

LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y EL GENOCIDIO EN EL
ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Alicia Gil Gil

<http://www.cienciaspenales.net>

LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y EL GENOCIDIO EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Alicia Gil Gil

I: CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL CONCEPTO DE DELITO INTERNACIONAL

La doctrina penalista define por lo general el Derecho penal como el sector del ordenamiento jurídico que tiene la función de proteger los bienes vitales fundamentales del individuo y de la comunidad¹. Estos bienes son elevados por la protección de las normas del Derecho a la categoría de bienes jurídicos y la suma de todos ellos constituye el orden social creado y protegido por el Derecho². Pero el Derecho penal no protege todos los bienes cuya protección ha asumido el Derecho en general y frente a cualquier forma de agresión sino solamente aquellos bienes vitales más importantes frente a las formas más graves de agresión. Al ser la consecuencia prevista para la infracción de sus normas: la pena, la más grave que prevé el ordenamiento jurídico, se entiende que el legislador sólo debe acudir al Derecho penal cuando sea absolutamente imprescindible, por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica menos graves propias de otros sectores del ordenamiento³.

Trasladando esta concepción del Derecho penal en los ordenamientos internos al Derecho penal internacional tendremos que, del mismo modo, el Derecho penal internacional sería el sector del ordenamiento internacional cuya función es proteger, de los bienes vitales que constituyen el orden jurídico internacional, aquellos que son más importantes frente a las formas de agresión más graves⁴.

Es evidente que el orden internacional ofrece la particularidad del protagonismo de los Estados como principales sujetos del Derecho internacional. Los intereses del Estado frente a otros Estados, la propia existencia de los Estados, las relaciones pacíficas, la paz internacional, etc. son conceptos aducidos con frecuencia como objeto de protección del Derecho internacional. Sin embargo, dicho orden internacional no se limita a las relaciones entre Estados, se trata de un orden social superior al del Estado pero no consistente exclusivamente en una comunidad de Estados, puesto que el Estado, en último término, no es sino un instrumento al servicio del individuo y de la sociedad, una forma de organización racional para garantizar los bienes jurídicos. Por ello, la doctrina internacionalista más reciente apunta, en la definición del Derecho internacional público, la doble dimensión del orden internacional: por un lado la Comunidad internacional compuesta de Estados soberanos y por otro la Comunidad

¹ Véase, por todos, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, I, Introducción*. 5ª ed. Madrid, TECNOS, 1996, p. 13

² CEREZO MIR, J., *Curso... I*, pp. 13 y ss.

³ CEREZO MIR, J., *Curso... I*, pp. 13 y ss.

⁴ En la misma línea, aunque con diferencias, pueden verse las definiciones de GLASER, *Droit International penal Conventionel*, vol. I, Bruxelles, 1970, p. 22, TRIFFTERER, O., "Völkerstrafrecht im Wandel?" en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70 Geburtstag*, t. II, 1985, pp. 1477 y ss., en especial p. 1500; OEHLER, D., *Internationales Strafrecht*, 2 Auf., München, 1983, p. 605.

internacional como grupo social universal con intereses fundamentales propios⁵. El orden social internacional hace referencia a la humanidad en su conjunto, a aquellos bienes que son patrimonio de la humanidad, necesarios para su subsistencia como especie y para su desarrollo.

Lo que legitima la intervención por la fuerza del Derecho es la creación y mantenimiento de un determinado sistema social en beneficio de los individuos que lo integran⁶. De esta manera el individuo se convierte en la referencia central en la definición del concepto de bien jurídico, también en el orden internacional.

Por lo tanto podemos concluir que si los bienes jurídicos son aquellas realidades o pretensiones que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social completo construido con esa finalidad o para el funcionamiento del sistema mismo⁷ podemos afirmar que son bienes jurídicos del orden internacional la propia existencia de los Estados, la existencia de determinado tipo de grupos humanos, la paz internacional... pero también lo son los bienes jurídicos individuales fundamentales como la vida humana, la salud individual, la libertad, etc., pues se trata de bienes sin los cuales no es posible la existencia de ningún sistema social.

Una vez que hemos demostrado que los bienes jurídicos individuales fundamentales pueden ser objeto de protección por el Derecho penal internacional se nos plantea un segundo problema:

La mera contemplación de las figuras de delito tradicionalmente incluidas en el Derecho penal internacional, es decir, aquellos delitos sobre los que existe una aceptación generalizada de su consideración como delitos internacionales –crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio– y que son precisamente los incluidos en el art. 5 del Estatuto de la CPI, nos lleva en principio a la constatación de que en ellos se protegen bienes jurídicos de diversa índole: unos tienen carácter colectivo, como la paz internacional, o las relaciones pacíficas entre los Estados, la existencia de distintos grupos humanos, y otros tienen un carácter individual, es decir, su portador es el individuo, por ejemplo la vida, la integridad corporal y la salud, la libertad, etc.; pero además podemos comprobar que algunos de estos bienes jurídicos son privativos del orden internacional, es decir, solo pueden ser regulados y protegidos por el Derecho internacional, mientras que respecto de otros, precisamente de los bienes jurídicos individuales fundamentales, la protección internacional convive con la otorgada a los mismos por los ordenamientos internos. Por eso se nos plantea el problema de cuál es la relación entre estos dos ámbitos de protección.

Pues bien, dado que la Comunidad internacional se organiza en Estados soberanos es preciso concluir que el Derecho penal internacional puede proteger directamente aquellos bienes jurídicos que son propios únicamente del ámbito

⁵ Véase GONZÁLEZ CAMPOS/ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ/ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho Internacional Público*, 5ª ed., Madrid, 1992, pp. 6 a 9. En la misma línea se enmarcan las afirmaciones de CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, TECNOS, Madrid, 1995, p. 15, y PUENTE EGIDO, J., *Lecciones de Derecho internacional público*, vol. I.1, Madrid, 1998, p. 17.

⁶ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 135.

⁷ Véase ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1997, p. 15.

internacional -existencia e independencia de los Estados o su convivencia pacífica, protegidos por las figuras de los crímenes contra la paz-. Pero cuando un bien jurídico pertenezca también al orden estatal, como es el caso de los bienes jurídicos individuales fundamentales -vida, integridad corporal, salud, libertad...-, el Derecho penal internacional sólo podrá intervenir si el Derecho estatal no ofrece una protección suficiente⁸.

De este modo podemos concluir que el Derecho penal internacional tiene un carácter doblemente subsidiario: es subsidiario, como todo Derecho penal, porque sólo debe acudir a él cuando se consideren insuficientes otras formas de reacción jurídica para la protección de los bienes jurídicos, y es subsidiario, en segundo lugar, respecto de estos bienes jurídicos compartidos, porque sólo cabe acudir a él cuando falle la protección debida por el ordenamiento jurídico estatal.

Con ello pasamos a la siguiente cuestión de estudio: cuándo se puede decir que falla la protección estatal y una conducta se convierte en delito internacional, es decir, debe intervenir el Derecho penal internacional, que es lo mismo que preguntarnos cuándo la lesión de bienes jurídicos individuales fundamentales deja de ser un delito común para convertirse en un crimen internacional.

En mi opinión, la intervención del Derecho internacional se producirá cuando la protección de los bienes jurídicos no puede ser garantizada por los ordenamientos internos, bien porque son atacados en una situación especial, como la guerra, que exige la intervención del Derecho internacional, y así encontramos los crímenes de guerra, o bien porque los delitos son cometidos con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto*. Ejemplos del primer supuesto son los crímenes contra la humanidad cometidos por regímenes totalitarios, en cuyo caso no es posible confiar en la Administración de Justicia, como fue el caso de la Dictadura argentina. Ejemplos del segundo lo constituyen supuestos en que determinadas facciones rebeldes tienen el control político *de facto* sobre un territorio habiendo desaparecido la Administración de Justicia o estando los autores fuera del alcance de la misma, de lo que puede ser un ejemplo los crímenes contra la humanidad cometidos por las distintas facciones en el conflicto ruandés⁹.

Esta participación o tolerancia del poder político en el delito junto con otros criterios también relacionados con el carácter subsidiario del Derecho penal trasladado al ámbito internacional, -como la realización de la conducta en el contexto de un ataque

⁸ Véase TRIFFTERER, O., *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Albert Verlag, Freiburg in Br. 1966, pp. 210 y ss.; el mismo, "Völkerstrafrecht im Wandel?", *ob. cit.* p. 1500, el mismo, "Comentaire...", en RIDP, vol. 60. 1989, p. 43. También defiende esta idea de subsidiariedad del Derecho penal internacional respecto de los Derechos nacionales QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, t I, pp. 652 y 653.

⁹ En opinión de la que fue Fiscal del TPIY Louise Arbour, lo que legitima la intervención de un Tribunal internacional no es que una conducta, como el homicidio, por ej., sea universalmente reconocida como delito, sino el fallo del sistema penal nacional. Cuando el sistema penal de un Estado no funciona, bien porque ha sido destruido, o bien porque las instituciones carecen de legitimidad o de fiabilidad por la participación en el delito o su tolerancia por parte del Estado, se hace necesaria la intervención internacional. Conferencia pronunciada en la Universidad de Friburgo de Brisgovia el 1 de julio de 1997.

masivo y sistemático-, son los que convierten a dicha conducta en delito internacional¹⁰.

Una vez demostrada la pertenencia de los bienes jurídicos individuales al orden internacional y establecidos los criterios mediante los cuales podemos entender que una lesión de los mismos pasa a constituir un delito internacional vamos a comprobar como estas ideas se reflejan en el Derecho penal internacional, y más concretamente en los crímenes contra la humanidad que se van a convertir, en mi opinión, en las figuras centrales del DPI.

2. GENERALIDADES

El art. 9 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) prevé la aprobación por la Asamblea General de un instrumento denominado “los Elementos de los Crímenes”, cuya función consistirá en ayudar a la Corte a interpretar y a aplicar los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto de forma compatible con el mismo. La “Introducción” de este documento¹¹ establece que serán aplicables a los Elementos de los Crímenes las disposiciones del Estatuto, incluido el art. 21, y los principios generales enunciados en la Parte III. Además, y con carácter general para todos los crímenes, parte de la exigencia de dolo, al recordar que “como señala el art. 30, salvo disposición en contrario una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actuó con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. Cuando no se hace referencia en los Elementos de los Crímenes a un elemento de intencionalidad para una conducta, consecuencia o circunstancia indicada, se entenderá aplicable el elemento de intencionalidad que corresponda según el art. 30, esto es, la intención, el conocimiento o ambos¹². A continuación se indican excepciones a la norma del art. 30 sobre la base del Estatuto y con inclusión del derecho aplicable en virtud de las disposiciones del Estatuto en la materia”.

¹⁰ No hay que confundir el criterio de la subsidiariedad que opera en el ámbito material de la definición del Derecho penal internacional y del delito internacional, con el criterio de la complementariedad que opera en un plano procesal y trata de resolver la relación entre distintas jurisdicciones.

¹¹ Informe de la Comisión Preparatoria de la CPI. Adición Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes. (PCNICC/2000/INF/3/add.2.6.7.2000). Véase sobre el mismo AMBOS, K., La Ley, N^o 5212, 26 dic. 2000, pp. 1 y ss.

¹² El art. 30 establece: „1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) en relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) en relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por conocimiento se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras „a sabiendas“ y „con conocimiento“ se entenderán en el mismo sentido“.

En mi opinión la palabra “intención” debe ser interpretada como sinónimo de “voluntad”, y no limitada al dolo directo de primer grado, sino que, por el contrario, cabe en principio cualquier tipo de dolo¹³. Esta opinión no es, sin embargo, unánime en la doctrina, pues algunos autores entienden que el artículo 30 excluye el dolo eventual¹⁴. Ello se debe, por una parte, a las distintas concepciones de dolo eventual manejadas, a las diferencias existentes entre el concepto de dolo eventual de la doctrina continental de origen germánico y el concepto anglosajón de „recklessnes“¹⁵, y sobretodo a la interpretación que se da al párrafo 2, letra b, inciso final, del art. 30.

Algunos autores interpretan las palabras „se producirá en el curso normal de los acontecimientos“ como sinónimo de exigencia de una alta o especial probabilidad, excluyendo la mera posibilidad, y entienden que por tanto queda excluido el dolo eventual, al identificar éste con aquel cuyo elemento intelectual consiste en la representación de la mera posibilidad.¹⁶ Sin embargo en mi opinión esta interpretación no es acertada. En primer lugar porque ni la frase comentada significa necesariamente en su tenor literal la exigencia de un determinado grado de probabilidad, ni la exclusión de la mera posibilidad se identifica con una cualificación de la probabilidad.

Toda previsión de un hecho o consecuencia futura es la representación de un riesgo, es preciso, por tanto, determinar qué grado de probabilidad exige el art. 30 para que esa representación sea entendida como relevante a efectos de la competencia de la Corte. En mi opinión la redacción del art. 30 permite excluir los supuestos de representación de una mera posibilidad improbable. Pero entre lo posible pero improbable y lo posible y altamente probable existe todo un abanico que no se puede ignorar ni asimilar sin más a lo „meramente posible“.

Por otro lado, desde una concepción meramente cognoscitiva del dolo, que prescinda del elemento volitivo del mismo, la representación de la mera posibilidad se identifica con la imprudencia consciente, por lo que el dolo eventual (representación de la probabilidad) seguiría estando incluido en el art. 30. Pero, incluso desde una concepción del dolo que aúna elemento intelectual y volitivo, que es la que personalmente sigo, la interpretación que excluye el dolo eventual me parece equivocada, pues no es cierto, como se pretende, que tales concepciones del dolo

¹³ Sobre ello con mayor detenimiento véase GIL GIL, A., Derecho penal internacional, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 231 y ss., la misma, “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado”, en RDPCUNED, nº 6, pp. 103 y ss.

¹⁴ AMBOS, K., La Ley, Nº 5212, 26 dic. 2000, p. 2, AMBOS y WIRTH, „The current Law of Crimes Against Humanity“, en Crimianl Law Forum 13: 2002, pp. 37 y ss. y p. 43, PIRAGOFF, en Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statut of the International Criminal Court, Nomos, Baden-Baden, 1999, art. 7, marg. 22.

¹⁵ Véase AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), pp. 37 y ss.

¹⁶ PIRAGOFF, ob. cit. (nota 14), identifica la frase „se producirá en el curso normal de los acontecimientos“ con la existencia de una „alta probabilidad“. AMBOS, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Berlin, 2002, p. 771, aún defendiendo la existencia de un elemento volitivo en el dolo, reduce el dolo eventual a los supuestos en que su elemento intelectual consiste en un mero „tener por posible“ el resultado, e interpreta también el art. 30 en el sentido de exigencia de una „relativa seguridad“ o „alta probabilidad“. En cambio, entiendo que admite el dolo eventual con una interpretación similar a la aquí propuesta GÓMEZ BENITEZ, „Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la CPI y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho penal español“, en El Derecho penal internacional, Cuadernos de Derecho Judicial EJ CGPJ, VII, 2001, p. 33.

eventual exijan que el elemento intelectual del mismo se limite a la representación de una mera posibilidad. Entiendo que, para una concepción del dolo que admite en éste un elemento volitivo, la diferencia entre las clases de dolo radica precisamente en dicho elemento y no en el intelectual¹⁷, y de la misma manera que es posible un dolo directo de primer grado cuando el resultado es el fin del autor, sin necesidad de que lo vea como seguro sino que basta con que lo prevea como no absolutamente improbable¹⁸, también será un supuesto de dolo eventual aquél en el que el sujeto prevé una consecuencia secundaria que no constituye su fin (dolo directo de primer grado) ni va necesariamente unido al mismo (dolo directo de segundo grado), como no absolutamente improbable y cuenta con dicha probabilidad¹⁹.

El artículo 30 vendría, según esta interpretación, a excluir únicamente algunos supuestos de dolo eventual, que serán, precisamente, los mismos que quedarían excluidos si se hubiese introducido en el Estatuto de la CPI un criterio de imputación objetiva que exigiera la peligrosidad de la conducta, como ocurre en el Código penal español²⁰, pues el dolo de realizar un resultado meramente posible pero absolutamente improbable (que no se produciría en el curso normal de los acontecimientos) es en el Código penal español el dolo de una tentativa inidónea atípica y por tanto impune²¹, pero quedan otros supuestos de dolo eventual típicos y punibles, pues, aún representándose el sujeto algo más que la mera posibilidad, la no absoluta improbabilidad de la producción del resultado,²² estaremos ante un supuesto de dolo eventual, punible según nuestro Código, competencia de la Corte según el Estatuto, si dicho resultado previsto no era el fin perseguido ni una consecuencia necesariamente unida a la consecución de dicho fin, y el autor contaba con esa no absoluta improbabilidad.

Por supuesto la difícil prueba de los elementos subjetivos habrá de inferirse de los datos objetivos del caso concreto: “La existencia de la intención y el conocimiento pueden inferirse de los hechos y las circunstancias del caso”.

Respecto de los elementos normativos, no es necesaria una valoración o subsunción jurídicamente exacta por parte del autor, sino que será necesaria, conforme a la doctrina dominante, una valoración paralela del autor en la esfera del profano²³.

17 CEREZO MIR, Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Tecnos, Madrid, 1998, p. 150

18 CEREZO MIR, Curso II, , p. 146.

19 CEREZO MIR, Curso II, , p. 151.

20 CEREZO MIR, Curso II, , p. 105.

21 Sobre el concepto de tentativa inidónea manejado véase CEREZO MIR, Curso III, , pp. 201 a 204.

22 Aún representaciones de una probabilidad más alta continuarían siendo casos de dolo eventual si el resultado no es el fin ni se ve como necesariamente unido a la consecución del fin sino como una consecuencia probable con cuya probabilidad se cuenta, mientras que si el sujeto confía en que su dominio del curso causal conseguirá evitar tal resultado estaremos ante una imprudencia consciente. El aumento de la probabilidad hace más difícil, pero no imposible que el sujeto pueda seguir confiando en que conseguirá evitar el resultado CEREZO MIR, Curso II, , p. 151.

23 Véase por todos CEREZO MIR, Curso, II, p. 133.

La Introducción de los Elementos del Crimen establece que “con respecto a los elementos de intencionalidad relacionados con elementos que entrañan juicios de valor, como los que emplean los términos "inhumanos" o "graves", por ejemplo, no es necesario que el autor haya procedido personalmente a hacer un determinado juicio de valor, a menos que se indique otra cosa”. Sin embargo, como veremos a continuación, en los elementos de las figuras concretas se exige el conocimiento de la gravedad o naturaleza de la conducta, lo que me parece más acorde con la exigencia del carácter doloso de los delitos. En mi opinión, esta explicación debería interpretarse, por lo tanto, en el sentido de que no hace falta que el sujeto haya realizado conscientemente el juicio de valor, pero sí al menos que sea consciente de alguna manera del carácter de su conducta exigido en el tipo.

También se especifica en esta Introducción que “los elementos correspondientes a cada crimen no se refieren en general a las circunstancias eximentes de responsabilidad penal o su inexistencia”. Podríamos decir que se ha rechazado la teoría de los elementos negativos del tipo, o que por lo menos se deja claro que los siguientes elementos se refieren únicamente al “tipo positivo” de cada delito.

Se especifica respecto de todos los delitos que “el término "autor", tal y como se emplea en los Elementos de los Crímenes, es neutral en cuanto a la culpabilidad o la inocencia”. Es decir, la autoría y la participación son elementos que pertenecen al tipo de lo injusto y que en absoluto prejuzgan los elementos posteriores del delito: antijuridicidad y culpabilidad. Además, se añade que “los elementos, incluidos los de intencionalidad que procedan, son aplicables *mutatis mutandis* a quienes hayan incurrido en responsabilidad penal en virtud de los arts. 25 y 28 del Estatuto”, previsión muy acertada que pone de manifiesto, conforme a la doctrina penal mayoritaria, la necesaria concurrencia de dolo en el partícipe de un delito doloso²⁴.

Por último resulta también digna de alabanza la advertencia de que “una determinada conducta puede configurar uno o más crímenes”, puesto que, como veremos, la relación entre los distintos preceptos puede ser de concurso de delitos, que, en mi opinión, debería resolverse mediante un aumento de la pena -por ej. siguiendo el principio de absorción agravada que establece el Código Penal (en adelante, CP) español²⁵-. Aunque éste es un tema que, a falta de regulación expresa en el Estatuto, debiera haber resuelto, por lo menos mediante la inclusión de unas pautas mínimas sobre la medición de la pena en casos de concurso, el instrumento de “las Reglas de Procedimiento y Prueba” (en adelante, RPP)²⁶.

24 Véase por todos CEREZO MIR, Derecho penal, Parte general, III, Tecnos, Madrid, 2001, p. 203.

25 Sobre las bondades de este sistema véase por todos BOLDOBA PASAMAR, en Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

26 Ya que en dicho instrumento se incluyen otras previsiones que afectan a la pena, según dispone el art. 78 del Estatuto .

3.- LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD COMO FIGURA CENTRAL DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

A. Historia del concepto del crimen contra la humanidad y elementos comunes a todas las modalidades

El origen de la definición de los crímenes contra la humanidad en el art. 7 del ECPI se encuentra en la definición de los mismos en el Estatuto de Londres de 1950 que sirvió de base para los juicios de Nuremberg²⁷, con las modificaciones que la jurisprudencia relativa a la Segunda Guerra Mundial, los Proyectos de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad y los Estatutos de los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda (en adelante, TPIY y TPIR, respectivamente), así como las decisiones de estos tribunales han ido introduciendo²⁸.

De lo dispuesto en el art. 6c del Estatuto de Londres y de su aplicación por el Tribunal de Nuremberg se puede concluir que la categoría de los crímenes contra la humanidad presentaban en aquel momento los siguientes caracteres:

- 1- Habían de ser cometidos durante, o en conexión con una guerra.
- 2- Los actos habían de realizarse contra cualquier población civil, lo que, a diferencia del Derecho de la Guerra, incluía a los propios nacionales y a los nacionales de terceros países.
- 3- Se trataba de delitos cometidos por personas que actuaban en interés del Estado.

Así se desprende de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 6, donde se establece que el Tribunal tendrá competencia para juzgar y castigar los delitos que a continuación se enumeran cometidos por personas que actúan “en interés de los países europeos del Eje”²⁹.

Una parte de la doctrina ha defendido durante largo tiempo, sin embargo, que los crímenes contra la humanidad debían cometerse además por determinados *móviles* o contra grupos de personas determinados, exigencia que en mi opinión no puede desprenderse del art. 6c que únicamente exige determinados *móviles* para la modalidad

²⁷ Sobre el origen y evolución de los crímenes contra la humanidad con amplia bibliografía citada véase GIL GIL, A. Derecho Penal Internacional, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 106 y ss.; la misma, El genocidio y otros crímenes internacionales, UNED, Valencia, 1999, pp. 107 y ss.

²⁸ Sobre las negociaciones desarrolladas para la redacción de este art. en la Conferencia de Roma véase Von HEBEL y ROBINSON, “Crimes within the Jurisdiction of the Court”, en Roy S. Lee (ed.) The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 90 y ss.

²⁹ De la misma opinión JESCHECK, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Bonn, 1952, pp. 10 y 11, quien hace un análisis del carácter de órganos estatales de todos los acusados en Nuremberg, incluidos los directores de empresas privadas. También LEMKIN, en la comunicación presentada a la VIII Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal. Véase Actes de la VIII Conference International pour l'Unification du Droit pénal, Pedone, París, 1949, p. 174. Por su parte, el art. 5 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente no exige, por supuesto, haber actuado en interés de los países europeos del Eje, sino que extiende su jurisdicción sobre los “criminales de guerra del Extremo Oriente”.

de persecución, y además su inclusión no puede justificarse desde el punto de vista de lo injusto típico y no tendría sino efectos perturbadores. La jurisprudencia del Tribunal penal internacional para la Antigua Yugoslavia ha confirmado la innecesariedad de este requisito³⁰. Los móviles del autor son irrelevantes siempre que su conducta se inserte en la política o plan más amplio, es decir, que no se trate de un acto aislado³¹. Como veremos más adelante, tal exigencia no ha sido finalmente introducida en la definición de los crímenes contra la humanidad del Estatuto de la CPI (en adelante, ECPI), a pesar de que alguna delegación así lo había solicitado³², y sólo se mantiene para las persecuciones, modalidad en las que sí propondré un significado que permita su inclusión como elemento subjetivo de lo injusto³³.

El primer cambio que reclamó la doctrina de inmediato en el concepto de crímenes contra la humanidad fue su *independencia* respecto de la situación de guerra³⁴. El requisito del nexo con la guerra provenía del origen de los crímenes contra la humanidad, que nacieron como una extensión del Derecho de la guerra a otras situaciones no comprendidas tradicionalmente en él, y de la necesidad de afirmar que se estaba aplicando el Derecho internacional vigente, y no creándose un Derecho nuevo³⁵. En realidad ya en la Ley nº 10 del Consejo del Control Aliado de 20 de diciembre de 1945 se prescindió en la descripción de los crímenes contra la humanidad (art. II.c) de la exigencia de su conexión con los crímenes de guerra o con el crimen contra la paz, con lo que toda la jurisprudencia del Tribunal Militar Internacional dirigida a restringir los crímenes contra la humanidad a los directamente conectados con la guerra resultaba irrelevante para los tribunales nacionales, alemanes o extranjeros, que aplicaron esta ley

³⁰ Véase la sentencia de la sala de apelación en el caso Tadic –Prosecutor v. Tadic (Case no. IT-94-1-A), Judgment, 15 de julio de 1999, párrafo 284. De acuerdo con esta decisión véase AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), pp. 43-44. La inclusión expresa de tales móviles en la definición de los crímenes contra la humanidad del art. 3 del Estatuto del Tribunal penal internacional para Ruanda ha llevado a este tribunal a argumentar que el requisito es una peculiaridad del Estatuto del Tribunal para Ruanda, y no de la definición general del crimen contra la humanidad, y que debe ser interpretado como adjetivo que califica la naturaleza del ataque en el que la conducta individual se enmarca y no como elemento subjetivo concurrente en el autor individual -véase AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), pp. 44 y ss. citando las sentencias de los casos *Akayesu* y *Bagilishema*

³¹ Véase AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), p. 45, citando jurisprudencia de los Tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda.

³² Véase Von HEBEL y ROBINSON, ob. cit. (nota 28), pp. 93 y ss.; DIXON, en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1999, art. 7, marg. 3.

³³ También en contra de la exigencia de un móvil discriminatorio para todas las modalidades AMBOS y WIRTH, „The current Law of Crimes Against Humanity“, en *Criminal Law Forum* 13: 2002, p. 21, apoyándose en la jurisprudencia del TPIY.

³⁴ Véase, como resumen de las numerosas opiniones doctrinales, la recomendación de la VIII Conferencia para la Unificación del Derecho penal de 1947, en *Actes de la VIII Conference International pour l'Unification du Droit pénal*, Pedone, París, 1949, pp. 224 y 225. En el mismo sentido se pronuncia la doctrina más moderna. Véanse, entre otros, BASSIOUNI, M. Ch., *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Nijhof, Dordrecht, 1992, p. 176 y ss.; ZOLLER, *La définition des crimes contre l'humanité*, JDI, nº 3, 1993, p. 549 y ss.; PIGRAU SOLE, “Reflexiones sobre el TPIY desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional”, en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, nº 11, 1994, pp. 233; CLARK, R. S., “Crimes Against Humanity at Nuremberg”, en GINSBURG y KUDRIAVTSEV, *The Nuremberg Trials and International Law*, Nijhof, Dordrecht, 1990, pp. 195 y ss., p. 178.

³⁵ Véase GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 107 a 112.

de ocupación³⁶. Se ha argumentado para explicar esta diferencia que la Ley nº 10, como Derecho de Ocupación, aplicaba Derecho Interno emanado de las autoridades ocupantes, al contrario que el Tribunal Militar Internacional que pretendía ser un tribunal internacional administrando Derecho internacional³⁷. Los “Principios de Nuremberg” confirmados por la Asamblea General en su Resolución 95 (I) de 11 dic. 1946, mantienen, en cambio, en la definición de los crímenes contra la humanidad la exigencia de relación con los crímenes de guerra o el crimen contra la paz³⁸, pero el requisito desaparece de nuevo en la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad³⁹. Debido, en parte, al sentimiento de frustración que produjo la impunidad de algunas conductas cometidas con anterioridad al inicio de la guerra, la doctrina mayoritaria exigía un concepto de crímenes contra la humanidad que permitiese el castigo de los mismos con independencia de su relación con otros crímenes de Derecho Internacional. Sin embargo, este cambio no suponía meramente una extensión del concepto a otras situaciones liberándolo de la difícil prueba de su relación con los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra. Sacar al crimen contra la humanidad del contexto bélico en el que había nacido, desvincularlo del Derecho de la Guerra en el que lo envolvió el proceso de Nuremberg, exigía la elaboración de un concepto nuevo, diferente del originario. Se estaba creando, como advirtió el relator especial SPIROPOULOS en el seno de la Comisión de Derecho Internacional⁴⁰, un delito nuevo. Resulta sorprendente que, a pesar de la práctica unanimidad en la doctrina sobre la independencia de los crímenes contra la humanidad respecto de la situación de guerra, el art. 5 del Estatuto del TPIY continúe vinculándolos a la existencia de un conflicto armado⁴¹. Además de sorprendente, la exigencia es sumamente censurable⁴² y por ello la doctrina ha

³⁶ En aplicación de la Ley nº 10 fueron castigados como crímenes contra la humanidad actos cometidos con anterioridad al inicio de la guerra. Así, p. ej., el Landgericht de Konstanz aplicó esta ley incluso a un crimen cometido en 1923, siguiendo la decisión del Oberstes Militärgericht in Rastatt, vinculante para todos los tribunales de la zona de ocupación francesa en relación con la aplicación de la Ley nº 10, que declaraba la aplicabilidad de la misma a los crímenes contra la humanidad cometidos antes del 30 de enero de 1933 - Véase la Sentencia del Landgericht Konstanz del 28/2/1947, en *Süddeutsche Juristenzeitung*, Jahrgang II, 1947, columnas 337 y ss.- Otros ejemplos pueden verse citados por AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), pp. 3 y ss.

³⁷ Véase SCHWELB, E., “Crimes Against Humanity”, en *The British Year Book of International Law*, 1946, pp. 218; *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, Ed. United Nations War Crimes Commission, Londres, 1948, pp. 213 y 214.

³⁸ Véase el principio VI.c de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, confirmados por la Asamblea General en su Resolución 95 (I) del 11 dic. 1946 y formulados por la Comisión de Derecho Internacional el 29 de julio de 1950 -*Yearbook of the ILC*, 1950, vols. I y II, reproducidos también en *AJIL*, 1950, Suplemento, p. 126.

³⁹ Sobre la historia del elemento nexa con la guerra véase AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), pp. 3 y ss.

⁴⁰ Véase *Yearbook of the International Law Commission*, 1951, vol I, p. 68.

⁴¹ El art. 5 del Estatuto del TPIY define los crímenes contra la humanidad como “...los siguientes actos cometidos en un conflicto armado de carácter interno o internacional y dirigidos contra cualquier población civil: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación; encarcelamiento; tortura; violación; persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; otros actos inhumanos”.

⁴² De la misma opinión MERON, T., “War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law” en *American Journal of International Law*, vol. 88, 1994, p. 86; PIGRAU SOLE, “Reflexiones sobre el TPIY desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del

intentado dar una explicación a esta regulación que no suponga un retroceso en la evolución del crimen contra la humanidad⁴³ y el TPIY ha reconocido también la autonomía de la categoría de los crímenes contra la humanidad respecto de los crímenes contra la paz y de los crímenes de guerra, señalando que, a pesar de ello, la definición del art. 5 del Estatuto, más restrictiva que la definición general de los crímenes contra la humanidad, exige un nexo con un conflicto armado (interno o internacional) -requisito que interpreta de una forma muy laxa- para que dichos crímenes entren en la competencia del Tribunal⁴⁴. En el mismo sentido se pronunció la Sala de Apelación en la decisión de 2 de octubre de 1995 al declarar que “es suficiente que los crímenes alegados estuvieran íntimamente relacionados (*closely related*) con las hostilidades que tienen lugar en otras partes de los territorios controlados por las partes en conflicto”⁴⁵. Dicha restricción no se contempla en el art. 3 del Estatuto para Ruanda⁴⁶, ni en ninguno de los proyectos de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad a partir de 1954, ni ha sido introducida en la definición de los crímenes de lesa humanidad del art. 7 del ECPI. El crimen contra la humanidad en el ECPI es, por lo tanto, un delito independiente de los crímenes contra la paz y de los crímenes de guerra⁴⁷. Únicamente se exige que los actos se cometan en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, requisito que explicaremos más adelante. Pero, por lo que

Derecho internacional”, en Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, nº 11, 1994, pp. 232 y ss.

⁴³ Así, por ej. PIGRAU SOLE, “Reflexiones...” *ob. cit.* (nota 34), pp. 232 y ss. afirma que, desde el punto de vista de la competencia *ratione materiae* del Tribunal la limitación no es decisiva puesto que su propia jurisdicción va ligada a la existencia de un conflicto armado; MORRIS/SCHARF, *An insider’s Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. A documentary History and Analysis*, 1, Transnational Publishers, New York, 1995, pp. 82 y ss., opinan que la restricción se debe a la limitación de la jurisdicción del Tribunal, y no al propio concepto de crimen contra la humanidad en Derecho Internacional. En su opinión, la limitación es de carácter temporal, no material, por lo que no exige una conexión sustantiva con un crimen de guerra o con el conflicto armado. Esta última interpretación es discutible, pues los límites temporales de la jurisdicción del Tribunal ya están señalados en el art. 8. También achaca la limitación al origen y funciones asignadas al Tribunal TOMUSCHAT, C., “La creación de un sistema de enjuiciamiento penal internacional está tomando forma”, en *La Revista, Comisión internacional de juristas*, número especial, nº 50, 1993, p. 70. Para O’BRIEN, J.C., *Current Developments, American Journal of International Law*, vol 87, 1993, pp. 649 y ss., son posibles varias interpretaciones de la expresión “cometido en un conflicto armado”: se puede entender como “durante” el conflicto, sin exigir un nexo sustantivo con el mismo; se puede interpretar que el hecho ha de ser cometido en ejecución o en conexión con una violación del Derecho de la Guerra o con el genocidio; o se puede defender una interpretación mixta que recoja las dos anteriores, en el sentido de la jurisprudencia de Nuremberg.

⁴⁴ Véanse Decision on the defence motion on Jurisdiction of the Tribunal. Case Nº IT-94-I-T (Dusko Tadic). 10 August 1995, pp. 19 a 32, Trial Chamber, Opinion and Judgment of 7 May 1997, Prosecutor v. Dusko Tadic, Case Nº. IT-94-1-T, pp. 201 y ss. y 236-237.

⁴⁵ Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of the Tribunal, 2 Oct. 1995, Case Nº. IT-94-1-AR72, párrafo 70- (la traducción es propia).

⁴⁶ El art. 3 del Estatuto del TPIR define los crímenes contra la humanidad como “...los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: a) homicidio intencional; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelamiento; f) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) otros actos inhumanos.”

⁴⁷ AMBOS y WIRTH, *ob. cit.* (nota 14), p. 11, afirman en el mismo sentido que no puede afirmarse la existencia en Derecho internacional consuetudinario del requisito de la conexión con la guerra tal y como se entendió éste en Nuremberg.

ahora nos interesa, el Informe del Grupo de Trabajo sobre los elementos del Crimen ha dejado claro que no debe tratarse necesariamente un ataque militar⁴⁸.

Respecto de cuál deba ser el *sujeto activo* de estos delitos, las opiniones doctrinales se dividieron desde el nacimiento de esta figura entre quienes exigen la intervención o al menos la tolerancia del poder político⁴⁹ y quienes defienden que el delito no exige un sujeto activo especial, pudiendo ser cometido por individuos privados⁵⁰. En favor de la primera postura cabe alegar el propio origen del concepto de crimen contra la humanidad y la jurisprudencia relativa a la Segunda Guerra Mundial⁵¹,

48 Art. 7, Introducción, punto 3. Véase también DIXON, ob. cit. (nota 32), marg. 8 y s.

49 Mantiene esta posición, entre otros, HERZOG, "Contribution a l'étude de la definition du crime contre l'humanité", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1947, p. 169; GRAVEN "Les crimes contre l'humanité", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 76, 1950, pp. 474 y ss.; LEVASEUR/ DECOCQ, "Infractions Internationales", *Repertoire Dalloz de droit international*, n° 2, p. 184; DAUTRICOURT, "La definition du crime contre l'humanité" en *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 1, 1947-48, pp. 51 y 54, recogido también en *Actes de la VIII Conference International pour l'Unification du Droit pénal*, Pedone, París, 1949, p. 55; ARONEAU, E., "Naissance et application de la loi international reprimant le crime contre l'humanité", en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1947-1948, pp. 876 y ss.; PELLA, en el Memorandum preparado por Vespasian V. Pella, presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, a solicitud del Secretariado, Document A/CN.4/39, en *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, pp. 278 y ss.; ZOURECK y LAUTERPACHT, en *Yearbook of the International Law Commission*, 1954, vol I, pp. 142 a 144; RÖLING, "The Law of War and the National Jurisdiction since 1945", en *RCADI*, vol. 100, 1960, t. II, p. 347; BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity*, ob. cit. (nota 34) p. 255; el Tribunal Supremo francés -véase HUET-KOERING, *Droit pénal international*, París, PUF, 1994, pp. 104 y ss.-; DROST, P. N., en su concepto de "humanicidio" que diferencia del genocidio y del crimen contra la humanidad tal y como se establecieron en las previsiones de la posguerra, en *The crime of State. Penal protection for fundamental freedoms of persons and peoples, I, Humanicide. International Governmental Crime against Individual Human Rights*, Leyden, 1959, pp. 347 y ss.; JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch*, 5. Aufl., p. 125. La VIII Conferencia para la Unificación del Derecho Penal celebrada en Bruselas en 1947, aunque no incluye en la definición del crimen contra la humanidad la exigencia de la participación o tolerancia del Estado, concluyó en su resolución que la represión de dichos crímenes -los actos cuya naturaleza tienda a la supresión de la vida humana, perpetrados contra individuos o grupos en razón de su raza, nacionalidad, religión u opiniones- debe ser organizada en el plano internacional y asegurada por una jurisdicción penal internacional cuando los culpables fueren gobernantes, órganos estatales o individuos protegidos por el Estado, así como en defecto de una represión penal nacional. Véase *Actes de la VIII Conference International pour l'Unification du Droit pénal*, Pedone, París, 1949, pp. 227 y 228.

50 En opinión de QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, t. I, CSCI, Madrid, 1955, p. 652, es difícil pero no imposible concebir un crimen contra la humanidad cometido sin la participación del Estado.

51 Los tribunales militares americanos mantienen, por ejemplo, que existe un crimen contra la humanidad "only where there is a proof of conscious participation in systematic government organized or approved procedures amounting to atrocities and offences of the kind specified in the act and committed against populations or amounting to persecutions on political, racial, or religious grounds" (sólo cuando hay pruebas de participación consciente en procedimientos sistemáticamente organizados o aprobados por el gobierno) véase *United States v. Altstoetter*, case 3 ("The Justice Case"), en *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, Vol. III, US Government Printing Office, Washington, 1951, p. 982; "The provision is directed against offences and inhumane acts and persecutions on political, racial or religious grounds systematically organized and conducted by or with the approval of the government" (La provisión se dirige contra delitos y actos inhumanos y persecuciones basadas sobre motivos políticos, raciales o religiosos, sistemáticamente organizadas y conducidas por o con la aprobación del gobierno), ob. cit. p. 973; para el *Oberstes Gerichtshof für die Britische Zone* la relación con un régimen tiránico y arbitrario como el que existió en la época nazi es un elemento esencial del crimen contra la humanidad,

la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal Internacional y la necesidad de distinguir estos actos de los delitos comunes de Derecho Interno. A favor de la segunda se dice que la misma no limita como la anterior el concepto y que tales delitos pueden ser cometidos por organizaciones o grupos. En mi opinión, la solución correcta estaría en una postura intermedia. Si bien es cierto que la limitación a los órganos estatales excluiría la posibilidad de calificar como crímenes contra la humanidad, por ejemplo, los cometidos por una facción rebelde o grupo revolucionario enfrentado al gobierno, lo que no parece deseable, el extenderlo a cualquier tipo de grupo u organización incluiría, por ejemplo, los crímenes cometidos por organizaciones de tipo mafioso o de ideología extremista cuya represión puede asumir perfectamente el ordenamiento interno⁵². Sólo cuando la organización o grupo ha alcanzado tal poder que neutraliza el poder del Estado o controla *de facto* una parte del territorio, puede hablarse de la necesidad de la intervención subsidiaria del Derecho Penal Internacional. Por ello, sería suficiente, siguiendo a CAMPBELL⁵³, exigir la participación o la tolerancia⁵⁴ del poder político *de iure* o *de facto*, para definir el concepto de crimen contra la humanidad, pero sin convertir los tipos concretos, por otra parte, en delitos especiales, por los problemas respecto de la participación que ello podría comportar⁵⁵. En realidad ya en la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial puede verse la exigencia de la conexión con algún tipo de autoridad o ejercicio del poder político como elemento internacional del crimen contra la humanidad que sustituye al de la conexión con la guerra⁵⁶. Este criterio va a permitir distinguir los crímenes contra la humanidad de los delitos comunes⁵⁷. Esta es también la opinión de la Sala de Primera Instancia del TPIY

véanse *Entscheidungen des Obergerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen*, vol. I Berlin-Hamburg, 1948, caso nº 3, p. 14; vol. II, Berlin 1950, caso nº 45, p. 234 y nº 78, p. 385.

⁵² En mi opinión los delitos cometidos por grupos terroristas contra los que lucha el aparato estatal no constituyen crímenes contra la humanidad. Solamente si se puede argumentar que dicho grupo terrorista ejerce un poder político de facto, bien porque controla un determinado territorio y escapa al poder del Estado, bien porque es apoyado por otro Estado, se podría argumentar que sus acciones alcanzan el grado de delitos internacionales. Este debería ser en mi opinión también el criterio para decidir qué tipo de terrorismo debe ser incorporado en un futuro al Estatuto de Roma como crimen de competencia de la Corte penal internacional, dejando fuera los supuestos en que el terrorismo es únicamente un delito de ámbito nacional y también los casos de delito transnacional –sobre la distinción entre delito transnacional e internacional véase GIL GIL, ob. cit. (nota 3) pp. 43 y ss.-.

⁵³ Véase CAMPBELL, P. C., §220a StGB. *Der richtige Weg zur Verhütung und Bestrafung von Genocid?*, Frankfurt am Main, Lang, 1986, pp. 104 y ss. Aunque este autor se refiere en su argumentación exclusivamente al delito de genocidio, considero que la misma es aplicable de igual manera al crimen contra la humanidad. De la misma opinión AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), pp. 26 y ss.

⁵⁴ Respecto de la debatida cuestión de si basta con la mera tolerancia del Estado véase la amplia y acertada argumentación sistemática a favor de AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), pp. 27 y ss. También a favor de admitir la omisión deliberada de actuar por parte del Estado véase GÓMEZ BENITEZ, „Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la CPI y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho penal español“, en *El Derecho penal internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial EJ CGPOJ, VII, 2001, pp. 24 y ss.

⁵⁵ Al exigir la tolerancia o participación del Estado, no se pretende que el sujeto activo del delito sea un funcionario. El crimen contra la humanidad podrá ser cometido por un individuo privado siempre que actúe con la tolerancia o participación del poder.

⁵⁶ AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), pp. 6 y ss. Respecto de la regulación del sujeto activo en los distintos Proyectos de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad véase véase GIL GIL, ob. cit. (nota 3) pp. 120 y s.

⁵⁷ Sobre las circunstancias que convierten a un delito común en delito internacional en el caso de bienes jurídicos compartidos por los órdenes internos e internacional véase GIL GIL,

que, al explicar la extensión del elemento político del crimen contra la humanidad a políticas distintas de la sustentadas por el Estado, defiende que “el Derecho en relación con los crímenes contra la humanidad se ha desarrollado para tomar en consideración fuerzas que, aún no siendo el gobierno legítimo, tienen el control de facto sobre un territorio definido o son capaces de moverse libremente en el mismo”⁵⁸. Y ésta es en mi opinión la solución que ha tomado el art. 7 del ECPI, ya que al establecer en su apartado 2 que el “ataque contra una población civil”, del que deben formar parte todos los actos descritos para ser considerados crímenes contra la humanidad, exige la actuación “de conformidad con la política de un Estado o de una organización”, nos permite defender que dicha organización no estatal debe ejercer un poder político *de facto*⁵⁹. Esta opinión puede verse reforzada por la definición de los Elementos del Crimen que explican la expresión “ataque contra una población civil” en el sentido de “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos indicados... en cumplimiento de la política de un estado o de una organización”, y que hacen incluso referencia expresa, en la definición de algunas conductas, a que el autor debe actuar en nombre o con el apoyo, autorización o aquiescencia de la “organización política” o del Estado⁶⁰.

En mi opinión, como señalan AMBOS y WIRTH⁶¹, no basta una inactividad política debida a la mera negligencia, pero sí debe admitirse para cumplir con este elemento la mera tolerancia. El párrafo 3 de la Introducción al artículo 7 del documento „Elementos de los crímenes“ establece en su último inciso: „Se entiende que la „política... de cometer esos actos“ requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil“ y en nota a pie de página se aclara: „La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se llevará a cabo mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría llevarse a cabo por medio de una omisión deliberada de actuar que apuntase conscientemente a alentar un ataque de este tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización“. Por lo tanto los „Elementos de los crímenes“ no rechazan por completo pero limitan notablemente la posibilidad de cumplir este requisito mediante la omisión de actuación del Estado, es decir, la mera tolerancia. Sin embargo, como señalan AMBOS y WIRTH⁶², dado que el contexto del crimen admite de forma disyuntiva las posibilidades de comisión de manera sistemática o generalizada, y dado que toda participación activa del poder político como tal dará lugar a una acción sistemática, sólo es posible imaginar dicha participación en una acción no sistemática pero generalizada en la forma de una „tolerancia“.

Derecho penal internacional, 1999, pp. 27 a 39. En sentido similar AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), pp. 13 y 14.

⁵⁸ Trial Chamber, Opinion and Judgment of 7 May 1997, p. 251, párrafo 654 (la traducción es propia).

⁵⁹ En el mismo sentido DIXON, ob. cit. (nota 32) p. 159, AMBOS y WIRTH, „The current Law of Crimes Against Humanity“, en *Criminal Law Forum* 13: 2002, pp. 26 y ss.

⁶⁰ Art. 7, 1) i), punto 4.

⁶¹ AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), pp. 26 a 34.

⁶² AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), pp. 33-34. En su opinión además este apartado de la introducción no tiene valor jurídico –p. 33-.

El *sujeto pasivo* del crimen contra la humanidad, será el individuo, como portador del *bien jurídico* eminentemente personal lesionado⁶³. La exigencia de que los crímenes contra la humanidad sean cometidos en el marco de una acción sistemática o a gran escala no impide considerar que cada ataque individual contra un bien jurídico fundamental cometido en dichas circunstancias constituye un crimen contra la humanidad, de la misma manera que cada acto considerado violación grave del Derecho de la Guerra constituye un crimen de guerra⁶⁴. Al contrario, esta solución es una exigencia si se quiere ser coherente con los bienes jurídicos elegidos⁶⁵ y ha sido también la doctrina mantenida por la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales⁶⁶. En mi opinión esta interpretación vendría avalada por la definición de los Elementos de los Crímenes al incluirse en las distintas modalidades de crímenes contra la humanidad la posibilidad de que las mismas queden consumadas mediante un sólo hecho cometido contra una sola persona, siempre que dicha conducta se realice en el contexto requerido. Además la propia terminología avala esta interpretación. Se habla de crimen de genocidio, en singular, pero de crímenes de guerra (o de violaciones de las leyes y costumbres de la guerra) y de crímenes contra la humanidad, en plural, lo que muestra, en mi opinión, que se trata en ambos casos de categorías de delitos, y no de un único delito en el que no importa el número de acciones y de víctimas. El considerar el crimen contra la humanidad como un único delito, en lugar de considerar cada una de las acciones individuales como un crimen contra la humanidad, supondría una desproporción punitiva que favorece al criminal contra la humanidad en lugar de considerar su delito como de mayor gravedad con respecto al delito de asesinato, ya que el aumento de injusto que supone cada una de las muertes posteriores no tendría un reflejo en la pena similar al que se conseguiría aplicando un concurso real de delitos. Sin embargo, también es cierto que, dependiendo del sistema elegido para castigar el concurso, de la amplitud de los marcos penales abstractos, de la discrecionalidad del juez a la hora de elegir la pena concreta y de la fijación de la pena máxima que puede

63 Sobre la posibilidad de que los bienes jurídicos individuales sean objeto de protección del Derecho Penal Internacional véase GIL GIL, A, Derecho Penal Internacional, pp. 27 y ss.; la misma, ZStW, 112, 2000, pp. 382 y ss; la misma, El genocidio y otros crímenes internacionales, pp. 17 y ss. A favor de que lo protegido en los crímenes contra la humanidad son los bienes jurídicos personales fundamentales véase también Grupo de Estudios de Política Criminal, „Una propuesta de Justicia Penal Internacional“, 2002, p. 33.

64 De la misma opinión BASSIOUNI, M. Ch., Crimes against Humanity... *ob. cit.* (nota 34) p. 248; MEYROWITZ, H., La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance a une organisation criminelle en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960, p. 255; DIXON, *ob. cit.* (nota 32), p. 125, marg. 9; SUNGA, L. S., en AMBOS y GUERRERO (Compiladores), El Estatuto de Roma de la CPI, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 249; AMBOS y WIRTH, „The current Law of Crimes Against Humanity“, en *Criminal Law Forum* 13: 2002, p. 17 y p. 35, citando jurisprudencia del TPIY y el TPIR.

65 Sobre la imposibilidad dogmática mayoritariamente aceptada de apreciar una unidad delictiva en los supuestos de lesión de varios bienes jurídicos individuales personalísimos véase MAIWALD, Die natürliche Handlungseinheit, Heidelberg, 1964, pp. 80 y ss.; GIL GIL, „Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por el delito de genocidio“, en *Revista de Derecho penal y Criminología de la UNED*, n° 4, 1999, p. 787.

66 Véanse las numerosas sentencias de ambos tribunales citadas por AMBOS y WIRTH, *ob. cit.* (nota 14), p. 35, notas 159 y 160.

ser impuesta por los tribunales, esa desproporción punitiva puede verse finalmente diluida⁶⁷.

La acertada no inclusión de la exigencia de actuar por determinados móviles en todas las modalidades de crimen contra la humanidad viene a confirmar esta interpretación descartando la contraria de que lo protegido sea un bien jurídico colectivo. Los móviles no forman parte del concepto o categoría de los crímenes contra la humanidad⁶⁸. Y así lo ha admitido el ECPI, que no contempla la necesidad de actuar por determinados móviles al definir la categoría de los crímenes de lesa humanidad, exigiéndolos únicamente para la modalidad de “persecuciones”⁶⁹, como lo hacía el Estatuto de Londres. Cuando se habla de las persecuciones, sin embargo, el significado de los móviles puede ser otro. Resulta evidente que el término “persecuciones” no describe la acción prohibida con la precisión requerida. En qué han de consistir las persecuciones es algo que deberá ser concretado por el intérprete⁷⁰. En esta interpretación los móviles nos pueden indicar que lo que se castiga en la modalidad de persecuciones son los actos graves de discriminación o conductas de incitación al odio o a la violencia contra determinados grupos de población.

B.- Modalidades de comisión.

El art. 7 del ECPI define a los crímenes contra la humanidad de la siguiente manera:

“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 la población civil y con conocimiento de dicho ataque*:”

Este primer párrafo describe la situación o contexto en el que debe cometerse la conducta para constituir un crimen contra la humanidad. El acto concreto subsumible en alguna de las modalidades enumeradas a continuación debe, por lo tanto, constituir una

⁶⁷ En el sistema español, en el que el concurso real de delitos se regula mediante el sistema de absorción jurídica, siendo los límites previstos en el art. 76 CP límites al cumplimiento efectivo pero no a la condena, que deberá incluir todas las penas correspondientes -véase BOLDOVA PASAMAR, M. A., en GRACIA MARTÍN/ BOLDOVA PASAMAR/ ALASTUEY DOBON, Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP español, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 220 y 221-, la aplicación de un concurso real permite recoger el *plus* de injusto que suponen cada una de las acciones posteriores. En cambio, en el sistema de exasperación o de absorción agravada del antiguo Código penal yugoslavo, en el que los límites dispuestos en el art. 48 lo son a la pena única imponible por el tribunal, la desproporción punitiva de la que hablamos es apenas perceptible, pues el *plus* de injusto no podrá tener reflejo en la pena a imponer al no poder superar ésta nunca el límite de los veinte años (o la pena de muerte), que es además el límite máximo de la pena que pueden recibir tanto los crímenes de guerra como el homicidio.

⁶⁸ De la misma opinión MEYROWITZ, H., La répression... ob. cit. (nota 64), pp. 289 y 290; AMBOS y WIRTH, „The current Law of Crimes Against Humanity“, en *Crimianl Law Forum* 13: 2002, p. 21, citando jurisprudencia del TPIY.

⁶⁹ Sobre el significado que los móviles puedan tener en relación con esta modalidad véase *infra* en el texto.

⁷⁰ Al estudiar *infra* esta modalidad en concreto veremos las posibles interpretaciones y cuál ha sido elegida en la definición de los Elementos del Crimen.

participación en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil⁷¹. El carácter doloso de todos los crímenes de competencia de la CPI, la inclusión de este elemento en el tipo de todos los crímenes contra la humanidad y la propia concepción de cada acto concreto como una aportación al ataque común, exigen que el dolo del autor se extienda también al contexto, aunque no tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado u organización⁷². Basta con que conozca que su concreta conducta dolosa se enmarca dentro de una acción conjunta, más amplia, de estas características⁷³, y basta, además, en mi opinión, con cualquier tipo de dolo, tanto respecto de la conducta concreta realizada como respecto del conocimiento del ataque⁷⁴.

Este elemento común a todas las modalidades fue introducido con el argumento correcto de que el Derecho Internacional consuetudinario no había reconocido nunca como crimen contra la humanidad cualquier comisión de un acto inhumano aislado⁷⁵, y

⁷¹ Sobre el tipo de relación necesaria entre el acto y el ataque véase DIXON, ob. cit. (nota 32) pp. 125 y s., marg. 10.

⁷² Elementos, art. 7, Introducción, punto 2. AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), p. 41

⁷³ En el mismo sentido AMBOS, K., La Ley, Nº 5212, 26 dic. 2000, p. 2.

⁷⁴ El TPIY y el TPIR han admitido la suficiencia de un conocimiento correspondiente a nuestro concepto de dolo eventual en relación con el contexto. Véase AMBOS y WIRTH, „The current Law of Crimes Against Humanity“, en *Criminal Law Forum* 13: 2002, pp. 38 y 39 y 48 y ss. En mi opinión el art. 30 del Estatuto permite el castigo del dolo eventual, como he explicado supra en la introducción. No me parece coherente admitir el dolo eventual para un elemento del tipo: el contexto y exigir en cambio un dolo cualificado para los restantes, como hacen AMBOS y WIRTH, p. 39.

⁷⁵ Desde el punto de vista del desarrollo del concepto no hay que perder de vista que el crimen contra la humanidad nace como una extensión del crimen de guerra. El juez Jackson había justificado la competencia del Tribunal Militar Internacional sobre tales actos en que los mismos habían sido realizados en ejecución de un plan tendiente a la conducción de una guerra injusta. -véase GIL GIL, A, *Derecho Penal Internacional*, pp. 106 y ss.-. También el Comité jurídico de la U. N. War Crimes Commission entendía que los actos aislados no podían ser considerados crímenes contra la humanidad. Era necesaria, en principio, una acción masiva y sistemática, en particular si la misma estaba revestida de autoridad, para convertir un delito común, punible sólo según el Derecho Interno, en crimen contra la humanidad que deviene así en materia del Derecho Internacional. Véase *History of the United Nations War Crimes Commission... ob. cit.*, p. 179. La guerra es una situación general, colectiva, y, como tal, capaz de turbar el orden internacional. Cuando se los desvincula de la situación de guerra, puede tener sentido buscar una situación general o colectiva similar para encuadrar la categoría de los crímenes contra la humanidad. Dicha situación se puede definir por la magnitud de sus efectos, y entonces se dirá “masiva”; o por su forma: “sistemática”. De este modo, al igual que los crímenes de guerra deben ser cometidos en relación con las operaciones bélicas, los crímenes contra la humanidad han de ser cometidos en el marco de una acción masiva o sistemática, dirigida, organizada o tolerada por el poder político *de iure* o *de facto*. El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996 exige en su art. 18 que los actos considerados crímenes contra la humanidad sean cometidos de manera sistemática o a gran escala. La Comisión en su informe explica que se trata de requisitos alternativos. Que el acto sea cometido de manera sistemática implica, según el informe, que se ejecute siguiendo una política o plan preconcebido. La ejecución de dicho plan o política puede consistir en la comisión repetida o continua de actos inhumanos. La comisión a gran escala significa, según la Comisión, que los actos se dirigen contra una multitud de víctimas, lo que excluye, afirma el informe, un acto inhumano aislado cometido por un sujeto que actúe por propia iniciativa, y dirigido contra una sola víctima - Véase *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May-26 July 1996, General Assembly, Official Records, fifty-first Session, Supplement nº 10 (A/51/10)*, pp. 94 y 95 -. No se exige expresamente en el Estatuto del TPIY, a pesar de que el Secretario General había destacado esta característica del concepto de crimen contra la humanidad en su informe sobre el Estatuto -véase GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, pp. 143 y ss.-, pero la Sala de Primera Instancia del TPIY en juicio del caso Tadic, ha interpretado el

que, por el contrario, para garantizar su pertenencia al ámbito internacional había que exigir que el acto fuera parte de una campaña mayor de atrocidades cometidas contra civiles⁷⁶. La comisión de los distintos ataques contra bienes jurídicos personalísimos fundamentales en el marco de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de iure o de facto distingue dichas conductas de los delitos comunes al suponer el contexto en el que se realizan un aumento de injusto consistente en un mayor desvalor de la acción, por aumentar notablemente su peligrosidad, ya que por una parte el autor cuenta con medios de los que no dispone el autor de un delito común y por otra se garantiza en cierta manera su impunidad y el éxito de su conducta criminal⁷⁷.

Las discusiones se centraron a partir de ahí en la cuestión de si los adjetivos “generalizado” y “sistemático” que calificaban el ataque debían exigirse conjunta o disyuntivamente, optándose al final por esta última solución, con el argumento de que la exigencia de que los actos formaran parte de un ataque excluía el peligro de que, bajo el adjetivo “generalizado” se pretendiera la inclusión de olas de crímenes comunes que no debían pertenecer a la jurisdicción del tribunal⁷⁸.

Por “ataque contra una población civil” debe entenderse una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos en cuestión contra una población civil en cumplimiento de una política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o de promover esa política⁷⁹. Se entiende que la “política” de cometer esos actos requiere que el Estado o la organización promueva o estimule activamente un ataque de este tipo contra una población civil. Aunque no se excluye que en circunstancias excepcionales tal política pudiera ser llevada a cabo mediante una omisión deliberada de actuar, encaminada conscientemente a estimular el ataque, se aclara que la simple

término “población”, siguiendo las doctrinas de SCHWELB y de la United Nations War Crimes Commission, y el Informe de la ILC sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, en el sentido de que se excluyen los actos particulares. El acto debe ocurrir, por tanto, en un marco amplio o sistemático, debe existir algún tipo de política del gobierno o de una organización o grupo para cometer ese acto y el autor debe conocer el contexto en el que realiza sus acciones. - Véase Trial Chamber, Opinion and Judgment of 7 May 1997, Prosecutor v. Dusko Tadic, Case N° IT-94-1-T, pp. 244 y ss, párrafo 644 y ss. El ataque amplio se refiere, según la Sala, al número elevado de víctimas, y el carácter sistemático a la existencia de un modelo o plan metódico. Pero concluye el Tribunal, siguiendo la doctrina de MEYROWITZ, que me parece la más acertada, que un acto único cometido en el contexto de un ataque amplio y sistemático contra una población civil acarrea responsabilidad penal individual y el individuo autor no necesita cometer diferentes delitos para ser responsable. Por lo tanto, si bien es cierto que un acto aislado no constituye un crimen contra la humanidad, sí que puede constituirlo un acto único cometido en relación con un ataque amplio o sistemático - ob. cit. (nota 64), p. 247- 248, párrafo 649. Véase también The Prosecutor v. Mile Msksic, Miroslav Radic, and Veselin Sljivancanin, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Case N° IT-95-13-R61, T.Ch.I, 3 April 1996 (“Vukovar Hospital Decision”). El art. 3 del Estatuto del TPIR sí exige expresamente “que los actos sean cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil”. Véase también DIXON, ob. cit. (nota 32), p. 126 y s.

⁷⁶ Von HEBEL y ROBINSON, ob. cit. (nota 28), p. 94.

⁷⁷ De la misma opinión AMBOS y WIRTH, „The current Law of Crimes Against Humanity“, en *Criminal Law Forum* 13: 2002, p. 14.

⁷⁸ Von HEBEL y ROBINSON, ob. cit. (nota 28), p. 94; DIXON, ob. cit. (nota 32), p. 123, AMBOS y WIRTH, „The current Law of Crimes Against Humanity“, en *Criminal Law Forum* 13: 2002, p. 18, citando jurisprudencia de los TPIY y TPIR.

⁷⁹ Elementos de los Crímenes, art. 7, Introducción, punto 3.

ausencia de acción gubernamental o de la organización no es suficiente sin más para la afirmación de tal política⁸⁰. En mi opinión esto debe interpretarse, como ya he dicho, en el sentido de que no basta una inactividad política debida a mera negligencia, pero sí debe admitirse en una interpretación sistemática la mera tolerancia, pues una política en relación con una ataque masivo que no sea a la vez sistemático sólo es imaginable si consiste en la denegación deliberada de protección contra dicha acción masiva⁸¹.

La redacción del precepto me parece sumamente clara respecto de la suficiencia de la comisión de un único acto, siempre que el mismo se realice como parte del ataque generalizado o sistemático. La exigencia de que los crímenes contra la humanidad sean cometidos en el marco de una acción sistemática o a gran escala no impide, como ya hemos señalado, considerar, siguiendo la jurisprudencia del TPIY⁸², que cada ataque individual contra un bien jurídico fundamental cometido en dichas circunstancias constituye un crimen contra la humanidad, de la misma manera que cada acto considerado violación grave del Derecho de la Guerra constituye un crimen de guerra⁸³. Al contrario, esta solución es una exigencia si se quiere ser coherente con los bienes jurídicos elegidos.

(a) *Asesinato*;

Aunque la traducción haya elegido el término “asesinato” no hay que identificarlo con la figura del art. 139 del CP español, sino con el homicidio doloso, pues según la definición de los Elementos de los Crímenes esta conducta consiste en dar muerte o causar la muerte⁸⁴, sin exigirse que se realice de una manera determinada o mediante medios o métodos que supongan una mayor gravedad de la conducta⁸⁵. Lo único que se exige es, por lo tanto, que sea dolosa⁸⁶ y puede cometerse tanto por acción como por omisión⁸⁷. El tipo subjetivo exige no sólo el dolo de matar sino, por supuesto, que dicho dolo se extienda a los demás elementos del delito, es decir, en especial, que el sujeto conozca que su acción de dar muerte a una o más personas se encardina en un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil⁸⁸, aunque no conozca todos los detalles de dicho ataque, o, en el caso de que el ataque

80 Elementos de los Crímenes, art. 7, Introducción, punto 3.

81 AMBOS y WIRTH, „The current Law of Crimes Against Humanity“, en *Crimian Law Forum* 13: 2002, pp. 32 y 33.

82 Véase *supra* la nota 75.

83 De la misma opinión BASSIOUNI, M. Ch., *Crimes against Humanity... ob. cit.* (nota 34) p. 248; MEYROWITZ, H., *La répression... ob. cit.* (nota 64), p. 255.

84 Elementos de los Crímenes, art. 7 1) a).

85 Así también la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales. Véase AMBOS y WIRTH, *ob. cit.* (nota 14), pp. 50 y ss.

86 Véase HALL, en Triffterer (ed.), *Commentary ...*(nota 4), art 7, marg. 19.

87 Véase HALL en Triffterer (ed.), *Commentary ...*(nota 4), art 7, marg. 20, citando la sentencia Akayesu.

88 Se sigue además con ello la jurisprudencia del TPIY en el caso Tadic, -*ob. cit.*, p. 254, párrafo 659- en el que manifestó: “El autor debe conocer que existe un ataque contra la población civil, que su acto se enmarca en dicho ataque y el acto no debe ser cometido por razones puramente personales no relacionadas con el conflicto armado” .

fuera todavía emergente, que haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de este tipo o se propusiera promover un ataque de este tipo⁸⁹. Basta cualquier clase de dolo⁹⁰.

(b) Exterminio;

Los Elementos del Crimen definen esta conducta como “dar muerte a una o más personas”. Para intentar distinguirla de la conducta anterior se especifica que la presente consiste en un asesinato en masa⁹¹, y se ejemplifica que puede cometerse, p. ej., mediante la imposición de condiciones de vida encaminadas a causar la destrucción de una parte de la población, como la privación del acceso de alimentos y medicinas⁹². Con todo ello la regulación específica de este supuesto resulta superflua pues cada una de esas muertes que constituyen el asesinato en masa es subsumible en el apartado anterior, y esta modalidad específica no puede sino traer problemas a la hora de calcular la pena adecuada a la gravedad de lo injusto cometido, dada la ausencia en el Estatuto de reglas específicas para los supuestos de concursos. En cuanto al tipo subjetivo coincidirá con el de la modalidad anterior.

(c) Esclavitud;

Según los Elementos de los Crímenes⁹³ y el art. 7.2 c) del Estatuto, esta modalidad consiste en ejercer uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas, darlas en trueque, o imponerles algún tipo similar de privación de libertad que, p. ej. las reduzca a una situación servil. Esta modalidad incluye la trata de personas, en particular de mujeres y niños⁹⁴. El tipo subjetivo incluye la conciencia y voluntad de realizar alguna de las conductas descritas y de que la misma se encardine en un ataque generalizado o sistemático, tal y como hemos explicado en la modalidad de asesinato.

89 Véase Elementos de los Crímenes, Introducción, punto 2 y art. 7 1 a) punto 3.

90 Se exige únicamente que el sujeto sea consciente de la existencia del ataque del que su acto forma parte, lo que en mi opinión es compatible con el concepto de dolo eventual. Véase además la definición del art. 30 del Estatuto, que permite interpretar también que basta un dolo eventual de matar. En el mismo sentido HALL, pp. 130 y 131.

91 Elementos de los Crímenes, art. 7, 1) b) punto 2. Sobre su diferencia con el delito de genocidio véase HALL, en Triffterer (ed.), Commentary ...(nota 4), art 7, marg. 24 y s.

92 Elementos de los Crímenes, art. 7, 1) b) punto 1 y nota 4 y art. 7.2.b del Estatuto.

93 Elementos de los Crímenes, art. 7, 1) c) punto 1 y nota 6.

94 Véase la Convención contra la Esclavitud de 1926 y la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956.

(d) Deportación o traslado forzoso de población;

Los Elementos del Crimen, y el art. 7.2.d del Estatuto describen esta modalidad como la deportación o traslado por la fuerza, sin motivos autorizados por el Derecho Internacional, mediante la expulsión u otros actos de coacción a una o más personas, que se hubieran hallado legítimamente en la zona, a otro Estado o lugar⁹⁵. Los traslados o deportaciones tienen que hacerse, por lo tanto, contra la voluntad del sujeto y mediante el uso de la fuerza, la coacción o la amenaza, que pueden ejercerse incluso de forma indirecta creando un clima de violencia o intimidación que infunda temor a esas personas, o mediante la opresión psicológica o el abuso de poder⁹⁶. El tipo incluye tanto las expulsiones de un Estado, como los traslados forzosos de población dentro del propio Estado contrarias al Derecho Internacional⁹⁷. En la definición de esta modalidad se ha puesto especial cuidado en excluir del tipo las acciones de expulsión de ilegales (que se prevén en la mayoría de las legislaciones nacionales) o aquellas autorizadas por el Derecho Internacional. Para ello se incluyen varios elementos normativos, como que la deportación o traslado se realice sin motivos autorizados por el Derecho Internacional y que la persona desplazada se hallara legítimamente en la zona. El juez deberá acudir a la legislación internacional y del Estado en cuestión para dotar de contenido a dichos elementos⁹⁸.

El tipo subjetivo exige el dolo, es decir, el conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos del tipo, lo que incluye el conocimiento de los elementos normativos, para cuya constatación basta con la valoración paralela en la esfera del profano⁹⁹ y, por supuesto, como en todas las modalidades, el conocimiento y voluntad de que ello se hace en el marco de un ataque generalizado y sistemático. Los Elementos de los Crímenes exigen expresamente que el sujeto conozca que la víctima se hallaba legítimamente en la zona¹⁰⁰. La mención expresa no era necesaria, pues al tratarse de un elemento del tipo objetivo, la ausencia de conocimiento del mismo excluye el dolo y la conducta resulta atípica al no estar regulada su comisión imprudente.

(e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho Internacional;

Esta modalidad consiste en la encarcelación o sometimiento a privación de libertad física, de una o más personas, de forma tan grave que constituya una infracción

95 Elementos de los Crímenes, art. 7, 1) d) puntos 1 y 2.

96 Elementos de los Crímenes, art. 7, 1) d) punto 1 y nota 8.

97 HEBEL y ROBINSON, ob. cit. (nota 28), p. 99, AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), p. 61, citando jurisprudencia; HALL, en Triffterer (ed.), Commentary ...(nota 4), art 7, marg. 33.

98 Sobre dichas normas véase HALL, en Triffterer (ed.), Commentary ...(nota 4), art 7, marg. 32 y ss. Sobre los requisitos establecidos por la jurisprudencia relativa a la Segunda Guerra Mundial para determinar la ilegalidad de la deportación, la normativa aplicable y la jurisprudencia de los tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda véase AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), p. 59

99 Véase CERESO MIR, Curso II, 1998, (nota 7) p. 133. Es decir, no es necesario que el sujeto conozca perfectamente la legislación nacional e internacional sino que basta con que sepa que la deportación o traslado se hacen contra el Derecho Internacional, y que el sujeto se encuentra legítimamente en la zona.

100 Elementos de los Crímenes, art. 7, 1) d) punto 3.

de las normas fundamentales del Derecho Internacional¹⁰¹, y cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático¹⁰². La gravedad no depende únicamente del tiempo que dure la privación de libertad, sino también de las condiciones de la misma¹⁰³. El tipo se describe de nuevo mediante la utilización de un elemento normativo que habrá de ser dotado de contenido por el juez y cuyo desconocimiento por parte del autor¹⁰⁴, al igual que el de cualquier otro elemento del tipo¹⁰⁵, excluirá el dolo y con ello la comisión de este delito, igual que en la modalidad anterior.

(f) Tortura;

La inclusión de esta modalidad se basa en la Convención contra la Tortura de 1984, pero a diferencia de lo dispuesto en el art. 1 de la misma¹⁰⁶, aquí no se exige que el sujeto activo sea un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas o a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia, lo que se explica por el hecho de que los sujetos de los crímenes recogidos en el Estatuto pueden ser también miembros de organizaciones no estatales¹⁰⁷. Pero tampoco se exige, a diferencia de la definición de la tortura en la Convención¹⁰⁸, que la conducta se realice con una intención determinada, como p. ej. la de obtener información o confesión¹⁰⁹, lo que desvirtúa, en cierta manera, el concepto tradicional de tortura, para convertirlo simplemente en la causación dolosa de dolores o sufrimientos físicos o mentales graves a personas sometidas a la custodia¹¹⁰ o control del sujeto activo, que no sean inherentes o incidentales a la imposición de sanciones legítimas, y que sean cometidos en el marco de un ataque generalizado o sistemático¹¹¹. La conducta, igual que en las modalidades anteriores, tiene que ser dolosa.

(g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;

Como nos recuerda BASSIOUNI, la violencia sexual ha sido utilizada a lo largo de la historia como instrumento bélico en numerosos conflictos internacionales e internos con el fin de desmoralizar al enemigo, causar el terror o la humillación en la

101 Sobre dichas normas véase HALL, en Triffterer (ed.), Commentary ...(nota 4), art 7, marg. 35 y ss., AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), p. 64.

102 Elementos de los Crímenes, art. 7, 1) d) puntos 1; 2 y 4.

103 AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), p. 65

104 Elementos de los Crímenes, art. 7, 1) d) punto 3.

105 Elementos de los Crímenes, art. 7, 1) d) punto 5.

106 Y también del art. 174 del CP español.

107 Véase Von HEBEL y ROBINSON, ob. cit. (nota 28), p. 99.

108 Y en el art. 174 del CP español.

109 Elementos de los Crímenes, art. 7, 1) f) nota 9.

110 Esta expresión no debe ser entendida necesariamente como sinónimo de “detenidas” o “encarceladas”, véase HALL, en Triffterer (ed.), Commentary ...(nota 4), art 7, marg. 105.

111 Elementos de los Crímenes, art. 7, 1) f) puntos 1; 2; 3; 4 y art. 7.2 f) del Estatuto.

población como medio de intimidación general para conseguir su huida, conseguir la expulsión o repudio de las mujeres dentro de su propio grupo o su incapacitación física o mental para procrear, socavando las estructuras familiares y sociales en detrimento de la propia existencia futura del grupo, etc.¹¹². La violencia sexual fue incluida como crimen contra la humanidad en la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado y en los Estatutos de los TPIY y TPIR¹¹³. El Estatuto recoge en esta modalidad diferentes conductas de violencia sexual:

La conducta de *violación*¹¹⁴ consiste, según los Elementos de los Crímenes, en la invasión¹¹⁵ mediante coacción, o amenaza, o sin consentimiento genuino de la víctima¹¹⁶, del cuerpo de una persona, mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo¹¹⁷.

La *esclavitud sexual* consiste en obligar a una o varias personas sobre las que se ha ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad de los descritos en el punto 1) c), a realizar actos de naturaleza sexual¹¹⁸.

La *prostitución forzada* consiste en obligar a una o más personas mediante la fuerza, amenaza, coacción o sin su consentimiento genuino¹¹⁹, a realizar uno o más

¹¹² Véase BASSIOUNI/ McCORMICK, *Sexual Violence. An Invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*, International Human Rights Law Institut DePaul University, Chicago, 1996; también, BASSIOUNI, *The Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780: Investigating Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia*, International Human Rights Law Institut DePaul University, Chicago, 1996; MAZOWIECKI, Informe sobre la situación de los derechos humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia, A/47/666, p. 12, marg. 27; MERON, T., "Rape as a Crime under International Humanitarian Law", *AJIL*, vol. 87, 1993, p. 426.

¹¹³ GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, p. 228, nota 112; BOOT, en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1999, art. 7, marg. 41 y ss.

¹¹⁴ La inclusión expresa de la violación en los crímenes contra la humanidad en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional tiene un precedente en el art. II.c la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado.

¹¹⁵ En la nota 10 se aclara que el término "invasión" se ha elegido por resultar neutro en cuanto al sexo.

¹¹⁶ En el punto 2 del art. 7, (1)(g)-1 de los Elementos se especifica que la invasión puede haber tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o contra una persona incapaz de dar su consentimiento genuino. En la nota 11 se aclara que una persona es incapaz de dar su consentimiento genuino si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad.

¹¹⁷ Véanse sobre la definición de "violación" la sentencia del TPIR contra Jean Paul Akayesu, -Case nº ICTR-96-4-T- párrafos 596 y 688, y las sentencias del TPIY contra Delalic - Celebici Judgment, 16 Nov. 1998- párrafo 479 y contra Furundzija -Judgment Case nº IT-95-17/1-T, 10 Dec. 1998- párrafo 185.

¹¹⁸ Algunos ejemplos de conductas subsumibles en esta modalidad pueden verse en BOOT, ob. cit. (nota 113), marg. 47.

¹¹⁹ Elementos de los Crímenes art. 7, 1) g)-3 especifica que los actos pueden realizarse por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a

actos de naturaleza sexual, habiendo obtenido o con la intención de obtener el sujeto activo ventajas pecuniarias o de otro tipo.

El *embarazo forzado* consiste en confinar a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de la población o de cometer otra infracción grave del Derecho Internacional. La conducta exige, por lo tanto, primero un delito contra la libertad sexual del que se derive un embarazo no deseado con el objeto de modificar la composición étnica, al ser el sujeto activo de la agresión sexual de etnia diferente a la de la víctima, o con otros fines constitutivos de infracciones graves del Derecho Internacional, como p. ej. los que hemos citado al comienzo del comentario a esta modalidad. Pero también exige el confinamiento de la mujer embarazada para asegurar la prosecución del embarazo, lo que en realidad no será necesario en muchos casos al prohibir las propias normas religiosas o sociales del grupo el aborto. Este requisito debería haber sido sustituido, en mi opinión, por ello, por una fórmula más general que recogiera los casos en que el autor se asegura la prosecución del embarazo por cualquier medio y no sólo mediante el confinamiento de la víctima. Estas cautelas se introdujeron por los recelos de algunas delegaciones a que de lo contrario el crimen de embarazo forzado se interpretara como una proclamación general del derecho al aborto, o incluso por la posible obligación que podría crear para los Estados de permitir el aborto de una mujer violada, en contra de las convicciones religiosas y las disposiciones legales existentes en dicho Estado. Para evitarlo se incluyeron los tres elementos descritos: confinamiento ilícito, el embarazo por la fuerza y la intención de modificar la composición étnica u otro fin ilícito¹²⁰. Especialmente este tercer elemento evitaría el problema comentado de conllevar la admisión obligatoria del aborto en caso de violación¹²¹. Además se especifica en el apartado 2. f) del art. 7 que “en modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo”. Pero la rigidez de las expresiones utilizadas sin duda dejará fuera supuestos igualmente merecedores de castigo, realizados con los fines exigidos pero por otros medios.

La *esterilización forzada* consiste en privar a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica sin justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas¹²² y sin su consentimiento genuino¹²³. Se excluyen de esta modalidad las medidas de control de natalidad, aún obligatorias, que no tengan un efecto permanente en la práctica¹²⁴.

la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa o esas personas u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su consentimiento genuino. La capacidad de dar el consentimiento debe entenderse en el mismo sentido que para el art. 7, 1 g)-1.

¹²⁰ Von HEBEL y ROBINSON, ob. cit. (nota 28), p. 100

¹²¹ Von HEBEL y ROBINSON, ob. cit. (nota 28), p. 100, notas 67 y 68.

¹²² Se incluyen aquí los experimentos médicos de los que fueron precedente los cometidos durante la Segunda Guerra Mundial -véase BOOT, ob. cit. (nota 113), marg. 52; véase también United States v. Brandt, case 1, (“The Medical Case”), en Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law N^o 10, vol. I y II, US Government Printing Office, Washington, 1951.

¹²³ Se entiende que el “consentimiento genuino” no incluye el consentimiento obtenido mediante engaño. Elementos de los Crímenes, art. 7, 1) g)-5, nota 15.

¹²⁴ Elementos de los Crímenes, art. 7, 1) g)-5, nota 14.

Otros abusos sexuales de gravedad comparable pueden ser otras conductas de naturaleza sexual ejercidas de forma coercitiva, que impliquen o no contacto físico, siempre que sean de gravedad similar a las citadas anteriormente¹²⁵.

Todas las conductas mencionadas han de realizarse de forma dolosa, lo que incluye, como venimos señalando en el comentario de las demás modalidades, la conciencia de que la conducta concreta se enmarca en un ataque generalizado o sistemático.

(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 tercero, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

Dentro de las diferentes posibilidades que ofrecía la interpretación a la modalidad de “persecución”¹²⁶, el ECPI, y los Elementos del Crimen han decidido seguir la ofrecida por el TPIY¹²⁷. Y a pesar de que algunas delegaciones habían sugerido su eliminación dada la vaguedad del concepto¹²⁸, la modalidad se mantiene finalmente 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”¹²⁹. Los actos de persecución deben ser cometidos por razones discriminatorias. Al respecto hay que resaltar que se han aumentado dichas posibles razones con el objeto de modernizar la modalidad, extendiéndolas al género, la cultura,

¹²⁵ BOOT, ob. cit. (nota 113), marg. 53.

¹²⁶ Sobre ello véase GIL GIL, A, Derecho Penal Internacional, pp. 140 y ss.

¹²⁷ La Sala de Primera Instancia del TPIY interpreta el término “persecuciones” como alguna forma de discriminación por motivos específicos -raciales, religiosos o políticos- consistente en la violación de un derecho fundamental individual -Trial Chamber, Opinion and Judgment of 7 May 1997, p. 273, párrafo 697-. La Sala se plantea, que dado que el Estatuto de Nuremberg definió dos tipos de crímenes contra la humanidad, de los que solo el tipo “persecuciones” requería una intención discriminatoria, sería posible añadir una “culpabilidad adicional” a las conductas del tipo “acto inhumano” cuando hubieran sido cometidas por un motivo discriminatorio. Es decir, el Tribunal se está planteando si el tipo “persecuciones” supone un injusto distinto o añadido al de las conductas del tipo “actos inhumanos”, o una mayor reprochabilidad de las mismas, que permita calificar los mismos actos por una y por otra. Sin embargo, el Tribunal se ve obligado a rechazar esta idea, al haber aceptado la inclusión del requisito de intención discriminatoria para todas las conductas integrantes del crimen contra la humanidad. Así, los actos que constituyen crímenes contra la humanidad según otro apartado del art. 5 no serán incluidos en el tipo “persecuciones” del apartado h - ob. cit. p. 276, párrafo 702- Con ello, las persecuciones quedaría limitadas a otros actos discriminatorios que atentan contra derechos fundamentales distintos de los ya contemplados expresamente en el art. 5. Sin embargo, el Tribunal no es posteriormente coherente con su propia doctrina, pues en la condena a Dusko Tadic, obligado probablemente por la forma en que el fiscal construyó cada uno de los cargos en el acta de acusación, castiga bajo el cargo de “persecuciones” actos de homicidio, lesiones, deportaciones, etc. -véase Trial Chamber I: Sentencing Judgement, Dusko Tadic, Case N° IT-94-1-T, 14 July 1997, pp. 15 y ss. y p. 26-

¹²⁸ Von HEBEL y ROBINSON, ob. cit. (nota 28), p. 101. Véanse también las críticas a esta modalidad de SUNGA, L. S., p. 253.

¹²⁹ Art. 7.2.g) del ECPI.

etc.¹³⁰ e incluyendo una cláusula general que comprende cualquier otro motivo -que en mi opinión deberá también tener esa connotación de discriminación¹³¹- universalmente reconocido como inaceptable¹³². La necesaria relación con otros crímenes de competencia de la Corte se incluyó por el deseo de algunas delegaciones de que el tipo no pudiera incluir cualquier práctica discriminatoria¹³³, pero no debe interpretarse en el sentido de que convierte a la modalidad de persecución en una simple circunstancia agravante de esas otras conductas¹³⁴. Este requisito ha sido rechazado por la doctrina como una reminiscencia del desaparecido elemento de nexa con un crimen de guerra que no existiría en Derecho internacional consuetudinario¹³⁵. Con todo, las conductas concretas que puedan ser objeto de esta modalidad quedan sin definir y resulta extremadamente difícil dotarlas de contenido, pues debe tratarse de privaciones graves¹³⁶ de derechos fundamentales realizadas por motivos discriminatorios, conectadas con otras conductas constitutivas de crímenes internacionales, pero no coincidentes con las mismas¹³⁷.

La conducta debe ser dolosa, lo que incluye el conocimiento de que se actúa en el marco de un ataque generalizado o sistemático.

(i) Desaparición forzada de personas;

Consiste en la aprehensión, detención, o mantenimiento de una detención previa¹³⁸, o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa de reconocer o informar sobre la privación de la libertad o dar información sobre la suerte o paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

¹³⁰ El grupo o colectividad tienen que ser identificado por el autor en virtud de un criterio objetivo que le distinga del grupo o colectividad al que el autor pertenece -BOOT/ HALL, ob. cit. (nota 113), marg. 60-.

¹³¹ En el mismo sentido BOOT/HALL, ob. cit. (nota 113), marg. 70-71; BOOT, ob. cit. (nota 113), marg. 115.

¹³² Un sucinta definición de estas razones discriminatorias puede verse en BOOT/ HALL, ob. cit. (nota 113), marg. 64 y ss.

¹³³ Von HEBEL y ROBINSON, ob. cit. (nota 28), p. 101.

¹³⁴ Von HEBEL y ROBINSON, ob. cit. (nota 28), p. 101.

¹³⁵ AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), p. 72 y ss.

¹³⁶ La jurisprudencia ha insitado en este dato, véase AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), p. 75 y ss.

¹³⁷ En opinión de AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), p. 72, actos múltiples constitutivos de violaciones graves de derechos fundamentales no incluidos en los actos inhumanos podrían constituir el crimen de persecución, por ej. ataques a la propiedad privada, por su conexión con un acto inhumano, pero también cabe otra clase de persecución consistente en la agravación de otro crimen contra la humanidad por la concurrencia de móviles discriminatorios.

¹³⁸ Elementos de los Crímenes, art. 7, 1) i), nota 18.

Tanto la detención, que en determinadas circunstancias puede incluso ser legal¹³⁹, como la negativa a reconocerla o a dar información sobre el paradero o la suerte de la víctima, han de realizarse en nombre o con la autorización o apoyo del Estado o de la organización política. Respecto de la intención de dejar a la víctima fuera del amparo de la ley, hay que entender que la misma debe concurrir en las conductas de detención ilegal y/o de ocultación de la misma o del paradero, pero si la suerte de la víctima ha sido la muerte, no es exigible que la ocultación de este dato se haga para privarla del amparo de la ley, puesto que el mismo ya no es posible. En todo caso los Elementos del Crimen exigen que el autor haya tenido intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley por un período prolongado, pero no durante todo el tiempo en que dura la desaparición, pues muy probablemente aquella intención concurrirá o se transformará en la de no ser descubierto. Puesto existe la interpretación en una parte de la doctrina de que se trata de un delito permanente cuya realización se perpetúa hasta que aparece la víctima, los Elementos del Crimen dejan claro que sólo serán de competencia de la Corte aquellas desapariciones forzadas cometidas en el marco de un ataque generalizado o sistemático producido con posterioridad de la entrada en vigor del Estatuto¹⁴⁰.

El tipo subjetivo exige el dolo, que comprende el conocer no sólo la detención sino también la negativa a informar y el conocimiento de que la conducta se enmarca en un ataque general o sistemático, y además un elemento subjetivo consistente en la intención de dejar a esa persona fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

(j) *El crimen de “apartheid”*;

Igual que la conducta anterior, dado que la mención expresa de este crimen no aparecía entre los crímenes contra la humanidad con anterioridad se planteó en principio un cierto rechazo a su inclusión. Sin embargo, la mayoría de los Estados reconocían que se trataba simplemente de una especificación de formas de actos inhumanos que de otro modo caerían en todo caso en el ámbito del art. 1 k) “otros actos inhumanos”, dado que su carácter y gravedad son similares a los de las conductas expresamente mencionadas y además habían sido identificados como crímenes contra la humanidad en instrumentos internacionales¹⁴¹.

Esta modalidad consiste en cometer alguno de los actos enumerados en el art. 7, 1) u otro de naturaleza y gravedad semejante contra una o varias personas en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemática de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales con la intención de mantener dicho régimen. La conducta ha de ser dolosa, lo que incluye, como siempre, la conciencia de que forma parte de un ataque generalizado y sistemático y además se exige el elemento subjetivo consistente en la intención de contribuir con la conducta al mantenimiento del régimen de *apartheid*¹⁴².

139 Elementos de los Crímenes, art. 7, 1) i), nota 21.

140 Elementos de los Crímenes, art. 7, 1) i), nota 19.

141 HEBEL y ROBINSON, ob. cit. (nota 28), p. 102.

142 Art. 7.2. h) y Elementos de los Crímenes, art. 7, 1) j).

(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.

Esta categoría fue seriamente discutida por su ambigüedad, pero finalmente se acordó su mantenimiento porque aparecía en la mayoría de los precedentes, clarificando su contenido¹⁴³:

Consiste en cometer actos de la misma naturaleza y gravedad que las anteriormente mencionados que produzcan grandes sufrimientos o un atentado grave contra la integridad física o la salud mental o física. La conducta ha de ser dolosa, lo que comprende el conocimiento de la naturaleza y gravedad del hecho y de que forma parte de un ataque generalizado o sistemático¹⁴⁴.

C.- Definición actual

A la vista de esta regulación y del análisis que hemos realizado, podemos dar la siguiente *definición* de la categoría de los crímenes contra la humanidad:

Son crímenes contra la humanidad los atentados contra bienes jurídicos individuales fundamentales (vida, integridad física y salud, libertad...) cometidos, tanto en tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto*.

4.- EL GENOCIDIO

A. Concepto de genocidio

La definición del genocidio en el art. 6 del ECPI proviene del Art. II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio¹⁴⁵. Por ello los trabajos preparatorios de dicha Convención van a ser la principal fuente de interpretación de este precepto¹⁴⁶.

Lo primero que hay que destacar para explicar el contenido del delito de genocidio es que con esta figura no se pretenden castigar los atentados contra bienes

¹⁴³ HEBEL y ROBINSON, ob. cit. (nota 28), p. 102, BOOT, ob. cit. (nota 113), marg. 80 y ss..

¹⁴⁴ Elementos de los Crímenes, art. 7, 1) k).

¹⁴⁵ “En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; e) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.”

¹⁴⁶ SCHABAS, en Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statut of the International Criminal Court, Nomos, Baden-Baden, 1999, art.6, marg. 1.

jurídicos fundamentales cometidos por motivos racistas, xenófobos, etc., pues para tal castigo ya tenemos los crímenes contra la humanidad que son aplicables con independencia del móvil que guíe al autor. El fin del precepto que nos ocupa es mucho más concreto: se pretende la protección de la existencia de determinados grupos humanos considerados estables, que constituyen el ámbito en el que se desarrolla el individuo en prácticamente todas las facetas sociales y culturales de su existencia y que forman el sustrato de la comunidad internacional siendo, en relación a su funcionalidad para el individuo, de importancia casi comparable a los propios Estados.

El delito de genocidio se describe mediante la enumeración de una serie de conductas que han de ser cometidas *con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, racial, étnico o religioso*. No se trata, como se ha mantenido en ocasiones erróneamente, del móvil del delito¹⁴⁷, sino de un elemento subjetivo de lo injusto¹⁴⁸. El móvil con el que se actúe es irrelevante para la existencia del delito. Se puede actuar con el propósito de destruir el grupo por motivos políticos, económicos, xenófobos, por venganza...¹⁴⁹. Estamos, por tanto, ante un delito de intención¹⁵⁰.

Lo protegido por la figura del genocidio es la existencia de determinados grupos humanos¹⁵¹. Se trata de un bien jurídico supraindividual cuyo titular no es nunca la

¹⁴⁷ Véase por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español, Parte Especial, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, pp. 661 y ss.; DONEDIEU DE VABRES, H., "La repression du 'genocide'", en Recueil Dalloz, 1948, p. 146.

¹⁴⁸ Véase GIL GIL, A., ob. cit. (nota 3), pp. 177 y ss.

¹⁴⁹ De la misma opinión VARELA FEIJOO, "El delito de genocidio", en Temas Penales, Universidad de Santiago de Compostela, 1973, pp. 135 y 136; QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado de Derecho Penal Internacional, t. I, p. 654; DROST, P. N., The crime of State..., II, pp. 83-84, MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, p. 657; BELTRÁN BALLESTER, "El delito de genocidio", en Cuadernos de política criminal nº 6, 1978, p. 55; CÓRDOBA RODA, Comentarios...III, ob. cit. p. 97; GONZÁLEZ RUS, Manual..., III, p. 51; VERHOEVEN, "Le crime de génocide", en Revue Belge de Droit International, vol. 1, 1991, p. 19; LÓPEZ DE LA VIESCA, E., "Algunas consideraciones sobre el delito de genocidio", en Estudios Penales y Jurídicos. Homenaje al Profesor Dr. Enrique Casas Barquero, Universidad de Córdoba, 1996, p. 395; FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Reflexiones sobre los delitos de genocidio...", La Ley, Nº 4693, 1998, p. 3. También la historia de la redacción del texto avala esta opinión, véase GIL GIL, Derecho Penal Internacional, p. 178; SERRANO PIEDECASAS, "El delito de genocidio. Especial referencia al „caso Pinochet“ en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir, tecnos, 2002, p.1505.

¹⁵⁰ Así SCHMIDHÄUSER, Strafrecht, BT, 2 Auf., JCB Mohr, Tübingen 1983, p. 212; ROXIN, Strafrecht, p. 252.; TAMARIT SUMALLA, J. M., en Varios, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1639; POLAINO NAVARRETE, Los elementos subjetivos del tipo legal, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1965; SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES, Delincuencia política internacional, Madrid, 1973, p. 176. Sobre el significado dogmático y las consecuencias de dicha estructura véase GIL GIL, A, Derecho Penal Internacional, pp. 177 y ss.

¹⁵¹ Véase, entre otros, ROXIN, Strafrecht, AT, I, 1993, p. 252; MEYROWITZ, H., La répression... ob. cit., (nota 64) p. 279; LIEBSCHER, § 321, en FOREGGER/ NOWAKOWSKI, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1982, marg. 11; LAY, § 220 a, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 2. Band, 9. Auf., Walter de Gruyter, Berlin, 1974, p. 36, marg. 5; JÄHNKE, § 220 a, en Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 5. Band, 10. Auf., Walter de Gruyter, Berlin, 1984, p. 119, marg. 8; ESER, § 220 a, en SCHÖNKE/ SCHRÖDER, Strafgesetzbuch Kommmentar, 25. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1997, marg. 3; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 2, ob. cit., p. 349, marg. 2; SCHMIDHÄUSER, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Auf., JCB Mohr, Tübingen 1983, p. 212; BOCKELMANN, P., Strafrecht, Besonderer Teil 2, Beck, München, 1977, p. 29; RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español, Parte Especial, pp. 659-660; CÓRDOBA RODA, Comentarios al CP, tomo III, Barcelona, 1978, pp. 94 y 95; MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, p. 656;

persona física sino el grupo como tal colectividad¹⁵². En favor de esta opinión cabe alegar, además de la configuración típica del delito como delito de resultado cortado mediante la exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto¹⁵³, el propio concepto de genocidio tal y como fue ideado por su creador, Rafael LEMKIN¹⁵⁴ y la definición que del mismo da la Resolución 96 (I) del 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General¹⁵⁵.

Según la opinión dominante el delito se perfecciona cuando cualquiera de las conductas individuales se consuma respecto de uno de los miembros del grupo. Es decir, basta una sola muerte -o cualquier otro de los resultados descriptos- cometida con la intención de destruir al grupo para que el delito quede consumado¹⁵⁶. Aunque en mi opinión sería preferible matizar diciendo que basta una muerte cometida con la intención de participar con ella en una serie de acciones dirigidas a destruir el grupo, es decir, en un plan dirigido al exterminio del grupo¹⁵⁷, ya que no me convence el ejemplo de quien se propone destruir al grupo mediante la muerte de su líder¹⁵⁸ pues la forma de destrucción es, como veremos, la física o biológica, lo que supone el

SERRANO GÓMEZ, A., Derecho Penal, Parte Especial, Dykinson, Madrid, 1997, p. 963; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Reflexiones sobre los delitos de genocidio...”, p. 2; GONZÁLEZ RUS, Manual de Derecho Penal Parte Especial, III, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1994, p. 48; SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES, Delincuencia política internacional, pp. 145 y ss.

¹⁵² Así RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español, Parte Especial, p. 660; BELTRÁN BALLESTER, “El delito de genocidio”, p. 37.

¹⁵³ Véase GIL GIL A., Derecho Penal Internacional, pp. 177 y ss.

¹⁵⁴ Por genocidio entiende LEMKIN la destrucción de una nación o de un grupo étnico. Este neologismo proviene, según indica el propio autor, de la palabra griega *genos*, que significa “raza”, “tribu”, y el vocablo latino *cide* que significa “matar”. Véase LEMKIN, R., Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1944, p. 79.; el mismo, “Le génocide”, en Revue Internationale de Droit pénal, 1946, nº 2, pp. 371; el mismo, “Genocide as a crime under international law”, en American Journal of International Law, vol. 41, nº 1, 1947, pp. 147.

¹⁵⁵ “El genocidio es la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, como el homicidio es la negación del derecho a la vida de seres humanos individuales; tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa grandes pérdidas a la humanidad en la forma de contribuciones culturales y de otro tipo representadas por esos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas”. El texto íntegro de la Resolución puede verse en Yearbook of the United Nations, 1946-1947, pp. 255 y 256.

¹⁵⁶ Así lo admiten, p. ej. DROST, The Crime of State, II, pp. 85 y 86; TAMARIT SUMALLA, J. M., en Varios, Comentarios... ob. cit., p. 1640; CÓRDOBA RODA, ob. cit., p. 97; QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado de Derecho Penal Internacional, t. I, p. 647; BUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho Penal, Parte especial, p. 157, matizando según las modalidades de comisión; SÁENZ DE PIPAÓN, ob. cit., pp. 142 a 144; BASSIOUNI, Derecho Penal Internacional, Proyecto de Código Penal Internacional, Trad. de la Cuesta Arzamendi, Tecnos, Madrid, 1984, p.128; BELTRÁN BALLESTER, ob. cit., p. 48; RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español, Parte Especial, p. 661; JESCHECK, H. H., “Die internationale Genocidium-Konvention vom 9. Dezember 1948” en ZStW, 1954., p. 212; RONZITTI, N., “Genocidio”, en Enciclopedia del Diritto, tomo XVIII, Giuffrè, Varese, 1969, p. 576.

¹⁵⁷ En esta línea se encuentra la opinión de JÄHNKE, §220 a, margs. 13 y 14.

¹⁵⁸ Así, CÓRDOBA RODA, Comentarios..., t. III, p. 97; TERNON, Y., Der verbrecherische Staat, Völkermord im 20. Jahrhundert, Hamburger Edition, Hamburg, 1996, p. 6; JESCHECK, “Die internationale Genocidium-Konvention...”, p. 213.

exterminio del grupo mediante la supresión de todos sus miembros¹⁵⁹. Esta era también la opinión del Comité *ad hoc* que había declarado que la muerte de un solo miembro del grupo podía ser un acto de genocidio si formaba parte de una cadena de actos dirigidos a la destrucción de aquél¹⁶⁰. Y ésta ha sido la interpretación acogida en los Elementos de los Crímenes, en los que se especifica que las distintas conductas han de realizarse en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o han de poder por sí mismas causar esa destrucción¹⁶¹.

Se trata de un tipo de consumación anticipada¹⁶², es decir, que se consuma formalmente antes de la lesión del bien jurídico (destrucción del grupo), y en algunas modalidades presenta la estructura de delito de resultado cortado¹⁶³ y en otras de delito mutilado de varios actos¹⁶⁴.

Cada uno de los actos individuales mediante cuya realización se consuma formalmente el delito de genocidio constituye, por tanto, únicamente el medio para la consecución del fin de exterminar al grupo¹⁶⁵. Según las modalidades empleadas la doctrina ha distinguido entre un genocidio físico, en el que se integran las conductas dirigidas a erradicar físicamente al grupo, p. ej. porque se persigue la muerte de todos sus miembros, y un genocidio biológico, cuando se busca la desaparición del grupo por extinción, p. ej. impidiendo los nacimientos en el seno del grupo para que llegue un día en que el mismo desaparezca¹⁶⁶.

¹⁵⁹ De la misma opinión PORTER, J. N., *Genocide and Human Rights. A Global Antology*. University Press of America, Washington, 1982, p. 16.

¹⁶⁰ Véase Sixth Committee, Summary Records, p. 176; DROST, *The Crime of State*, II, p. 84.

¹⁶¹ Elementos de los Crímenes, art. 6 a) 4.

¹⁶² Sobre este concepto y su aplicación a la estructura del genocidio véase GIL GIL, A., ob. cit. (nota 3), pp. 175 y ss. en especial 194-195, con ulteriores citas.

¹⁶³ Sobre este concepto y su aplicación a la estructura del genocidio véase GIL GIL, A., ob. cit. (nota 3), pp. 175 y ss. en especial 194-195.

¹⁶⁴ Sobre este concepto y su aplicación a la estructura del genocidio véase GIL GIL, A., ob. cit. (nota 3), pp. 175 y ss. en especial 194-195.

¹⁶⁵ Así SCHIMIDHÄUSER, *Strafrecht*, BT, ob. cit., p. 212; en el mismo sentido JÄHNKE, §220 a, marg. 14, para quien los actos individuales no son un tipo independiente sino únicamente modalidades de comisión, y se trata de un delito que se comete típicamente por repetición de actos individuales. Véase en el mismo sentido la interpretación de FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Comentario al art. 607", en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.)/ JORGE BARREIRO (Coord.), *Comentarios al CP*, Madrid, Civitas, 1997, p. 1420, citando a GONZÁLEZ RUS. También en este sentido se pronunció la CDI en su comentario al art. 17 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, véase Report ILC, 1996, p. 88 y ss.

¹⁶⁶ SCHABAS, ob. cit. (nota 146), marg. 8; DROST, p. 10; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, 18ª ed., p. 661 ; BELTRÁN BALLESTER, p. 32; SÁENZ DE PIPAÓN, pp. 105 y ss.; VIVES ANTÓN, y otros, *Derecho Penal*, PE, p. 824; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Parte Especial, p. 656; GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, pp. 206 y ss.; Report ILC, 1996, p. 91. En contra de tal clasificación se encuentran aquellos autores que amplían el contenido del elemento subjetivo a otras formas de destrucción, como por ejemplo JESCHECK, "Die Genocidium-Konvention...", p. 213, quien propone una interpretación amplia del mismo que permita conjugarlo con las formas de comisión en lugar de interpretar restrictivamente éstas últimas y mantiene por ello que la destrucción del grupo no es sólo la física o biológica sino también su destrucción como unidad social en su especialidad y su singularidad. Esta interpretación, sin embargo, me parece difícil de mantener dada la exclusión del genocidio cultural.

De acuerdo con el art. II de la Convención y el art. 6 del Estatuto la intención no tiene que ser necesariamente la destrucción total del grupo, sino que constituyen también genocidio los actos cometidos con la intención de destruir parcialmente el grupo¹⁶⁷. La posibilidad de que la intención criminal se extienda a la destrucción de todo el grupo o sólo a una parte del mismo debe ser interpretada en el sentido de que basta que la misma se limite a la destrucción de un subgrupo dentro de una raza, etnia, nacionalidad o religión¹⁶⁸. Dicho subgrupo estará caracterizado por la pertenencia de las personas elegidas como víctimas a la raza, etnia, nacionalidad o religión de que se trate y su delimitación a un determinado ámbito: un país, una región o una comunidad concreta, tal y como propuso la Comisión de Expertos de Naciones Unidas para la investigación de la violación del Derecho Humanitario bélico en el conflicto de la antigua Yugoslavia, que recomendó que de esta manera se considerase grupo protegido p. ej. a los musulmanes de Bosnia-Herzegovina, o incluso de áreas más pequeñas dentro de esta región cuando la intención de los autores era eliminar al grupo de esas concretas áreas¹⁶⁹. Ello significa que ha de calificarse de genocidio también el intento de exterminio de todas las personas que pertenecen a un grupo de los protegidos en la Convención dentro de un determinado ámbito, aunque dichas personas no constituyan todos los miembros del grupo, que puede extenderse a otros ámbitos, comunidades o territorios, pero siempre que la raza, nacionalidad, etnia o religión sea el factor que caracteriza a las víctimas como grupo contra el que se dirige el plan de exterminio, distinguiéndoles del resto de individuos que conforman ese ámbito¹⁷⁰. No convence, sin embargo, la interpretación que engloba en el concepto de genocidio el llamado „autogenocidio“, que consistiría en la matanza de miembros del mismo grupo nacional, étnico, racial o religioso que el autor, distinguidos de éste último por otros criterios distintos de los mencionados, como por ej. la ideología o los objetivos políticos¹⁷¹.

¹⁶⁷ El origen de esta disposición está en la confusión de algunos delegados en el seno del Sexto Comité, que preparó el proyecto de Convención contra el genocidio, entre lo que debía ser abarcado por la intención y lo que debía ser realizado para cometer genocidio. Véase GIL GIL, A., ob. cit. (nota 3), pp. 181 y ss., en especial nota 87; SCHABAS, *Genocide in international law*, Cambridge University Press, 2000, p. 230 y ss.

¹⁶⁸ Sobre el concepto de grupo y su lesión con mayor amplitud y ulteriores notas GIL GIL, A., ob. cit. (nota 3), pp. 181 y ss.

¹⁶⁹ Véase BASSIOUNI, *The Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780: Investigating Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia*, International Human Rights Law Institut De Paul University, Chicago, 1996, pp. 47 y ss.

¹⁷⁰ En el mismo sentido SCHABAS, *Genocide in international law*, Cambridge University Press, 2000, p. 235 y ss.

¹⁷¹ Sobre otras interpretaciones erróneas de la expresión “destrucción parcial”, incluida la del Juez español Baltasar Garzón en la acusación contra Augusto Pinochet, y la de la Audiencia Nacional en los autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, véase GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, pp. 181 y ss.; la misma, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, pp. 145 y ss. En contra de estas interpretaciones véase también SCHABAS, *Genocide in international Law*, 2000, pp. 114 a 120; FEIJOO SÁNCHEZ, B., „El genocidio en el Derecho penal español“, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, nº 8, 1999, pp. 559 y ss. A favor de las mismas sin embargo SERRANO PIEDECASAS, ob. cit. (nota 139) p. 1505 y ss. quien pretende que un modelo cultural –consistente en objetivos políticos diferentes- distinto al de los dictadores junto con la conciencia de grupo –cosa que no ha demostrado que tuvieron las víctimas del general Pinochet- transforma a dicho grupo en una identidad nacional; y GÓMEZ BENITEZ, „El exterminio de grupos políticos en el Derecho penal internacional. Genocidio y crímenes contra la humanidad“ *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº4, 2000, pp. 151 y ss. y 157.

El concepto de genocidio no se identifica con la idea de una matanza colectiva, sino que es más específico, consiste en el exterminio de un grupo humano estable como especie -o subespecie- zoológica y/o cultural¹⁷². Los grupos se limitan por ello a los raciales, étnicos, religiosos y nacionales, habiéndose rechazado la propuesta de incluir en el ECPI otros grupos como los políticos o sociales¹⁷³. En el plano valorativo, es decir, en relación con el bien jurídico protegido, la intención requerida en la figura del genocidio nos indica que lo protegido en la misma son los grupos raciales, étnicos, nacionales o religiosos. Pero la intención no debe extenderse necesariamente al exterminio del grupo en su integridad, en el sentido de todos los seres humanos pertenecientes a dicho grupo que pueblan la tierra o ni siquiera todos los que habitan en el territorio de un Estado, sino que basta con subgrupos pertenecientes a aquellos pero delimitados a ámbitos geográficos o sociales más concretos. La forma de lesión es el exterminio de dicho grupo, es decir, se protege su existencia física. Pero para la consumación del delito no exige aquella lesión del bien jurídico a la que la intención ha de extenderse, es decir, no se exige que el autor haya logrado efectivamente realizar su intención de destruir al grupo o subgrupo elegido, sino que basta para que podamos afirmar que un sujeto ha cometido un delito de genocidio con que haya realizado una de las acciones individuales descritas en la figura contra uno de los miembros del grupo que se quiere destruir. P. ej., en la modalidad más representativa del delito, la “matanza de miembros del grupo”, el delito queda consumado en el momento en que se da muerte a uno sólo de los miembros del grupo con la intención de continuar matando a los demás miembros hasta el exterminio del grupo, o de participar con esa muerte en un plan diseñado con tal fin¹⁷⁴.

Hay que tener en mente que el genocidio suele consistir en un plan ideado por un poder político -bien sea el poder político legal o un grupo u organización que ejerce *de facto* el control sobre un territorio- y ejecutado por un amplio número de personas -normalmente el ejército y otras instituciones que actúan al servicio de ese poder político-¹⁷⁵. Por lo tanto, uniendo esto a la estructura del delito de resultado cortado o mutilado de varios actos, según las modalidades, debemos situar el elemento subjetivo de este delito en el ámbito de lo que valorativamente equivaldría a una tentativa acabada o inacabada y a la vez en el ámbito de la coautoría. De esta manera, el sujeto que realiza un un acto concreto, por ej. mata a un miembro del grupo, consumando así formalmente su delito de genocidio debe actuar con dolo (de cualquier clase¹⁷⁶) respecto de ese acto y a la vez con la intención (voluntad de actuar, por tanto no condicionada¹⁷⁷) de seguir

¹⁷² De la misma opinión FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Reflexiones sobre los delitos de genocidio...”, p. 11; SUNGA, L. S., p. 244.

¹⁷³ Véase HEBEL Y ROBINSON, ob. cit. (nota 28), p. 89, nota 37; SCHABAS, ob. cit. (nota 146), marg. 2, y marg. 6. Sobre los argumentos a favor y en contra de la inclusión de los grupos políticos y también del genocidio cultural en la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, con amplia bibliografía, véase GIL GIL, A., Derecho Penal Internacional, pp. 189 y ss.; la misma, El genocidio y otros crímenes internacionales, pp. 160 y ss.

¹⁷⁴ Citado por el delegado de Venezuela en el seno de la Sexta Comisión -Sixth Committee, Summary Records, p. 176.

¹⁷⁵ En el mismo sentido SCHABAS, *Genocide in international law*, Cambridge University Press, 2000, p. 207, citando jurisprudencia de los TPI.

¹⁷⁶ Véase *supra* el punto 1. Generalidades. Véase también GIL GIL, A., ob. cit. (nota 3), pp. 231 y ss., en especial pp. 238 y ss. y 258 y ss.

¹⁷⁷ Con mayor detalle GIL GIL, A., ob. cit. (nota 3), pp. 231 y ss., en especial pp. 247 y ss.

repetiendo los actos sobre todo el sustrato material del grupo o subgrupo elegido (por ej. matar al resto de miembros del grupo o subgrupo) y a la vez la conciencia y voluntad (de nuevo equivalente a cualquier clase de dolo¹⁷⁸) de que esa conducta en su conjunto producirá el resultado de destrucción del grupo, o bien la conciencia y voluntad (equivalentes a cualquier clase de dolo) de que el resto de coautores, es decir, las demás personas implicadas en el plan total, van a seguir realizando (tienen la voluntad de actuar no condicionada)¹⁷⁹ los actos necesarios sobre el resto del sustrato material del grupo que producirá la destrucción del mismo (resultado que de nuevo puede prever y querer con cualquier clase de dolo).

Esta interpretación es además perfectamente coherente con la concepción de LEMKIN¹⁸⁰, que ya en su primera versión del genocidio lo definía como un plan coordinado de diferentes acciones dirigidas a la destrucción de los fundamentos esenciales de la vida de grupos nacionales con el fin de aniquilar a los grupos mismos.

En contra de lo que algunos autores defendían, el concepto de genocidio no ha variado en absoluto respecto de su definición en la Convención, y no es posible mantener que exista en Derecho Internacional consuetudinario contemporáneo un delito de genocidio más amplio que el que recoge la Convención -porque pudiera, p. ej. incluir a otras clases de grupos-, y por ello el ECPI, ha incluido en su art. 6 una definición de genocidio exacta a la de la Convención¹⁸¹.

178 Algunos autores exigen aquí en cambio dolo directo de primer grado, véase por ej. entre otros AMBOS, K. ob. cit. (nota 16), p. 441; SERRANO PIEDECASAS, ob. cit. (nota 139) p. 1505, BUSTOS RAMIREZ, Manual de Derecho penal, Parte Especial, p. 158; FEIJOO SANCHEZ, Comentarios, p. 1420; también niegan la posibilidad de actuar con dolo eventual respecto del resultado de destrucción del grupo MIAJA DE LA MUELA, p. 383; SCHABAS, ob. cit. (nota 146) p. 109, marg. 4, parece inclinarse también por exigir un dolo directo respecto del fin de destrucción del grupo (excluyendo también el dolo eventual respecto de la conducta concreta, ob. cit. (nota 175), p. 211, -debido en este caso a un particular concepto del mismo manejado-), pero luego sorprendentemente admite la comisión imprudente en para los supuestos de comisión por omisión del superior jerárquico en el ámbito del Estatuto de Roma. Para solventar el problema de la exigencia del elemento subjetivo que identifica como dolo especial (directo) argumenta que aquí se trata de la comisión no como autor principal sino como cómplice -ob. cit. (nota 175), p.227-, lo que evidentemente no soluciona nada, y el propio autor citado señala la discordancia con el concepto de genocidio de esta teórica responsabilidad por imprudencia. En mi opinión la comisión por omisión imprudente no es posible y la responsabilidad del superior deberá construirse como un delito de omisión pura -véase GIL GIL, A., ob. cit. (nota 3), pp. 267 y ss., y, la misma, „Informe sobre España, en Proyecto „Persecución penal nacional de crímenes de Derecho internacional desde una perspectiva internacional comparada“, Instituto Max Planck, (en prensa). También limita la intención al fin del autor el TPIR en la sentencia Akayesu, -Case nº ICTR-96-4-T-, 2 de sept. 1998, para.497, sin embargo esta misma sentencia en relación a los casos de codelincuencia admite la concurrencia del elemento subjetivo especial del delito de genocidio en aquel partícipe que sin tener él mismo el fin de destruir al grupo sabía o debía saber que el autor actuaba con ese fin (para. 539). Resulta sumamente incongruente admitir dolo eventual en el partícipe mientras que se rechaza como insuficiente en el autor. Así lo critica también SCHABAS, ob. cit. (nota 175), p. 221. En su opinión la solución correcta es exigir dolo directo tanto a autor como a partícipes, en la mía debería bastar para todos el dolo eventual.

179 GIL GIL, A., ob. cit. (nota 3), pp. 253 y s.

180 LEMKIN, Axis Rules, ob. cit. (nota 154), p. 79.

181 HEBEL y ROBINSON, ob. cit. (nota 28), p. 89.

El delito de genocidio puede cometerse tanto por acción como por omisión¹⁸².

B. Modalidades de comisión

a) Genocidio mediante matanza

Consiste en dar muerte a una o más personas pertenecientes a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado. La conducta ha de ser dolosa¹⁸³, bastando cualquier tipo de dolo¹⁸⁴ y debe concurrir además en el sujeto activo la intención de destruir al grupo, lo que incluye la conciencia y voluntad (equivalentes también a cualquier clase de dolo¹⁸⁵) de que esa conducta es parte de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o de que la misma por sí sola (cuando afecta a todos los miembros del grupo o subgrupo seleccionado) es capaz de causar esa destrucción¹⁸⁶.

b) Genocidio mediante lesión grave a la integridad física o mental

Consiste en causar alguna lesión grave a la integridad física o mental de una o más personas que pertenezcan a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado, incluyendo, p. ej., actos de tortura, violaciones, violencia sexual o tratos inhumanos o degradantes¹⁸⁷. La conducta ha de ser dolosa, bastando cualquier tipo de dolo y debe concurrir además en el sujeto activo la intención de destruir al grupo¹⁸⁸, lo que incluye la conciencia y voluntad (equivalentes también a cualquier clase de dolo) de que esa conducta es parte de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o de que la misma por sí sola (cuando afecta a todos los miembros del grupo o subgrupo seleccionado) es capaz de causar esa destrucción¹⁸⁹.

¹⁸² Véase SCHABAS, *Genocide in international law*, Cambridge University Press, 2000, p. 156; GIL GIL, A., ob. cit. (nota 3), pp. 281 y s. Y la sentencia del TPIR en el caso Akayesu, -Case nº ICTR-96-4-T- para. 39 (ix).

¹⁸³ Véase SCHABAS, ob. cit. (nota 146), marg. 9. Si el autor desconoce la cualidad de la víctima de pertenecer al grupo que se intenta destruir por supuesto carecerá del dolo de genocidio (error de tipo) pudiendo ser castigado únicamente por homicidio o por crimen contra la humanidad si se dan sus elementos. En el mismo sentido SCHABAS, *Genocide in international law*, Cambridge University Press, 2000, p. 242.

¹⁸⁴ Véase GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, pp. 231 y ss. y supra nota 178.

¹⁸⁵ Véase GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, pp. 231 y ss. y supra nota 178.

¹⁸⁶ Elementos de los Crímenes, art. 6 a).

¹⁸⁷ Elementos de los Crímenes, art. 6 b), nota 1. Sobre la posibilidad de que la violación y otras formas de agresión sexual sean medios idóneos para conseguir la destrucción del grupo véase GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, pp. 227 y ss. y la sentencia del TPIR en el caso Akayesu, -Case nº ICTR-96-4-T- para. 731.

¹⁸⁸ Sobre la dificultad de entender las lesiones como medio de destrucción física del grupo y su posible interpretación, véase GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, pp. 209 y ss. Las lesiones pueden ser, sin embargo, un medio idóneo para el genocidio biológico.

¹⁸⁹ Elementos de los Crímenes, art. 6 b).

c) Genocidio mediante sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física

La redacción de esta modalidad en el Estatuto exigía el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hubieran de acarrear su destrucción física total o parcial. Sin embargo, la definición de los Elementos de los Crímenes ha variado notablemente el contenido de este precepto al sustituir el sometimiento del grupo por el sometimiento de una o más personas. Con este cambio la interpretación se acerca más a la primera versión de esta modalidad¹⁹⁰, pero en realidad resulta superflua, pues la causación dolosa de la muerte o lesiones de los miembros del grupo con la intención de destruirlo¹⁹¹ es subsumible en los apartados anteriores, tanto si se produce de modo directo como si se hace mediante el sometimiento a determinadas circunstancias¹⁹² como p. ej. exponerlos durante largas horas al frío glacial, privarlos de los recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o servicios médicos, o expulsarlos sistemáticamente de sus hogares¹⁹³.

Según la definición de los Elementos de los Crímenes, esta modalidad consiste en someter intencionalmente a una o más personas, pertenecientes a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado, a ciertas condiciones de existencia con el propósito de, mediante tales condiciones, acarrear la destrucción física, total o parcial, de ese grupo. Aunque la redacción varía según el idioma, en mi opinión la Convención exige el sometimiento a condiciones abstractamente capaces de producir el resultado de destrucción¹⁹⁴. La conducta ha de ser dolosa¹⁹⁵ y debe concurrir además en el sujeto

¹⁹⁰ GIL GIL, A., ob. cit. (nota 3), p. 214.

¹⁹¹ No es subsumible en esta modalidad la llamada „limpieza étnica“, es decir, el someter a los miembros del grupo a determinadas condiciones con el objeto de expulsarlos de un concreto territorio mediante la amenaza de sufrir daños, pues la propuesta de Siria de introducir una sexta modalidad de genocidio en este sentido fue rechazada y el delito internacional sigue recogiendo únicamente el genocidio físico y biológico –véase SCHABAS, ob. cit. (nota 146), marg. 8, el mismo, *Genocide in international law*, Cambridge University Press, 2000, pp. 189 y ss., comentando las sentencias de los TPI al respecto-. Sin embargo en la legislación española sería posible una interpretación más amplia en el sentido de incluir la „limpieza étnica“, véase GIL GIL, A., ob. cit. (nota 3), p. 217.

¹⁹² Sobre todo ello con mayor detalle véase GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, pp. 213 y ss.

¹⁹³ Elementos de los Crímenes, art. 6 e) nota 2. Véase en este sentido también la sentencia del TPIR contra Jean Paul Akayesu -Case N^o ICTR-96-4-T.

¹⁹⁴ La versión inglesa pone el acento en el aspecto subjetivo, mientras que la francesa y la española lo hacen en el objetivo. Véase GIL GIL, A., ob. cit. (nota 3), pp. 215 y ss.

¹⁹⁵ No resulta posible la comisión de esta modalidad con dolo eventual, no por el uso del adverbio „intencionalmente“ –así SCHABAS, *Genocide in international law*, Cambridge University Press, 2000, p. 243; BUSTOS, ob. cit. (nota 156) p. 158-, lo que no me parece suficiente para descartar esta clase de dolo, sino porque en su redacción no incluye elementos cuya concurrencia no depende de la voluntad de actuar del sujeto respecto de los cuales baste con que el autor los prevea como no absolutamente improbables y cuente con dicha probabilidad. La redacción típica sólo exige el sometimiento a condiciones abstractamente „capaces“ de producir la destrucción. La peligrosidad de las condiciones, su idoneidad para causar la muerte o lesiones de los miembros del grupo es por tanto una característica que debe apreciarse ex ante; en el momento de comenzarse la acción el autor debe prever la no absoluta improbabilidad de que esas condiciones sean aptas para la destrucción, y en el momento en que constata este hecho el elemento típico „peligrosidad“, o „idoneidad para la producción

activo la intención de destruir al grupo, lo que incluye la conciencia y voluntad (equivalentes también a cualquier clase de dolo) de que esa conducta es parte de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o de que la misma por sí sola (cuando afecta a todos los miembros del grupo o subgrupo seleccionado) es capaz de causar esa destrucción¹⁹⁶.

d) Genocidio mediante la imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos

Esta modalidad constituye el prototipo del llamado genocidio biológico. Consiste en imponer ciertas medidas contra una o más personas pertenecientes a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado con el propósito de impedir nacimientos en el seno del grupo como medio para conseguir la destrucción total o parcial de ese grupo. Son subsumibles en esta modalidad, p. ej. la esterilización, el aborto forzoso, la segregación de sexos, o la prohibición de matrimonios¹⁹⁷. La conducta ha de ser dolosa, bastando en mi opinión cualquier tipo de dolo y debe concurrir además en el sujeto activo la intención de destruir al grupo, lo que incluye la conciencia y voluntad (equivalentes también a cualquier clase de dolo) de que esa conducta es parte de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o de que la misma por sí sola (cuando afecta a todos los miembros del grupo o subgrupo seleccionado) es capaz de causar esa destrucción¹⁹⁸.

e) Genocidio mediante el traslado por la fuerza de niños

Esta modalidad que pertenecía en un principio al llamado genocidio cultural, categoría que como tal fue eliminada de la Convención contra el Genocidio, permaneció sin embargo en aquélla y se ha mantenido también en el ECPI¹⁹⁹.

de la destrucción“ es plenamente conocido y no meramente previsto como no absolutamente probable. Un grado de conocimiento equivalente a la certeza excluye un grado de voluntad equivalente a un mero „contar con“ respecto de ese concreto elemento típico de la peligrosidad, con independencia de que el elemento subjetivo trascendente, el referido al resultado fuera del tipo, pueda seguir siendo equivalente a un dolo eventual, pues ya no es seguro, sino sólo no absolutamente improbable (sólo esto exige la peligrosidad o capacidad abstracta de las condiciones) que dicho resultado se produzca –véase GIL GIL, A., ob. cit. (nota 3), pp. 257 y 260 y ss.; la misma, El concepto de intención en los delitos de resultado cortado, Revista de Derecho penal y Criminología, nº 6, 2000, pp. 135 y ss.

¹⁹⁶ Elementos de los Crímenes, art. 6 e).

¹⁹⁷ Véase GIL GIL, A., Derecho Penal Internacional, pp. 219 y ss., con ulteriores citas, y SCHABAS, ob cit. (nota 146), marg. 12, con ejemplos jurisprudenciales.

¹⁹⁸ Elementos de los Crímenes, art. 6 b).

¹⁹⁹ Sobre la fundamentación de su mantenimiento y los argumentos en contra con ulterior bibliografía véase GIL GIL, A., Derecho Penal Internacional, pp. 221 y ss.

Consiste en trasladar por la fuerza a una o más personas menores de 18 años²⁰⁰ pertenecientes a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado a otro grupo. La conducta ha de ser dolosa, lo que supone el conocimiento de la edad de la víctima, bastando cualquier tipo de dolo, y debe concurrir además en el sujeto activo la intención de destruir al grupo, lo que incluye la conciencia y voluntad (equivalentes también a cualquier clase de dolo) de que esa conducta es parte de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o de que la misma por sí sola (cuando afecta a todos los miembros del grupo o subgrupo seleccionado) es capaz de causar esa destrucción²⁰¹.

5. RELACIÓN ENTRE EL GENOCIDIO Y LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Puesto que los bienes jurídicos protegidos en el delito de genocidio, por un lado, y en los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra por otro son diferentes, éstos últimos deberían aplicarse en concurso ideal con el primero ya que el mismo no puede consumir el aumento de injusto que cada nueva lesión a un bien jurídico individual supone. Así lo ha apreciado el TS alemán en su sentencia de 30 de abril de 1999²⁰². Más concretamente, en mi opinión debería aplicarse un concurso ideal entre el delito de genocidio y el concurso real de todos los crímenes contra la humanidad y/o crímenes de guerra cometidos en su ejecución²⁰³. Sin embargo el ECPI no contiene disposiciones específicas al respecto, dejando al arbitrio del tribunal el cálculo de la pena común que corresponda en caso de ser condenado un sujeto por la comisión de más de un crimen, que no excederá de 30 años o de reclusión a perpetuidad, lo que supone que se admite, tanto un sistema de absorción como de absorción agravada, pero no se especifica cuando corresponde uno u otro²⁰⁴, debiendo, en mi opinión, reservarse el primero para los supuestos de concurso de leyes, que pueden darse p. ej., entre algunos crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, y el segundo para los supuestos de concurso de delitos como el que nos ocupa.

200 En opinión de SCHABAS *Genocide in international law*, Cambridge University Press, 2000, pp. 176 y ss., este límite es demasiado elevado para el fin del precepto. La propuesta de extender en el ECPI esta modalidad al traslado de adultos fue rechazada -véase HEBEL y ROBINSON, ob. cit. (nota 28), p. 89, nota 37-. Dicha modalidad de genocidio mediante traslado de adultos sí existe en el CP español. Sobre su interpretación véase GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, pp. 223 y ss. Sin embargo el traslado de adultos será en ocasiones subsumible en otras modalidades de genocidio, p. ej., si se realiza para impedir los nacimientos dentro del grupo, y en otros casos podrá constituir un crimen contra la humanidad o un crimen de guerra, tal y como advierte la ILC -véase SCHABAS, ob. cit. (nota 146), marg. 14-. También se rechazó la inclusión de otras modalidades de limpieza étnica como la imposición de medidas dirigidas a obligar a miembros del grupo a abandonar sus hogares para escapar de la amenaza de malos tratos -véase SCHABAS, ob. cit. (nota 146), marg. 8, el mismo, *Genocide in international law*, Cambridge University Press, 2000, pp. 195 y ss. -. Sobre las diferencias entre la limpieza étnica y el genocidio véase también GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, p. 224.

201 Elementos de los Crímenes, art. 6 e).

202 NStZ 1999, 396, con comentario de K. AMBOS. Un comentario de la autora puede verse en RDPCUNED, nº 4.

203 Véase GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, pp. 284 y ss.; la misma, RDPCUNED, nº 4, pp. 771 y ss.

204 Véase el art. 78 del Estatuto.