

# El Crimen de Lesa Humanidad

## Fundamentación en el Derecho Internacional Consuetudinario.

### 1. La categoría “Crimen contra la Humanidad”

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, (Caso No. IT-94-1-T, Opinion and Judgment of 7 May 1997), registra los orígenes y desarrollo de esta categoría penal dentro del derecho internacional, así:

- *“La noción de crímenes contra la humanidad en cuanto concepto jurídico independiente, y la imputación de responsabilidad penal individual por su comisión, fue reconocida por primera vez en el Artículo 6,c de la Carta de Nürnberg (Anexa al Acuerdo para el Enjuiciamiento y Castigo de los Principales Criminales de Guerra del Eje Europeo [Acuerdo de Londres] {“Carta de Nürnberg”}), la cual otorgó al Tribunal Militar Internacional para los Principales Criminales de Guerra (“Tribunal de Nürnberg”) jurisdicción sobre este crimen. El término “crímenes contra la humanidad”, aunque no estaba codificado con anterioridad, había sido usado en un sentido no técnico desde 1915 y en declaraciones subsiguientes que se referían a la Primera Guerra Mundial y fue insinuado en el preámbulo a la Convención de La Haya de 1907 en la llamada “Cláusula Martens”. Así, cuando los crímenes contra la humanidad fueron incluidos en la Carta de Nürnberg, aunque ésta fue la primera vez que se usó técnicamente el término, no fue considerado como un concepto nuevo. No obstante, fue creada una nueva categoría de crimen.*
- *La decisión de incluir crímenes contra la humanidad en la Carta de Nürnberg y así otorgar al Tribunal de Nürnberg jurisdicción sobre este crimen fue producto de la decisión de los Aliados de no limitar sus poderes sancionatorios a quienes cometieron crímenes de guerra en el sentido tradicional sino incluir a quienes cometieron otros crímenes graves que se substraen al ámbito de los crímenes de guerra tradicionales, tales como los crímenes donde la víctima es apátrida, o tiene la misma nacionalidad que la del perpetrador, o la de un Estado aliado con el del perpetrador. El origen de esta decisión puede encontrarse en afirmaciones hechas por gobiernos particulares, por la Asamblea Internacional de Londres y por la Comisión de las Naciones Unidas sobre Crímenes de Guerra.*
- *A diferencia del crimen de agresión y del crimen de guerra, el Juicio de los Principales Criminales de Guerra por el Tribunal Militar Internacional (“Juicio de Nürnberg”) no*

profundizó en la legalidad de la inclusión de crímenes contra la humanidad en la Carta de Núrnberg y en la preexistencia de esa prohibición, anotando solamente que “desde el comienzo de la Guerra en 1939 fueron cometidos Crímenes de Guerra a gran escala, que eran también Crímenes contra la Humanidad”. Así, pues, la inclusión de crímenes contra la humanidad en la Carta de Núrnberg fue justificada por su relación con los crímenes de guerra, en cuya definición tradicional había un vacío, para llenar el cual fue diseñada dicha inclusión de los crímenes contra la humanidad, cuya naturaleza consuetudinaria está descrita. La Sentencia de Núrnberg anotó, por añadidura, en relación al derecho aplicable, que la Carta de Núrnberg fue decisiva e imperativa para el Tribunal de Núrnberg, y que ella “es la expresión del derecho internacional existente en el momento de su creación, y en esa medida es en sí misma un aporte al derecho internacional”. Con fundamento en la Carta de Núrnberg, la prohibición de crímenes contra la humanidad y la atribución de responsabilidad penal individual por su comisión, fue también incluida en la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, del 19 de enero de 1946 (“Carta de Tokio”), y en la Ley No. 10 del Consejo de Control de Alemania (“Ley No. 10 del Consejo de Control”), las cuales fueron utilizadas en enjuiciamientos posteriores de atrocidades perpetradas durante la Segunda Guerra Mundial.

- La prohibición de crímenes contra la humanidad fue afirmada posteriormente por la Asamblea General en su resolución titulada *Afirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por la Carta del Tribunal de Núrnberg*, y luego confirmada en los *Principios de Derecho Internacional Reconocidos en la Carta del Tribunal de Núrnberg* y en la Sentencia de dicho Tribunal (“Principios de Núrnberg”), adoptada por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 y sometida a la Asamblea General, cuyo Principio VI.c sostiene que un crimen contra la humanidad es punible como crimen de derecho internacional. La atribución de responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes contra la humanidad, tal como fue aplicada por el Tribunal de Núrnberg, fue también aprobada en el Principio I de los Principios de Núrnberg, que sostiene que “[una] persona que comete un acto que constituye un crimen de derecho internacional es responsable, por tanto, y sujeto de castigo”.
- (o.c. No. 618, 619, 620 y 621)

## **2. El crimen contra la humanidad en los Principios de Núrnberg y en las versiones del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad:**

La Resolución 95(I) de la Asamblea General de la ONU, del 11 de diciembre de 1946, adoptó los principios de derecho internacional reconocidos por la Carta de Núrnberg y por la sentencia de dicho tribunal y se dirigió al Comité de Codificación del Derecho Internacional, creado por resolución de la misma

Asamblea General ese mismo día, para que tratara *“como asunto de primera importancia los planes de formulación, en el contexto de una codificación de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de un Código Penal Internacional, de los principios reconocidos en la Carta del Tribunal de Nürnberg y en la sentencia del mismo tribunal”*.

Los Principios de Nürnberg fueron formulados por dicho Comité y publicados en el documento A/CN.4/22, del 18 de abril de 1950, pg. 195. Allí los Crímenes contra la Humanidad son definidos así:

- *“Crímenes contra la humanidad, a saber, el asesinato, el exterminio, el sometimiento a esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos realizados contra poblaciones civiles, o persecuciones por causas políticas, raciales o religiosas, cuando tales actos son realizados o tales persecuciones adelantadas para ejecutar, o en conexión con, algún crimen contra la paz o algún crimen de guerra”*

La Asamblea General de la ONU, en su resolución 174(II), del 21 de noviembre de 1947, creó la Comisión de Derecho Internacional, y por la resolución 177(II) del mismo día le encargó : *“ a) que formule los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencia del Tribunal de Nürnberg, y b) que prepare un proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, en el cual se indique claramente la función que corresponde a los principios mencionados en el precedente inciso a”* La Comisión entregó su primera propuesta de Proyecto de Código en 1954 (Documento A/CN.4/85, del 30 de abril de 1954). Debido a las dificultades que causó la definición de la “agresión”, la Comisión de Derecho Internacional entró en un receso sobre este asunto desde 1954 hasta 1982, cuando reanudó sus trabajos en torno a la preparación de un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Es claro que en el debate tenido en el seno de la Comisión en 1954, se eliminó la dependencia entre el Crimen contra la Humanidad y la comisión de un Crimen de Guerra o de un Crimen contra la Paz. En su informe sobre la labor realizada en su 37 período de sesiones (1985) la Comisión presentó el texto íntegro del Proyecto de Código, como quedó aprobado en 1954. Allí se define el Crimen contra la Humanidad así:

- *“Los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones, contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia”*

En su cuarto informe sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, presentado por el Relator Especial Sr. Doudou Thiam (Doc.A/CN.4/398\*, del 11 de marzo de 1986), el Relator registra ya la autonomía del crimen contra la humanidad. Allí afirma: “(la) autonomía relativa se ha transformado en autonomía absoluta. Actualmente, el crimen contra la humanidad puede perpetuarse tanto en el marco de un conflicto armado como fuera de él” (o.c. No. 11).

Así lo confirma el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en su sentencia del 7 de mayo de 1997 sobre el caso Dusko Tadic (IT-94-I-T), al resolver dudas sobre la interpretación del artículo 5 del Estatuto de dicho tribunal, afirmando: “... a pesar de este precedente, la inclusión de la exigencia de un conflicto armado se separa del desarrollo de la doctrina luego de la Carta de Nürnbreg, comenzando con la Ley No. 10 del Consejo de Control, la cual ya no vincula el concepto de crímenes contra la humanidad con un conflicto armado. Como lo estableció el Secretario General, ‘Los crímenes contra la humanidad están dirigidos a cualquier población civil y están prohibidos sin tener en consideración si son cometidos o no en un conflicto armado, sea de carácter internacional o nacional’ (No. 627).

El texto definitivo del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en 1996, y propuesto ya a la Asamblea General para su adopción, define así el Crimen contra la Humanidad:

- “Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo cualquiera de los actos siguientes: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Tortura; d) Sujeción a esclavitud; e) Persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos; f) Discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que suponga la violación de los derechos y libertades fundamentales y entrañe graves desventajas para una parte de la población; g) Deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario; h) Encarcelamiento arbitrario; i) Desaparición forzada de personas; j) Violación, prostitución forzada y otras formas de abuso sexual; k) Otros actos inhumanos que menoscaben gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves.” (Artículo 18)

La tipificación del Crimen contra la Humanidad, tal como fue definida en los Principios de Nürnbreg y luego interpretada y perfeccionada por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, postula algunas precisiones, tanto sobre el sujeto pasivo y el sujeto activo, como sobre elementos que atañen conjuntamente al sujeto pasivo y al sujeto activo

### **a) El sujeto pasivo del Crimen contra la Humanidad:**

En los principios de Núrnberg se define el sujeto pasivo del Crimen contra la Humanidad como “*cualquier población civil*”, y en la más reciente formulación de la Comisión de Derecho Internacional (Proyecto de Código de 1996) se ponen dos requisitos alternativos que afectan la definición del sujeto pasivo: el que los crímenes sean perpetrados “*en forma sistemática*” o “*en gran escala*”, requisitos que en el juicio de Núrnberg estaban implícitos en su contexto.

La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, lleva a interpretar el elemento “*población*” como sigue:

- “*Se ha buscado que el elemento “población” implique crímenes de naturaleza colectiva y así se excluyen actos singulares o aislados que, aunque posiblemente constituyen crímenes de guerra o crímenes contra la legislación penal nacional, no llegan al nivel de crímenes contra la humanidad. Como fue explicado por esta Sala en su Decisión sobre la Forma de la Acusación, la inclusión en el Artículo 5 del requisito de que los actos “estén dirigidos contra alguna ‘población civil’ asegura que lo que debe ser impugnado no será un acto particular, sino más bien una conducta corriente”. El objetivo de este requisito fue claramente articulado por la Comisión de las Naciones Unidas sobre Crímenes de Guerra, cuando escribió que “Los delitos aislados no caen bajo la noción de crímenes contra la humanidad. Tanto como una regla de acción masiva sistemática, particularmente si viniere de autoridad, sería necesaria para transformar un delito común, solo punible bajo el derecho local, en un crimen contra la humanidad, el cual entonces llegaría a interesar también al derecho internacional. Solo los crímenes que, ya sea por su magnitud y salvajismo o por su gran número o por el hecho de que un parámetro similar fuera aplicado en diferentes momentos y lugares, y pusiere en peligro a la comunidad internacional o impactara la conciencia de la humanidad, justificaría la intervención de Estados diferentes de aquel en cuyo territorio han sido cometidos los crímenes o cuyos súbditos se han convertido en víctimas” Así, pues, el énfasis no está en la víctima individual sino más bien en la colectiva, siendo el individuo victimizado no por sus atributos individuales sino más bien a causa de ser miembro de una población civil en la mira. Se ha interpretado esto en el sentido de que los actos, como se explicó antes, deben realizarse sobre bases de gran escala o sistemáticos, que deben consistir en algún tipo de política gubernamental, organizacional o de grupo, para cometer estos actos, y que el victimario debe conocer el contexto dentro del cual sus acciones son realizadas, así como el requisito exigido por el Secretario General y los miembros del Consejo de Seguridad, de que las acciones deben ser consideradas según sus razones discriminatorias” (Caso No IT-94-I-T, Opinion and Judgment, 7 May 1997, No. 644).*

En este mismo documento se despejan las dudas sobre el elemento “civil”, dado que se ha debatido si entre la “población civil” que es víctima del crimen contra la humanidad pueden encontrarse personas que hayan participado o participen en acciones de resistencia armada. En la misma sentencia antes citada, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se pregunta si es requisito para definir a la población civil que puede ser víctima de crímenes contra la humanidad, el que sea “no combatiente”. El Tribunal precisa que en el crimen contra la humanidad no se aplican los mismos requisitos que para el crimen de guerra, rigiéndose éste último por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 previstos para los conflictos armados de carácter no internacional, donde se considera “población civil” a los que no son ni prisioneros de guerra ni fuerzas armadas. Pero a juicio del Tribunal, luego de analizar varias jurisprudencias que no son unánimes, la posición de la Corte de Apelación de Lión en el caso Barbie le parece concluyente, cuando afirmó que *“ni la fuerza impulsiva que motivó a las víctimas, ni su posible pertenencia a la Resistencia, excluye la posibilidad de que el acusado actuó con el elemento de intención necesario para la comisión de crímenes contra la humanidad”*. Por eso el Tribunal acota que: *“según la Corte de Casación, no era solo la población en general la que se pensaba que se caracterizaba como civil a pesar de la presencia de los miembros de la Resistencia entre ella, sino que los mismos miembros de la Resistencia podían ser considerados víctimas de crímenes contra la humanidad si se cumplían los demás requisitos”* (ibid. No. 641). Así, pues, el Tribunal concluye:

- *“... la presencia de aquellos que están involucrados activamente en el conflicto no debe impedir la caracterización de una población como civil y aquellos activamente involucrados en un movimiento de resistencia pueden ser calificados como víctimas de crímenes contra la humanidad.”* (ibid. No. 643)

El comentario oficial de la Comisión de Derecho Internacional al Artículo 18 del Proyecto de Código, tal como fue aprobado en su versión final por dicha Comisión, explica así las dos condiciones alternativas que influyen en la definición del sujeto pasivo del crimen contra la humanidad:

- *“[1] El artículo 18 reconoce algunos actos inhumanos como constitutivos de crímenes contra la humanidad.*
- *[2] La definición de crímenes contra la humanidad del artículo 18 se basa en el Estatuto del Tribunal de Nürnberg, interpretado y aplicado por este Tribunal, y tiene en cuenta la evolución ulterior del derecho internacional.*
- *[3] La cláusula inicial de la definición establece las dos condiciones generales que deben darse para que alguno de los actos prohibidos constituya un crimen contra la humanidad comprendido en el presente código. La primera es la comisión sistemática o en gran escala. Esa primera condición se compone de dos requisitos alternativos. El primero exige que los*

actos inhumanos se cometan de forma sistemática, es decir, con arreglo a un plan o política preconcebidos. La ejecución de ese plan o política podría llevar a la comisión repetida o continua de actos inhumanos. Lo importante de este requisito es que excluye el acto cometido al azar y no como parte de un plan o una política más amplios. El Estatuto de Nürnberg no incluía este requisito. No obstante, el Tribunal, al examinar si estos actos constituían crímenes de lesa humanidad, subrayó que los actos inhumanos se cometieron como parte de una política de terror y fueron “en muchos casos ... organizados y sistemáticos” (Nürnberg Judgment, pg.84).

- [4] El segundo requisito alternativo exige la comisión en gran escala, lo que quiere decir que los actos se dirijan contra una multiplicidad de víctimas. Este requisito excluye el acto inhumano aislado cometido por un autor por su propia iniciativa y dirigido contra una sola víctima. El Estatuto de Nürnberg tampoco incluía este requisito. No obstante, el Tribunal, al examinar los actos inhumanos como posibles **crímenes de lesa humanidad** subrayó también que la política de terror “se realizó sin duda a enorme escala” (Nürnberg Judgment, pg. 84). En el texto aprobado en primera lectura se utilizó la expresión “de manera ... masiva” para indicar el requisito de una multiplicidad de víctimas. Esta expresión se substituyó por la de “en gran escala” en el texto actual, que es suficientemente amplia para comprender distintas situaciones que supongan una multiplicidad de víctimas, por ejemplo, como consecuencia del efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o del efecto aislado de un solo acto inhumano de extraordinaria magnitud. La primera condición se formula mediante dos requisitos alternativos. En consecuencia, un acto podría constituir un crimen contra la humanidad si se diera cualquiera de esos dos requisitos” (Doc. Suplemento No. 10 (A/51/10), 1996, pg. 101 y 102)

### **b) El sujeto activo del crimen contra la humanidad:**

Los Principios I a IV y VII de Nürnberg se refieren al sujeto activo de los crímenes de derecho internacional, así:

- Principio I: “Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción”
- Principio II “ El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido”
- Principio III: “ El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado no lo exime de responsabilidad conforme al derecho internacional” .

- Principio IV: *“El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción”*
- Principio VII: *“La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados en el principio VI, constituye asimismo delito de derecho internacional”*.

Aunque estos principios son suficientemente nítidos en la definición del sujeto activo del crimen de derecho internacional, una de cuyas modalidades es el crimen contra la humanidad, sin embargo la Comisión de Derecho Internacional en sus progresivas versiones del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, decidió explicitar más algunos aspectos. El Artículo 2 del Proyecto final de 1996 abunda más en la descripción y modalidades de la responsabilidad individual, así:

- *“Artículo 2 - Responsabilidad individual - [1] Un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad comportará responsabilidad individual. [2] El que cometa el crimen de agresión será responsable personalmente de conformidad con el artículo 16. [3] Será responsable de un crimen de los previstos en los artículos 17(Genocidio),18(Crímenes contra la Humanidad),19(Crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado) ó 20(Crímenes de Guerra) el que: (a) Haya cometido intencionalmente tal crimen; (b) Haya ordenado la comisión de tal crimen y éste llegue a perpetrarse o se intente perpetrarlo; © No haya impedido o reprimido la comisión de tal crimen en las circunstancias previstas en el artículo 6; (d) Haya proporcionado deliberadamente ayuda, asistencia u otra clase de apoyo, de manera directa y sustancial, para la comisión de tal crimen, incluso facilitando los medios para ello; (e) Haya participado directamente en el plan o confabulación para cometer tal crimen y éste llegue a perpetrarse; (f) Haya incitado directa o públicamente a otro a cometer tal crimen y éste llegue a perpetrarse; (g) Haya intentado cometer tal crimen dando principio a su ejecución, sin que llegue a consumarse por circunstancias ajenas a su voluntad.”* (Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48\* período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1966, Doc. Suplemento No. 10 (A/51/10) pg. 20)

Dado que el literal c se refiere al Artículo 6, que complementa la definición de la responsabilidad cuando la comisión del crimen asume la modalidad de comisión por omisión, es necesario citar el texto de dicho Artículo 6:

- *“Artículo 6: El hecho de que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad criminal, si sabían o tenían motivos para saber, dadas las circunstancias del caso, que ese*

*subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y no tomaron todas las medidas necesarias a su alcance para impedir o reprimir ese crimen” (ibid. Pg. 37)*

Tratándose aquí de la responsabilidad de autoridades del Estado, es importante también citar el Artículo 4 que impide pensar en una especie de transferencia de las responsabilidades de los Estados a los individuos:

- “ *Artículo 4: El hecho de que el presente Código prevea la responsabilidad de las personas por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional” (ibid. Pg. 32)*

El comentario de la Comisión de Derecho Internacional acota a este respecto: “*Como subrayó ya la Comisión en el comentario al artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, el castigo de los individuos que son órganos del Estado “no pone fin ciertamente a la persecución de la responsabilidad internacional que incumbe al Estado por los hechos internacionalmente ilícitos que, por el comportamiento de sus órganos, se les atribuyan en tales casos”. El Estado puede, pues, seguir siendo responsable sin que pueda eximirse de su responsabilidad invocando el procesamiento o el castigo de los individuos autores del crimen”*. (ibid. Pg. 33)

Un aspecto de aguda controversia que atañe a la caracterización del sujeto activo del crimen contra la humanidad, es su pertenencia o no a la estructura del Estado.

Ya en el Memorandum que, a petición del Secretariado de la ONU, preparó el Profesor Vespasiano V. Pella, Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, en 1950, con el fin de ayudar a esclarecer los debates de la Comisión de Derecho Internacional, (Doc. A/CN.4/39), conceptuaba que “*Otro aspecto que reviste habitualmente el crimen contra la humanidad consiste en el hecho de que es cometido por “personas que actúan en calidad de órganos del Estado”. En tales circunstancias, este crimen no aparece ya como la violación de una ley penal nacional - como lo hemos anotado respecto a otros crímenes internacionales - sino como un acto cometido en el ejercicio de la soberanía del Estado”* (o.c. No. 138).

Luego de que el Proyecto de Código de 1954 introdujera una cierta ampliación del sujeto activo mediante las palabras “*por autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia*”, se desató una polémica interna. El tercer informe sobre el Proyecto de Código, presentado por su Relator Especial (Anuario Comisión de Derecho Internacional, 1985, Vol. II - Doc. A/CN.4/387), plantea así el problema:

- “ ... el proyecto de código previsto se limita a la responsabilidad criminal de los individuos. Pero cabe preguntarse de qué individuos se trata. (...) Es esta una cuestión que merece plantearse, pues en el proyecto de código de 1954 se habla de “particulares” en el párrafo 10 del artículo 2 y en el párrafo 11 del mismo artículo se hace mención de “particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia”. No parece suscitar ninguna duda que cuando se trata de delitos contra la independencia, la salvaguardia o la integridad territorial de un Estado, la respuesta ha de ser negativa. En efecto, estos delitos implican el uso de medios de una magnitud tal que sólo las entidades estatales podrían aplicarlos (...) En cuanto a la categoría de delitos previstos en los párrafos 10 y 11 del artículo 2 del proyecto de código de 1954, estos párrafos se refieren a crímenes contra la humanidad, es decir, el genocidio y los actos inhumanos. En esta hipótesis, la participación de particulares, teóricamente inimaginable, parece imposible de hecho. El genocidio implica una empresa sistemática, y a gran escala, de destrucción de un grupo étnico, nacional o religioso. En el mundo contemporáneo, los particulares difícilmente podrán realizar por sí mismos una tal empresa. Lo mismo cabría decir del resto de los crímenes contra la humanidad, que exigen una movilización de medios de destrucción que solo el ejercicio del poder puede facilitar a sus autores. (...) La criminalidad de los grupos resulta compleja cuando se trata de determinar quiénes son los autores. Pero de todos modos el carácter masivo que a menudo acompaña a los crímenes contra la humanidad deja poco margen para que lo puedan cometer los particulares en calidad de autores principales de este género de delitos. En la materia que se estudia no habría que perder de vista que el objetivo perseguido es también, sobre todo, obstaculizar los excesos y el irraciocinio a que expone el ejercicio del poder, y que se trata de prevenir los delitos y las exacciones de quienes poseen los medios formidables de destrucción y de aniquilamiento que amenazan actualmente a la humanidad. Incluso si el sujeto de derecho, en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, es el individuo, tampoco hay que perder de vista que el individuo de que se trata es principalmente la autoridad del Estado”.(o.c. pg.68)

Esta visión, sin embargo, ha ido cambiando en la jurisprudencia. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia lo constata así en su sentencia del 7 de mayo de 1997 (Caso IT-94I-T):

- “Otro asunto se refiere a la naturaleza de la entidad que está detrás de la política. La concepción tradicional, de hecho, era que, no solo esa política debe existir sino que la política debe ser del Estado, como en el caso de la Alemania Nazi. La opinión predominante era, como lo ha explicado un comentarista, que los crímenes contra la humanidad, en cuanto crímenes de naturaleza colectiva, exigen una política de Estado “puesto que su comisión requiere el uso de las instituciones, de personal y de recursos del Estado para realizar, o para estorbar que se impida la comisión de los crímenes específicos descritos en el artículo 6.c (de la Carta de Núrnberg)”. Si este pudo haber sido el caso durante la Segunda Guerra Mundial, y así la jurisprudencia seguida por las cortes en la

*adjudicación de cargos de crímenes contra la humanidad fundados en acontecimientos denunciados como ocurridos en ese período, este no es ya el caso. En cuanto primer tribunal internacional que se ocupa de acusaciones de crímenes contra la humanidad que se denuncian como ocurridos después de la Segunda Guerra Mundial, este Tribunal Internacional no se siente vinculado a la doctrina del pasado sino que debe aplicar el derecho internacional consuetudinario tal como se presentaba en el momento de los delitos. A este respecto el derecho, en relación con los crímenes contra la humanidad, se ha desarrollado para tener en cuenta fuerzas que, aunque no sean las de los gobiernos legítimos, tienen control, de hecho, o la posibilidad de movilizarse libremente, dentro de un territorio concreto” (o.c No. 654).*

Más adelante, en la misma sentencia, el Tribunal hace referencia al último Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, donde hay una redacción incluso más abierta: *“instigados o dirigidos por un gobierno o por cualquier organización o grupo”*. En su comentario a este artículo, la Comisión de Derecho Internacional anota que : *“Esta alternativa fue buscada para excluir la situación en la que un individuo comete un acto inhumano por su propia iniciativa, siguiendo su propio plan criminal sin que exista ninguna animación o dirección por ningún gobierno, grupo u organización. (...) La instigación o dirección de un gobierno o de cualquier organización o grupo que podría estar o no aliada con el Gobierno, da a la acción su dimensión grande y hace de ella un crimen contra la humanidad imputable a personas privadas o a agentes del Estado”*.

No obstante este cambio de jurisprudencia, las razones aducidas por el Relator Especial para la elaboración del Proyecto de Código, en 1986, no son despreciables para la identificación del sujeto activo del crimen contra la humanidad. El criterio aportado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el sentido de que el grupo no estatal que vaya a ser considerado sujeto activo del crimen contra la humanidad requiera al menos una *“capacidad de movilizarse libremente por un territorio concreto”*, en la medida en que se asimila así al poder de un Estado, permite seguirse fundando en la filosofía que inspiró las primeras caracterizaciones del sujeto activo de este crimen.

**c) Elementos que atañen tanto al sujeto pasivo como al activo, en el crimen contra la humanidad:**

Cuando la víctima del crimen contra la humanidad es definida a partir de la calificación que de ella hace el victimario, se plantean otros problemas que atañen a la tipificación del crimen contra la humanidad. Para algunos, lo que especifica el crimen contra la humanidad es un **elemento discriminatorio** que ha de

buscarse, ante todo, en la **intención** del sujeto activo. Para otros, tal elemento discriminatorio solo es requisito para tipificar algunas modalidades de crímenes contra la humanidad, pero no todas. Esta última posición es la que ha asumido el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

La definición del crimen contra la humanidad, tal como se da en la Carta y en los Principios de Núrnberg, estructura en dos series las modalidades que pueden darse del mismo crimen: la primera serie estaría comprendida por acciones que no presuponen un elemento discriminatorio, como el asesinato, el exterminio, la reducción a esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos; la segunda serie estaría conformada por las persecuciones que obedecen a diversos motivos. Para algunos, la acción rectora de la primera serie sería **el exterminio**, y la de la segunda serie **la persecución**; los demás actos serían medios, ya para el exterminio, ya para la persecución.

En el Memorandum preparado por el Profesor Vespasiano V. Pella, Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, en 1950 (ya antes citado), se considera que el elemento discriminatorio es esencial para tipificar el crimen contra la humanidad. En apoyo de su posición, cita a numerosos expertos y aportes de diferentes países que se expresaron en la Octava Conferencia para la Unificación del Derecho Penal, celebrada en Bruselas, en julio de 1947. Sus argumentos centrales son éstos:

- “ *Para evitar controversias a las cuales ha dado lugar la redacción demasiado enredada del artículo 6,c del Estatuto del Tribunal de Núrnberg, hemos considerado como lo que constituye el acto que debe ser incriminado en el Código, ya sea **el exterminio**, ya la **persecución** de cualquier parte de una población, por razones de raza, nacionalidad, religión, opiniones políticas u otras basadas en criterios análogos. El homicidio intencional, los tratos inhumanos, la deportación o la detención ilegal, etc., **no son más que medios de ejecución del crimen de exterminio o de persecución**” (Memorandum, Doc. A/CN.4/39, 24 nov.1950, No. 138)*
- “ *El acto que se debe incriminar, según la fórmula del comienzo de este párrafo, no debe ser confundido, por consiguiente, con crímenes dirigidos contra la vida, la integridad corporal, la salud y la libertad **de los individuos como tales**, actos calificados como crímenes o delitos, y reprimidos por todas las legislaciones nacionales. Lo que transforma semejantes actos en crímenes contra la humanidad es el hecho de que están dirigidos **esencialmente contra el género humano que está formado de razas, nacionalidades y religiones diferentes y que presenta una pluralidad de concepciones filosóficas, sociales y políticas.** () Estando el crimen contra la humanidad dirigido contra bienes jurídicos comunes a una categoría de personas (razas, nacionalidades,*

religiones etc.), no atañe al individuo considerado aisladamente sino al individuo **en cuanto miembro de una colectividad**. De allí el carácter de exterminio, sometimiento o persecución masiva, bajo el cual se presentan, en la mayoría de los casos, los crímenes contra la humanidad. () A **la protección penal general** de la vida humana, de la libertad y de otros bienes jurídicos inherentes a la existencia del hombre en el seno de la sociedad, se superpone por consiguiente una **protección penal especial**. Son la raza, la nacionalidad, la religión y otros elementos de diversidad del género humano los que conforman el objeto de esta protección penal especial. () En la definición legal del crimen contra la humanidad hay que admitir la noción del “**dolus specialis**”. Al hacer del móvil, es decir, de la intención criminal especial, un elemento constitutivo del crimen contra la humanidad, se llega así a una distinción neta y precisa entre estos crímenes y los crímenes y delitos de derecho común reprimidos por todas las legislaciones del mundo”. (ibid.)

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia opta, sin embargo, por la interpretación de las dos series de modalidades del crimen, lo que trae como consecuencia que no en todas las modalidades del crimen contra la humanidad sea requisito el que haya un elemento discriminatorio. La Sala de Apelaciones del Tribunal dirime así la cuestión, (en el caso IT-94-I-T) no sin antes legitimar sus facultades interpretativas como Tribunal y aduciendo luego las razones fundamentales de su opción:

- “No obstante el hecho de que el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia es un instrumento muy diferente de un tratado internacional, en la interpretación del Estatuto es sin embargo permisible ser orientado por el principio que aplicó la Corte Internacional de Justicia con respecto a la interpretación de un tratado, en su Opinión Consultiva sobre la competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado a las Naciones Unidas: “el primer deber de un tribunal que es llamado a interpretar y aplicar los contenidos de un tratado es procurar darles efecto en su significado natural y ordinario en el contexto en el cual tienen lugar”.
- “El significado ordinario del Artículo 5 deja claro que tal disposición no exige que todos los crímenes contra la humanidad hayan sido perpetrados con una intención discriminatoria. Tal intención es necesaria solo para una sub-categoría de esos crímenes, a saber, “las persecuciones” previstas en el Artículo 5 (h)”
- (... ) “El propósito de quienes redactaron el Estatuto fue hacer que todos los crímenes contra la humanidad fueran punibles, incluyendo aquellos que, aunque llenaran todas las condiciones requeridas por la noción de tales crímenes, tal vez no habían sido perpetrados por razones políticas, raciales o religiosas, como se especifica en el literal h del Artículo 5. A la luz de los objetivos humanitarios de quienes elaboraron el Estatuto, no puede verse por qué ellos habrían restringido gravemente la clase de delitos que entran en la categoría de

*“crímenes contra la humanidad”, dejando así por fuera de ese tipo todos los ejemplos posibles de crímenes graves, sistemáticos o a gran escala contra los civiles, a cuenta de su carencia de una intención discriminatoria. Por ejemplo, un requisito de intención discriminatoria impediría la penalización de violencias indiscriminadas y fortuitas dirigidas a difundir el terror en la población civil, como crimen contra la humanidad. “A fortiori” el objeto y propósito del artículo 5 quedaría frustrado si hubiera que sugerir que los motivos discriminatorios requeridos están limitados a los referidos por el Secretario General en su informe y asumidos (añadiendo, en un caso, el motivo adicional de género) en las declaraciones hechas en el Consejo de Seguridad por tres de sus miembros. Tal interpretación del Artículo 5 crearía una importante laguna al dejar de proteger a grupos de víctimas no cubiertos por los móviles discriminatorios de la lista. La experiencia de la Alemania Nazi mostró que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos por razones discriminatorias diferentes a las enumeradas en el Artículo 5(h), tales como la incapacidad física o mental, la edad o la enfermedad, o las preferencias sexuales. De manera semejante, el exterminio de las “clases enemigas” en la Unión Soviética durante 1930 (...) y la deportación de las clases educadas urbanas bajo los Khmer Rouge entre 1975-1979, muestra otros ejemplos que no caerían bajo el ámbito de crímenes contra la humanidad fundados en la estricta enumeración de motivos sugerida por el Secretario General en su informe” (o.c., No. 282 a 285)*

Queda, pues, claro, que si bien el elemento discriminatorio, sin reducirse a las enumeraciones taxativas, revela en su profundidad el sentido de la afrenta al género humano como tal, hay también crímenes contra la humanidad que pueden fundarse justamente en la búsqueda de efectos indiscriminados, como el terrorismo.

### **3. Algunas modalidades del crimen contra la humanidad**

Es ilustrativo analizar más en concreto algunas modalidades o subcategorías del Crimen de Lesa Humanidad, como:

- a) asesinatos sistemáticos de poblaciones civiles;
- b) exterminio;
- c) traslado forzoso de poblaciones con carácter arbitrario;
- d) persecuciones por móviles políticos;
- e) actos inhumanos, tales como desapariciones forzadas, torturas y actos de terrorismo.

La mejor interpretación autorizada de estas conductas nos la da el último Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (Doc. Suplemento No 10 (A/51/10), 1996):

- “**El asesinato** es un crimen claramente tipificado y bien definido en la legislación nacional de todos los Estados. Este acto prohibido no requiere otra explicación. El asesinato se incluyó como crimen contra la humanidad en el Estatuto de Nürnberg (art. 6,c), la Ley No. 10 del Consejo de Control (art. II, parr. c), los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (art. 5) y Rwanda (art. 3), los Principios de Nürnberg (Principio VI) y el Proyecto de Código de 1954 (art. 2, párr. 11).
- “**El exterminio** es un crimen que, por su naturaleza misma, se dirige contra un grupo de personas. Además, el acto utilizado para cometer el delito de exterminio supone un elemento de destrucción masiva que no se requiere para el asesinato. A este respecto, el exterminio está estrechamente relacionado con el crimen de genocidio, en el sentido de que ambos crímenes se dirigen contra un gran número de víctimas. No obstante, el crimen de exterminio se daría en casos que difieren de los comprendidos en el crimen de genocidio. El exterminio comprende los casos en que se mata a grupos de personas que no comparten características comunes. Se aplica también a casos en que se mata a algunos miembros de un grupo pero no a otros. El exterminio se incluyó como crimen contra la humanidad en el Estatuto del Tribunal de Nürnberg (art. 6,c), la Ley No. 10 del Consejo de Control (art. II, pár. C), los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (art. 5) y Rwanda (art. 3), los Principios de Nürnberg (Principio VI) y el Proyecto de Código de 1954 (art. 2, párr. 11).
- “**El traslado forzoso de poblaciones con carácter arbitrario** Mientras que la deportación implica la expulsión del territorio nacional, el traslado forzoso de la población puede producirse totalmente dentro de las fronteras de un mismo Estado. La expresión “con carácter arbitrario” se utiliza para excluir los actos cometidos por motivos legítimos, como la salud o el bienestar públicos, de manera compatible con el derecho internacional. La deportación se incluyó como crimen contra la humanidad en el Estatuto de Nürnberg (art. 6,c), la Ley No. 10 del Consejo de Control (art. II, apartado c), los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (art. 5) y Rwanda (art. 3), los Principios de Nürnberg (Principio VI) y el Proyecto de Código de 1954 (art. 2, párr. 11)”
- “El acto inhumano de **persecución** puede adoptar muchas formas cuya característica común es la denegación de los derechos humanos y libertades fundamentales que corresponde a todas las personas sin distinción, como reconocen la Carta de las Naciones Unidas (arts.

1 y 55) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2). La presente disposición se aplicaría a los actos de persecución en que no existiera la intención específica que requiere para el crimen de genocidio el art. 17. La persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos se incluyó como crimen contra la humanidad en el Estatuto del Tribunal de Nürnberg (art. 6,c), la Ley No. 10 del Consejo de Control (art. II, párr.c), los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (art. 5) y Rwanda (art. 3), los Principios de Nürnberg (Principio VI) y el Proyecto de Código de 1954 (art. 2, párr. 11).

- “En 1992, la Asamblea General, al aprobar la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las **desapariciones forzadas**, expresó su profunda preocupación por la desaparición forzada de personas que se producía “en muchos países”. El problema de la desaparición forzada de personas se trató también en la Convención Internacional sobre desaparición forzada de personas. La expresión **“desaparición forzada de personas”** se utiliza como término especializado para referirse al tipo de conducta criminal de que se ocupan La Declaración y la Convención. La desaparición forzada no se incluyó como crimen contra la humanidad en los instrumentos anteriores. Aunque este tipo de conducta criminal sea un fenómeno relativamente reciente, el presente código propone su inclusión como crimen contra la humanidad, por su crueldad y gravedad extremas.” {Nota 134: “La Asamblea General se refirió a que “se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley” (Resolución 47/133 de la Asamblea General)}
- **“La tortura**. Este acto prohibido se define en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 1, párr.1). Es cierto que la Comisión sobre la Tortura limita el ámbito de esa Convención a los actos cometidos en el ejercicio de funciones públicas o con connivencia oficial. Sin embargo, el párrafo 2 de su artículo 1 prevé que el término “tortura” puede ser de aplicación más amplia en virtud de otros instrumentos internacionales. En el contexto de los crímenes contra la humanidad cometidos no solo por gobiernos sino por organizaciones o grupos, esto resulta aquí pertinente. A los presentes fines, los actos de tortura quedan comprendidos si se cometen de manera sistemática o en escala masiva por cualquier gobierno, organización o grupo. La tortura se incluyó como crimen contra la humanidad en la Ley No. 10 del Consejo de Control (art. II, apartado c), y en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (art. 5) y Rwanda (art. 3). {Nota 132: El artículo 1 de la Convención contiene la definición siguiente: 1. A los efectos de la presente Convención, se

entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

- **”Otros actos inhumanos.** La Comisión reconoció que era imposible hacer una lista exhaustiva de todos los actos inhumanos que podían constituir crímenes contra la humanidad. Hay que observar que el concepto de otros actos inhumanos queda circunscrito por dos requisitos. En primer lugar, esta categoría de actos tiene por objeto incluir sólo otros actos que sean de gravedad similar a la de los enumerados en los apartados anteriores. En segundo lugar, el acto debe lesionar realmente al ser humano en lo que se refiera a su integridad física o mental, su salud o su dignidad. (...) El Estatuto de Núrnberg (art. 6,c), la Ley No. 10 del Consejo de Control (art. II, párr. c), los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (art. 5) y Rwanda (art. 3) y los Principios de Núrnberg (Principio VI) incluyen también “otros actos inhumanos” (o.c pg. 101 a 111)

\* Un tipo de acto inhumano que se ajusta a estos criterios así como a muchas conductas denunciadas en la primera parte de esta acusación, son los **actos de terrorismo**, tales como se encuentran caracterizados en los literales c) y e) de l artículo 1 de la Convención Europea sobre la Supresión del Terrorismo (27 de enero de 1977): “c) Las infracciones graves constituidas por un ataque contra la vida, la integridad corporal o la libertad de personas que tienen derecho a una protección internacional” - “e) Las infracciones que conllevan la utilización de bombas, granadas, cohetes, armas de fuego automáticas, o de cartas o paquetes trampa, en la medida en que esa utilización presente un peligro para las personas”. Recuérdese que la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, había definido que los actos de terrorismo, a pesar de su **efecto indiscriminado** que es lo que los hace justamente “**terroristas**”, si llenan los otros requisitos, son crímenes contra la humanidad (ver supra).

#### **4. Los Principios de Núrnberg como componentes del Derecho Internacional Consuetudinario.**

La redacción del Estatuto de Núrnberg y la realización del Tribunal de Núrnberg se llevaron a cabo con la conciencia de estar aplicando unos cánones que pertenecían al Derecho Internacional Consuetudinario.

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia afirmó que el Tribunal de Núrnberg no profundizó sobre la legalidad de la inclusión de los crímenes contra la humanidad en su Estatuto, pero que consideró que muchos crímenes de guerra cometidos desde el comienzo de la guerra eran simultáneamente crímenes contra la humanidad y éstos fueron juzgados en concomitancia con aquellos. Así podría salvarse, para algunos, el principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, principio también formulado como de “no reatividad de las leyes penales”.

Para otros, no se violaba en ninguna forma este principio, así el crimen contra la humanidad no estuviera previamente tipificado, pues las conductas cobijadas por el crimen contra la humanidad son criminales por el solo consenso de la conciencia universal o de las convicciones y costumbres de todas las naciones civilizadas, ya que nadie podría ejecutar tales actos sin tener plena conciencia de estar cometiendo un crimen atroz. Este es el principio que sigue el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando en su artículo 15, luego de consagrar el principio de no reatividad de las leyes penales, o “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, afirma en el inciso 2: “*Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (1966) art. 15, 2).

Además, desde 1907 la comunidad internacional había acordado llenar ciertos vacíos legales que podrían traer graves consecuencias para los seres humanos, mediante normas no escritas que se llamaban “derecho de gentes” y que se regían por: “Los usos establecidos entre las naciones civilizadas, las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública”. Así lo estableció la llamada “Cláusula Martens”, que quedó en el preámbulo del Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907, sobre Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, cláusula que se repetirá en adelante en los preámbulos de numerosos instrumentos internacionales que hacen parte del Derecho Internacional Humanitario.

Pero luego de 50 años de vigencia de los Principios de Núrnberg, adoptados por la Asamblea General de la ONU como primer fundamento de un derecho penal

internacional, nadie se atrevería a negarles su pertenencia a un derecho internacional consuetudinario.

Con ocasión del establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Secretario General de la ONU despejó toda duda al respecto, al afirmar:

- “*El derecho internacional humanitario convencional que fuera de toda duda **ha pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario** es el derecho aplicable en los conflictos armados consagrado en los siguientes instrumentos: Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para la protección de las víctimas de la guerra; Cuarta Convención de La Haya relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y Reglamento conexo, de 18 de octubre de 1907; Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, y **Estatuto del Tribunal Militar Internacional, de 8 de agosto de 1945**” (Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad - Doc. S/25704, de 3 de mayo de 1993, No. 35, subrayados míos).*

## **5. Los crímenes contra la humanidad en cuanto sometidos a jurisdicción universal:**

El fundamento filosófico del ejercicio de jurisdicción universal es la relación existente entre el bien jurídico protegido y el género humano en cuanto tal.

En su cuarto informe sobre el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, el Relator Especial profundizó en el sentido que tiene el vocablo “humanidad” en la expresión “crimen contra la humanidad”. Allí pasa revista a las posiciones de diversos autores y tribunales. Según algunos, habría tres acepciones principales: una de cultura (humanismo), una de filantropía y una de dignidad humana. De allí que “*el crimen contra la humanidad podía concebirse en el triple sentido, de crueldad para con la existencia humana, de envilecimiento de la dignidad humana, de destrucción de la cultura humana. Comprendido dentro de estas tres acepciones, el crimen de lesa humanidad se convierte sencillamente en “crimen contra todo el género humano”* (Doc. A/CN.4/398\*, 11 de marzo de 1986, No. 12). Más adelante concluye:

- “*En resumen, en la expresión “crimen contra la humanidad”, la palabra “humanidad” significa el género humano tanto en su acepción general como en sus diversas manifestaciones individuales y colectivas”* (o.c. No. 15)

El Relator Especial trata luego de desentrañar el significado de la expresión completa “crimen contra la humanidad”. Reconoce que hay numerosas definiciones, cada una de las cuales subraya uno o varios elementos esenciales: unas insisten en la barbaridad, brutalidad o atrocidad del crimen; otras insisten en la lesión de un derecho, en este caso los derechos fundamentales a la vida, integridad y libertad; otros insisten en la dimensión de escala, aunque nunca se concluye en que dicho crimen tiene que ser necesariamente masivo; otros insisten en la personalidad jurídica del autor, lo que le da el carácter de crimen de Estado, aunque también habría excepciones. El Relator descubre, sin embargo, un elemento de consenso:

- *“Parece que el único elemento objeto de consenso es el **móvil**. Todos los autores, todas las decisiones de jurisprudencia, todas las resoluciones de los congresos internacionales, coinciden en el hecho de que lo que caracteriza al crimen de lesa humanidad es el móvil, es decir la intención de atentar contra una persona o un grupo de personas, por motivos raciales, nacionales, religiosos o de opiniones políticas. Se trata de una intención especial, incorporada en el crimen, que le confiere su particularidad.”* (o.c. No. 25)

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en su sentencia sobre el caso Erdemovic (IT-96-22-T, de noviembre 29 de 1996) afirmaba:

- *“Los crímenes contra la humanidad son actos graves de violencia que dañan a los seres humanos al atacar lo que les es más esencial: su vida, su libertad, su bienestar físico, salud y/o dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad sobrepasan los límites tolerables por la comunidad internacional, la cual debe forzosamente exigir su castigo. Pero los crímenes contra la humanidad también atraviesan lo individual, puesto que cuando lo individual es violado, la humanidad viene a ser objeto de ataque y es negada. De allí el concepto de la humanidad como víctima que caracteriza de manera esencial los crímenes contra la humanidad”* (o.c. No. 28)

Toda esta filosofía no pasaría de ser romántica si la comunidad internacional no estuviese dotada de instrumentos operativos que le permitan, como lo postula el texto citado inmediatamente antes, cuando se sobrepasen los límites tolerables, “forzosamente exigir castigo”. Ya el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969, había afirmado con tal vigor la existencia de normas absolutamente imperativas de derecho internacional, o **normas de “jus cogens”**, y su inviolabilidad, que establece que todo tratado que desconozca esas normas queda por ello mismo *anulado*.

La Comisión de Derecho Internacional saca de esto una conclusión lógica: “ Parecería contradictorio que en caso de violación de una norma de tanta importancia para la comunidad internacional en su conjunto que se le califica de “imperativa”, se siga considerando que el vínculo de responsabilidad se establece únicamente entre el Estado autor de la violación y el Estado directamente lesionado por ésta” (Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1976, vol. II (Primera parte, párr. 39).

Dicho esquema bilateral de la responsabilidad internacional de los Estados, que restringiría la capacidad de reclamar por un hecho internacionalmente ilícito a la voluntad del Estado lesionado, queda definitivamente roto a la luz de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 5 de febrero de 1970, relativa al asunto de la *Barcelona Traction Light and Power Company Limited*, donde consagra nítidamente el principio de las “**obligaciones erga omnes**” como aplicables a la defensa de los derechos fundamentales de la persona:

- “*Debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados con la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen con respecto a otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su naturaleza misma las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en juego puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; por tanto las obligaciones en este caso son **obligaciones erga omnes**. (...) Estas obligaciones se desprenden, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la ilegalización de los actos de agresión y de genocidio, pero también de los principios y reglas que se refieren a los derechos fundamentales de la persona humana, incluyendo la protección contra la práctica de la esclavitud y de la discriminación racial. Ciertos derechos correspondientes de protección se han integrado al derecho internacional general (...); otros son conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o casi universal*” (International Court of Justice, year 1970, 5 February 1970, pg. 33).

Como bien lo comenta Antonio Blanc Altemir, en su libro “La Violación de los Derechos Humanos Fundamentales como Crimen Internacional”, (Bosch, Barcelona, 1990): “*Ello supone aceptar el principio de que todos los Estados están capacitados para reclamar la responsabilidad del Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito particularmente grave, quebrándose de esta forma el esquema bilateral de la responsabilidad internacional*” (pg. 95). La responsabilidad del Estado-autor puede ser, pues, exigida, no solo por el Estado-víctima, sino también por cualquier otro Estado, ya que la relación jurídica de responsabilidad se establece entre el Estado y la comunidad internacional en su conjunto.

Las “**obligaciones erga omnes**” , implican, pues, que todos los Estados adquieren obligación de proteger un bien jurídico que se considera patrimonio

del género humano en su conjunto. Esto tiene varias implicaciones jurídicas: una sustantiva, que es la afirmación de la existencia de normas vinculantes o imperativas -de **jus cogens**- con carácter universal, y otra procesal, que exige un mecanismo de protección abierto a todos los Estados, que se traduce en la **jurisdicción universal**.

La jurisdicción universal es un corolario que cae de su propio peso cuando se asume la primera y esencial definición de los crímenes contemplados en la Carta y en los Principios de Núrnberg: **“crímenes de derecho internacional”** (Principio I de Núrnberg). Como bien lo expresó el Profesor Vespasiano V. Pella en el Memorandum ya antes varias veces citado,: *“Sería demasiado cómodo para un Estado hacer procesar por su propia jurisdicción a sus nacionales culpables de crímenes internacionales, a fin de que pudieran invocar dichos fallos para sustraerse a la acción de la justicia penal internacional (...) Por otra parte, no hay que perder de vista que, a menudo, estos crímenes se cometen mediante un ejercicio abusivo de la soberanía. Pretender castigarlos aplicando la legislación nacional significa, en muchos casos, pedir al culpable que se castigue a sí mismo”* (o.c. párr. 58)

Las Cartas de Núrnberg y de Tokio son todas ellas una afirmación de la jurisdicción universal, y los Tribunales de Núrnberg y de Tokio son un despliegue operativo intenso de la jurisdicción universal. Con posterioridad a Núrnberg y Tokio, se puede rastrear el ejercicio de la jurisdicción universal respecto a crímenes contra la humanidad en diversos países, en contextos en que los intereses o circunstancias políticas no alcanzan a coartar o inhibir la aplicación del orden jurídico internacional.

El Profesor François Rigaux, Presidente del Tribunal Permanente de los Pueblos, en su escrito presentado al Jurado que examinó la impunidad de crímenes de lesa humanidad en 12 países de América Latina en 1991, recordaba que el principio de la ubicuidad impone a cada Estado la obligación de adoptar las normas apropiadas de competencia universal. *“Contra la aplicación de éstas no cabe objetar que el Estado que juzga a un individuo acusado de un crimen de derecho internacional carece de algún título de competencia fundamentado en el lugar del crimen (principio de territorialidad) o en la nacionalidad del autor (principio de personalidad activa) o de la víctima (principio de nacionalidad pasiva)”* (Actas del Proceso a la Impunidad de Crímenes de Lesa Humanidad en América Latina -1989-1991-, Bogotá, 1991, pg. 354).

La reivindicación de la jurisdicción universal aparece explícita, sin ambages, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Francia en el caso Barbie, del 6 de octubre de 1983:

- “ por razón de su misma naturaleza, los crímenes contra la humanidad, de los cuales Barbie es acusado, no caen simplemente bajo el objeto del derecho nacional de Francia, sino que están sujetos a un orden penal internacional al cual la noción de fronteras y las normas sobre extradiciones que de allí se deducen le son completamente ajenas”

El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, luego de que la Comisión redactora reanudara sus trabajos en 1982, incorporó un artículo para afirmar más directamente la jurisdicción universal. En el informe de la Comisión de Derecho Internacional de 1987 (Doc. A/CN.4/404), el artículo 4 está redactado así: “*El crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es una infracción universal. Todo Estado en cuyo territorio haya sido detenido el autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad tiene el deber de juzgarlo o de conceder su extradición. (...) Lo dispuesto en el párrafo 1 no prejuzga la cuestión de la existencia de una jurisdicción penal internacional*” (pg. 3)

En la carta dirigida el 24 de mayo de 1994 por el Secretario General de la ONU al Presidente del Consejo de Seguridad, en la que presenta el informe final de la Comisión de Expertos establecida por la Resolución 780 del Consejo de Seguridad, refiriéndose al derecho aplicable en el caso de agresiones sexuales y violaciones, establece lo siguiente:

- “*Tanto como “crímenes de lesa humanidad”, como por estar abarcados en la Convención sobre el Genocidio, dichos actos prohibidos están sujetos a la jurisdicción universal. También ha quedado establecido que ambas fuentes de derecho internacional humanitario se consideran parte del jus cogens, por lo que tienen fuerza obligatoria con arreglo al derecho internacional consuetudinario*” (o.c. párr. 107)

Otros instrumentos internacionales que hacen referencia a crímenes contra la humanidad, han urgido el ejercicio de la jurisdicción universal. La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid, del 30 de noviembre de 1973, en su artículo 4 establece que: “*Los Estados Partes en la presente Convención se obligan a (...) b) A adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención, independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado o sean personas apátridas*”

Así mismo , Los Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias (Resolución 1898/65 de la

Asamblea General, del 24 de mayo de 1989), en su artículo 18 establece que: *“Los gobiernos velarán porque sean juzgadas las personas que la investigación haya identificado como participantes en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, en cualquier territorio bajo su jurisdicción. Los gobiernos harán comparecer a esas personas ante la justicia o colaborarán para extraditarlas a otros países que se propongan someterlas a juicio. Este principio se aplicará con independencia de quienes sean los perpetradores o las víctimas, del lugar en que se encuentren, de su nacionalidad, y del lugar en el que se cometió el delito”*.

La versión final del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 1996, trae esta redacción del artículo 8 sobre la jurisdicción:

- *“Sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes previstos en los artículos 17(Genocidio), 18(Crímenes Contra La Humanidad), 19 (Crímenes contra el Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado) y 20(Crímenes de Guerra), sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores. La jurisdicción sobre el crimen previsto en el artículo 16(Agresión) corresponderá a un tribunal penal internacional. Sin embargo, no se excluye la posibilidad de que un Estado mencionado en el artículo 16 juzgue a sus nacionales por el crimen a que se refiere este artículo”* (Doc. Suplemento No. 10 (A/51/10), julio de 1996.

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas en Roma, Italia, el 17 de julio de 1998, dejó consignado en el preámbulo un nuevo llamado a los Estados a ejercer la jurisdicción universal: *“ Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”*.

Finalmente, en su Demanda de un Acto de Instrucción Complementario, el juez de Instrucción del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas (Dossier No. 216/98), al justificar la competencia del juez belga sobre la base de la calificación de crímenes contra la humanidad, argumenta así:

- *“Recordemos aquí que la primera misión de la justicia es la de hacer justicia y que eso vale “a fortiori” para los crímenes más graves, a saber, los de derecho internacional. Así, en derecho humanitario, el riesgo no parece residir en el hecho de que las autoridades nacionales sobrepasen su competencia, sino más bien en el reflejo que ellas tendrían de buscar pretextos para justificar su incompetencia, dejando así la puerta abierta a la impunidad de los crímenes más graves (lo que con seguridad es contrario a la razón de ser de las reglas del derecho internacional). El principio general de derecho internacional “aut dedere, aut judicare” (obligación de perseguir a cambio de extradición) constituye una de las expresiones*

*de la necesidad de no dejar impunes los crímenes de derecho internacional y de la responsabilidad de las autoridades estatales de asegurar la represión de tales crímenes, independientemente del lugar en que hubieran sido cometidos. Una de dos: o los crímenes de lesa humanidad no son más que incriminaciones comunes que no trascienden las fronteras y su represión es dejada a la discreción de cada Estado, o estos crímenes son del orden de lo innombrable y de lo inaceptable y la responsabilidad de su represión es compartida por todos. En esta última hipótesis, todos los Estados y la humanidad entera pueden ser considerados como poseedores de un interés jurídico en que tales crímenes sean reprimidos: de allí se sigue que, aún aparte de todo vínculo convencional, las autoridades nacionales tienen el derecho, y aún en ciertas circunstancias la obligación de perseguir a los autores de tales crímenes, independientemente del lugar en que se encuentren. El combate contra la impunidad de los autores de crímenes de derecho internacional se funda así en la responsabilidad de todos los Estados cuyas autoridades nacionales tienen la obligación, o al menos el derecho de tomar todas las medidas para asegurar la persecución y la represión de los crímenes contra la humanidad” ( o.c. pg. 2 y 3).*

Javier Giraldo M., S. J.

[Texto escrito para fundamentar la solicitud de enjuiciamiento de los autores de numerosos crímenes de lesa humanidad en Colombia, ya en la jurisdicción nacional, ya en la de otros Estados, bajo el carácter de crímenes de derecho internacional]