

EL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

Texto escrito, en parte, como insumo a la introducción de la primera entrega del Informe Colombia Nunca Más, publicado en noviembre de 2000, y en parte para fundamentar la solicitud de enjuiciamiento de los autores de numerosos crímenes de lesa humanidad en Colombia, ya en la jurisdicción nacional, ya en la de otros Estados, bajo el carácter de crímenes de derecho internacional.

Aspectos histórico jurídicos

Como lo anota en una de sus sentencias el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el término “Crimen de Lesa Humanidad” fue utilizado, en sentido no técnico, desde 1915 y en declaraciones posteriores a la Primera Guerra Mundial, pero la primera vez que se usó técnicamente, como concepto independiente, fue en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Núrnberg que enjuició a los criminales nazis después de la Segunda Guerra Mundial. Lo que motivó a echar mano de esta categoría fue la insuficiencia de la categoría *Crimen de Guerra*, que no podía aplicarse sino a actos que afectaran a combatientes enemigos, dejando por fuera los crímenes cuyas víctimas eran del mismo país, o de Estados aliados, o apátridas. Por esto, la introducción del concepto de “*crimen de lesa humanidad*” respondió a la insuficiencia del concepto tradicional de “crimen de guerra” y se introdujo como una ampliación del mismo. El Tribunal de Núrnberg se limitó a justificarla diciendo: “*desde el comienzo de la Guerra en 1939 fueron cometidos Crímenes de Guerra a gran escala que eran también Crímenes de Lesa Humanidad*”. De allí que en el artículo 6 del Estatuto, el Crimen de Lesa Humanidad se concibe siempre “*en conexión con algún crimen contra la paz o algún crimen de guerra*”¹.

El 11 de diciembre de 1946, por medio de la Resolución 95(I), la Asamblea General de la ONU adoptó, como base de un derecho penal internacional, los Principios del Estatuto y de la Sentencia del Tribunal de Núrnberg, y encargó a la naciente Comisión de Derecho Internacional, de codificarlos. En su primera formulación (1950), el Crimen de Lesa Humanidad aparece todavía ligado a los Crímenes de Guerra o a los Crímenes contra la Paz, pero ya en el primer Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad (1954), el Crimen de Lesa Humanidad pasa a ser autónomo. En su cuarto informe sobre el Proyecto de Código, presentado en 1986 por el Relator Especial, luego de un receso en los trabajos del Código que duró de 1954 a 1985, éste afirmó: “*(la) autonomía relativa se ha transformado en autonomía absoluta. Actualmente el Crimen de Lesa Humanidad puede perpetrarse tanto en el marco de un conflicto armado como fuera de él*”². Pero en la sentencia antes

¹ Cfr. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Caso No. IT-94-1-T, Opinion and Judgment of 7 May 1997, No. 618-621

² Doc. A/CN.4/398*, del 11 de marzo de 1986, No. 11

citada, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia sostiene que esa autonomía ya existía desde que se emitió la Ley No. 10 del Consejo de Control de los Aliados sobre Alemania, el 20 de diciembre de 1945, en la cual se define el Crimen de Lesa Humanidad sin referencia alguna a conflictos armados.³

La más acabada definición que surge de toda esta coyuntura histórica, es la contenida en el Proyecto de Código de 1954, que define así el CRIMEN DE LESA HUMANIDAD:

(Son) los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia”⁴

En el período comprendido entre 1986 y 1998, el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad tuvo un agitado debate, hasta su formulación definitiva por parte de la Comisión de Derecho Internacional en 1996. En los últimos años sus trabajos se cruzaron con la elaboración del Estatuto para un Tribunal Penal Internacional, que finalmente fue aprobado en Roma, en una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios, el 17 de julio de 1998. La definición del Crimen de Lesa Humanidad sufrió algunas modificaciones en todo este proceso. En estos dos instrumentos, el Crimen de Lesa Humanidad se define así:

Proyecto de Código 1996	Estatuto Tribunal Penal Internacional
Art. 18: Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes: Asesinato; Exterminio; Tortura; Sujeción a esclavitud; Persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos; Discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que suponga la violación de los derechos y libertades	Art. 7: 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: Asesinato; Exterminio; Esclavitud; Deportación o traslado forzoso de población; Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho

³ Sentencia citada antes, No. 627

⁴ Documentos oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento No. 9 (A/2693 y Corr. 1) pg. 10-11

<p>fundamentales y entrañe graves desventajas para una parte de la población; Deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario; Encarcelamiento arbitrario; Desaparición forzada de personas; Violación, prostitución forzosa y otras formas de abuso sexual; Otros actos inhumanos que menoscaben gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves.</p>	<p>internacional; Tortura; Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, sexuales 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; Desaparición forzada de personas; El crimen del apartheid; Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

En algunos aspectos, estas definiciones avanzan sobre la de 1954 en la enumeración de algunas conductas, como la de desaparición forzada o la de desplazamiento forzado dentro de un mismo Estado, cuya práctica es más reciente. Pero, en general, como puede verse, los dos artículos son muy similares y comprenden los mismos items. Hay algunas diferencias de matices como estas:

- El Proyecto de Código/96 extiende el **concepto de Apartheid** a su matriz más general de **discriminación** por diversos motivos. Por su parte, el Estatuto/98 se extiende un poco más en la enumeración de abusos sexuales y en la definición de la Persecución y de la Encarcelación.
- En las explicaciones oficiales incorporadas a ambos textos, hay matices en la forma de entender **el Exterminio**. Para el Proyecto de Código/96, el Exterminio se diferencia del asesinato “*por un elemento de destrucción masiva*”, y del genocidio porque “*comprende los casos en que se mata a grupos de personas que no comparten características comunes*” o “*casos en que se mata a algunos miembros de un grupo pero no a otros*”. Para el Estatuto/98, el Exterminio comprende “*la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población*”. Se entiende, pues, de todos

modos, que la víctima del Exterminio es una población que no necesariamente comparte características comunes.

- **La Persecución**, para el Proyecto de Código/96, tiene como *“característica común (...) la denegación de los derechos humanos y libertades fundamentales que corresponden a todas las personas sin distinción”* y se aplica a actos *“en que no existiera la intención específica que requiere para el crimen de genocidio el art. 17 (de destruir total o parcialmente un grupo)*. Para el Estatuto/98, la Persecución se entiende como *“la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional, en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”*.
- Muchos aspectos discutibles y preocupantes tiene el Estatuto/98: **no tiene acción retroactiva** (art. 11 y 24) apartándose así de la tradición jurídica referida a los crímenes de lesa humanidad y dejando en la impunidad la enorme cantidad de crímenes de esta especie perpetrados hasta que el Estatuto entre en vigencia;
- No tipifica la forma más generalizada de genocidio que es la que busca **exterminar grupos políticos**;
- Desconoce mecanismos fundamentales como el reconocimiento de una **Parte Civil en los procesos**;
- Introduce obstáculos que pueden inhibir por completo las actuaciones del Tribunal, como la **posibilidad de veto del Consejo de Seguridad** (art. 16), o la necesidad de contar con la ratificación de 60 Estados para entrar en vigencia.
- Pero el punto más polémico y discutible de ambos instrumentos [incluyendo el Proyecto de Código/96] es su **ampliación del sujeto activo del Crimen de Lesa Humanidad**, para introducir la posibilidad de que estos crímenes sean perpetrados por cualquier tipo de “grupos” u “organizaciones”, y ya no solamente por los Estados o sus organizaciones

paraestatales. Es una innegable concesión a la ideología neoliberal. El Proyecto de Código/96, afirma que tal crimen puede ser cometido, fuera de los gobiernos, **“por una organización política o grupo”**. El Estatuto/98, en el literal a, del párrafo 2 del artículo 7 explica: “Por ‘ataque contra una población civil’ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado **o de una organización** de cometer esos actos o para promover esa política”.

No hay duda que con esos incisos se rompe la base conceptual (filosófico-jurídico-histórico-político-operativa) de los derechos humanos y del crimen de lesa humanidad, en cuanto área de defensa de los ciudadanos/seres humanos frente a un eventual Estado agresor.

Esta polémica es de vieja data, pero hasta esa coyuntura se había logrado mantener en la ONU una coherencia conceptual al respecto. Dado que son los Estados y los bloques de poder inter-estatales los que controlan las diversas instituciones internacionales, ya se puede adivinar cuál será el paso siguiente: una vez rota la consistencia conceptual se dará el paso de bloquear progresivamente el trámite de demandas contra los Estados e inundar las instituciones internacionales con demandas contra grupos u organizaciones privadas (no es difícil adivinar, que serán grupos u organizaciones de oposición a los gobiernos). Luego vendrá el tercer paso: la desaparición progresiva de demandas contra los Estados con la consiguiente eliminación (quizás primero “de facto” y luego “de iure”) de esta área de defensa de los ciudadanos frente a las agresiones del Estado. Este proceso de travestismo jurídico culminará en una situación en la que los únicos “violadores de los derechos humanos” y “perpetradores de crímenes de lesa humanidad” serán los grupos de oposición política, retornando así el mundo al “absolutismo regio”: los ciudadanos quedarán sin defensa ante las agresiones de los Estados y los Estados gozarán de tribunales internacionales para juzgar y sancionar a quienes se opongan y resistan a sus agresiones.

El único argumento que se ha esgrimido para justificar este cambio conceptual es que existen grupos u organizaciones no estatales con capacidad de realizar acciones sistemáticas o a gran escala contra la vida, dignidad y derechos fundamentales de poblaciones civiles. Si se exceptúa el caso de los conflictos bélicos, que tienen otro tratamiento en el Derecho Internacional, para no lesionar el derecho a la rebelión, universalmente reconocido, la sistematicidad o “gran escala” con que un grupo privado pueda agredir a poblaciones enteras, de una manera persistente, implica al menos una tolerancia o aquiescencia de las estructuras del Estado, o revela que los organismos judiciales y defensivos del Estado no funcionan o están en connivencia clandestina con dichos grupos. Es bien sabido que en Colombia y en otros países se ha tratado de presentar como “grupos violentos no estatales” a las estructuras auxiliares de la fuerza pública o paramilitares, que desde los años sesenta ejecutan una

política diseñada, apoyada y protegida de terrorismo de Estado, como ya se ha probado suficientemente.

En 1950, cuando se hacían los primeros debates sobre el Código Penal Internacional, el Secretario General de la ONU recurrió a los servicios del experto Vespasiano V. Pella, Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, con el fin de ayudar a los trabajos de la Comisión. En su extenso aporte (Doc. A/CN.4/39), el experto opina así sobre el Crimen de Lesa Humanidad: *“es cometido por personas que actúan en calidad de órganos del Estado (...) este crimen no aparece ya como la violación de una ley penal nacional (...) sino como un acto cometido en el ejercicio de la soberanía del Estado”*. (No. 138)

Y luego de que el Proyecto de Código introdujera, en 1954, una cierta ampliación del sujeto activo, extendiéndolo solo *“a particulares que actúan por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia”*, el Relator del Proyecto, en su tercer informe se mostró en desacuerdo por razones como estas:

(en cuanto a los crímenes de genocidio y de lesa humanidad) la participación de particulares, teóricamente inimaginable, parece imposible de hecho. El genocidio implica una empresa sistemática, y a gran escala, de destrucción de un grupo étnico, nacional o religioso. En el mundo contemporáneo, los particulares difícilmente podrían realizar por sí mismos una tal empresa. Lo mismo cabría decir del resto de los crímenes contra la humanidad, que exigen una movilización de medios de destrucción que solo el ejercicio del poder puede facilitar a sus autores. Algunos de estos crímenes, por ejemplo el Apartheid, solo pueden ser cometidos por un Estado. En resumen, parece discutible que los particulares puedan erigirse en autores principales de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. (...) En la materia que se estudia no habría que perder jamás de vista que el objetivo perseguido es también, sobre todo, obstaculizar los excesos y el irraciocinio a que expone el ejercicio del poder, y que se trata de prevenir los delitos y las exacciones de quienes poseen los medios formidables de destrucción y de aniquilamiento que amenazan actualmente a la humanidad. Incluso si el sujeto de derecho, en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, es el individuo, tampoco hay que perder jamás de vista que el individuo de que se trata es principalmente la autoridad de un Estado”.⁵

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia cita el argumento del experto Cherif Bassiouni, quien afirma : *“su comisión (de Crímenes de Lesa Humanidad) exige el uso de las instituciones, de personal y de recursos del Estado para realizar, o para estorbar que se impida la comisión de los crímenes específicos descritos en el artículo 6,c de la Carta de Nürnberg”*⁶ En esta misma sentencia, el Tribunal acoge como innovación la ampliación del sujeto activo del Crimen de Lesa Humanidad, pero definiéndola así: *“ A*

⁵ Doc. A/CN.4/387*, del 8 de abril de 1985, No. 13 y 16

⁶ Bassiouni, Cherif, Crimes Against Humanity in International Criminal Law,pg 248-249, citado en sentencia del caso IT-94-1-T, del 7 de mayo de 1997, # 654.

este respecto el Derecho se ha desarrollado para tener en cuenta fuerzas que, aunque no sean las de los gobiernos legítimos, tienen control, de hecho, o la posibilidad de movilizarse libremente, dentro de un territorio concreto ".⁷ Esta posición es más racional y aceptable, puesto que una fuerza que tenga pleno control territorial y plena libertad de acción y movimiento en ese territorio puede equipararse a un poder estatal, y en la medida en que tenga ese poder de control tendría que garantizar la protección de la dignidad humana de los residentes e impedir que se agredan los derechos fundamentales del ser humano en ese territorio.

Así, pues, la categoría de CRIMEN DE LESA HUMANIDAD, de acuerdo a la conceptualización más clásica, es más convincente por lo bien fundamentada, consistente y coherente, según todo lo expuesto, que para los efectos la identifica como CRIMEN DE ESTADO, rechazando las concesiones que se han hecho en instancias internacionales a la ideología neoliberal.

El sentido de la expresión "**de lesa humanidad**"⁸, apunta a subrayar la gravedad del crimen, revelando que no se afrenta a un individuo sino a la especie humana como tal. Según el Relator Especial del Proyecto de Código, "*podría concebirse en el triple sentido: de crueldad para con la existencia humana; de envilecimiento de la dignidad humana; de destrucción de la cultura humana. Comprendido dentro de estas tres acepciones, el crimen de lesa humanidad se convierte sencillamente en 'crimen contra todo el género humano'*"⁹

El Relator apunta realmente allí a los principales sentidos que en el lenguaje corriente le damos al término "Humanidad". En efecto:

Cuando señalamos una conducta, actitud o acción como "inhumana", la entendemos como cruel y despiadada, y en ese sentido como algo que desdice del deber ser humano, que en las relaciones interpersonales debe tener en cuenta la experiencia personal de repudio del sufrimiento y tratar de evitarlo, por imperativo ético, en un ser semejante.

Cuando nos referimos a la "Humanidad", podemos entender el término en sentido cualitativo o cuantitativo. Como cualidad, puede apuntar a lo que es esencial o característico de los seres humanos, de la misma manera que podríamos hablar de la "animalidad" o la "vegetalidad". Y en este sentido los crímenes afectan lo más esencial, característico, específico de los humanos: su dignidad elemental

⁷ Sentencia antes citada, # 654

⁸ El término "Lesas" viene del latín "laesae", que corresponde al participio presente, en voz pasiva, del verbo "Laedo", que significa: herir, injuriar, causar daño. De allí las expresiones latinas: "laesae maiestatis" (de lesa majestad), "laesae humanitatis" (de lesa humanidad) que literalmente se traducen: (crimen) de majestad injuriada, o de humanidad injuriada (o herida, o lesionada).

⁹ Doc. A/CN.4/398*, 11 de marzo de 1986, No. 12

y sus derechos elementales de: vida, integridad y libertad, como núcleo más recóndito o esencia ultra-destilada de lo humano. En este sentido, “la humanidad” es agredida en cualquier individuo, cuando se lesiona ese núcleo. Por eso el Relator del Proyecto de Código, continuando el texto citado inmediatamente antes, agrega: *“una expresión de esa índole plantearía el problema delicado (...) de determinar si todo atentado grave dirigido contra un individuo constituye un crimen contra la humanidad. Si se considera que el individuo es “poseedor” y custodio de la dignidad humana, “poseedor de los valores éticos fundamentales” de la sociedad humana, el crimen contra la humanidad puede perpetrarse mediante un atentado contra un solo individuo, desde el momento en que tal atentado presente un carácter específico contrario a la conciencia humana. Habría en cierta forma un vínculo natural entre el género humano y el individuo: uno es la expresión del otro”*¹⁰

Cuando el término “Humanidad” se entiende en sentido cuantitativo, o sea como el conjunto de los humanos, el crimen contra la humanidad se entiende como un intento de privar a ese conglomerado de seres de riquezas esenciales inherentes a la especie humana como especie, que es el estar compuesta de diversidad de razas, etnias, concepciones políticas, religiosas, ideológicas, etc. que son todas riquezas de la especie, sin las cuales la especie se ve mutilada. Este sentido especial le dio al Crimen de Lesa Humanidad el experto Vespasiano V. Pella, en su Memorandum de 1950, solicitado por el Secretario de la ONU cuando comenzaban los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional. Allí afirma que, para distinguir el acto que se incrimina de delitos comunes contra la vida, la integridad o la libertad, *“lo que transforma semejantes actos en crímenes contra la humanidad es el hecho de que están dirigidos esencialmente contra el género humano que está formado de razas, nacionalidades y religiones diferentes y que presenta una pluralidad de concepciones filosóficas, sociales y políticas (...) Estando el crimen contra la humanidad dirigido contra bienes jurídicos comunes a una categoría de personas (razas, nacionalidades, religiones etc.) no atañe al individuo considerado aisladamente sino al individuo en cuanto miembro de una colectividad (...) A la protección penal general de la vida humana, de la libertad y de otros bienes jurídicos inherentes a la existencia del hombre en el seno de la sociedad, se superpone por consiguiente una protección especial. Son la raza, la nacionalidad, la religión y otros elementos de diversidad del género humano los que conforman el objeto de esta protección penal especial (...) En la definición legal del crimen contra la humanidad hay que admitir la noción del “dolus specialis”. Al hacer del móvil, es decir, de la intención criminal especial, un elemento constitutivo del crimen contra la humanidad, se llega así a la distinción neta y precisa entre estos crímenes y los crímenes y delitos de derecho común reprimidos por todas las legislaciones del mundo”*¹¹

¹⁰ Ibid. No. 13

¹¹ Memorandum del Profesor Vespasiano V. Pella al Secretario general de la ONU, Doc. A/CN.4/39, 24 de noviembre de 1950, # 138

Desde el juicio de Nüremberg se caracterizó este tipo de crimen como aquel que responde a un **patrón sistemático o de escala**, que de alguna manera revela una política de Estado, así no sea confesa o aparezca camuflada bajo otros ropajes. El actual Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en sentencia del 7 de mayo de 1997, definió esa característica de sistematicidad que se hace necesaria para que un crimen traspase las barreras del derecho común e interno de los Estados y sea asumido por el derecho internacional con carácter de crimen de lesa humanidad, con estas palabras: *“crímenes que, ya sea por su magnitud y salvajismo, o por su gran número, o por el hecho de que un parámetro similar fuere aplicado en diferentes momentos y lugares ...”*¹²

Los expertos que la ONU ha buscado como asesores o relatores de la Comisión de Derecho Internacional para la codificación de estas opciones jurídicas, han coincidido en afirmar que lo que hace que estos crímenes lesionen a la humanidad es *la intención* que se revela detrás de la reiteración de actos, la cual lleva a concluir que un crimen no es aislado, individual o fortuito, sino que busca destruir conjuntos de vidas y/o valores que pertenecen al patrimonio de la especie, la cual funda su riqueza en la diversidad de razas, etnias, nacionalidades, lenguas, religiones, ideologías, formas de pensar y convivir y sistemas de organización social, así como en el reconocimiento mutuo de una dignidad igual y sagrada.

El solo hecho de agredir a un ser humano con formas de violencia que no son tolerables a la sensibilidad común de la especie, cuando esto ocurre no por circunstancias particulares o fortuitas sino por el hecho de que la víctima pertenezca a una raza, etnia, nación, ideología, religión, corriente política o a un conjunto humano que tiene rasgos comunes, revela que el agresor considera válido, o está en su mira, agredir al resto de los miembros de ese grupo humano o que comparten los mismos rasgos, y en tal sentido está lesionando a la humanidad.

Sería absurdo esperar a que el número de víctimas traspase determinados umbrales cuantitativos para autorizar la activación del derecho penal internacional, cuando la maquinaria destructora ha revelado ya su naturaleza y sus alcances. Esta razón fue la que movió al Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, Sr. Doudou Thiam, a acoger la opinión que sostenía que *“la intención de los autores tanto de la Convención sobre el Genocidio como del Proyecto de Código era la de reconocer como consumado el genocidio aún en el caso en que el acto (homicidio, etc) hubiere sido cometido respecto de un solo miembro de un grupo determinado, con la intención de destruirlo “total o parcialmente”*¹³

¹² Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, Caso No. IT-94-I-T, sentencia de mayo 7 de 1997, No. 644

¹³ Documento A/CN.4/398*, del 11 de marzo de 1986, No. 31, pg. 6. Este documento contiene el IV Informe del Relator Especial, Sr. Doudou Tima, para el Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Allí mismo el Relator cita otros conceptos autorizados que sostienen la misma tesis, por ejemplo, el Congreso Internacional del Movimiento Nacional Judicial Francés, en su resolución sobre la represión de los crímenes nazis contra la humanidad, adoptada en octubre de 1946, donde afirma: “Son culpables

Estos mismos principios llevaron al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia a definir el sujeto pasivo de este crimen así: *“el concepto de la humanidad como víctima () caracteriza de manera esencial los Crímenes de Lesa Humanidad”*¹⁴

Toda esta doctrina jurídica no tendría incidencia en la realidad si no hubiera mecanismos jurídicos para urgir su aplicación. Esto explica que se haya ido reconociendo progresivamente una JURISDICCIÓN UNIVERSAL para el enjuiciamiento y castigo de los perpetradores de este tipo de crímenes.

Una sentencia famosa de la Corte Internacional de Justicia, de La Haya, del 5 de febrero de 1970, referida al *Caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, se refería a ciertas obligaciones de los Estados para con toda la comunidad internacional, como parte esencial del Derecho Internacional, y hace derivar esas obligaciones de unos *“derechos en juego”*, los cuales, dada su importancia, hacen que todos los Estados tengan *“un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos”*. Y concreta esos *“derechos”* como *“los principios y reglas que se refieren a los derechos fundamentales de la persona humana”*. La Corte define el tipo de obligación que vincula a los Estados con la protección de esos bienes jurídicos universales como *“obligaciones erga omnes”* (*obligaciones para con toda la humanidad*).¹⁵

Para que esto tenga aplicación, se cae de su propio peso la JURISDICCIÓN UNIVERSAL, o sea, la capacidad jurídica de todos los Estados para juzgar a quienes sean culpables de crímenes de lesa humanidad, sin importar el lugar donde los crímenes hayan sido perpetrados, ni la nacionalidad de la víctima ni la del victimario. Como lo reafirmó el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, los crímenes de lesa humanidad *“son actos inhumanos que por su extensión y gravedad sobrepasan los límites tolerables por la comunidad internacional, la cual debe forzosamente exigir su castigo”*¹⁶

Un jurista catalán Antoni Blanc Altemir, anota que esto *“supone aceptar el principio de que todos los Estados están capacitados para reclamar la responsabilidad del Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito particularmente grave, quebrándose de esta forma el esquema bilateral de la responsabilidad*

de crímenes contra la humanidad y sancionables como tales, los que exterminan o persiguen a un individuo o a un grupo de individuos, por razón de su nacionalidad, de su raza, de su religión o de sus opiniones” (Revue Internationale de Droit Pénal, Paris, año 19, 1948, pg. 384)

¹⁴ Cfr. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Caso Erdemovic, IT-96-22-T, sentencia del 29 de noviembre de 1996, párrafo 28.

¹⁵ Cfr. International Court of Justice, Year 1970, 5 february 1970, pg. 33 (Caso: Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited)

¹⁶ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, sentencia caso IT-96-22-T, noviembre 29 de 1996, No. 28

internacional”¹⁷ De aquí se sigue que la responsabilidad del Estado perpetrador puede ser exigida no solo por el Estado víctima sino también por cualquier otro Estado, ya que la relación jurídica de responsabilidad se establece, en estos casos, entre cada Estado y la comunidad internacional en su conjunto. Así que las “ *obligationes erga omnes* ” (obligaciones vinculantes con la humanidad en su conjunto) implican que todos los Estados adquieren una obligación de proteger un bien jurídico que se considera patrimonio del género humano y esto tiene dos consecuencias: una sustantiva, que es la afirmación de normas vinculantes o imperativas (llamadas en derecho: de “*Jus cogens*”) con carácter universal, y otra procesal, que exige un mecanismo de protección que englobe a todos los Estados, que es **la jurisdicción universal** .

Varios instrumentos de derecho internacional, como convenciones internacionales y sentencias famosas, han refrendado esta doctrina. La sentencia contra el famoso criminal nazi Klaus Barbie, emitida por la Corte de Apelaciones de Francia el 6 de octubre de 1983 lo expresaba así: “*Por razón de su misma naturaleza, los crímenes contra la humanidad, de los cuales Barbie es acusado, no caen simplemente bajo el objeto del derecho nacional de Francia, sino que están sujetos a un orden penal internacional al cual la noción de fronteras y las normas sobre extradiciones que de allí se deducen le son completamente ajenas*” .

También la Convención contra el Apartheid (1973) le reconocía a todos los Estados jurisdicción para perseguir, enjuiciar y castigar este crimen “*independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado o sean personas apátridas*” (art. 4).

Así mismo, los Principios aprobados por la Asamblea General de la ONU para prevenir e investigar las Ejecuciones Extrajudiciales (Resolución 1898/65 del 24 de mayo de 1989) impone a los gobiernos la obligación de juzgar a los culpables de este crimen o extraditarlos a otro país que se proponga juzgarlos, “*con independencia de quiénes sean los perpetradores o las víctimas, del lugar en que se encuentren, de su nacionalidad y del lugar en que se cometió el delito*” (art. 18). Otros tratados internacionales contemplan normas equivalentes.¹⁸

Un caso más reciente que ha impactado a todo el mundo es el del **ex dictador chileno Augusto Pinochet**. La Audiencia Nacional de España afirmó su competencia para juzgarlo apoyándose, entre otros instrumentos, en la Convención Internacional contra el Genocidio, de 1948. La Sala de lo Penal de dicha Audiencia, en auto del 5 de noviembre de 1998, definió a ese variado conjunto de víctimas

¹⁷ Antonio Blanc Altemir, “La Violación de los Derechos Humanos Fundamentales como Crimen Internacional”, Bosch, Barcelona, 1990, pg. 95

¹⁸ Ver, por ejemplo, versión final del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, (Doc. Suplemento No. 10 (A/51/10) julio de 1996, art. 8; Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Res. 39/46, del 10 de diciembre de 1984, art. 6.).

de la dictadura sangrienta de Pinochet como un “*grupo nacional*”, afirmando allí mismo que cuando se habla de “grupo nacional” no se alude a personas que pertenecen a una misma nación sino a un “*grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor ...*” Y en el caso de las víctimas de la dictadura de Pinochet en Chile, el grupo diferenciado nacional que se trató de destruir era el de aquellos que “*no cabían en el proyecto de reorganización nacional*”, o el de aquellos que “*los que practicaban la persecución estimaban que no cabían*” “*víctimas reales o potenciales, chilenos o foráneos (que) integraron un grupo diferenciado en la nación, que se pretendió exterminar*”. Cualquiera puede percibir la similitud de este caso con el de Colombia: este es el tipo de grupos nacionales que se ha pretendido exterminar en Colombia a través de una política de Estado basada en la estrategia paramilitar, o sea, los grupos que en la mente de los victimarios no caben en su proyecto de control territorial e ideológico absoluto.

La necesidad de que el enjuiciamiento de este tipo de crímenes lo asuman otros Estados diferentes a los perpetradores, la expresó muy claramente el primer asesor que las Naciones Unidas buscaron cuando se comenzó a codificar el derecho penal internacional. Este fue el jurista Vespasiano V. Pella, Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal en 1950, quien preparó un extenso y exhaustivo Memorando para el Secretario General de la ONU. Allí afirmaba: “*Sería demasiado cómodo para un Estado hacer procesar por su propia jurisdicción a sus nacionales culpables de crímenes internacionales, a fin de que pudieran invocar dichos fallos para sustraerse a la acción de la justicia penal internacional (...) Por otra parte, no hay que perder de vista que, a menudo, estos crímenes se cometen mediante un ejercicio abusivo de la soberanía. Pretender castigarlos aplicando la legislación nacional significa, en muchos casos, pedir al culpable que se castigue a sí mismo*”¹⁹

Precisiones en el derecho internacional

a) El sujeto pasivo del Crimen contra la Humanidad:

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

¹⁹ Memorando del experto Vespasiano V. Pella, Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, al Secretario General de la ONU, en 1950, a petición de éste: Doc. A/CN.4/39, párrafo 58.

La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, lleva a interpretar el elemento “población” como sigue: “(...) el énfasis no está en la víctima individual sino más bien en la colectiva, siendo el individuo victimizado no por sus atributos individuales sino más bien a causa de ser miembro de una población civil en la mira. Se ha interpretado esto en el sentido de que los actos, como se explicó antes, deben realizarse sobre bases de gran escala o sistemáticos, que deben consistir en algún tipo de política gubernamental, organizacional o de grupo, para cometer estos actos, y que el victimario debe conocer el contexto dentro del cual sus acciones son realizadas, así como el requisito exigido por el Secretario General y los miembros del Consejo de Seguridad, de que las acciones deben ser consideradas según sus razones discriminatorias” (Caso No IT-94-I-T, Opinion and Judgment, 7 May 1997, No. 644).

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

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

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

“[1] El artículo 18 reconoce algunos actos inhumanos como constitutivos de crímenes contra la humanidad.

[2] *La definición de crímenes contra la humanidad del artículo 18 se basa en el Estatuto del Tribunal de Núrnberg, interpretado y aplicado por este Tribunal, y tiene en cuenta la evolución ulterior del derecho internacional.*

[3] *La cláusula inicial de la definición establece las dos condiciones generales que deben darse para que alguno de los actos prohibidos constituya un crimen contra la humanidad comprendido en el presente código. **La primera es la comisión sistemática o en gran escala.** Esa primera condición se compone de dos requisitos alternativos. El primero exige que los actos inhumanos se cometan de forma sistemática, es decir, con arreglo a un plan o política preconcebidos. La ejecución de ese plan o política podría llevar a la comisión repetida o continua de actos inhumanos. Lo importante de este requisito es que excluye el acto cometido al azar y no como parte de un plan o una política más amplios. El Estatuto de Núrnberg no incluía este requisito. No obstante, el Tribunal, al examinar si estos actos constituían crímenes de lesa humanidad, subrayó que los actos inhumanos se cometieron como parte de una política de terror y fueron “en muchos casos ... organizados y sistemáticos” (Nürnberg Judgment, pg.84).*

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

b) El sujeto activo del crimen contra la humanidad

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

Principio I: *“Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción”*

Principio II “ *El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido*”

Principio III: “ *El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado no lo exime de responsabilidad conforme al derecho internacional*”.

Principio IV: “*El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción*”

Principio VII: “*La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados en el principio VI, constituye asimismo delito de derecho internacional*”.

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

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

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

“Artículo 6: El hecho de que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad criminal, si sabían o tenían motivos para saber, dadas las circunstancias del caso, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y no tomaron todas las medidas necesarias a su alcance para impedir o reprimir ese crimen” (ibid. Pg. 37)

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

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

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

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

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

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

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

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

“Otro asunto se refiere a la naturaleza de la entidad que está detrás de la política. La concepción tradicional, de hecho, era que, no solo esa política debe existir sino que la política debe ser del Estado, como en el caso de la Alemania Nazi. La opinión predominante era, como lo ha explicado un comentarista, que los crímenes contra la humanidad, en cuanto crímenes de naturaleza colectiva, exigen una política de Estado “puesto que su comisión requiere el uso de las instituciones, de personal y de recursos del Estado para realizar, o para estorbar que se impida la comisión de los crímenes específicos descritos en el artículo 6,c (de la Carta de Núrnberg)”. Si este pudo haber sido el caso durante la Segunda Guerra Mundial, y así la jurisprudencia seguida por las cortes en la adjudicación de cargos de crímenes contra la humanidad fundados en acontecimientos denunciados como ocurridos en ese período, este no es ya el caso. En cuanto primer tribunal internacional que se ocupa de acusaciones de crímenes contra la humanidad que se denuncian como ocurridos después de la Segunda Guerra Mundial, este Tribunal Internacional no se siente vinculado a la doctrina del pasado sino que debe aplicar el

derecho internacional consuetudinario tal como se presentaba en el momento de los delitos. A este respecto el derecho, en relación con los crímenes contra la humanidad, se ha desarrollado para tener en cuenta fuerzas que, aunque no sean las de los gobiernos legítimos, tienen control, de hecho, o la posibilidad de movilizarse libremente, dentro de un territorio concreto” (o.c No. 654).

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

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

El “*dolus specialis*” del Crimen de lesa humanidad

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

La Carta y los Principios de Núrnberg estructuran en dos series las modalidades que pueden darse del mismo crimen: la primera serie estaría comprendida por acciones que no presuponen un elemento discriminatorio, como el asesinato, el exterminio, la reducción a esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos; la segunda serie estaría conformada por las persecuciones que obedecen a diversos

motivos. Para algunos, la acción rectora de la primera serie sería **el exterminio** y la de la segunda serie **la persecución**; los demás actos serían medios, ya para el exterminio, ya para la persecución.

*“Para evitar controversias a las cuales ha dado lugar la redacción demasiado confusa del artículo 6,c del Estatuto del Tribunal de Nürnberg, hemos considerado como lo que constituye el acto que debe ser incriminado en el Código, ya sea **el exterminio**, ya la **persecución** de cualquier parte de una población, por razones de raza, nacionalidad, religión, opiniones políticas u otras basadas en criterios análogos. El homicidio intencional, los tratos inhumanos, la deportación o la detención ilegal, etc., **no son más que medios de ejecución del crimen de exterminio o de persecución**”* (Memorandum, Doc. A/CN.4/39, 24 nov.1950, No. 138)

*“El acto que se debe incriminar, según la fórmula del comienzo de este párrafo, no debe ser confundido, por consiguiente, con crímenes dirigidos contra la vida, la integridad corporal, la salud y la libertad **de los individuos como tales**, actos calificados como crímenes o delitos, y reprimidos por todas las legislaciones nacionales. Lo que transforma semejantes actos en crímenes contra la humanidad es el hecho de que están dirigidos **esencialmente contra el género humano que está formado de razas, nacionalidades y religiones diferentes y que presenta una pluralidad de concepciones filosóficas, sociales y políticas.** () Estando el crimen contra la humanidad dirigido contra bienes jurídicos comunes a una categoría de personas (razas, nacionalidades, religiones etc.), no atañe al individuo considerado aisladamente sino al individuo **en cuanto miembro de una colectividad**. De allí el carácter de exterminio, sometimiento o persecución masiva, bajo el cual se presentan, en la mayoría de los casos, los crímenes contra la humanidad. () **A la protección penal general** de la vida humana, de la libertad y de otros bienes jurídicos inherentes a la existencia del hombre en el seno de la sociedad, se superpone por consiguiente una **protección penal especial**. Son la raza, la nacionalidad, la religión y otros elementos de diversidad del género humano los que conforman el objeto de esta protección penal especial. () En la definición legal del crimen contra la humanidad hay que admitir la noción del **“dolus specialis”**. Al hacer del móvil, es decir, de la intención criminal especial, un elemento constitutivo del crimen contra la humanidad, se llega así a una distinción neta y precisa entre estos crímenes y los crímenes y delitos de derecho común reprimidos por todas las legislaciones del mundo”*.(ibid.)

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

(...) *“El propósito de quienes redactaron el Estatuto fue hacer que todos los crímenes contra la humanidad fueran punibles, incluyendo aquellos que, aunque llenaran todas las condiciones requeridas por la noción de tales crímenes, tal vez no habían sido perpetrados por razones políticas, raciales o religiosas, como se especifica en el literal h del Artículo 5. A la luz de los objetivos humanitarios de quienes elaboraron el Estatuto, no puede verse por qué ellos habrían restringido gravemente la clase de delitos que entran en la categoría de “crímenes*

contra la humanidad”, dejando así por fuera de ese tipo todos los ejemplos posibles de crímenes graves, sistemáticos o a gran escala contra los civiles, a cuenta de su carencia de una intención discriminatoria.(...) La experiencia de la Alemania Nazi mostró que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos por razones discriminatorias diferentes a las enumeradas en el Artículo 5(h), tales como la incapacidad física o mental, la edad o la enfermedad, o las preferencias sexuales. De manera semejante, el exterminio de las “clases enemigas” en la Unión Soviética durante 1930 (...) y la deportación de las clases educadas urbanas bajo los Khmer Rouge entre 1975-1979, muestra otros ejemplos que no caerían bajo el ámbito de crímenes contra la humanidad fundados en la estricta enumeración de motivos sugerida por el Secretario General en su informe” (o.c., No. 282 a 285)

Los Principios de Núrnberg como componentes del Derecho Internacional Consuetudinario.

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

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

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

Además, desde 1907 la comunidad internacional había acordado llenar ciertos vacíos legales que podrían traer graves consecuencias para los seres humanos, mediante normas no escritas que se llamaban “derecho de gentes” y que se regían por: “Los usos establecidos entre las naciones civilizadas, las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública”. Así lo estableció la llamada “Cláusula Martens”, que quedó en el

preámbulo del Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907, sobre Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, cláusula que se repetirá en adelante en los preámbulos de numerosos instrumentos internacionales que hacen parte del Derecho Internacional Humanitario.

Pero luego de 50 años de vigencia de los Principios de Núrnberg, adoptados por la Asamblea General de la ONU como primer fundamento de un derecho penal internacional, nadie se atrevería a negarles su pertenencia a un derecho internacional consuetudinario.

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

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

Javier Giraldo M., S. J.