Capítulo 1

EL DIPENAL PUEDE IMPONER UNA OBLIGACIÓN PENAL DIRECTA SIN LA INTERMEDIACIÓN NORMATIVA DEL ESTADO

1. Introducción

El Derecho Internacional impone obligaciones a los Estados desde dos fuentes básicas: la convención o la costumbre. El campo de acción de la costumbre como fuente normativa se encuentra básicamente limitada en la temática penal por la prohibición de la analogía y la interpretación extensiva.

En primer lugar los Estados pueden crear **normas penales internacionales por vía de convención**. Tras la creación del tratado penal, su vigencia necesitará de la ratificación de un número pre – establecido de Estados. Además la ratificación del tratado genera la obligación de incorporarlo en la normativa doméstica según los procedimientos internos previstos. En tanto la ratificación impone una obligación de observancia y adecuación del Estado a la norma internacional, su incorporación efectiva en el derecho doméstico la hace accesible a los justiciables bajo su jurisdicción.

En uno y otro caso el Estado puede estar en deuda con la ofensa internacional creada. Así, si el Estado incorpora la ofensa en su derecho doméstico y luego no la reglamenta (en caso que fuera necesario) o la reglamenta pero no la aplica o de alguna otra manera evade la persecución penal establecida en esa norma, generará responsabilidad internacional. En tanto la falta de reglamentación se explica por si misma, la falta de voluntad del Estado para el cumplimiento efectivo es menos evidente. El Estatuto CPI contempla este último caso otorgándole a la CPI la facultad de decidir si existe o no "*disposición de un Estado en llevar adelante los procedimientos*".[1] Adelantamos que esta

[1]) Así el art. 17 párrafo 2 establece: "*A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: (a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; (b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; (c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible*

situación brinda una amplitud interpretativa que derivará necesariamente en una decisión política para una cuestión jurídica. Esto hará que se focalice la atención en la persona del responsable y no en el carácter de la ofensa o la víctima.
Por su parte si el Estado jamás incorpora la norma penal en su derecho doméstico, existirá responsabilidad internacional por omisión.

Ahora bien, cumplidos los pasos comentados y hallándose vigente la norma, aún entonces el Estado puede sustraerse a su cumplimiento. Esto es posible mediante la denuncia del tratado a fin de evitar el compromiso y la responsabilidad internacional. Sin embargo, para provocar los efectos deseados la denuncia no debe ser intempestiva. Tal lo ocurrido con Perú dentro del sistema Interamericano, afirmando la CorteIDH que la "*pretendida denuncia a la jurisdicción contenciosa de la Corte era inadmisible que tuviera efectos inmediatos*"[2], en tanto la denuncia de un tratado se halla sujeta a un procedimiento generalmente establecido en el mismo instrumento internacional o en el marco general de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

En resumen, la norma internacional penal de fuente convencional puede ser triplemente burlada. Esta triple violación ocurre cuando *tras ratificarla* el Estado no la incorpora a su derecho doméstico; o *tras incorporarla* no la reglamenta o aplica o en su aplicación evade la persecución penal; o *denuncia* el tratado escapando a la observancia futura de la norma.
En las tres situaciones la justicia internacional se halla en deuda con las víctimas y con la Humanidad.

En segundo lugar, **la costumbre internacional puede generar normas penales internacionales**. En este caso la aprobación de una práctica generalmente aceptada como derecho por parte de los Estados, convierte a la misma en obligatoria. Cobran entonces importancia fundamental los antecedentes referidos a la persecución y castigo en la esfera internacional de determinado tipo de conductas criminales. En este segundo supuesto, la creación de la ofensa penal internacional, en otras palabras, la *tipificación* de la conducta considerada lesiva de bienes internacionalmente valiosos se vincula directamente con la jurisdicción habilitada para juzgar tal ofensa.
Históricamente la creación de un tribunal internacional se correspondió con la determinación de su competencia respecto de cuáles figuras caían dentro de su jurisdicción. La observación nos indica que sólo luego de perpetradas las conductas

con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia".

[2]) En los casos "Tribunal Constitucional" e "Ivcher Bronstein v. Peru", en el fallo sobre su competencia, comentado por el Profesor Cançado Trindade en su Exposición en el XXXIV Sesión de Estudio de Estrasburgo, 17 de julio de 2003, Anfiteatro Aubry et Rau, Robert Schumann Faculty of Law, Strasbourg.

criminales internacionales, se decide establecer una jurisdicción encargada de juzgar los crímenes a la vez que se delimita su competencia. Si bien ambos elementos (tipificación y jurisdicción) se formulan de manera expresa, los instrumentos no hacen sino codificar el consenso internacional existente al momento. Consecuentemente, la tipificación normativa de las ofensas internacionales aparece cronológica y materialmente ligada a la evolución de los diferentes estatutos y reglas de procedimiento de la jurisdicción internacional (básicamente Versailles, Sèvres, Nüremberg, Tokio, Yugoslavia, Rwanda y Roma).
Además esta concurrencia temporal de jurisdicción y tipificación que resume la costumbre internacional se produce como consecuencia directa de situaciones fácticas que intentan ser suprimidas o compensadas por su intermedio. Existe una presión de aquellas fuerzas profundas de Renouvin o lo que es lo mismo, la opinión pública internacional para que la misma sociedad internacional *actúe* al respecto.

Otra característica compartida por las ofensas de fuente consuetudinaria es que refieren conductas consideradas contrarias a la idea Kantiana que compartimos sobre una moral universal a la que debe subordinarse el accionar de los Estados.

Sabemos que la costumbre se compone de dos elementos: uno objetivo, la "*práctica general*" y otro subjetivo "*aceptada como derecho*" (la llamada *opinio iuris*).[3] Si pretendemos afirmar cierta conducta como penalmente obligatoria para todos los Estados con independencia de la ratificación del instrumento que la prevé, deberemos conocer si afecta derechos fundamentales de la persona y de la Humanidad, si ha sido aceptada por acción u aquiescencia de los Estados y si coinciden en ella la práctica de los tribunales internacionales y la opinión doctrinaria.

En tercer lugar, y respecto de la jurisdicción encargada de perseguir y castigar las ofensas, provenientes tanto de una fuente convencional como consuetudinaria, los Estados pueden optar entre tres opciones jurisdiccionales:
(a) las jurisdicciones *domésticas*, ya sea de manera excluyente conforme los principios tradicionales atributivos de jurisdicción (juzgan solo los Estados con interés directo) o de manera concurrente a través de la aceptación de la jurisdicción universal (cualquier Estado juzga);
(b) la jurisdicción *internacional*, creando una jurisdicción en cabeza de un órgano judicial internacional independiente al cual se someterán las ofensas; o bien

[3]) Así opina la Corte Internacional de Justicia. Caso Nicaragua c. USA (meritos). ICJ Report, 1986, 14 – 96.

(c) la *co-existencia* de ambos regímenes, colocando a la jurisdicción internacional independiente con carácter subsidiario y complementario de las jurisdicciones domésticas.

2. Las ofensas internacionales convencionales y consuetudinarias y la jurisdicción clásica, universal e internacional

Considerando lo dicho, afirmamos que al presente ciertas conductas reúnen los requisitos señalados, siendo pasibles de generar responsabilidad internacional individual por pertenecer al DIPenal de fuente consuetudinaria, protegiendo el núcleo básico de derechos fundamentales. En estos supuestos, la conducta estatal se ve seriamente limitada por la moral media internacional. Aquel Estado cuyos intereses se ven afectados por el respeto de la norma tiene vedado ignorarla.
En tanto aceptemos la existencia de un núcleo duro de ofensas internacionales como parte del ius cogens, el reconocimiento efectivo de los crímenes internacionales pasará realmente por el Derecho Internacional de fuente consuetudinaria, con independencia del reconocimiento normativo que decidan brindar los Estados. En caso de ausencia de reconocimiento internacional expreso, el Estado a través de sus gobernantes y agentes se verá igualmente obligado por el ius cogens. Y en caso de falta de previsión interna o de voluntad de protección, el Estado incurrirá en responsabilidad internacional por omisión.

En referencia a la *normativa internacional* de carácter penal (DIPenal), será necesario distinguir entre aquellas normas que imponen una obligación de aquellas otras que simplemente facultan a los Estados a la adopción de determinada conducta. Según adelantamos es lógico afirmar que las cuatro conductas que integran el núcleo duro de ofensas internacionales poseen carácter obligatorio. Respecto de las demás conductas que serán enunciadas mas adelante, su carácter será básicamente facultativo en relación con su persecución y castigo penal internacional. En los supuestos de las ofensas internacionales que forman parte del ius cogens existe una verdadera obligación dirigida básicamente a los Estados de abstenerse de perpetrar tales conductas y al mismo tiempo, de ejecutar otras siempre en función de la protección debida a la persona y en ella al género humano. Son prohibiciones y obligaciones expresas susceptibles de generar responsabilidad internacional.

En referencia al *juzgamiento internacional* en materia penal, el principio de jurisdicción universal no reúne al presente el carácter de norma de ius cogens. En el caso Lotus, Francia y Turquía debatieron si los Tribunales Turcos podían según el Derecho Internacional, juzgar al capitán Francés (tesis Turca) o si existía una prohibición establecida por el Derecho Internacional impuesta a Turquía de que sus tribunales no juzgaran al acusado (tesis Francesa). El Tribunal Permanente de Justicia Internacional aceptó la tesis Turca: los tribunales Turcos se encontraban habilitados por el Derecho Internacional para juzgar al capitán Francés. La razón fue que la costumbre desarrollada hasta aquel momento demostraba que cuando un Estado había juzgado a nacionales de otro en situaciones similares, los Estados de nacionalidad de los acusados no habían presentado quejas. Además, respecto de los Estados que encontrándose en igual situación que Turquía no habían iniciado procedimientos, no se había probado que su abstención estuviera provocada por la existencia de una obligación internacional en contrario que los obligara a abstenerse de iniciar procedimientos. Esto demuestra dos cosas: (a) existe la *facultad de juzgar* al tiempo que *no existe una prohibición* para hacerlo; y (b) *no existe una obligación* de juzgar.

Ahora bien, afirmada la obligación internacional de los Estados de respetar el núcleo básico de derechos fundamentales y la responsabilidad consecuente ante su violación, es una pretensión razonable que tal responsabilidad sea efectiva. Esto implica que las victimas reciban *protección* y que los responsables reciban el *castigo* correspondiente. Consecuentemente, la responsabilidad no puede quedar sólo en cabeza de uno o mas Estados, en tanto quienes perpetran las ofensas o permanecen pasivos ante su ocurrencia, actúen como gobernantes y agentes del mismo Estado. Es lógico que éstos igualmente deban responder por la comisión u omisión criminal internacional.

Afirmar lo contrario, negando ya la responsabilidad individual, ya una jurisdicción internacional o universal o todas ellas, nos conduce a una *contradicción fundamental*. Por una parte, los estados crearían normas penales internacionales obligatorias por vía de sus conductas y su aceptación como derecho, pero su incumplimiento generaría responsabilidad internacional exclusivamente inter-estatal. Si esto sucediera, la verdadera persecución y condena individual de los responsables que ordenaron y ejecutaron tales actos, quedaría librada a la voluntad de unos pocos Estados conforme las bases tradicionales de jurisdicción. Dentro de éstas, sobresale el principio de territorialidad que constituirá mayormente la única fuente de atribución de jurisdicción, con lo cual el Estado tendrá un doble tarea: será juez y parte a la vez. *Acusador y acusado*.

Conforme esta solución basada en el principio de igualdad soberana de los Estados, las normas criminales internacionales devendrían irrelevantes. La igualdad soberana de los Estados base del sistema legal internacional constituiría el fundamento para la inobservancia del mismo Derecho Internacional creado.

Según esta lógica de la injusticia, el principio de la igualdad soberana es el fundamento para la *creación* de la norma, le brinda su carácter *obligatorio* pero al mismo tiempo, habilita a su *incumplimiento* al conceder inmunidad internacional a los responsables. Esta inmunidad generalmente se traducirá en impunidad gracias a la actuación u omisión de la jurisdicción doméstica, con lo cual mediante la propia actividad interna, el Estado estaría evadiendo la aplicación de la norma consuetudinaria obligatoria en cuyo nacimiento participó y en cuya vigencia se interesa la sociedad internacional.
No por evidente la contradicción debe ser descartada.

Afirmamos lo contrario: el derecho doméstico es pasible de quebrantar el Derecho Internacional Público si ejecuta, permite o no castiga las ofensas internacionales. Este avance de principios deviene fundamental: el Derecho Internacional Público deja de ser la sola expresión de los deseos estatales y pasa a convertirse en potencial gendarme de los derechos domésticos cuando los mismos intentan ser utilizados para convalidar la violación de principios internacionales.

Intentando escindir la tipificación de la conducta de la jurisdicción habilitada para su juzgamiento, afirmamos que las ofensas internacionales que se fundan en el Derecho Internacional de fuente consuetudinaria deben desvincularse de manera absoluta de la voluntad presente de los Estados que han convenido en la creación de una jurisdicción tendiente a castigar tales conductas. Nacida la norma consuetudinaria los Estados carecen de defensas dirigidas a impedir su obligatoriedad y su ejecutoriedad.

Resumiendo lo expuesto, el *DIPenal de fuente consuetudinaria* constituye el verdadero fundamento de las ofensas internacionales y la mas seria limitación al poder soberano de los estados.
Y en que toca a la *jurisdicción* habilitada, el responsable principal es el mismo Estado con interés directo en el juzgamiento fundado en los principios tradicionales de jurisdicción penal. Respecto de la jurisdicción *universal*, entendida ésta como la posibilidad que tiene cualquier Estado de juzgar las ofensas internacionales aún cuando no posea vínculo atributivo de jurisdicción alguno, sólo debiera ejercerse con carácter subsidiario y complementario de las jurisdicciones habilitadas conforme los principios clásicos, siendo facultativa. La jurisdicción *internacional* entendida como la posibilidad de que un tribunal

internacional permanente o ad-hoc juzgue tales ofensas, es igualmente complementaria y subsidiaria. Sin embargo, según las conductas consideradas, reviste carácter obligatorio en todo caso en que se cuestione una ofensa internacional perteneciente al ius cogens, en tanto la jurisdicción universal es siempre facultativa.

En el punto siguiente, trataremos de validar la existencia de normas penales internacionales de carácter obligatorio para los Estados y por lo tanto absolutamente independientes de su reconocimiento expreso por la normativa doméstica.

3. El ius cogens posee una textura abierta a la inclusión de nuevas ofensas criminales internacionales

La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)[4] se refiere a las normas de ius cogens captando estos valores, aun cuando no les brinde contenido. Los artículos 53 y 64 CVDT hacen referencia a las "*normas imperativas de Derecho Internacional*" o ius cogens, habilitando a las mismas a provocar la nulidad de cualquier tratado opuesto a ellas. La falta de ejemplos concretos brinda al concepto un contenido equívoco que en parte debe ser llenado por fuentes secundarias como la jurisprudencia y doctrina internacionales.

Además de las figuras consensuadas en el Estatuto de la CPI, otras conductas criminales internacionales pueden llegar ser incorporadas en ese núcleo básico de derechos fundamentales a partir del desarrollo progresivo de tres ramas jurídicas: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el DIPenal que los sintetiza. Esta circunstancia nos permite afirmar la posible ampliación del número de ofensas internacionales que posean la calidad de ser parte del ius cogens. Lo importante aquí es reparar en que esta inclusión brindará a las conductas incorporadas la jurisdicción internacional inherente a este tipo de ofensas.

Esta *promoción jerárquica* depende de la presencia de variados elementos. En primer lugar deberá tratarse de una conducta cuya comisión violente de manera grave un bien jurídico protegido que forme parte del orden público internacional. Como ejemplos de estos bienes citamos a la paz y la seguridad internacionales, la protección de los derechos humanos[5], junto a los cuales creemos debe incorporarse la salvaguardia del

[4]) Ratificada por ley Argentina no. 19.865 (B.O. 11/1/1973) .
[5]) Comisión de Derecho Internacional ONU, Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados, art. 19, 1976. Este proyecto no incluía al medio ambiente. La paz y la seguridad internacionales tienen su fundamento en los artículos 2, 33 y 51 de la Carta de la ONU.

medio ambiente internacional. En segundo lugar, debe existir el convencimiento por parte de los Estados que tal conducta afecta a la Humanidad toda además de violar derechos personales o grupales. En tercer lugar, los responsables deberán haber ejecutado o participado de las acciones u omisiones en calidad de gobernantes o agentes de un Estado o un grupo insurrecto o movimiento de liberación nacional, sin importar si detentan actualmente tal calidad.

Por lo expuesto, podemos caracterizar al ius cogens como un concepto facilitador de ese instituto de emergencia que es la jurisdicción internacional. Esto porque sirve como nexo de atracción e inclusión dentro del núcleo duro de ofensas internacionales de aquellas ofensas internacionales que existen como tales pero no revisten tal calidad. A partir de la fuerza otorgada por la costumbre interestatal y la jurisprudencia internacional todas las figuras que posean jerarquía de ius cogens podrán reclamar la jurisdicción internacional inherente. Esta situación es seguro que llevará a su inclusión como figura típica dentro del Estatuto de la CPI.

4. Las ofensas internacionales

Para poder explicar las ofensas internacionales partimos de la minuciosa clasificación realizada por BASSIOUNI, quien distingue entre diversos tipos de ofensas. El autor establece una división tripartita y jerárquica entre (a) los crímenes internacionales; (b) los delitos internacionales y (c) las infracciones internacionales.

En primer lugar, define a los **crímenes internacionales** como *"aquellas prescripciones de Derecho Penal Internacional*[6] *de carácter normativo que tienen como característica que su violación es susceptible de afectar la paz y la seguridad de la Humanidad, es contraria a los valores humanitarios fundamentales o resulta de la acción o de la política estatal, constituyendo entonces un crimen internacional"*. Son estas figuras:

1) el crimen de agresión;
2) el crimen de genocidio;
3) los crímenes contra la Humanidad;
4) los crímenes de guerra;
5) la utilización, producción y almacenamiento ilícito o prohibido de ciertas armas;
6) la sustracción de sustancias nucleares;
7) las actividades de mercenarios;
8) el apartheid;

[6]) Recordemos lo ya comentado acerca que este autor identifica en su obra el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Penal.

9) la esclavitud y prácticas análogas;
10) la tortura y otras formas análogas;
11) las experimentaciones humanas ilícitas.

Del concepto que brinda el autor se desprende que los principales bienes protegidos son aquí la *paz y la seguridad de la Humanidad* junto con los *valores humanitarios fundamentales*. En relación con el primer bien es interesante pensar la paz y seguridad como derechos de la Humanidad en lugar de referirlos al sistema internacional, como tradicionalmente se los ha entendido. La *paz* en cuanto ausencia de conflicto y la *seguridad* como garantía de la integridad territorial de los estados, cambian de dimensión al ser consideradas como derechos de la Humanidad y no de los Estados soberanos.
En este nuevo contexto el significado de "paz" debe complementarse con la prohibición de conductas referidas a situaciones que al prohibir a las personas el ejercicio de sus derechos fundamentales implican una agresión permanente contra la Humanidad, re – interpretando a MENON en su ya famosa definición de "*violencia estructural"* como agresión que no cesa hasta que desaparezca la conducta que la ocasiona.[7]
Por su parte, la interpretación de la "seguridad" referida a la Humanidad en lugar de los Estados que proponemos, cambia básicamente, debiendo re – orientarse en función de prohibir la producción, utilización, almacenamiento, sustracción de los diversos tipos de armas y demás conductas vinculadas con estas acciones, cuando se ejecuten por fuera de los canales internacionales habilitados.

En el segundo lugar de la jerarquía sitúa a los **delitos internacionales**, definidos como *"aquellas infracciones penales a la luz del Derecho Penal Internacional que afectan un interés protegido en el plano internacional y del cual su comisión implica a más de un Estado o afecta a víctimas que son nacionales de más de un Estado"*. La clasificación incluye a:
1) la piratería;
2) los atentados contra la seguridad de la navegación aérea internacional;
3) los atentados contra la seguridad marítima y la seguridad de plataformas en alta mar;
4) las infracciones contra aquellas personas beneficiadas con algún tipo de protección internacional;
5) los crímenes contra el personal de la ONU;
6) la toma de rehenes;
7) el uso ilícito de medios postales;
8) el financiamiento del terrorismo;
9) los atentados con explosivos;

[7]) Al justificar la anexión de Goa por parte de India, su Ministro de Defensa Krishna Menon afirmó: "Consideramos que el colonialismo es una agresión permanente", en Nueva York en 20/12/1961.

10) el cultivo, la producción y el tráfico de estupefacientes;
11) la criminalidad internacional organizada;
12) el robo y/o destrucción de tesoros arqueológicos y del patrimonio cultural;
13) los atentados contra el medio ambiente.

Aquí se adopta una definición genérica del bien protegido mencionando la "*afección de un interés protegido en el plano internacional*", los que nos lleva a considerar específicamente cada figura de las incluídas en este segundo peldaño jerárquico. Considerando las mismas, encontramos tres categorías de bienes protegidos: (a) la integridad y seguridad personal en diferentes circunstancias; (b) la salud pública internacional; y (c) el patrimonio ambiental y cultural de la Humanidad. En este segundo grupo es donde concentramos nuestra anterior explicación sobre la promoción jerárquica de ciertas ofensas internacionales.[8] Es probable que en un tiempo mediato alguna de estas figuras sea elevada de jerarquía, caracterizándosela como parte del ius cogens y en definitiva, siendo incluída dentro del núcleo básico de derechos fundamentales.

En tercer y último lugar, BASSIOUNI refiere las infracciones internacionales, calificándolas de manera residual como "*las violaciones del Derecho Penal Internacional que no son abarcadas por los crímenes o delitos, constituyendo violaciones internacionales"*. Así enumera:
1) el tráfico internacional de material obsceno;
2) la falsificación de moneda;
3) la rotura de cables submarinos;
4) la corrupción de funcionarios públicos extranjeros.

Vemos que en esta categoría residual se tiende a proteger diversos bienes cuya importancia ha adquirido relieve internacional a partir de los procesos de globalización. Quedan así cubiertos (a) la moral internacional; (b) la economía internacional; y (c) las comunicaciones internacionales y el mismo sistema globalizado políticamente democrático y económicamente capitalista atacado por la corrupción endémica. Es interesante reparar en esta tercera categoría de ofensas internacionales que algunos denegarán y otros considerarán valiosa sólo a manera de propuesta. No obstante, notamos que sintetiza valores modernos que emergen como producto de la globalización. Con la salvedad de la rotura de cables submarinos, las demás ofensas se relacionan con cuestiones consideradas en el presente de interés global. Y aún la figura de las "comunicaciones internacionales" que es el bien protegido en la clásica incriminación de la rotura de cables submarinos, constituye un antecedente valioso para la futura

[8]) Ver punto 3 en este mismo capítulo.

recepción de figuras relacionadas con la violación de las comunicaciones a través de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (NTIC y básicamente *Internet*).

La triple jerarquización pensada por BASSIOUNI adelanta el grado de desarrollo y consiguiente importancia alcanzado por cada una de las ofensas penales. Aún cuando no la adoptamos para nuestro trabajo, la estimamos por demás importante porque como ya adelantamos es probable que las ofensas situadas en los peldaños inferiores adquieran un valor tal que les permita ascender hasta alcanzar ese tope que llamamos "núcleo básico de derechos fundamentales" y que Bassiouni estima en once figuras, de las cuales nos hemos pronunciado afirmativamente por la inclusión de sólo cuatro de ellas como parte del ius cogens, las cuatro que han sido receptadas en el Estatuto de la CPI.

En la división efectuada entre las conductas que se fundan en el Derecho Internacional de fuente convencional y aquellas que reconocen su origen en la fuente consuetudinaria, nos interesamos sólo por las figuras que integran el núcleo duro de ofensas a fin de

(a) validar la existencia de obligaciones internacionales penales directas y
(b) afirmar a su respecto la existencia de una jurisdicción internacional de carácter complementario, subsidiario y obligatorio.

Será relevante para nuestro trabajo analizar entonces las cuatro ofensas internacionales sobre las que existe pleno consenso en referencia a que protegen la paz y la seguridad de la Humanidad y los valores humanitarios básicos. Intentaremos demostrar que el núcleo duro de ofensas puede ampliarse con la incorporación de figuras mencionadas en clasificaciones secundarias, generando un bloque de bienes jurídicos protegidos internacionalmente, a partir de la consolidación de una moral internacional media que resulta de los procesos de mundialización. Estos procesos son guiados por la aspiración universalista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este contexto, la concepción del ius cogens juega un papel complementario y de cohesión en la medida en que las figuras referidas posean o pretendan poseer tal carácter. Si la ofensa internacional forma parte del mismo, afirmamos la inaplicabilidad en el caso del principio de inmunidad soberana de los Estados, rigiendo consecuentemente la obligación de juzgar o extraditar de la mano de la jurisdicción *internacional*, planteando también el interrogante sobre la aceptación de la jurisdicción *universal*.

5. Los elementos constitutivos de las ofensas internacionales

Las ofensas internacionales comprenden al menos dos elementos constitutivos. Uno de ellos reviste un carácter objetivo constituído por el acto criminal en sí (actus reus). El segundo, de carácter subjetivo, consiste en la conciencia criminal (mens rea).[9] El elemento subjetivo varía según la conducta considerada. Por ejemplo, la culpa en su forma de negligencia puede resultar suficiente en relación con los crímenes de guerra, en tanto otras figuras requieren necesariamente dolo. De todas maneras, la completa ausencia de la *mens rea* impide la persecución penal individual.
En relación con las ofensas previstas en el Estatuto CPI, ciertos aspectos referidos a la intencionalidad de las figuras consideradas y que comprenden elementos que entrañan juicios de valor, como aquellas que emplean términos como "inhumanos" o "graves", no exigen que sea el autor quien haya procedido personalmente a realizar el juicio de valor, sino que sean objetivamente "inhumanos" o "graves" conforme la moral media internacional, salvo que expresamente se indique lo contrario.

Con la intención de impedir la persecución criminal individual, la falta de la conciencia criminal puede ser alegada por varias causas:
(a) una es el error de hecho (*ignorantia facti excusat*): el error de hecho excusa pero debe ser probado por el acusado que lo alega;
(b) otra podría ser el error de derecho: a diferencia de la esfera interna, el error sobre el DIPenal puede llegar a alegarse en función de la inconsistencia normativa del sistema; por ejemplo existe duda sobre si el precepto "*ignorantia juris non excusat*" es aplicable o no a los crímenes de guerra, lo cual finalmente dependerá de la especificidad de la norma jurídica internacional cuya ignorancia al momento de suceder los hechos se pretende alegar;
(c) una tercera causa está constituída por la concepción anglosajona de la "*duress*" o "*posibilidad de elección moral*", la cual constituye el verdadero test de la responsabilidad criminal individual conforme lo afirmó el Tribunal de Nüremberg en 1946. Esta causa se sintetiza en conocer si "*se ha contado con la posibilidad de elección moral*" antes de cometer la ofensa. Si al perpetrar el acto criminal no existe posibilidad de elección moral, esto es, si no existe otra alternativa que cometer el acto para salvar la propia vida o la de una persona cercana de manera inmediata, entonces podrá alegarse con éxito la falta de conciencia criminal con fundamento en la concepción de la *duress*.

6. Análisis sintético del núcleo duro de ofensas internacionales

[9]) DINSTEIN Yoram, The distinctions between war crimes and crimes against peace, en War crimes in International Law, ed. by Yoram Dinstein and Mala Tabory. Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, the Hague, The Netherlands, 1996, págs. 6-7.

Proponemos el análisis de las cuatro ofensas básicas con dos finalidades principales: (a) exponer la evolución normativo - sociológica ocurrida en relación con cada figura probando en consecuencia su existencia como parte del ius – cogens, y (b) exponer ordenadamente las conductas que componen cada figura junto con las circunstancias y consecuencias que corresponden a la ofensa en examen.[10]

6.a. El crimen de agresión

6.a.1. Evolución sociológica - normativa

Las Naciones Unidas establecen la prohibición de recurrir a la amenaza o uso de la fuerza entre sus principios fundantes (art. 2, inc. 4 Carta ONU). Existen tres excepciones a este principio generalmente reconocidas. En lo que nos interesa, una de ellas autoriza el recurso a la amenaza o uso de la fuerza como legítima defensa frente a una agresión.

El primer documento relevante en la definición de agresión que procuramos ocurre tras la IIGM. En Nüremberg se juzgó a los jerarcas nazis por la comisión de crímenes contra la paz, esto es, el planeamiento y ejecución de una guerra de agresión, una guerra de conquista en definitiva.[11] Es extremadamente interesante conocer la acusación llevada adelante por el fiscal británico, ya que el mismo recurre extensamente al "*principio de la responsabilidad individual en el plano internacional*", en función del plan diseñado por Hitler desde antes de su ascenso al poder en Alemania. En palabras del acusador Británico "*los tratados, las garantías, los derechos de los Estados soberanos no significaban nada. La fuerza brutal protegida por un elemento de sorpresa tan amplio como los nazis podían reservarse, se unían para alcanzar lo que se juzgaba indispensable a fin de asestar a Inglaterra un golpe mortal.*"[12] La guerra de agresión como instrumento para posibilitar a la Alemania nazi hacerse del "espacio vital" (living space o Lebensraum) que el país necesitaba, traía como corolario inevitable el recurso a la fuerza como estrategia política a fin de satisfacer la necesidad de la "raza superior" a costa de las "razas inferiores" de la Europa oriental.

La Asamblea General ONU debió definir el concepto de agresión a fin de darle contenido y aplicación a esta habilitación del uso de la fuerza. Se dicta entonces la Resolución AG ONU 3314 (XXIX): "*La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la*

[10]) En este punto elegimos seguir el orden de examen establecido en el Documento que detalla la Estructura de los Elementos de los Crímenes, que complementa el Estatuto de Roma de 1998.
[11]) La acusación corrió a cargo del Reino Unido, ocupando el rol de acusador de la Corona sir Hartley Shawcross quien se ocupó del segundo cargo de la acusación.
[12]) Extraído de la acusación Británica, en Le Procès de Nüremberg, Tome Premier, Éditions de Crémille, 1997, pág. 270.

soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de la Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición (sic)" (art. 1). Establece luego una presunción que puede ser dejada de lado: "*El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluído el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad*" (art. 2). Luego enuncia ciertos actos que son característicos de la agresión según se hubo definido, entre los que se cuentan la invasión, ataque y toda ocupación militares, el bombardeo, el bloqueo de puertos y costas, etc. . Sobre esta autorización al uso de la fuerza se ha construído el corolario básicamente erróneo, de la legítima defensa *preventiva*, utilizada en ocasiones desde la IIGM por aquellos Estados cuyo realismo político les impidió procurar sus intereses por vías internacionalmente lícitas.

Ya hacia el final del siglo XX, el Estatuto de la CPI reconoce competencia al cuerpo judicial que crea para entender en la comisión del crimen de agresión. Sin embargo, de las cuatro ofensas internacionales reunidas en este documento, la agresión es la única cuya definición es dejada para mas adelante. *"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 defina 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."* (art. 5, inc. 2 Estatuto de Roma).

Como se ha previsto su posterior delimitación jurídica no examinamos en este caso las conductas que hacen a la figura.

6.b. El crimen de genocidio

6.b.1. Evolución sociológica - normativa

El término genocidio fue formulado por Raphael Lemkin (1944) durante la IIGM, denotando la intención de destruir un grupo étnico.[13] Las definiciones contemporáneas han ampliado su espectro a otros géneros tal como el *religioso, el racial* y en alguna medida, también el *político*.

[13]) LEMKIN Raphael, Axis rule in occupied Europe. Carnegie Endowment for International Peace, 1944, Washington, USA. Es éste el significado de *genos* = raza.

Desde lo sociológico varios principios mantenidos en los procesos de Nüremberg y de Tokio fueron confirmados por la Asamblea General ONU en 1946 brindándole reconocimiento normativo. Así, la Asamblea General ONU declaró al genocidio un crimen de Derecho Internacional, por el cual los autores resultan sujetos a un castigo, ya sean estadistas, funcionarios públicos o particulares. El 11/12/1946 la Asamblea General ONU mediante su Resolución 96 (1) resuelve considerar al genocidio como un delito internacional contrario a la misma Carta de las Naciones Unidas, y lo define:

> *"El genocidio es la negación al derecho de existencia de los grupos humanos, del mismo modo que el homicidio es la negación del derecho a la vida de los seres humanos individuales, de tal negación del derecho de existencia se siguen grandes pérdidas para la humanidad por la privación de las contribuciones culturales y de otro orden representadas por esos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y fines de las Naciones Unidas."*

Seguidamente se dan los pasos necesarios para concluir una convención sobre la materia. Como resultado en 09/12/1948, la Asamblea General ONU adopta la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio (CPSG)[14], en vigor desde 1951. Esta Convención entiende por genocidio "...*cualquiera de los actos (...) perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso."* (art. 2 CPSG). Los Estados contratantes aceptando que el genocidio (sea cometido en tiempo de paz o de guerra) es un delito de Derecho Internacional, se comprometen a prevenirlo y sancionarlo. Los responsables serán castigados, "*ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares*" (art. 4 CPSG). Se afirma la obligación de los Estados de legislar domésticamente para lograr la vigencia efectiva de la CPSG dentro de su jurisdicción territorial así como la obligación de extraditar a las personas reclamadas en función de este delito (arts. 5 y 7 CPSG). Los Estados pueden solicitar a los órganos competentes de la ONU la adopción de medidas apropiadas para la prevención y represión de esta ofensa (art. 8 CPSG). Se establece *la jurisdicción internacional* conjuntamente con la doméstica de acuerdo al principio de territorialidad (lugar de comisión del acto, art. 6 CPSG). También se establece que conforme existe una obligación de todos los Estados en perseguir la ofensa, existe jurisdicción universal (art. 5 CPSG). Adelantamos que no somos partidarios de este tipo atributivo de jurisdicción.

Por su parte, el más reciente documento, el Estatuto CPI (ECPI, 1998), trata de la figura en diversos artículos. Se afirma la jurisdicción *internacional* de la CPI respecto del delito (art. 1 ECPI). Las conductas comprendidas son similares a las previstas en la CPSG de 1948 por lo que a ella remitimos (art. 6 ECPI). Establece la responsabilidad criminal individual en general, pero respecto del delito de genocidio en particular, afirma la

[14]) Res. 260 III A, Asamblea General ONU de 12/12/1948.

responsabilidad de quien instiga directa y públicamente a otros a cometerlo (art. 25, inc. 3.e. ECPI). A los fines de la invocación de la obediencia de órdenes de superiores, se afirma que aquéllas órdenes que impliquen la comisión de genocidio y crímenes contra la Humanidad son manifiestamente contrarias al Derecho (art. 33, inc. 2 ECPI).

Respecto de su relación con las otras ofensas básicas, el genocidio se diferencia de los crímenes de guerra[15], en que en estos últimos existe una violación de las reglas de la guerra (que son obligaciones entre Estados al fin y al cabo) en tanto en la figura del genocidio, existe una violación a los derechos de la persona humana en particular y de la Humanidad en su conjunto. El genocidio es una especie de crimen contra la Humanidad que *infelizmente* en base a los crímenes aberrantes perpetrados en el siglo XX, ha logrado su propia autonomía. Con la comisión de esta figura se intenta aniquilar la diversidad cultural, la diversidad ideológica, la diversidad racial.

La interpretación de los actos que constituyen la ofensa del genocidio tiene por fundamento pretendidas teorías de superioridad grupal afirmada por quienes ordenan y/o perpetran las ofensas. Su finalidad es la depuración de la composición étnica de la Humanidad, quedando sólo aquellos grupos auto - considerados *superiores* o *más aptos*. La intención del victimario trasciende el simple asesinato. Se dirige a la eliminación de una cultura, de sus costumbres y con ella de su historia. La pretensión es lograr que nada de lo que se elimina quede hacia el futuro, lograr objetivamente que el grupo étnico, racial o religioso *jamás haya existido*. Es por esto que tanto el carácter como las condiciones personales de la víctima se vuelven un elemento secundario. Su pertenencia al grupo es su sentencia de muerte.

Por lo que vemos, además de constituir un ataque contra el individuo, grupo o nación en cuestión, implica una agresión a la Humanidad como síntesis de la existencia de los pueblos, de su historia y su cultura, representando un peligro concreto para la supervivencia de la totalidad y diversidad de los mismos. Calculándose en cerca de ocho mil las etnias culturalmente diferentes que habitan el planeta[16], sin contar las diferencias religiosas y de otros tipos, la omisión internacional del castigo de la figura podría llevar a que la purificación étnica como herramienta produjera consecuencias impredecibles. Desaparecida la diversidad que implica la co-existencia de multiplicidad de pueblos, no quedarían Estados que pudieran alegar inmunidades de jurisdicción. Extremando la idea a fin de evidenciarla en toda su crudeza, si el Estado que afirma su superioridad étnica

[15]) Definidos ya en 1907 por la Convención de la Haya y posteriormente por la codificación del derecho de guerra en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, en suma el llamado Derecho Internacional Humanitario.
[16]) GELLNER, Nations and Nationalism, párr. 43 – 50.

decide eliminar al resto de las etnias pretendidamente inferiores, solo quedará un Estado o grupo de éstos con afinidades ideológicas que impedirán juzgar las conductas agresivas. Evidentemente este Estado hegemónico conformado por el pueblo superior no llevará adelante proceso alguno porque sus gobernantes y agentes han cumplido "la ley" basada en su propia concepción de superioridad racial.

En cuanto a la jurisdicción habilitada para el castigo de la figura, el ataque al individuo en cuanto miembro del grupo habilita en primer lugar la jurisdicción del Estado victimario y luego, la de aquellos Estados que pueden invocar las otras bases tradicionales de jurisdicción. El ataque a la Humanidad habilita la jurisdicción internacional con carácter de defensa última y extrema frente a la *acción jurisdiccional pasiva* o la omisión jurisdiccional dañosa de los Estados directamente involucrados. El sistema internacional genera sus propios anticuerpos frente a una amenaza a la paz y la seguridad de la propia Humanidad, descartando la inmunidad como privilegio de los Estados, posibilitando en definitiva que el crimen sea perseguido y en su caso, castigado.

Diversidad, co-existencia pacífica, seguridad internacional constituyen los fundamentos básicos del reconocimiento de la obligación internacional de juzgar o extraditar a los autores de esta ofensa y en su caso, aceptar el accionar complementario y subsidiario de los mecanismos internacionales de justicia.

En suma, la norma internacional constituída por el ECPI recoge la práctica establecida en Nüremberg y Tokio, tipifica la ofensa internacional, sienta el principio de territorialidad y le brinda además jurisdicción internacional de la CPI con carácter subsidiario, complementario y obligatorio.

6.b.2. Los elementos de la figura del genocidio

En los términos de la CPSG 1948, la figura se compone de dos elementos objetivos y un elemento subjetivo.

Los elementos **objetivos** están constituídos por:

(a) la existencia previa de un grupo nacional, étnico, racial o religioso y

(b) las cinco formas materiales de comisión especificadas en el art. 2 del instrumento que son:

b.1. la matanza de miembros del grupo;

b.2. la lesión grave a la integridad física o mental de sus miembros;

b.3. el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, sea total o parcial;

b.4. las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, y
b.5. el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.
En cuanto a los elementos particulares de cada una de las conductas involucradas en el genocidio[17], las expresiones "*matanza*" e "*imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos*" implican respectivamente la muerte de una o mas personas o que las medidas impuestas hayan estado destinadas a impedir nacimientos de personas pertenecientes a un grupo nacional, étnico, racial o religioso con la intención de destruir total o parcialmente al mismo en el contexto de una "*pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o que haya podido por sí misma causar esa destrucción*."[18]
La lesión grave a la integridad física o mental puede incluir actos de tortura, violaciones, violencia sexual o tratos inhumanos o degradantes, aún cuando no se limite exclusivamente a ellos.
El sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física del grupo puede incluir entre otras conductas el privar a esas personas de los recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o servicios médicos, o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares.
En cuanto al genocidio cometido mediante el traslado por la fuerza de niños, "*la expresión 'por la fuerza' no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión sicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción.*"[19] Se entiende por niño a los menores de 18 años en tanto el autor conozca o debiera conocer esta circunstancia.

El elemento **subjetivo** está constituído por la intención clara y definida de destruir total o parcialmente a cualquiera de los mencionados grupos en su calidad de tales.

En cuanto a las **formas de comisión**, el genocidio implica la complicidad o la concurrencia en el delito de múltiples personas, ya que para poner en marcha la maquinaria de la aniquilación masiva se precisa tanto de un plan de acción como de una pluralidad de ejecutores. La CPSG castiga (a) el genocidio; (b) la asociación para cometer el delito; (c) la instigación directa y pública a cometerlo; (d) la tentativa; y (e) la complicidad (art. 3 CPSG).

Si se toma en su sentido estricto la definición del delito de genocidio proporcionada por la CPSG (ONU) y se la ubica en contexto como crimen contra la humanidad en general,

[17]) Extraído de los Elementos de los Crímenes, Documento ICC-ASP/1/3 0260338s. doc 117.
[18]) Elementos de los Crímenes, cit. art. 6.a, punto 4.
[19]) Elementos de los Crímenes, cit. art. 6.e, punto 1.

puede afirmarse la ocurrencia durante el siglo XX de al menos cinco ejemplos genuinos de la ofensa: (a) el de los Armenios a manos de los Turcos (1915); (b) el de judíos y gitanos y otras etnias, cometido por los nazis (1939 – 45); (c) el de tribus Tutsi, perpetrado por los Hutu en Rwanda (década de los noventa); (d) la del pueblo bosnio, cometido por grupos serbios durante la guerra de secesión y la del pueblo albano-kosovar a manos de serbios en igual período (década de 1990).

6.c. Los crímenes contra la Humanidad

6.c.1. Evolución sociológica - normativa

En una apretada evolución de la concepción de los crímenes contra la Humanidad, consideramos relevantes las siguientes fechas:

(1) 1907: se formulan las primeras leyes de la guerra (Convenciones de La Haya de 1907) y la cláusula Martens que hablaba de "*laws of humanity*";

(2) 1915: aparece el término por vez primera en la Declaración Conjunta del Reino Unido, Francia y Rusia, cuando estas potencias se refieren a la matanza de Armenios perpetrada por Turquía en Anatolia;

(3) 1919: en el Reporte Preliminar de la Conferencia de Paz posterior a la IGM, se propone la persecución criminal de aquellos "*culpables de ofensas contra las leyes, costumbres de guerra y laws of Humanity*", proposición que fue rechazada;

(4) 1946: en el proceso de Nüremberg, el Derecho de guerra protegía a los civiles en épocas de conflicto armado pero se limitaba a los nacionales del Estado enemigo o que habitaban el territorio ocupado por la potencia invasora. Esto dejaba fuera de la protección al trato brindado por el Estado a su población nacional. La inclusión de la población nacional en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional fue un adelanto decisivo. Dentro del sistema de Nüremberg hallamos la *"Control Council Law"* no. 10[20] que constituye el segundo instrumento internacional en incluir provisiones relativas a los crímenes contra la Humanidad según luego veremos. Esta norma proveyó una base legal para el inicio de causas referidas a la comisión de crímenes contra la Humanidad en aquellos territorios que habían permanecido ocupados por el régimen Nazi, permitiendo el juzgamiento a las propias jurisdicciones locales. A este fin, la norma consideraba *irrelevante* que los actos lesivos no estuvieran previstos y castigados por el derecho doméstico del Estado donde habían sido perpetrados.

[20]) Punishment of Persons guilty of war crimes, crimes against Peace and against Humanity (Castigo de personas culpables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y contra la Humanidad), Control Council Law Nr. 10, de fecha 20/12/1945.

(5) 1948: se aprueba la CPSG que forma parte de un subsistema de los crímenes contra la Humanidad, ya que generalmente los actos de genocidio implican crímenes contra la Humanidad.
(6) primera mitad de la década de 1990: la constitución de los TPI para la ex - Yugoslavia y Rwanda por parte del Consejo de Seguridad ONU constituye un nuevo hito. Se destacan aquí dos elementos: (a) la inclusión de ciertas conductas "nuevas" dentro de la figura genérica del crimen contra la Humanidad (como la violación); y (b) el no requerirse conexión entre los actos enumerados como característicos de los crímenes contra la Humanidad y un conflicto armado *internacional*, aunque se requiera el nexo con *algún tipo* de conflicto armado.
(7) 1998- 2002: el Estatuto de la CPI o tratado de Roma en su art. 7 refiere la jurisdicción de la Corte sobre los crímenes contra la Humanidad y allí mismo los define.

Antes de la IGM la noción de "crímenes contra la Humanidad" aún operando sobre gobernantes y agentes de los Estados, constituía una regla *moral* antes que una obligación jurídica. Al terminar la IGM, los horrores vividos traducen tal obligación moral a un derecho que es a la vez *penal* e *internacional*. Sin embargo, las infracciones todavía no se definen y el delito no lleva siquiera nombre.
Su tipificación será el paso siguiente. En tanto el DIH en sus vertientes normativas de La Haya y Ginebra definían los actos que debían entenderse por "*crímenes de guerra*", era lógico que las mismas conductas pero perpetradas contra poblaciones civiles indefensas en lugar de soldados enemigos en una guerra declarada, constituyeran crímenes de mucha mayor gravedad. Ésta será la idea sobre la cual reposará la tipificación de los "*crímenes de lesa Humanidad*" o "*crímenes contra la Humanidad*". La gravedad de la violación de los derechos fundamentales es notoria. En este supuesto las acciones criminales son perpetradas no sólo durante los conflictos armados sino también en tiempos de paz y aún ejecutadas por el mismo Estado contra la población que reside bajo su jurisdicción.

En la sintonía comentada, comentamos en primer lugar que el Tratado de Paz de Versailles en sus arts. 227 a 230 constituye una avanzada en la protección de la persona humana, ordenando juzgar por un Tribunal Internacional al ex Emperador Guillermo de Hohenzollern, exiliado en Holanda, y a cada inculpado de cometer actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra, por las jurisdicciones militares aliadas constituídas a partir de cada derecho interno en aquellos territorios donde los crímenes habían sido cometidos.

> *"Las Potencias Aliadas y Asociadas enjuician públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, anteriormente Emperador de Alemania, por supremas ofensas contra*

la moral internacional y la santidad de los tratados. Un tribunal especial será constituído para juzgar al acusado, asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa...". Y después *"... En su decisión el tribunal será guiado por los mas altos motivos de la política internacional, con la mirada puesta en vindicar las solemnes obligaciones de los compromisos internacionales y la validez de la moralidad internacional...".* (Tratado de Versailles, art. 227).

Sin embargo nada se logra. Holanda rechaza la extradición del emperador y muy pocos criminales son juzgados en las jurisdicciones locales: de alrededor de 900 nombres solicitados por los aliados, Alemania entregará a 6 inculpados, para posteriormente declarar que ella misma se ocuparía de la punición de los restantes.

Finalmente las condenas son *pocas y livianas*: valga como ejemplo el caso del oficial Dithmar quien era comandante de un submarino, y había sido acusado de torpedear un buque hospital Británico, hundirlo y luego ordenar disparar sobre los botes de salvamento, matando a 234 personas. El oficial es condenado a la pena de 4 años de prisión. Terrible evidencia histórica para quienes proponen dejar librado el juzgamiento de esta ofensa a las jurisdicciones nacionales según los principios clásicos.

En segundo lugar, uno de los cinco instrumentos que componen el sistema de Paz de Versailles, el tratado de Sèvres firmado entre las potencias aliadas y Turquía (10/08/1920), *aceptó la jurisdicción internacional* creando un Tribunal de igual carácter a cargo del juzgamiento de aquellos actos ocurridos después del 1/08/1914 en Turquía respecto de la minoría cristiana Armenia[21] (art. 230 del Tratado de Sèvres):

"El Gobierno Turco se compromete a entregar a las Potencias Aliadas a las personas cuya detención sea requerida por estas últimas por ser responsables de las masacres cometidas durante la continuidad del estado de guerra en el territorio que formó parte del Imperio Turco en Agosto 1 de 1914. Las potencias Aliadas se reservan el derecho de designar al Tribunal que se encargará de juzgar a las personas acusadas y el Gobierno Turco se compromete a reconocer a tal tribunal. En caso que la Liga de Naciones hubiera creado con antelación suficiente un tribunal competente para tratar las alegadas masacres, las Potencias Aliadas se reservan el derecho de llevar a las personas mencionadas precedentemente ante dicho tribunal y el Gobierno Turco se compromete igualmente a reconocer tal tribunal....".

Al igual que con el Tratado de Versailles, el resultado es desalentador. El Tribunal jamás se integrará ya que un posterior Tratado concluído en Laussane en 1923 pronuncia una amnistía de un carácter tan general que sorprende: la amnistía comprende *cualquier*

[21]) Traemos a la memoria la masacre perpetrada por el Gobierno Turco contra su propia población de origen Armenio en la región de Anatolia (1915), considerado el primer genocidio del siglo XX.

crimen, sin siquiera tomarse el mínimo trabajo de nombrarlos, "*ocurridos entre el 1/8/1914 y el 20/11/1922*".

En tercer lugar, ya durante el transcurso de la IIGM, la Declaración de Moscú realizada por EEUU, el Reino Unido y la Unión Soviética (30/08/1943) tuvo por objetivo materializar la voluntad aliada de juzgar los crímenes cometidos por los gobernantes nazis y sus agentes. La Declaración menciona en primer lugar el traslado de soldados y miembros del partido Nazi a los países liberados donde hubieran cometido sus crímenes para que sean juzgados. En segundo lugar, aquellas personas acusadas de la comisión de crímenes que no pudieran localizarse geográficamente en un estado determinado (problema de las jurisdicciones múltiples), serían perseguidas por una decisión común de los gobernantes aliados. Esta situación de crímenes contra la humanidad cometidos en jurisdicciones múltiples dará lugar al dictado de la *Control Council Law* número 10 que posteriormente tratamos.
En cuanto a la jurisdiccion, la Declaración de Moscú adoptó el criterio de la ***territorialidad*** (esto es, lugar de perpetración del crimen), según la opinión prevaleciente en los ordenamientos anglosajones.

El **concepto actual** de crímenes contra la Humanidad se formula a partir de dos elementos que por primera vez se encuentran juntos en el año 1945. Estos son:
(a) un hecho criminal particularmente odioso y
(b) la existencia de una moral internacional suficientemente desarrollada para imponer una voluntad de justicia penal a los dirigentes de un Estado extranjero, creando una jurisdicción internacional a este fin.
Había un primer obstáculo a vencer y era la inexistencia de ley penal previa que tipificara la ofensa. Al momento de la comisión de la figura, no existía norma escrita que la tipificara. Éste era (y sigue siendo) un requisito básico del derecho continental romano. Sin embargo esta situación no impedía el proceso bajo la óptica del Common Law, ya que la inexistencia de norma escrita no implicaba retroactividad de la ley penal. En la concepción del sistema anglosajón, las nuevas nociones penales podían desprenderse de infracciones ya formuladas y conocidas. Este era un poder que tenía el juez del Common Law y existió hasta principios de la década de 1970.[22] En este sentido, la prohibición de cometer tales conductas *pre-existía* a los actos perpetrados por el régimen nazi – fascista, en suma era anterior al año 1939.

[22]) A mayor conocimiento en esta cuestión puede consultarse JOLOWICZ J. A. Droit Anglais, précis, DALLOZ, 2eme ed. 1992, págs. 407-410.

La **tipificación** de los crímenes contra la Humanidad se formula por primera vez en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (ETMI) creado por el Acuerdo de Londres del 8/8/1945,

> "*...c) crímenes contra la Humanidad: homicidio, exterminación, esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra o persecuciones fundadas en cuestiones políticas, raciales o religiosas en ejecución de o en conexión con cualquier crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, sin importar si fueron cometidos en violación del derecho doméstico del Estado en donde se perpetraron*" (art. 6, inc. c. Estatuto).

Varios gobiernos adhirieron con posterioridad al Acuerdo de Londres. Entre los Latinoamericanos: Honduras, Panamá, Haití, Venezuela, Uruguay y Paraguay.

Poco tiempo después esta definición será repetida en la Declaración del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas en Extremo Oriente del 19/1/1946, que crea el Tribunal *Militar Internacional de Tokio* en su art. 5, inc. c. .

Sin embargo, los largos años de la bipolaridad y multipolaridad, obligarán a esperar hasta la *Resolución 827 del Consejo de Seguridad ONU* de fecha 25/5/1993 para que una nueva jurisdicción penal internacional sea creada a partir de la perpetración de crímenes contra la Humanidad. En el período intermedio se elaboraron ciertos documentos internacionales que se ocupan de la figura en examen.[23]

Al presente existe consenso en que esta figura involucra actos que atacan el orden público internacional, constituyendo en suma, *infracciones contra el derecho de gentes*.

6.c.2. Autores y víctimas de los crímenes contra la Humanidad

Al legislar este tipo de ofensas internacionales, es esencial conocer previamente a quiénes se pretende disuadir de su comisión.

> *"Comprendre le pourquoi du crime est d´autant plus nécessaire pour le definir que pour le réprimer efficacement ou encore le prévenir".* [24]

Si se pretende castigar sólo a los altos mandos, la definición deberá incluir un elemento subjetivo o mental que refiera la *intencionada participación* en el planeamiento del ataque sistemático y generalizado. Pero si se legisla sólo para reprimir a los altos

---

[23]) Como la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio de 1948, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra del 26/11/1968, la Convención sobre Apartheid de 1973 (aprobada por Resolución de la Asamblea General ONU 3068 (XXIII) del 30/11/1973) entre otras.

[24]) ROULOT Jean Francois, Le crime contre l´Humanité; L´Harmattan ed. 2002, Paris France.

mandos, quedaría fuera de la tipificación la gran masa de victimarios que ejecutan estas ofensas.

La persona humana y la Humanidad se presentan como **sujetos pasivos** del delito en tanto los bienes protegidos y atacados por la comisión de estas infracciones son los valores humanitarios junto con la paz y seguridad de la Humanidad. En tanto no se presentan problemas al momento de calificar a la persona humana, el concepto de Humanidad connota *dos acepciones* internacionalmente utilizadas de manera indistinta. Se puede referir tanto al *género humano* (Mankind) como al sentido de la dignidad humana y cultural (Humanity). Los entendemos como complementarios y no contradictorios.

En cuanto a los **sujetos activos** de la ofensa, cuando entramos a considerar quiénes pueden atentar contra la Humanidad en alguno o ambos sentidos del término expuesto, encontramos que los potenciales victimarios pueden ser:
(a) el estado a través de cualquiera de sus órganos de poder (gobernantes y agentes);
(b) los individuos particulares ligados al ejercicio del poder en nombre o por cuenta del Estado en tanto participen de lo que FAURÉ da en llamar "*un servicio público criminal*".[25]
A su vez, cualquiera de los victimarios mencionados pueden realizar las acciones en dos niveles:
(a) involucrándose en la ofensa mediante su acción positiva u omisión deliberada, y
(b) ordenándolo de manera previa.
Las diversas figuras que comprende la ofensa pueden cometerse por omisión, como por ejemplo la actitud omisiva del superior que en conocimiento de los actos criminales que perpetran sus subordinados, no realiza acción alguna para detenerlos.[26] Por lo tanto, el criminal podrá ser tanto un funcionario público como un privado que actúe bajo órdenes, autorización o aún bajo la "pasividad tácita" del Estado, colaborando para la realización del delito (como el caso ya referido del industrial Krupp durante el régimen nazi y su juzgamiento en Nüremberg).
Hay quienes afirman que solamente personas físicas que actúan en nombre del Estado como gobernantes o agentes pueden ser inculpados, descartando la posibilidad de juzgar a los privados. Contestando a esto, estamos de acuerdo con REISMAN quien se manifiesta en contra de definir a los crímenes contra la Humanidad como aquellos en donde *sólo existe acción estatal*, excluyendo a los cometidos por privados particulares que no responden a órdenes del Estado. Expresa el autor

[25]) FAURE, Edgar. Introduction a la persécution des Juifs en France et dans les pays de l´Ouest. Trabajo presentado por Francia en el juicio de Nüremberg. Centro de Documentación Judía Contemporánea, París, 1947, pág. 22.
[26]) Así lo refieren el art. 7 del Estatuto del TPI para la ex Yugoslavia y el art. 6 del TPI para Rwanda.

"*la globalización del Derecho Internacional y del orden mundial demanda rechazar las limitaciones normativas, la comunidad internacional debe condenar y punir actos inhumanos sean sistemáticos o ampliamente extendidos dondequiera y cuando fuera que estos ocurran*".[27]

Suscribimos las palabras precedentes, aún cuando de lege lata haya que aceptar que al momento, la acción del Estado constituye un requisito básicamente determinante para ejercer la jurisdicción internacional basada en la comisión de un crimen contra la Humanidad.

Igual razonamiento debería utilizarse para los casos en que el Estado no existe según sus elementos clásicos, pero sí encontramos una Autoridad con poder efectivo suficiente sobre un territorio determinado que pretende la secesión a fin de organizarse como un Estado independiente o bien hacerse del poder. Este es el caso que analizamos mas adelante de aquellas *colectividades no estatales* potencialmente autoras de un ilícito internacional. Así considerado, el individuo deviene sujeto pasivo del Derecho Internacional, centro de imputación de obligaciones y responsabilidades, en un tercer estadio de la evolución que primero lo sindicó como objeto del Derecho Internacional, y luego lo contempló como sujeto activo, esto es titular de derechos básicos cuyos obligados pasivos son los Estados.

6.c.3. Elementos de los crímenes contra la Humanidad

Los crímenes contra la Humanidad forman parte hoy del ius cogens, por lo que en principio imponen obligaciones inderogables e imprescriptibles a los Estados del sistema internacional.

En primer lugar, comenzamos recordando que existen tres **clases** genéricas de ofensas internacionales:

(a) los actos antisociales que presentan un elemento extranjero (personal o real, tales como el autor, la víctima, el lugar de comisión, etc.). En este caso el Estado decide extender su jurisdicción a fin de reprimir estos actos, la norma es eminentemente doméstica;

(b) los delitos cuya previsión en el derecho doméstico deriva de la captación de una norma del Derecho Internacional. Estos son *internacionales* en cuanto al origen de la norma y tienden a reprimir el comportamiento de un particular criminal generalmente de carácter privado. Aquí los estados utilizan el Derecho Internacional para luchar contra

[27]) REISMAN Michael, Legal responses to genocide and other massive violations of Human Rights Law and Contemporary Problems, Autumn 1996, págs. 75 – 76.

una criminalidad de la cual ellos son víctimas (contrabando, tráfico de estupefacientes, atentados contra la seguridad de la navegación, la aviación civil, etc.); y
(c) aquellos cometidos por un individuo en el ***ejercicio criminal*** *de la soberanía de un Estado.*

Esta última clase es la relevante para nuestro examen, ya que aquí ubicamos a los crímenes contra la Humanidad. En este supuesto la obligación penal existe como regla de Derecho Internacional de manera absolutamente independiente de su captación por los derechos domésticos. Su objeto es reprimir las conductas culpables de crímenes especialmente aberrantes cometidos en nombre o por cuenta de un Estado. Su finalidad consiste en asegurar la paz y la seguridad de la Humanidad como también el orden público internacional sostén de la sociedad internacional.

En segundo lugar, los crímenes contra la Humanidad *constituyen una ofensa perteneciente al DIPenal*, en tanto éste lo origina a partir de sus fuentes.
Como distinguimos al comienzo de la obra, diversas ofensas que al poseer elementos extranjeros cobran un carácter internacional, son definidas por los diferentes derechos domésticos y conforman un *derecho penal transfronterizo* basado en la cooperación y asistencia jurisdiccional[28] (DPI). El DIPenal implica básicamente un ejercicio criminal de la soberanía estatal a través de ataques realizados por uno o mas Estados contra una o varias sociedades o parte de ellas. Esta norma internacional de carácter penal impone a los derechos domésticos la obligación de internalizarla, tipificando las conductas criminales dentro de cada uno de los derechos estatales.

En tercer lugar y como consecuencia de lo antedicho, *el Derecho Internacional Público necesita ser compatibilizado con los derechos penales domésticos*.
En la esfera doméstica cualquier criminal es perseguido y castigado, mientras que en líneas generales conforme el Derecho Internacional Público, los gobernantes y agentes del Estado gozan de inmunidades en virtud del principio de igualdad soberana de los Estados. Desde la legislación nacional, ciertas legislaciones domésticas (Francia[29] entre ellas) reconocen el delito de crímenes contra la Humanidad. Como los autores analizan la cuestión desde su mismo derecho doméstico, estudian la manera en que los Tribunales nacionales tratan el tema basados en el derecho penal interno y no desde la perspectiva del DIPenal. Se trata casi de una visión doctrinaria y jurisprudencial de la figura y un análisis práctico de la jurisdicción universal. No existe en consecuencia el análisis de una

[28]) MERLE et VITU, Droit Penal General, Paris, Cujas, 8ème edition, 1992, p. 273.
[29]) Justamente en relación con Francia comentaremos oportunamente el caso Yerodia (2003, Corte Internacional de Justicia ONU), al cual remitimos en relación también con este punto.

problemática de la existencia de la cuestión desde una visión internacional, sino sólo el comentario de normas existentes y su aplicación por las jurisdicciones locales.

Desde el prisma del Derecho Internacional, el crimen es cometido por un Estado y el criminal es un individuo que detenta el poder en ese Estado. En esta hipótesis, el derecho doméstico deviene irrelevante por *impotente*: el hacedor de las normas es el criminal a juzgar. Esta particularidad referida al autor y/o responsable del acto hace necesario extraer el tema del derecho doméstico, para situarlo en la órbita del Derecho Internacional.

McAuliffe[30] refiere una interesante definición de los crímenes contra la Humanidad aportada en la decisión sobre los méritos en el caso **Erdemovic** fallado por el TPIY. Aquí se los caracteriza como *"aquellos que trascienden al individuo porque cuando el individuo es atacado, la misma Humanidad es negada y afectada por ese ataque; es en consecuencia el concepto de humanidad como víctima lo que esencialmente caracteriza a los crímenes contra la Humanidad"*.[31]

El art. 7, inciso 1º del Estatuto de Roma enumera los diferentes actos que se integran dentro de la figura:

> *"A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos*

---

[30]) McAULIFFE de Guzmán Margaret, The road from Rome: the developing Law of crimes against Humanity, Human Rights Quarterly, vol. 22, Nr. 2, May 2000. The Johns Hopkins University Press.

[31]) "They trascend the individual because when the individual is assaulted, Humnaity comes under attack and is negated. It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterises crimes agasint humanity". Sentencing judgment Prosecutor v. Erdemovic, case IT-96-22-T (ICTY 29/11/96) en internet www.un.org/icty/erdemovic/trialc/judgment/erd-tsj961129e.htm .

inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física."

De los once actos enumerados, es interesante reparar en los siguientes puntos:
(a) la inclusión de varios delitos internacionales "tradicionales" por ser históricos, como los asesinatos en masa, la esclavitud, la persecución grupal y la tortura;
(b) la inclusión de la "desaparición forzada de personas"[32] que ha llegado a ser considerada una ofensa compleja y autónoma;
(c) la inclusión del apartheid como sistema socio – político criminal que ya había merecido esta condena mediante Resoluciones del Consejo de Seguridad y Asamblea General ONU.[33]

A continuación comparamos los **elementos** que tradicionalmente han compuesto la figura con aquellos requisitos básicos solicitados en el ECPI:
(a) ***el nexo con el conflicto armado****:* este requisito clásico ha venido perdiendo fuerza en la evolución normativa, hasta llegar al ECPI (1998) documento que lo descarta. Creemos inevitable que así sea ya que de ser requerido y a sólo título de ejemplo, no podrían incluirse a futuro situaciones como las vividas bajo los regímenes de Chile, Haití o Argentina.
(b) ***una población civil*** contra la cual se dirigen los actos incriminados, en tanto el objetivo sea atacar a un número sustancial de la misma. El ECPI lo contempla.
(c) ***el discernimiento****:* el ECPI es el único instrumento internacional que requiere un elemento de "discernimiento" (discriminatory intent) para la comisión de crímenes contra la Humanidad. Existen dos interpretaciones al respecto. Según la primera, este requisito implicaría que el victimario poseyera la intención de trascender la persona de la víctima, siendo su objetivo eliminar al grupo de pertenencia de la misma. Una segunda interpretación refiere que lo que Roma demanda son *bases de discernimiento* (discriminatory grounds) en lugar de la *intención de discernimiento* (discriminatory intent), bastando que el ataque a un individuo ocurra en el contexto mayor del ataque a un grupo particular.
En el caso **Tadic** juzgado por el TPIY, la Cámara de Apelaciones adoptó el criterio del *discriminatory intent* para juzgar todos los actos incluídos en su jurisdicción y competencia bajo la denominación de crímenes contra la Humanidad, lo cual alentó la

[32]) El art. 7, inc. 2 parágrafo j) *Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.*
[33]) Ya en 1966 la Asamblea General de ONU caracterizó las conductas del régimen de Apartheid como "crímenes de guerra", y hasta el Consejo de Seguridad aplicó los Principios de Nüremberg a la situación Sudafricana mediante las Resoluciones 392 de 1976 y 473 de 1980.

controversia. En el caso **Akayesu**, el TPIR distinguió entre genocidio y crímenes contra la Humanidad en lo que concierne a la intención necesaria para cometer cada figura. El TPIR estableció:

> "*crimes against Humanity differs from genocide in that for the commission of genocide special intent is required. This special intent is not required for crimes against Humanity*"

(los crímenes contra la Humanidad difieren del genocidio en que para la comisión de este último se requiere una intención especial, la cual no es requerida en los crímenes contra la Humanidad).[34] En suma, según se interprete, puede requerirse que el responsable tenga especial voluntad de exterminar el grupo al que pertenece su víctima, o bien sólo requiere que el responsable cometa la ofensa en conocimiento de la existencia del ataque a un grupo particular.

(d) **un elemento *cognitivo***: relacionado con el anterior, ha sido escasamente explicitado por parecer evidente. Implica que en las conductas comprendidas dentro de los crímenes contra la Humanidad, el victimario debe tener conocimiento del nexo existente entre el acto que comete (muerte, violación, etc.) y el ataque sistemático o generalizado contra los civiles que se está llevando a cabo. Así el art. 7 del Estatuto de Roma refiere: "*... with knowledge of the attack*" (con conocimiento del ataque).

(e) ***una acción o política estatal o de una organización****:* es éste un elemento nuevo. El ECPI constituye el primer instrumento internacional en incluir la necesidad de la existencia de una "política estatal o de una organización" dentro de la definición de los crímenes contra la Humanidad.

(f) ***un ataque sistemático o generalizado***: éste constituye un elemento central de la definición. Requiere un nexo entre los crímenes alegados y el ataque sistemático o generalizado contra los civiles, requisito que diferencia los crímenes contra la Humanidad de los crímenes comunes cometidos en la jurisdicción doméstica. Si bien la doctrina habia hecho referencia en anteriores situaciones, el ECPI lo contempla por primera vez.

En síntesis, de los seis elementos mencionados, el ECPI requiere tres con carácter esencial a fin de caracterizar a los crímenes contra la Humanidad. Estos crímenes deben mínimamente relacionarse con:

(a) un ataque generalizado o sistemático;

(b) cometido contra civiles; y

(c) debe existir un elemento subjetivo que conecte la ofensa perpetrada con el ataque mayor.

No es necesario que el victimario se proponga participar específicamente en el ataque sistemático o generalizado mayor, ni que conozca que tal ataque es parte de la ejecución

[34]) Akayesu Judgment, Prosecutor v. Akayesu, case Nr. ICTR – 96 – 4 – T, Ch, I 2/9/1998, en internet www.un.org/ictr/english/judgments/akayesu.html .

de una política estatal o de una organización, como tampoco se requiere el nexo con el conflicto armado.

6.d. Los crímenes de guerra

6.d.1. Evolución normativo - sociológica

Esta ofensa se encuentra comprendida en el Derecho Internacional Humanitario o Derecho de los Conflictos Armados, a partir de la codificación contenida en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, los cuales han sido ratificados por casi todos los Estados del mundo.[35] Las conductas graves allí previstas forman parte del ius cogens.

El DIH exige a cada Estado Parte en los cuatro Convenios, *buscar* a los sospechosos de cometer u ordenar cometer infracciones graves allí previstas, *enjuiciarlos* ante sus tribunales nacionales, o *extraditarlos* a Estados en los que exista *prima facie* una causa contra ellos, o *entregarlos* a un tribunal penal internacional. El punto determinante en función de la aplicación de estas normas lo constituye la noción de "*infracciones graves*" y *"personas y bienes protegidos"*.

Las "**infracciones"** se resumen en las conductas enumeradas y cometidas durante conflictos armados internacionales contra las "**personas y bienes protegidos**" por los Convenios. Las conductas abarcan:

(a) el homicidio intencional;

(b) la tortura o los tratos inhumanos, incluídos los experimentos biológicos;

(c) el causar deliberadamente sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud mental;

(d) la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita o arbitrariamente;

(e) el obligar a un prisionero de guerra o a un habitante de un territorio ocupado a prestar servicio en las fuerzas de la potencia hostil;

(f) el privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a un habitante de un territorio ocupado del derecho a un juicio justo y ordinario;

(g) la toma de rehenes; y

(h) la deportación o traslado ilícitos o el confinamiento ilícito de un habitante de un territorio ocupado.

---

[35]) Ratificados por un total de 181 estados. International Committee of the Red Cross, web page, 20/05/2003.

Como podemos apreciar en los cuatro Convenios de Ginebra existen dos omisiones de gran importancia: (a) no se prevé el trato brindado por un Estado a sus propios nacionales en ninguna de las cuatro categorías de personas protegidas[36]; y (b) tampoco se previó inicialmente la comisión de las conductas sancionadas en tanto fueran cometidas durante un conflicto armado no internacional. Esta última omisión fue salvada parcialmente por el II Protocolo de 1977 mediante el artículo 3 común a los Convenios.

6.d.2. Los elementos de los crímenes de guerra

El ECPI tras afirmar la competencia de la Corte en razón de la materia respecto de los crímenes de guerra, enumera los actos comprendidos dentro de la figura (art. 8, inc.2)[37]. Básicamente las conductas incriminadas son cinco. Cada una cuenta a su vez con varias sub-figuras, preocupándose además por la diferenciación ya contenida en los Convenios de Ginebra entre conflictos armados internacionales y conflictos armados no internacionales[38]:

---

[36]) Esto es, heridos y enfermos en combates terrestres; heridos, enfermos y naufragos en el mar; prisioneros de guerra y la población civil en territorios ocupados.

[37]) International Criminal Court- Documento ASP/1/3 - 116 - 0260338s.doc

[38]) Transcribimos el art. 8, inc. 2: *"2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra":*

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: i) El homicidio intencional; ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud; iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente; v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga; vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente; vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal; viii) La toma de rehenes;

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea; v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares; vi) Causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción; vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves; viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio; ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la

"a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (actos contra personas o bienes protegidos);

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional;

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluídos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto

---

beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares; x) Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo; xii) Declarar que no se dará cuartel; xiii) Destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo; xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga; xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra; xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto; xvii) Emplear veneno o armas envenenadas; xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos; xix) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones; xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123; xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra; xxiii) Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares; xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; xxv) Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra; xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:

i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; iii) La toma de rehenes; iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber,

las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa;

d) El párrafo anterior se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional;

f) El párrafo anterior se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos."

La enumeración es detallada, haciéndose eco de los actos contemplados de manera exhaustiva en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. El tratamiento de

---

cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares; v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto; vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades; viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas; ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario; x) Declarar que no se dará cuartel; xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xii) Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo;

f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos."

las situaciones de derecho internacional ha sido dejado a la interpretación que realice la CPI. En los incisos c) y e) se hace referencia a la aplicación de la normativa en conflictos armados que no sean de índole internacional "*dentro del marco establecido de derecho internacional*". Sin embargo, a renglón seguido se deja en claro que tales párrafos no se aplican a "las situaciones internas y de disturbios interiores". Con lo cual se deja abierta la calificación para aplicar o no la normativa en cada caso concreto.

Según observamos existe una importante tendencia que compartimos, dirigida hacia la ampliación de las personas protegidas, asimilando a este fin los conflictos armados internacionales con los internos. Tratamos el punto al comentar la decisión final del TPIY en el caso Tadic.