo ²⁰¹. ¿Cómo pueden reconciliarse estas aparentes contradicciones? Hablando más concretamente: ¿existe alguna posibilidad de interpretar el art. 7.2.a) en conformidad con el enfoque alternativo que adopta explícitamente el art. 7.1?

La solución a este problema estriba en la función otorgada al elemento de política (*policy element*). Mientras que el art. 72.a) del Estatuto exige este elemento de modo manifiesto, la cuestión de si es necesario según el Derecho consuetudinario internacional sigue siendo objeto de debate en la actualidad ²⁰². Este elemento es en realidad el elemento internacional de los crímenes contra la humanidad, ya que hace que los hechos delictivos, que en otras circunstancias serían comunes, adquieran el carácter de crímenes contra la humanidad. En esencia, el factor político sólo exige que se excluyan los actos casuales

¹⁹⁵ *Vid.* las referencias en AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 18, nota 81.

¹⁹⁶ Art. 18: «in a systematic manner or on a large scale (...)», («de una manera sistemática o a gran escala»), 1996 ILC Report, *supra* nota 43, GAOR, General Assembly Official Records, Fifty-first Session, Supplement Núm. 10 (A/51/10), pp. 14 ss., pars. 50 y ss.

¹⁹⁷ Puede consultarse en <http://www.un.org/peace/etimor/untat/r-2000.htm>, *vid. asimismo* AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, pp. 26 y 88, y AMBOS y OTHMAN (eds.), «New approaches in international criminal justice», Friburgo de Brisgovia, 2003.

¹⁹⁸ Estatuto de 22 de enero de 2002. Disponible en <http://www.specialcourt.org/documents/Statute.html>, *vid. también* AMBOS y OTHMAN, *supra* nota 196.

¹⁹⁹ Coalition Provisional Authority, Statute of the Iraqi Special Tribunal, 10 December 2003, www.cpa-iraq.org/audio/20031210_Special_Tribunal.htm.

²⁰⁰ *Vid.*, por ejemplo, SWAAK-GOLDMAN, «Crimes against humanity», en McDONALD y SWAAK-GOLDMAN (eds.), *supra* nota 11, 141, p. 157.

²⁰¹ Para esta concepción, *vid.* CLARK, *supra* nota 187, p. 155. Idéntico a art. 12.2.a), Statute Iraqi Special Tribunal, *supra* nota 199.

²⁰² *Vid.* BASSIOUNI, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2.^a ed., 1999, pp. 243 ss. CASSESE, *supra* nota 2, p. 360, BOOT, *supra* nota 25, pars. 458 y ss.; AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, pp. 26 y 28 ss., con referencias ulteriores, "Prosecutor v. Kunarac", Judgement de 22 de febrero de 2001 (IT-96-23-T), par. 98, "Prosecutor v. Vasiljevic", *supra* nota 191, par. 36.

de los individuos que actúan solos, aisladamente y sin que nadie los coordine²⁰³. Tales hechos delictivos comunes, aun si se cometen a una escala generalizada, no constituyen crímenes contra la humanidad, si no son tolerados, por lo menos por algún Estado o una organización²⁰⁴. Mientras que el elemento político ya es parte de la definición del término «sistemático», ése no es el caso del concepto «generalizado». De acuerdo con la definición propuesta en líneas anteriores, «generalizado» sólo precisa una gran cantidad de víctimas. Una pauta tan puramente *cuantitativa* no proporcionaría una delimitación exacta entre los crímenes ordinarios nacionales y los internacionales. De hecho, pondría en un pie de igualdad los crímenes comunes y los que atentan contra la humanidad, con lo que se eliminaría el elemento internacional que establece la diferencia entre ambos²⁰⁵. Así, para que se constituyan los crímenes contra la humanidad, los crímenes cometidos de forma generalizada deben estar *vinculados* de una u otra forma a una *autoridad estatal u organizativa*: deben ser por lo menos *tolerados* por ésta. Para interpretar la polémica formulación del art. 7.2.a) del Estatuto, no es necesario recurrir al enfoque acumulativo, sino sólo concebirlo como una expresión de la necesidad (generalmente reconocida) del elemento político, tanto en la opción sistemática como en la generalizada, en los crímenes contra la humanidad²⁰⁶.

Pero continúa pendiente la pregunta: ¿qué requisitos debe cumplir exactamente una *política* para que llegue a cometer crímenes contra la humanidad? Si bien es incuestionable que es suficiente que sea una política tácita o *de facto*²⁰⁷, en Roma y Nueva York se debatió acaloradamente si bastaría la simple *tolerancia* de los crímenes por el Estado o la organización. Como se sabe, los Elementos de los Crímenes ofrecen una propuesta contradictoria: por una parte, exigen que «el Estado o la organización promueva o aliente *activamente*» los actos y, por el otro, admiten en una nota a pie de página que, en circunstancias excepcionales, tal política «podría ejecutarse por medio de una *omisión deliberada de actuar*». Es evidente que el enfoque «activo» anterior dificultaría, si no es que haría imposible, considerar los crímenes generalizados como crímenes contra la humanidad, en vista de que es difícil probar la existencia de tal fomento o estímulo por parte de la entidad que ordene llevarlos a cabo. Si se hace a un lado este argumento más bien estratégi-

²⁰³ DIXON, *supra* nota 187, art. 7, mn. 92, 1996 ILC Report, *supra* nota 38, p. 94, *vid.* asimismo "Prosecutor v. Dragan Nicolic", *Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedures and Evidence*, 20 de octubre de 1995 (IT-94-2-T), par. 26.

²⁰⁴ CASSESE, *supra* nota 2, p. 356.

²⁰⁵ Cfr. BASSIOUNI, *supra* nota 201, p. 245.

²⁰⁶ Conc. GÓMEZ-BENÍTEZ, *supra* nota 187, pp. 27-28, *vid.* también § 7 del *Völkerstrafgesetzbuch* (*infra* nota 321), que sólo exige «un ataque generalizado o sistemático».

²⁰⁷ *Vid.* AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, pp. 27-28, DIXON, *supra* nota 187, art. 7, mn. 93, ambos con referencias adicionales.

co, la cuestión esencial es si un umbral tan elevado es compatible con el Derecho consuetudinario internacional y si tiene algún sentido una concepción tan restringida de los crímenes contra la humanidad. Desde nuestro punto de vista, la respuesta debe ser rotundamente negativa. El Derecho consuetudinario internacional no requiere una *política activa*. Con base en la jurisprudencia y la práctica nacionales e internacionales desde Nuremberg, puede incluso argüirse, como lo hizo Mettraux²⁰⁸ recientemente, que este requisito no es apropiado en absoluto y sólo sirve como «uno de los factores que puede tomar en cuenta un Tribunal para concluir que se dirigió un ataque contra una población civil»²⁰⁹. Aunque esto es excesivo a la luz de los términos del art. 7.2.a) del Estatuto, no es necesario que haya más que una tolerancia o aprobación implícita²¹⁰. Si fuese de otro modo, el elemento generalizado se eliminaría del art. 7.1 del Estatuto toda una serie de casos en los que la entidad oculta tras estos crímenes no los fomentaría o los estimularía activamente²¹¹. Así, el art. 7.2.a) del Estatuto debe *interpretarse de manera restringida*, en el sentido de que no exige una política activa por parte del Estado o de alguna organización para fomentar y/o estimular los crímenes, sino que sea suficiente que los tolere, al menos en la opción generalizada.

b) *Dirigido contra cualquier población civil*

Este requisito es una reminiscencia del legado de los crímenes de guerra a los crímenes contra la humanidad²¹². La referencia a la *población* es idéntica al elemento del ataque en cuanto a que implica una multiplicidad de víctimas y se descartan actos aislados y casuales²¹³. Sin embargo, se añade algo nuevo, ya que se hace referencia a «un grupo autónomo de individuos, ya por razones geográficas, ya como con-

²⁰⁸ METTRAUX, *supra* nota 2, pp. 270-282: «En realidad, casi todos los escritos pertinentes sobre el tema y la arrolladora práctica aparentan contradecir este requisito», [*In fact, this requirement appears to be contradicted by almost all relevant writing on the subject and by the overwhelming practice*], p. 270.

²⁰⁹ «One of the factors which a court can take into account to conclude that an attack was directed upon a civilian population (...)», METTRAUX, *supra* nota 2, p. 282.

²¹⁰ Cfr. "Prosecutor v. Kupreskic et al.", Judgement de 24 de enero de 2000 (IT-95-16-T), pars. 552 y 555, donde se exige tolerancia, «aprobación implícita o apoyo» [*implicit approval or endorsement...*], cfr. asimismo CASSESE, *supra* nota 2, pp. 375-376, GIL GIL, «Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermords im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs», en *ZStW*, núm. 12, 2000, pp. 381, 385-386, BOOT, *supra* nota 25, par. 462; GÓMEZ-BENÍTEZ, *supra* nota 187, pp. 22 ss., quien hace una interpretación teleológica.

²¹¹ AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 33.

²¹² BASSIOUNI, *supra* nota 201, pp. 18 ss., *vid.* también METTRAUX, *supra* nota 2, pp. 299-301, quien señala las diferencias entre ambos tipos de crímenes.

²¹³ AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, pp. 21-22, con referencias adicionales.

secuencia de otras características en común»²¹⁴. No obstante, este elemento adicional no debe interpretarse en un sentido demasiado restringido, exigiendo, por ejemplo, que se tenga en la mira a una población de forma indiscriminada y no selectiva²¹⁵. Ello entraría en conflicto con algunos de los delitos fundamentales, que en la práctica se han cometido selectivamente. Piénsese, por mencionar un caso, en las desapariciones de personas en Sudamérica o en las persecuciones de la oposición política en el mismo continente, así como en Asia y África.

El calificador «cualquier» pone en claro que las víctimas pueden tener la misma nacionalidad que sus agresores; es decir, que los crímenes contra la humanidad no están limitados, como los de guerra, a los cometidos contra los nacionales de un Estado extranjero²¹⁶. Los actos deben estar «dirigidos contra» la población, *i. e.*, ésta debe ser «el objetivo principal del ataque»²¹⁷.

La relación con las leyes de guerra es aún más obvia en el caso del requisito de que la víctima tenga que ser un *civil*²¹⁸. Existe un acuerdo general en cuanto a que la definición de este término en el Derecho humanitario sirve como guía, o al menos como punto de partida, para los crímenes contra la humanidad cometidos durante un *conflicto armado*. En consecuencia, en esta situación los civiles son todos combatientes en el sentido del art. común 3 de los Convenios de Ginebra. Más concretamente, y siguiendo la definición de la Sala de Primera Instancia «Blaskic», un civil es cualquier persona que ya no sea un combatiente activo en la «situación específica» del momento en que se comete el crimen²¹⁹, lo cual comprende a los ex combatientes y ex miembros de movimientos de resistencia que «ya no toman parte en las hostilidades (...)»²²⁰. Asimismo, los miembros de la policía pueden

²¹⁴ «A self-contained group of individuals, either geographically or as a result of other common features», METTRAUX, *supra* nota 2, p. 255; también en la 250: no sólo «un grupo de individuos interrelacionados de manera indefinida, [«A loosely connected group of individuals»].

²¹⁵ METTRAUX, *supra* nota 2, p. 255.

²¹⁶ AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 22, con más referencias, METTRAUX, *supra* nota 2, pp. 254, 256, 299-300, DIXON, *supra* nota 187, art. 7.

²¹⁷ «Prosecutor v. Kunarac», *supra* nota 202, par. 421, *vid.* también METTRAUX, *supra* nota 2, pp. 247 y 253, con referencias adicionales.

²¹⁸ AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, pp. 22-26. Para un buen análisis, consúltese SWAAK-GOLDMAN, *supra* nota 198, pp. 154-155.

²¹⁹ «Prosecutor v. Blaskic», *supra* nota 191, par. 214; restrictivamente «Prosecutor v. Blaskic», A. Ch. Judgement, *supra* nota 193, par. 103-116 y 114: «the specific situation of the victim at the time the crimes are committed may not be determinative of his civilian or non-civilian status. If he is indeed a member of an armed organization, the fact that he is not armed or in combat at the time of the commission of crimes, does not accord him civilian status».

²²⁰ [«Are] no longer taking part in the hostilities»] «Prosecutor v. Blaskic», *supra* nota 191, par. 214. Más restrictivo «Prosecutor v. Blaskic», A. Ch. Judgement, *supra* n. 193, par. 103-116. *Vid.* también CASSESE, *supra* nota 2, p. 375, DIXON, *supra* nota 187, art. 7, mn. 13. Para la juris-

incorporar en esta lista, en virtud de que ellos están a cargo del orden *civil* y, como tales, son no combatientes²²¹. La situación es, sin embargo, diferente en *tiempos de paz*, porque entonces el Derecho humanitario no es aplicable y, por consiguiente, el Derecho relativo a los crímenes contra la humanidad debe brindar una protección más amplia²²². Puesto que no hay «combatientes» durante los tiempos de paz, no tendría sentido ceñirse a la definición del Derecho humanitario del término «civil» y marginar a los combatientes del ámbito de aplicación de los crímenes contra la humanidad. En consecuencia, todos, la policía incluida²²³, son «civiles» y pueden ser víctimas de los crímenes mencionados. Sólo una definición tan general toma en cuenta de forma suficiente el fundamento implícito de los crímenes contra la humanidad, *i. e.*, la protección penal de los derechos humanos de *todos* los seres humanos contra las violaciones generalizadas y sistemáticas de ciertos derechos fundamentales. Al mismo tiempo, una definición tan amplia permite que los Tribunales, por lo menos en tiempos de paz, superen la innecesaria y dañina restricción del delito mediante la introducción del elemento «civil». Es obvio que esta definición no puede transferirse fácilmente a la situación de un conflicto armado, pues, en ese caso, la definición derivada del Derecho Humanitario y la existencia de combatientes hace difícil, si no imposible, emplear una definición que en realidad hace caso omiso del texto de los instrumentos internacionales. Lo mejor que puede hacerse es recurrir a la definición extensa²²⁴ adoptada por los Tribunales, que, *inter alia*, implica que el carácter de una población predominantemente civil no se vea alterado por «la presencia de algunos no civiles en ella»²²⁵. Por último, el único remedio eficaz para la situación en la que existe un conflicto armado es suprimir la palabra «civil» lo más pronto posible del art. 7 del Estatuto.

c) El nexo entre los actos individuales y el elemento de contexto

No cabe duda de que debe existir un vínculo entre los hechos delictivos individuales y el contexto de un ataque generalizado o sistemático. El texto del encabezado del art. 3 del Estatuto del TPIR y el art. 7.1

prudencia más amplia del período posterior a la Segunda Guerra Mundial, *vid.* AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 2, con referencias.

²²¹ AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 25.

²²² AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 24, con referencias.

²²³ Se pronuncia en contrario «Prosecutor v. Kayishema», par. 127, METTRAUX coincide con el juicio, *supra* nota 2, p. 257.

²²⁴ Cfr. AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 22, con referencias, METTRAUX, *supra* nota 2, pp. 256-257, con nota al pie de la página 91.

²²⁵ «The presence of certain non-civilians in their midst», *vid.* las referencias en AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 26, con nota 124, METTRAUX, *supra* nota 2, p. 257 con nota 95.

del de Roma estipulan que el hecho delictivo enumerado debe ser «cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático» (cursivas mías). El art. 5 del Estatuto del TPIY dispone que una persona es responsable «de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado (...)»²²⁶.

Los actos individuales fundamentales deben formar parte del ataque en general. Deben ser «parte de un patrón de crímenes generalizados y sistemáticos dirigidos contra una población civil»²²⁷. Este requisito del nexo descarta los actos aislados, como el asesinato de un solo miembro del grupo, elegido como víctima, en el lugar donde ha sido exiliado, ambos se encuentran demasiado lejos del centro del ataque. No obstante, no excluye, como se señaló con anterioridad, actos únicos *per se*, si sólo forman parte del ataque general. En otros términos: perpetrar un solo acto fundamental puede constituir un crimen contra la humanidad si se ajusta al modelo de una comisión generalizada o sistemática²²⁸. La jurisprudencia exige dos «elementos» en relación con el nexo. Por una parte, «los crímenes deben cometerse en el contexto de crímenes generalizados o sistemáticos contra una población civil» (elemento material); por la otra, «el acusado debió haber sabido que sus actos “se ajustaban a dicho patrón”» (elemento mental)²²⁹. Los elementos adicionales se consideran irrelevantes. En cuanto al elemento material —para el elemento mental, *vid. infra* 4—, ambos Tribunales *ad hoc* aclararon que no es preciso que el delito fundamental constituya el ataque²³⁰.

²²⁶ Texto en castellano del *Boletín Oficial de España (BOE)*, última revisión del 30 de noviembre de 2000, Resol. 1329/2000, del Consejo de Seguridad de la ONU, publicado en *BOE* del 15 de marzo de 2001, núm. 64, p. 9611, rect. *BOE* 3 de abril de 2001, núm. 80, p. 12381.

²²⁷ «Part of a pattern of widespread and systematic crimes directed against a civilian population», «Prosecutor v. Tadic», Judgement de 15 de julio de 1999 (IT-94-1-A), pars. 248 y 255, *vid. también* METTRAUX, *supra* nota 2, pp. 251-252, DIXON, *supra* nota 187, art. 7, mn. 10, AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, pp. 35-36.

²²⁸ «Prosecutor v. Mrksic», Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of Rules of Procedure and Evidence, 3 de abril de 1996 (IT-95-13-A-R61), pars. 29-30, «Prosecutor v. Tadic», Opinion and Judgement, 7 de mayo de 1997 (IT-94-1-T), par. 649, «Prosecutor v. Kayishema», *supra* nota 7, par. 135, «Prosecutor v. Kupreskic et al.», *supra* nota 209, par. 550, «Prosecutor v. Kunarac», *supra* nota 205, par. 417; «Prosecutor v. Kordic and Cerkez», Judgement de 26 de febrero de 2001 (IT-95-4/2-T), par. 178, «Prosecutor v. Bagilishema», *supra* nota 8, par. 82, *vid. asimismo* METTRAUX, *supra* nota 2, p. 251, DIXON, *supra* nota 187, art. 7, mn. 9, GÓMEZ-BENÍTEZ, *supra* nota 187, p. 32.

²²⁹ «The crimes must be committed in the context of widespread or systematic crimes against a civilian population», y «The accused must have known that his acts, “fitted into such a pattern”», «Prosecutor v. Kordic», *supra* nota 225, par. 187; «Prosecutor v. Tadic», A. Ch. Judgement, *supra* nota 225, pars. 248 y 255, «Prosecutor v. Kupreskic», *supra* nota 209, par. 556, «Prosecutor v. Vasiljevic», Judgement de 25 de febrero de 2004 (IT-98-32-A), par. 30.

²³⁰ «Prosecutor v. Kunarac», *supra* nota 216, par. 417, «Prosecutor v. Kunarac», A. Ch. Judgement de 12 de junio de 2002 (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), par. 85, «Prosecutor v. Kunarac», Judgement de 12 de junio de 2002 (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), par. 85, «Prosecutor v. Tadic», A. Ch. Judgement, *supra* nota 225, par. 248, «Prosecutor v. Bagilishema», *supra* nota 8, par. 82.

«no es preciso que los crímenes contengan los tres elementos del ataque (...), pero deben formar parte del mismo»²³¹.

«Basta con demostrar que el acto se llevó a cabo en el contexto de una acumulación de actos de violencia que, individualmente, pueden variar mucho en cuanto a naturaleza y gravedad»²³².

Una definición más exacta del vínculo necesario puede provenir del *fundamento* de los crímenes contra la humanidad, que consiste en la protección de los peligros particulares de los múltiples crímenes respaldados por las autoridades, o sin que éstas se opongan a las mismas. Así, una prueba adecuada para determinar si cierto acto fue parte del ataque es preguntar si aquél habría sido menos peligroso para la víctima si no hubiesen existido tanto el ataque como la política²³³.

A diferencia del crimen de genocidio, no es necesario que la víctima del acto individual de un crimen contra la humanidad sea miembro de un grupo que esté específicamente en la mira de los criminales. La persecución penal sólo necesita probar que la víctima fue el blanco de aquéllos como parte de un ataque contra una población civil²³⁴. Es innecesario «demostrar que las víctimas tengan relación con cualquier bando del conflicto»²³⁵. Por último, el autor puede ser también miembro del grupo perseguido²³⁶.

d) *La mens rea*

A partir del texto del Estatuto de la CPI («conocimiento del ataque»), queda claro que cada autor debe *saber* que existe un *ataque* contra la población civil. Debe saber, además, que su acto individual forma parte de aquél. Ambos elementos se tratan por lo general de forma conjunta y concurrente²³⁷.

²³¹ «The crimes themselves need not contain the three elements of the attack (...), but must form part of such an attack», «Prosecutor v. Kayishema», *supra* nota 7, par. 135.

²³² «It is sufficient to show that the act took place in the context of an accumulation of acts of violence which, individually, may vary greatly in nature and gravity», «Prosecutor v. Kunarac», *supra* nota 216, par. 419.

²³³ AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2 at 36. Para ejemplos en los que éste no es el caso, *vid. METTRAUX, supra* nota 2, pp. 251-252.

²³⁴ METTRAUX, *supra* nota 2, p. 256, pone el ejemplo de un alemán al que arrestan o torturan por esconder a un amigo judío durante la Segunda Guerra Mundial, aun cuando él haya sido parte del objetivo, la población judía.

²³⁵ «To demonstrate that the victims are linked to any particular side of the conflict», «Prosecutor v. Kunarac», *supra* nota 216, par. 423, «Prosecutor v. Akayesu», Judgement de 1 de junio de 2001 (ICTR-96-4-A), par. 437.

²³⁶ METTRAUX, *supra* nota 2, p. 256.

²³⁷ Por ejemplo, BOOT, *supra* nota 25, par. 467, METTRAUX, *supra* nota 2, pp. 261-263.

Por un lado, es evidente que el requisito del conocimiento en crímenes contra la humanidad es específico en cuanto a que sólo se refiere al «ataque» y que, como tal, no debe confundirse con el requisito general de la intención, que se aplica a los actos fundamentales de los crímenes contra la humanidad²³⁸. Pero, por otro lado, no es tan claro si para la determinación del requisito del conocimiento deba tomarse en consideración el elemento mental general, tal como se codifica ahora en el art. 30 del Estatuto de la CPI, en particular cuando se define el requisito mencionado en el párrafo 3. Si tal fuera el caso, esto es, si uno concibe el requisito del conocimiento no como un elemento subjetivo o mental específico de los crímenes contra la humanidad, sino sólo como la *expresión de un requisito de intención general*²³⁹, el art. 30.3 del Estatuto sería aplicable y el autor necesitaría tener «conciencia» del ataque.

Si, por otro lado, uno considera que este requisito es un *elemento subjetivo específico* de los crímenes contra la humanidad que debe definirse en base al Derecho consuetudinario internacional e independientemente de la definición general asentada en el art. 30.3 del Estatuto mencionado²⁴⁰, uno llega a una definición más amplia del conocimiento, como la que desarrolló la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*. Mientras que la Sala de Apelaciones "Tadic" todavía hablaba de conocimiento del ataque, sin dar una calificación ulterior del requisito²⁴¹, la Sala de Primera Instancia "Blaskic" introdujo lo que podría denominarse un «enfoque orientado al riesgo». Por consiguiente, el conocimiento «también incluye la conducta de una persona que asume un riesgo premeditado con la esperanza de que éste no cause perjuicios»²⁴². Este planteamiento fue confirmado en fecha muy reciente por la Sala de Apelaciones en el caso "Kunarac"²⁴³, al dar por bueno el punto de vista de la Sala de Primera Instancia de que el autor debe «arriesgarse a que su acto forme parte del ataque»²⁴⁴.

A primera vista, parecerían incompatibles estos dos criterios, el del conocimiento en el sentido del art. 30.3 del Estatuto y el del enfoque orientado al riesgo. Se ha dicho ciertamente que en el conocimiento, tal

²³⁸ Vid. asimismo METTRAUX, *supra* nota 2, p. 254.

²³⁹ Cfr. AMBOS, *supra* nota 75, p. 774.

²⁴⁰ AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 39.

²⁴¹ "Prosecutor v. Tadic", Judgement, *supra* nota 225, par. 271.

²⁴² «Also includes the conduct of a person taking a deliberate risk in the hope that the risk does not cause injury», "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 191, par. 254, al citar a DESPORTES y GUNEHEC en la nota al pie de la p. 483, *vid.* asimismo "Prosecutor v. Blaskic", A. Ch. Judgement, *supra* n. 193, par. 166.

²⁴³ "Prosecutor v. Kunarac", A. Ch. Judgement de 12 de junio de 2002 (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), par. 102, conc. "Prosecutor v. Vasiljevic", *supra* nota 191, par. 37.

²⁴⁴ «Take the risk that his act is part of the attack», "Prosecutor v. Kunarac", *supra* nota 202, par. 434, *vid.* asimismo METTRAUX, *supra* nota 2, p. 261.

como lo entiende el artículo mencionado, no está comprendida la conciencia de un simple riesgo²⁴⁵. Por lo tanto, si uno considera el requisito del conocimiento en los crímenes *contra* la humanidad como un requisito de intención general, el enfoque orientado al riesgo no sería aplicable. Sólo serviría entonces para invocar la fórmula «salvo disposición en contrario» del art. 30 del Estatuto y para sostener que el requisito del conocimiento en los crímenes contra la humanidad es una *lex specialis* y, como tal, deroga la *lex generalis* del art. 30.3 del Estatuto antes indicado²⁴⁶.

Con todo, podría existir otra manera de reconciliar las interpretaciones aparentemente contradictorias del requisito del conocimiento. Uno podría *redefinir* el art. 30.3 de este Estatuto a la luz del enfoque orientado al riesgo. Esto querría decir que el conocimiento, como elemento mental general, debe entenderse siempre en el sentido de una conciencia del riesgo de la propia conducta. Dicho de modo más concreto: estar consciente del riesgo de que una conducta podría generar una circunstancia que convertiría el acto en un crimen internacional. Tal interpretación tendría el apoyo de la ya mencionada teoría cognitiva, en virtud de que ésta concibe el dolo como conocimiento del riesgo de que cierta conducta llevará a la comisión de cierto delito²⁴⁷. El enfoque orientado al riesgo se complementa con el criterio del «*conocimiento constructivo*», el cual, según la jurisprudencia, forma parte de la definición del conocimiento²⁴⁸. Este concepto tan discutible imputa conocimiento con base en ciertos indicios y constituye los criterios de negligencia como ceguera voluntaria²⁴⁹ y el de «debería haber sabido» (doctrina de la responsabilidad del superior)²⁵⁰. Si bien se reconoce en general el uso de ciertos indicios para deducir conocimiento en la ley de la prueba, al igual que una técnica necesaria para demostrar un elemento mental (específico), los cuales han sido adoptados también por los Tribunales *ad hoc*²⁵¹, no debe confundirse esta técnica con la «construcción» del conocimiento atendiendo a simples suposiciones y sospechas. Una imputación semejante de un conocimiento objetivamente no existente opera sobre una base ficticia y viola el principio de la culpabilidad. Más cuidado es necesario por el criterio generalmente insuficiente que aplican los Tribunales en relación con el *conocimiento*

²⁴⁵ AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 39.

²⁴⁶ Cfr. AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 39.

²⁴⁷ Vid. FRISCH, *supra* nota 100, pp. 341 ss. [341: «Notwendig ist das Wissen um das der Handlung eignende und (normative) ihre Tatbestandsmäßigkeit begründende Risiko (...).»].

²⁴⁸ Cfr. AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 38, con referencias en la nota al pie de la p. 178.

²⁴⁹ Vid. R. v. Finta, 1994, S.C.R. pp. 701 y 812, AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, pp. 38-39.

²⁵⁰ Vid. AMBOS, *supra* nota 77, pp. 696-697, 699-700, *id.*, en CASSESE, *supra* nota 2, 823, pp. 864 ss.

²⁵¹ Confróntese METTRAUX, *supra* nota 2, p. 262, con nota al pie de la p. 124 y *supra* I.3.a).c').

exigido. El autor no necesita conocer ni los detalles del ataque ni los detalles de la política o del plan implícito ²⁵².

2. Los actos individuales

a) El estado mental exigido para los hechos delictivos individuales

Además del elemento subjetivo general, como se define en el art. 30 del Estatuto de la CPI, no existe otro requisito mental en cuanto a los hechos delictivos individuales de los crímenes contra la humanidad. Desde la resolución de la Sala de Apelaciones en "Tadic", es particularmente evidente que no es necesario que los crímenes contra la humanidad se cometan con una *intención discriminatoria* ²⁵³. Esto se aplica también al art. 3 del Estatuto del TPIR, puesto que la referencia a ciertos motivos discriminatorios puede interpretarse como una caracterización del ataque más bien que de la *mens rea* del autor ²⁵⁴. La única categoría en la que la discriminación constituye un elemento integral de la conducta prohibida es el crimen de «persecución».

Por la misma razón, los *motivos* del acusado (como algo diferente de la intención) no forman parte en principio del elemento mental ²⁵⁵.

b) Los actos individuales

a') Asesinato (*murder*)

El art. 7.2 del Estatuto de Roma no explica el término «asesinato» (*murder*). Se tenía por un concepto bastante bien entendido en todos

²⁵² "Prosecutor v. Kunarac", A. Ch. Judgment, *supra* n. 230, par. 102-4, "Prosecutor v. Kunarac", *supra* nota 241, pars. 102-104, *vid.* asimismo AMBOS, *supra* nota 75, pp. 774 ss.; AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, pp. 41-42, ambos con referencias, METTRAUX, *supra* nota 2, p. 262 con nota al pie de la p. 123, DIXON, *supra* nota 187, art. 7, mn. 15.

²⁵³ "Prosecutor v. Tadic", A. Ch. Judgment, *supra* nota 227, par. 305, *vid.* también AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, pp. 43-45, METTRAUX, *supra* nota 2, pp. 268-269, DIXON, *supra* nota 187, art. 7, mn. 16, SWAAK-GOLDMAN, *supra* nota 200, pp. 160 y ss., CASSESE, *supra* nota 2, p. 369.

²⁵⁴ "Prosecutor v. Bagilishema", *supra* nota 8, par. 81; "Prosecutor v. Akayesu", A. Ch. Judgment de 1 de junio de 2001 (ICTR-96-4-A), pars. 467-469; "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 234, pars. 467-469. La C. de Ap. "Akayesu" sostuvo, sin embargo, que «artículo 3 restringe la jurisdicción del Tribunal a crímenes contra la humanidad cometidos (...) por motivos de discriminación» [*Article 3 restricts the jurisdiction of the Tribunal to crimes against humanity committed (...) on discriminatory grounds ...*], par. 469, confróntese igualmente AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 44.

²⁵⁵ "Prosecutor v. Tadic", A. Ch. Judgment, *supra* nota 227, pars. 270, 272; "Prosecutor v. Kupreskic", *supra* nota 210, par. 558 (donde se hace la observación de que el asunto «no se

los sistemas jurídicos, y no parecía precisar una elaboración ulterior ²⁵⁶. Con todo, los sistemas jurídicos nacionales sí varían hasta cierto punto en relación con los detalles doctrinales ²⁵⁷. Según BASSIOUNI, la práctica estatal lo define *largo sensu* como si en su significado estuviera incluida la creación de condiciones que ponen en peligro la vida hasta causar probablemente la muerte según la experiencia humana razonable ²⁵⁸. Así, el asesinato contiene una forma estrechamente relacionada de muerte no intencional, pero previsible, que el Derecho consuetudinario rotula como asesinato calificado y preterintencional y que el sistema romanista civilista germánico considera como asesinato con *dolus* (*Vorsatz*) y asesinato con *culpa* (*Fahrlässigkeit*) ²⁵⁹.

La jurisprudencia define el asesinato con tres condiciones: la primera, la muerte de la víctima; la segunda, que su muerte haya sido consecuencia de un acto del acusado, y la tercera, que el acusado haya tenido la intención de matarla o de causarle daños corporales intensos con el conocimiento razonable de que su ataque probablemente ocasionaría su muerte ²⁶⁰. Si bien se ha polemizado un tanto en la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* en lo referente al significado que ha de atribuirse a la discrepancia entre el uso de la palabra «murder» en el texto en inglés del Estatuto y el uso de la palabra *assassinat* en el texto francés, la jurisprudencia tiende a seguir una concepción de asesinato que excluye el requisito de premeditación ²⁶¹.

impugnó»), "Prosecutor v. Kunarac", *supra* nota 217, par. 433, "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 227, par. 187, "Prosecutor v. Vasiljevic", *supra* nota 191, par. 37, *vid.* asimismo AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 45, METTRAUX, *supra* nota 2, pp. 268-269, SWAAK-GOLDMAN, *supra* nota 200, pp. 160-164, GÓMEZ-BENÍTEZ, *supra* nota 9, p. 151.

²⁵⁶ ROBINSON, «The Elements of Crimes against humanity», en LEE (ed.), *The International Criminal Court-Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, p. 80.

²⁵⁷ Para un análisis de las diferencias, *vid.* HEINE y VEST, en McDONALD y SWAAK-GOLDMAN (eds.), *supra* nota 11, 175, 176-182.

²⁵⁸ BASSIOUNI, *supra* nota 202, p. 300-302.

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 13, par. 589, "Prosecutor v. Kupreskic et al.", *supra* nota 210, par. 560, "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 191, par. 217, "Prosecutor v. Rutaganda", *supra* nota 15, par. 80, "Prosecutor v. Musema", *supra* nota 32, par. 215, "Prosecutor v. Vasiljevic", *supra* nota 191, par. 205, "Prosecutor v. Cestic", Judgment de 11 de marzo de 2004 (IT-95-10/1), par. 34, "Prosecutor v. Nindabahizi", Judgment de 15 de julio de 2004 (ICTR-2001-71-T), par. 487, "Prosecutor v. Brdanin", *supra* n. 19, par. 381.

²⁶¹ "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 228, par. 235, "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 13, pars. 587-589, "Prosecutor v. Rutaganda", *supra* nota 15, par. 79, "Prosecutor v. Musema", *supra* nota 32, pars. 214-215, "Prosecutor v. Jelusic", *supra* nota 16, pars. 35, 51, "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 191, par. 216, en desacuerdo, "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 7, par. 140, "Prosecutor v. Kupreskic", *supra* nota 210, par. 561; "Prosecutor v. Semanza", *supra* nota 76, par. 502, *vid.* *supra* 3.a.a').

b') Exterminio

El «exterminio» se define en el art. 7.2.b) del Estatuto de Roma de suerte que el término abarca la imposición deliberada de condiciones de vida tales como la privación del acceso a comida y medicinas, con la finalidad de causar la destrucción de una parte de la población.²⁶² Según la Sala de Primera Instancia "Akayesu", «el exterminio es un crimen que, por su misma naturaleza, se dirige contra un grupo de individuos». Difiere del asesinato en que «exige un elemento de destrucción masivo que no se requiere para el crimen de asesinato»²⁶³. El acusado debe haber estado involucrado en matanzas de civiles a gran escala pero la diferencia con el asesinato no sólo es cuantitativa sino conceptual, ya que relaciona a las víctimas del delito y el modo en que fueron tomadas como objetivo.²⁶⁴ A este respecto, el exterminio está estrechamente relacionado con el crimen de genocidio por cuanto ambos crímenes están dirigidos contra una gran cantidad de víctimas. Sin embargo, a diferencia del último, en el exterminio como crimen contra la humanidad existen situaciones en las que se mata a un grupo de individuos que no tienen ninguna característica en común. También se aplica a situaciones en las que se asesina a algunos miembros de un grupo, mientras que otros son personados.²⁶⁵ Un solo asesinato puede calificarse de exterminio si es parte de una masacre y si el autor cometió tal acto en ese contexto.²⁶⁶ Si bien el exterminio comporta por lo

²⁶² En "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 7, par. 144, los elementos del exterminio se especificaron más. «El agente forma parte en el asesinato masivo de otros o en la creación de condiciones de vida que lleven a una masacre mediante su(s) acto(s) u omisión(es), habiendo tenido en mente el asesinato, o siendo imprudente o excesivamente negligente en cuanto a la posibilidad de tal masacre, y estando consciente de que su(s) acto(s) u omisión(es) forma(n) parte de tal suceso. En este último, su(s) acto(s) u omisión(es) forman parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil por razones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas» [*The actor participates in the mass killing of others or in the creation of conditions of life that lead to mass killing of others, through his act(s) or omission(s); having intended the killing, or being reckless, or grossly negligent as to whether the killing would result; and being aware that his act(s) or omission(s) forms part of a mass killing event; where, his act(s) or omissions(s) forms part of a widespread or systematic attack against civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds...*].

²⁶³ «Extermination is a crime which by its very nature is directed against a group of individuals. Extermination differs from murder in that it requires an element of mass destruction which is not required for murder», "Prosecutor v. Akayesu", *supra* nota 13, par. 591, "Prosecutor v. Semanza", *supra* nota 76, par. 500.

²⁶⁴ "Prosecutor v. Nahimana", Judgement de 3 de diciembre de 2003 (ICTR-96-11), par. 1061, "Prosecutor v. Gacumbitsi", Judgement de 17 de junio de 2004 (ICTR-2001-64-T), par. 309, "Prosecutor v. Nindabahizi", *supra* nota 260, par. 479.

²⁶⁵ Cfr. 1996 ILC Report, *supra* nota 43, p. 97.

²⁶⁶ METTRAUX, *supra* nota 2, pp. 284-285, "Prosecutor v. Kayishema", *supra* nota 7, pars. 146-147. Este punto de vista se encuentra sustentado por el texto del art. 7.1.b) de los Elementos de los Crímenes, *supra* nota 27, sin embargo, *vid.* ahora "Prosecutor v. Vasiljevic", *supra* nota 191, pars. 227-229, donde se declara «que la Sala de Primera Instancia Kayishema

general una gran cantidad de víctimas, no es necesario que se elimine a una proporción especificada de la población que se haya elegido.²⁶⁷ En contraste con el simple asesinato, el efecto combinado de una vasta iniciativa asesina y la participación del acusado en ella es lo que otorga al crimen su especificidad y su carácter distintivo.²⁶⁸

c') Esclavitud

El elemento principal de la definición de «esclavitud» es el Derecho de propiedad ejercido por una persona sobre otra [art. 7.2.c)]. La Sala de Primera Instancia en el caso "Kunarac" observó que «la esclavitud como crimen contra la humanidad en el Derecho Consuetudinario Internacional, constaba del ejercicio de cualquiera o de todos los poderes vinculados al Derecho de posesión de una persona»²⁶⁹. Entre los indicios de la esclavitud podemos incluir los siguientes: «control de los movimientos de una persona, de su ambiente físico, control psicológico, medidas para impedir que escape, la fuerza, la amenaza de fuerza o coerción, el cautiverio, la afirmación de exclusividad, el sometimiento a un trato y a un abuso crueles, el control de la sexualidad y el trabajo forzado»²⁷⁰. El simple poder de comprar, vender, traficar o heredar a una persona, su trabajo o sus servicios es insuficiente, pero tales actividades, si en verdad tienen lugar, podrían ser un factor importante.²⁷¹

La Sala de Apelaciones se apega a esta definición y subraya que «no es posible enumerar de manera exhaustiva todas las formas contemporáneas de esclavitud comprendidas en el desarrollo de la idea original»²⁷². Además, considera que la falta de consentimiento de las víc-

and Ruzindana omitió proporcionar cualquier procedimiento estatal para respaldar su resolución al respecto, con lo que debilitó considerablemente el valor de ésta como precedente» [*That the Kayishema and Ruzindana Trial Chamber omitted to provide any state practice in support of its ruling on that point, thereby very much weakening the value of its ruling as a precedent*], (nota al pie de la p. 586).

²⁶⁷ METTRAUX, *supra* nota 2, p. 285, al criticar "Prosecutor v. Krstic", *supra* nota 7, pars. 501-503, aunque evidentemente malinterpreta el caso.

²⁶⁸ METTRAUX, *supra* nota 2, p. 285; "Prosecutor v. Ntakirutimana", Judgement de 21 de febrero de 2003 (ICTR-96-10; 2: ICTR-96-17), par. 814.

²⁶⁹ «Enslavement as a crime against humanity in customary international law consisted of the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person», "Prosecutor v. Kunarac", *supra* nota 217, par. 539.

²⁷⁰ «The control of someone's movement, control of physical environment, psychological control, measures taken to prevent or deter escape, force, threat of force or coercion, duration, assertion of exclusivity, subjection to cruel treatment and abuse, control of sexuality and forced labour», "Prosecutor v. Kunarac", *supra*, 217, par. 543, *vid.* también "Prosecutor v. Kmojelac", Judgement de 15 de marzo de 2002 (IT-97-25-T), par. 350.

²⁷¹ "Prosecutor v. Kunarac", *supra* nota 202, par. 543.

²⁷² «It is not possible exhaustively to enumerate all of the contemporary forms of slavery which are comprehended in the expansion of the original idea», "Prosecutor v. Kunarac", A. Ch. Judgement, *supra* nota 230, par. 119.

timas no es un elemento del crimen, ya que la esclavitud fluye de los derechos reclamados de propiedad ²⁷³. La *mens rea* exigida consta del ejercicio deliberado de un poder ligado al Derecho de propiedad ²⁷⁴.

d') Deportación o traslado por la fuerza

De acuerdo con la definición proporcionada en el art. 7.2.d) del Estatuto de Roma, la «deportación o [el] traslado forzoso de población» se refiere al desplazamiento forzado de personas, sin fundamentos autorizados por el Derecho Internacional, mediante la expulsión u otros actos coercitivos del área donde se encuentran presentes legalmente. La resolución del procedimiento según la Regla 61 en "Nicolic" indicó que las condiciones de tal mudanza podrían transformarla de legal en ilegítima y posiblemente en penal ²⁷⁵.

Mientras que el término «deportación» connota que se lleva a varias personas más allá de sus fronteras nacionales, el «traslado forzoso» tiene que ver con desplazamientos dentro de un mismo Estado ²⁷⁶. No obstante, la Sala de Primera Instancia en el caso "Krstic" sostuvo que este crimen (que no está amparado por el art. 5.d) del Estatuto del TPIY) «en las circunstancias del presente caso, aún constituye una forma de trato inhumano previsto en el art. 5» [(i) Estatuto del TPIY] ²⁷⁷.

e') Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad

Si bien la Sala de Primera Instancia declaró en el caso "Kordic" que para el encarcelamiento se requiere la misma conducta que para el crimen de guerra de privación ilícita de la libertad ²⁷⁸, la Sala de Primera Instancia "Krnjelac" consideró que «*the definition of imprisonment*

²⁷³ *Ibid.*, par. 120.

²⁷⁴ "Prosecutor v. Kunarac", *supra* nota 217, par. 540, "Prosecutor v. Kunarac", A. Ch. Judgement, *supra* nota 230, par. 122; "Prosecutor v. Kunarac", *supra* nota 230, par. 122; "Prosecutor v. Krnjelac", *supra* nota 270, par. 350.

²⁷⁵ "Prosecutor v. Nicolic", *supra* nota 203, par. 23, *vid.* asimismo AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 60.

²⁷⁶ CLARK, *supra* nota 187, p. 148, "Prosecutor v. Krstic", *supra* nota 21, pars. 531-532.

²⁷⁷ «*In the circumstances of this case, still constitutes a form of inhumane treatment covered under Article 5*», "Prosecutor v. Krstic", *supra* nota 21, par. 532, *vid.* también "Prosecutor v. Kupreskic", *supra* nota 210, par. 566. Sin embargo, "Prosecutor v. Nicolic", *supra* nota 203, par. 23, declaró que el transporte ilegal de personas arrestadas del campo de Susica a Batkovic podría caracterizarse como deportación, aun cuando ambos lugares se hallan en el mismo país (Bosnia y Herzegovina).

²⁷⁸ "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 227, pars. 301-302.

is not restricted by the grave breaches provisions of the Geneva Conventions» ²⁷⁹. No obstante, concluyó que la privación de la libertad de un individuo sólo es arbitraria si se lo imponen sin el debido proceso legal de acuerdo con los instrumentos internacionales pertinentes. Cuando se analizan éstos, ambas sentencias llegan finalmente al mismo resultado ²⁸⁰. Por lo tanto, el encarcelamiento es la arbitraria «privación de la libertad del individuo sin el debido proceso legal, *i. e.*, si no puede recurrirse a ningún fundamento jurídico para justificar la privación de la libertad inicial» ²⁸¹. Si se invoca el Derecho nacional como justificación, las disposiciones al respecto no deben violar el Derecho internacional ²⁸².

Las garantías de procedimiento del Derecho de Ginebra, así como las disposiciones del ICCPR ²⁸³ sobre el *proceso justo* se aplican tanto para la resolución inicial de privar a una persona de su libertad como para la revisión subsiguiente ²⁸⁴. Si en cualquier momento el fundamento legal deja de ser aplicable, la privación de la libertad que al principio era legal puede volverse ilícita en ese momento y considerarse como encarcelamiento arbitrario ²⁸⁵. Vale la pena mencionar que el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la Comisión de Derechos Humanos ha señalado que la privación de la libertad se torna ilegal si se impone sólo porque la víctima ejerció sus derechos humanos ²⁸⁶. De este modo, el encarcelamiento o alguna otra privación importante de la libertad que viole los principios fundamentales del Derecho internacional comprende las violaciones de los derechos humanos caracterizados por el encarcelamiento arbitrario ²⁸⁷.

Aunque en "Krnjelac" y "Kordic" no se exige de manera expresa, la privación de la libertad, para ser criminal, debe ser *grave* según el Derecho Internacional. Esto se desprende de la formulación en el art. 7.1.e) del Estatuto de la CPI «Encarcelación u *otra* privación grave de la libertad» ²⁸⁸.

²⁷⁹ «La definición del encarcelamiento no está restringida por las normas de las graves infracciones a las disposiciones de los Convenios de Ginebra», "Prosecutor v. Krnjelac", *supra* nota 270, par. 111.

²⁸⁰ AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 63.

²⁸¹ «Deprivation of liberty of the individual without due process of law, *i. e.*, if no legal basis can be called upon to justify the initial deprivation of liberty», "Prosecutor v. Kordic", *supra* nota 227, par. 302, "Prosecutor v. Krnjelac", *supra* nota 270, par. 114.

²⁸² "Prosecutor v. Krnjelac", *supra* nota 270, par. 114.

²⁸³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 999 UNTS 171.

²⁸⁴ AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, pp. 63-64.

²⁸⁵ "Prosecutor v. Krnjelac", *supra* nota 270, par. 114.

²⁸⁶ Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, UN Doc. E/CN.4/1998/44, annex I, par. 8.

²⁸⁷ CLARK, *supra* nota 187, p. 148.

²⁸⁸ AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 65.

f') Tortura

«Tortura» significa, según la interpretación del art. 7.2.e) del Estatuto de Roma, la imposición intencional de dolor o sufrimientos graves, físicos o mentales, a una persona bajo la custodia o el control del acusado. Sin embargo, no se considerará tortura el dolor o sufrimiento que sólo provenga de, o sea inherente o incidental a sanciones lícitas. La expresión «dolor o sufrimientos graves» transmite la idea de que solamente los actos de *considerable gravedad* pueden tenerse por tortura²⁸⁹. Aun cuando esta definición añade un supuesto requisito de *control*²⁹⁰, la jurisprudencia exige un *propósito específico*, es decir, el acto debe dirigirse hacia la obtención de información o de una confesión, o para castigar, intimidar o ejercer coerción sobre la víctima o una tercera persona, o para discriminar, la víctima o una tercera persona con base en cualquier fundamento²⁹¹. Sin embargo, no es indispensable que tal conducta se perpetre única o predominantemente por uno de los fines prohibidos, sino que éstos sólo necesitan formar parte de la motivación de la conducta²⁹².

El requisito de un propósito específico debe rechazarse. Se omitió deliberadamente en el Estatuto de Roma, así como en el art. 7.1.f) de los Elementos de los Crímenes, en una de cuyas notas a pie de página se dice: «Se entiende que no es preciso probar ninguna intención especial en relación con este crimen»²⁹³. Esto concuerda con un juicio reciente de la Corte Suprema Alemana, según la cual la tortura es la imposición del «... sufrimiento físico o mental más intenso» y no requiere un propósito adicional, sino sólo la intención de infligir el trato mencionado²⁹⁴. Como consecuencia, la tortura no requiere ningún propósito (adicional) o una intención especial que vaya más allá de la mera intención de provocar un dolor intenso²⁹⁵.

²⁸⁹ «Prosecutor v. Delalic», *supra* nota 292, pars. 461-469; «Prosecutor v. Simic et al.», Judgement de 17 de octubre de 2003 (IT-95-9), para 80, *vid.* también METTRAUX, *supra* nota 2, p. 289.

²⁹⁰ AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 67.

²⁹¹ «Prosecutor v. Kunarac», *supra* nota 202, par. 497, «Prosecutor v. Akayesu», *supra* nota 13, par. 594, «Prosecutor v. Furundzija», Judgement de 10 de diciembre de 1998 (IT-95-17-T), par. 162.

²⁹² «Prosecutor v. Kunarac», *supra* nota 202, par. 486, «Prosecutor v. Delalic», Judgement de 16 de noviembre de 1998 (IT-96-21-T), par. 470, METTRAUX, *supra* nota 2, p. 290.

²⁹³ Elementos de los Crímenes, *supra* nota 27, art. 7.1.f) nota 14.

²⁹⁴ Juicio del 21 de febrero de 2001 («Sokolovic»), 3 StR 372/00, 4.d).aa), NSiZ 2001, pp. 658 y 661.

²⁹⁵ Cfr. AMBOS, «Immer mehr Fragen im internationalen Strafrecht», en NSiZ, 2001, pp. 628 y 632.

g') Violación, esclavitud sexual, prostitución y embarazo forzados o esterilización obligada, o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable

De acuerdo con su definición en el art. 7.2.f) del Estatuto de Roma, el «embarazo forzado» significa 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. El artículo recién citado establece, además, que esta definición no deberá interpretarse en modo alguno como si perjudicara la legislación nacional relativa a la preñez. Las expresiones «violación», «esclavitud sexual», «prostitución forzada», «esterilización obligada», «o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable» no han sido definidas en el artículo²⁹⁶.

Las Salas de ambos Tribunales *ad hoc* distinguen entre una definición *conceptual* y una *mecánica* de la violación. Algunos consideran

«que la violación es una forma de agresión y que los elementos medulares de este crimen no pueden captarse en una descripción mecánica de objetos y partes corporales. La Convention against Torture (...) no registra actos específicos en su definición de la tortura, sino que más bien atiende a la estructura conceptual de la violencia autorizada por el Estado. Este enfoque es más útil para el Derecho Internacional»²⁹⁷.

Por consiguiente, la violación fue definida como

«una invasión física de naturaleza sexual, perpetrada contra una persona en circunstancias coercitivas. La violencia sexual en la que se inserta la violación se considera como cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona en circunstancias coercitivas»²⁹⁸.

La Sala de Primera Instancia «Furundzija» sostuvo «que los siguientes pueden tenerse por los elementos objetivos de la violación:

²⁹⁶ Estos actos se definen en los Elementos de los Crímenes, *supra* nota 27.

²⁹⁷ «That rape is a form of aggression and that the central elements of the crime of rape cannot be captured in a mechanical description of objects and body parts. The Convention against Torture (...) does not catalogue specific acts in its definition of torture, focusing rather on the conceptual framework of state sanctioned violence. This approach is more useful in international law», «Prosecutor v. Akayesu», *supra* nota 13, par. 597, «Prosecutor v. Delalic», *supra* nota 292, pars. 478-4799, «Prosecutor v. Musema», *supra* nota 32, pars. 220-229.

²⁹⁸ «A physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive. Sexual violence which includes rape is considered to be any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercive», «Prosecutor v. Akayesu», *supra* nota 13, par. 598, «Prosecutor v. Delalic», *supra* nota 292, pars. 478-479, «Prosecutor v. Musema», *supra* nota 32, pars. 220-299.

- i) La penetración sexual, aunque sea superficial:
 - a) De la vagina o el ano de la víctima con el pene del autor o cualquier otro objeto usado por él; o
 - b) De la boca de la víctima por el pene del autor;
- ii) Mediante la coerción, la fuerza o la amenaza de fuerza a la víctima o una tercera persona»²⁹⁹.

La Sala de Primera Instancia adoptó en el caso "Kunarac" este punto de vista con respecto a los elementos señalados en i), pero indicó que en ii) sólo era necesario que

«esta penetración sexual ocurra sin el consentimiento de la víctima. Para este fin, su consentimiento debe darse de forma voluntaria, como consecuencia de su libre albedrío, y ello se evaluará según el contexto de las circunstancias del entorno»³⁰⁰.

Así, el consentimiento se considera evidentemente como un elemento del *actus reus* y no como una justificación. Esto corresponde a la distinción alemana entre *Einverständnis* y *Einwilligung*³⁰¹, de acuerdo con la cual el primer término elimina el *actus reus* y el último la ilicitud del acto. La diferenciación tiene consecuencias sustantivas y procesales. En lo concerniente a las últimas, es claro que la persecución penal debe demostrar la existencia del *actus reus*, en tanto que la carga de la prueba referente a una causal de exclusión de responsabilidad (*defence*) corresponde, como norma, a la defensa. En cuanto a la sustancia, pueden surgir problemas complejos de error. Si, tocante a la *mens rea*, sólo se exige que el autor se proponga llevar a efecto la penetración sexual y que también actúe *a sabiendas* de que no tiene el consentimiento de la víctima³⁰², él puede invocar un error de hecho si

²⁹⁹ «That the following may be accepted as the objective elements of rape:

- i) The sexual penetration, however slight:
 - a) Of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or
 - b) Of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator;
- ii) By coercion or force or threat of force against the victim or a third person».

Vid. "Prosecutor v. Furundzija", *supra* nota 291, par. 185. El art. 7.1.g).1 de los Elementos de los Crímenes, *supra* nota 27, sigue esta definición «mecánica».

³⁰⁰ «Such sexual penetration occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances», "Prosecutor v. Kunarac", *supra* nota 202, par. 460. El art. 7.1.g).1.2 de los Elementos de los Crímenes, *supra* nota 27, exige «Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción (...) o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento».

³⁰¹ Cfr. (crit.) ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 3.^a ed., 1997, § 13, mn. 1 y ss.

³⁰² "Prosecutor v. Kunarac", *supra* nota 202, par. 460.

creyó que la víctima consintió en tener relaciones sexuales con él. Este error negaría el elemento mental dentro del significado del art. 32.1 del Estatuto de la CPI, ya que el autor carecería del conocimiento necesario relativo a un elemento del *actus reus*. Por otra parte, podría considerarse el consentimiento como una defensa respecto de cuyos elementos objetivos el autor pudiera equivocarse al creer que la víctima consiente, o, más exactamente, como una excusa válida y justa (*Erlaubnissachverhaltsirrtum* = justificación putativa)³⁰³. Según sea la teoría a la que uno se adhiera, esto o bien negaría el elemento mental o solamente la culpabilidad de la conducta³⁰⁴. En la primera situación, el autor quedaría exento de castigo, según el art. 32.1 del Estatuto de la CPI, mientras que en la última, el error sería irrelevante de acuerdo con el principio *error iuris*, contenido en el art. 32.2 del mismo Estatuto³⁰⁵. Con todo, podría presentarse otra situación, si el autor ignora el requisito del consentimiento (u otra causal de exclusión de responsabilidad); esto constituiría un error de Derecho irrelevante (art. 32.2 del Estatuto).

h') Persecución

La persecución se define en el art. 7.2.g) del Estatuto de Roma 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. Según la jurisprudencia:

«El crimen de persecución consta de un acto o de una omisión que

1. discrimina efectivamente y niega o infringe un derecho fundamental, formulado en el Derecho Consuetudinario Internacional o en el Derecho de los Tratados (el *actus reus*); y
2. se llevó a cabo deliberadamente con la intención de discriminar, fundándose en alguno de los motivos registrados en la lista, específicamente la raza, la religión o la política (la *mens rea*)»³⁰⁶.

³⁰³ Cfr. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, pp. 158 s., 159-160.

³⁰⁴ El punto de vista correcto es tratar la *Erlaubnissachverhaltsirrtum* como un error de hecho; al respecto, vid. AMBOS, *supra* nota 75, pp. 808 ss.

³⁰⁵ Crítica del art. 32.2 en AMBOS, *supra* nota 75, pp. 822-824.

³⁰⁶ «The crime of persecution consists of an act or omission which

1. discriminates in fact and which denies or infringes upon a fundamental right laid down in international customary or treaty law (the *actus reus*); and
2. was carried out deliberately with the intention to discriminate on one of the listed grounds, specifically race, religion or politics (the *mens rea*)».

Vid. "Prosecutor v. Vasiljevic", *supra* nota 191, par. 244; "Prosecutor v. Krnojelac", *supra* nota 270, par. 431.

Los actos persecutorios pueden asumir muchas formas y no es preciso que se vinculen a otros crímenes mencionados en las demás partes del Estatuto. Pueden constar de los actos registrados en otras subcláusulas del art. 5 (Estatuto del TPIY), de los actos mencionados en otras partes del Estatuto, o de actos no mencionados explícitamente en ninguna parte del mismo³⁰⁷. En este sentido, puede ser calificado de «crimen cajón de sastre»³⁰⁸. La privación de derechos debe ser importante, *i. e.*, debe alcanzar «el mismo nivel de gravedad que los otros actos prohibidos en el art. 5»³⁰⁹. En consecuencia, no toda denegación de los derechos humanos es lo suficientemente grave para llegar a ser crimen contra la humanidad de persecución³¹⁰.

El elemento adicional de la intención discriminatoria en lo concerniente a la persecución «equivale a una *intención criminal agravada* (*dolus specialis, dolus spécial*). En el caso de la persecución, la intención debe ser la de someter a una persona o a un grupo a la discriminación, el maltrato o el acoso, de tal suerte que a esa persona o a ese grupo se le cause gran sufrimiento o daño, aduciendo razones de orden religioso, político o de otro tipo»³¹¹. La Sala de Primera Instancia en «Simic» infiere propósito discriminatorio del hecho de que el autor se sepa partícipe en un sistema o iniciativa que discrimina a los grupos ya mencionados³¹². Esta *mens rea* persecutoria es la característica distintiva de este ilícito que «separa el crimen de persecución de otros crímenes contra la humanidad del art. 5»³¹³. Ello hizo que la Sala de Primera Instancia «Kupreskic» estableciera paralelos entre el genocidio y la persecución³¹⁴:

«Puede decirse que, desde el punto de vista de la *mens rea*, el genocidio es una forma extrema y sumamente inhumana de persecución.

³⁰⁷ METTRAUX, *supra* nota 2, p. 292, con referencias.

³⁰⁸ «Umbrella crime», «Prosecutor v. Banovic», Judgement de 28 de octubre de 2003 (IT-02-65/1), par. 38.

³⁰⁹ «The same level of gravity as the other acts prohibited in Article 5», «Prosecutor v. Kupreskic», *supra* nota 210, pars. 620-621; «Prosecutor v. Nikolic», Judgement de 18 de diciembre de 2003 (IT-94-2), par. 110; «Prosecutor v. Deronjic», Judgement de 30 de marzo de 2004 (IT-02-61-S), AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, pp. 74 ss., con referencias adicionales.

³¹⁰ «Prosecutor v. Simic», *supra* n. 289, par. 48.

³¹¹ «Amounts to an aggravated criminal intent (*dolus specialis, dolus spécial*). In the case of persecution, the intent must be to subject a person or group to discrimination, ill-treatment, or harassment so as to bring about great suffering or injury to that person or group on religious, political or other such grounds», CASSESE, *supra* nota 2, p. 364, «Prosecutor v. Banovic», *supra* n. 308, par. 41-42.

³¹² «Prosecutor v. Simic», *supra* nota 289, par. 51.

³¹³ «Sets the crime of persecution apart from other Article 5 crimes against humanity», «Prosecutor v. Kordic», *supra* nota 227, par. 212. «Prosecutor v. Momir», Judgement de 2 de diciembre de 2003 (IT-02-60/1), par. 105.

³¹⁴ «Prosecutor v. Kupreskic», *supra* nota 210, par. 636, ambos delitos pertenecen «al mismo *genus*».

Para decirlo con otras palabras: cuando esta última se intensifica hasta asumir formas drásticas de actos intencionales y premeditados ideados para destruir un grupo o parte de alguno, puede afirmarse que tal persecución se equipara con el genocidio»³¹⁵.

i) Desaparición forzada de personas

El art. 7.2.i) del Estatuto de Roma ofrece por primera vez una definición de las desapariciones forzadas que observa las normas mínimas de certeza jurídica. En conformidad con ello, la conducta se caracteriza por el arresto, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

El crimen se remonta a la experiencia latinoamericana, que hizo que fuera calificado como crimen contra la humanidad por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas 1994³¹⁶. Su inclusión en el Estatuto de Roma lo convierte en un auténtico crimen internacional. No obstante, no existe jurisprudencia en el Derecho penal internacional, sino sólo en el de los derechos humanos, en particular en el célebre caso «Velásquez Rodríguez» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José, Costa Rica)³¹⁷. Pero ésta y otras resoluciones relacionadas con los derechos humanos³¹⁸ no desarrollaron los elementos del crimen de desaparición forzada³¹⁹, ni tampoco el Derecho patrio de algunos Estados latinoamericanos (*inter alia*, Perú, Venezuela, México, Guatemala, Paraguay y Colombia) ofrece una defi-

³¹⁵ «It can be said that, from the viewpoint of *mens rea*, genocide is an extreme and most inhuman form of persecution. To put it differently, when persecution escalates to the extreme form of willful and deliberate acts designed to destroy a group or part of a group, it can be held that such persecution amounts to genocide», *vid. ibid.*

³¹⁶ OEA/Ser. P AG/doc. 3114/94 rev. 1.

³¹⁷ «Velásquez Rodríguez» fue, junto con «Godínez Cruz, Farén Garbí y Solís Corrales», el primero de tres casos en los que el Tribunal sostuvo, en la Inter-American Rights Convention, que un Estado Parte (Honduras) era responsable de la desaparición forzada de personas, Judgements de 29 de julio de 1988, 20 de enero de 1989, 15 de marzo de 1989, Series C, No. 4, después de estas resoluciones siguieron otras: «Neira Alegría *et al.*» (Series C, Núm. 20); «Caballero Delgado y Santana» (22), «Garrido y Baigorria» (26), «Castillo Páez» (34), «Blake» (36), «Trujillo Oroza» (64), «Durand y Ugarte» (68) y «Bámaco Velásquez» (70).

³¹⁸ Cfr. los diversos juicios del Eur. Court of Human Rights: «Kart v. Turkey», Judgement de 25 de mayo de 1998, «Cakici v. Turkey», Judgement de 8 de julio de 1999, «Timurtas v. Turkey», Judgement de 13 de junio de 2000, «Cicek v. Turkey», Judgement de 27 de febrero de 2001; «Tas v. Turkey», Judgement de 14 de noviembre de 2001.

³¹⁹ Cfr. AMBOS, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1999, pp. 66 ss., 77 ss. y 113 ss.

nición convincente³²⁰. No hace mucho que el *Völkerstrafgesetzbuch* alemán (Código de derecho penal internacional, CDPI), que entró en vigor el 30 de junio de 2002³²¹, propuso la siguiente definición basada en el art. 7.2.i) del Estatuto de la CPI y de los Elements:

«con la intención de sustraerla durante largo tiempo a la protección de la Ley

a) secuestrándola o privándola gravemente de su libertad física de cualquier otro modo por orden o con la tolerancia de un Estado o de una organización política, sin que en lo sucesivo se atiende sin demora la demanda de información sobre su suerte o paradero,

b) negándose, por orden de un Estado o de una organización política o en contra de una obligación legal, a proporcionar sin demora información sobre la suerte o paradero de una persona que ha sido privada de su libertad física bajo las condiciones de la letra a), o proporcionando una información falsa».

En tanto que el inciso a) toma la combinación de privación de la libertad y la negativa subsiguiente de dar información (veraz) como se discierne del Estatuto, el inciso b) penaliza la simple negativa a proporcionar información inmediata o hacerlo con falsedad, pues eso implicaría una especie de colusión con el Estado o la organización responsable de la privación de la libertad³²². De esta forma, queda claro, a pesar de la dificultad de los detalles³²³, que el crimen sólo puede ser cometido por agentes estatales, o con su consentimiento o aquiescencia³²⁴, y que está integrado por dos actos relacionados entre sí.

j') El crimen del *apartheid*

«El crimen del *apartheid*», tal como lo define el art. 7.2.h) del Estatuto de Roma, se refiere a los actos inhumanos de carácter semejante a los que hace referencia el párrafo 1 y que son cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominio sistemáticos por un grupo racial sobre cualquier otro grupo o grupos raciales y per-

³²⁰ *Ibid.*, pp. 403 ss.

³²¹ *Bundesgesetzblatt* [Boletín Oficial de la RFA], I, 2002, p. 2254. Existen traducciones disponibles en www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html.

³²² Cfr. *Motives, Draft of the Cali*, 28 de diciembre de 2001, pp. 46-47, disponible en www.iuscrim.mpg.de/forsch/onlinepub.html.

³²³ Para un análisis comparativo e internacional, vid. la obra de próxima aparición de GRAMMER, *Der Straftatbestand des zwangsweisen Verschwindenlassens von Personen*, (tesis doctoral, Universidad de Mainz, Alemania).

³²⁴ HALL, en TRIFFTERER, *supra* nota 10, art. 7, mn. 124, BOOT, *supra* nota 25, par. 502.

petrados con la intención de mantener dicho régimen³²⁵. Por razones de certeza jurídica, el CDPI interpreta el crimen del *apartheid* como una modificación de los otros actos individuales contenidos en la sección 7.1 de ese mismo Código. En otros términos, el autor de uno de los actos fundamentales de los crímenes contra la humanidad recibe una sentencia más severa si comete estos actos con la intención (adicional) de mantener un régimen institucionalizado de opresión y dominio sistemáticos de un grupo racial sobre cualquier otro³²⁶.

k') Otros actos inhumanos

La expresión «otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física», no está definida en el art. 7.2 del Estatuto de Roma. Los Elementos de los Crímenes, en su art. 7.1.k) exigen que:

«1. Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física».

«2. Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto»³²⁷.

Una nota a pie de página aclara: «Se entiende que “carácter” se refiere a la naturaleza y la gravedad del acto»³²⁸. Los Tribunales *ad hoc* exigen que el acto o la omisión debe ser de una gravedad similar a otras posibilidades, y que debe haber causado intensos sufrimientos físicos o mentales o daños serios, o haber constituido un ataque de importancia a la dignidad humana³²⁹. Para estimar la gravedad de un acto, hay que tomar en consideración todas las circunstancias reales. Entre éstas pueden considerarse la naturaleza del acto o la omisión, el contexto en que ocurrió, las circunstancias de la víctima, incluyendo edad, sexo y salud, así como los efectos físicos, mentales y morales que el acto ejerció en ella³³⁰. Como ejemplos de tales «otros actos inhumanos» podrían mencionarse la experimentación ilegal con seres

³²⁵ Sobre las diferencias de las definiciones en el Estatuto de Roma y el art. II de la *Apartheid Convention*, vid. HALL, en TRIFFTERER, *supra* nota 10, art. 7, mn. 116-122.

³²⁶ Cfr. *Motives*, *supra* nota 322, pp. 49-50.

³²⁷ Elementos de los Crímenes, *supra* nota 26.

³²⁸ *Ibid.*, nota al pie de la p. 30 del Elemento 2 del art. 7.k).

³²⁹ “Prosecutor v. Vasiljevic”, *supra* nota 191, par. 234, AMBOS y WIRTH, *supra* nota 2, p. 83 con referencias ulteriores.

³³⁰ “Prosecutor v. Vasiljevic”, *supra* nota 191, par. 234, con referencias adicionales.

humanos y, sobre todo, la agresión violenta³³¹, el cierre de centros médicos, negación de tratamiento a pacientes de un cierto grupo étnico, corte de suministros³³² y el tratamiento inhumano de los detenidos³³³.

III. CRÍMENES DE GUERRA

1. Observaciones generales

a) Estructura del art. 8 del Estatuto de la CPI

El art. 8 del Estatuto de la CPI reconoce la existencia de los «crímenes de guerra» en conflictos armados no internacionales, y esto es ciertamente un avance³³⁴. Sin embargo, la creación de la categoría de «crímenes de los conflictos armados»³³⁵ no implica «asimilar» los crímenes cometidos en conflictos internacionales a los cometidos en conflictos armados no internacionales³³⁶. Por el contrario, el art. 8 del Estatuto mantiene el *enfoque dualista*, y separa los «crímenes internacionales» de los «no internacionales» en cuatro incisos [par. 2a), b) contra c), e)]. Además, no suministra, como lo hacen los Estatutos de

³³¹ CLARK, *supra* nota 188, p. 152, cuando se remite a ROBINSON, «Defining crimes against Humanity at the Rome Conference», en *AJIL*, núm. 93, 1999, p. 43.

³³² «Prosecutor v. Ntakirutimana», *supra* n. 268, par. 817.

³³³ «Prosecutor v. Plavsic», Judgement de 27 de febrero de 2003 (IT-00-39 & 40/1), pars. 45-48 y 52.

³³⁴ ZIMMERMANN, en TRIFFTERER (ed.), «Commentary on the Rome Statute of the ICJ, art. 8, mn. 238, 289».

³³⁵ KRESS, «War crimes committed in non-international armed conflict and the emerging system of international criminal justice», en *Isr. Y.B. Hum. Rts.*, núm. 30, 2000, pp. 103 y 132; este autor cuestiona si realmente existe una tendencia hacia la completa eliminación de la dicotomía entre crímenes cometidos en conflictos internacionales y no internacionales. En la p. 132 alude a «Prosecutor v. Tadic», Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de octubre de 1995 (IT-94-1-AR72), par. 126, donde se manifestó que «el surgimiento de los principios generales mencionados, relativos a los conflictos armados internos, no implica que la lucha interna esté regulada por el Derecho Internacional en todos sus aspectos. Pueden distinguirse dos limitaciones especiales: i) solamente algunas de las normas y principios que rigen los conflictos armados internacionales se han extendido gradualmente a fin de aplicarse a los internos; y ii) esta extensión no se ha llevado a cabo bajo la forma de un trasplante completo y mecánico de tales normas a los conflictos internos, sino que la esencia general de las mismas es la que se ha hecho aplicable a los conflictos internos, y no la regulación detallada que puedan contener». [«The emergence of the aforementioned general rules on internal armed conflicts does not imply that internal strife is regulated by general international law in all its aspects. Two particular limitations may be noted: i) only a number of rules and principles governing international armed conflicts have gradually been extended to apply to internal conflicts; and ii) this extension has not taken place in the form of a full and mechanical transplant of those rules to internal conflicts; rather the general essence of those rules, and not the detailed regulation they may contain, has become applicable to internal conflicts»].

³³⁶ Crit. BASSIOUNI, *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, núm. 8, 1998, pp. 199, 232-233; ZIMMERMANN, *supra* nota 334, art. 8, mn. 235.

los Tribunales *ad hoc*, una cláusula abierta («tales violaciones se incluirán, mas no se limitarán a (...)»), sino que más bien presenta una *lista cerrada y exhaustiva* de los crímenes³³⁷. Aunque esta técnica de codificación puede ser grata a la luz del principio de legalidad (*nullum crimen sine lege certa*)³³⁸, tiene la desventaja de ser estática y, debido a ello, de obstaculizar la interpretación judicial para llenar supuestas lagunas en la codificación de los crímenes de guerra, especialmente los cometidos en un conflicto internacional no armado. Como consecuencia, los supuestos descuidos del art. 8 del Estatuto, si se comparan con el Derecho consuetudinario internacional³³⁹, sólo pueden remediarse con enmiendas al Estatuto, con arreglo al art. 121 y siguientes del Estatuto. Además, el art. 8 del Estatuto se ha restringido aún más con la introducción de un *elemento de contexto*, que se desconocía con anterioridad y que se tomó de los crímenes contra la humanidad («en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o (...) de la comisión en gran escala de tales crímenes») ³⁴⁰.

El CDPI alemán³⁴¹ suprime la distinción tradicional y crea una *categoría de crímenes de conflictos armados*, en la que toma en cuenta el estado actual del Derecho consuetudinario internacional y hace referencia en especial a las declaraciones pertinentes de algunos Estados en organizaciones internacionales, o a las que se expresan en manuales militares³⁴². El capítulo 2 atiende a una diferenciación según los intereses legales u objetos jurídicamente protegidos: crímenes de guerra contra *personas* (§ 8)³⁴³, contra *la propiedad* y otros derechos (§ 9), contra *operaciones humanitarias y emblemas* (§ 10), que consisten en la utilización de *métodos de conducción de la guerra prohibidos* (§ 11) y, por último, en el empleo de *medios prohibidos* en la conducción de la gue-

³³⁷ Vid. también CONDORELLI, «War crimes and internal conflicts in the Statute of the ICC», en POLITI y NESI (eds.), *The Rome Statute of the ICC*, 2001, pp. 107 y 112.

³³⁸ Así también lo considera SCHABAS, «Follow up to Rome: preparing for entry into force of the international Criminal Court Statute», en *Hum. Rts. L. J.*, núm. 20, 1999, pp. 157 y 163.

³³⁹ Vid. FISCHER, *Festschrift Ipsen*, 2000, pp. 77 y 86 ss., también SUNGA, *supra* nota 9, p. 395, ASKIN, «Crimes within the jurisdiction of the ICC», en *Crim. L.F.*, núm. 10, 1999, pp. 33 y 57, CONDORELLI, *supra* nota 337, pp. 111 ss.

³⁴⁰ En contra de este requisito para los crímenes de guerra: «Prosecutor v. Tadic», Judgement de 7 de mayo de 1997 (IT-94-1-T), par. 573, «Prosecutor v. Delalic et al.», *supra* nota 292, par. 195, conc. «Prosecutor v. Blaskic», Judgement de 3 de marzo de 2000 (IT-95-14-T), par. 70, vid. también SUNGA, *supra* nota 8, p. 392, FENRICK, en TRIFFTERER (ed.), «Commentary on the Rome Statute of the ICC, art. 8 mn. 4», FISCHER, *supra* nota 339, p. 85; AMBOS, *supra* nota 75, p. 779. Para una explicación según el principio de complementariedad, vid. BOTHE, «War crimes», en CASSESE et al. (eds.), *supra* nota 2, pp. 379, 380-381.

³⁴¹ Vid. *supra* nota 321.

³⁴² Cfr. *Motives*, *supra* nota 322, p. 51.

³⁴³ El inciso (6), núm. 1, define a las personas que han de ser protegidas por el Derecho internacional humanitario en un conflicto armado internacional como sigue: «personas protegidas en el sentido de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I (...), es decir, heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y población civil».

rra (§ 12). Este planteamiento refleja la distinción entre la protección de las personas y la propiedad, por un lado (Convenios de Ginebra), y la limitación del uso de ciertos métodos y medios empleados en la contienda militar (Convención de La Haya), por el otro ³⁴⁴. Sin embargo, ahí donde el Derecho consuetudinario no permite que se traten por igual los conflictos internacionales y los no internacionales, las diferencias se han conservado, incluyendo elementos especiales dentro de las diferentes pars. de la sección 2 ³⁴⁵. En tanto que los pars. 10 y 12 tratan los conflictos armados internacionales y no internacionales por igual, los pars. 8, 9 y 11 adoptan un enfoque diferente. Así, por ejemplo, los incisos (1) y (2) del par. 8 se ocupan de los crímenes de guerra contra personas en relación tanto con un conflicto armado internacional como con uno no internacional, mientras que el inciso (3) solamente penaliza los actos cometidos en un conflicto armado internacional.

La solución alemana es compatible con el Estatuto de Roma, en virtud de que, según el art. 10 del Estatuto, «nada (...) se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de Derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto». En otras palabras, los Estados Parte pueden incriminar ciertos actos cometidos durante los conflictos armados no internacionales como crímenes internacionales en concordanza con el Derecho consuetudinario internacional existente ³⁴⁶.

b) Existencia de un conflicto armado

No hay una definición positiva de «conflicto armado» en el Derecho internacional, aunque existen algunos indicios. El art. común 2 de los cuatro Convenios de Ginebra (en lo sucesivo «CG I-IV») aclara que existen otros conflictos armados además de los «casos de guerra declarada». De la famosa definición negativa del art. 1.2 del Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977 («PA II»), admitida en el art. 8.2.d) y f) del Estatuto, se sigue que las «situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores» no llegan a constituir un conflicto armado.

La idea de «conflicto armado» presupone el recurso a la fuerza o a la violencia armada entre actores diferentes (estatales o no estatales) ³⁴⁷. Para establecer una distinción entre esta situación y la criminalidad

³⁴⁴ Vid. *Motives*, *supra* nota 290, p. 52.

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ Cfr. MOMTAZ, «War crimes in non-international armed conflicts under the Statute of the International Criminal Court», en *Y. B. Int'l Humanit. L.*, núm. 2, 1999, pp. 177 y 188, *vid. asimismo* BOOT, *supra* nota 25, par. 594.

³⁴⁷ «Prosecutor v. Tadic», T. Ch. Judgement, *supra* nota 340, par. 561, «Prosecutor v. Tadic», Decision on Jurisdiction, *supra* nota 336, par. 70, conc. «Prosecutor v. Kupreskic et al.».

común, las insurrecciones desorganizadas y efímeras o actividades terroristas, es preciso evaluar la *intensidad* del conflicto y la *organización* de las partes ³⁴⁸. La determinación de la intensidad de un conflicto no internacional no depende del juicio subjetivo de las partes en el mismo, pero debe valorarse objetivamente con base en las condiciones establecidas en el art. común 3 y PA II ³⁴⁹. Si la aplicación del Derecho internacional humanitario dependiera del juicio discrecional (subjetivo) de las Partes, en la mayor parte de los casos habría una tendencia a que se minimizara el conflicto, a fin de que no se aplicaran los principios humanitarios. A resultas de ello, no se lograría el objetivo mismo del Derecho internacional humanitario, es decir, la protección de las víctimas de conflictos armados ³⁵⁰.

Las partes en conflicto serán generalmente o el Gobierno enfrentándose a las fuerzas armadas disidentes, o el Gobierno que lucha contra grupos insurgentes armados y organizados. La expresión «fuerzas armadas» ha de definirse en un sentido amplio para abarcar todas las fuerzas armadas, tal como se describen en las legislaciones nacionales ³⁵¹. Las fuerzas armadas disidentes deben estar bajo un mando responsable, esto es, debe haber algún grado de *organización*, pero esto no necesariamente significa que deba haber un sistema jerárquico de organización militar semejante al de las fuerzas armadas regulares: «Esto quiere decir que se trata de una organización capaz, por un lado, de planear y llevar a cabo operaciones militares ininterrumpidas y concertadas que se mantengan firmes continuamente y se pongan en marcha con un plan, y por el otro, que sea capaz de imponer una disciplina en nombre de las autoridades *de facto*» ³⁵². Las fuerzas armadas disidentes deben ser capaces, además, de ejercer el control sobre una parte importante del territorio para mantener operaciones militares prolongadas y concertadas y estar en condiciones de poner en ejecución el Protocolo ³⁵³.

supra nota 210, par. 545, «Prosecutor v. Blaskic», *supra* nota 191, par. 63, *vid. asimismo* «Prosecutor v. Akayesu», T. Ch. Judgement, *supra* nota 13, par. 620: «existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor grado» [*existence of hostilities between armed forces organized to a greater or lesser extent*], *vid. asimismo* IPSEN, *Völkerrecht*, 4.^a ed., 1999, § 65, mn. 9, § 66, mn. 7, GREENWOOD, en FLECK (ed.), *Handbook of armed conflict*, núm. 202, pp. 35-36.

³⁴⁸ «Prosecutor v. Akayesu», T. Ch. Judgement, *supra* nota 13, pars. 620 y 625, «Prosecutor v. Tadic», T. Ch. Judgement, *supra* nota 340, par. 562, «Prosecutor v. Musema», *supra* nota 32, par. 256.

³⁴⁹ «Prosecutor v. Akayesu», T. Ch. Judgement, *supra* nota 13, par. 603.

³⁵⁰ *Id.*

³⁵¹ «Prosecutor v. Akayesu», T. Ch. Judgement, *supra* nota 13, par. 625, «Prosecutor v. Musema», *supra* nota 32, par. 256.

³⁵² «It means an organization capable of, on the one hand, planning and carrying out sustained and concerted military operations- operations that are kept up continuously and that are done in agreement according to a plan, and on the other, of imposing discipline in the name of the *de facto* authorities», «Prosecutor v. Musema», *supra* nota 32, par. 257.

³⁵³ «Prosecutor v. Musema», *supra* nota 32, par. 258.

En cuanto al *período* o marco temporal, el conflicto armado se inicia cuando se comienza a hacer uso de la fuerza armada y termina, cuando muy pronto, con el fin de las hostilidades. Mientras que esto se desprende del art. 3.b) del Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977 (PA I), algunos autores exigen el restablecimiento de la situación previa (la situación pacífica)³⁵⁴. La Sala de Apelaciones "Tadic" extendió igualmente el período más allá del simple cese de hostilidades y exigió que se alcanzara «una conclusión general de la paz» o, en el caso de un conflicto no internacional, «un arreglo pacífico».

En cuanto a la *extensión geográfica* de las hostilidades es suficiente con que se establezca la existencia del conflicto para toda una región integrada por ciertos municipios, sin la necesidad de tener un conflicto armado dentro de cada una de las municipalidades³⁵⁵. Si se establece la existencia de un conflicto armado en cierto territorio, el Derecho internacional humanitario es aplicable en todo aquél, tenga o no tenga lugar ahí el combate real³⁵⁶. No es necesario que todos los crímenes deban cometerse en la región geográfica exacta donde se lleva a cabo un conflicto armado en un momento dado³⁵⁷.

Cabría preguntarse si esta determinación considerablemente liberal de los requisitos geográficos puede transferirse a grandes Estados federales como Estados Unidos, México o Brasil. En otras palabras, si hubiera un conflicto armado en uno de los estados de una de estas federaciones, ¿llegaría a convertirse éste en un conflicto armado en todo el Estado federal? Supongamos, para abundar en el tema, que la situación en el estado mexicano de Chiapas llegara a ser un conflicto armado en el sentido del Derecho Humanitario, ¿podríamos decir en tal caso que en todo México existe un conflicto armado? Mi respuesta sería negativa y mi argumento principal sería que Chiapas es una parte demasiado pequeña de México para afirmar que todo el país se encuentra en una situación de conflicto armado. Aun así, queda, no obstante, sin responder la pregunta de si no sería razonable tener en cuenta la aplicación del Derecho humanitario en este estado específico de la Federación, *i. e.*, una especie de aplicación parcial o geográficamente limitada del Derecho donde la situación lo requiera.

³⁵⁴ IPSEN, *supra* nota 347, § 68, mn. 1 y ss., mn. 4 y ss., DOEHRING, *Völkerrecht*, 1999, § 11 Rn. 646 y ss.

³⁵⁵ "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 340, par. 64.

³⁵⁶ "Prosecutor v. Tadic", Decision on Jurisdiction, *supra* nota 336, par. 70; "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 340, par. 64.

³⁵⁷ "Prosecutor v. Blaskic", *supra* nota 340, par. 69.

c) La «internacionalización» de un conflicto armado

Si bien es evidente que un conflicto armado es *internacional* si ocurre entre dos o más Estados, y que *no es internacional* si tiene lugar en el territorio de un solo Estado entre fuerzas pertenecientes a este último³⁵⁸, no queda tan claro *si una intervención o participación extranjera puede internacionalizar* un conflicto en un territorio y de qué manera puede hacerlo. La respuesta correcta es que la internacionalización acontece si los actos de una de las partes en el conflicto deben atribuirse a un Estado extranjero, es decir, si los individuos o grupos que toman parte en tal conflicto son *órganos de facto* de ese Estado³⁵⁹, o si su conducta puede imputarse a tal Estado mediante otros criterios. Sin embargo, dado que no se llega a un acuerdo respecto a estos últimos y aún se discuten acaloradamente, ofrecer un análisis profundo que fuera más allá de la presentación de las posiciones de las Salas del TPIY excedería los límites de este artículo³⁶⁰.

La Sala de Primera Instancia "Tadic" siguió la prueba del *control eficaz* (*effective control*), tal como fue desarrollada por la CIJ en el caso Nicaragua³⁶¹, y exigió como requisito que el Estado extranjero ejerciera un control efectivo sobre un grupo militar o paramilitar en lo concerniente a las operaciones específicas de este grupo y que emitiera instrucciones específicas³⁶². La Sala de Primera Instancia "Celebici" y la Sala de Apelaciones "Tadic" rechazaron esta prueba, en virtud de que, *inter alia*, no la consideraron apropiada para ese asunto, esto es, para el problema de la responsabilidad penal individual, no la estatal³⁶³. En vez de ello, se hizo una distinción entre las personas o los grupos cuyo control desea el Estado extranjero. En el caso de los *grupos militares* o paramilitares, tal Estado no sólo necesita equipar y financiar el grupo, sino también coordinar o ayudar en la planeamiento general de su actividad militar, *i. e.*, es necesario un *control general*, pero también es suficiente. Particularmente, no es preciso que el Estado extranjero emita instrucciones específicas al dirigente o a los miembros del grupo³⁶⁴.

³⁵⁸ Cfr. AMBOS, «Zur Bestrafung von Verbrechen im internationalen, nicht-internationalen und internen Konflikt», en HASSE, MÜLLER y SCHNEIDER (eds.), *Humanitäres Völkerrecht*, 2001, pp. 331 y 338.

³⁵⁹ "Prosecutor v. Tadic", A. Ch. Judgement, *supra* nota 226, par. 104.

³⁶⁰ Para ese penetrante análisis, consúltese DE HOOCH, «Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility...», en *BYIL*, núm. 72, 2001/2002, pp. 255.

³⁶¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Judgement, *ICJ Reports* 1986, p. 14, International Law Reports, pp. 76 y 349.

³⁶² *ICJ*, *supra* nota 361, par. 115, "Prosecutor v. Tadic", A. Ch. Judgement, *supra* nota 226, pars. 131 y 137.

³⁶³ "Prosecutor v. Delalic et al.", *supra* nota 292, pars. 262-263, "Prosecutor v. Tadic", A. Ch. Judgement, *supra* nota 226, par. 103.

³⁶⁴ "Prosecutor v. Tadic", A. Ch. Judgement, *supra* nota 226, pars. 131 y 137.

En el caso de *individuos* o *grupos organizados militarmente*, el Estado extranjero debe dar *instrucciones* específicas u órdenes cuyo propósito sea la comisión de actos específicos, o bien aprobar públicamente que éstos se perpetren³⁶⁵. Además, también puede suceder que ciertos individuos *se asimilen* a los órganos de un Estado extranjero en razón de su *conducta real* dentro de la estructura de éste (e independientemente de cualquiera de sus instrucciones) y que, como consecuencia, su conducta pueda atribuirse a ese Estado³⁶⁶.

d) *Diferentes formas de los conflictos armados no internacionales*

Aparte de las limitaciones descritas en líneas anteriores (*supra* 1), el Estatuto de la CPI introduce un nuevo tipo de conflicto no internacional para las «violaciones graves de las leyes y los usos aplicables» de guerra [art. 8.2.e)]; en otros términos, exige que tales conflictos sean *prolongados* [art. 8.2.f)]. De este modo, ha aparecido una nueva distinción en la que se traslapan los conflictos no internacionales «normales» y «prolongados». En el último tipo, tanto las violaciones graves del art. común 3 como las graves violaciones de leyes y costumbres de guerra no deben considerarse crímenes de guerra. Esto se ha criticado como un «*patent absurdity*»³⁶⁷, y es en verdad difícil entender por qué las agresiones a las unidades sanitarias, las violaciones colectivas, la deportación o la mutilación intencional constituirían crímenes de guerra sólo cuando el conflicto no internacional «se prolongue» y no cuando sea justamente un conflicto no internacional «normal». De hecho, la distinción trae a la memoria recuerdos desagradables sobre la diferenciación clásica entre crímenes acaecidos en conflictos internacionales y no internacionales, y merece, por consiguiente, la misma crítica de que es arbitrario y que contraviene la *raison d'être* del Derecho internacional humanitario y el penal; en otros términos, la protección de todas las personas que no participan activamente en el conflicto.

No debe pasarse por alto, sin embargo, que el término «prolongado» no fue inventado por los redactores del Estatuto de Roma, sino que la primera en mencionarlo fue la Sala de Apelaciones «Tadic», cuando determinó que un conflicto armado existe cuando hay «una violencia armada prolongada (...) en un Estado»³⁶⁸. Puede decirse que el término

³⁶⁵ *Ibid.*, pars. 132 y 137.

³⁶⁶ *Ibid.*, pars. 141 y ss.

³⁶⁷ Cfr. CONDORELLI, *supra* nota 337, p. 113.

³⁶⁸ «Protracted armed violence (...) within a State», «Prosecutor v. Tadic», Decision on Jurisdiction, *supra* nota 336, par. 70, conc. «Prosecutor v. Delalic et al.», *supra* nota 292, par. 183, «Prosecutor v. Furundzija», *supra* nota 291, par. 59.

tiene su fundamento en la idea de las «operaciones militares sostenidas y concertadas» tal como se hallan contenidas en el art. 1.1 de PA II. Esto no implica, sin embargo, que las operaciones deban seguir continuamente, sino que más bien es suficiente, como lo pone en claro la versión francesa («*de manière prolongée*»), que el conflicto armado se desarrolle durante algún tiempo³⁶⁹. Así, la diferencia entre un conflicto armado «normal» y uno «prolongado» se reduce en realidad a una simple diferencia temporal que, no obstante, no se define con suficiente precisión. Dada la arbitrariedad de la distinción, es necesario proporcionar una interpretación restringida del término «prolongado».

e) *Relación entre el conflicto armado y los crímenes individuales, particularmente los requisitos mentales*

Al igual que en el caso de los crímenes contra la humanidad, nos asalta la pregunta de cómo se relacionan los actos individuales o los crímenes con el elemento de contexto, es decir, con la existencia de un conflicto armado. La jurisprudencia exige de forma unánime que debe haber un «un nexo evidente entre los supuestos crímenes y el conflicto armado en conjunto»³⁷⁰. Tal nexo existe si los «... crímenes estuvieran estrechamente relacionados con las hostilidades que tienen lugar en otras partes de los territorios controlados por las partes en conflicto»³⁷¹. No es necesario que los supuestos crímenes ocurran en medio de una batalla o que el «conflicto armado tuviera lugar en el tiempo y lugar exactos de los actos prohibidos...»³⁷², pero es suficiente si puede establecerse una relación entre éstos y el conflicto³⁷³.

Con todo, hay una cuestión mucho más compleja, pero que no se explica adecuadamente: de qué manera debe calificarse jurídicamente el elemento de contexto y qué consecuencias entraña ello para los posibles requisitos mentales. Si uno entiende el elemento de contexto como algo puramente objetivo, *jurisdiccional*, no es necesario incluirlo en la

³⁶⁹ ZIMMERMANN, *supra* nota 334, art., 8, mn. 334.

³⁷⁰ «Evident nexus between the alleged crimes and the armed conflict as a whole», «Prosecutor v. Blaskic», *supra* nota 191, par. 69.

³⁷¹ «Crimes were closely related to the hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict», «Prosecutor v. Tadic», Decision on Jurisdiction, *supra* nota 336, par. 70, *vid.* «Prosecutor v. Tadic», T. Ch. Judgement, *supra* nota 340, pars. 572-573, «Prosecutor v. Tadic», A. Ch. Judgement, *supra* nota 226, pars. 249 y 252, «Prosecutor v. Delalic et al.», *supra* nota 292, pars. 192 y 195, «Prosecutor v. Fundizija», *supra* nota 291, par. 60, «Prosecutor v. Blaskic», *supra* nota 191, par. 68.

³⁷² «Armed conflict was occurring at the exact time and place of the proscribed acts...», «Prosecutor v. Tadic», T. Ch. Judgement, *supra*, T. Ch. Judgement, *supra* nota 340, par. 573.

³⁷³ «Prosecutor v. Tadic», Decision on Jurisdiction, *supra* nota 336, par. 69, al referirse al crimen de privación de la libertad.

intención del autor. Pero si uno concibe este elemento como una *circunstancia* dentro del significado del art. 30.3 del Estatuto de la CPI, el autor debe saber de su existencia ³⁷⁴. Cuando este problema eminentemente práctico se analizó por primera vez entre una y otra sesión en el curso de la reunión de la Comisión Preparatoria, realizada en Siracusa, Italia, en febrero de 2000, surgieron dos posiciones. La primera de ellas representa lo que podemos llamar enfoque del Derecho internacional público objetivo, y la segunda, el enfoque subjetivo del Derecho penal (en lo sucesivo, enfoques «objetivo» y «subjetivo»). Quienes defendían el enfoque objetivo ³⁷⁵ argumentaron que la finalidad del Derecho internacional humanitario es contrarrestar el riesgo, que se ha incrementado, de que en realidad no se persigan penalmente los crímenes graves durante un conflicto armado y que se creara un sistema de Derecho penal supranacional que reemplace las imperfectas persecuciones penales nacionales. Tal sistema del Derecho humanitario, prosigue el argumento, constituye solamente un régimen paralelo de competencia en relación con el Derecho nacional.

En concordancia con ello, en la actualidad, la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* siempre ha concebido el conflicto armado como un simple «elemento jurisdiccional». Por último, los redactores del Estatuto de Roma no incluyeron un requisito de intención en el encabezado del art. 8 del Estatuto, a diferencia del art. 6 y, en particular, el art. 7 del mismo Estatuto ³⁷⁶. Por otra parte, el enfoque *subjetivo* invocó la naturaleza divergente de los crímenes comunes y los de guerra. El reproche más grande asociado con un crimen de guerra sólo puede justificarse si el autor también estaba consciente de que actuó en el contexto de un conflicto armado y, por consiguiente, que cometió un crimen de guerra. En realidad, el elemento de contexto es parte del *actus reus* y, por lo tanto, está comprendido en los requisitos normales de la *mens rea*. Como se sabe, el asunto no pudo resolverse en Siracusa ³⁷⁷.

³⁷⁴ Las siguientes consideraciones se basan en reflexiones anteriores, *vid.* AMBOS, *supra* nota 75, pp. 778 ss., y en CASSESE, *Festschrift*, 2003 (de próxima aparición).

³⁷⁵ Cfr., por ejemplo, Human Rights Watch, «Commentary on the 4th Preparatory Commission meeting for the ICC», marzo de 2000, p. 3. También FENRICK está en favor de un «elemento jurisdiccional», *supra* nota 340, art. 8, mn. 4, *vid.* en general ZIMMERMANN, TRIFFTERER (ed.), *supra* nota 334, art. 5, mn. 9, *vid.* asimismo ARSANJANI, «The Rome Statute of the International Criminal Court», en *AJIL*, núm. 93, 1999, pp. 22 y 33, BOOT, en Klip y Sluiter (eds.), *Annotated Leading Cases*, vol. 1, 1999, p. 452, esp. la 456, deja abierta la cuestión.

³⁷⁶ ICRC, Non Paper, 27 January 2000, 3; asimismo HRW, *supra* nota 375, pp. 3-4.

³⁷⁷ El informe final dice: «Para el genocidio y los crímenes contra la humanidad, se pondrá en la lista un elemento mental especial. Para los crímenes de guerra, no se asentará en tal registro ningún elemento mental relativo al contexto. La cuestión queda abierta (...)» [«For Genocide and Crimes against humanity, a particular mental element will be listed. For War crimes, no mental element as to the context will be listed. The issue is left open (...)»] (PrepCom, Working Group on Elements of Crimes. Outcome of an intersessional meeting of the Preparatory Commission for the International Court held in Siracusa del 31 de enero al 6 de febrero de 2000, PCNICC/2000/WGEC/INF/1, 9 de febrero de 2000, las cursivas son mías).

Desde la perspectiva penal, el enfoque subjetivo es evidentemente preferible. El enfoque objetivo hace del «elemento contextual» una condición objetiva de punibilidad (*objektive Strafbarkeitsbedingung*) y de ese modo entra en conflicto con el principio de culpabilidad ³⁷⁸. La cuestión de si un elemento particular del *actus reus* requiere la intención del autor y, por lo tanto, no puede considerarse como condición objetiva de punibilidad depende de la relevancia de esta condición respecto al injusto de la conducta (*Unrechtsrelevanz*) en cuestión ³⁷⁹. Así, el asunto crucial es si el «elemento de contexto» del conflicto armado influye en el contenido del injusto (*Unrechtsgehalt*) de los crímenes de guerra conforme al art. 8 del Estatuto. Si éste es el caso, *i. e.*, si este elemento incrementa el contenido del injusto de los actos en cuestión, la intención del autor debe estar relacionada también con él, si ha de impedirse una violación del principio de culpabilidad.

La respuesta a nuestra pregunta es resultado de una comparación de conductas punibles de acuerdo tanto con el Derecho Penal (Nacional) como con el artículo mencionado con anterioridad. Tómense como ejemplos el homicidio [art. 8.2.a).i)], la destrucción y la apropiación de una propiedad [art. 8.2.a).iv)] y la violación [art. 8.2.b).xxii)]. La punibilidad de estos actos según el Derecho penal general o el Derecho penal internacional depende, en términos objetivos, de la existencia de un conflicto armado y de la caracterización del objeto de los delitos como personas u objetos protegidos. De esta manera, tales elementos tienen el efecto de aumentar la ilicitud de los actos en cuestión, por lo menos si uno asume que un crimen de guerra posee un grado más alto de ilicitud que un crimen común comparable. Este «efecto de la ilicitud incrementada» [*wrongfulness-increasing effect*] vedaría por sí mismo la caracterización de los elementos citados como condiciones objetivas de punibilidad. En cuanto a la responsabilidad penal *in concreto* podemos distinguir entre tres situaciones:

- Los delitos ocurren en época de paz.
- Los delitos tienen lugar durante un conflicto armado, pero no están relacionados con este conflicto, es decir, ocurren solamente con ocasión del mismo.
- Los delitos se desarrollan durante un conflicto armado y están relacionados con éste.

Es obvio que en la primera situación sólo existe responsabilidad penal de acuerdo con el Derecho penal general. En la segunda y tercera situaciones, durante un conflicto armado podrían aplicarse tanto el

³⁷⁸ Igual que la tendencia tradicional del Derecho penal estadounidense de interpretar la responsabilidad individual como «responsabilidad objetiva» [*strict-liability*].

³⁷⁹ Cfr. GEISLER, *Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingung der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip*, 1998, pp. 130 ss.

Derecho penal nacional general como el Derecho penal internacional. Evidentemente, los crímenes comunes también pueden cometerse durante un conflicto armado. El sistema de justicia penal en tiempos de paz no se ve reemplazado por el sistema de la época de guerra, pero ambos existen simultáneamente, y así es como surge la cuestión de su delimitación. Al respecto, los Elementos se concentran en si la conducta «haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado [internacional] [que no era de índole internacional] y haya estado relacionada con él»³⁸⁰. Así, parece haber acuerdo en que la mera comisión de un delito *con ocasión* de un conflicto armado no lo convierte en un crimen de guerra³⁸¹. Si el autor utiliza el caos general provocado por el estallido de una guerra para «saldar viejas cuentas» y mata a su vecino, este delito, con toda seguridad no es un crimen de guerra por la razón más bien formal de que el vecino no es una persona protegida según el IV Convenio de Ginebra³⁸²; no obstante, tampoco es un crimen de guerra, porque el acto no está relacionado con el conflicto armado, puesto que el autor quería matar a su vecino independientemente de la existencia del conflicto armado y así lo hizo³⁸³. Esto es aún más obvio en el siguiente caso: si un grupo de licenciosos *hooligans* destruye varios automóviles, este daño a la propiedad no se convierte en el crimen de guerra de destrucción de la propiedad previsto en el art. 8.2.a).iv) del Estatuto de la CPI simplemente porque ocurre objetivamente durante un conflicto armado. De igual forma, una violación punible según el Derecho penal general en tiempos de paz no se vuelve en un crimen de guerra de violación según el art. 8.2.b).xxii) del Estatuto mencionado tan sólo porque la guerra estalló la noche anterior. En todos estos casos, el autor tan sólo llega a ser un «criminal de guerra» si su conducta, como lo exigen correctamente los Elementos, tuvo lugar en el contexto de un conflicto armado. Con todo, este contexto no puede tan sólo determinarse de forma objetiva, sino que es consecuencia de la actitud del delincuente hacia el delito. Si el autor actúa con independencia del conflicto armado, si incluso no sabe que éste ocurre, entonces no lleva a cabo dentro del contexto de este conflicto, y será una simple coincidencia que se presenten simultáneamente. Sin embargo, si el autor actúa con la conciencia del conflicto armado en curso y aún se beneficia del mismo, tal conciencia es el vínculo entre su conducta y el conflicto armado. De este modo, el vínculo con el conflicto armado está formado o creado por la imaginación del autor y no sólo basado en cir-

³⁸⁰ Vid., por ejemplo, Elemento núm. 4 del art. 8.2.a).i) del Estatuto de la CPI o del art. 8.2.c).i).1 del mismo Estatuto.

³⁸¹ Cfr. KRESS, *supra* nota 336, pp. 122-123

³⁸² Según el art. 4 del IV Convenio de Ginebra de 1949, están protegidos los civiles «que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas».

³⁸³ BOTHE, *supra* nota 340, p. 388: «un conflicto interpersonal rigurosamente privado» [*strictly private interpersonal conflict*].

cunstancias meramente objetivas. Es suficiente, sin embargo, que fuera consciente de las circunstancias fácticas de un conflicto armado; no sabe ni entiende las condiciones legales implícitas (esto es, los posibles elementos normativos del *actus reus*).

La introducción a los Elementos de los Crímenes de guerra indica:

«Únicamente se exige el conocimiento de las *circunstancias de hecho* que hayan determinado la existencia de un *conflicto armado*, implícito en las palabras «haya tenido lugar en el contexto de (...) y que haya estado relacionada con él»³⁸⁴.

Asimismo, el requisito de la intención debe formularse en relación con la *naturaleza del conflicto* como internacional o no internacional, como quiera que hay líneas de conducta que hacen que una persona sea responsable penalmente en conflictos internacionales pero no en los no internacionales³⁸⁵. De esta manera, el castigo según una u otra categoría de «crímenes de guerra» sólo puede explicarse por el hecho de que el autor estaba consciente de que actuaba en uno u otro tipo de conflicto. No obstante, los Elementos omiten completamente el requisito de intención en este contexto:

«En ese contexto, no se exige que el autor sea *consciente* de los hechos que hayan determinado que el *conflicto* tenga *carácter* internacional o no internacional»³⁸⁶.

Lo anterior tendría sentido si el art. 8 del Estatuto no conservara la distinción de crímenes cometidos en conflictos internacionales y no internacionales. Siempre que exista esta distinción, debe tener un impacto en el requisito de la intención si es necesario el conocimiento basado en los hechos en cuanto a la *existencia* de un conflicto armado, como lo declaran correctamente los Elementos. Por otra parte, debe admitirse que la diferencia principal en lo referente al contenido del injusto estriba en si los crímenes fueron cometidos en tiempos de paz o con ocasión de un conflicto armado y los cometidos en el contexto de un conflicto armado, mientras que la diferencia entre crímenes cometidos en un conflicto internacional y los cometidos en uno no internacio-

³⁸⁴ Elementos de los Crímenes, *supra* nota 27, p. 18.

³⁸⁵ Por ejemplo, el uso de veneno o de armas venenosas es punible en un conflicto internacional pero no en uno no internacional [art. 8.2.b).xvii), Estatuto de la CPI]. Otro ejemplo importante es el art. 8.2.b).iv) del mismo Estatuto, en cuanto al perjuicio que puede hacerse al medio natural, ya que éste es un crimen que no es aplicable en un conflicto armado no internacional no sólo según el Estatuto de la CPI, sino también de acuerdo con el Derecho consuetudinario internacional existente.

³⁸⁶ Elementos de los Crímenes, *supra* nota 27, p. 18.

nal es secundario. En lo referente a la *lex lata*, ésta se limita a los (pocos) crímenes punibles en un conflicto armado internacional pero no en uno no internacional.

Una reflexión paralela sobre el elemento del delito en lo concerniente a *personas u objetos jurídicamente protegidos* indica también la necesidad de un requisito subjetivo. En términos generales, existe acuerdo en que el dolo debe referirse a las personas y objetos jurídicamente protegidos. En la terminología del art. 30 del Estatuto, estos elementos constituyen una «circunstancia» de la que el autor debe ser consciente. Los Elementos correspondientes requieren que aquél esté consciente de las «circunstancias de hecho que establecían esa protección [como persona u objeto protegido]»³⁸⁷. No obstante, si se exige que el autor tenga conocimiento de las circunstancias reales, ello implica un conocimiento similar con referencia a la existencia de un conflicto armado, por cuanto las personas u objetos protegidos, como conceptos característicos de las leyes de guerra, sólo pueden existir durante semejante conflicto.

En resumen, el enfoque subjetivo es más convincente tocante a la interpretación del art. 7 del Estatuto. En ambos artículos del Estatuto (el 7 y el 8), es necesario un contexto particular para la conducta mencionada, a fin de que se trate como crimen internacional. Ahí donde el art. 7 mencionado se refiere a la acción «como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil», el art. 8 ubica la acción en el contexto de un conflicto armado (internacional o no internacional). Sería, por lo tanto, inconsistente si fuera necesario el dolo en un caso, mientras que en el otro ni siquiera se requiriera un conocimiento real de las circunstancias concomitantes.

La *jurisprudencia* de los Tribunales *ad hoc* no contradice esta interpretación. Ciertamente es correcto que el TPIY considere hasta el requisito del conflicto armado sólo como un «elemento jurisdiccional». Sin embargo, la jurisprudencia sólo analiza el problema dentro del marco de la jurisdicción del Tribunal³⁸⁸ y establece solamente lo indisputable, a saber, que la conducta incriminadora debe presentarse en el contexto de un conflicto armado. El verdadero asunto polémico es si los elementos en cuestión pueden concebirse también como circunstancias concomitantes según el art. 30.3 del Estatuto de la CPI, más allá de su caracterización como «elementos jurisdiccionales», y de esa forma sí se requiere su conocimiento. Sería necesario analizar este problema

³⁸⁷ Elemento 3 del art. 8.2.a).i) del Estatuto de la CPI, *supra* I., *vid.* asimismo, por ejemplo, el Elemento 5 del art. 8.2.a).iv) del mismo Estatuto, en relación con la propiedad protegida.

³⁸⁸ *Vid.*, por ejemplo, "Prosecutor v. Tadic", T. Ch. Judgement, *supra* nota 340, par. 572: «Para que un crimen recaiga dentro de la jurisdicción del Tribunal Internacional (...)» [*for a crime to fall within the jurisdiction of the International Tribunal (...)*].

dentro del marco de la responsabilidad individual en los crímenes de guerra; en esta parte de los juicios, sin embargo, sólo puede encontrarse la discusión, si acaso se encuentra algo, de los requisitos objetivos y subjetivos de los delitos individuales contra las leyes de guerra³⁸⁹. En otras palabras: la jurisprudencia, igual que la Comisión Preparatoria, ha dejado abierta esta problemática.

Sea como fuere, en la *práctica de la persecución penal*, el enfoque subjetivo —el conocimiento de las circunstancias verdaderas de la existencia de un conflicto armado (internacional o no internacional)— se distinguirá con dificultad del enfoque objetivo (la presunción de una condición objetiva de punibilidad). La razón es que la jurisprudencia internacional deduce de cualquier manera la intención, y en particular su elemento cognitivo (conocimiento), de hechos y circunstancias objetivamente determinados, es decir, utiliza la prueba circunstancial clásica³⁹⁰. Tal práctica judicial ha tenido influencia en los Elementos, cuya introducción general indica: «La existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de los hechos y las circunstancias del caso»³⁹¹. No obstante, si en un caso particular la conducta se desarrolló en el contexto de un conflicto armado, porque era, por ejemplo, el o la comandante de un campo de prisioneros³⁹², o porque estaba involucrada en delitos en el centro de las operaciones militares, la objeción de que no tenía conocimiento de tal conflicto puede rechazarse como una declaración que tan sólo estará al servicio de sus fines personales. Aun si el enfoque subjetivo desembocara en problemas insuperables de persecución penal y prueba, como lo insinuaron *inter alia* algunas ONG³⁹³, esto debe aceptarse en provecho de un Derecho penal internacional basado en el Estado de Derecho y en particular en el principio de culpabilidad. A la luz del dictamen legal del TMI (Tribunal Militar Internacional), según el cual «...deben evitarse los castigos masivos»³⁹⁴, y la siempre difícil tarea de separar a los culpables de los inocentes³⁹⁵, el Derecho penal internacional contemporáneo no puede

³⁸⁹ Cfr. "Prosecutor v. Delalic *et al.*", *supra* nota 292, pars. 419 y ss.; "Prosecutor v. Furundzija", *supra* nota 291, pars. 134 y ss. En cambio, esto no se analiza en "Prosecutor v. Tadic", T. Ch. Judgement, *supra* nota 340.

³⁹⁰ *Vid. supra* nota 121 y el texto.

³⁹¹ Cfr. Elementos de los Crímenes, *supra* nota 27, p. 5.

³⁹² "Prosecutor v. Tadic", T. Ch. Judgement, *supra* nota 340, par. 575, "Prosecutor v. Delalic *et al.*", *supra* nota 292, pars. 196-197.

³⁹³ *Vid.*, por ejemplo, HRW, *supra* nota 375, p. 4.

³⁹⁴ *The Trial of the major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, vol. 22, Londres, HMSO, 1950, p. 469. *Ibid.*, también se estableció que «el Tribunal debe hacer esta declaración de criminalidad [de una organización o un grupo] hasta donde sea posible, de suerte tal que se garantice que no se castigará a personas inocentes...» [*the Tribunal should make such declaration of criminality [of an organization or group] so far as possible in a manner to ensure that innocent persons will not be punished*].

³⁹⁵ *Vid. U.S. v. Krauch et al.* (caso 6), VIII Trial of War Criminals, US Government Printing Office, pp. 1081-1210, p. 1126: «(...) somos incapaces de encontrar, una vez que hemos

perseguir el objetivo de castigar a toda costa a todos los sospechosos posibles ³⁹⁶. Como consecuencia, sólo podría cuestionarse el requisito subjetivo si se exigiera algo más que el simple conocimiento relativo a los hechos. No obstante, éste no es el caso, como puede verse claramente de los Elementos y todo el análisis anterior.

2. Crímenes individuales

a) En general

Los diferentes crímenes del art. 8 del Estatuto de la CPI se han tomado de las prohibiciones de las Convenciones de La Haya y Ginebra; en otros términos, deben interpretarse según estas primeras normas primarias ³⁹⁷. Tal dependencia de estas normas implica que no puede haber crímenes de guerra relativos a conductas no prohibidas por ellas. Por otra parte, no todas las prohibiciones iniciales pueden ser convertidas o transformadas en penalizaciones secundarias, *i. e.*, no todas las prohibiciones son delitos penales ³⁹⁸. Ello es una consecuencia del ya mencionado sistema cerrado del art. 8 del Estatuto: en tanto que el art. 3 del Estatuto del TPIY se refiere a las «... leyes o usos de la guerra», y con ello penaliza todas las primeras normas a que hemos hecho alusión, el artículo 8 del Estatuto de la CPI enumera explícitamente los crímenes y es naturalmente más restringido que el art. 3 del Estatuto del

estado bajo aquellos que han conducido a un país a una guerra de agresión, una manera racional que divida a los culpables de los inocentes. (...) El Honorable Tribunal ya la ha puesto en el proceso de los criminales internacionales. La colocó debajo de los autores intelectuales y los líderes (...), quienes fueron hallados culpables de emprender una guerra agresiva, y por encima de aquellos cuya participación fue menor y cuya actividad no asumió la forma de un plan o de guiar para la nación en lo concerniente a sus ambiciones agresivas. Encontrar culpables a los acusados de emprender una guerra agresiva requeriría que moviéramos tal marca sin que hallásemos un lugar firme en el cual volver a emplazarla. La hemos dejado donde la encontramos, muy satisfechos de que los autores intelectuales (...) la guerra agresiva deberán tenerse por culpables (...), pero no los que simplemente siguen a los líderes (...).» [*We are unable to find once we have passed below those who have led a country into a war of Aggression, a rational mark dividing the guilty from the innocent. (...) The mark has already been set by the Honorable Tribunal in the trial of the international criminals. It was set below the planners and leaders (...) who were found guilty of waging aggressive war, and above those whose participation was less and whose activity took the form of neither planning nor guiding the nation in its aggressive ambitions. To find the defendants guilty of waging aggressive war would require us to move the mark without finding a firm place in which to reset it. We leave the mark where we find it, well satisfied that individuals who plan (...) an aggressive war should be held guilty (...), but not those who merely follow the leaders (...).*]

³⁹⁶ Particularmente las organizaciones de derechos humanos, que de lo contrario estarían en favor del principio del proceso justo, no deben ser culpables de utilizar criterios dobles.

³⁹⁷ Vid. BOTHE en relación con las normas primarias y secundarias (prohibiciones y crímenes) en este contexto, *supra* nota 340, p. 381.

³⁹⁸ Cfr. BOTHE, *supra* nota 340, p. 387.

TPIY. El mencionado artículo no penaliza explícitamente, por ejemplo, el uso de armas nucleares o biológicas, pero hace que su penalización dependa de una «prohibición comprensiva» que debe incluirse en un anexo del Estatuto [art. 8.2.b).xx]. Aparte de eso, el empleo de estas armas podría estar amparado por los incisos 2.b).i), ii) o iv) ³⁹⁹.

b) Crímenes internacionales versus crímenes no internacionales

Una simple lectura del art. 8 del Estatuto muestra que existen más actos punibles en los conflictos armados internacionales que en los no internacionales ⁴⁰⁰. Con todo, hay que tener cuidado al comparar los incisos a) y b) con los c) y e) sólo literalmente. Si bien pueden encontrarse divergencias en la redacción de los crímenes, hay en esencia una similitud considerable, si no una identidad. Así, por ejemplo, el art. 2.b).ii) de este Estatuto señalado castiga los ataques intencionales contra «objetos civiles», y estos últimos están enumerados en los incisos e).ii) y iv), es decir, los mismos actos son punibles en un conflicto armado no internacional. Si tomamos esto en cuenta, pueden enumerarse a primera vista los siguientes crímenes que sólo son punibles en un conflicto armado internacional de acuerdo con el art. 8 del Estatuto ⁴⁰¹:

— Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se prevea [art. 8.2.b).iv)];

— Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares [art. 8.2.b).v)];

— Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción [art. 8.2.b).vi)];

— Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves [art. 8.2.b).vii)];

— El traslado, directa o indirectamente, por la potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio [art. 8.2.b).viii)].

³⁹⁹ Vid. BOTHE, *supra* nota 340, pp. 396-7 y 406 ss.

⁴⁰⁰ Para mayores detalles, vid. CONDORELLI, *supra* nota 337, pp. 112-113, LA HAYE, «The elements of war crimes», en LEE (ed.), *supra* nota 256, pp. 109 ss., especialmente la 217.

⁴⁰¹ Para un cuadro comparativo desde la perspectiva de los crímenes de conflictos no internacionales del inciso 2.e), vid. LA HAYE, *supra* nota 400, p. 217.

— Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga [art. 8.2.b).xiv)].

— Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra [art. 8.2.b).xv)].

— Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto [art. 8.2.b).xvi)].

— Emplear veneno o armas envenenadas [art. 8.2.b).xvii)].

— Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo [art. 8.2.b).xviii)].

— Emplear balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones [art. 8.2.b).xix)].

— Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del Derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los arts. 121 y 123 [art. 8.2.b).xx)].

— Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes [art. 8.2.b).xxi)].

— Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares [art. 8.2.b).xxiii)].

— Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra [art. 8.2.b).xxv)];

Si miramos más de cerca las deficiencias del art. 8.2.e) del Estatuto, es notable que la cantidad de *figurae crimines* para los conflictos armados no internacionales es limitada en comparación con las aplicables en los conflictos armados internacionales. El «uso de armas inhumanas», por ejemplo, no se toma en consideración en el contexto de conflictos armados no internacionales⁴⁰². Ni tampoco la «inanición de la pobla-

⁴⁰² CONDORELLI, *supra* nota 337, p. 112. BOTHE, en *supra* nota 340, p. 420, señala que «el uso de minas antipersonales y de armas químicas y biológicas no está previsto en la lista de ilícitos criminales del inciso e), aun cuando su uso está claramente prohibido en el caso de conflictos armados no internacionales de acuerdo con los tratados pertinentes, así como según como lo propone, según el Derecho Consuetudinario Internacional. El art. 1.2 del Protocolo II de la UN Weapons Convention establece expresamente que su prohibición se aplica también en situacio-

ción civil como método de hacer la guerra...»⁴⁰³, prohibida por el art. 14 del PA II⁴⁰⁴, está comprendida en el art. 8.2.e) del Estatuto de la CPI⁴⁰⁵. Otros ejemplos no incorporados como crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales en el art. 8.2.e) del mismo Estatuto son los «castigos colectivos», los «actos de terrorismo», y la «esclavitud y el tráfico de esclavos»⁴⁰⁶, todos ellos prohibidos por el artículo 4.2 del PA II⁴⁰⁷. Por último, el art. 8.2.e) del Estatuto no comprende ataques que causen un daño civil incidental desproporcionado como un crimen de guerra cometido en un conflicto armado no internacional⁴⁰⁸.

La no inclusión de estos crímenes en el art. 8.2.e) de dicho Estatuto se debe en parte al hecho de que algunos Estados han sostenido que estos crímenes no han alcanzado aún el nivel del Derecho consuetudinario internacional⁴⁰⁹. En particular, «actos de terrorismo» no se han incluido porque no se ha llegado a un consenso entre los Estados sobre

nes a las hace referencia el art. 3 común de los Convenios de Ginebra» [*The use of anti-personal mines and of chemical and biological weapons is not covered by the list of criminal acts in subparagraph e), although their use is clearly prohibited in case of non-international armed conflicts under the relevant treaties as well as, it is submitted, under customary international law. art. 1.2 of Protocol II to the UN Weapons Convention expressly provides that its prohibition apply also in situations referred to in Article 3 common to the Geneva Conventions*].

⁴⁰³ BOOT, *supra* nota 24, par. 593, recuerda que «en 1992 el Consejo de Seguridad de las NNUU condenó enérgicamente la práctica de la inanición durante el conflicto somalí. No sólo se la consideró contraria al Derecho Internacional Humanitario, sino que el Consejo afirmó asimismo que las personas que la cometieron u ordenaron tal práctica se considerarían individualmente responsables por tales actos» [*In 1992, the UN Security Council strongly condemned the practices of starvation during the Somali conflict. Not only was starvation considered contrary to international humanitarian law, but the Council also affirmed that persons who committed or ordered such practice would be held individually responsible for such acts*]. Sin embargo, «la inanición de civiles como método de combate...» no se ha incluido como un crimen de guerra cometido en un conflicto armado no internacional. *Vid.* asimismo BOTHE, *supra* nota 340, p. 420.

⁴⁰⁴ El art. 14 del PA II manifiesta que «queda prohibido, como método de combate, hacer padecer hambre a las personas civiles. En consecuencia, se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego».

⁴⁰⁵ KRESS, *supra* nota 336, p. 134.

⁴⁰⁶ KRESS, *supra* nota 336, observa sin embargo en la p. 134 que «hasta cierto punto estas formas de conducta están (...) comprendidas [por] el art. 8.2.c).ii) al iv) del Estatuto de la CPI» [*to a certain extent these forms of conduct are (...) covered [by] (...) Article 8.2c).ii) to iv) of the ICC Statute*].

⁴⁰⁷ El art. 4.2 de AP II señala que «the following acts (...) are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever: (...) b) collective punishments; c) taking of hostages; d) acts of terrorism; (...) f) slavery and the slave trade in all their forms...» [*... los siguientes actos (...) están prohibidos, y lo seguirán estando en cualquier momento y lugar: (...) b) castigos colectivos; c) toma de rehenes; d) actos de terrorismo; (...) f) esclavitud y tráfico de esclavos en todas sus formas...*].

⁴⁰⁸ KRESS, *supra* nota 336, p. 135.

⁴⁰⁹ *Vid.* ZIMMERMANN, *supra* nota 334, art. 8, mn. 237, KRESS, *supra* nota 336, p. 134 (la penalización consuetudinaria según el art. 4.2 del PA II no está enteramente libre de dudas).

la definición de los actos que constituyen «terrorismo»⁴¹⁰. Por otra parte, algunos Estados tienden a ver cualquier limitación de su competencia exclusiva en este campo como una amenaza a su soberanía⁴¹¹. Esto explica asimismo por qué el art. 8 del citado Estatuto no tiene, como ya se mencionó, una fórmula de apertura⁴¹².

c) Definición de crímenes de guerra

El art. 8 que venimos analizando contiene 51 diferentes disposiciones con diversos elementos que entran en conflicto con el principio de legalidad, en particular su requisito de certeza (*nullum crimen sine lege certa*). Como se ha dicho antes, el art. 8 del Estatuto copia básicamente las primeras contenidas en los Convenios de Ginebra y en los PA, pero estas medidas no se han redactado con vistas al Derecho penal⁴¹³. Ésta es la razón principal de que no satisfagan sin más los requisitos del principio de la legalidad. Por motivos de espacio, se darán solamente algunos cuantos ejemplos que son no sólo sumamente controvertidos, sino también de la mayor importancia.

El art. 8.2.b).iv) del Estatuto penaliza «lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea». La norma combina las importantes fracturas contenidas en el art. 85.3.b) y c) del PA I y agrega el daño al ambiente como un elemento específico que se basa en una combinación del art. 35.3 PA I y el art. 55.1 PA I⁴¹⁴. Si bien la sanción

⁴¹⁰ BOOT, *supra* nota 25, par. 592, *vid.* asimismo KRESS, *supra* nota 336, p. 134 (el crimen de los «actos de terrorismo» en una guerra civil suscita inquietudes en relación con la demanda de la certeza legal [*civil war crime of "acts of terrorism" gives rise to concerns with a view to the demands of legal certainty*]), MOMTAZ, *supra* nota 346, p. 183, señala que «en cuanto a los actos de terrorismo (...) podría justificarse que el Estatuto se rehúse a penalizarlos porque existe una carencia de definiciones generalmente aceptadas de tales actos según el Derecho Internacional Público general» [*Regarding acts of terrorism, (...) one could justify the refusal of the Statute to criminalize them by the absence of generally accepted definitions of such acts under general public international law*].

⁴¹¹ *Id.* *vid.* también BOOT, *supra* nota 25, par. 594.

⁴¹² *Supra* I nota 337.

⁴¹³ Cfr. BOTHE, *supra* nota 340, pp. 392-393.

⁴¹⁴ Vid. HEBEL y ROBINSON, «*crimes within the jurisdiction of the Court*», en LEE (ed.), *The International Criminal Court-The Making of the Rome Statute-Issues, Negotiations, Results*, pp. 79 y 111. El art. 35.3 de PA I indica: «Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural». El art. 55.1 señala: «En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen

penal del daño ambiental puede considerarse un progreso⁴¹⁵, la codificación en conjunto constituye una limitación en comparación con las primeras normas. En lo concerniente al *actus reus*, la responsabilidad penal de acuerdo con el significado del inciso 2.b).iv) del Estatuto presupone que la ventaja militar sea «claramente excesiv[a]», tomando en consideración su impacto «general», *i. e.*, no sólo en referencia a la «la ventaja militar concreta y directa prevista», art. 57.2.a).iii) PA I⁴¹⁶, sino «a la ventaja del ataque considerado en conjunto»⁴¹⁷. De este modo, el delicado equilibrio de intereses implícitos en la redacción de las primeras normas se modificó en favor de los intereses militares protegidos. La perspectiva militar se torna incluso más importante si uno adopta el punto de vista —en concordancia con el comité establecido por el fiscal del TPIY para examinar la campaña de bombardeos de la OTAN contra la República Federal de Yugoslavia— de que el proceso mismo de equilibrio debe llevarse a cabo desde la perspectiva de un «comandante militar razonable»⁴¹⁸. En cuanto al *elemento mental*, se suscita la pregunta respecto de qué consecuencias acarrearía una evaluación errónea del comandante en lo referente a la proporcionalidad de la ventaja militar. En este caso, el comandante no actuaría con el conocimiento necesario e invocaría la defensa del error (art. 32 Estatuto). Así, debe uno establecer primero si es aplicable la norma sobre error de hecho o error de derecho. El comandante no se equivocaría en circunstancias efectivas o en los llamados elementos descriptivos del *actus reus*, sino con respecto a la evaluación o determinación de sus elementos normativos. La resolución de que la ventaja militar es excesiva y, por consiguiente, no desproporcionada tocante a los daños causados es un juicio de valor. De esta manera, al aplicar el art. 32 del Estatuto mencionado, uno se pregunta si esta equivocación o error «niega el elemento mental». Mientras que esto no sucede normalmente con los errores en Derecho, *in casu* los Elementos suministran una excepción a la norma general de que un juicio de valor no debe ser hecho por el autor y exigen «que el autor haga el juicio de valor» descrito en el inciso 2.b).iv) del Estatuto⁴¹⁹. En otras pala-

tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población».

⁴¹⁵ Cfr. BOTHE, *supra* nota 340, p. 400.

⁴¹⁶ El art. 57.2.a).iii) PA I estipula que «Respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones: (...) quienes preparen o decidan un ataque deberán: (...) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista», *vid.* también FISCHER, *supra* nota 339, p. 90.

⁴¹⁷ «*To the advantage anticipated from the attack considered as a whole*», Declaración interpretativa al PA I de GB, citada según BOTHE, *supra* nota 340, p. 399.

⁴¹⁸ «Reasonable military commander», *vid.* el *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia* <http://www.un.org/ictv/pressreal/nato061300.htm>, par. 50, citado en BOTHE, *supra* nota 340, p. 399. Sobre el Report, *vid.* también QUENIVET, *Ind. J. Int'l L.*, núm. 41, 2001, p. 478.

⁴¹⁹ Elementos de los Crímenes, *supra* nota 27, p. 25.

bras, si el autor hace un juicio de valor erróneo, esto negaría el elemento mental del inciso 2.b).iv) del Estatuto, ya que el conocimiento en esta cláusula exige que el autor haga un juicio de valor correcto. Una interpretación independiente de los Elementos calificaría el error sobre la proporcionalidad del ataque como una equivocación respecto de los elementos normativos del *actus reus* (*normativer Tatbestandsirrtum*) y calificarlo como un error irrelevante de subsunción (*Subsumtionsirrtum*)⁴²⁰. Si bien este error, por ser irrelevante, no excluye el *actus reus*, puede influir en la culpabilidad del autor por cuanto a que la conducta o resultado puede no achacársele, en vista de que él hizo una evaluación equivocada de la proporcionalidad implicada. El problema con esta manera de ver las cosas es que la distinción subyacente entre el elemento mental (el dolo) y la culpabilidad (el reproche) no está reconocida en el Estatuto. Este último se funda en la distinción canónica clásica entre el lado externo e interno de la comisión de un crimen — «*actus non facit reum nisi mens sit rea*»⁴²¹— y no incorpora tendencias más contemporáneas del Derecho penal, especialmente el concepto finalista de un acto humano que llevó a la diferenciación entre el dolo, como parte del *actus reus*, y el reproche, como parte de la culpabilidad («*guilt or culpability*»)⁴²².

Otro ejemplo es el significado de un *Tribunal constituido regularmente* en el art. 8.2.c).iv) del Estatuto. Ni el art. 8.2.c).iv) del Estatuto ni el art. 3 común de los Convenios de Ginebra proporcionan gran orientación sobre qué significan los conceptos de «un Tribunal constituido regularmente» y «las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables». Sin embargo, el texto del encabezado del art. 6.2 PA II es esencialmente idéntico al art. 3 común de los Convenios de Ginebra, así como al art. 8.2.c).iv) del Estatuto de la CPI. La importancia del art. 6.2 PA II, para la interpretación del art. 3 común de los Convenios de Ginebra, se subraya en el *Commentario de la Cruz Roja Internacional (ICRC Commentary)* y del art. 6 AP II:

«El art. 6 formula algunos principios de aplicación universal que cualquier cuerpo responsablemente organizado debe, y puede, respetar. Completa y desarrolla el art. común 3, párrafo 1, inciso 1.d), que prohíbe pronunciar sentencias y realizar ejecuciones sin juicio previo dictados por un Tribunal constituido y debidamente autorizado, al mismo tiempo porque suministra regularmente, proveyendo de todas las garantías judiciales consideradas indispensables por los pueblos civilizados.

⁴²⁰ BOTHE, *supra* nota 340, p. 400, *vid. en general* AMBOS, *supra* nota 75, p. 788, con nota 167 y pp. 811 ss.

⁴²¹ *Vid.* GAO, en ESER y NISHIHARA (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, vol. 4, 1995, 379, p. 383, con más referencias.

⁴²² Cfr. asimismo la crítica en *supra* nota 305.

Esta misma norma requirió clarificación para fortalecer la prohibición de la justicia sumaria y de las condenas sin proceso, que actualmente ya tienen cubierta. El art. 6 reitera los principios contenidos en la Tercera y Cuarta Convenciones, y en lo que resta está basado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especialmente en el art. 15, del que no se permite ninguna derogación, incluso en el caso de una emergencia pública que ponga en riesgo la vida del país»⁴²³.

Puesto que el Estatuto ha conservado *al pie de la letra* la terminología del art. común 3 de los Convenios de Ginebra, también los grupos armados disidentes están comprometidos a establecer «un Tribunal constituido regularmente» antes que se dicte sentencia. De esta forma, están prohibidos los Tribunales especiales instituidos sobre un fundamento *ad hoc* por los grupos rebeldes. La independencia y la imparcialidad son los rasgos principales de un «Tribunal constituido regularmente» (cfr. art. 14.1 ICCPR, 6.1 CEDH, 8.1 CADH)⁴²⁴. Al determinar si un organismo puede considerarse *independiente*, el Tribunal tiene en cuenta la manera cómo se nombra a sus miembros y el tiempo que duran en sus cargos, la existencia de garantías contra presiones externas y la cuestión de si un organismo tiene la apariencia de ser independiente. El Tribunal es *imparcial* cuando los jueces se colocan por encima de las partes, fallan sin dejarse influir por razones personales y de manera objetiva y atienden solamente a su mejor conocimiento y conciencia óptimos. La imparcialidad significa igualmente falta de prejuicios y sesgos⁴²⁵.

En conclusión, puede mencionarse el art. 8.2.c).iv) del Estatuto, que se refiere a «las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables». Estas últimas, que se proporcionarán según el

⁴²³ «Article 6 lays down some principles of universal application which every responsibly organized body must, and can, respect. It supplements and develops common Article 3, paragraph 1, sub-paragraph 1d), which prohibits the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgement pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples. This very general rule required clarification to strengthen the prohibition of summary justice and of convictions without trial, which it already covers. Article 6 reiterates the principles contained in the Third and Fourth Conventions, and for the rest is largely based on the International Covenant on Civil and Political Rights, particularly Article 15, from which no derogation is permitted, even in the case of a public emergency threatening the life of the nation», Comisión Preparatoria para la CPI, PCNICC/99/WGEC/INF.2, p. 91.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 92.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 94. *Vid.* asimismo juicios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativo al art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades, p. ej., «Case of Kamasasinski v. Austria», Judgement de 19 de diciembre de 1989 (9/1988/153/207), pars. 61 y 96; «Case of Kremzow v. Austria», Judgement de 21 de septiembre de 1993 (29/1992/374/445), pars. 43 y ss.; «Case of Remli v. France», Judgement de 23 de abril de 1996 (4/1995/510/593), pars. 24, 28 y ss., 44 y 48; «Case of Ferrantelli and Santangelo v. Italy», Judgement de 7 de agosto de 1996 (48/1995/554/640), pars. 37 y 54; «Case of Gregory v. The United Kingdom», Judgement de 25 de febrero de 1997 (111/1995/617/707), pars. 35, 38 y 49.

art. 3 común de los Convenios de Ginebra sólo se describen con la formulación «que los pueblos civilizados reconocen en general como indispensables» («*which are recognized as indispensable by civilized peoples*») ⁴²⁶. Con objeto de determinar las necesarias garantías judiciales, que en general se reconocen, las garantías judiciales particulares según el art. 6 de PA II pueden servir de base para la interpretación. Tal como se indica con la expresión «en particular» a la cabeza de la lista, es ilustrativo que «sólo se enumeren criterios reconocidos universalmente» ⁴²⁷.

⁴²⁶ *Ibid.*, *supra* nota 423, p. 97.

⁴²⁷ *Ibid.*

CAPÍTULO DÉCIMO

DERECHO PENAL Y GUERRA: ¿INTERVENCIÓN PUNIBLE DEL GOBIERNO ALEMÁN EN LA GUERRA DE IRAK? *

Albin ESER ha dirigido una y otra vez la mirada desde los problemas puramente dogmáticos del Derecho penal y procesal penal hacia los problemas actuales político-criminales de nuestro tiempo. Como director del Instituto Max-Planck para Derecho penal extranjero e internacional, se ha dedicado progresivamente a temas de «derechos humanos», ya sea intercediendo decididamente en favor de una justicia penal acorde a los derechos humanos ¹, por la persecución de graves violaciones a los derechos humanos ² o en favor de la nueva Corte Penal Internacional (CPI) ³ o promoviendo, de acuerdo a sus posibilidades, numerosos proyectos sobre la situación del respeto a los derechos humanos en Latinoamérica ⁴. Sin embargo, ESER también ha inter-

* Traducción del original «Strafrecht und Krieg: strafbare Beteiligung der Bundesregierung am Irak-Krieg?»; *Libro Homenaje a Eser*, 2005, realizada por Rodrigo Aldoney Ramírez; LL. M., Friburgo de Brisgovia/Gotinga; revisión por el autor. Agradezco al licenciado en Derecho Sr. Dennis Miller (Gotinga/Hannover) por la valiosa ayuda.

¹ Cfr. «Menschengerechte Strafjustiz im Zeitalter von Europäisierung und Globalisierung», *Libro Homenaje a Waltos*, 2002, p. 169; entre otros, en español en UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA (ed.), *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 15.

² Cfr., por ejemplo «Harmonisierte Universalität nationaler Strafgewalt: ein Desiderat internationaler Komplementarität bei Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen», *Libro Homenaje a Trechsel*, 2002, p. 15.

³ Cfr. por ejemplo «Auf dem Weg zu einem Internationalen Strafgerichtshof», *Libro Homenaje a Spinellis*, 2001, p. 339.

⁴ Al autor le fue posible concluir, entre 1992 y 2003, cuatro proyectos de investigación en el Instituto Max-Planck gracias al apoyo decidido del Prof. ESER, cfr. AMBOS, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997; AMBOS, MAIER y WOISCHNIK (eds.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, 2000; AMBOS, GÓMEZ COLOMER y VOGLER (eds.), *La policía en*

venido en forma práctica en estos ámbitos, ya sea como coiniciador de un proyecto alternativo para el estatuto del CPI⁵ o como co-redactor de la «Declaración de Friburgo sobre la posición de la fiscalía en un Tribunal Penal internacional permanente»⁶. El punto culmen de estas actividades lo constituye de momento, sin duda, la elección de ESER como juez *ad litem*⁷ del Tribunal para la exYugoslavia, respecto de la cual recibió ya, en la primera votación, la necesaria aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁸. También las cuestiones jurídicas asociadas a la guerra de Irak han sido y siguen siendo de gran importancia para el homenajeado, de modo que el autor de estas líneas puede estar seguro del especial interés del homenajeado por el siguiente artículo ¡Es por ello que se dedica esta contribución a ESER con los mejores deseos!

I. INTRODUCCIÓN

El fiscal general federal (GBA) ante el Tribunal Supremo alemán negó, el 21 de marzo de 2003, la sospecha inicial de una conducta delictiva del Gobierno federal alemán según el § 80 del Código Penal⁹ por su intervención en la guerra de Irak¹⁰. En concreto se trataba de la concesión de derechos de utilización, sobrevuelo y transporte en favor de los EEUU y de la intervención de soldados alemanes en vuelos AWACS de la OTAN sobre territorio turco. Con esa decisión el § 80 salió de la sombra de un Derecho penal meramente

los Estados de Derecho Latinoamericanos, 2003; AMBOS y MALARINO (eds.), *La persecución penal de crímenes internacionales en América Latina y España*, 2003.

⁵ Association Internationale de Droit Pénal (AIDP)/International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC)/Max Planck Institut for Foreign and International Criminal Law (MPI), Draft Statute for an International Criminal Court - Alternative to the ILC Draft (Siracusa Draft), prepared by a Committee of Experts, Siracusa/Freiburg i. Br., julio de 1995 (Siracusa Draft I); *id.*, 1994 ILC Draft Statute for an International Criminal Court with suggested modifications (updated Siracusa-Draft), prepared by a Committee of Experts, Siracusa/Freiburg i. Br./Chicago, 15 de marzo de 1996 (Siracusa Draft II). Al respecto también AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2004, pp. 476 y 483 ss.

⁶ Cfr. ARBOUR, ESER, AMBOS y SANDERS (eds.), *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, 2000, pp. 667 ss. (en inglés, francés, español y alemán).

⁷ Los jueces *ad litem* son elegidos por cuatro años y luego designados por el presidente del Tribunal para la ex Yugoslavia (ICTY), según las necesidades, en determinados procesos con las mismas facultades que los jueces permanentes (cfr. art. 13 *ter* y *quater* Estatuto del ICTY, www.un.org/icty).

⁸ ESER obtuvo en la elección del 12 de junio de 2001, ya en la primera votación, 129 de los 171 votos válidamente emitidos. Su período de funciones dura hasta el 11 de junio de 2005. En septiembre de 2004 comenzó a ejercer el cargo en La Haya.

⁹ Parágrafos sin especificación corresponden al Código Penal alemán.

¹⁰ Comunicación/Comunicado de prensa del 21 de marzo de 2003 publicado, inclusive los motivos, en *JZ (Juristenzeitung)*, 2003, p. 908 con comentario de KREB.

simbólico¹¹ y debería gozar también a futuro de un reconocimiento no sólo teórico, atendido el creciente compromiso militar de la República Federal de Alemania (RFA) en el marco de conflictos internacionales. KREB fue el primero en presentar una amplia e innovadora investigación de Derecho penal nacional e internacional¹² en la cual se tratan, prácticamente de modo exhaustivo, todas las cuestiones fundamentales de Derecho penal internacional necesarias para la comprensión del § 80. De modo que en estas líneas se abordarán las preguntas que plantea el § 80 en torno a la teoría de la intervención punible* y especialmente en consideración a las medidas de apoyo otorgadas por la RFA. En tal sentido, el origen de Derecho penal internacional del § 80 hace naturalmente inevitable una fundamentación *penal internacional*. Al respecto, debe distinguirse entre una intervención en el ámbito macro y una en el ámbito micro (*infra* I) y, sobre la base de esta dicotomía, examinarse la punibilidad internacional e interna por las mencionadas medidas de apoyo (*infra* II y III).

II. INTERVENCIÓN EN EL ÁMBITO MACRO Y EN EL ÁMBITO MICRO

A fin de poder dar suficiente cuenta de la «naturaleza mixta de la agresión tanto como fenómeno interestatal como también jurídico-individual»¹³, surge la posibilidad de distinguir entre dos planos de intervención. Por un lado, en la aquí denominada *intervención en el ámbito macro*, puede intervenir en una guerra de agresión un *Estado*, vale decir, puede ya sea dirigir una guerra de agresión *propia* —en cierto modo como autor— o puede cooperar o inducir a una guerra de agresión *ajena* —en cierto modo como partícipe—. En tal sentido, podemos hablar también del plano de la intervención punible *estatal*. Si el término de la intervención sólo abarca la intervención «activa» como agresor («Estado-autor») o si, asimismo, abarca la «pasiva» como agredido («Estado-víctima»), puede aún quedar abierto en este

¹¹ LK-*Laufhütte*¹¹, § 80, previo nm. 1, SCHÖNKE, SCHRÖDER-STREE y STERNBERG-LIEBEN²⁶, § 80, nm. 1, NK-Paeffgen, § 80, nm. 2 con ulteriores referencias, hace presente la escasa relevancia práctica de la prescripción.

¹² ZStW 115, 2003, p. 294. El comentario en JZ 2003, p. 911, representa esencialmente una versión resumida de las explicaciones en ZStW 115, 2003, pp. 334 ss., por lo que acá se citará en principio solamente el último trabajo referido.

* N. del trad.: En el texto se designa con el término *intervención* (y sus correspondientes formas verbales y sustantivas) el concepto englobador de toda forma —principal o accesoria— de aportación al hecho (en el original: «*Beteiligung*») y que frecuentemente se designa también con la expresión *participación* (en sentido amplio). Este último término (y sus correspondientes formas verbales y sustantivas) se reserva en el texto a la intervención en calidad de inductor o cómplice (en el original: «*Teilnahme*»).

¹³ HUMMICH, *Der völkerrechtliche Straftatbestand der Aggression*, 2001, p. 149.

punto (cfr. *infra* III.1). Por otro lado, en la aquí denominada *intervención en el ámbito micro*, pueden los miembros de un Estado beligerante o que apoyan una guerra ajena ser autores o partícipes del respectivo delito, siendo de momento irrelevante si resulta punible ya la preparación o recién el desencadenamiento de la guerra de agresión. En tal sentido, podemos hablar también del plano de la intervención *individual*.

En el supuesto de intervención «activa» son concebibles, por lo tanto, un total de cuatro constelaciones jurídico-penales relevantes *individualmente*:

- autoría individual al interior del «Estado-autor»;
- participación individual al interior del «Estado-autor»;
- autoría individual al interior del «Estado-cómplice»;
- participación individual al interior del «Estado-cómplice».

Si se reconoce, aún más allá, la posibilidad de una intervención «pasiva», también es concebible, en principio, la situación de una intervención (individual) en el «Estado-víctima». Sin embargo, sólo sería posible una punibilidad en caso de una intervención (individual) en la guerra de agresión del Estado autor o cómplice desde el territorio del Estado-víctima. A modo de ejemplo, si la RFA es atacada por un Estado, entra en consideración una responsabilidad penal individual por intervención en una guerra de agresión sólo para aquellos que actúan de parte de este Estado-autor. Aquellos que intervienen de parte de la RFA como Estado-víctima sólo hacen uso del derecho de autodefensa derivado, según el art. 51 del Estatuto de la ONU. Por ende, esta constelación no presenta nuevos problemas en cuanto a la intervención punible, por lo que la intervención pasiva no requiere, ya por tal motivo, de un tratamiento separado ¹⁴.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1. En cuanto a la punibilidad de la «guerra de agresión»

Las consideraciones en torno a la intervención en la guerra de agresión suponen, en primer lugar, una claridad respecto del objeto a relacionar con la intervención, *scil.*, el *concepto de guerra de agresión* o también denominada *agresión*. El hecho de que se trate de un concepto penal internacional ¹⁵ no debiera requerir, precisamente en Alemania,

¹⁴ En cuanto a la problemática de la jurisdicción competente al actuar desde el extranjero, § 5, núm. 1, cfr. KREB, ZStW 115, 2003, pp. 343 ss.

¹⁵ Cfr. HUMMICH, nota 13, pp. 86 ss.; KREB, ZStW 115, 2003, pp. 307 ss.; LK-Laufhütte¹¹, § 80, nm. 2, cfr. también GBA JZ, 2003, pp. 909 ss. Al respecto de otra opinión, MÜLLER, Die

de una fundamentación especial, aunque, de todos modos, haga necesarias algunas consideraciones básicas propias de esta rama del Derecho.

Si bien la punibilidad penal internacional de la guerra de agresión es indiscutida, en principio, desde Nuremberg ¹⁶, y ha sido reforzada por el art. 5, pár. 1.d) del Estatuto de la CPI ¹⁷, no existe acuerdo en cuanto a los contornos exactos del tipo de la agresión. Si bien el grupo de trabajo de la Comisión Preparatoria de la CPI (*Preparatory Commission —PrepCom—*) y ahora de la Asamblea de Estados (*Assembly of State Parties —ASP—*), constituidas a partir del art. 5, párrafo 2, del Estatuto de la CPI, ha elaborado hasta ahora numerosas propuestas, no ha presentado una definición susceptible de consenso ¹⁸. Acorde a la distinción, relevante para el Derecho penal internacional, entre prohibición de Derecho internacional y punibilidad de Derecho Internacional se debe distinguir, respecto de la guerra de agresión, entre *conductas* de agresión contrarias al Derecho internacional (*acts of*

Pönalisierung des Angriffskrieges im GG und StGB der Bundesrepublik Deutschland, tesis doctoral, Heidelberg, 1970, pp. 64 s. y 83 ss., especialmente p. 89, el que determina el concepto de guerra de agresión únicamente a partir del art. 26, párrafo 1, GG (Constitución Federal alemana).

¹⁶ Cfr. WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2003, ns.ms. 1150 y ss., 1154 y 1156; CASSESE, *International Criminal Law*, 2003, p. 113 (con referencia al fallo de la Corte internacional de Justicia en el caso Nicaragua); KREB, ZStW 115, 2003, pp. 295 ss.; *id.*, *Journ. of Int. Criminal Justice*, 2, 2004, p. 348 s.; MÜLLER-SCHIEKE, *Leiden Journal of International Law, LJIL*, 14, 2001, pp. 414 s. y 428; GAJA, en CASSESE, GAETA y JONES (eds.), *The Rome Statute of the ICC*, vol. 1, 2002, p. 431; GRIFFITHS, *International Criminal Law Review (Int.Cr.L.Rev.)*, 2, 2002, pp. 303 ss.; en cambio, la toma de posición de la delegación de los EEUU en la PrepCom en AJIL 95, 2001, p. 400, contradice la opinión de que la Resolución 3314 haya sido o sea expresión de Derecho internacional consuetudinario; crítico al respecto, CASSESE, *op. cit.* Más allá aún, RONNEBERG, *Der Tatbestand des Verbrechens gegen den Frieden*, tesis doctoral, Würzburg, 1998, p. 202, niega que exista siquiera una punibilidad de Derecho internacional consuetudinario de la guerra de agresión, SCHUSTER, *Criminal Law Forum (CLF)* 14, 2003, pp. 50 s., aboga por la eliminación de la guerra de agresión del Estatuto de la CPI.

¹⁷ Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional (CPI) del 17 de julio de 1998, publicado en BGBl [N. del trad.: Boletín Oficial de Legislación Alemana], 2000, II, pp. 1394 ss.

¹⁸ Respecto del estado de las negociaciones y de las propuestas del «Working Group on the Crime of Aggression» cfr. el «Discussion paper proposed by the Coordinator», en *Report de la PrepCom* del 24 de julio de 2002 (Addendum. Part. II. Proposals for a provision on the crime of aggression, UN-Doc. PCNICC/2002/2/Add.2), así como www.un.org/law/icc/documents/aggression/aggressiondocs.htm; también publicado en CLARK, *LJIL* 15, 2002, pp. 887 ss., asimismo en www.icc.cpi.int/library/basicdocuments/ICCASP2_EN.pdf, pp. 9 y 234. En cuanto a la discusión y al desarrollo de Derecho internacional. Cfr. también BRUHA, *Die Definition der Aggression*, 1980, RONNEBERG, nota 16; HUMMICH, nota 13. Instructivo respecto de las negociaciones en curso, CLARK, *op. cit.*; WESTDICKENBERG y FIXSON, en FROWEIN, SCHARIOTH, WINKELMANN y WOLFRUM (eds.), *Verhandeln für den Frieden*, 2003, pp. 483 ss.; SCHUSTER, CLF 14, 2003, pp. 1 ss., POLITI y NEST (eds.), *The ICC and the crime of aggression*, 2004. Sobre la última reunión (informal) del grupo de trabajo en Princeton (EEUU), ver ICC Monitor 30 (agosto de 2005), p. 4.

aggression) y la guerra de agresión punible en Derecho internacional (*war of aggression*), o sea, un crimen de agresión (*crime of aggression*). En tal sentido, las conductas de agresión contrarias al Derecho Internacional, como las que pueden hallarse en el anexo de la famosa Resolución 3314 (XXXIX) de la Asamblea General de la ONU¹⁹, no implican siempre la existencia de una guerra de agresión punible, o sea, de un crimen de agresión²⁰. Esto ya resulta de la circunstancia de que el art. 5.2 de la Resolución 3314 define la «*war of aggression*» por separado como «*crime against international peace*»²¹, con lo que se pretendía marcar la diferencia respecto de las (meras) conductas de agresión que solamente conllevan responsabilidad del Estado por el ilícito internacional cometido. La punibilidad penal de Derecho internacional supone, por lo tanto, una *calificación de la conducta de agresión*. Es así como el mencionado grupo de trabajo de la CPI exige una conducta de agresión que «*by its character, gravity and scale, constitutes a flagrant violation of the Charter of the United Nations*»²². Este requisito es compartido por lo que puede considerarse opinión mayoritaria en la doctrina, al exigirse que se sobrepase un cierto umbral de violencia («*threshold*»), ya sea mediante una lesión flagrante o unívoca de la prohibición internacional de la violencia²³, mediante una cierta extensión e intensidad de las conductas violentas²⁴ o a través de algo mayor que una mera utilización de violencia «*de minimis*»²⁵. Si se intenta concretizar la implícita restricción objetiva del tipo, se estará intentando delimitar las *conductas de agresión* que alcanzan o que aun sobrepasan este umbral de violencia de aquellas inferiores, meramente constitutivas de *conductas hostiles*. Será difícil hallar en este punto criterios abstractos, sin embargo, se puede sostener, en todo caso, que las conductas de índole preparatoria (como la concentración de tropas en la frontera, el rearme) o de menor intensidad (como, por ejemplo, escaramuzas fronterizas menores, ingresos esporádicos a territorio soberano ajeno para la persecución de

¹⁹ 14 de diciembre de 1974, U.N. GAOR, 29th session, supplement 31, pp. 142 y ss.; versión alemana, por ej., en AK-Sonnen, § 80, nm. 17.

²⁰ Cfr. BRUHA, nota 18, pp. 127 s.; HUMMICH, nota 13, pp. 87 s.; TRIFFTERER y ZIMMERMANN, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, art. 5, nm. 19; WESTDICKENBERG y FIXSON, nota 18, pp. 485 s. y 490; WERLE, nota 16, nm. 1164; MÜLLER-SCHIEKE, *LJIL* 14, 2001, pp. 417 s.; GRIFFITHS, *Int.Cr.L.Rev.* 2, 2002, p. 362.

²¹ Respecto de este término también MÜLLER-SCHIEKE, *LJIL* 14, 2001, pp. 418 s.; crítico CLARK, *LJIL* 15, 2002, p. 878, que lo considera un «unhelpful concept».

²² Discussion paper, nota 18, núm. 1 (destacado por el autor).

²³ KREB, *ZStW* 115, 2003, pp. 299, 302 ss. y 306; CLARK, *LJIL* 15, 2002, pp. 876 s.; HUMMICH, nota 13, pp. 217 s. Cfr. también GBA JZ, 2003, p. 911: «lesión evidente de la prohibición de violencia».

²⁴ WERLE, nota 16, nm. 1162.

²⁵ GRIFFITHS, *Int.Cr.L.Rev.* 2, 2002, pp. 319 s., 366 y 372: «use of force which is more than de minimis...».

sublevados) no constituyen una guerra de agresión punible²⁶. Por lo demás, la punibilidad de *actos preparatorios* tampoco es reconocida por la costumbre internacional, al menos cuando ni siquiera alcanzan una tentativa de guerra de agresión²⁷. Por lo tanto, la punibilidad por la intervención en la «planificación» (*planning*) y en la «preparación» (*preparation*) de una conducta de agresión (calificada), propuesta por el grupo de trabajo de la CPI²⁸, supone que la agresión haya alcanzado, al menos, el estado de tentativa.

Una restricción adicional del tipo resulta de entender la agresión en sentido clásico como «*state crime*», vale decir, exigiendo un conflicto armado internacional en el cual un Estado ataca a otro²⁹. En este caso quedarían excluidos del tipo tanto conductas de agresión interna, por ejemplo, en contra de determinados grupos étnicos, como también conductas de agresión de actores no estatales. Si bien es cierto que prácticamente resulta imposible controvertir esta restricción del tipo desde la perspectiva del Derecho internacional consuetudinario, resulta cuestionable si es apropiada, lo que no puede ser profundizado aquí.

Más difícil y controvertida es la pregunta acerca de si el tipo requiere una restricción adicional con miras a un determinado *resultado típico* o una determinada finalidad por parte de los autores. El grupo de trabajo de la CPI propone, en tal sentido, que la conducta de agresión deba tener como finalidad o como resultado la ocupación o anexión del Estado agredido³⁰. De ese modo, por una parte, se mezclan presupuestos de punibilidad objetivos y subjetivos: por un lado, resultado, por el otro, finalidad. Por otra parte, se recurre a la comprensión tradicional de la guerra de agresión, basada en Nuremberg y Tokio, como guerra de ocupación o anexión³¹. En la doctrina se recoge esta propuesta en el sentido de una finalidad «trascendente» y «agresiva respecto del hecho completo»³². Es, sin embargo, muy dudoso si la restricción a la ocupación y a la anexión, como finalidades principales de una guerra de agresión, es apropiada o si, con ello, no se excluyen de la punibilidad penal casos dignos de castigo. Adicionalmente, una tal «subjetivización» del tipo no es, sin más, compatible con la opinión absolutamente mayoritaria que una «intención en

²⁶ Parecido WERLE, nota 16, ns.ms. 1156 y 1164; CASSESE, nota 16, p. 114; GRIFFITHS, *Int.Cr.L.Rev.* 2, 2002, pp. 319 s.

²⁷ CASSESE, nota 16, p. 114; KREB, *ZStW* 115, 2003, p. 298.

²⁸ «Discussion paper...», nota 18, núm. 1.

²⁹ MÜLLER-SCHIEKE, *LJIL* 14, 2001, p. 420.

³⁰ «Discussion paper...», nota 18, núm. 1, opciones 1 y 2: «*object or result of establishing a military occupation of, or annexing, the territory of another State or part thereof*».

³¹ KREB, *ZStW* 115, 2003, p. 303; WERLE, nota 16, nm. 1159.

³² KREB, *ZStW* 115, 2003, pp. 304 ss. y 306 ss.; WERLE, nota 16, nm. 1159 ss.

sentido técnico» no es necesaria, sino que es suficiente el dolo general ³³. Volveremos sobre ambas cuestiones (*infra* 4).

La situación jurídica penal internacional descrita explica las aprehensiones constitucionales existentes en cuanto al *principio de certeza legal*. Sin embargo, la progresiva concreción del tipo muestra también que la calificación del término «guerra de agresión» como inconstitucional ³⁴ es excesiva, especialmente si se considera la relativización general del principio desde una certeza o determinación legal a una determinabilidad ³⁵. Por ello, la doctrina absolutamente mayoritaria contradice acertadamente el veredicto de inconstitucionalidad mediante la restricción a casos inequívocos ³⁶. Eso obviamente no cambia en nada que la cruz con que carga todo tipo penal de guerra de agresión sea la falta de definición del concepto mismo en el Derecho Internacional. La codificación interna se convierte así en un *tipo penal en blanco* que además es *accesorio al* Derecho penal internacional ³⁷ dependiendo, por lo tanto, de la dinámica del desarrollo del Derecho penal internacional.

2. Intervención en el «ámbito micro»

En el ámbito micro de la intervención *individual* es reconocido hoy en día que, en el caso de la guerra de agresión, se trata de un *crimen de*

³³ WERLE, nota 16, nm. 1170. Cfr. asimismo CLARK, *LJIL* 15, 2002, p. 874; GRIFFITHS, *Int.Cr.L.Rev.* 2, 2002, pp. 369 ss.; CASSESE, nota 16, pp. 115 s.; KREB, *ZStW* 115, 2003, p. 312; MÜLLER-SCHIEKE, *LJIL* 14, 2001, pp. 420 ss.; de otra opinión HUMMICH, nota 13, pp. 218 s.

³⁴ Así, *NK-Paeffgen*, § 80, nm. 13; anteriormente ya SCHROEDER, *JZ*, 1969, p. 47, el que, sin embargo, modificó su parecer con la Resolución 3314; cfr. MAURACH, SCHROEDER y MAIWALD, *Strafrecht BT*, t. 2, § 90, nm. 2. Según STEINHAUSEN, *Der Straftatbestand des Friedensverrats*, § 80 StGB, und die Erfordernisse des Bestimmtheitsgrundsatzes, art. 103, abs. 2 GG, tesis doctoral, Colonia, 1969, pp. 124 ss. y 129, la norma se encuentra «en el límite inferior de lo que en la ley (...) se puede aceptar como constitucional». Crítico también MÜLLER, nota 5, pp. 85 ss. y 89, el que, sin embargo, mantiene finalmente esta pregunta abierta, ya que quiere determinar el término constitucionalmente. Asimismo lo deja abierto HUMMICH, nota 13, p. 89, el que, por lo demás, no ve una mayor ayuda en la Resolución 3314, pp. 87 ss.; KREB, *ZStW* 115, 2003, p. 313, quiere dejar que se aclare la pregunta mediante «decisión judicial constitucional».

³⁵ Cfr. ROXIN, *AT* I, 3.^a ed. 1997, § 5, ns.ms. 67 y ss.; respecto de la jurisprudencia de la Corte Europea de DDHH en relación con el art. 7 Convención Europea de DDHH cfr. en este sentido AMBOS, *KritV* 2003, pp. 39 y s.

³⁶ SCHÖNKE, SCHRODER-STREE y STERNBERG-LIEBEN²⁶, § 80, nm. 4, AK-SONNEN, § 80, nm. 1; LACKNER y KÜHL²⁴, § 80, nm. 2; LK-LAUFHÜTTE¹¹, § 80, nm. 2; SK-RUDOLPH⁶, § 80, nm. 3; WERLE, nota 16, nm. 1180. A favor de la certeza de, al menos, el «núcleo terminológico». KLUG, en BAUMANN, *Mißlingt die Strafrechtsreform?*, 1969, p. 165.

³⁷ La denominación de *NK-PAEFFGEN*, § 80, nm. 12, como un «concepto accesorio en función de la resolución de la ONU» es algo impreciso, ya que se trata de la facultad soberana de definición del Consejo de Seguridad de la ONU. Sin embargo, mientras éste ejerza alguna influencia relevante para el tipo legal, por ejemplo, con miras a la imputación de una conducta

dirigentes ³⁸, es decir, que este delito sólo puede cometerse por las élites funcionales políticas o militares, por los miembros del círculo de dirigentes más estrecho. En tal sentido, resulta relevante que el autor se encuentre en una posición en la cual esté efectivamente («effectively») en condiciones «to exercise control over or to direct the political or military action of a State...» ³⁹. Por lo tanto, no interesa su posición formal como miembro del gobierno, de lo cual, a su vez, resulta que también pueden ser autores las élites funcionales económicas ⁴⁰.

Otra pregunta, hasta ahora no aclarada y que ya fue discutida de forma polémica en Nuremberg y Tokio ⁴¹, dice relación con un posible «carácter amplio de *delito especial*» ⁴² de la guerra de agresión como resultado de la limitación del círculo de los autores y, con ello, la primacía de la parte especial y la inaplicabilidad de las reglas generales de la participación del art. 25, pár. 3, ECPI ⁴³, de modo que los intervinientes en un plano medio o inferior como *extranei* no sean punibles y, en última consecuencia, no lo sean siquiera como cómplices de una guerra de agresión ⁴⁴.

El Tribunal Militar Internacional (TMI) de Nuremberg consideró punible la «colaboración» con el plan hitleriano de la guerra de agresión en la medida que se conociesen sus fines ⁴⁵. Al respecto, no circunscribió a *limine* el círculo de posibles autores a los acusados como criminales de guerra principales, sino que se refirió en general a «hombres de Estado, dirigentes militares, diplomáticos y hombres de nego-

de agresión a un Estado (cfr. art. 23.2 del Draft Statute der International Law Commission [ILC] for an International Criminal Court [ICC], *Report of the ILC on the work of its forty-sixth session*, pp. 43 ss.) o con miras a la determinación de una conducta de agresión («Discussion Paper...», nota 18, núm. 5), deberá efectivamente hablarse de un concepto accesorio en función del Consejo de Seguridad. Cfr. también HUMMICH, nota 13, pp. 222 ss.; MÜLLER-SCHIEKE, *LJIL* 14, 2001, pp. 421 ss.; CLARK, *LJIL* 15, 2002, pp. 869 ss.; WERLE, nota 16, ns.ms. 1177 y s.; GRIFFITHS, *Int.Cr.L.Rev.* 2, 2002, pp. 310 ss.; GAJA, nota 16, pp. 432 ss.

³⁸ WESTDICKENBERG y FIXSON, nota 18, pp. 503 ss. con ulteriores referencias; KREB, *ZStW* 115, 2003, p. 334; WERLE, nota 16, nm. 1165; MÜLLER-SCHIEKE, *LJIL* 14, 2001, pp. 419 ss.; CLARK, *LJIL* 15, 2002, p. 873; SCHUSTER, *CLF* 14, 2003, p. 21; antes ya DAHM, *Völkerrecht*, t. 3, 1961, p. 306.

³⁹ Cfr. «Discussion paper...», nota 18, núm. 1.

⁴⁰ Así de manera convincente CLARK, *LJIL* 15, 2002, pp. 873 s. con nota 51.

⁴¹ Cfr. las referencias en AMBOS, *AT*, nota 5, pp. 136 ss.

⁴² KREB, *ZStW* 115, 2003, p. 336.

⁴³ Así «Discussion paper...», nota 18, núm. 3; asintiendo CLARK, *LJIL* 15, 2002, p. 884.

⁴⁴ KREB, *ZStW* 115, 2003, pp. 336 s.; en cuanto a la consecuencia también WESTDICKENBERG y FIXSON, nota 18, p. 505; dejando abierto el punto VOGEL, *ZStW* 114, 2002, p. 424, en términos parecidos en favor de la inaplicabilidad del art. 25 ECPI y de una comisión exclusivamente en carácter de autor HUMMICH, nota 13, p. 214; a favor de una punibilidad con una fundamentación político-criminal TRIFFTERER, en HANKEL y STUBY (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, pp. 231 s.

⁴⁵ TMI, *Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher*, 1947, t. I, pp. 189 y 252 s.

cios»⁴⁶. De modo que no es posible deducir, en el juicio respecto de los criminales de guerra principales, una limitación de la punibilidad al plano dirigencial (nacionalsocialista) inmediato, especialmente porque se pueden formular dudas respecto de la pertenencia al plano dirigencial de todos los «criminales de guerra principales»⁴⁷. En los doce juicios posteriores de Nuremberg se trató, por regla general, de personas relevantes en la dictadura nacionalsocialista, sin embargo, de ningún modo todos ellos pertenecieron al círculo de dirigentes más estrecho de Hitler (piénsese solamente en el proceso en contra de juristas que afectó a funcionarios públicos del Ministerio de Justicia del Reich). Por lo demás, se consideraron de modo muy amplio los presupuestos para una punición por una guerra de agresión como intervención activa, participación, promoción, etc.⁴⁸.

El Tribunal Militar internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio) hizo depender la condena por conspiración («*conspiracy*»), para la realización de una guerra de agresión, de la posibilidad (objetiva) de una intervención en la planificación y del conocimiento (subjetivo) de los planes de agresión⁴⁹. Si bien al respecto tuvo presente la posición y función del acusado, más bien consideró la posición de dirigente para fundamentar un deber activo de evitación en razón de una posición de garante, y no para una restricción *a limine* del círculo de autores, especialmente porque no se delimitó claramente el «*policy-level*» del de los funcionarios públicos de nivel medio. Incluso se discutió controvertidamente mediante un *obiter dicta* la cuestión de la punibilidad de simples soldados por participación en la guerra de agresión. Mientras que el presidente del Tribunal WEBB abogaba por la punibilidad de todos los partícipes —«*no matter how high or low rank or status*»⁵⁰ el juez RÖLING se opuso decididamente a ello⁵¹.

Un análisis pormenorizado de los casos precedentes de orden penal internacional *no* fundamenta, por ende, sin más la conclusión a la que arriba llega especialmente KREB⁵² de una impunidad de los intervinientes que no pertenezcan al nivel de dirigentes. Más bien admite la conclusión contraria, que también otras personas pueden realizar una aporte-

⁴⁶ *Ibid.*, p. 252.

⁴⁷ Cfr. respecto del rol y función de los acusados en el sistema nacionalsocialista *ibid.*, pp. 314 ss.

⁴⁸ Referencias en AMBOS, AT, nota 5, p. 92; una lista de los procesos se encuentra en *ibid.*, p. 878.

⁴⁹ Cfr. respecto de lo que sigue AMBOS, AT, nota 5, pp. 137 s.

⁵⁰ Voto especial en RÖLING y RÜTER (eds.), *Tokyo Judgment*, t. I, 1977, p. 469 y 475.

⁵¹ Voto especial en RÖLING y RÜTER (eds.), *Tokyo Judgment*, t. II, 1977, pp. 1041 y 1117: «No soldier who merely executed government policy should be regarded as a criminal, as guilty of the crime against peace».

⁵² *Supra* nota 43.

tación al hecho constitutivo de una guerra de agresión que sea relevante desde la perspectiva penal internacional. Si se examina detenidamente se puede apreciar que la caracterización tradicional penal internacional de la guerra de agresión como crimen de dirigentes, tanto en el pasado como en el presente, no se ocupa en absoluto de la punibilidad por participación, en el sentido del modelo diferenciador, ya que se basa en el modelo unitario de intervención punible, centrado en el autor⁵³. Al respecto, no se ha modificado nada con el reconocimiento del modelo funcional y unitario de participación en el art. 25 del Estatuto de la CPI⁵⁴, ya que dicha disposición no ha de aplicarse, en absoluto, al tipo de guerra de agresión. Sin embargo, la propuesta del Grupo de Trabajo de la CPI resulta contradictoria precisamente en este punto: por una parte, se acentúa el carácter de crimen de dirigentes de la guerra de agresión, centrándose con ello en el dirigente-autor al describirse al que «comete» («*commits*») el crimen de la guerra de agresión. Por otra, sin embargo, «comete» el tipo *cualquiera* que «participa» activamente en la planificación, preparación, etc.⁵⁵, abarcándose, por lo tanto, toda aportación al hecho⁵⁶. ¿Por qué no debieran *en tal medida* recibir aplicación, al interior del círculo de dirigentes, las reglas generales de responsabilidad por participación en un delito especial?^{56a}. Volveremos sobre el punto en el marco del § 80 (III.2).

3. Intervención en el «ámbito macro»

En el ámbito macro, vale decir, en la participación *estatal*, debe distinguirse entre el Derecho internacional referente a los *conflictos* (armados), el Derecho internacional *de los hechos ilícitos estatales* y el Derecho penal internacional.

En el *Derecho internacional de los conflictos* (Derecho humanitario en sentido estricto) un Estado es partícipe de una guerra cuando es parte en un conflicto armado internacional⁵⁷. La teoría penal de la participación carece, en este sentido, en principio de importancia, por cuanto se trata del Estado como actor colectivo. Consideraciones en torno al

⁵³ AMBOS, AT, nota 5, p. 362 y *passim*.

⁵⁴ Cfr. AMBOS, AT, nota 5, pp. 543 ss.

⁵⁵ «Discussion paper...», nota 18, núm. 1: «*participates actively in the planning, preparation, initiation or execution of an act of aggression...*».

⁵⁶ Acertado CLARK, *LJIL* 15, 2002, p. 875.

^{56a} Esta pregunta parece estar nuevamente abierta, luego del «Intersessional» del Grupo de Trabajo del 21 al 23 de junio de 2004 en Princeton (EEUU), ya que allí, ahora sí, se consideró como posible la aplicación del art. 25 a la guerra de agresión (esta información se la debo agradecer a CLAUS KREB).

⁵⁷ IPSSEN y IPSSEN, *Völkerrecht*, 5.ª ed., 2004, § 64, nm. 1; VITZTHUM y BOTHE, *Völkerrecht*, 2.ª ed., 2001, pp. 642 ss.

grado y tipo de participación de personas individuales solamente pueden jugar un rol, cuando mucho, al tratarse la cuestión (de relevancia para el Derecho internacional de los conflictos) de la internacionalización de un conflicto mediante el control por un tercer Estado de una parte propiamente intraestatal ⁵⁸.

Al contrario, el Derecho internacional delictivo sí puede utilizarse fecundamente para el tratamiento de preguntas de intervención penal. Esto porque en este ámbito —y apoyado en el art. 16 del borrador de la comisión de Derecho internacional de la ONU (International Law Commission —ILC—) de noviembre de 2001 ⁵⁹ como también en el idéntico art. 16 de la Resolución 56/83 del Consejo General de la ONU sobre la responsabilidad del Estado ⁶⁰— puede considerarse como reconocida la prohibición de la *complicidad* en un hecho ilícito internacional estatal ⁶¹. Según dichas disposiciones un Estado es responsable por la complicidad con o el apoyo a una conducta antijurídica de acuerdo al Derecho internacional, cuando copulativamente presta ayuda con conocimiento de las circunstancias de esta conducta y además esta conducta también hubiese sido antijurídica en este ámbito, de haberla cometido el propio estado cooperador. Sin embargo, no se encuentra en el Derecho internacional delictual una prohibición a la *inducción* a una conducta antijurídica según el Derecho internacional ⁶² de modo que puede hablarse, usando una terminología continental-europea, (solamente) de una prohibición de participación limitada.

Ahora, ¿es posible transferir este resultado al Derecho penal internacional? Vale decir, ¿puede considerarse, junto a una prohibición de la complicidad en el Derecho internacional (delictual), una punibilidad de Derecho internacional de la complicidad con una guerra de agresión? De la jurisprudencia internacional de Nuremberg y Tokio no se puede, *en tal sentido*, extraer conclusiones, ya que no se enjuició la dirección de la guerra por una coalición de Estados con aportaciones

⁵⁸ Cfr. en tal sentido, respecto del caso Nicaragua ante la Corte internacional de Justicia y el caso "Tadic" ante el Tribunal para la exYugoslavia; AMBOS, «Zur Bestrafung von Verbrechen im internationalen, nicht-internationalen und internen Konflikt», en HASSE, MÜLLER y SCHNEIDER (eds.), *Humanitäres Völkerrecht*, 2001, pp. 325 y 332 ss., con ulteriores referencias.

⁵⁹ ILC, Report on the Work of its Fifty-Third Session, 2001, Official Records of the General Assembly, Fifty-Sixth Session, Supplement núm. 10 (A/56/10), ch. IV. E. 1.; al respecto PELLET, en VOHRAH *et al.* (ed.), *Man's Inhumanity to Man*, libro homenaje a CASSESE, 2003, p. 655. Respecto de una versión anterior *Yearbook ILC*, 1978, vol. II.2, pp. 98 ss.

⁶⁰ UN Dokument A/RES/56/83, 12 de diciembre de 2001; en la versión del servicio de traducción alemán ante las Naciones Unidas bajo www.un.org/Depts/german/gv-56/band1/56bd-6.pdf, pp. 530 ss.

⁶¹ VERDROSS y SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3.^a ed., 1984, pp. 866 s.; IPSSEN e IPSSEN, nota 57, § 40, ns.ms. 1, 42; VITZTHUM y SCHRÖDER, nota 57, p. 501.

⁶² *Kommentar ILC*, nota 59, ch. IV. E. 2, p. 154. Al respecto parece que la ILC estima la inducción/incitación (*incitement*) como menos grave que la complicidad (*aid or assistance*).

susceptibles de ser escalonadas. Ésta fue precisamente la situación en la guerra de Irak, donde una coalición de Estados «de buena voluntad» condujo —en cierto modo a título de autor— la guerra propiamente dicha y un gran número de Estados —en cierto modo a título de cómplices— realizó diversas conductas de apoyo. Ya a partir de esta constatación se puede apreciar que la punibilidad de los «Estados cómplices», o más exactamente de las personas allí responsables, no puede fracasar por el carácter de delito de sujeto especial del crimen de la guerra de agresión, por cuanto con ello no se busca la impunidad de estas personas directivas, sino que —¡en el mejor de los casos!— de los partícipes que se ubican más abajo en la jerarquía. Expresado de otro modo: la finalidad de la punibilidad de la guerra de agresión —castigo de los dirigentes responsables— exige realmente una punibilidad del personal dirigencial también del Estado cómplice ⁶³.

Esta punibilidad presupone tres aspectos:

- la existencia de un hecho principal punible en forma de una guerra de agresión de el o los Estado(s) autor(es);
- la conducta de apoyo relevante desde el punto de vista del Derecho internacional de los hechos ilícitos estatales del Estado cómplice (en el sentido del art. 16 del borrador del ILC);
- la ocasión imputable de la conducta de apoyo por parte de la dirección (política).

4. Resultado: ¿complicidad punible de la RFA por Derecho penal internacional?

La punibilidad de Derecho internacional de la concesión de derechos de utilización, transporte y sobrevuelo en favor de los EEUU para la conducción de la guerra contra Irak depende, según las explicaciones anteriores, decisivamente de la calificación que se haga de esa guerra. Si bien existe un consenso amplio respecto de su *antijuricidad* internacional ⁶⁴, con ello aún no se responde la cuestión en torno a su *punibilidad* internacional. En todo caso, ya no se plantea, como sí se hacía en Nuremberg, el problema de la irretroactividad ⁶⁵, ya que la punibilidad de una guerra de agresión se reconoce en principio, según se ha explicado anteriormente ⁶⁶. Sin embargo, la falta de contornos del tipo de Derecho internacional consuetudinario existente y su falta de codifica-

⁶³ En cuanto al resulta igual KREB, *ZStW* 115, 2003, p. 336.

⁶⁴ Con detalle KREB, *ZStW* 115, 2003, pp. 313 ss. y 331; cfr. también las referencias en AMBOS y ARNOLD (eds.), *Der Irak-Krieg und das Recht*, 2003.

⁶⁵ Cfr. en tal sentido AMBOS, *AT*, nota 5, notas 111 y s.

⁶⁶ *Supra* I en la nota 16.

ción en el ámbito contractual internacional dificultan el examen de la punibilidad, si es que no la imposibilitan. Si bien la antijuridicidad de Derecho internacional del empleo de la violencia de la coalición de guerra contra Irak puede ser un indicio para un comportamiento relevante desde la perspectiva penal internacional, esta antijuridicidad no sustituye la prueba de una *calificación* de la conducta de agresión en el sentido descrito *supra* de la superación de cierto *umbral de violencia*⁶⁷. Una lesión *inequívoca* o *flagrante* de la prohibición de violencia y, con ello, de una guerra de agresión, deberá negarse en todo caso cuando, siguiendo a KREB, se estima que existe una justificación del empleo de la violencia que «no es completamente insostenible»⁶⁸. La debilidad de esta posición consiste claramente en la invocación de la premisa de una justificación de Derecho internacional del empleo de la violencia de la coalición de guerra, que el propio KREB considera «difícil de sostener»⁶⁹ y que es contraria a la opinión mayoritaria en la doctrina en el Derecho internacional⁷⁰.

Queda entonces solamente la diferenciación entre antijuridicidad de Derecho internacional del empleo de la violencia, la cual, en cuanto al resultado, también es sostenida por KREB⁷¹, y el carácter inequívoco o flagrante de la antijuridicidad de Derecho internacional, que recién torna el empleo de la violencia en el crimen internacional de la guerra de agresión. Sin embargo, ¿sigue siendo esta diferenciación, casi quisquillosa, susceptible de ser fundamentada racionalmente y comprensible en la práctica? ¿Se ofrece de este modo a un Tribunal como la CPI un parámetro confiable y aplicable para la delimitación del empleo de violencia meramente antijurídica o ya relevante penalmente desde la perspectiva del Derecho internacional? ¿O acaso no otorga más bien un apoyo a quienes prefieren entregar la decisión de la pregunta central del crimen de agresión, *scil.*, la comprobación de conductas de agresión calificadas, al Consejo de Seguridad de la ONU, es decir, a quienes quieren decidir la cuestión de forma exclusivamente política?

En oposición a este intento de desarrollar un parámetro objetivo de delimitación, la *subjetivización* del tipo ya descrita, en el sentido de una *finalidad* específicamente agresiva o antijurídica para el Derecho internacional⁷² tiene, al fin y al cabo, la ventaja de otorgar, al menos *prima*

⁶⁷ Cfr. *supra* 1 en las notas 20 y ss.

⁶⁸ KREB, JZ, 2003, p. 916, detallado *id.*, ZStW 115, 2003, pp. 328 s. y 331, en cuanto a que la opinión jurídica de la coalición para la guerra no es «insostenible»; igualmente SIMMA, SZ del 1/2 de febrero de 2003, p. 11; AMBOS y ARNOLD, nota 64, p. 396, defiende la posición que señala que la Resolución 1441 sería «ambigua» y «un producto del arte jurídico, un típico caso de una fórmula de compromiso».

⁶⁹ KREB, JZ, 2003, p. 916.

⁷⁰ Cfr. ya las referencias en nota 64.

⁷¹ KREB, ZStW 115, 2003, p. 331.

⁷² *Supra* nota 30.

facie, un criterio de delimitación más unívoco. De entenderse esta finalidad, siguiendo a Werle, en el sentido de una ocupación, anexión o subordinación del Estado agredido, difícilmente se podrá achacar esto a la coalición de guerra, al menos no como *finalidad principal o última* del empleo de la violencia⁷³. Con una observación más exacta es posible, sin embargo, formular numerosas objeciones a esta concepción. En primer lugar, esta concepción se ve confrontada al *problema práctico-procesal* referido a cómo debe determinarse el objetivo de un determinado empleo de la violencia. Si se quiere confiar solamente en las declaraciones de la dirección de los Estados beligerantes⁷⁴, fácilmente se estará expuesto al reproche de la ingenuidad e inocencia en relación con las «verdaderas» finalidades del empleo de la violencia. Sin embargo, estas verdaderas finalidades —en concreto, por ejemplo, el reproche del cambio de régimen y la explotación de los recursos petrolíferos de Irak— generalmente tampoco pueden probarse de manera confiable⁷⁵. Seguidamente, se presenta la cuestión de cómo ha de *llevarse concretamente* el requerimiento de una finalidad «agresiva» específica. Ya se señaló *supra*⁷⁶ que la limitación a finalidades tradicionales de las guerras de agresión, *scil.*, la ocupación y la anexión, probablemente no den cuenta de nuevas formas de agresión. Incluso KREB formula dudas razonables en tal sentido, cuando considera preferible ver el injusto adicional «en la (avisada) lesión de la integridad territorial o de la independencia política (entendidas en sentido estricto) del Estado tenido como objetivo»⁷⁷. Finalmente, se presentan numerosos problemas intrincados en relación con la *concepción de la intención* que se encuentra detrás de este concepto. Cuando WERLE no quiere exigir una «intención en sentido técnico»⁷⁸, se presenta inmediatamente la pregunta de cómo quiere comprender si no la exigencia de una finalidad agresiva, defendida por él. ¿Acaso no se trata de un elemento subjetivo del tipo más allá del dolo, que transforma la guerra de agresión en un delito de intención o finalidad equivalente al genocidio?⁷⁹ Si se incor-

⁷³ Así WERLE, nota 16, nm. 1161. También KREB, ZStW 115, 2003, pp. 331 ss., estima que la necesaria finalidad, específicamente contraria al Derecho penal internacional, no estaría dada.

⁷⁴ Así probablemente WERLE, nota 16, nm. 1159.

⁷⁵ Cfr. en tal sentido también KREB, ZStW 115, 2003, pp. 331 s., quien parte de la «finalidad declarada» de la coalición para la guerra, *scil.*, el desarme de Irak, respecto de lo cual incluso resulta dudoso a cuál declaración y de quién debe estarse. Al fin y al cabo, WOLFOWITZ, el ministro de defensa subrogante de los EEUU, sostuvo luego de concluida la guerra, en entrevista con *Vanity Fair* (9 de mayo de 2003): «The truth is that for reasons that have a lot to do with the U.S. government bureaucracy we settled on the one issue that everyone could agree on which was weapons of mass destruction as the core reason».

⁷⁶ *Supra* 1 en nota 33.

⁷⁷ KREB, ZStW 115, 2003, p. 307.

⁷⁸ WERLE, nota 16, nm. 1170.

⁷⁹ Cfr. en tal sentido respecto de la discusión altamente dogmática sobre el genocidio: GIL, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 178 ss., 179, 231 ss. y 258 ss.; *id.*, ZStW 112, 2000, p. 394 s.; así como AMBOS, AT, nota 5, pp. 789 ss., con ulteriores referencias.

por entonces esta exigencia en la dogmática general sobre la intención, deberá al mismo tiempo distinguirse entre finalidades intermedias, accesorias y últimas de la conducta típica. Según es sabido, no sólo existe una intención respecto de las finalidades últimas o principales del comportamiento típico, sino que también respecto de aquellas intermedias o accesorias, cuando éstas son causadas conscientemente y representan resultados (intermedios) deseados en relación con la finalidad última⁸⁰. De este modo, se podrá sostener, que no es posible considerar la subordinación u ocupación de Irak como finalidad última o principal de la coalición de guerra. Sin embargo, por otra parte, resulta difícil cuestionar que representa una finalidad intermedia y un estadio de paso *con miras a la finalidad última* de la desmilitarización y democratización y que, en tal medida, fue cometida «intencionalmente»⁸¹.

De todo ello se sigue que al menos no es posible negar ni afirmar, con una fundamentación incuestionable, la existencia de una guerra de agresión. El fiscal general federal evitó la respuesta a esta pregunta mediante la restricción del § 80 por vía teleológica y basada en el Derecho internacional de los conflictos. Estimó que, de este modo, podía dejar abierta tanto la cuestión en torno a si las conductas de apoyo de la RFA constituyen una conducta de agresión, en el sentido del art. 3.f) de la Resolución 3314⁸², como también la pregunta respecto de la admisibilidad en el Derecho internacional de la aplicación de la violencia por parte de la coalición de guerra⁸³. Sin embargo, es imprescindible dar respuesta a esta cuestión a fin de poder dilucidar la pregunta aquí planteada acerca de la complicidad de la RFA en una guerra de agresión punible internacionalmente. Si se niega la existencia de una guerra de agresión, quedaría excluida una complicidad de la RFA por faltar un hecho principal relevante desde el punto de vista penal internacional. Si se reconoce su existencia, resulta fácil fundamentar la relevancia para el Derecho penal internacional de las conductas de apoyo de la RFA como complicidad en una guerra de agresión ajena: por un lado, la concesión de derechos de sobrevuelo, entre otros, representa una conducta de complicidad reconocida en el Derecho internacional de los hechos ilícitos estatales⁸⁴, por otro, la dirección del Estado, mediante el gobierno federal, ha ocasionado de manera imputable las conductas de apoyo.

⁸⁰ Cfr. ROXIN, nota 35, § 12, ns.ms. 7 y ss. (ns.ms. 10 y s.).

⁸¹ En principio también así KREB, ZStW 115, 2003, pp. 332 s.

⁸² Art. 3.f) abarca la puesta a disposición del territorio nacional soberano para la realización de conductas de agresión.

⁸³ GBA JZ, 2003, pp. 910 s.

⁸⁴ Así también el comentario del ILC, nota 59, ch. IV. E. 2, pp. 157 ss., *inter alia*, haciendo referencias al apoyo alemán a la intervención en el Líbano; antes ya el comentario al art. 27 del proyecto de la ILC sobre la responsabilidad de los Estados, nota 59, p. 102, núm. 13.

IV. PREPARACIÓN DE UNA GUERRA DE AGRESIÓN EN EL SENTIDO DEL § 80

1. Ámbito macro: intervención de Alemania en una guerra de agresión

La opinión mayoritaria entiende la «intervención» de la RFA en una guerra de agresión no sólo en un sentido activo, sino también en uno pasivo, por lo que incluye la hipótesis de un ataque a la RFA⁸⁵. Al respecto, esta opinión recurre a la voluntad del legislador, ya que las actas legislativas hablan de una «guerra de agresión, en la que ha de ser agredida la RFA, como también... en la que ha de ser agresora...»⁸⁶. Seguidamente, se argumenta a través del fin de protección del § 80. Éste también protegería justamente la paz internacional, la que sería amenazada independientemente de si la agresión se dirige en contra o surge desde Alemania⁸⁷. Si esta opinión dominante es acertada o no, puede quedar abierto acá⁸⁸. En nuestro contexto sólo es de relevancia que con ello se favorece una comprensión de *Derecho internacional de los conflictos* en el sentido expuesto *supra* (III.3), ya que según ésta sólo interesa la posición del país partícipe como parte del conflicto, independientemente de si es agresor o agredido. El fiscal general federal también argumenta desde una perspectiva del Derecho internacional de los conflictos cuando presupone para la conducta típica «que la RFA

⁸⁵ LK-Laufhütte¹¹, § 80, nm. 3, AK-Sonnen, § 80, ns.ms. 12, 22, TRÖNDLE y FISCHER³², § 80, nm. 4; LACKNER y KÜHL²⁴, § 80, nm. 2, SCHÖNKE, SCHRÖDER-STREE y STERNBERG-LIEBEN²⁶, § 80, nm. 2 (de otro modo aun STREE en la edición anterior); NK-PAEFFGEN, § 80, nm. 18; STEINHAUSEN, nota 34, pp. 89 ss.; MÜLLER, nota 15, pp. 92 s.; WERLE, nota 16, nm. 1180 (pero contradictorio en nm. 118 al final); sin resolver en MÜKO-CLASSEN, § 80, nm. 29. Con opinión distinta SCHROEDER, JZ 1967, p. 47; MAURACH, SCHROEDER y MAIWALD, nota 34, § 90, nm. 6.

⁸⁶ Cita de la BT-Drucksache [N. del trad.: publicación del Parlamento federal alemán] V/2860, p. 2. Así también WULF, MAAGEN y GÜDE, *Protokolle des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform*, 5.º período de elecciones, 100.ª sesión, p. 1987; opinión distinta, sin embargo, ARNDT, *ibid.*, respecto de las contradicciones en las deliberaciones KREB, ZStW 115, 2003, pp. 345 s.

⁸⁷ Cfr. STEINHAUSEN, nota 34, pp. 90 s.

⁸⁸ SCHROEDER, JZ, 1967, p. 47, ya señaló tempranamente que la valoración y/o tendencia incluida en el concepto de «guerra de agresión» impedía considerar a la víctima como interviniente, por lo que el § 80 sólo podía abarcar una agresión (activa) de la República Federal de Alemania (de acuerdo SCHÖNKE y SCHRÖDER-STREE²⁵, § 80, nm. 2; KREB, ZStW 115, 2003, pp. 338 y 348. A favor de la opinión dominante está, sin embargo, al fin y al cabo, la circunstancia de que una limitación a la guerra de agresión activa puede ser formulada con mayor claridad, cfr. en tal sentido, solamente BAUMANN *et al.*, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. BT. Politisches Strafrecht*, 1968, p. 5: «Friedensverrat: Wer es unternimmt, Streitkräfte der BR Deutschland zu einem Angriffskrieg oder zu einem bewaffneten Überfall auf ein Gebiet außerhalb der BR einzusetzen, oder wer einen solchen Einsatz vorbereitet, wird wegen Friedensverrats... bestraft», extraído desde AK-Sonnen § 80, nm. 5.

deba participar como fuerza estatal conductora de una guerra bajo implementación de sus fuerzas armadas o de forma comparablemente masiva⁸⁹. La perspectiva de Derecho internacional de los conflictos tiene, por cierto, la consecuencia ulterior, que meras actuaciones de apoyo en favor de una parte del conflicto — como la de Alemania en la guerra de Irak — por regla general, no pueden abarcarse por la «intervención» en el sentido del § 80⁹⁰. Esto porque, desde la perspectiva del Derecho internacional de los conflictos, se debe distinguir entre una co-dirección de la guerra («cobelligerency») y una mera prestación de ayuda en favor de la parte que dirige la guerra. Mientras que con aquélla se transforma un Estado en una de las partes que dirige la guerra, con ésta no se sobrepasa el umbral relevante de participación desde la perspectiva del Derecho internacional de los conflictos⁹¹.

Esta consecuencia podrá ser la deseada desde la perspectiva de los responsables de las decisiones políticas y del Fiscal General Federal, ya que con ello se puede rechazar el § 80 sin aclarar la posible existencia de una guerra de agresión⁹² y de las preguntas subsecuentes en torno a la intervención punible individual⁹³; ella es, sin embargo, por varias razones insatisfactoria. Desde una perspectiva de la *sistemática penal* se crea para el § 80 una dogmática penal especial de Derecho internacional de los conflictos que deja sin efecto las reglas generales de intervención punible. En contra del concepto de intervención punible del § 28.II, se limita la participación en el § 80 a el o los autores, vale decir, a los Estados autores, que a su vez son partes del conflicto y se excluye de la responsabilidad penal a aquellos que, perteneciendo a la cúpula de dirigentes en los Estados cómplices, apoyan la guerra de agresión. Resulta cuestionable, desde el punto de vista del Derecho internacional y de la política-criminal, que a partir de esta posición sea punible la preparación de una guerra *en contra* de la RFA, pero no lo sea la participación alemana en una guerra de agresión *ajena*, un comportamiento, por ende, que al menos desde la perspectiva de las víctimas de la agresión presenta un mayor desvalor de injusto que la preparación en calidad de autor de una guerra en contra de la RFA. Finalmente, ha de considerarse, desde la perspectiva del *fin de protección* de la norma, que el § 80 al menos debe proteger también la paz mundial de guerras de agresión alemanas⁹⁴, vale decir, que junto a la

⁸⁹ GBA JZ, 2003, pp. 911 (cursiva por el autor).

⁹⁰ En cuanto al resultado igualmente STEINHAUSEN, nota 34, p. 89; KREB, ZStW 115, 2003, pp. 337 s.; así también probablemente MÜLLER, nota 15, pp. 93 al final.

⁹¹ Cfr. STEINHAUSEN, nota 34, p. 89, el que en este sentido habla de una neutralidad «benévola» y/o «discriminatoria»; así también KREB, ZStW 115, 2003, p. 338.

⁹² Cfr. *supra* III.4, en nota 82 y ss.

⁹³ Al respecto inmediatamente *infra* 2.

⁹⁴ GÜDE y ARNDT, *Protokolle*, 86, p. 1987; cfr. también KLUG, nota 36, p. 167, KREB, ZStW 115, 2003, pp. 345 ss. y 348, GBA JZ 2003, p. 911 («evitar que desde suelo alemán vuelva a

legítima componente egoísta incluye también una altruista. Desde este punto de vista, sin embargo, es difícil comprender que se sancione solamente la preparación en calidad de autor y no la complicidad a la preparación de una guerra de agresión. Al fin y al cabo la literatura constitucional mayoritaria parte de la afirmación de que el art. 26 GG [Nota del trad.: (Constitución federal alemana)] prohíbe la complicidad en una guerra ajena con fines contrarios al Derecho internacional⁹⁵. De ello resulta, como sostiene correctamente KREB, que «forma parte de la teleología del § 80, en relación con el art. 26 GG, el promover que Alemania no extienda su mano para apoyar guerras de agresión ajenas»⁹⁶. Por todas estas razones, ha de sustituirse un concepto de intervención punible basada en el Derecho internacional de los conflictos, por uno del *Derecho internacional de los hechos ilícitos estatales*. Esto porque el Derecho internacional de los hechos ilícitos estatales reconoce una participación en forma de complicidad — ¡no así de inducción! — respecto de una conducta contraria al Derecho internacional (cfr. *supra* III.3) y abarca, de ese modo, también el apoyo de una guerra de agresión ajena por parte de un Estado cómplice.

2. Ámbito micro: intervención punible individual en la preparación de una guerra de agresión

Si se sigue la argumentación recién expuesta y, de ese modo, se parte de la base de que en el ámbito macro es posible una complicidad a una guerra de agresión ajena, se presenta en el ámbito micro, *en este sentido*, la pregunta respecto de la participación individual en el Estado cómplice. Se trata, por ende, de las últimas dos de las cuatro constelaciones penales *individuales* presentadas inicialmente (*supra* II):

- autoría individual al interior del «Estado cómplice»; y
- participación individual al interior del «Estado cómplice».

Al respecto, no tiene incidencia en la pregunta sobre la participación individual el lugar de comisión del hecho, vale decir, Estado del autor o del cómplice.

a) Autoría individual al interior del Estado cómplice

En el caso de una guerra de agresión se trata, desde una perspectiva penal internacional, de un delito de dirigentes (*supra* II.2). El legisla-

desencadenarse una guerra»); en favor de una protección mediata de la paz mundial: NK-Paeffgen, § 80, nm. 1, KREB, *op. cit.*, p. 348.

⁹⁵ Cfr. DREIER y PERNICE, GG, t. 2, art. 26, nm. 17; DOERING, *Handbuch des Staatsrechts*, t. 7, § 178, nm. 34; MAUNZ y DÜRIG, GG, art. 26, nm. 29.

⁹⁶ KREB, ZStW 115, 2003, p. 339.

dor federal alemán quiso ratificar esta valoración, eso sí, sin limitar expresamente el ámbito de los autores a las personas dirigentes⁹⁷. En cambio, el § 80 aparece a primera vista como un delito común («el que»)⁹⁸ cuyo círculo de autores se quiere restringir mediante el, en este sentido doblemente limitante, requisito de la producción causal del peligro de una guerra⁹⁹. Según la doctrina dominante, entran en consideración como autores solamente personas que, en razón de su autoridad o posición clave se encuentran, en realidad, en una situación de poder provocar un peligro de guerra para la RFA¹⁰⁰. En realidad, se trata de las personas ya perseguidas en Nuremberg y mencionadas en el § 85 DDR-StGB [N. del trad.: Código Penal de la República Democrática de Alemania] que se encuentran en «una función responsable sea estatal, política, militar o económica». Por eso, el legislador habría hecho mejor en limitar el ámbito de los autores a estas personas y transformar, de tal modo, el § 80 en un verdadero delito de sujeto especial, en vez de uno pseudo especial¹⁰¹.

Sea como fuere, está claro que personas que se encuentran al margen del ámbito de dirección como «*extranei* a la dirección» no pueden ser, en todo caso, autores en el sentido del § 80. Por supuesto, los *intranei* pueden estar relacionados en forma de coautoría¹⁰².

b) Participación individual al interior del Estado cómplice

Se discute si es, en general, posible una participación punible en el § 80. La discusión se basa en la peculiar configuración de la regulación como pseudo delito especial. Por lo tanto, también en este sentido es preferible la construcción como un verdadero delito especial. Esto porque, mientras en éstos se aplican las reglas de participación generales, especialmente la relajación de la accesoriedad del § 28,

⁹⁷ Cfr. GÜDE, ARNDT y MAABEN, *Protokolle*, 86, pp. 1983 f.

⁹⁸ Respecto de la problemática de los extranjeros como autores del § 80, vid. KREB, *ZStW* 115, 2003, pp. 342 ss.

⁹⁹ Junto a la restricción con miras al círculo de autores alcanzado de ese modo, este elemento del tipo lleva *per se* a una restricción, toda vez que se interpreta desde una perspectiva del Derecho internacional de los conflictos, cfr. KREB, *JZ*, 2003, p. 914.

¹⁰⁰ NK-Paeffgen, § 80, nm. 24; LK-Laufhütte¹¹, § 80, nm. 9; SK-Rudolphi⁶, § 80, nm. 10; AK-Sonnen, § 80, nm. 31; MAURACH, SCHROEDER y MAIWALD, 34, § 90, nm. 8; TRÖNDLE y FISCHER⁵², § 80, nm. 9; de modo indirecto probablemente también SCHÖNKE, SCHRÖDER-STREE y STERNBERG-LIEBEN²⁶, § 80, nm. 6 («medidas de especial peso»). En contra de la restricción a representantes del poder estatal MÜKO-CLASSEN, § 80, nm. 34. Cfr. también KREB, *ZStW* 115, 2003, pp. 340 s.

¹⁰¹ Crítico también SCHROEDER, *JZ* 1969, pp. 47 s.

¹⁰² Por lo que las aprehensiones de SCHROEDER, *JZ* 1969, p. 48, no convencen: siempre, pues, ¡debe tratarse de un coautor *dirigente*!

resulta con muy buenas razones discutible en el § 80, ya que la admisión de una punibilidad de *extranei* como partícipe burlaría la limitación deseada a los *intranei*¹⁰³. La posición contraria, que pretende aplicar las reglas de participación en forma ilimitada¹⁰⁴, excede la estructura típica específica del § 80. SONNEN mostró una salida a este dilema proponiendo una diferenciación entre autoría y participación *al interior* de los *intranei*¹⁰⁵. De ese modo, se mantiene la limitación de la punibilidad a personas dirigentes; sin embargo, se distingue al interior de *este* grupo según autoría o participación. En principio, esto resulta convincente en cuanto a la construcción, ya que efectivamente existen en el interior del grupo de dirigentes distintas competencias y responsabilidades¹⁰⁶. Así, al canciller federal, como jefe de Estado, le corresponde una mayor responsabilidad, en razón de su competencia directiva, que al respectivo ministro del ramo; éste a su vez, por ejemplo, el ministro de Defensa y/o de Relaciones Exteriores, carga con una mayor responsabilidad respecto de una decisión militar que el ministro de Transportes o de Medio Ambiente. Más allá habrá que distinguir en relación con las personas que no pertenecen formalmente al gabinete ministerial, pero que, como asesores o expertos, tienen una influencia determinante sobre las decisiones del gabinete. Este grupo de personas se extiende mucho más allá del entorno inmediato del gabinete y se ubica en parte en la Administración pública especializada, de preferencia en los servicios secretos y de seguridad. Sin embargo, con ello ya se hace patente un primer problema *práctico* al intentar un criterio diferenciador en el interior de los *intranei*: la estratificación según distintas formas de intervención, perfectamente posible en cuanto a su construcción, no siempre se puede llevar a cabo en forma abstracta con suficiente precisión como para poder permitir una diferenciación entre las distintas formas de intervención. Los conocidos problemas en la diferenciación entre autoría y participación (complicidad) se potencian. Sin embargo, debe reconocerse a su vez, que la *inseguridad en la diferenciación* no se limita a la participación al interior de los *intranei*, sino que representa una dificultad estructural propia de un tipo concebido como crimen de dirigentes, ya que no se puede establecer en forma abstracta con una seguridad definitiva quién pertenece al plano de dirigentes y quién no. El problema

¹⁰³ Así originalmente LK-Willms¹⁰, § 80, nm. 9; de acuerdo SK-Rudolphi⁶, § 80, nm. 10; NK-Paeffgen, § 80, nm. 26; KREB, *ZStW* 115, 2003, pp. 340 s. El posterior argumento, que no sería posible una participación en conductas preparatorias; LK-Willms¹⁰, §§ 80, nm. 9, 83, nm. 11, no convence en cuanto a su construcción y, además, es cuestionado (cfr. solamente JESCHECK, WEIGEND y STRAFRECHT, AT⁵, § 49, VI.3).

¹⁰⁴ LK-Laufhütte¹¹, § 80, nm. 9; SCHÖNKE, SCHRÖDER-STREE y STERNBERG-LIEBEN²⁶, § 80, nm. 6; MÜKO-CLASSEN, § 80, nm. 34; TRÖNDLE y FISCHER⁵², § 80, nm. 9.

¹⁰⁵ AK-Sonnen, § 80, nm. 32.

¹⁰⁶ Parecido NK-Paeffgen, § 80, nm. 26.

ya fue descrito *supra* al tratarse de la exégesis de las fuentes del Derecho penal internacional (III.2).

Un siguiente problema consiste en que el § 80, mediante la *preparación* de la guerra de agresión, basa la punibilidad en una conducta típica que, desde la mera complicidad hasta la autoría, abarca todo lo que objetivamente es apto para provocar una guerra de agresión¹⁰⁷. La reducción teleológica a conductas de un especial peso¹⁰⁸ no modifica nada en cuanto a que una conducta típica, concebida de un modo tan amplio, es sumamente inadecuada para dar cuenta de las valoraciones diferenciadas de la dogmática de la intervención punible. Expresado de otro modo: si la conducta típica efectiva del § 80 acoge todas las formas de intervención, las diferenciaciones dogmáticas respecto de la intervención punible se tornan sin sentido, ya que todo interviniente, independientemente de su aportación al hecho, siempre puede ser (solamente) preparador de una guerra de agresión¹⁰⁹. Si se analiza con exactitud, la configuración del § 80 se orienta por un modelo unitario de autoría en el cual, por cierto, el preparador sólo es autor por la construcción típica, siendo en realidad solamente partícipe, ya que, precisamente, por regla general, conductas de preparación fundamentan únicamente una participación y no una autoría. La «autoría» del § 80 es, en esencia, una participación; autoría puede ser, en esencia, sólo la dirección de una guerra de agresión, ¡la que precisamente no es abarcada por el § 80! En tal sentido puede afirmarse, por ende, que el § 80 establece un modelo unitario de *participación*.

Obviando esta dificultad práctica y dogmática, la proposición de SONNEN sí indica sobre un problema del § 80 que, ya desde una perspectiva de justicia, requiere una solución, *scil.*, la alta *penalidad* que amenaza a todos los actos preparatorios subsumibles bajo el § 80. La restricción típica a conductas de especial peso otorga aquí sólo una ayuda insuficiente, no tanto por indeterminación, sino en mayor medida, porque sólo extrae un ámbito pequeño de actos preparatorios del tipo legal y con ello mantiene, dentro del ámbito de lo punible, un espectro amplio de actos de preparación de diversa índole que posiblemente no merezcan todos una pena mínima de 10 años. Si, en tal caso, el juez de primera instancia es de la opinión de que un determinado acto de preparación equivale en su contenido de injusto sólo a una conducta de complicidad, resulta posible una aplicación analógica y orientada a los resultados del § 27.II y, con ello, una atenuación conforme al

¹⁰⁷ LK-Laufhütte¹¹, § 80, nm. 4; NK-Paeffgen, § 80, nm. 14; MAURACH, SCHROEDER y MAIWALD, nota 34, § 90, nm. 7: «toda promoción objetiva». También MÜLLER, nota 15, p. 90; Hunnrich, nota 13, p. 208.

¹⁰⁸ LK-Laufhütte¹¹, § 80, nm. 4; NK-Paeffgen, § 80, nm. 14; MAURACH, SCHROEDER y MAIWALD, 34, § 90, nm. 7, también GBA JZ, 2003, p. 911.

¹⁰⁹ Parecido seguramente KREB, ZStW 115, 2003, p. 341.

§ 49. La propuesta, en tal sentido, de KREB¹¹⁰ merece, por lo tanto, aprobación. Sin embargo, debería diferenciarse con exactitud entre el plano macro y micro: la atenuación de la pena no se refiere a la complicidad estatal en el ámbito macro, sino que al carácter cooperador de los actos individuales preparatorios en el ámbito micro. La comparación hecha por KREB¹¹¹ respecto del peso de los actos preparatorios puede, hasta cierto punto, confundir, ya que precisamente no se trata de una conducta de poco peso —¿qué ya estaría excluida del tipo!—, sino de una conducta preparatoria en el sentido del § 80, que, sin embargo, no justifica una pena mínima de 10 años.

c) La faz subjetiva

Según la doctrina dominante, el «autor», en el sentido del § 80, debe actuar sólo con dolo eventual en relación con la calidad de su conducta para la preparación de una guerra de agresión y la consiguiente causación de un peligro de guerra¹¹². Si bien es posible construir el § 80 como un delito de intención en forma de un delito de resultado cortado, tomando en consideración la *intención* perturbadora de la paz del art. 26 GG¹¹³ o la finalidad especial de la guerra de agresión discutida a nivel del Derecho penal internacional¹¹⁴, no convence, sin embargo, esta construcción desde la perspectiva de la dogmática penal. Porque si el § 80 se refiere efectivamente a una conducta de preparación con miras a la verdadera guerra de agresión, entonces los «autores» del § 80, como ya se ha señalado *supra*, son en realidad partícipes (cómplices) y, como tales, deben solamente conocer las intenciones particulares del autor principal —autor de la verdadera guerra de agresión— y no poseerlas ellos mismos. En tal sentido, vale aquí lo mismo que respecto de la intención destructora en el genocidio: el cómplice sólo debe conocerla, vale decir, saber que actúa como parte de un acto completo con carácter de genocidio, no así querer, él mismo, destruir al grupo protegido¹¹⁵. Por lo demás, la subjetivización de los delitos políticos como la agresión siempre alberga el peligro de un Derecho penal

¹¹⁰ KREB, ZStW 115, 2003, pp. 341 s.

¹¹¹ *Ibid.* con nota 238.

¹¹² Cfr. LK-Laufhütte¹¹, § 80, nm. 8; NK-Paeffgen, § 80, nm. 23; AK-Sonnen, § 80, nm. 2; SCHÖNKE, SCHRÖDER-STREE y STERNBERG-LIEBEN²⁶, § 80, nm. 8; SK-Rudolph⁶, § 80, nm. 9.

¹¹³ MAUNZ y DÜRIG, GG, art. 26, nm. 15, MÜLLER, 15, pp. 95 s.

¹¹⁴ Cfr. ya *supra* III.1, con nota 30 y 4, con nota 72 y ss.

¹¹⁵ Cfr. AMBOS, AT, 5, pp. 789 ss. y 794 s., con ulteriores referencias; *id.*, en VOHRAH *et al.*, 59, pp. 11, 18 ss. y 23. Igualmente VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, 2002, p. 243, con nota 33, pp. 248, 265 y 385, ESER, en CASSESE, GAETA y JONES, nota 16, p. 806; WERLE, nota 16, nm. 416; JONES, en VOHRAH *et al.*, *op. cit.*, pp. 467 y 479.

sancionador de meras convicciones * ¹¹⁶. Finalmente, acá también valen las objeciones presentadas en la discusión desde la perspectiva del Derecho penal internacional ¹¹⁷.

V. CONCLUSIONES

En el otorgamiento de conductas de apoyo a una guerra de agresión ajena por parte de la RFA, como en el caso de la guerra de Irak, es posible reconocer una punibilidad de miembros del Gobierno federal ¹¹⁸ cuando se ocasiona un peligro de una guerra para la RFA por medio de las conductas de apoyo y los intervinientes han actuado al respecto dolosamente. En este sentido, ha de reconocerse (y en ello coincidir con el fiscal general federal) ¹¹⁹ que el elemento típico de la causación de un peligro de guerra, en los casos de complicidad estatal, sólo debería poder afirmarse en casos excepcionales. De todos modos, es válido en principio: en un caso tal la RFA actúa en el *ámbito macro*, desde la perspectiva correcta penal internacional, como Estado cómplice. Aquellos que participan individualmente de las decisiones de apoyo pueden —en el ámbito micro, tanto en el estado autor como en el cómplice— actuar como autores o partícipes, en la medida que puedan ser incluidos en el plano directivo. Las aportaciones de los *intranei* pueden ser escalonadas *entre ellas*, mientras que *a limine* queda excluida la

* El original emplea acá el término «*Gesinnungsstrafrecht*», empleado frecuentemente a propósito de la problemática de la extensión de los tipos a ciertos credos o convicciones políticas, de modo que no puede equipararse completamente con la noción de Derecho penal *de autor* opuesto a un Derecho penal *del hecho* y que abarca una gama más amplia de problemas relacionados con los límites al *ius puniendi*.

¹¹⁶ Cfr. ya SCHROEDER, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, 1970, pp. 297 ss.

¹¹⁷ Cfr. *supra* II.4, con nota 72 y ss.

¹¹⁸ La problemática de la causalidad e imputación de las diferentes aportaciones en el marco de tomas de decisión colectivas no puede ser profundizada acá. Sin embargo, debiera estar claro que, por un lado, la *aprobación* de un acuerdo de apoyo fundamenta una responsabilidad del aprobante mientras que, por otro lado, el *rechazo* de tal acuerdo excluye la responsabilidad, ya que el rechazante escapa mediante su rechazo de la decisión en favor del hecho producido por el colectivo y por ello no le son imputables las conductas típicas basadas en tal decisión (cfr. JAKOBS, *Libro Homenaje a Miyazawa*, 1995, pp. 421 ss.; diferenciado, sin embargo, en cuanto al resultado también DENCKER, en AMELUNG (ed.), *Verantwortung*, 2000, pp. 63 ss., 68 s. y 70; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libro Homenaje a Roxin*, 2001, pp. 310 ss. y 316 ss.; SCHÖNKE, SCHRÖDER-CRAMER y HEINE ²⁶, § 25, nm. 76 b. Todas las demás configuraciones de casos son controvertidas y presentan, a la vez, cuestiones complejas de causalidad (cumulativa) y de imputación objetiva (cfr. JAKOBS, *op. cit.*, pp. 419 y ss.; DENCKER, *op. cit.*, pp. 63 y ss.; *id.*, *Kausalität und Gesamttat*, 1995, pp. 179 ss., 217 ss., 219 y 224 s., respecto de lo cual sería determinante si el comportamiento en la votación, individualmente considerado, aumenta el riesgo para la ocurrencia del resultado global (sobre ello también VEST, nota 115, pp. 324 ss. Con detalle respecto de esta problemática también KNAUER, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, 2001, pp. 83 ss., y 159 ss. y *passim*).

¹¹⁹ GBA, JZ, 2003, p. 911.

punibilidad de los *extranei*. Si uno de los *intranei* presta una aportación en términos de complicidad, puede considerarse una atenuación de la pena según los §§ 27.II y 49, en la medida que la aportación sea realmente de un peso suficiente como para ser considerada como conducta preparatoria en el sentido del § 80.

El problema de la aplicabilidad práctica del § 80 se encuentra principalmente en que el tipo es *accesorio desde el punto de vista del Derecho penal internacional*, ya que la punibilidad depende de una guerra de agresión (ajena), es decir, de un término que debe determinarse de conformidad al Derecho penal internacional (II.1). Por lo tanto, la punibilidad del dirigente (*intranei*) del Estado cómplice queda excluida cuando no se está en presencia de una guerra de agresión, desde el punto de vista del Derecho penal internacional. Su existencia sólo puede calificarse en la actualidad de forma hipotética por carecerse de una definición asegurada en el Derecho penal internacional (II.4). Por cierto, esto significa para el futuro que la intervención en guerras contrarias al Derecho penal internacional *puede* llevar perfectamente a una punibilidad por la preparación de una guerra de agresión en el sentido del § 80.

IV. ASPECTOS PROCESALES

CAPÍTULO UNDÉCIMO

¿ES EL PROCEDIMIENTO PENAL INTERNACIONAL «ADVERSARIAL», «INQUISITIVO» O MIXTO? *

RESUMEN

Este artículo analiza si el procedimiento penal internacional es «adversarial», «inquisitivo» o mixto. Examina las leyes del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY, por sus siglas en inglés: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; en lo sucesivo, TPIY) y de la Corte Penal Internacional (CPI), incluyendo los precedentes pertinentes. Tales leyes se han desarrollado a partir de un procedimiento adversarial hasta llegar a la creación de uno verdaderamente mixto, gracias a las diversas enmiendas a las Rules of Procedure and Evidence [Reglas de Procedimiento y de Prueba (RPP)] y al anteproyecto del Estatuto de Roma, en el que se han fusionado elementos del Derecho de tradición civil y del *Common Law* en un solo procedimiento internacional. Ya no es importante determinar si una norma es «adversarial» o «inquisitiva», sino si ayuda a los Tribunales a cumplir con su cometido y si observa los criterios fundamentales de un proceso justo. En cuanto a su eficiente supervisión, un Grupo de Expertos de Naciones Unidas invitó a los jueces a desempeñar un papel más activo, en particular con respecto a la conducción del procedimiento y a la recolección de pruebas. En este contexto, se propone que un Derecho de tradición civil, semejante a un procedimiento dirigido por los jueces, puede evitar demoras generadas en el libre intercambio de las partes. Sin embargo, el funcionamiento fluido de un sistema judicial depende, en última instancia, de sus actores, en virtud de que las normas procesales suministran solamente un marco general. Un pro-

* Traducción de Marta Donís y revisión por Rodrigo Aldoney Ramírez. Versión revisada y ampliada de una ponencia presentada en el Coloquio Internacional del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (IMP), «Criminal Justice between Due Process and Crime Control», 1.ª sesión, «Overview of different types of procedure», Castillo Ringberg (Tegernsee, Baviera), del 8 al 11 de mayo de 2002; originalmente publicado en *ICLR*, 3 (2003), pp. 1 ss. Estoy en deuda, por sus inapreciables comentarios, con el Dr. Carl Friedrich Stuckenberg (Universidad de Bonn, Alemania Federal), con el Dr. Michael Bohlander (Tribunal de Apelaciones de Jena, Alemania Federal) y con el Prof. Richard Vogler (Universidad de Sussex, Reino Unido). Agradezco a Tobias Wenning, investigador asociado del IMP, por verificar las referencias a pie de página.

cedimiento verdaderamente mixto requiere de fiscales, abogados defensores y jueces que conozcan tanto el *Common Law* como el de tradición civil y que sean capaces de ver más allá de sus propios sistemas jurídicos.

I. OBSERVACIONES PRELIMINARES

Mientras que el Estatuto del TPIY, al igual que el del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR, por sus siglas en inglés; en lo sucesivo, TPIR), sólo está integrado por unas cuantas disposiciones más bien generales de Derecho procesal y su «código procesal» se fundamenta en las «Rules of Procedure and Evidence» («Reglas de Procedimiento y de Prueba»; en lo sucesivo, «Reglas»)¹; creado jurisprudencialmente, el «Código» de la CPI está contenido en el tratado internacional adoptado en Roma en 1998 (a partir de aquí: «Roma» o «Estatuto de la CPI»)² y ha recibido una gran influencia de las leyes y la práctica de los Tribunales *ad hoc*. Las Normas de la CPI, finalmente acordadas por la Comisión Preparatoria en noviembre de 2000³ y aceptadas formalmente por la primera Asamblea de Estados Partes en septiembre de 2002 (art. 112 del Estatuto de la CPI), sirven no sólo como una clarificación, sino como un complemento de la estructura procesal establecida en este último Estatuto (art. 51). Después habrá un tercer instrumento, a saber, las Regulaciones que el propio Tribunal adoptará (art. 52 del Estatuto). Resulta innecesario decir cuán difícil fue desembrollar estos tres conjuntos de preceptos en las negociaciones que desembocaron en el Estatuto de Roma⁴. De esta manera, la diferencia principal entre el TPIY y la CPI radica en que sólo el primero ha aplicado hasta ahora sus Normas en la práctica y puede, por consiguiente, suministrar una guía más concreta y precisa tocante a qué modelo, si lo hay, ha de preferirse en el ámbito internacional⁵.

¹ Normas de Procedimiento y Prueba, según las enmiendas al TPIY del 11 y 12 de julio de 2002, IT/32/Rev. 24, www.un.org/icty/basic.htm. La última enmienda de la Reglas es del 17 de julio de 2003, IT/32/Rev.28.

² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, UN-Doc. A/CONF. 183/9, de acuerdo con las correcciones del *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998 y de 12 de julio de 1999, www.un.org/law/icc.

³ Reporte de la Comisión Preparatoria para la Corte Penal Internacional, Addendum, parte I, Borrador final de las Normas de Procedimiento y Prueba (PCNICC/2000/1/Add. 1, 2 de noviembre de 2000); www.un.org/law/icc.

⁴ A fin de tener una idea de la dificultad de las negociaciones para deslindar el Estatuto, las Normas y las Regulaciones del Tribunal, vid. FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *The Process of Negotiation*, en LEE (ed.), *The ICC. The Making of the Rome Statute...*, 1999, pp. 217-227 y 224-226.

⁵ Para conocer la práctica de los Tribunales de la segunda posguerra mundial, vid. MAY y WIERDA, *Trends in International Criminal Evidence: Nuremberg, Tokio, La Haya y Arusha*, en *Col. J. of Transnational Law*, núm. 37, 1999, pp. 725-764; WALLACK, *The Procedural and Evidentiary Rules of the Post-World War II War Crimes Trials...*, en *ibid.*, pp. 851-882.

Antes de ocuparse del análisis del TPIY y de las normas de la CPI para responder a la pregunta formulada al principio, es necesario hacer una *aclaración terminológica*⁶. El término inglés «inquisitorial» (inquisitorio), como normalmente lo utilizan los abogados formados en el *Common Law* para describir los sistemas jurídicos «civiles» de la Europa continental, es bastante desafortunado, ya que recuerda las épocas más oscuras de la Edad Media, cuando la persecución penal y la sentencia de un caso se concentraban en una institución, el juez como activo investigador (*inquisitio* = averiguación, indagatoria), mientras que el procedimiento se llevaba exclusivamente por escrito y en secreto y la tortura era un medio legítimo para obtener confesiones⁷. Desde la perspectiva de un historiador del Derecho, la expresión «procedimiento inquisitivo» se reserva en general para el tipo de procedimiento disciplinario, y asimismo penal, instituido por el papa Inocencio III en el siglo XIII, que después dio lugar tanto al Derecho canónico como al Derecho secular y perduró hasta bien entrado el siglo XIX⁸. La connotación despectiva del vocablo «inquisitorial» proviene, no tanto de los abusos y excesos posteriores del procedimiento regular de igual calificativo, sino más bien de su analogía terminológica con el tipo de procedimiento sumario e irregular utilizado para la persecución de herejes (*inquisitio haereticae pravitatis*) en el continente europeo, especialmente durante el apogeo del «Oficio de la Santa Inquisición», mientras que los abogados practicantes del *Common Law* tienden a pensar en los infames procesos políticos del *Star Chamber*⁹. Sin embargo, el procedimiento inquisitivo, en el sentido de la *inquisitio*, fue de hecho abandonado durante la Revolución Francesa (1789) y durante el Procedimiento Penal Alemán Reformado (*Reformiertes Strafverfahren*), establecido después de la «revolución» alemana de 1848¹⁰. Como consecuencia de ello, los procedimientos «inquisitivos» contemporáneos se caracterizan por separar responsabilidades por la fase de investigación

⁶ Este punto se trató asimismo durante la discusión en el coloquio citado. Vid. ESER y RABENSTEIN (eds.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Fairness und Effizienz konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozeßrecht*, Internationales Kolloquium auf Schloss Ringberg, del 8 al 11 de mayo de 2004.

⁷ Sobre este significado tradicional, vid. SAFFERLING, *Towards an international criminal Procedure*, 2001, pp. 6-7; TULKENS, *Criminal procedure: main comparable features...*, en DELMAS MARTY (ed.), *The criminal Process and human Rights*, núm. 5, 1995, pp. 8-9.

⁸ Aunque su verdadero origen no queda claro. Cfr. SCHULZ, *Normiertes Misstrauen*, 2001, pp. 49 ss. Existe una relación histórica en DAMASKA, *Two Faces of Justice and State Authority*, 1986, p. 3.

⁹ Sobre la «inquisición» inglesa, vid. BÖSE, «Die verfassungrechtlichen Grundlagen des Satzes „Nemo tenetur se ipsum accusare“», en *Goldsammer's Archiv für Strafrecht* (GA), núm. 149, 2002, pp. 98, 108 ss. (El *Star Chamber*, Tribunal inglés que operaba en Westminster, fue establecido formalmente por Enrique VII en 1487. Podía imponer cualquier castigo con excepción de la muerte. Sus juicios eran sumarios y a menudo inicuos, sus castigos arbitrarios y crueles. Fue abolido por el Parlamento en 1641).

¹⁰ Cfr. SAFFERLING, *supra* nota 7, pp. 8-9; BÖSE, *supra* nota 9, pp. 113 ss.

previa al juicio dirigida por la fiscalía acusadora y/o el juez d'instruction (juez de instrucción) y por el juicio mismo dirigido por un juez de primera instancia o por un tribunal. En este sentido, uno puede incluso decir que tanto el sistema adversarial como el «inquisitorial» son ambos inquisitivos, puesto que el Estado, en el sentido de la policía y la fiscalía,¹¹ inician y dirigen el proceso en la fase previa al juicio. De igual forma, ambos sistemas son «acusatorios», porque la persecución penal y la «acusación» están en manos de una institución diferente del juez encargado de la fase previa al juicio (la fiscalía o el juez d'instruction)¹². El significado original del *processus per accusationem*, como causa iniciada por un ciudadano privado¹³, ya no es válido. Así es engañoso llamar «acusatorio» únicamente al sistema adversarial¹⁴, ya que ello implica que el proceso de tradición civil actual no actúa de forma acusatoria a través de una autoridad encargada de la persecución penal. En resumen, la división entre inquisitivo-adversarial solamente tiene significado, si es que lo tiene, en términos históricos, prerrevolucionarios¹⁵. Actualmente el procedimiento penal está regido por los principios de oralidad e inmediación. En otras palabras, el único elemento que podría explicar el término «inquisitivo», para este tipo de procedimiento, es su naturaleza de ir tras la verdad. En tanto que en el sistema adversarial tal búsqueda de la verdad (procesal) está, si acaso, en manos de las partes y, en consecuencia, su conflicto se encuentra en el centro de los procedimientos («enfoque de los dos casos»), en un sistema «inquisitivo» la responsabilidad recae en los organismos estatales a cargo de la persecución penal («enfoque de un solo caso») ¹⁶. En este sentido, el modelo de tradición jurídico-civil puede describirse de una forma más precisa como «dirigido por un juez» (*instruktorisch*) o, si seguimos el enfoque más estructuralista de DAMASKA, como «jerárquico», mientras que el modelo del *Common Law* es «adversarial», en la

¹¹ Cfr. SAFFERLING, *supra* nota 7, p. 55.

¹² Efectivamente, con el Procedimiento Penal Alemán Reformado se introdujo el procedimiento acusatorio o *Anklageprozeß* (art. X, § 179, de la Constitución de Francfort del Reich de 1848). Vid. al respecto BÖSE, *supra* nota 9, pp. 113 ss. y 115; para una diferenciación correcta consúltese asimismo KREB, *Witnesses in proceedings before the ICC...*, en FISCHER, KREB y LÜDER (eds.), *International and national Prosecution of Crimes under international Law*, 2001, pp. 309-383 y 308, nota 1.

¹³ DAMASKA, *supra* nota 8, p. 3.

¹⁴ Sin embargo, así lo utiliza ROBINSON, *Ensuring fair and expeditious trials at the ICTY*, en EJIL, núm. 11, 2000, pp. 569-589 y 574; ORIE, *Accusatorial v. inquisitorial approach in international criminal proceedings...*, en CASSESE, GAETA y JONES (eds.), *The Rome Statute...*, 3 vols., 2002, pp. 1439-1495 y 1440.

¹⁵ Vid. en tal sentido el estudio clásico de MERRYMAN, *The civil law tradition*, 1969, pp. 134 ss.; también parece emplearlo de igual modo AMANN, *Harmonic convergence? Constitutional criminal procedure in an international context*, en *Indiana Law Journal*, núm. 75, 2000, pp. 809-873 y 816-817.

¹⁶ Para obtener una buena explicación de los rasgos principales vid. ORIE, *supra* nota 14, pp. 1443 ss.

medida en que la fiscalía y la defensa son «adversarios», o bien es «coordinado»¹⁷. Otro término engañoso es el de procedimiento «angloamericano», pues parece implicar que existe un procedimiento penal común para Gran Bretaña y Estados Unidos, cuando de hecho los procedimientos «británicos» (ingleses, escoceses e irlandeses) difieren entre sí, así como en relación con los estadounidenses, que a su vez son distintos en los diversos estados de la Unión. En todo caso, es aún peor atribuir un significado incorrecto o inadecuado a un vocablo que usarlo de manera engañosa. Por desgracia, esto ocurre con mucha frecuencia entre los juristas del *Common Law*, quienes a veces escriben sobre el Derecho de tradición civil apoyándose exclusivamente en fuentes del *Common Law*¹⁸ y toman el modelo francés del juez instructor como el único modelo del Derecho de tradición civil¹⁹, si bien debiera, al menos, distinguirse entre este modelo y el acusatorio (de origen alemán)²⁰. Si se mira más de cerca la diversidad de los sistemas de justicia penal en la Europa de la Unión Europea y, con mayor razón, del Consejo Europeo, de ninguna manera pueden darse automáticamente por supuestas la armonización y la convergencia²¹. Con todas estas reservas, los términos «adversarial» e «inquisitivo» se utilizarán aquí sólo en el sentido general descrito, con objeto de reflejar la división aún existente entre el *Common Law* y el Derecho de tradición civil²². Después de todo, sigue siendo cierto que la «tipología llega a ser embarazosa y difícil de emplear como instrumento de análisis»²³ cuando hablamos de problemas procesales concretos y de normas específicas.

Regresando a nuestro asunto, hoy en día existe un acuerdo general en que el procedimiento anterior al TPIY y a la CPI es mixto, puesto

¹⁷ DAMASKA, *supra* nota 8, pp. 16 y ss.

¹⁸ Un ejemplo reciente lo representa MAY y WIERDA, *supra* nota 5, p. 727, quienes utilizan no sólo la dicotomía clásica «adversarial» e «inquisitivo», sino que también afirman, por ejemplo, y de forma incorrecta, que en el sistema del Derecho de tradición civil el alcance de la prueba no queda restringido, invocando como referencia un artículo del *Am. J. Crim. L.*; sin embargo, véase el § 245, par. 2, del StPO [N. de la trad.: Ordenanza Procesal Penal] alemán, según el cual el juez que preside puede rechazar las mociones probatorias por diversas razones.

¹⁹ A manera de ejemplo, consúltese ROBINSON, *supra* nota 14, p. 575, quien, aparentemente, sólo conoce el sistema francés, al decir que «en el sistema inquisitivo hay un juez investigador». Excepciones como la de VOGLER confirman la regla. Vid. su excelente estudio sobre el procedimiento francés en HATCHARD, HUBER y VOGLER (eds.), *Comparative criminal Procedure*, 1996.

²⁰ Para más detalles vid. AMBOS, *The status, role and accountability of the Prosecutor of the ICC*, en *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.*, núm. 8, 2000, pp. 89-90.

²¹ Sin embargo, ésta es la impresión creada por AMANN, *supra* nota 15, pp. 810 y 825 ss., cuando habla de la «integración europea en la vanguardia de la convergencia».

²² Aparentemente en un mismo sentido ORIE, *supra* nota 14, pp. 1440 ss., con varias referencias.

²³ DAMASKA, *supra* nota 8, p. 5.

que contiene elementos estructurales o bloques de construcción de los sistemas «adversarial» e «inquisitivo»²⁴. No obstante, no debe pasarse por alto que únicamente las tendencias recientes han fortalecido los elementos del Derecho de tradición civil en el procedimiento penal internacional. Originalmente, las leyes de los Tribunales *ad hoc* fueron redactadas por juristas del *Common Law* y el Anteproyecto de Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional para una CPI²⁵ estipulaba un procedimiento adversarial²⁶. Pese a que una de las Cámaras del TPIY declaró en 1996 que el procedimiento anterior a este Tribunal desarrolló una «amalgama única de características del *Common Law* y del de tradición civil» y «no se apega estrictamente al procedimiento del Derecho de tradición civil o del *Common Law*...»²⁷, en aquella etapa la práctica de los Tribunales adoptó todavía una perspectiva en gran parte adversarial²⁸. En consecuencia, el 1999 Informe de Expertos compro-

²⁴ Para el TPIY y el TPIR, *vid.* DIXON, *Developing international rules of evidence for the Yugoslav and Rwanda tribunals*, en *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* núm. 7, 1997, pp. 81 y 83; VOHRAH, *Vol. I Commentary*, en McDONALD y SWAAK-GOLDMANN, *Substantive and procedural Aspects of international criminal Law*, 2000, pp. 479-545, p. 545; McDONALD, *en ibid.*, pp. 547-622, p. 558; OBOTE-ODORA, *Drafting of indictments for the ICTR*, CLF, núm. 12, 2001, pp. 335-358 (335); MAY y WIERDA, *supra* nota 5, p. 735; ORIE, *supra* nota 14, pp. 1463 ss. (1464, 1492); MARCHESIELLO, *Proceedings before the pre-trial Chamber*, *en ibid.*, pp. 1231-1246, p. 1233; TERRIER, *Powers of the Trial Chamber*, *en ibid.*, pp. 1259-1276, p. 1271; m., *Procedure before the trial Chamber*, *en ibid.*, pp. 1277-1318, p. 1296; WLADIMIROFF, *Challenges for defence lawyers taking cases for an international tribunal*, *Verteidigung vor den internationalen Strafgerichtshöfen*, ponencia presentada en el 53.º Deutscher Anwaltstag, del 9 al 11 de mayo de 2002, p. 2; SAFFERLING no es muy claro al respecto cuando analiza el papel de los diferentes actores en *supra* nota 7, pp. 218-219, 223. En cuanto a la CPI, *vid.* FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *The Elaboration of the Rules of Procedure and Evidence*, en LEE (ed.), *ICC. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, pp. 235-257, p. 251; FREMAN, *The Rules of procedure and evidence in the investigative stage*, en FISCHER, KREB y LÜDER, *supra* nota 14, pp. 191-217, pp. 214, 217; HARHOFF, *en ibid.*, pp. 645-660, p. 650; ORIE, *supra* nota 14, pp. 1475 ss. (1493-1494); ESER, *Auf dem Weg zu einem internationalen Strafgerichtshof...*, Festschrift Spinellis, Atenas, 2001, pp. 339-369, p. 365.

²⁵ Reporte de la ILC en su 46.ª sesión, Estatuto borrador para una CPI, 2 de mayo de 1994-22 de julio de 1994, GA, 49.ª sesión, *sup.* núm. 10, UN-Doc. A/49/10.

²⁶ Cfr. BITTI, *Two bones of contention between civil and common law: the record of the proceedings and the treatment of concursus delictorum*, en FISCHER, KREB y LÜDER, *supra* nota 14, pp. 273-288, p. 273; TOCHILOVSKY, *Legal systems and cultures in the ICC: the experience from the Icty*, en FISCHER, KREB y LÜDER, *supra* nota 14, pp. 627-644, pp. 628-629; GUARIGLIA, *Investigation and prosecution*, en LEE, *supra* nota 4, pp. 227-238, p. 234.

²⁷ "Prosecutor v. Tadic", Decision on Defence Motion on Hearsay, 5 de agosto de 1996 (IT-94-I-T), par. 14, reimpreso en KLIP y SLUITER (eds.), *Annotated leading Cases of international criminal Tribunals*, vol. 1, 1999, p. 193 (196). De igual forma, "Prosecutor v. Delalic et al.", Decision on the Motion on Presentation of Evidence by the accused Esad Landzo, 1 de mayo de 1997 (IT-96-21-T), par. 15: una «amalgama de elementos tanto del *Common Law* como del Derecho de tradición civil que la hace *sui generis*».

²⁸ *Vid.* "Prosecutor v. Tadic", Decision on Prosecution Motion for Production of Defence Witness Statements, 27 de noviembre de 1996 (IT-94-I-T), con opinión particular del juez Stephen «el procedimiento del Tribunal Internacional es, en cuanto a su carácter, esencialmente adversarial»; el juez Vohrah coincide con la misma. Cfr. asimismo CASSESE, *First annual report of the ICTY*, Yb 1994, p. 99; MAY y WIERDA, *supra* nota 5, p. 737: «en esencia son aplicables los principios adversariales y los del *Common Law*» (en lo referente a la presentación de pruebas).

bó que el sistema adversarial «se reflejaba extensamente en los Estatutos»²⁹. Sólo con las diversas enmiendas de las Normas del TPIY —la última revisión (la número 24) data del 24 de agosto de 2002— el procedimiento, en buena medida inspirado por el Informe mencionado³⁰, evolucionó hacia uno mixto, de modo que en la actualidad puede hablarse justificadamente de un modelo *sui generis*³¹. En cuanto a la CPI, el inicio de las deliberaciones del Comité Preparatorio de 1995 estuvo dominado por el *Common Law* a tal grado que el delegado francés Gilbert Bitti resolvió «advertir» a su gobierno «que era necesario reaccionar enérgicamente a fin de evitar un sistema puro de *Common Law*»³². Aun cuando no falta quien califique lo anterior como una (típica) exageración de los franceses, a quienes por cierto han acusado de retrasar las negociaciones³³, lo cierto es que el llamado «Anteproyecto Francés» presentado en 1996³⁴ fue decisivo para suscitar un verdadero debate entre el *Common Law* y el Derecho de tradición civil, que finalmente llevó a la convergencia de ambos sistemas en el Estatuto de la CPI y las Reglas³⁵. Miremos ahora más de cerca las leyes y la

véase también la p. 739; VOHRAH, *supra* nota 24, p. 526: «en gran medida de naturaleza adversarial»; BOAS, *Admissibility of evidence under the RPE of the ICTY: Development of the "flexibility principle"*, en MAY et al. (eds.), *Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk Mc Donald*, 2001, pp. 263-274, p. 266; GUARIGLIA, *The Rules of Procedure and Evidence for the ICC*, en CASSESE et al. (eds.), *supra* nota 14, pp. 1111-1133 (en la p. 1112 se refiere a la versión inicial de las NPP); ORIE, *supra* nota 14, pp. 1463-1464; TERRIER, *supra* nota 24, p. 1267; BOHLANDER, *Anspruch und Wirklichkeit...*, en HAEDRICH y EICHENHOFER (eds.), *Staatswissenschaften im Dialog - Schillerhausgespräche*, 2000/2001, Berlín, 2002, obra en la que el autor demuestra que las fuentes del *Common Law* se citan más del doble de veces en los precedentes que las fuentes del Derecho de tradición civil. Respecto de Nuremberg y Tokio, que fueron incluso más adversariales, *vid.* ORIE, *supra* nota 14, pp. 1456 ss., p. 1492.

²⁹ Report of the Expert Group to conduct a Review of the effective Operation and Functioning of the ICTY and the ICTR, 22 de noviembre de 1999, UN Doc. A/54/634, par. 67; *vid.* asimismo par. 82: «que refleja el sistema adversarial del *Common Law*».

³⁰ En el que se pedía que los jueces «intervinieran mucho más», *supra* nota 29, pars. 75-78, y la recomendación 9. En el «Report on the Operation of the ICTY», presentado por el juez Jorda en representación de todos los jueces el 12 de mayo de 2000, se declara que «el Tribunal demostró su determinación de hacer uso de todas las recomendaciones» (introducción, trasfondo).

³¹ De modo parecido se expresa ROBINSON, *supra* nota 14, pp. 569 y 588, y "Prosecutor v. Delalic et al.", *supra* nota 27.

³² BITTI, *supra* nota 26, p. 274. Sobre la historia del anteproyecto, *vid.* FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *supra* nota 4, pp. 217 ss.

³³ BITTI, *supra* nota 26, p. 274; FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *supra* nota 4, p. 221, que expresa que la existencia del Anteproyecto francés alternativo «hizo extremadamente difíciles las discusiones».

³⁴ UN Doc A/AC.249/L.3, 1996.

³⁵ Incluso FERNÁNDEZ DE GURMENDI, presidenta argentina del grupo de trabajo sobre Cuestiones Procesales y bastante crítica respecto del Anteproyecto francés (*supra* nota 33), admite que sólo hacia fines de 1997, es decir, más de un año después que se presentó el Anteproyecto, que los delegados «habían terminado por aceptar que los procedimientos futuros de la Corte no los reflejarían, ni podrían hacerlo, las opiniones nacionales particulares, sino que debían ser híbridos», *supra* nota 4, p. 220. *Vid.* también a KREB, en GRÜTZNER, PÖTZ y KREB, *Internationaler*

práctica del TPIY y de la CPI en lo concerniente a las etapas procesales del procedimiento internacional, vale decir, la investigación, la fase previa al juicio y el fase de juicio ³⁶.

II. LA FASE DE LA INVESTIGACIÓN

En ambos Tribunales la Oficina de la Acción Penal, supuestamente fuerte e independiente, inicia y dirige la investigación. El fiscal determina si hay un caso *prima facie* ³⁷ que requiera una investigación ulterior. Puede simplemente llevar a cabo medidas de investigación que no infrinjan los derechos individuales, como citar e interrogar a sospechosos, víctimas y testigos, así como «recabar» cualquier otra prueba art. 18.2 del TPIY, norma 39.i); art. 54.3 del Estatuto de la CPI). No obstante, requiere autorización judicial para aplicar medidas coercitivas, como arrestar a un sospechoso [Normas 54 y ss.; art. 57.3 del Estatuto de la CPI]. La primera diferencia importante entre el TPIY y la CPI tiene que ver con los límites y el tiempo de control y de supervisión del Fiscal. Mientras que el del TPIY decide de manera formalmente independiente si archiva un sumario o deja un caso y sólo se encuentra sujeto a una «revisión» subsecuente del sumario (arts. 18.4 y 19 del Estatuto del TPIY, Norma 47), en el caso de la CPI el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede suspender una investigación por un período (renovable) de doce meses (art. 16 del Estatuto de la CPI) y la Sala de Cuestiones Preliminares interviene cuando el fiscal decide si existe o no un «fundamento razonable» para iniciar el procedimiento, vale decir mucho antes que se redacte la acusación formal (arts. 15.3 y 53 del Estatuto de la CPI) ³⁸. Sin embargo, lo que puede concluirse de esta diferencia en lo referente a nuestro asunto es muy poco, si es que puede sacarse algo en limpio. La injerencia judicial, antes que acaso pueda redactarse una acusación formal, se opone tanto a los métodos

Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 2.ª edición de hojas insertables, vol. 4, entrega 56, 2002, III 26, mn. 95.

³⁶ Para esta misma (triple) distinción, consúltese SAFFERLING, *supra* nota 7, pp. 54, 172 y 207; *vid.* asimismo la estructura del Comentario editado por CASSESE *et al.*, *supra* nota 14, pp. 1111 ss., sección 6.

³⁷ Sobre este criterio *vid.* el excelente análisis comparativo de HUNT, *The meaning of a "prima facie case" for the purposes of confirmation*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* nota 28, pp. 137-149; asimismo VOHRAH, *supra* nota 24, pp. 491-492; TURONE, *Powers and duties of the prosecutor*, en CASSESE *et al.* (eds.), *supra* nota 14, p. 1173.

³⁸ Cfr. BERGSMO, Cissé y STAKER, en ARBOUR, ESER, AMBOS y SANDERS (eds.), *The Prosecutor of a Permanent ICC*, 2000, p. 121, p. 142; SAFFERLING, *supra* nota 7, pp. 81 y 177; TURONE, *supra* nota 37, p. 1160. Sobre la relación entre los arts. 15 y 53 del Estatuto de la CPI, *vid.* FRIMAN, *Investigation and prosecution*, en LEE, *supra* nota 24, pp. 494-496; *id.*, *supra* nota 24, pp. 193-194; TURONE, *op. cit.*, pp. 1147 ss. Extenso sobre la historia de la negociación de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, GURIGLIA, *supra* nota 26, pp. 233 ss.

procesales adversariales como a los inquisitivos, en virtud de que ambos modelos dejan que el fiscal adopte él solo esta medida ³⁹. Es evidentemente incorrecto considerar que el fiscal del TPIY y de la CPI, tan fuerte e independiente, es una expresión del sistema del *Common Law*, en vista de que la creación de una autoridad de persecución penal responsable de la investigación fue uno de los grandes logros de la reforma «acusatoria» ⁴⁰ al antiguo sistema inquisitivo. Alguien podría, sin embargo, sostener que, en conjunto, la idea del control o la supervisión judicial previa al proceso respecto del Fiscal, a título de una especie de procedimiento intermedio y de una Sala de Cuestiones Preliminares, es una mezcla de las influencias francesa y alemana y que, como tal, representa una «clara característica inquisitiva» de la fase de antejuicio ante la CPI ⁴¹. Efectivamente, durante las negociaciones los delegados del *Common Law* de los países «de pensamiento similar» (proclives a la CPI) consideraron que cualquier intervención judicial en el curso de la investigación, exceptuando la emisión de órdenes de arresto y otras actividades semejantes, podría comprometer la independencia del Fiscal ⁴²; pero muy pronto tuvieron que percatarse de que la opción propuesta por países hostiles a la idea de un fiscal independiente implicaba el control político por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, es decir, por cinco Estados, dos de los cuales son hostiles (EEUU y China) y otro que, en el mejor de los casos, es neutral (Rusia) a la idea de una Corte Penal Internacional ⁴³. Así, finalmente el grupo con intereses afines se sintió obligado a respaldar en conjunto la existencia de un fiscal independiente sujeto al control judicial, con lo que se dejó atrás la división entre el Derecho de tradición civil y el *Common Law*. En este contexto, es interesante observar que la decisión de Estados Unidos de notificar al secretario general de las Naciones Unidas que su país ya no se siente ligado a la firma de la administración Clinton (para «desfirmar» el tratado de la CPI) fue justificada, aduciendo, entre otras razones, que el Estatuto de Roma contempla «un sistema

³⁹ Desde una perspectiva comparada, confróntese ARBOUR *et al.*, *supra* nota 38; AMBOS, *supra* nota 20, pp. 89 ss.

⁴⁰ Para el significado correcto de este término, *vid.* *supra* nota 12 y ss (y el texto).

⁴¹ FRIMAN, *supra* nota 38, p. 537; asimismo *id.*, *supra* nota 24, p. 192; FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *supra* nota 4, p. 223, *Propuestas del Derecho de tradición civil*; GUARIGLIA, *supra* nota 26, p. 228; SADAT y CARDEN, *The new ICC: an uneasy revolution*, en *Georgetown Law Journal*, núm. 88, 2000, p. 381, p. 399; TURONE, p. 1157; KREB, *supra* nota 35, mn. 108.

⁴² Cfr. GUARIGLIA, *supra* nota 26, p. 228.

⁴³ La hostilidad del Consejo de Seguridad hacia la CPI quedó demostrada recientemente por la Resolución 1422, 2002, que, reinterpretando el art. 16 del Estatuto de la Corte, concede una inmunidad renovable a los «ex funcionarios o al personal de un (...) Estado no Parte del Estatuto de Roma respecto de actos u omisiones relacionados con una operación establecida o autorizada por Naciones Unidas (...) por un período de doce meses a partir del 1 de julio de 2002». He comentado lo anterior en el periódico alemán *Süddeutsche Zeitung* de 16 de julio de 2002, p. 13 (la versión en inglés puede encontrarse en www.germanlawjournal.com, publicada en octubre de 2002).

de persecución penal que es un poder carente de control»⁴⁴. Acabamos de ver que lo contrario es verdad, por lo que resulta deprimente advertir a qué grado está dispuesta la Administración estadounidense actual a oscurecer la verdad en sus intentos por desacreditar a la CPI.

Regresemos a las funciones del Fiscal. Su imparcialidad, la obligación de establecer la verdad y presentar pruebas no sólo acusatorias sino también exculpatorias, explícitamente reconocidas por una Cámara del TPIY⁴⁵ y en los arts. 54.1.a) y 67.2 del Estatuto de la CPI, pueden tenerse por un rasgo característico del procedimiento del Derecho de tradición civil⁴⁶. Aun cuando también en el sistema adversarial se exija al fiscal que se adhiera a los principios de verdad y objetividad⁴⁷, el sistema del Derecho de tradición civil es estructuralmente diferente por cuanto no opera en función de un caso de persecución y defensa y, por lo tanto, el fiscal se considera como un agente independiente más que como parte⁴⁸. Por otro lado, él tiene una amplia facultad discrecional en lo tocante a la decisión de iniciar una investigación que, en última instancia, depende de «los intereses de la justicia» [arts. 53.1.c) y 2.c) del Estatuto de la CPI]⁴⁹ e incluso puede entablar convenios con Estados, organizaciones intergubernamentales o personas privadas con vista a su cooperación [art. 54.3.d)]⁵⁰. Para los abogados de tradición civil, estas formulaciones muestran similitudes inquietantes con el acuerdo de la reducción de la pena entre acusado y Fiscal⁵¹, es decir, una característica clásica del *Common Law*.

⁴⁴ GROSSMAN, *Under Secretary for Political Affairs (Subsecretario de Asuntos Políticos), «American foreign policy and the International Criminal Court», Remarks to the Center for Strategic and International Studies*, Washington, DC, 6 de mayo de 2002: «El Estatuto de Roma crea un sistema de persecución penal con poderes sin control». Vid. también Statement of Secretary of Defense Donald H. Rumsfeld ante el Senate Appropriations Committee Defense Subcommittee de 21 de mayo de 2002: «falta de controles y equilibrios adecuados en los poderes del Fiscal de la CPI y [su] falta de los jueces...».

⁴⁵ «Prosecutor [Rutskic], Decision on Communication between the Parties and the Witnesses, 21 de septiembre de 1998 (IT-95-66-T)». El Fiscal del Tribunal no es parte — como lo es ordinariamente — del procedimiento adversarial; sino un órgano del Tribunal y un órgano de la jurisdicción. La investigación tiene una «objetiva» es además el deber de una convicción presentada al caso al final de su mandato. Los jueces y los jueces de la jurisdicción son los culpables con obligación de ayudar a la Cámara a descubrir la verdad de un modo judicial...».

⁴⁶ Para obtener una visión general véase ZAPPALÀ, *The rights of the accused in Cassese et al.*, supra nota, 141, 1859-1854; pp. 1552-1553; crítico desde una perspectiva práctica KAY y SIVATA, *The role of the defence in Cassese et al.* (eds.), op. cit. pp. 142-55.

⁴⁷ SAFFERING, supra nota 7, pp. 221-222.

⁴⁸ Vid. asimismo PRIMA, supra nota 38, p. 557; ID. supra nota 24, p. 195; TOCHILOVSKI, supra nota 26, p. 637; SAFFERING, supra nota 7, pp. 79 y 86.

⁴⁹ La referencia a los «intereses de la justicia» puede encontrarse asimismo en otras normas; por ejemplo, en las 71 y 5 (A) del TPIY. Cfr. TURONE, supra nota 37, pp. 1173 ss.; FOURMY, en CASSESE et al. (eds.), supra nota 14, pp. 1207-1230, pp. 1217-1218.

⁵⁰ Cfr. TURONE, supra nota 37, pp. 1169-1170.

⁵¹ PRIMA, supra nota 24, p. 201.

III. LA FASE DE ANTEJUICIO

Aun cuando ni el procedimiento del TPIY ni el de la CPI tienen en cuenta una separación formal entre la fase de investigación y la de antejuicio, es posible trazar una línea divisoria entre la presentación del *indictment* (acusación formal realizada por el Gran Jurado a iniciativa del fiscal) (TPIY) y los cargos formulados por la Fiscalía (CPI). En este momento termina la investigación y comienza la fase de antejuicio⁵². Aquí descubrimos nuevamente importantes diferencias entre ambos Tribunales. Mientras que la acusación formal realizada por el Gran Jurado a iniciativa del fiscal del TPIY está sólo sujeta al ya mencionado *procedimiento de revisión* por un solo juez (art. 19 del Estatuto del TPIY, Norma 47), los cargos de la CPI deben ser confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares en la denominada *audiencia de confirmación* (art. 61 del Estatuto de la CPI); en cambio, el *indictment* puede confirmarse sin el acusado y éste puede incluso ser sometido al famoso procedimiento *in absentia*⁵³ de la Norma 61 (art. 61.1, 21.ª cl. del Estatuto de la CPI), los «cargos» pueden confirmarse por regla general⁵⁴ si el acusado está presente (art. 61.1, 2.ª cl., Estatuto de la CPI)⁵⁵. Sea como fuere, la audiencia de confirmación ha recibido un apoyo general⁵⁶ y puede adecuarse en verdad tanto en el modelo «adversarial» como en el esquema «inquisitivo». En otros términos puede considerarse, como en general lo hacen los abogados que practi-

⁵² Según VOHRAH, supra nota 24, p. 485, esta fase sólo comienza con la confirmación del juez de la acusación formal realizada por el Gran Jurado a iniciativa del fiscal (y termina con la presentación de las pruebas en el proceso por el fiscal en el juicio). Esto significaría, sin embargo, que el tiempo entre la presentación de tal acusación formal y la confirmación judicial pertenecería a la fase de investigación, aunque normalmente la Fiscalía sólo estaría a la espera de la resolución judicial durante el lapso indicado. En todo caso, ésta es solamente una cuestión formal sin implicaciones materiales. Para la fase de antejuicio, vid. MARCHESIello, quien aborda el asunto desde una perspectiva comparada, supra nota 24, pp. 1231 ss., y traza una línea divisoria con la primera aparición del acusado, p. 1239.

⁵³ Si bien «es difícil concluir que el procedimiento de la norma 61 equivale a un proceso *in absentia*...», Reporte del Grupo de Expertos, supra nota 29, par. 57; asimismo VOHRAH, supra nota 24, p. 504; McDONALD, supra nota 24, p. 556; TERRIER, supra nota 24, p. 1283, es de todas maneras un *procedimiento in absentia*, de igual modo ORIE, supra nota 14, at 1467. En todo caso, también el Grupo de Expertos reconoce que «se podría abandonar sin ninguna disminución significativa en la efectividad del tribunal...» (ibid., par. 60). Vid. sobre ese procedimiento también SAFFERING, supra nota 7, at 243; VOHRAH, supra nota 24, pp. 503 ss.; McDONALD, supra nota 24, pp. 555 ss..

⁵⁴ Vid. en el art. 61.2 las excepciones en lo referente a una audiencia *in absentia*.

⁵⁵ Cfr. HARHOFF, supra nota 24, pp. 648-649; MARCHESIello, supra nota 24, pp. 123 ss.; TERRIER, supra nota 24, p. 1283. En cuanto a la presencia durante el proceso, vid. el art. 63.

⁵⁶ Vid. FERNÁNDEZ DE GURMENDI, supra nota 24, p. 251; BRADY, *Disclosure of evidence*, en LEE, supra nota 24, pp. 403-426, p. 423, rechaza la opinión de que la audiencia de confirmación (art. 61) se parece al *juge d'instruction* «en un sistema inquisitivo»; asimismo ID., *Setting the record straight: A short note on disclosure and "the record of the proceedings"*, en FISCHER, KREB y LÜDER, supra nota 14, pp. 261-272, p. 265.

can el *Common Law*, como una especie de filtro que garantiza que sólo los casos verdaderamente importantes irán a juicio⁵⁷ o, como lo creen los abogados formados en el Derecho de tradición civil, especialmente los franceses (que lo "inventaron")⁵⁸, como un proceso previo bastante largo cuyo objeto es «confirmar» o verificar los cargos y evitar disputas demoras sobre la revelación de pruebas en la etapa del proceso⁵⁹. En este sentido compárese con el procedimiento francés en el caso de los «crímenes» ante la *Chambre d'accusation* o, como se propuso en la reciente reforma del Code de Procédure Pénale, en la *Chambre de l'instruction criminelle* (arts. 191-230 CPP)⁶⁰. Cualquiera que fuese el caso, semejante procedimiento de «filtro» fue propuesto en diciembre de 1998 en los Tribunales *ad hoc* con las Pre-Trial and Pre-Defence Conferences [Reuniones Preprocesales y previas a la Defensa] (Normas 73 bis y 73.^a del TPIY), aunque ya se había tomado en consideración en las Status Conferences (Reuniones en torno a la Naturaleza Jurídica) (Norma 65 bis del TPIY)⁶¹. La propuesta de un Juez de antejuicio (Norma 65.^a del TPIY) fortalece la intervención judicial en la etapa anterior al proceso según el modelo del Derecho de tradición civil, pese a que este juez tiene funciones sólo de coordinación y no de investigación⁶².

Otra zona de conflicto entre el *Common Law* y el Derecho de tradición civil tiene que ver con la *presentación de los cargos* por parte del Fiscal. Si bien existen precedentes abundantes de los Tribunales *ad hoc* sobre la forma del *indictment* (art. 18.4) del Estatuto del TPIY, Norma 47) que requiere una formulación precisa de los hechos imputados al acusado y de su calificación jurídica⁶³, no queda muy claro si las

⁵⁷ Cfr. FRIMAN, *supra* nota 38, p. 537; MARCHESIELLO, *supra* nota 24, p. 1238; *vid. asimismo* la descripción bastante adversarial de LEWIS, *The Rules of Procedure and Evidence of the ICC: Confirmation hearing to trial*, en FISCHER, KREB y LÜDER, *supra* nota 14, pp. 219-234, pp. 223-225.

⁵⁸ Anteproyecto francés, *supra* nota 34, art. 48. *Vid.* también el Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, vol. 2 (compilación de propuestas), GA, 51^a session, supp. 22A, UN-Doc A/51/22, pp. 119-125.

⁵⁹ *Vid.* BITTI, *supra* nota 26, p. 276; FOURMY, *supra* nota 49, p. 1225 («organismo preparatorio»); *crit.* BRADY, *supra* nota 56 (ajuste), p. 264.

⁶⁰ Loi n. 2000-516 del 15 junio.

⁶¹ Cfr. VOHRAH, *supra* nota 24, pp. 541 ss.; FOURMY, *supra* nota 49, p. 1229.

⁶² Cfr. ORIE, *supra* nota 14, p. 1465.

⁶³ *Vid.* "Prosecutor v. Kunarac & Kovac", Decision on the Form of the Indictment, 4 November 1999 (IT-96-23-PT), par. 6: la acusación debe dejar en claro la naturaleza de la supuesta responsabilidad, es decir, la disposición en que se hallaba el acusado cuando cometió los delitos y los hechos materiales para establecer la responsabilidad; asimismo, debe especificar el lugar y el tiempo de los delitos y de otras personas que hayan tomado parte en el mismo. "Prosecutor v. Krnojelac", Decision on Preliminary Motion on Form of Attended Indictment, 11 de febrero de 2000 (IT-97-25-PT), par. 60: alegato general con respecto a la responsabilidad como superior, responsabilidad personal o por cooperación e instigación «probablemente causará ambigüedad...»: es preferible «indicar precisa y expresamente, respecto de cada imputación individual, la naturaleza específica de la responsabilidad». En particular, cuando hay diferencias

acusaciones de la persecución penal tienen un efecto obligatorio en las etapas subsiguientes. En términos generales, hay claridad en cuanto a que, después de la confirmación de los cargos, una enmienda requiere autorización judicial; por otra parte, si se concede tal autorización, la enmienda real es tarea del Fiscal⁶⁴. En "Kupreskic" una de las Salas permitió reformar la acusación formal realizada por el Gran Jurado a iniciativa del fiscal únicamente cuando los delitos fueran menos graves o se denegasen. En lo tocante a los delitos más graves o de índole diferente, la Sala tiene la obligación de convocar al fiscal para modificar la acusación formal mencionada⁶⁵. Por su parte, la CPI, en su calidad de tribunal, debe basar su juicio, en atención al art. 74.2, cláusula 2, del Estatuto, «en los hechos y circunstancias descritos en los cargos y cualesquier enmiendas a estos últimos...»; sin embargo, no queda claro si tales cargos siguen siendo los originales, tal como los redactó el Fiscal, o si la Sala de Cuestiones Preliminares tiene el derecho de enmendarlos *motu proprio* en la audiencia de confirmación. El *Common Law* preferiría el planteamiento anterior, puesto que en su tradición el tribunal está sujeto a la calificación jurídica de los cargos formulados por el Fiscal. El último enfoque se asemeja más al Derecho de tradición civil, en vista de que el Tribunal puede reformar, de propio derecho, los car-

en lo concerniente a la responsabilidad, «no debe dejarse al acusado concluir a partir de la ausencia de hechos» que no se persigue determinada responsabilidad. En "Prosecutor v. Dosen y Kolundzija", Decision on Preliminary Motions, 10 de febrero de 2000 (IT-95-8-PT), pars. 8-15, se hacen afirmaciones semejantes a las anteriores. "Prosecutor v. Krnojelac", Decision on Form of Second Amended Indictment, 11 de mayo de 2000 (IT-97-25-PT), par. 16: En cuanto a la responsabilidad basada en la finalidad común como parte de una actividad criminal conjunta, la acusación formal debe indicar «la naturaleza o finalidad de la actividad criminal conjunta» (su «esencia»), el tiempo durante el cual existió tal actividad, la identidad de los que tomaron parte en ella, al menos en referencia a su categoría como grupo, así como la naturaleza de la participación del acusado en la misma. Para consultar otros requisitos relacionados con el caso de la Fiscalía, especialmente en lo concerniente al elemento mental, *vid.* "Prosecutor v. Brdjanin y Talic", Decision on Form of Further Attended Indictment and Prosecution Application to amend, 26 de junio de 2001 (IT-99-36-PT), pars. 41-43, 46 y ss.; *vid.* también "Prosecutor v. Kupreskic et al.", Judgement, 23 de octubre de 2001 (IT-95-16-A), pars. 79 y ss. y 306 y ss., entre los que se incluyen los precedentes mencionados y las críticas a las acusaciones contra Z y M. Kupreskic y Josipovic, en virtud de que no son suficientemente precisas (par. 88: «los suficientes detalles para informar claramente al acusado acerca de los cargos (...); «alegar con suficiente detalle contra el aspecto esencial del caso de la Fiscalía»). Con lo anterior se relaciona el problema de la *formulación de cargos acumulativa*. Según la Cámara de Apelaciones, «debe admitirse a la luz del hecho de que, antes de la presentación de las pruebas, no es posible determinar con certeza qué cargos... se probarán», "Prosecutor v. Delalic et al.", Judgement 20 de febrero de 2001 (IT-96-21-A), par. 400; *conc.* "Prosecutor v. Kunarac et al.", Judgement 12 de junio de 2002 (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), par. 167); "Prosecutor v. Krstic", Judgement 2 de agosto de 2001 (IT-98-33-T), par. 559. Cfr. asimismo "Prosecutor v. Kunarac & Kovac", Decision on the Form of the Indictment, 4 de noviembre de 1999 (IT-96-23-PT): se permite que se acumulen diferentes delitos para los mismos hechos; la acumulación de cargos sólo es relevante para la sentencia. Cfr. igualmente VOHRAH, *supra* nota 24, pp. 490 y 537 ss.

⁶⁴ *Vid.* para el TPIY VOHRAH, *supra* nota 24, p. 493.

⁶⁵ "Prosecutor v. Kupreskic et al.", Judgement, 14 de enero de 2000 (IT-95-16-T), pars. 728 y ss. (744 y ss.).