

# ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LOS CRÍMENES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

*Yanira Zúñiga Añazco*

Profesora de Derecho Internacional Público  
Universidad Austral de Chile

## RESUMEN

*En este ensayo se realiza un análisis transversal de la categoría de ilícitos que actualmente constituyen los llamados crímenes de Derecho Internacional. Como hipótesis de trabajo la autora sostiene que los crímenes de Derecho Internacional tienen una autonomía conceptual que los distingue de otras figuras delictivas en función de los bienes jurídicos que protege y de la doble subsidiariedad que inspira su construcción. De esta manera, la argumentación se centra específicamente en la subcategoría de crímenes contra la humanidad o crímenes de lesa humanidad, con especial énfasis en las características del delito de genocidio, abordando el proceso evolutivo de estos ilícitos y la forma en que han sido aplicados por los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales. Bajo el prisma anterior, pero en lo relativo al aspecto adjetivo –es decir, a la represión jurisdiccional de estos delitos– se abordan las implicancias y alcances de la existencia de un presunto principio de persecución universal y se revisa críticamente la forma en que estos tipos penales han sido consagrados en el Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional.*

## INTRODUCCIÓN

Uno de los principales retos de la protección internacional de los derechos humanos consiste en perfilar regímenes adecuados de represión de aquellos ilícitos que atentan gravemente en contra de los derechos humanos.

Esta empresa, a su vez, importa esfuerzos específicos en el diseño de la normativa sustantiva, así como en el establecimiento de órganos jurisdiccionales legítimos y eficaces en la protección de los derechos de los individuos en los supuestos en que los ordenamientos nacionales se muestran insuficientes para garantizar los derechos más sensibles de los seres humanos, o, aún más, cuando los Estados se transforman en los principales infractores de estos derechos. En estos casos se requiere una respuesta coordinada, de carácter preventivo y represivo, por parte de la comunidad internacional.

Aunque pueden encontrarse algunos antecedentes remotos, es bien sabido que la génesis de la regulación internacional de los crímenes contemplados en el Derecho Internacional, así como los primeros intentos de creación de tribunales con jurisdicción internacional, coinciden con la profunda conmoción causada por las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial. Los procesos de codificación de normas sustantivas, sin embargo, han sido más intensivos y fructíferos que las intenciones de instituir tribunales penales internacionales.

A pesar de que puede predicarse que estos avances son notables, perviven una serie de problemas prácticos que le restan eficacia a estos esfuerzos, como las sensibles tirantes que expresan los equilibrios de poder en el ámbito internacional y que desembocan en construcciones jurídicas híbridas que no pocas veces desvirtúan las instituciones y que

generan graves problemas a los operadores jurídicos llamados a aplicar las normas.

De la misma manera, la imposibilidad de llegar a consensos amplios en materias relevantes propicia la existencia de amplias lagunas en la regulación o superposiciones de regímenes que restan eficacia a la reacción internacional.

Gran parte de estos problemas se explican por la relación de tensión entre la aspiración que ya planteaban Kant o Kelsen en orden a la existencia de un orden jurídico supraordenado y la subsistencia del principio de soberanía estatal.

A pesar de que los problemas antes enunciados resultan de extraordinario interés, en este trabajo pretendo abordar problemas que se encuadran dentro de lo que se ha venido en denominar Derecho Penal Internacional. A estos efectos, me interesa desarrollar un análisis dogmático de la categoría de ilícitos que actualmente constituyen los llamados crímenes del Derecho Internacional.

De esta manera, me propongo desarrollar como hipótesis de trabajo que los crímenes de Derecho Internacional tienen una autonomía conceptual que los distingue de otras figuras delictivas en función de los bienes jurídicos que protege y de la doble subsidiariedad que inspira su construcción.

En este sentido, me centraré específicamente en la subcategoría de crímenes contra la humanidad o crímenes de lesa humanidad con especial énfasis en las características del delito de genocidio, abordando el proceso evolutivo de estos ilícitos y la forma en que han sido aplicados por los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales.

Bajo el prisma anterior, pero en lo relativo al aspecto adjetivo, es decir, a la represión jurisdiccional de estos delitos, me propongo analizar las implicaciones y alcance de la existencia de un presunto principio de persecución universal y revisar críticamente la forma en que estos tipos penales han sido consagrados en el Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional.

## I. LOS CRÍMENES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

### 1. *El Crimen de Derecho Internacional y el Crimen Internacional*

La similitud de las expresiones “crimen de Derecho Internacional” y “crimen internacional”<sup>1</sup>, así como su utilización indistinta en doctrina y en los instrumentos internacionales, favorece la confusión de estas dos categorías que, si bien se enmarcan en los procesos de codificación y decantación del Derecho Penal Internacional, corresponden a supuestos o hipótesis que pueden diferenciarse claramente en el plano teórico aunque, generalmente, se encuentren coimbricados en la práctica.

El crimen internacional es una categoría que ha surgido como resultado de una bifurcación en el régimen de la responsabilidad internacional. Como es sabido, la gravitación que han tenido las nociones de obligaciones *erga omnes* y normas imperativas –*ius cogens*– en el estatuto de la responsabilidad internacional ha sido significativa.

La propuesta del relator especial Roberto Ago, asumida por la Comisión de Derecho Internacional en la Primera Parte del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados, acuña una novedosa distinción entre dos tipos de ilícitos que se funda en la gravedad de las obligaciones violadas. De esta manera, se escinden los ilícitos internacionales en crímenes y delitos internacionales<sup>2</sup>.

Como podrá sospecharse, dicha propuesta –aunque cuenta con un gran grado de consenso importante– todavía no se ha perfilado en sus contornos específicos. De todas maneras, plantea un singular desdoblamiento en dos aristas del régimen de responsabilidad, con lo que marca un valioso avance dentro del Derecho Internacional.

<sup>1</sup> Algunos autores utilizan la nomenclatura de “crímenes de Estado”. Vid. GIL GIL, A.: *Derecho Penal Internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, pp. 41-43.

<sup>2</sup> Cfr. REMIRO BROTONS, A. *et al.*: *Derecho Internacional*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 412.

El crimen internacional es definido por el art. 19 del mencionado proyecto como el ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto. Por tanto, no se trata de un ilícito cualquiera.

Lo esencial –y también la originalidad del crimen internacional– estriba en que la relación jurídica de responsabilidad se establece entre el Estado al que el ilícito es atribuible, de una parte, y, de otra, la comunidad internacional como un sujeto colectivo distinto. Por lo mismo, esta especie de responsabilidad ya no sólo puede perseguirse por el Estado directamente afectado por la infracción –como ocurriría si se tratara de la violación de un tratado bilateral–, sino que es exigible por cualquier Estado.

Con ello se busca afianzar un sistema de garantías institucionales eficaces que permita la supervivencia de las relaciones internacionales en el marco de la convivencia pacífica y la cooperación de los Estados. En la práctica, el reconocimiento de la existencia de intereses comunes ha informado los esfuerzos de codificación y la evolución del Derecho Internacional en orden a imprimir consistencia a la noción de normas imperativas que imponen, a su turno, obligaciones *erga omnes*<sup>3</sup>.

De esta manera, la construcción de la categoría de crímenes internacionales no constituye un fenómeno aislado. Es esta relación de implicancia con nociones más generales como el *ius cogens* la que explica que a estos crímenes les ronde la misma extensa zona de penumbra que persigue a aquéllas.

Interrogantes tales como quién está legitimado para determinar los ilícitos que integran esta noción, cuáles son los mecanismos y órganos más idóneos para ventilar las cuestiones relativas a esta infracciones, cómo opera y cuáles son los márgenes de las san-

ciones, si es posible hablar de una responsabilidad penal de los Estados distinta e independiente de la responsabilidad individual de las personas naturales involucradas etc., se confabulan contra la determinación y certeza de la noción socavando, de paso, sus pretensiones de exigibilidad.

Los crímenes del Derecho Internacional, en cambio, coinciden con la clasificación tripartita acuñada en el art. 6 del Tratado de Londres que creó el Tribunal de Nuremberg y que distinguía entre crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Para evitar las confusiones entre los crímenes de Derecho Internacional antes referidos y los crímenes internacionales, la Comisión de Derecho Internacional ha advertido que la atribución a un Estado de un hecho internacionalmente ilícito calificado de crimen internacional es algo muy distinto que la imputación a ciertos órganos de actos relacionados con la perpetración de un crimen internacional del Estado, y que la obligación de castigar tales actos individuales no constituye la forma de responsabilidad internacional especialmente aplicable al Estado autor de un crimen internacional, o en todo caso, la única forma de responsabilidad. Tal castigo no pone fin ciertamente a la responsabilidad internacional que incumbe al Estado por los hechos internacionalmente ilícitos que, por el comportamiento de sus órganos, se le atribuyen en cada caso<sup>4</sup>.

A pesar de que la Comisión ha subrayado la diferencia entre estas dos especies de ilícitos, no puede dejar de advertirse que, al tenor del art. 19 del Proyecto de la Comisión antes aludido, podemos encontrar supuestos de crímenes internacionales que coinciden con hipótesis de crímenes contra la paz y la seguridad internacional (como el crimen de agresión o la dominación colonial) o con las restantes subcategorías.

Esto es especialmente probable si se tiene en cuenta que los crímenes de Derecho Internacional, en general, requieren cierta tolerancia o participación del Estado como

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, los asuntos *Reparación de daños al servicio de Naciones Unidas y Barcelona Traction*.

<sup>4</sup> *Anuario de la C.D.I.*, 1976, vol. II (segunda parte), p. 102, párr. 21.

veremos en el acápite siguiente. De ahí que la forma de resolver estos casos importe acudir a la técnica del concurso ideal que está concebido para solucionar situaciones en que la comisión de un mismo hecho da origen a dos ilícitos distintos. En estos supuestos, la comisión del ilícito internacional lleva aparejada, por un lado, el castigo y persecución de los culpables y, por otro, la responsabilidad civil del Estado frente a la comunidad internacional<sup>5</sup>.

## 2. La evolución de los crímenes de Derecho Internacional

Los crímenes contra la humanidad –como ya hice referencia previamente– no habían sido codificados antes del Acuerdo de Londres. En realidad, los crímenes contra la humanidad son una extensión del *ius in bello* y la denominación fue tomada de la llamada “*cláusula Martens*” contenida en la IV Convención de La Haya de 1907 referente a las leyes y costumbre de la guerra terrestre.

Tanto es así que la exigencia de vinculación con los crímenes de guerra y con el crimen contra la paz limitó gravemente las competencias del Tribunal de Nuremberg en lo referente a los crímenes de lesa humanidad, excluyendo –prácticamente– la posibilidad de enjuiciar actos anteriores al 1 de septiembre de 1939. Afortunadamente, esta doctrina fue pronto abandonada y se ha desvinculado esta categoría de la necesidad de un contexto bélico.

Los crímenes de guerra, en cambio, tienen sus antecedentes en algunos rudimentos de regulación que corresponden a la llamada vertiente de La Haya del Derecho Internacional Humanitario. Sin perjuicio de lo anterior, no puede soslayarse que el gran impulso normativo también en el Derecho Humanitario coincide con el período de posguerra y se materializa a través de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y de sus dos protocolos complementarios de 1977 que se refieren, respec-

tivamente, a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

El 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó mediante resolución 95 la actuación del Tribunal de Nuremberg. A partir de esta fecha, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas ha trabajado en un proyecto de Código de Crímenes en contra de la Paz y Seguridad de la Humanidad y un Estatuto de Tribunal Penal Internacional. El primer proyecto de Código fue aprobado en primera lectura por la Comisión en 1951. Tras su modificación en segunda lectura, en 1954, fue sometido a la Asamblea General, que no llegó a aprobarlo. También en 1951 se redactó en el seno de las Naciones Unidas un primer proyecto de Tribunal Penal Internacional que fue revisado en 1953, sin embargo las discrepancias en torno a los contornos del crimen de agresión abortaron los trabajos.

En 1991 la Comisión aprobó una primera lectura de un nuevo proyecto de Código de Crímenes en contra de la Paz y de la Seguridad de la Humanidad que fue aprobado, en segunda lectura, por la Comisión en su 48ª sesión de 1996. Paralelamente, la Comisión creó en 1992 un grupo de trabajo encargado de la elaboración de un Estatuto de Tribunal Penal Internacional que concluyó su tarea en 1993 y en 1994 su informe pasó al examen de la Comisión que lo aprobó. Con posterioridad un Comité preparatorio fue encargado de elaborar un informe sobre las distintas propuestas y comentarios realizados al proyecto.

Mediante resolución 51/207 de 17 de diciembre de 1996, la Asamblea General decidió celebrar en 1998 una conferencia diplomática de plenipotenciarios para dar forma definitiva y adoptar la convención sobre el establecimiento de una Corte penal internacional. En la Conferencia se estudió el texto elaborado por el Comité preparatorio, que había sido encargado de proseguir los trabajos de la Comisión y del Comité Especial. Participaron 160 Estados aprobándose, en definitiva, el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional y que actualmente está en pro-

<sup>5</sup> BESNÉ MAÑERO, R.: *El crimen internacional. Nuevos aspectos de la responsabilidad internacional de los Estados*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, p. 77.

ceso de ratificaciones por parte de los Estados que lo han suscrito<sup>6</sup>.

En el período intermedio, merecen destacarse, por su extraordinaria relevancia, la adopción en 1948 dentro del seno de Naciones Unidas de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio y, en 1973, de la Convención sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid.

Mención especial requiere la resolución 808 de 1993 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que invocando lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas<sup>7</sup>, estableció el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991 y la resolución 955 de 1994 de este mismo órgano que con sustento en el mismo Capítulo VII antes aludido que creó el Tribunal especial para Ruanda.

### 3. Las particularidades de los crímenes de Derecho Internacional

Uno de los criterios para dotar de autonomía al Derecho Penal Internacional y, por extensión, a los crímenes del Derecho Internacional se relaciona con los bienes jurídicos protegidos por esta rama.

De la misma manera que el Derecho Penal estatal está llamado a intervenir en precisas y determinadas infracciones y se encuentra constreñido por el principio de última *ratio*, el Derecho Penal Internacional no cu-

bre la totalidad del espectro normativo internacional, sino que se circunscribe a la protección de bienes jurídicos determinados.

Hecha esta prevención cabe preguntarse cuál o cuáles son los bienes protegidos por el Derecho Penal Internacional. La tendencia de la práctica internacional parece sugerir que los bienes jurídicos internacionales por antonomasia serían la paz y la seguridad internacionales.

En esta línea no sorprenden, entonces, las conexiones un tanto artificiosas que frecuentemente se plantean entre estos bienes y la protección de los derechos fundamentales, de suerte que estos últimos se transforman en una especie de requisito o condicionante previa para la consecución de la paz o la seguridad internacional.

Una impronta subyacente de esta tesis podemos encontrarla en la interpretación que hizo el Tribunal de Nuremberg en el sentido de que la responsabilidad penal individual de los dirigentes, organizadores, provocadores y cómplices en los crímenes en contra de la humanidad sólo era predicable en tanto y en cuanto se hubiera actuado dentro del marco de un conflicto armado internacional. Más recientemente pueden destacarse por su carácter indiciario las argumentaciones que se esgrimen por los Estados para la justificación de las intervenciones por razones humanitarias, o bien, el tenor de las exposiciones de motivos de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que dieron origen a los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda.

Como sostiene Alicia Gil, la idea —en principio— podría ser acertada: la comunidad internacional interviene ante violaciones masivas de derechos fundamentales porque ponen en peligro la paz y la seguridad de la humanidad, viendo que los mecanismos de protección tradicionales, es decir, los consistentes en la responsabilidad internacional del Estado, son insuficientes y además como forma de configurar una excepción calificada al principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> A esta data, se han depositado 36 ratificaciones.

<sup>7</sup> La creación de tribunales *ad hoc* por resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas encuentra su fundamento al considerarse como una medida para la restauración o mantenimiento de la paz internacional con sujeción al Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas y, particularmente, con arreglo a los Arts. 41 y 29 de la Carta que contemplan, respectivamente, las medidas que no suponen el uso de la fuerza y la posibilidad de crear organismos subsidiarios para el desempeño de sus funciones.

<sup>8</sup> Cfr. GIL GIL, A.: *Op. cit.*, p. 31.

Sin embargo, en tal razonamiento hay una falacia implícita. Se implica que las relaciones pacíficas entre entes abstractos pueden superponerse o, más bien, consumir hasta hacer desaparecer la autonomía de los bienes jurídicos individuales –los derechos humanos– que constituyen el fundamento primero y último de la existencia de estas construcciones artificiales. Esta clase de argumentaciones que evocan reminiscencias pseudo-organicistas entrañan una serie de efectos perversos. Entre los más relevantes puede mencionarse la facilitación de interpretaciones más o menos acomodaticias en torno a la procedencia, legitimidad, oportunidad y alcances de la reacción internacional en caso de violaciones sistemáticas de derechos humanos en situaciones de conflictos internos o internacionales<sup>9</sup>.

Por lo mismo, es necesario repetir aquí, aunque suene a tópico, que el Derecho Penal Internacional –lo mismo que los Derechos domésticos– protegen en forma prevalente, aunque no excluyente, bienes jurídicos individuales.

Apuntado lo anterior, debo advertir que el Derecho Penal Internacional se dirige a proteger niveles distintos de agresión a bienes jurídicos individuales, o incluso bienes jurídicos de naturaleza distinta (por ejemplo, bienes colectivos) de los que protege el derecho penal interno. Esto no significa, claro está, que no existan vasos comunicantes entre estos dos órdenes normativos.

La razón de esta diferenciación es sencilla. El Derecho Penal Internacional se sujeta a una especie de hiperinflación del principio de *ultima ratio*. Esto significa que no sólo supedita su actuación a la represión de los injustos especialmente previstos por la ley internacional y que no están sometidos a regímenes de sanción específicos (por ejemplo, la responsabilidad internacional de los Estados de carácter civil), sino que, además, su razón de ser descansa precisamente en la idea de subsidiariedad. Esta subsidiariedad se pre-

dica en relación con aquellas conductas lesivas que el Derecho interno no es capaz de reprimir eficazmente.

En otras palabras, los ilícitos internacionales están concebidos para aquellas hipótesis respecto de las cuales el Derecho estatal no ofrece una protección suficiente o adecuada, *verbi gracia*, los casos en que los Estados se transforman en los principales violadores de derechos humanos por acción directa, o bien, por omisión. Veamos algunos ejemplos a objeto de ilustrar este planteamiento.

El derecho a la vida constituye un bien jurídico protegido por los ordenamientos penales nacionales; sin embargo, si la lesión reviste el carácter de acción sistemática destinada a la destrucción de un grupo de la población, el injusto se eleva a la categoría de ilícito internacional porque, por un lado, las medidas de prevención y represión estatal se han mostrado precarias para proteger el mismo bien jurídico y, por otro, porque –como tendremos oportunidad de analizar– en la mayoría de los crímenes de Derecho Internacional se exige, como elemento del tipo, la tolerancia o la participación de los órganos estatales.

Un aspecto que conviene exponer aquí para no inducir a errores es que el hecho de que ciertos crímenes del Derecho Internacional sean recogidos por las legislaciones nacionales y, eventualmente perseguidos por órganos jurisdiccionales domésticos, no afecta su carácter de ilícitos internacionales. Así, por ejemplo, de haber prosperado la petición de extradición en el caso Pinochet y habersele juzgado y condenado por tribunales españoles, el crimen de tortura conservaría su carácter de crimen internacional. Esto implica que en este hipotético escenario la condena de Pinochet no podría haberse invocado como precedente para impugnar la competencia de futuros tribunales penales internacionales para procesar a personas imputadas por el mismo ilícito.

Me parece que no es preciso ahondar sobre la circunstancia de que estas peculiaridades se derivan de la ausencia o de la precariedad de órganos jurisdiccionales permanentes, por lo que la admisión de una concurrencia

<sup>9</sup> Recuérdense las suspicacias a que dieron origen las intervenciones en la Guerra del Golfo y en Kosovo.

de jurisdicciones en estos supuestos parece ser ineludible.

De otro lado, y en estrecha conexión con lo anterior, forzoso es señalar que existen casos en que la técnica normativa se ha decantado por la vía de establecer disposiciones que imponen la colaboración de los Estados en la represión de ciertos ilícitos que, pese a esto, no corresponden al género de crímenes del Derecho Internacional.

Se trata de delitos que amenazan el orden público o los intereses de varios Estados, o que, por el desarrollo de las técnicas criminales y la internacionalización del crimen, necesitan para su represión de la unión de los esfuerzos de varios países interesados en la lucha contra los mismos. El bien jurídico protegido por la toma de medidas comunes no deviene en objeto de protección internacional directa y exclusiva y, por tanto, en rigor, no deben ser considerados crímenes del Derecho Internacional<sup>10</sup>.

Ello ocurre, por ejemplo, con el delito de piratería<sup>11</sup> contemplado en el Art. 101 de la Convención sobre Derecho del Mar de Naciones Unidas de 1982 respecto del cual se contempla el principio de persecución universal. En estos casos se trata de normas que contienen una prohibición a los individuos de desarrollar determinadas conductas cuya infracción trae aparejado un reproche penal que se ventila e impone por la jurisdicción interna y que –en esto reside la particularidad– contienen un mandato anexo para los demás Estados en orden a adoptar determinadas medidas de coordinación y cooperación para la represión de tales ilícitos.

La infracción de dichas normas imperativas por parte de los Estados o de las personas individuales que ocupan cargos oficiales no genera la responsabilidad penal de unos u otros, sino simplemente la responsabilidad internacional genérica del Estado por incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Dicho de otro modo, la responsabilidad por infracción del principio *pacta sunt servanda*.

En estos casos, a pesar de la apariencia novedosa, el trasfondo regulativo no se sustrae de la técnica tradicional de naturaleza contractual que es propia de los tratados y que genera vínculos obligatorios directos entre los Estados.

Por las razones expuestas, no se trata en estricto *sensu* de crímenes del Derecho Internacional, sino más bien de delitos transnacionales o transfronterizos.

Este análisis puede presentar ciertos bemoles en el caso del terrorismo<sup>12</sup>. Como sabemos, los delitos terroristas por las particularidades de los actos de violencia que entrañan ha ido ganando terreno en el campo de los Derechos penales nacionales aunque no siempre el problema se enfrente por la vía de la construcción de tipificaciones autónomas. Sin perjuicio de esta reacción a nivel de los ordenamientos estatales internos, el terrorismo progresivamente se ha elevado a objeto de preocupación del Derecho Internacional. La razón de este desplazamiento se apoya en el hecho de que el acto o actividad terrorista suele trascender las fronteras de un Estado. Para arribar a esta conclusión se atiende a factores *rationae personae* (la nacionalidad de los terroristas o de las víctimas) o *rationae loci* (el territorio utilizado para la comisión u organización de la actividad terrorista).

Encaradas así las cosas, puede pensarse que el *quid* de este asunto consiste simplemente en coordinar esfuerzos por parte de los Estados para reprimir ilícitos que tienen efectos transfronterizos.

El tema se torna complejo si consideramos, en cambio, que el terrorismo, en una de sus variantes, se ha transfigurado en un método de acción mediante el cual algunos Estados emplean en una suerte de guerra poco convencional mediatizada por la actuación de grupos organizados o respaldados por tales

<sup>10</sup> *Idem, op. cit.*, p. 45.

<sup>11</sup> Este delito no ha sido incluido, acertadamente, en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional.

<sup>12</sup> Un concienzudo y documentado estudio sobre este tema puede encontrarse en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.: *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.

Estados que despliegan una actividad orientada al terror y que compromete gravemente la salvaguardia de los derechos de los individuos que sufren esta especial clase de violencia. Adicionados estos elementos bien podríamos pensar que estamos en presencia de crímenes internacionales y/o crímenes de Derecho Internacional<sup>13</sup> con sujeción a lo que he venido explicando en este trabajo.

Dichos diagnósticos son todos plausibles. Las razones de esta hermenéutica ambivalente podemos rastrearlas en la “arqueología del terrorismo”, esto es, explorando sus causas. Lo primero que se desprende de esta aproximación es que el fenómeno del terrorismo y la política están íntimamente articulados de suerte que no es aventurado argumentar que la quintaesencia del terrorismo es la política. Por ello no es de extrañar que el punto álgido de los debates sobre el terrorismo tenga su anclaje en sede política, aunque el discurso empleado para referirse a este tema se camufle de una clave jurídica. El origen y la legitimidad de la violencia empleada así como las invocaciones del principio de autodeterminación de los pueblos unido a las caracterizaciones de los conflictos como guerras de liberación nacional constituyen temas recurrentes dentro de estos debates.

En consecuencia, el actual estadio de evolución del Derecho Penal Internacional no permite formular juicios categóricos sobre el particular. Es probable que dentro de las secuelas

de los atentados del 11 de septiembre en Nueva York contemos en el futuro con instrumentos emanados de la comunidad internacional que no sólo proporcionen luces sobre un concepto de terrorismo unívoco, sino que también establezcan mecanismos institucionales que permitan abordar coordinadamente la represión de este fenómeno.

#### *4. Perspectiva crítica dogmática de los crímenes de Derecho Internacional*

Uno de los aspectos más complicados de la categoría de los crímenes de Derecho Internacional tiene que ver con ciertas deficiencias en la observancia de algunos de los principios básicos de la ciencia penal. Huelga advertir que los instrumentos internacionales que consagran estos delitos exhiben problemas importantes en relación con los principios de reserva legal y de legalidad de las penas.

El primero de estos principios se relaciona con la exigencia de que la conducta esté detalladamente descrita en el tipo y, el segundo, con el requisito de una determinación expresa y clara de los márgenes inferior y superior de la pena. Si bien estos problemas parecen seguirse del estado actual de desarrollo del Derecho Penal Internacional y de la jurisdicción internacional y no importan carencias o distorsiones consustanciales al sistema, en un análisis como éste no es posible rehuir materias tan importantes.

Es de dominio público que dos de los más repetidos cuestionamientos a los juicios de Nuremberg se fundamentan en la inobservancia del principio de irretroactividad de la ley penal y en la vaguedad de los tipos penales contemplados en el estatuto del tribunal. Las réplicas a estas críticas se concentran ya en consideraciones morales, ya en argumentaciones jurídicas relativas al valor y alcance de los precedentes consuetudinarios.

Pese a que el resultado de impunidad de los responsables de tales atrocidades constituía una opción repugnante desde el punto de vista ético y, en alguna medida, puede justificar la violación de estas garantías, no es dable amparar hacia el futuro situaciones en las

<sup>13</sup> Las distintas propuestas elaboradas por la Comisión de Derecho Internacional de un proyecto de Código de crímenes en contra de la paz y la seguridad de la humanidad han venido incluyendo en el catálogo de crímenes el hecho de que “las autoridades de un Estado emprendan o estimulen actividades terroristas en otro Estado o la tolerancia por las autoridades de un Estado de actividades organizadas dentro de su territorio, encaminadas a realizar actos terroristas en otro Estado” (en este sentido, el artículo 2.6 de la versión de 1954 o el artículo 16 de la versión de 1990 que aparecía como artículo 24 en la versión de 1991). Sin embargo, la versión definitiva de 1996 no incluyó el terrorismo internacional, lo que no zanja la cuestión, toda vez que hay consenso de que la enumeración contenida en el art. 19 del proyecto de la CDI no es exhaustiva.

que se propicie o promueva indirectamente la utilización abusiva o vindicativa de las normas penales. En este sentido, la necesidad de que la descripción típica de las conductas punibles sea expresa y detallada es una garantía que resulta insustituible<sup>14</sup>.

La falta de indicación clara de la pena no sólo vulnera los derechos de los presuntos implicados, sino que resta legitimidad al sistema punitivo. El asunto es especialmente espinoso si se considera que esta omisión implica desentenderse de la larga y conmocionada herencia posrevolucionaria que erigió el complejo de derechos y garantías que integran la fórmula del *due process of law*<sup>15</sup>.

Siguiendo este raciocinio, puede estimarse como un acto de desagravio particularmente auspicioso el hecho de que el Estatuto de Roma –a diferencia de los Estatutos de los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda– contemple una escala de penas asociadas a los crímenes respecto de los cuales será competente la Corte Penal Internacional en caso de entrar en funciones.

Hechas estas prevenciones, me propongo exponer en el acápite siguiente las características de una de las categorías que integran la expresión crímenes de Derecho Internacional: los crímenes contra la Humanidad.

### 5. Los crímenes contra la humanidad. Características

Como ya señalé, los crímenes contra la Humanidad forman una especie dentro de la expresión genérica crímenes del Derecho Internacional.

Igualmente advertí que su desarrollo dogmático y su aplicación práctica se han orientado a desvincularlos gradualmente de la necesidad de existencia de un conflicto bélico sea de carácter internacional o nacional<sup>16</sup>.

En cuanto al sujeto activo, la doctrina se encuentra dividida, desde quienes plantean que se requiere, a lo menos, la tolerancia del poder político y quienes defienden que el delito no supone un sujeto activo calificado, por lo que puede ser cometido por cualquiera.

En relación con este tema, me parece acertada la postura intermedia que plantea Alicia Gil. Según esta autora, 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 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 interno<sup>17</sup>. De ahí que sería suficiente con exigir la participación o la tolerancia, a lo menos, del poder político de que se trate, de *iure* o de *facto*.

Otra de las cuestiones que sobresale en el tratamiento doctrinal de los crímenes contra de la Humanidad –por la variedad de teo-

<sup>14</sup> A propósito de la importancia de las garantías procesales en la protección de los derechos del individuo adviértase que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva oc-9/87 del 6 de octubre de 1987 sobre garantías judiciales en estados de emergencia expresó: “Los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del hábeas corpus y del amparo” (párrafo 30) disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/iachr-sp.html>.

<sup>15</sup> El Art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que no se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

<sup>16</sup> A pesar de lo anterior, debe mencionarse que el art. 5 del Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia define los crímenes en contra de 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” (los destacados son míos).

<sup>17</sup> *Idem, op. cit.*, p. 122.

rías que se proponen— se relaciona con la presencia de ciertos móviles específicos en la configuración de esta categoría de ilícitos. El abanico de posibilidades oscila desde considerar que no son necesarios los móviles para la calificación del ilícito, hasta incluirlos como elementos subjetivos del injusto o integrarlos en la culpabilidad<sup>18</sup>.

Sin duda, se trata de un tema de suyo problemático, entre otras cosas, porque el tratamiento de los elementos subjetivos en el marco de la dogmática penal—inclusive en el marco de los delitos internos— no es pacífico.

Al margen de lo expuesto, lo que es claro es que en los casos en lo que se sostiene la exigencia de la presencia de estos elementos, la doctrina internacional suele uniformarse en el sentido de aseverar que se requiere la comparecencia de una especie determinada de móviles, esto es, los móviles discriminatorios (racistas, xenófobos, etc.).

Esta afirmación, de otro lado, supone estimar que los crímenes contra la Humanidad protegen exclusiva y excluyentemente bienes jurídicos colectivos, en particular, un determinado modelo de convivencia plural y multicultural. Dicha tesis, como expresé en líneas anteriores, no resiste un examen agudo, toda vez que se construiría sobre el presupuesto contrafáctico de que los modelos sociales pueden sobrevivir sin proteger los derechos de los individuos que los componen.

Así las cosas, lo más acertado parece ser que la concurrencia de estos móviles se tenga en cuenta más bien a título de agravantes genéricas de forma que un aumento del injusto (de la lesión al bien jurídico protegido) tenga un correlato en la extensión de la pena.

Piénsese, además, que si se considerara que estos elementos subjetivos sirven para entender configurada la acción típica se arribaría al absurdo de que no acreditado su curso, no existiría conducta punible.

Abona esta conclusión el hecho de que el Estatuto de la Corte Penal Internacional no contemple la exigencia de móviles para los

crímenes que recoge, con excepción del delito de persecución.

La existencia de elementos subjetivos en el delito de genocidio será materia de un análisis más detallado en los próximos apartados.

## 6. El delito de genocidio

### a. Concepto y antecedentes históricos

Etimológicamente la palabra deriva de “*genos*”, grupo o agrupación humana, y “*caedes*” muerte: el genocidio vendría a significar el homicidio de grupos humanos<sup>19</sup>. El jurista polaco Rafael Lemkin fue quien acuñó el término.

Conviene precisar que el concepto ha experimentado una notable ampliación. No solamente se entiende por genocidio la muerte dada a los miembros de determinados grupos humanos, sino también el atentado a su integridad física, el sometimiento a condiciones de vida capaces de causarles la muerte, las medidas tendentes a impedir los nacimientos e incluso los atentados a su libertad de disposición personal al imponerles desplazamientos o traslados forzosos. Por otra parte, el delito de genocidio se restringe normalmente a los grupos étnicos, raciales y religiosos, excluyéndose los “grupos políticos” y el denominado “genocidio cultural”<sup>20</sup>.

Aunque los antecedentes remotos de este delito se remontan hasta los trabajos de Vitoria en materia del *ius ad bellum*, lo cierto es que recién en 1948 y con posterioridad a los juicios de Nuremberg se adoptó la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, que entró en vigor el 12 de enero de 1958.

Esta Convención tenía su antecedente más inmediato en la Resolución 96 de la

<sup>19</sup> VARELA FEJOO: *El delito de genocidio*. Temas Penales, Ediciones Universidad de Santiago de Compostela, 1973, 113.

<sup>20</sup> Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “El delito de Genocidio”, en DIEGO-SANTOS, M. y SÁNCHEZ LÓPEZ, V. (coord.), *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Editorial Colex, Madrid, 2000, p. 10.

<sup>18</sup> Sobre este tema, vid. GIL GIL, A.: *Op. cit.*, pp. 127-143.

Asamblea General de Naciones Unidas del año 1946 en que se declaró al genocidio “un crimen de Derecho Internacional que el mundo civilizado condena”.

b. Tratamiento dogmático

El artículo II, de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio –en adelante, la Convención– reza: “*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;*
- c) *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.”*

Se excluyeron de la descripción típica los grupos políticos –por la falta de anuencia de la ex Unión Soviética y de algunos países latinoamericanos– y el denominado “genocidio cultural”. Estas exclusiones han generado profusas críticas de la Doctrina que se han visto corroboradas por el caso Pinochet<sup>21</sup>.

Estas exclusiones, teñidas de un cariz político acomodaticio que les resta legitimidad, pierden gran parte de su nocividad práctica si se tiene en cuenta que los crímenes contra la humanidad constituyen una categoría distinta del crimen de genocidio, de manera tal que si los supuestos de hecho no pueden subsumirse en el tipo de genocidio, se

encontrarán, en general, en los distintos tipos que corresponden a la noción genérica de crímenes de lesa humanidad. Antes de abordar esta cuestión a propósito del caso Pinochet, analicemos las características distintivas de esta figura delictual.

Técnicamente, el crimen de genocidio corresponde a un delito de resultado cortado, es decir, es irrelevante que se alcance el objetivo de destrucción, pues lo esencial para afirmar la existencia del tipo penal es que en la faz subjetiva de la conducta concurra la voluntad de destruir el grupo total o parcialmente<sup>22</sup>.

Como explica Alicia Gil, en el plano valorativo, en relación con el bien jurídico protegido, basta con el atentado a subgrupos pertenecientes a aquellos que contempla la Convención delimitados a ámbitos geográficos o sociales más concretos. Lo que se protege es la existencia física del grupo<sup>23</sup> y, por ello, se adelanta la protección del bien jurídico de suerte que estamos ante un delito de intención, o sea, una tentativa castigada como delito consumado. En este sentido, los móviles del sujeto activo (los motivos políticos, xenófobos, religiosos, etc.) son irrelevantes, lo que importa es hacia qué colectivo va dirigida la acción destructiva.

El tipo objetivo, en cambio, se queda más corto que el subjetivo porque no exige la lesión material del bien jurídico a la que el tipo subjetivo ha de extenderse, sino que el delito se consuma formalmente con una acción individual cometida contra los miembros del grupo que se quiere destruir<sup>24</sup>.

De estas explicaciones se desprende que el bien jurídico protegido en caso del crimen de genocidio no es un bien jurídico individual –como ocurre en los crímenes de lesa humanidad–, sino un bien jurídico colectivo, es de-

<sup>21</sup> Recuérdese que el auto de procesamiento librado por el juez Garzón incluía dentro de los cargos en contra de Pinochet este delito y que dicho cargo fue posteriormente desestimado por la High Court inglesa al conocer la solicitud de extradición española.

<sup>22</sup> QUEL LÓPEZ, F.: “La competencia material de los tribunales penales internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados” en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (Ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, Nº 4, Madrid, 2000, p. 82.

<sup>23</sup> Cfr. GIL GIL, A.: *Op. cit.*, p. 194.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

cir, la existencia de determinados grupos. Aún más, se trata de precisos y determinados grupos según previene el Art. 2 de la Convención antes reproducido. En esta línea, hay que recalcar que el concepto de genocidio no se identifica con la idea de matanza generalizada o colectiva, sino que es más estrecho y específico: consiste en el exterminio de un grupo humano como especie –o subespecie– zoológica y/o cultural.

De esta manera, el resto de los exterminios o asesinatos colectivos que en razón del principio de legalidad no puedan encuadrarse en la descripción típica, no constituirán el delito de genocidio sino que serán constitutivos de crímenes contra de la humanidad.

### c. La noción de grupo y el Caso Pinochet

Como advierte Antonio Remiro Brotóns al comentar la resolución de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España recaída en el caso Pinochet<sup>25</sup>, la concepción *social* del genocidio es, sin duda, más atractiva y convincente que los esfuerzos que, con el mismo fin incluso, se han hecho por embutir la persecución política dentro de la étnica o religiosa<sup>26</sup>. De hecho, aquel hilo conductor fue seguido por la Audiencia Nacional que argumentó:

*“La necesidad sentida de los países parte del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo del Derecho Internacional, requiere que los términos ‘grupo nacional’ no signifiquen ‘grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación’ sino simplemente grupo humano nacional, grupo diferenciado, caracterizado por algo, in-*

*tegrado en una colectividad mayor (...)*  
*La prevención y castigo del genocidio como tal (...) no puede excluir, sin razón en la lógica del sistema, a determinados grupos diferenciados nacionales, discriminándoles respecto de otros.”*

A pesar de que puede presumirse la bondad de las motivaciones que inspiraron a estos jueces, lo que no puede olvidarse es que nos encontramos ante sistemas penales, tanto nacionales como internacionales, que han optado por una vertiente garantista de manera que la creación de nuevos tipos por parte de los órganos judiciales es absolutamente inadmisibles.

Similar crítica merecen las afirmaciones del juez Garzón en el auto de procesamiento de 25 de marzo de 1998 en el que sostiene la jurisdicción española sobre los actos cometidos por la dictadura argentina y que estriba en la inteligencia de que la definición de grupo nacional no excluye los casos en los que las víctimas son parte del propio grupo transgresor, es decir, los supuestos de “autogenocidio”.

Este tipo de interpretaciones parece querer soslayar que la intención de quien elimina masivamente a personas cuyo común denominador es el hecho de ser detractores, disidentes u opositores políticos, no es destruir total o parcialmente su propia nacionalidad sino que exterminar a quienes no están de acuerdo con sus dictados, que lo mismo pueden ser nacionales o extranjeros<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Ello es claro si se atiende a la pavorosa experiencia de la llamada “Operación Cóndor”. La Operación Cóndor fue una conspiración entre los servicios de inteligencia de los distintos países del Cono Sur (Argentina, Chile, Uruguay, Brasil, Paraguay, Bolivia y hasta cierto punto Perú) cuyo objeto fue el intercambio de información sobre supuestos subversivos residentes en los distintos países partes a la Operación, y la colaboración en la persecución de estas personas. La operación le permitió a operativos de inteligencia o de las fuerzas armadas de los distintos países participantes a desplazarse libremente en el territorio de los otros, para así secuestrar, desaparecer o asesinar a sus conciudadanos. Más información en <http://www.derechos.org/nizkor/doc/condor/>.

<sup>25</sup> REMIRO BROTONS, A.: *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 81.

<sup>26</sup> Recuérdese que en el auto de procesamiento librado por el juez Garzón en contra de Augusto Pinochet se realiza una lectura bastante acomodaticia sobre las implicaciones del asesinato y desaparición de personas pertenecientes a la etnia mapuche.

La interpretación de Garzón sería equiparable a la hipotética afirmación de que el exterminio de ciudadanos de raza judía que habitaban en la Alemania nazi o en los territorios ocupados no fue un genocidio del pueblo judío, cometido con la intención de exterminar a los judíos, sino un genocidio de las nacionalidades alemana, polaca, austríaca, francesa, etc., cometido con la intención de destruir parcialmente dichas nacionalidades. Evidentemente no es este el concepto de la Convención en contra del genocidio<sup>28</sup>.

Para ratificar lo expuesto anteriormente, debe recordarse que el Estatuto de Roma reproduce la descripción típica de genocidio contenida en la Convención en contra del genocidio. Lo trata como una figura autónoma no incluida dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad, mientras que bajo el epígrafe correspondiente a dichos ilícitos contempla el crimen de persecución que consiste en la "Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte" (art. 7.1.h).

El art. 7.1.h) del Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los crímenes<sup>29</sup>, a su turno, señala que los elementos del crimen de lesa humanidad de persecución son los siguientes:

1. Que el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del derecho internacional.
2. Que el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas en razón de su pertenencia a un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales.

3. Que la conducta haya estado dirigida contra esas personas por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, según la definición del párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto, o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.
4. Que la conducta haya tenido lugar en relación con cualquier acto de los señalados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto o con cualquier crimen de la competencia de la Corte.
5. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
6. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

De estas piezas transcritas se colige con meridiana claridad que el crimen de genocidio y los distintos supuestos de crímenes de lesa humanidad no son sucedáneos y, por lo mismo, deben interpretarse restrictivamente.

## II. LA JURISDICCION PENAL INTERNACIONAL

### 1. *El Tribunal Penal Internacional y los crímenes de Derecho Internacional. Perspectiva jurídica dogmática*

Debe mencionarse, en primer lugar, que el Estatuto de Roma –en adelante, el Estatuto– no se pronuncia por una definición formal o material<sup>30</sup> de los crímenes que son materia de su competencia, a saber, el crimen de genocidio (art. 6), los crímenes de lesa hu-

<sup>28</sup> GIL GIL, A.: *Op. cit.*, p. 185.

<sup>29</sup> Disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/tpi/>.

<sup>30</sup> La definición formal alude a la sola penalización por las normas jurídicas (internacionales) de determinadas conductas, en sentido sustancial, en cambio se hace referencia a los bienes jurídicos protegidos.

manidad (art. 7), los crímenes de guerra (art. 8) y el crimen de agresión<sup>31</sup>.

De la interpretación de algunas de sus normas puede inferirse que se acoge una definición de tipo híbrido que considera ambos aspectos. Como advierte Francisco Bueno Arús, del articulado se desprende que los redactores del Estatuto han tenido en cuenta que el sentido material del delito está integrado por los siguientes elementos: acción o conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, aunque las alusiones a los mismos sean exiguas a la espera de la elaboración de los *Elementos del crimen*, “que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6 y 7 y 8 del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes” “y serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto” (arts. 9.1 y 9.3)<sup>32</sup>.

Llama la atención que el Estatuto considere que el acto punible puede configurarse únicamente mediante una acción en sentido propio (arts. 22.1 y 22.3) y que no se contemple la omisión expresamente. Sin embargo, la exclusión es solamente aparente, puesto que en la sección en que se regula la *Responsabilidad de los Jefes y otros superiores* se contemplan hipótesis de delitos por omisión.

Uno de los aspectos más relevantes de los crímenes materia de la competencia de la Corte Penal Internacional –y que es elemento distintivo de los crímenes de Derecho Internacional– es el hecho de que las acciones se encuadran dentro de una línea de conducta que implica un atentado sistemático y generaliza-

do contra bienes jurídicos individuales o que configuran una amenaza o lesión dirigida contra bienes colectivos, cuestión que tuvimos oportunidad de analizar en párrafos precedentes. Esto no significa afirmar que se trata de delitos pluriofensivos cuyo sustrato material corresponde a una amalgama de lesiones de bienes jurídicos particulares diversos. Por el contrario, estos delitos gozan de una autonomía y una entidad propia que se traduce en una perspectiva novedosa, esto es, la consideración de que la suma de ataques se enquista en un proceso progresivo orientado a la lesión de los bienes jurídicos individuales o supraindividuales protegidos. En consecuencia, una sola acción, si se enmarca en dicha progresión, es decir, si pone en movimiento un plan de acción sistemático, puede llegar a configurar los ilícitos en comento.

En cuanto a las formas de participación en el ilícito se contemplan no sólo la autoría directa –esto es, materialmente por parte del agente mediante la fórmula de dominio de la acción–, sino también supuestos de participación como la complicidad, la instigación o inducción y el encubrimiento<sup>33</sup>.

En relación con los sujetos activos de estos delitos, sólo pueden serlo las personas naturales (art. 25.1), relegándose con acierto la responsabilidad de los Estados al Derecho Internacional general (no penal) en el art. 25.4<sup>34</sup>.

Si bien el Estatuto parece resguardar la vigencia del principio de tipicidad en el art. 22.1 en el que se afirma que el crimen competencial de la Corte y la responsabilidad penal se establecerán, en el momento en que la conducta tenga lugar, de conformidad con aquél, sin perjuicio de su tipificación “como crimen de Derecho Internacional independientemente del Estatuto” (art. 22.3), resulta preocupante la interacción que pueda tener este principio con la enumeración de fuentes contenida en el art. 21 en la que sobresalen los “principios establecidos en el Derecho Inter-

<sup>31</sup> Según el art. 5.2 del Estatuto: “La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se define el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”.

<sup>32</sup> BUENO ARÚS, F.: “Perspectivas de la teoría general de delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998” en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (Ed.): *Op. cit.*, p. 118.

<sup>33</sup> Véase, por ejemplo, arts. 25.3.a), 25.3.f), 25.3.b), 25.3.e), 25.3.c) y 25.3.d) del Estatuto.

<sup>34</sup> BUENO ARÚS, F.: *Op. cit.*, p. 121.

nacional de los conflictos armados” y los “principios generales de Derecho derivados del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo”. Es de esperar que el recurso a esta fuente, así como la Jurisprudencia que emane de la propia Corte, no se transformen en excusas para la vulneración del principio de tipicidad por medio de la creación de nuevos ilícitos.

Respecto de la antijuridicidad, es curioso que dentro de las causales eximentes de responsabilidad del art. 31 sólo se contemple como justificante un supuesto híbrido que envuelve caracteres tanto de legítima defensa como del estado de necesidad (art 31.1.c.). La eximente de obediencia debida, a su turno, se ha estrechado de manera radical<sup>35</sup> al exigirse para su configuración los requisitos copulativos de “estar obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el Gobierno o el superior de que se trate” y “no saber que la orden era ilícita” y, por otro lado, entendiéndose que no están cubiertas por la misma situaciones en que la orden “fuera manifiestamente ilícita”, fórmula en la que se incluyen expresamente “las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad”.

En el ámbito de la culpabilidad –específicamente en lo relativo a la imputabilidad– no se contempla una regulación especial para los casos en que los agentes delictivos sean menores de edad. También se extraña una normativa destinada a reprimir los supuestos de imprudencia temeraria que exceden al dolo propiamente tal.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible sostener que en las hipótesis de responsabilidad de los jefes y de los superiores por los crímenes de sus subordinados y de las fuerzas a su mando y control efectivo, a saber, “no haber ejercido control apropiado” cuando “hubieren sabido o debido saber que se estaban cometiendo estos crímenes o se proponían cometerlos” o “deliberadamente hubieren hecho caso omiso de la información”, caben tanto el dolo como la imprudencia<sup>36</sup>.

En lo relativo a la penalidad, el Estatuto es categórico al disponer que las penas sólo podrán imponerse “de conformidad con el presente Estatuto”. Como ya mencioné, esto constituye un notable avance respecto de los instrumentos constitutivos de los tribunales penales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda<sup>37</sup> que otorgaban amplias atribuciones a dichos órganos para la imposición de penas.

Las penas que la Corte Penal Internacional puede imponer están contempladas en el art. 77 que contiene una lista reducida de sanciones que requieren, para su ejecución efectiva, la colaboración de los Estados partes. Aparte de unas mínimas disposiciones generales, el Estatuto regula tres especies de cooperación entre los Estados y la Corte. 1) la extradición, más bien entendida como entrega, 2) el auxilio judicial internacional, donde se encuentran los dispositivos clásicos de cooperación (notificaciones y comisiones rogatorias de todo tipo) y 3) la ejecución o reconocimiento de las sentencias de la Corte<sup>38</sup>.

Dentro de este marco de cooperación internacional en el ámbito de estos delitos, analizaré, finalmente, el alcance del principio de persecución universal en el caso de un eventual funcionamiento de la Corte Penal Internacional.

## 2. El principio de persecución universal

El art. 10 del Estatuto de Roma previene que ninguna de sus reglas sobre jurisdicción, admisibilidad y Derecho aplicable será interpretada como limitativa o perjudicial en alguna forma de normas existentes o en desa-

<sup>37</sup> Huelga mencionar que el Estatuto del Tribunal de Nuremberg permitía imponer la pena de muerte o cualquier pena que el mismo Tribunal considerara justa, mientras que los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda aunque prescindieron de la pena de muerte admitían la imposición de penas privativas de libertad sin que se estableciera en sus respectivos estatutos límite temporal alguno.

<sup>38</sup> CARRIZO GONZÁLEZ, A.: “La colaboración entre Estados en el ámbito Penal: Técnicas de Cooperación Jurídica Internacional” en DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. y SÁNCHEZ LÓPEZ, V. (Coord.), *op. cit.*, p. 158.

<sup>35</sup> Véase art. 31.

<sup>36</sup> BUENO ARÚS, F.: *Op. cit.*, 126.

rrrollo de Derecho Internacional para fines distintos de los del Estatuto. Esta norma plantea la sospecha de la supervivencia del principio de persecución universal como método complementario a la actuación de la Corte Penal Internacional.

La sospecha es acertada si se tiene en cuenta que el art. 9 del Proyecto de Código de 1996 de la Comisión de Derecho Internacional sobre crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad contiene una norma de carácter facultativo que permite al Estado donde se encuentre el presunto criminal la triple posibilidad de optar entre entregarlo al Estado que solicita su extradición, juzgarlo, o, en defecto de las anteriores, entregarlo a un hipotético tribunal internacional en los términos que prevea su Estatuto. La única excepción es el crimen de agresión, para el que el proyecto dispone la competencia exclusiva de un tribunal internacional, limitando la competencia de los tribunales estatales a los tribunales de la nacionalidad de los presuntos culpables<sup>39</sup>.

A idéntica conclusión se arriba si se interpreta armónicamente el art. 10 del Estatuto antes citado en relación con enunciados similares al contenido en el art. 5.3 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esta

última norma no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales. Recuérdese que la transformación de este tratado en norma interna mediante los procesos de incorporación respectivos, unida a la premisa de que éste constituye base normativa suficiente por su carácter *self executing* pueden fundamentar la concurrencia de este título de jurisdicción respecto de los países que lo han ratificado<sup>40</sup>. Indudablemente la atribución expresa de jurisdicción universal en los ordenamientos nacionales zanjaría cualquier tipo de controversia y, por añadidura, contribuiría a garantizar un apego estricto al principio de tipicidad.

En resumen, los argumentos de texto antes citado sumados a los imperativos de la razón práctica, nos lleva a concluir que el estado actual del Derecho Penal internacional no permite prescindir de la colaboración y coordinación de los Estados en la prevención y persecución de crímenes atroces. Este imperativo de cooperación se refleja en los esfuerzos por establecer jurisdicciones de carácter supranacional, pero no excluye la actuación de los tribunales domésticos de conformidad a reglas estrictas que eviten el fraude a la ley y la vulneración del principio *non bis in idem*.

<sup>39</sup> REMIRO BROTONS, A.: "La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal" en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (Ed): *op. cit.*, p. 199.

<sup>40</sup> Véase el comentario sobre la fundamentación de este principio para cargos de tortura en relación con la petición de extradición de Pinochet por parte de España en REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet... op. cit.*, pp. 87 y ss.