

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL^{*}

Por

KAI AMBOS^{**}

Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Internacional Penal
Georg-August-Universität Göttingen

Revista General de Derecho Penal 17 (2012)

RESUMEN: En el presente artículo se plantea la discusión entorno a la necesidad de una convención especializada para la investigación, juzgamiento y castigo de los crímenes de lesa humanidad (crimes against humanity). A ese fin y como punto de referencia, se abordará fundamentalmente la normativa vigente establecida en el Artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante "CPI"). Con ello se intenta, como propósito central, someter esta disposición a un riguroso análisis crítico y comparar sus rendimientos frente a la definición del delito propuesta en el Proyecto de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad, elaborado por un grupo internacional de expertos, en el que participó el autor de este artículo. Un segundo tema a tratar, evidentemente cercano al propuesto, será la capacidad efectiva que tiene o debería tener la CPI para prevenir y perseguir los crímenes de lesa humanidad. Este problema afecta a uno de los pilares fundamentales del derecho penal (internacional): su posible efecto de disuasión.

PALABRAS CLAVE: Corte Penal Internacional; crímenes de lesa humanidad; Convención Crímenes de lesa humanidad; efecto disuasivo.

ABSTRACT: The following paper examines the question of the need for a specialized Convention for Crimes against Humanity from the perspective of the existing protection granted by the ICC Statute. The ICC's role in the prevention and prosecution of Crimes against Humanity is predicated on its normative framework, especially Art. 7 of the ICC Statute. A critical analysis of this provision and its comparison with the offence definition proposed by the Draft Convention (in its original and current version of September 2009) lies therefore at the heart of this paper. A second, although related, issue to be dealt with is the ICC's effective capacity to prevent and prosecute CaH. This

^{*} Texto originalmente publicado como "Crimes against Humanity and the International Criminal Court", en L. N. Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2011, p. 279-304. Traducción de John E. Zuluaga T., abogado de la Universidad de Antioquia (Colombia); Magister Legum (LL.M.) y Doctorando en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania); Becario del DAAD y miembro del Grupo Latinoamericano de Investigación Penal de Göttingen (GlipGö). Revisión parcial hecha por el Prof. Dr. Ezequiel Malarino (UBA) y por el autor.

^{**} Juez en el Tribunal Estadual (*Landgericht*) de Göttingen. Agradezco a mis (ex) asistentes de investigación Ousman Njikam (La Haya) y Dra. Stefanie Bock (Hamburgo / Göttingen) por su ayuda y a la Prof. Leila Sadat por sus valiosos comentarios.

issue touches upon one of the fundamental cornerstones of criminal law: its possible effect of deterrence.

I. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

El uso moderno del concepto de crímenes de lesa humanidad (en adelante “CLH”) podría remontarse a la declaración del 28 de mayo de 1915 dada por los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia, en la que se hizo alusión a las masacres de la población armenia en Turquía. En esta declaración, las atrocidades cometidas fueron descritas como “crímenes contra la humanidad por los cuales todos los miembros del Gobierno turco serán declarados responsables junto a sus agentes implicados en las masacres”¹. En este caso, la novedad consistió en que los crímenes fueron cometidos por ciudadanos de un Estado contra sus propios conciudadanos y no contra los de otro Estado. Los juicios de Núremberg fueron similares en su naturaleza, en tanto trataron aquellos delitos cometidos por los alemanes contra sus propios compatriotas (alemanes)². A pesar de ello, un repaso histórico al desarrollo de los crímenes de lesa humanidad permite demostrar que la Carta de Núremberg no constituyó una base legislativa para el desarrollo de un nuevo delito, sino que simplemente articuló un crimen que ya estaba integrado en la estructura del derecho internacional consuetudinario³. Esto se evidencia por lo menos en tres instrumentos: la “Cláusula Martens” de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907⁴, en referencia a las “leyes de humanidad”; la ya mencionada Declaración Conjunta del 28 de mayo de 1915, que censura los “crímenes contra la humanidad y la civilización”⁵; así como el Informe de 1919 de la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la

¹ Cfr. Egon Schwelb, *Crimes Against Humanity*, Brit. Y.B. Int'l L. 23 (1946), p. 178, 181. Véase también el reciente artículo de John P. Cerone, *The Jurisprudential Contributions of the ICTR to the Legal Definition of Crimes Against Humanity*, en New Eng. J. Int'l & Comp. L. 14 (2008), p. 191, 191-92.

² Cfr. Roger S. Clark, *Crimes Against Humanity at Nuremberg*, en *The Nuremberg Trial and International Law*, George Ginsburgs & Vladimir Nikolaevich Kudriavtsev eds., Kluwer, 1990, p. 193, 195-98.

³ Cfr. Darryl Robinson, *Defining Crimes Against Humanity at The Rome Conference*, en Am. J. Int'l L. 93, 1999, p. 44.

⁴ El Preámbulo de la Convención con respecto a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, 29 Jul., 1899, 32 Stat. 1803 y el Preámbulo de la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, con regulaciones anexas, 18 Oct., 1907, 36 Stat. 2277 especifican que en los casos no incluidos en las Regulaciones de La Haya, “los habitantes y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de las reglas de los principios de la ley de las naciones, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad, y los dictados de la conciencia pública”.

⁵ Cfr. Schwelb, *supra* nota 1; véase también United Nations War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War* 35, 1948.

Guerra, que sostiene la responsabilidad penal individual por “violaciones a las leyes de humanidad”⁶. Es digno de anotar que respecto al reconocimiento histórico de las “leyes de humanidad” y los “crímenes de lesa humanidad”, el alcance de estos principios fue potencialmente muy amplio, tal vez tanto como el de los derechos humanos. Se trataron una amplia gama de conductas, ya sea realizadas por actores estatales o no estatales, ya sea en tiempos de guerra o de paz⁷.

Sin embargo, la definición de los CLH hasta ahora ha sido vaga y, en muchos aspectos, contradictoria. Una definición más precisa de los CLH, lo que además refleja su evolución histórica, sólo se logró con el Estatuto de la CPI. El artículo 7 representa tanto una “codificación” como también un “desarrollo progresivo” del derecho internacional⁸. Se une a las distintas características legales que pueden considerarse como el “common law” de los CLH⁹. Sin embargo, para comprender la *razón subyacente* de este tipo de crímenes, se hace necesario profundizar e ir más allá del mero análisis positivo de los Estatutos y de otras normas. Por lo menos, la historia nos enseña que el Estado siempre ha tenido un papel importante en la organización y la comisión real de CLH. Este hecho histórico representa un fuerte argumento para conceptualizar los CLH como un crimen de Estado en el sentido de la definición de Richard Vernon:

“(…) una inversión moral, o la parodia, del Estado.”¹⁰

“(…) un abuso de poder del Estado que implica una inversión sistemática de los recursos jurisdiccionales del Estado.”¹¹

⁶ El informe de 1919 presentado a la Conferencia Preliminar de Paz por la Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y en la aplicación de sanciones por violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, recomendó el establecimiento de un alto tribunal para juzgar a personas que pertenecen a países enemigos que fueron culpables de “delitos contra las leyes y costumbres de la guerra o las leyes de humanidad”, extraído de Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Kluwer 2nd ed. 1999, p. 553-65.

⁷ Cfr. Jordan J. Paust *et al.*, *International Criminal Law, Cases and Materials*, Carolina Academic Press, 2007, p. 703.

⁸ Cfr. Art. 13 UN-Charter. Cfr. también Roger S. Clark, *Crimes Against Humanity and The Rome Statute of the International Criminal Court*, en *International and National Law in Russia and Eastern Europe*, Roger Clark *et al.* eds., Nijhoff, 2001, p. 139-56.

⁹ David Luban, *A Theory of Crimes against Humanity*, en *Yale J.Int.L.* 29, 2004, p. 85, 93 *et seq.*, a manera de resumen de estas características legales (p. 108): “Los crímenes de lesa humanidad son crímenes internacionales cometidos por grupos políticamente organizados que actúan bajo un color político, consistentes en los más graves y abominables actos de violencia y persecución, y cometidos sobre víctimas en razón de su pertenencia a una población o grupo más que por sus características individuales”. (David Luban, *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*, traducción de Ezequiel Malarino/Marisa Vázquez, Bogotá, Temis S.A., 2011, p. 62).

¹⁰ Richard Vernon, *What is Crime against Humanity?*, en *The Journal of Political Philosophy* 10, 2002, p. 231, 233 (“(…) a moral inversion, or travesty, of the state”, traducción de John E. Zuluaga).

¹¹ *Ibid.*, p. 242 (“(…) an abuse of state power involving a systematic inversion of the jurisdictional resources of the state”, traducción de John E. Zuluaga).

“ (...) una inversión sistemática: los poderes que justifican el Estado son, perversamente, instrumentalizados por el mismo, la territorialidad es transformada de refugio a una trampa, y las modalidades de castigo son ejercidas sobre los inocentes.”¹²

El problema de esta definición es que se limita a la relación clásica entre un Estado y sus ciudadanos, aquellos residentes en su territorio, dejando fuera, por un lado, relaciones extraterritoriales Estado-ciudadano y, por otra parte, las relaciones de un Estado con ciudadanos extranjeros¹³. Además, la definición no logra tener en cuenta los actores no estatales, por lo menos no explícitamente. Se puede reemplazar el “Estado” por “actor no estatal” para dar cabida a aquel concepto de reconocido prestigio que entiende este último como autor potencial de CLH. Sin embargo, esto no sería suficiente, ya que existe una clara diferencia entre la obligación del Estado en virtud del derecho internacional de garantizar el imperio de la ley y proteger a sus ciudadanos y un deber similar (emergente) de un actor no estatal en el territorio bajo su control. Con todo, es más convincente desarrollar un concepto de CLH, sin enfocarse tanto en el ente que está detrás de estos crímenes. Esto no niega la connotación eminentemente política de los CLH, es más, hace hincapié en la “distintiva perversión de la política”¹⁴ que subyace a los CLH; se retoma con ello la idea de David Luban sobre CLH según la cual estos crímenes son una expresión de que “la política ha ido horriblemente mal”¹⁵ y que “la política ha sido cancelosa,”¹⁶ lanzando una doble agresión a la individualidad (el individuo y la “calidad política del ser humano”, “humanidad”) y a los grupos (“el conjunto de las personas”, la “sociabilidad”, “humanidad”)¹⁷:

“En primer lugar, la frase “crímenes contra la humanidad” sugiere delitos que agravan no sólo a las víctimas y sus propias comunidades, sino a todos los seres humanos, sin importar su comunidad. En segundo lugar, la frase sugiere que estos delitos calan hondo, lesionando el núcleo de humanidad que todos compartimos y

¹² *Ibid.*, p. 245 (“(...) a systematic inversion: powers that justify the state are, perversely, instrumentalized by it, territoriality is transformed from a refuge to a trap, and the modalities of punishment are brought to bear upon the guiltless.”, traducción de John E. Zuluaga).

¹³ Véase la convincente crítica de Luban, *supra* nota 9, p. 94 con nota a pie 28.

¹⁴ Vernon, *supra* nota 10.

¹⁵ *Ibid.*, p. 108.

¹⁶ *Ibid.*, p. 116.

¹⁷ *Ibid.*, p. 86 et seq. Vernon, si bien es crítico del elemento de humanidad (*supra* nota 10, p. 237), comparte la idea de un ataque contra la humanidad en el sentido de la entidad y la diversidad (p. 238 et seq.).

que nos distingue de otros seres de la naturaleza.”¹⁸

“(…) lo humano que los crímenes contra la humanidad violan radica en nuestra condición de animales políticos. (…) los crímenes contra la humanidad ofenden este estatus de dos maneras: pervirtiendo a la política y atacando, en tándem, la individualidad y sociabilidad de las víctimas.”¹⁹

“(…) crímenes contra la humanidad (…) representan una afrenta a nuestra naturaleza de animales políticos, a nuestro doble carácter de individuos insociablemente sociales que combinan la autoconsciencia y el propio interés con una necesidad natural de socializar (…) los crímenes contra la humanidad agreden nuestra individualidad atacándonos exclusivamente debido a los grupos a los cuales pertenecemos, y agreden nuestra sociabilidad transformando las comunidades políticas en trampas mortales.”²⁰

Los CLH, así entendidos, intentan proporcionar una protección penal en contra de la transgresión a las leyes más básicas para la protección de nuestra individualidad como seres políticos y nuestra sociabilidad como miembros - de nuevo - de las comunidades políticas. El transgresor, es decir, el criminal de lesa humanidad, llega a convertirse, en ese sentido, en un enemigo y objetivo legítimo de toda la humanidad²¹, un *hostis humani generis*, el cual, en principio, cualquier persona (“el pueblo”) puede llevar a la justicia. Si bien este resultado da lugar a ciertas preocupaciones²², el concepto subyacente de CLH es convincente, ya que explica la esencia de los CLH sin invocar un mero análisis positivo y, además, evita excesos al criminalizar violaciones sólo de los derechos humanos

¹⁸ Luban, *supra* nota 9, p. 86 (nota a pie omitida) (Traducción de Ezequiel Malarino/Marisa Vázquez, *supra* nota 9, p. 5).

¹⁹ *Ibid.*, p. 120, (Traducción de Ezequiel Malarino/Marisa Vázquez, *supra* nota 9, p. 92).

²⁰ *Ibid.*, p. 159-160, (Traducción de Ezequiel Malarino/Marisa Vázquez, *supra* nota 9, p. 194).

²¹ *Ibid.*, p. 139, 160; para la misma consecuencia Vernon, *supra* nota 10, p. 234.

²² El “jurista del sistema jurídico continental europeo” (*civil lawyer*) debe traer a colación en primer lugar el polémico y controvertido debate sobre el derecho penal de enemigo (*Feindstrafrecht*, *derecho penal del enemigo*, *diritto penale del nemico*) que tiene lugar, en particular, en Europa continental y América Latina y está dirigido en especial a los delincuentes terroristas. Como derecho penal especial ha de ser rechazado (véase un reporte más o menos completo en los siguientes dos volúmenes (Manuel Cancio & Carlos Gómez-Jara Diez (eds.), *Derecho penal de enemigo*, Edisofer, 2006); véase también Massimo Donini & Michele Papa (eds.) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè 2007. Desde mi punto de vista véase: *Feindstrafrecht*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 124, 2006, p. 1; en español *Derecho penal del enemigo* en Cancio & Gómez-Jara, *op.cit.*, vol. 1, p. 119; versión actualizada en Kai Ambos, *El derecho penal frente a amenazas extremas*, Dykinson 2007, p. 81-145; en Italiano *Il diritto penale del nemico* en Donini & Papa, *op. cit.*, p. 29. En segundo lugar, tal concepto de CLH puede dar lugar, como el mismo Luban reconoció, a una peligrosa justicia y jurisdicción de los pueblos (vigilante) (Luban, *supra* nota 9, p. 140, 160); quien propone hacer frente a posibles abusos mediante la delegación del *ius puniendi* a los tribunales nacionales e internacionales que cumplan las normas mínimas de la “justicia natural”, es decir, garantizar un juicio justo (*Ibid.*, p. 142-3, 145, 160).

más fundamentales. Desde una perspectiva metodológica tal enfoque es convincente, ya que deja claro que la búsqueda de una construcción correcta y racional de la ley (“ley de derecho”) debe tener prioridad sobre las consideraciones de política pura.

Por lo tanto, parece haber al menos un fundamento común y un mismo entendimiento entorno a lo que equivale un CLH y lo que el fiscal tiene que probar. Por lo tanto, el artículo 7 sirve como un buen punto de partida para la discusión de una convención especializada sobre CLH.

II. ESTRUCTURA Y ELEMENTOS FUNDAMENTALES DEL ART. 7

1. Una doble estructura: contexto (*chapau*) y el hecho individual

El art. 7 del Estatuto de la CPI tiene una estructura similar a las disposiciones correspondientes en los Estatutos del TPIY y del TPIR (artículos 5 y 3 respectivamente); estos solo difieren en su encabezado. El art. 7 se compone de un elemento de contexto (*chapau*, *Gesamtta*) y una lista de actos inhumanos que deben ser cometidos en el contexto aludido. En otras palabras, el encabezado o preámbulo (*chapau*) establece las condiciones bajo las cuales la comisión de algún acto por parte de una persona constituye un crimen contra la humanidad²³. El preámbulo dice lo siguiente:

“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.”

Cuatro requisitos fundamentales se derivan de este párrafo que a manera de preámbulo introduce la aludida lista de actos inhumanos, es decir,

- La prueba disyuntiva o test sistemático;
- El elemento “población civil” como objeto del ataque;
- Un requisito mental especial;
- La existencia de actos individuales que se cometan en el marco del ataque.

Además, se desprende del mencionado preámbulo el hecho de que deja de ser necesario el nexo con un conflicto armado y con una intención discriminatoria especial.

²³ Cfr. Herman von Hebel & Darryl Robinson, *Crimes within the Jurisdiction of the Court*, en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Roy S. Lee (ed.), Kluwer, 1999, p. 91.

2. El elemento de contexto

Sobre el desarrollo histórico y la razón de ser del elemento de contexto, existe una profunda discusión recogida en otros trabajos²⁴. Resumiendo el debate, cabe recordar que el elemento de contexto ha ido cambiando a lo largo de su historia, pero siempre ha llegado a ser requerido algún tipo de contexto, por medio de un *vínculo a una autoridad o poder*, ya sea un Estado, organización o grupo; a pesar de ello, la referencia a “la política de una organización” realizada en el art. 7 (2), deja claro que la disposición también se aplica a los actores no estatales²⁵. Estos actores deben estar en condiciones de actuar como un Estado, es decir, deben poseer una capacidad similar en organización y fuerza²⁶. El elemento de contexto se convirtió así en el “elemento internacional”²⁷ de los CLH, que determina que cierta conducta criminal tenga una especial repercusión y sea motivo de preocupación internacional²⁸. La *razón fundamental* de la “internacionalización” de estos delitos fue su especial gravedad, a menudo acompañada por la renuencia o la incapacidad de los sistemas nacionales de justicia penal para procesarlos. En efecto, como se mencionó anteriormente, un CLH puede ser entendido como un crimen de

²⁴ Kai Ambos & Steffen Wirth, *The Current Law of Crimes against Humanity. An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000*, en *Criminal Law Forum* 13, 2002, p. 1, 3 et seq.; Kai Ambos, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht und Europäisches Strafrecht*, Beck 3era ed., 2011, § 7 nota marginal (nm.) 174 et seq.

²⁵ Disintiendo Cherif Bassiouni, *The Legislative History of the ICC: Introduction, Analysis and Integrated Text*, Transnational Publishers, 2005, p. 151-52. Convincentemente contra la perspectiva de Bassiouni: William A. Schabas, *Crimes against Humanity: The State Plan or Policy Element*, en *The Theory and Practice of International Criminal Law*, Leila Sadat & Michael Scharf eds., Nijhoff, 2008, p. 358 et seq. En todo caso, Bassiouni mismo (*supra* nota 6, p. 245) reconoce una “extensión de los actores no estatales por analogía,” si actúan de conformidad con la política.

²⁶ Véase Ambos, *supra* nota 24, § 7 nm. 188 con otras referencias; en similar variante: Bassiouni, *supra* nota 25, p. 245 (los actores no estatales “participan de las características de los actores estatales en cuanto ejerzan algún dominio o control sobre el territorio y el pueblo, y lleven a cabo una “política” que tenga características similares a las de “la acción del Estado o de la política”); recientemente: Schabas, *supra* nota 25, p. 359 (“state-like bodies”).

²⁷ *Prosecutor v. Tadic*, Caso No. IT-94-1-A and IT-94-1-A bis, Appeals Judgment, separado de la opinión del juicio a Shahabuddeen (Ene. 26, 2000); Bassiouni, *supra* nota 6, p. 243 (Cfr. el título del capítulo 6: “The International or Jurisdictional Element”)

²⁸ Claus Kress, *Der Jugoslawien-Strafgerichtshof im Grenzbereich zwischen internationalem bewaffneten Konflikt und Bürgerkrieg*, en *Völkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugoslawien Tribunal, nationalen Gerichten und dem Internationalen Strafgerichtshof*, Horst Fischer & Sascha Rolf Lüder eds., Berlin Verlag, 1999, p. 15, 53-55; Beth van Schaack, *The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence*, en *Columbia J. Transnat.L.* 37, 1999, p. 787, 819; Matthew Lippman, *Crimes Against Humanity*, en *Boston College Third World L. Rev.* 17, 1997, p. 171, 173, 183 citando a Robert H. Jackson, líder de la delegación de los Estados Unidos en la conferencia de Londres de 1945, donde fue negociada la Carta de Núremberg; recientemente Cerone, *supra* nota 1, p. 195 (“requisito del nexa”); en la misma variante Stefan Kirsch, *Zweierlei Unrecht*, en *Festschrift für Rainer Hamm, Regina Michalke et al.* (eds.) de Gruyter, 2008, p. 283, 285 et seq. considerando el elemento de contexto, sin embargo, como un mero elemento jurisdiccional, en Inglés: *Two Kinds of Wrong: On the Context Element of Crimes against Humanity*, en *LJIL* 22, 2009, p. 525 y para una discusión mas detallada *Ibid.*, *Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, Lang, 2009, p. 107 et seq.

Estado en el sentido de la “inversión sistemática” de los poderes que justifiquen la existencia del Estado.

1.1. *El test sistemático - general*

El art. 7 convierte en CLH los actos individuales enumerados en dicha disposición, en tanto cumplan con el test sistemático - general. Esta prueba se propone garantizar que los actos individuales, aislados o aleatorios, no lleguen a constituir un CLH²⁹. Mientras que el término “generalizado” implica, en un sentido más bien cuantitativo, que un acto se llevará a cabo a gran escala, involucrando a un gran número de víctimas³⁰, “sistemático” tiene un significado más bien cualitativo que requiere que el acto se lleve a cabo como resultado de una planificación metódica³¹. La jurisprudencia siempre ha optado por una lectura disyuntiva o alternativa de estos elementos, es decir, sostuvo que el “ataque” bien podría ser generalizado o sistemático, pero no necesariamente ambas cosas a la

²⁹ Véase también *Prosecutor v. Milutinović et al.*, Caso No. IT-05-87-T, Trial Judgment, para. 150 (Feb. 26, 2009); *Prosecutor v. Katanga & Ngudjolo*, Doc. No. ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges, para. 394 (Sep. 30, 2008); conc. *Prosecutor v. Al Bashir*, No. ICC-02/05-01/09-3, Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de una orden de detención contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, para. 81 (Mar. 4, 2009); asimismo Robert Cryer, *The Definition of International Crimes in the Al Bashir Arrest Warrant*, en JICL 7, 2009, p. 283; *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Doc. No. ICC-01/05-01/08-424, Decisión de conformidad al Art. 61(7) (a) y (b) del Estatuto de Roma en los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, para. 83 (Jun. 15, 2009). Véase también Rodney Dixon, revisado por Christopher Hall, *Crimes Against Humanity*, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Observers Notas, Article by Article, Otto Triffterer ed., Beck et al. 2nd ed., 2008, Art. 7 nm. 4 (p. 169).

³⁰ El elemento definitorio importante es el número de víctimas, no el número de actos (*Katanga & Ngudjolo Confirmation of Charges*, *supra* nota 29, para. 395). Sin embargo, un simple acto puede ser suficiente si este es “de una magnitud extraordinaria.” Esta es la (correcta) visión del TPIY desde *the Rule 61 decision* en el caso del *hospital Vucovar* (*Prosecutor v. Mrksic et al.*, Caso No. IT-95-13-R61, Decision on Review of Indictment Pursuant to Rule 61 [Apr. 3, 1996]), en sentido similar *Bemba Gombo Confirmation of Charges*, *supra* nota 29, para. 83; para una discusión y otras referencias véase *Ambos & Wirth*, *supra* nota 24, p. 20-21; *Ambos*, *supra* nota 24, § 7 nm. 184 con nota a pie 781; para una buena y reciente discusión véase Chile Eboe-Osuji, *Crimes against Humanity: Directing attacks against a civilian population*, en *Afr. J. Legal Stud.* 2, 2008, p. 118, 120; véase también Cerone, *supra* nota 1, at 197. Para otra perspectiva (actos “repetidos”) véase Tribunal superior Iraqui en el juicio de Al-Dujail, véase Kai Ambos & Said Pirmurat, *Das Todesurteil gegen Saddam Hussein*, en *Juristen Zeitung* (“JZ”) 62, 2007, p. 822, 824; Bernhard Kuschnik, *The Legal Findings of Crimes against Humanity in the Al-Dujail Judgements of the Iraqi High Tribunal: A Forerunner for the ICC?*, en *Chinese J. Int'l L.* 7, 2008, p. 459, 472 a la vez con otras referencias.

³¹ Véase por ejemplo *Prosecutor v. Akayesu*, Caso No. ICTR-96-4-T, Trial Judgment, para. 579 (Sept. 2, 1998) definiendo “extendido”, “como masivo, frecuente, acción a gran escala, llevada a cabo colectivamente con seriedad considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas”, y “sistemática”, “como bien organizada y siguiendo un patrón regular sobre la base de una política común envolviendo recursos importantes, públicos o privados.” Para un detallado análisis de la jurisprudencia véase *Ambos & Wirth*, *supra* nota 24, p. 18 et seq. El Tribunal superior iraquí también usa el término “a gran escala” y “metódico” para extendido y sistemático, véase Kuschnik, *supra* nota 30, p. 471 con referencias. Véase también *Katanga & Ngudjolo Confirmation of Charges*, *supra* nota 29, para. 397 con referencias a la jurisprudencia relevante de tribunales *ad hoc*; conc. *Al Bashir Arrest Warrant*, *supra* nota 29, para. 81.

vez³². Sin embargo, el art. 7 parece oscurecer esta aparente clara interpretación de la definición del elemento de contexto del párrafo 1 (“ataque contra una población civil”), pues en su párrafo 2 (a) establece ello como “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos (...), de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.” Esta definición reemplaza el término “generalizada” por “la comisión múltiple de actos” y el adjetivo “sistemático” por “un Estado o política de una organización”. Sin embargo, lo más importante ya no es el significado aislado que aporta cada uno de estos elementos expresados de modo alternativo, sino el que adquieren al interconectarse, en la medida en que la “comisión múltiple” debe basarse en una “política”. Esto significa que el elemento de la política es indispensable y su ausencia no puede ser compensada, por ejemplo, con un número particularmente elevado de actos y / o víctimas. En otras palabras, la mera cantidad no convierte una serie de actos en CLH, de lo contrario, un asesinato en serie se calificaría como criminal de lesa humanidad por el mero hecho de que actuó a gran escala. De esta manera, en cambio, el elemento decisivo es el de que respondan a una política de actuación: sólo su existencia convierte múltiples actos en CLH³³. Esto también es confirmado por el concepto de CLH que define el mismo como un crimen eminentemente político, como se defendió antes (*supra* Parte I).

De hecho, el elemento de la política se ha desarrollado a partir del ya mencionado requisito de un vínculo a un Estado o una autoridad no estatal y como tal puede ser encontrado en la jurisprudencia post Segunda Guerra Mundial y en los Proyectos de Códigos de la Comisión de Derecho Internacional³⁴. Aunque la jurisprudencia del TPIY y el TPIR ha negado en varias ocasiones que este elemento sea requerido por el derecho consuetudinario internacional³⁵, su inclusión explícita en el art. 7 (2) lo confirma. Este elemento

³² Para una de las primeras y más importantes decisiones véase Akayesu Trial Judgment, *supra* nota 31, para. 579; más recientemente Bemba Gombo Confirmation of Charges, *supra* nota 29, para. 82. Para otras referencias véase Kai Ambos, *Selected issues regarding the ‘Core Crimes’ in International Criminal Law*, en *International Criminal Law: Quo vadis?* (Nouvelles Etudes Penales 19), AIDP ed., Érés 2004, p. 219, 243; *Ibid.*, *supra* nota 24, § 7 nm. 185.

³³ Véase también Darryl Robinson, *The Elements of Crimes Against Humanity*, en *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Roy S. Lee (ed.), Transnational Publishers 2001, p. 57, 63:...”prueba disyuntiva ... junto con un ... test conjuntivo ... (múltiple y político)”); también p. 64: “... elemento político ... une de otra manera actos inhumanos no relatados [...]”.

³⁴ Para las respectivas referencias véase Ambos & Wirth, *supra* nota 24, p. 26.

³⁵ Prosecutor v. Kunarac *et al.*, Caso No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Appeals Judgment, para. 98 (Jun. 12, 2002); Prosecutor v. Vasiljevic, Caso No. IT-98-32-T, Trial Judgment, para. 36 (Nov. 29, 2002); Prosecutor v. Limaj *et al.*, Caso No. IT-03-66-T, Trial Judgment, para. 184 (Nov. 30, 2005); Prosecutor v. Krajisnik, Caso No. IT-00-39-T, Trial Judgment, para. 706 (Sept. 27, 2006); Prosecutor v. Muvunyi, Caso No. ICTR-2000-55A-T, Trial Judgment, para. 512 (Sept. 12, 2006) con otras referencias nota a pie 716. Véase en esta jurisprudencia la mayor literatura crítica: Guénaél Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals* p. 172 con nota a pie 93 (OUP 2005);

deja claro que es necesario algún tipo de vínculo con un Estado o un poder de facto y, por lo tanto, la organización y planificación por medio de una política³⁶, para categorizar de otro modo los delitos comunes como CLH. Por lo tanto, ofrece una guía importante para delimitar los delitos comunes de los CLH. Otra cuestión es qué tipo de política es específicamente necesaria. El viejo debate entre la conducta activa y mera inacción o tolerancia de las atrocidades que se refleja en la formulación contradictoria entre los Elementos del Crimen y una correspondiente nota a pie de página³⁷, discutido en otra parte³⁸, se debe decidir en favor de una interpretación amplia del concepto de política³⁹. Dada su condición controvertida en el derecho consuetudinario internacional y el sentido general de “política”, la inacción, la tolerancia o la aquiescencia frente a CLH deben considerarse suficientes. Hay, sin embargo, una diferencia entre un ataque sistemático y uno generalizado. Mientras que en el primero puede ser típica una cierta orientación de los autores individuales con respecto a las víctimas potenciales, un ataque generalizado, que no es a la vez sistemático, llega a ser acompañado frecuentemente de una única política que consiste en la inacción deliberada, tolerancia o aquiescencia.

véase también Bassiouni, *supra* nota 6, p. 243 et seq.; Machteld Boot, *Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes Nullum crimen sine lege and the Subject Matter Jurisdiction of the ICC*, Intersentia, 2002, para. 458 et seq.; Ambos & Wirth, *supra* nota 24, p. 28 et seq.; Stephan Meseke, *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des IStGH*, Berliner Wissenschaftsverlag, 2004, p. 139; Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck 2da. ed. 2007, nm. 768; Robert Cryer *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, CUP, 2007, p. 196-97; Cerone, *supra* nota 1, p. 198; Schabas, *supra* nota 26, p. 349 et seq. (350-51) demostrando convincentemente que el plan estatal o política siempre fue requerido. - El Parlamento Europeo emitió recientemente una declaración para reconocer todos los delitos sexuales como CLH, independiente de un contexto sistemático (RC/703595EN.doc, Ene. 16, 2008).

³⁶ Véase Katanga & Ngudjolo Confirmation of Charges, *supra* nota 29, para. 396.

³⁷ El tercer párrafo de la introducción a los Elementos del Crimen (PCNICC/2000/INF/3/Add.2, Sept. 9, 2002) concerniente al Art. 7 dice: “Se entiende que la “política... de cometer ese ataque” requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil.” Sin embargo, la nota a pie 6 adjunta a la frase aludida advierte: “La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización (énfasis añadido).” Sobre la dificultad de negociación véase Robinson, *supra* nota 33, p. 75 et seq.

³⁸ Cfr. Ambos & Wirth, *supra* nota 24, p. 28 et seq. (34); Ambos, *supra* nota 32, p. 244-45; *Ibid.*, *supra* nota 24, § 7 nm. 187.

³⁹ Para una visión aparentemente igual véase Robinson, *supra* nota 33, p. 79, referido al reporte de la comisión de expertos para la ex-Yugoslavia requiriendo una “acción deliberada para alentar a los delitos.”

1.2. La población civil como objeto del ataque

He argumentado en otra parte que este elemento debe ser eliminado del art. 7, ya que no se puede conciliar con una definición esencialmente humanitaria de los CLH, defendida en este artículo (*supra* I.), es decir, para proteger la humanidad y lo humano y, por lo tanto, los derechos humanos fundamentales de *todas* las personas contra violaciones sistemáticas y generalizadas⁴⁰. El Tribunal reconoció este problema con anterioridad en *Kupreskic et al.* cuando afirmó:

“Uno no ve por qué sólo los civiles y no también los combatientes deben ser protegidos por estas normas (en particular por la norma que prohíbe la persecución), teniendo en cuenta que puede considerarse que estas reglas poseen un alcance y propósito humanitario más amplio que aquellas que prohíben los crímenes de guerra.”⁴¹

Sin embargo, el TPIY sostuvo, incluso, en algunos casos, que la población civil debe ser lo “principal” antes que un objetivo incidental del ataque, es decir, al parecer, se restringe aún más los CLH al resaltar la población civil (“dirigida a”) como un elemento⁴². A pesar de ello, incluso una lectura conservadora de los CLH no requiere más que un ataque intencional contra la población civil⁴³.

Sea como fuere, el hecho de que los redactores del Estatuto de la CPI hayan mantenido el requisito demuestra que aún no reconocen los CLH como un concepto de crímenes por derecho propio, sino, más bien, como una extensión de los crímenes de guerra en tiempos de paz. Sin embargo, además de la inconsistencia de tal definición conservadora de CLH - con su razón de ser -, en un nivel más técnico, una definición de “civiles” según el DIH tiene dificultades insuperables si se aplica en tiempos de paz. Mientras que el término puede ser definido formalmente en relación con un conflicto armado (interna-

⁴⁰ Ambos, *supra* nota 32, p. 245 et seq. (247); *Ibid.*, *supra* nota 24, § 7 nm. 189 et seq.; para una interpretación amplia Ambos & Wirth, *supra* nota 24, p. 22 et seq.

⁴¹ Prosecutor v. Kupreskic, Caso No. IT-95-16-T, Trial Judgment, para. 547 (Ene. 24, 2000). (“One fails to see why only civilians and not also combatants should be protected by these rules (in particular by the rule prohibiting persecution), given that these rules may be held to possess a broader humanitarian scope and purpose than those prohibiting war crimes.” Traducción de John E. Zuluaga.)

⁴² Prosecutor v. Kunarac, *supra* nota 35, para. 91; Prosecutor v. Blaškić, Caso No. IT-95-14-A, Appeals Judgment, para. 106 (Jul. 29, 2004); Prosecutor v. Kordic & Cerkez, Caso No. IT-95-14/2-A, Appeals Judgment, para. 96 (Dec. 17, 2004); Prosecutor v. M. Lukić & S. Lukić, Caso No. IT-98-32/1-T, Trial Judgment, para. 874 (Jul. 20, 2009). Esta visión ha sido adoptada por el SCSL: Prosecutor v. Fofana & Kondewa, Caso No. SCSL-04-14-T, Trial Judgment, para. 114 (Ag. 2, 2007); Prosecutor v. Fofana & Kondewa, Caso No. SCSL-04-14-A, Appeals Judgment, para. 299 (May 28, 2008).

⁴³ Para una buena discusión véase Eboe-Osuji, *supra* nota 30, p. 120 et seq.

cional) en un sentido negativo, referido a aquellas personas que no son miembros de organizaciones militares o grupos tal como se define en el art. 4 A III CG (Art. 50 PA I), en tiempo de paz el recurso a esta definición no es posible, ya que el DIH no es aplicable en este tipo de momentos. De hecho, en tiempos de paz todas las personas son civiles (es decir, los no combatientes), y es precisamente durante este transcurso cuando los CLH deben cumplir la función de llenar el vacío dejado por los crímenes de los conflictos armados. Por lo tanto, la protección debe extenderse a todas las personas, incluidos los soldados⁴⁴.

Si bien los tribunales ad hoc en *Kupreskic et al.*, como se muestra arriba, ya han reconocido el dilema generado por el requisito de población civil, el mismo es, como en el caso de la Corte Penal Internacional, obligatorio o vinculante por la redacción de sus estatutos y, por lo tanto, se presenta como un problema inevitable. Si bien se puede subrayar el término “población”, argumentando que la exigencia se centra más en la naturaleza colectiva del ataque (en contra de una “población”) que en las personas (civiles o militares) afectadas⁴⁵, lo que confirma que debe haber una multiplicidad de víctimas (ir en contra de una interpretación estrictamente alternativa del requisito “generalizado o sistemático”)⁴⁶, esto no hace que el término “civil” desaparezca. Del mismo modo, se puede optar por una interpretación amplia del término “civil”, pero esta interpretación no debe, a la luz del principio de legalidad (artículo 22 (2)), ser extendida más allá del sentido razonable del término⁴⁷. Por lo tanto, la única solución clara es eliminar por completo el requisito de población civil.

1.3. *El requisito de conocimiento*

El preámbulo del art. 7 exige explícitamente que el acusado sea consciente del ataque del cual su acto individual forma parte. Esto implica un doble examen: por un lado, el autor debe saber de la existencia del ataque y, por el otro, debe saber que su acto indivi-

⁴⁴ Para el mismo resultado Antonio Cassese, *International Criminal Law*, OUP 2da. ed., 2008, p. 122-23; Robert Kolb, *Droit International Penal*, Helbing Lichtenhahn, 2008, p. 97; Riccardo Borsari, *Diritto Punitivo Sovranazionale come Sistema*, CEDAM, 2007, p. 73; también Meseke, *supra* nota 35, p. 156.

⁴⁵ En similar sentido Luban, *supra* nota 9, at 104 quien, sin embargo, no renuncia al requisito de los civiles.

⁴⁶ Ambos & Wirth, *supra* nota 24, p. 21; contra esta visión Luban, *supra* nota 9, p. 108 con nota a pie 84 argumentando a favor de una interpretación amplia del requisito de población en el sentido de “cualquier” población (p. 105 et seq.).

⁴⁷ Véase una interpretación amplia del TPIY Prosecutor v. Galic, Caso No. IT-98-29-A, Appeals Judgment, para. 144 (Nov. 30, 2006); Milutinović et al. Trial Judgment, *supra* nota 29, para. 147, con otras referencias; crit. de la jurisprudencia: Alexander Zahar & Göran Sluiter, *International Criminal Law*, OUP, 2007, p. 205 et seq.

dual forma parte de este ataque⁴⁸. El requisito de conocimiento constituye un elemento subjetivo adicional que se distingue de la obligación general de *mens rea* del art. 30⁴⁹. Esto se desprende tanto del hecho de que el “conocimiento” se menciona expresamente en el art. 7, como también de los Elementos del Crimen, donde el conocimiento se requiere asimismo por separado en los elementos de cada uno de los actos individuales enumerados en los CLH. Si hubiera que entender el requisito de conocimiento como parte del elemento mental general, párr. 3 del art. 30, tendría que ser interpretado en el sentido del enfoque basado en el riesgo (ver abajo)⁵⁰. Se trata de otra buena razón para interpretar el requisito de conocimiento como un elemento mental adicional. En términos estructurales, el requisito de conocimiento conecta los actos individuales con el ataque general a través de la intención del autor. Por lo tanto, garantiza que los actos individuales, aislados, que sólo se llevan a cabo con ocasión de un ataque global, “aprovechando la oportunidad”, no se califiquen como CLH y, por lo tanto, no pueden ser procesados bajo el art. 7.

La jurisprudencia sostiene que el acusado debe ser consciente de que su acto forma parte del ataque colectivo⁵¹. Hay, sin embargo, cierta controversia en cuanto al contenido específico de este conocimiento y su *objeto de referencia*⁵². En cuanto a este último, es convincente el enfoque orientado al riesgo o basado en el riesgo propuesto por la Sala de Primera Instancia en el caso *Blaškić*. De acuerdo con este enfoque, el conocimiento también incluye la conducta “de una persona que está tomando un riesgo deliberado con la esperanza de que el riesgo no va causar daño”⁵³. Esto fue confirmado por la Sala de Apelaciones en el caso *Kunarac* defendiendo la perspectiva de la Sala de Primera Instancia, según la cual el autor debe, al menos, haber conocido “el riesgo de que sus actos

⁴⁸ Ambos, *supra* nota 32, p. 249. Contra el requisito mental Kirsch, *supra* nota 28, p. 286; *Ibid.*, en LJIL 2009 *supra* nota 28, p. 526.

⁴⁹ Ambos & Wirth, *supra* nota 24, p. 39-40.

⁵⁰ Si bien esto es posible (Ambos, *supra* nota 32, p. 250; *Ibid.*, *supra* nota 24, § 7 nm. 197), generará seguramente controversias.

⁵¹ Prosecutor v. Kordic & Cerkez, Caso No. IT-95-14/ 2-T, Trial Judgment, para. 187 (Feb. 26, 2001); Prosecutor v. Tadic, Caso No. IT-94-1-A, Appeals Judgment, para. 248, 255 (Jul. 15, 1999); Kupreskic Trial Judgment, *supra* nota 41, para. 556; Prosecutor v. Vasiljevic, Caso No. IT-98-32-A, Appeals Judgment, para. 30 (Feb. 25, 2004); Limaj *et al.* Trial Judgment, *supra* nota 35, para. 190; Krajisnik Trial Judgment, *supra* nota 35, para. 706; Prosecutor v. Bisengimana, Caso No. ICTR-00-60-T, Trial Judgment, para. 57 (Apr. 13, 2006); *Bemba Gombo Confirmation of Charges*, *supra* nota 29, para. 87.

⁵² Véase Ambos & Wirth, *supra* nota 24, p. 37 et seq.

⁵³ Prosecutor v. Blaškić, Caso No. IT-95-14-T, Trial Judgment, para. 254 (Mar. 3, 2000), refiriéndose a Frédéric Desportes & Francis Le Gunehec, *Le Nouveau Droit Pénal*, p. 445 (Económica 14a ed. 2007) (“de la personne qui prend un risque de façon délibérée, tout en espérant que ce risque ne provoque aucun dommage”).

fueron parte del ataque”⁵⁴. Este enfoque extiende el conocimiento desde lo “completo” o conocimiento “positivo” al campo de la imprudencia y, por lo tanto, aclara el oscuro concepto de “conocimiento constructivo”, presentado por otras Cámaras⁵⁵. Así, un autor tiene conocimiento de dicho ataque si es consciente del riesgo de que su conducta es objetivamente parte de un ataque más amplio. En cuanto al conocimiento de los contenidos del ataque, es suficiente con que el autor sea consciente de la existencia del ataque, en general, sin poseer un conocimiento detallado de sus particularidades y circunstancias⁵⁶. En otras palabras, el autor debe (sólo) conocer los hechos relacionados con el ataque que aumentan la peligrosidad de su conducta frente a las víctimas o que hacen que esta conducta sea una contribución a los crímenes de otros⁵⁷. Este estándar se corresponde con el enfoque basado en riesgos.

El enfoque basado en el riesgo también demuestra su superioridad en los casos en que el autor lleva a cabo uno de los actos subyacentes en un momento en que el ataque sólo es inminente o apenas comienza. En tal situación, el conocimiento positivo de un ataque general no se puede tener, ya que el ataque aun no existe. Los Elementos del crimen establecen que en tal situación es suficiente con que el autor pretenda “promover este tipo de ataque”⁵⁸ o entienda que “la conducta fuera parte de un ataque”. Los redactores entendieron evidentemente que en tales situaciones, el requisito de conocimiento debe ser reemplazado por el deseo del autor de llevar a cabo los hechos pertinentes. Sin embargo, si bien es cierto que los acontecimientos futuros (en este caso el desarrollo de

⁵⁴ Kunarac, Appeals Judgment, *supra* nota 35, para. 102 citando el Trial Judgment, *infra* nota 64, para. 434; conc. Vasiljevic, Appeals Judgment, *supra* nota 51, para. 37; Prosecutor v. Martić, Caso No. IT-95-11-T, Trial Judgment, para. 49 (Jun. 12, 2007); Prosecutor v. Mrkšić, Caso No. IT-95-13/1-T, Trial Judgment, para. 439 (Sep. 27, 2007). Véase también M. Lukić & S. Lukić Trial Judgment, *supra* nota 42, para. 877.

⁵⁵ Prosecutor v. Tadic, Caso No. IT-94-1-T, Trial Judgment, para. 656-59 (May 7, 1997); Tadic Appeals Judgment, *supra* nota 51, para. 248 (no hace mención al conocimiento constructivo); Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana Trial Judgment, Caso No. ICTR-95-1-T, para. 133-34 (May 21, 1999); Prosecutor v. Rutaganda, Caso No. ICTR-96-3-T Trial Judgment, para. 71 (Dec. 6, 1999); Kupreskic Trial Judgment, *supra* nota 41, para. 556-57; Prosecutor v. Musema, Caso No. ICTR-96-13 Trial Judgment, para. 206 (Ene. 27, 2000); Prosecutor v. Ruggiu, Caso No. ICTR-97-32-I Trial Judgment, para. 20 (Jun. 1, 2000); Kordic Trial Judgment, *supra* nota 51, para. 185. Para una discusión crítica de este concepto Ambos & Wirth, *supra* nota 24, p. 38-39; Ambos, *supra* nota 32, p. 250; *Ibid.*, *supra* nota 24, § 7 nm. 198.

⁵⁶ Véase Kunarac Appeals Judgment, *supra* nota 35, para. 102; Prosecutor v. Simba, Caso No. ICTR-01-76-T Trial Judgment, para. 421 (Dic. 13, 2005); Confirmation of Charges Katanga & Ngudjolo, *supra* nota 29, para. 401; Arrest Warrant Al Bashir, *supra* nota 29, para. 87. Véase también para. 2 de la introducción a los Elementos del Crimen, *supra* nota 37, (Ambos & Wirth, *supra* nota 37) sobre CLH: “...no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba que el autor tuvo conocimiento de todas las características del ataque [...]” sobre las negociaciones Robinson, *supra* nota 33, p. 72.

⁵⁷ Ambos & Wirth, *supra* nota 24, p. 41.

⁵⁸ Elementos del Crimen, *supra* nota 37, introducción a los elementos del Art. 7, para. 2. Véase también Robinson, *supra* nota 33, p. 73.

un acto incipiente a uno plenamente desarrollado) no pueden ser conocidos, sino solo esperados o deseados, se puede tener en cuenta el riesgo de que una determinada conducta conducirá a un resultado determinado⁵⁹. En otras palabras, un participante en un ataque inicial o incipiente no puede saber a ciencia cierta que el ataque se convertirá en un ataque plenamente desarrollado, pero ciertamente puede ser consciente de un riesgo en ese sentido⁶⁰.

1.4. Los actos individuales y el elemento de contexto

La lista de crímenes individuales que forman parte de los CLH se ha incrementado gradualmente. Mientras que el Estatuto del TPIY incluye actos como la deportación, el encarcelamiento, la tortura y la violación, la Comisión de Derecho Internacional dio un paso más e incluyó la discriminación por motivos raciales, étnicos o religiosos, traslado forzoso, desaparición forzada, la prostitución forzada y otras formas de violencia sexual⁶¹. El art. 7 del Estatuto de la CPI se extiende aún más que dicha lista e incluye delitos sexuales como el embarazo forzado, esterilización o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable. De un análisis detallado de estos actos y su elemento mental general (Art. 30) ya tuve ocasión de ocuparme en otro lugar⁶². Aquí basta con decir que el art. 7 es un claro avance en comparación con las codificaciones promulgadas hasta ahora, aunque sólo sea por el hecho de que proporciona definiciones más o menos precisas en su párrafo 2.

En cuanto a la relación entre los actos individuales y el elemento de contexto, se tiene que partir de la redacción del art. 7. El apartado 1 establece que los actos enumerados deben ser “cometidos *como parte* de un ataque generalizado o sistemático” (énfasis añadido). De esto se desprende, en primer lugar, el requisito material u objetivo según el cual “los delitos deben ser cometidos en el contexto de los crímenes generalizados o sistemáticos...”⁶³. Sin embargo, los hechos subyacentes no constituyen necesariamente

⁵⁹ Wolfgang Frisch, *Vorsatz und Risiko*, Heymann, 1983, p. 341 et seq., (p. 341: “Notwendig ist das Wissen um das der Handlung eignende und (normative) ihre Tatbestandsmäßigkeit begründende Risiko [...]”).

⁶⁰ Para el mismo resultado Ambos & Wirth, *supra* nota 24, p. 40.

⁶¹ *Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind*, Report of the International Law Commission on Its Forty-eighth Session, U.N. GAOR, 51st Sess., Supp. No. 10, p. 9, U.N. Doc. A/51/10 (1996) Art. 18.

⁶² Ambos & Wirth, *supra* nota 24, p. 43 et seq., 46 et seq.; Ambos, *supra* nota 32, p. 251 et seq.; *Ibid.*, *supra* nota 24, § 7 nm. 199 et seq.

⁶³ Tadic Appeals Judgment, *supra* nota 51, para. 248, 255; Kordic Trial Judgment, *supra* nota 51, para. 187; Kupreskic Trial Judgment, *supra* nota 41, para. 556; Confirmation of Charges Bemba Gombo, *supra* nota 29, para. 84. Véase también Dixon (revisado por Hall), *supra* nota 29, Art. 7 nm. 10; Mettraux, *supra* nota 35, p. 161-2; Ambos & Wirth, *supra* nota 24, p. 35-6.

el ataque en sí⁶⁴, sólo tienen que “formar parte de un ataque”⁶⁵ o tener lugar en el contexto de “un ataque”⁶⁶. Este es un criterio relevante para determinar si el nexos requerido que existe es característica, objetivo, la naturaleza o la consecuencia del acto⁶⁷. En segundo lugar, como consecuencia del elemento de conocimiento (subjetivo) que acabamos de mencionar, “el acusado debía haber *conocido* que sus actos, ‘encajaban en ese patrón’”⁶⁸. Si uno sigue el convincente enfoque basado en riesgos, es suficiente con que el autor sea consciente del riesgo de actuar en el contexto de un ataque. Además, como el “ataque” implica siempre un elemento de política, como ya se ha indicado anteriormente, el autor también debe tener en cuenta, por lo menos, el riesgo de actuar de conformidad con esta política, pero sin saber todos los detalles de la misma⁶⁹.

Una definición más precisa de la relación necesaria entre los actos individuales y el contexto se puede derivar de la *razón subyacente* de los CLH. Si se trata, como ya se ha dicho, de la protección contra los peligros particulares de la comisión múltiple o repetida de delitos, el apoyo activo o al menos tolerado por las autoridades (de facto), entonces dicha política de apoyo o tolerancia, - es decir, el contexto de un ataque general - aumenta el efecto destructivo del acto individual y el riesgo o peligro para la víctima. Compárese, por ejemplo, el caso de un asesinato ordinario en el curso de un robo y el asesinato de un oponente político. En el primer caso, no hay apoyo oficial o la tolerancia de la muerte. En el último caso, este amplio apoyo o tolerancia aumenta el riesgo de la víctima potencial, escuda a los responsables de la persecución y podría transformar el asesinato común en un CLH. Por lo tanto, una prueba adecuada para establecer si un determinado acto fue parte del ataque y, por lo tanto, si es equivalente a un CLH, consiste en preguntarse si el acto hubiera producido un efecto menos destructivo y peligroso

⁶⁴ Prosecutor v. Kunarac, Caso No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T Trial Judgment, para. 417 (Feb. 22, 2001); Kunarac Appeals Judgment, *supra* nota 35, para. 85; Tadic Appeals Judgment, *supra* nota 51, para. 248; Kayishema Trial Judgment, *supra* nota 55, para. 135; Prosecutor v. Bagilishema, Caso No. ICTR-95-1A-T Trial Judgment, para. 82. (Jun. 7, 2001).

⁶⁵ Kunarac Trial Judgment, *supra* nota 64, para. 417; véase también Kayishema Trial Judgment, *supra* nota 55, para. 135.

⁶⁶ Kunarac Trial Judgment, *supra* nota 64, para. 419.

⁶⁷ Confirmation of Charges Bemba Gombo, *supra* nota 29, para. 86.

⁶⁸ Tadic Appeals Judgment, *supra* nota 51, para. 248, 255; Kordic Trial Judgment, *supra* nota 51, para. 187; Kupreskic Trial Judgment, *supra* nota 41, para. 556. Sobre este elemento mental véase también el reciente artículo de Cerone, *supra* nota 1, p. 200 (sin embargo, sin distinguir claramente entre elemento mental general y el requisito de conocimiento especial).

⁶⁹ Véase también para. 2 de la introducción a los Elementos del Crimen, *supra* nota 37, sobre CLH: “...no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de... los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización;” sobre las negociaciones Robinson, *supra* nota 33, p. 73. Véase también Ambos & Wirth, *supra* nota 24, p. 42.

para la víctima si no hubiera tenido lugar dentro del marco de un ataque y de conformidad con la política⁷⁰.

1.5. La renuncia al nexo del conflicto armado y el motivo discriminatorio

Si bien el art. 7 mantiene el elemento de la población civil y, por lo tanto, no llega a una emancipación (completa) del DIH, desiste del requisito que exige un nexos con un conflicto armado. Este requisito se remonta a los precedentes de Núremberg y da a los CLH - más allá de la protección a la que se hicieron los redactores del mismo frente a su propio proceso judicial⁷¹ - la legitimidad que de otra manera no podrían haber tenido en ese momento⁷². En el derecho penal internacional actual, sin embargo, este requisito está revaluado y fuera de lugar, como acertadamente se consideró en la cámara de apelaciones del proceso *Tadic*, a pesar de su inclusión en el art. 5 Estatuto del TPIY, en los primeros días del TPIY⁷³.

El art. 7 Estatuto de la CPI, al contrario del art. 3 Estatuto del TPIR, ya no requiere una intención o motivo especial de discriminación, es decir, que el acto haya sido cometido a nivel nacional, por motivos políticos, étnicos, raciales o religiosos. Aparte de la confusión entre la intención y el motivo⁷⁴, es claro, desde la aplicación en el juicio *Tadic*,

⁷⁰ Ambos & Wirth, *supra* nota 24, p. 36; conc.: Pablo Parenti, *Los Crímenes Contra la Humanidad y el Genocidio en el Derecho Internacional*, en *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: origen y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional*, Pablo Parenti et al. (eds.), Ad-Hoc, 2007, p. 59-60. Véase para ejemplos donde este no es el caso: Mettraux, *supra* nota 35, p. 251, 252.

⁷¹ Véase Schabas, *supra* nota 26, p. 349, refiriéndose a la declaración de Robert Jackson en la conferencia de Londres.

⁷² Para la historia y justificación de este requisito véase Ambos & Wirth, *supra* nota 24, p. 3 et seq.

⁷³ *Prosecutor v. Tadic*, Caso No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction para. 140 (Oct. 2, 1995) (en adelante "*Tadic Jurisdiction Decision*"), ("no hay ninguna base lógica o legal para [un nexos de guerra] y ha sido abandonada en la práctica posterior de los Estados con respecto a los crímenes de lesa humanidad), para. 141 ("una norma establecida del derecho consuetudinario internacional que los crímenes contra la humanidad no requieren una conexión con un conflicto armado internacional. En efecto [...] el derecho internacional consuetudinario no puede requerir una conexión entre los crímenes de lesa humanidad y cualquier otro conflicto...").

⁷⁴ Intención y motivo deben ser distinguidos. El principio de culpabilidad exige que el autor actúe con un cierto estado de ánimo, normalmente con intención; sus posibles motivos (la razón de su acción) son irrelevantes a este respecto. La distinción, entre tanto, también ha sido reconocida por el App.Chambers of ICTY y ICTR (véase *Tadic Appeals Judgment*, *supra* nota 51, paras. 270, 272; *Prosecutor v. Jelusic*, Caso No. IT-95-10-A, Appeals Judgment, para. 49 [Jul. 5, 2001]; *Prosecutor v. Niyitegeka*, Caso No. ICTR-96-14-A, Appeals Judgment, para. 52 [Jul. 9, 2004]; *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Caso No. IT-98-30/1-A, Appeals Judgment, para. 106 [Febr. 26, 2005]; *Prosecutor v. Limaj et al.*, Caso No. IT-03-66-A, Appeals Judgment, para. 109 [Sept. 17, 2007]; véase también Mettraux, *supra* nota 35, p. 211; Zahar & Sluiter, *supra* nota 47, p. 180; José Manuel Gómez-Benítez, *El Exterminio de Grupos Políticos en el Derecho Penal Internacional etc.*, en *Revista de Derecho y Proceso Penal* No. 4 2000, p. 147, 151; Ambos & Wirth, *supra* nota 24, p. 45.

que tal intención discriminatoria sólo es necesaria para la persecución como un CLH⁷⁵. Esto es confirmado por la redacción del artículo 7 (1) (h) Estatuto de la CPI que se refiere a ciertos (aunque de hecho ilimitados)⁷⁶ motivos como base para la conducta⁷⁷.

III. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, EL ART. 7 ESTATUTO DE LA CPI Y UNA CONVENCION ESPECIAL

1. La propuesta del Art. 3 en comparación con el Art. 7 Estatuto de la CPI

Si bien el proyecto original del art. 2 propone una desviación sustancial de la definición de CLH dada en el art. 7 Estatuto de la CPI⁷⁸, el actual proyecto de art. 3 (septiembre de 2009) se ajusta esencialmente a la definición “oficial”⁷⁹. Por lo tanto, por un lado, mi crítica anterior sigue siendo válida en tanto dirigida contra la redacción del art. 7 Estatuto de la CPI; por otro lado, sin embargo, llama la atención que los redactores del *Proyecto de Convención*, con un planteamiento demasiado conservador, renunciaran a ciertas aclaraciones que habían logrado con su definición original:

a) En cuanto al requisito relativo a la *población civil*, que se mantiene en el *Proyecto de Convención*, sería más convincente eliminar este nuevo requisito, en razón de la justificación dada a los CLH como se explicó anteriormente (I). Conservarlo sería particularmente confuso a la luz de la propuesta del *Proyecto de Convención*, esto es, para complementar el régimen de la CPI. ¿Por qué los redactores quieren mantener una restricción tan seria de la definición del delito tradi-

⁷⁵ Tadic Appeals Judgment, *supra* nota 51, para. 284, 288 et seq. para una discusión véase Ambos & Wirth, *supra* nota 24, p. 44.

⁷⁶ Esta no es una lista cerrada ya que los motivos sólo deben ser “universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.” Esta formulación amplia la hace Luban, *supra* nota 9, p. 107 para argüir que el requisito de la intención discriminatoria se ha puesto “en paridad con el requisito de población” (que también se interpreta en términos generales, *supra* nota 46).

⁷⁷ Cfr. Ambos, *supra* nota 32, p. 259.

⁷⁸ El art. 2 del proyecto original, en comparación con el preámbulo del Art. 7 Estatuto de la CPI, agregó el término “intencionalmente” entre el “compromiso” y “como parte...” y terminó el preámbulo (después de “población civil”) con el siguiente texto: “...o con conocimiento por parte de agentes del Estado o de una organización estatal, o por miembros de un grupo de actores no estatales que participan en un conflicto de carácter internacional o no internacional...” (Traducción de John E. Zuluaga).

⁷⁹ NdT: El texto final del *Proyecto de Convención internacional para la Prevención y Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad*, es virtualmente idéntico al borrador de septiembre referido por el autor respecto al texto del art. 3 (definición del crimen). Véase la propuesta de convención en http://law.wustl.edu/harris/crimesagainsthumanity/?page_id=1553 (visto por última vez el 02.04.2012).

cional, en lugar de hacer uso de la oportunidad para ampliar los CLH mediante la abolición de esta controvertida restricción?

b) Es de saludar que los redactores hayan eliminado la alusión original a “un conflicto de carácter internacional o no internacional...”⁸⁰, pues con esta referencia se corría el riesgo de la reintroducción del *requisito del conflicto (armado)*. Es cierto que la parte respectiva fue abierta a por lo menos dos interpretaciones, las cuales, sin embargo, llegan a ser contradictorias. Una lectura conservadora diría que la parte “conflicto de...” se refiere a los actores estatales y no estatales mencionados y, por lo tanto, vuelve a introducir el tradicional requisito del conflicto. Una interpretación moderna, en línea con la renuncia a esta exigencia, sería aquella que limita la referencia sobre el conflicto a los actores no estatales, es decir, que serviría para otorgarles a estos actores un cierto peso. Esta interpretación fue confirmada por el párrafo 2 (a) del viejo art. 2 en el que se dejó claro que los CLH pueden ser cometidos “en tiempos de guerra o paz.” En cualquier caso, es una decisión sabia y evita la confusión con las referencias a un conflicto (armado) que en el párr. (1) del art. 3 han sido suprimidas.

c) También es de saludar que el nuevo art. 3 elimine los términos “intencionalmente” o “a sabiendas” en el encabezado⁸¹. Al parecer, el propósito de esta referencia era definir el *requisito general mens rea* de los hechos subyacentes. Sin embargo, era superfluo en tanto el elemento de intencionalidad en general estaba previsto en el art. 3-1 última cláusula y en el art. 4-2 (“a sabiendas o intencionalmente”) del proyecto original (que ya no figura en el Proyecto de septiembre o posteriores enmiendas a la convención!) - de una manera idéntica al art. 30 (1) Estatuto de la CPI. Además, el uso de la palabra “intencional” supuso otro problema en cuanto a su significado concreto. Los redactores, aparentemente, entendieron ello en un sentido volitivo. Si bien esto se corresponde con el significado básico del término, no debe pasarse por alto que, en el derecho consuetudinario tradicional, intento o intención han sido siempre entendidos tanto en un sentido volitivo como cognitivo⁸². En el Derecho Inglés moderno todavía se incluye en la definición de intención, aparte de propósito, “la previsión de certeza”, es decir, sólo el significado

⁸⁰ Véase *supra* nota 78.

⁸¹ Véase para el proyecto original, Artículo 2 *supra* nota 78.

⁸² Véase Glanville Williams, *The Mental Element in Crime*, Magnes Press Hebrew University, 1965, p. 20 (“La intención es un estado mental que consiste en el conocimiento de las circunstancias necesarias, más el deseo de que cualquier resultado requerido se ajustará a partir de la propia conducta, o de la previsión de que el resultado sin duda seguirá.” Traducción de John E. Zuluaga). véase también George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Little, Brown reprint, 2000, 1978, p. 440, siguiendo la tradición doctrinal utilitarista de John Austin del siglo XIX.

central de intento o intención está reservado al deseo, propósito, etc⁸³. Además, en el Código Penal Modelo de EE.UU., que sirvió de referencia en muchos aspectos para el Estatuto de la CPI, la distinción entre “propósito” y “conocimiento” (artículo 2.02 (a)) parte por definir la primera en un sentido cognitivo al referirse al “propósito consciente” del autor con respecto al comportamiento y el resultado⁸⁴. Por último, pero no menos importante, el art. 30 del Estatuto de la CPI reconoce un aspecto cognitivo de la intención cuando se la define en el párrafo 2 (b) como ser consciente (en relación con una consecuencia) “de que eso ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos.” Todas estas cuestiones ya no son relevantes con miras al nuevo proyecto de septiembre, pero es sorprendente que los redactores hayan *renunciado totalmente* a una definición (general) del elemento de intencionalidad requerido para los CLH.

d) El proyecto de septiembre, basándose en el art. 7 del Estatuto de la CPI, también contiene el *requisito de conocimientos especiales* en relación con el ataque general. No estaba claro si la omisión de este requisito en el proyecto original fue deliberada o basada en un malentendido del significado de ese elemento particular, en comparación con el elemento de intencionalidad en general. En cualquier caso, la ausencia de este requisito serviría al vínculo entre los actos individuales y el ataque general o política. Por lo tanto, es correcto que los redactores hayan reintroducido el mismo.

e) El *Proyecto de Convención* ya no contiene la aclaración de que los hechos puedan ser cometidos por *actores estatales y no estatales*⁸⁵. Si bien esta aclaración no es estrictamente necesaria, ya que el párrafo 1 del Proyecto original hace referencia explícitamente a los actores no estatales y la referencia a una “organi-

⁸³ Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, OUP 6a. ed., 2009, p. 170 et seq. (171); Andrew P. Simester/G. Robert Sullivan, *Criminal law: Theory and Doctrine*, Hart 3a. ed., 2007, p. 120 et seq. (121). Véase también *R. v Woollin* donde la Cámara de los Lores, en relación con una acusación de asesinato, definió la intención referida a la “certeza virtual” en cuanto a las consecuencias de las acciones del demandado (*R. v Woollin* [1999] 1 Cr App R 8, UKHL, p. 20-21: “... the jury should be directed that they are not entitled to find the necessary intention unless they feel sure that death or serious bodily harm was a virtual certainty (barring some unforeseen intervention) as a result of the defendant's actions ...”). Véase también secc. 12 of the Judicial Studies Board, *Specimen Directions*, disponible en www.jsboard.co.uk/criminal_law/cbb/index.htm (última visita 02.04.2012).

⁸⁴ La respectiva parte de la secc. 2.02 (a) dice: “Una persona actúa intencionalmente con respecto a un elemento material de un delito cuando... si el elemento implica la naturaleza de su conducta o un resultado de ello, es consciente de su propósito de participar en una conducta de esa naturaleza o causar tal resultado...” (Traducción de John E. Zuluaga, énfasis añadido). Véase también Fletcher, *supra* nota 82, p. 440 et seq.

⁸⁵ Véase el artículo 2.2 (a) Proyecto original definiendo “ataque” como una “línea de conducta... ya sea por un actor estatal o no estatal.”

zación” política también debe interpretarse en este sentido, es ciertamente útil especialmente a la luz de la continua resistencia de ciertos actores no estatales para cumplir con el DPI. Además, el párr. 2 (a) del proyecto original omite el calificativo de “múltiples” ante la comisión y, por lo tanto, reduce el *elemento cuantitativo* en los CLH (“generalizado”) a un solo acto. Esto ha sido eliminado correctamente, ya que implica una expansión de la definición del delito que, aunque se toca por razones políticas, es incompatible con el requisito “generalizado” de los CLH. Es lamentable, sin embargo, que el nuevo proyecto elimine la definición de “*política de una organización*” en el párr. 2 (b) del proyecto original, ya que proporciona una clarificación muy útil para un término muy controvertido.

En suma, a pesar de que la adopción en el *Proyecto de Convención* de la definición de la CPI es, sin duda, bienvenida en la medida que elimina los cambios innecesarios y confusos del proyecto original, se pierde la oportunidad de mejorar y aclarar la definición de los CLH, con miras a su razón de ser como se explicó más arriba (*supra* Parte I). Es especialmente lamentable que los redactores, al parecer de un talante muy conservador y diplomático, no hayan tenido problema con el requisito de población civil. De esta manera, como resultado, la definición del delito propuesta, esencialmente repitiendo el art. 7 Estatuto de la CPI, no ofrece una protección más amplia que el régimen jurídico de la CPI.

2. El rol limitado de la Corte Penal Internacional en la prevención y represión de los Crímenes de Lesa Humanidad

Aparte de la mera limitación normativa debido a la restringida definición de delito, como acabamos de discutir, hay algunas otras limitaciones que pueden hablar en favor de una Convención especial. La primera y más obvia es que la CPI tiene una *jurisdicción* que se limita básicamente al territorio y los nacionales de sus Estados Partes (art. 12 (2)), salvo que haya una aceptación ad hoc de la jurisdicción con arreglo al art. 12 (3) o una remisión del Consejo de Seguridad de la ONU (art. 13 (b)). El *Proyecto de Convención*, al igual que cualquier otra convención especializada sobre crímenes internacionales, ofrece a los Estados la posibilidad de comprometerse en la lucha contra los CLH sin tener que aceptar, al mismo tiempo, la jurisdicción de la CPI (véase el art. 7 Proyecto de Convención). Por otro lado, la aprobación podría ser el primer paso hacia la ratificación del Estatuto de la CPI.

Otra limitación se deriva del principio de *complementariedad* y subsidiariedad de la CPI hacia las jurisdicciones nacionales. Se provee a los Estados con una potente herramienta para impedir el ejercicio de la competencia de la CPI, siempre y cuando estén

dispuestos y sean capaces de enjuiciar CLH por sí mismos. La presión implícita en las jurisdicciones nacionales podría aumentar por una Convención especial, ya que crearía una obligación normativa adicional cuya fuerza podría aumentar con el tiempo. En última instancia, una convención podría servir, de manera similar a la Convención sobre el Genocidio, a proyectar una más intensa y mejor intervención de la comunidad internacional en los casos de CLH⁸⁶. Además, el régimen de complementariedad exige expresamente “*la gravedad suficiente*” para que un caso sea admisible ante la CPI (artículo 17 (4); véase también el artículo 53 (1) (b) y (2) (b).). Este umbral de especial gravedad se establece como un umbral *adicional*, es decir, opera independientemente de la gravedad de los crímenes de la CPI como tales⁸⁷. Como resultado, pueden haber CLH que no pasan la prueba de la gravedad del Art. 17 (4), pero que serían cubiertos por el Proyecto de Convención.

Por último, pero no menos importante, es que a estas alturas debería estar claro que la CPI no tiene la capacidad para procesar todos los CLH, tal vez ni siquiera los suficientemente graves en el sentido del art. 17 (4)⁸⁸. De hecho, hasta ahora, la CPI ha iniciado en sólo tres situaciones (República Democrática del Congo, Uganda y Sudán), con respecto a los nueve acusados, investigaciones formales (art. 53) que se ocupan de CLH. En muchas otras situaciones, donde la ejecución de CLH es de conocimiento general y la CPI tiene jurisdicción, no se han iniciado investigaciones formales. Uno de los ejemplos más dramáticos es quizás el caso de Colombia, donde la jurisdicción de la Corte existe desde el 1 de noviembre de 2002 (Art. 126 (2), fecha de la ratificación: 5 de agosto, 2002). Por lo tanto, es evidente que una prevención eficaz y el enjuiciamiento de los CLH no es posible sin la contribución activa y la ejecución de las jurisdicciones nacionales.

⁸⁶ Para la discusión relativa a la “responsabilidad de proteger” véase David Scheffer, *Crimes against Humanity and the responsibility to protect*, en Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, p. 305.

⁸⁷ Cfr. *Prosecutor v. Lubanga*, Doc. No. ICC-01/04-01/06, decisión concerniente de la sala de cuestiones preliminares, decisión del 10 Feb., 2006 y la incorporación de documentos dentro del registro del Caso contra Mr. Thomas Lubanga Dyilo, para. 41 (Feb. 24, 2006): “(...) este umbral de gravedad es en adición a (...) los crímenes incluidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto (...)”. Para una discusión y otras referencias véase El Zeidy, *The Principle of Complementarity in the International Criminal Law*, Nijhoff, 2008, p. 36 et seq. y Kai Ambos, *The legal framework of transitional justice: a systematic study with a special focus on the role of the ICC*, en *Building a future on peace and justice*, Kai Ambos et al. (eds.), Springer 2009, p. 19, 73-74.

⁸⁸ Véase sobre las limitaciones también Kai Ambos, *Prosecuting International Crimes at the National and International Level: Between Justice and Realpolitik*, en *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Wolfgang Kaleck et al. (eds.), Berlin, Springer, 2006, p. 55.

3. Efecto disuasivo y el Derecho Penal Internacional

Es evidente que el argumento a favor de un nuevo convenio sobre CLH se basa en la premisa de que la mera existencia de las normas de derecho penal (internacional) tiene un efecto disuasorio. En efecto, los proponentes de la Convención Especial mostraron una gran confianza en la capacidad de disuasión de las normas de derecho penal (internacional). Para ellos, la ausencia de una convención especializada deja a millones de víctimas “fuera de la protección del derecho penal internacional” y “más allá de todo el alcance del derecho penal internacional”⁸⁹. A la luz de estas afirmaciones apodícticas, se permiten algunas preguntas críticas: ¿la mera formulación y adopción de otra Convención cambiará la situación de las víctimas potenciales de los CLH? ¿Tienen este tipo de convenciones y normas un efecto disuasorio sobre los posibles autores de CLH? ¿Se tiene alguna información fiable sobre un posible efecto disuasivo de la CPI?

Los efectos de disuasión de la ley penal tienen que ser evaluados en el contexto general de los posibles efectos preventivos de dicha ley. Las formas de disuasión, en este contexto, parten de las teorías de la prevención general negativa y, como tal, tienen tres dimensiones que se refieren a las condiciones de una determinada sociedad para prevenir los delitos, las circunstancias individuales de prevención con referencia al autor y las víctimas y, por último pero no menos importante, la prevención de los delincuentes reincidentes⁹⁰. La investigación empírica sobre la disuasión ha sido objeto de la teoría del derecho penal y, más recientemente, la investigación criminológica durante siglos y décadas. Sin embargo, los resultados de esta investigación sólo tienen un valor limitado, ya que la conducta humana está influenciada por diversos factores psicológicos y sociales que hacen difícil, si no imposible, tener en cuenta el comportamiento respetuoso de la ley como consecuencia del efecto disuasorio de la norma penal. De hecho, sabemos muy poco sobre los efectos disuasivos de la legislación penal y los resultados de la investigación son contradictorios⁹¹. Lo único que sabemos con relativa certeza es que el factor disuasivo más importante es la existencia (más o menos) de un sistema de justicia

⁸⁹ Documento de antecedentes del 31 de julio 2008 circuló antes de la iniciativa sobre CLH del encuentro de expertos de abril, April 12-15, 2009, St Louis, MO.

⁹⁰ Arthur Kreuzer, *Prävention durch Repression*, en *Angewandte Kriminologie zwischen Freiheit und Sicherheit*, Heinz Schöch & Jörg-Marin Jehle (eds.), Forum Verlag Godesberg, 2004, p. 205, 205.

⁹¹ Dieter Dölling & Dieter Hermann, *Befragungsstudien zur negativen Generalprävention: Eine Bestandsaufnahme*, en *Kriminalität, Ökonomie und Europäischer Sozialstaat*, Hans-Jörg Albrecht & Horst Entorf (eds.), Physica Verlag, 2003, p. 133, 162; Kreuzer, *supra* nota 90, p. 207 et seq. - en un meta-análisis de 28 estudios sobre disuasión véase Hermann Eisele, *Die general- und spezialpräventive Wirkung strafrechtlicher Sanktionen. Methoden, Ergebnisse, Metaanalyse*, Ph.D. dissertation, University of Heidelberg, 1999, muestra que nueve de los estudios confirman los efectos disuasivos, nueve niega tales efectos y 10 presentan diferentes respuestas.

penal⁹² que implica el riesgo de detención y enjuiciamiento⁹³. Si bien la gravedad de una sanción (período y la naturaleza de la pena) es menor, pero en todo caso relevante⁹⁴, la probabilidad de castigo es de crucial importancia⁹⁵.

Aunque es claro que estas consideraciones generales se aplican también al DPI y sus tribunales, hay algunos factores adicionales que deben tenerse en cuenta. En primer lugar, la existencia de tribunales penales internacionales - como un mecanismo de aplicación directa del DPI - sigue siendo un fenómeno bastante reciente y los resultados sostenibles de disuasión sólo se pueden ver en el mediano o largo plazo⁹⁶. En cualquier caso, la mayoría de los autores creen, a pesar de la ausencia de datos empíricos⁹⁷, en un (aunque limitado) efecto disuasorio del DPI y los tribunales penales internacionales bajo la condición de que sus decisiones sean pronta y consecuentemente cumplidas y que las excepciones de enjuiciamiento y castigo, por ejemplo, en el curso de los procesos de paz nacionales, estén excluidas⁹⁸. Esta opinión está respaldada por la jurisprudencia

⁹² Franz Streng, *Strafrechtliche Sanktion*, Kohlhammer 2a. ed., 2002, p. 31.

⁹³ Andrew von Hirsch *et al.*, *Criminal deterrence and sentence severity*, Hart, 1999, p. 1; Kreuzer, *supra* nota 90, p. 216; véase también Mark Drumbl, *A Hard Look at the Soft Theory of International Criminal Law*, en Sadat & Scharf, *supra* nota 25, p. 1, 14 (“likelihood of getting caught”).

⁹⁴ Von Hirsch *et al.*, *supra* nota 93, p. 40 et seq., 47; Bernd-Dieter Meier, *Kriminologie*, Beck, 2003, p. 262; Kreuzer, *supra* nota 90, p. 216-17.

⁹⁵ Jürgen Antony & Horst Entorf, *Zur Gültigkeit der Abschreckung im Sinne der ökonomischen Theorie der Kriminalität: Grundzüge einer Meta-Studie*, en *Kriminalität, Ökonomie und Europäischer Sozialstaat*, Hans-Jörg Albrecht & Horst Entorf (eds.), Physica Verlag, 2003, p. 167, 170.

⁹⁶ Véase crit. sobre efectos de corto termino: Herbert Jäger, *Hört das Kriminalitätskonzept vor der Makrokriminalität auf? - Offene Fragen und Denksätze*, en *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts - Interdisziplinäre Beiträge zur Zukunft internationaler Strafgerichtsbarkeit*, Frank Neubacher & Anne Klein (eds.), Duncker & Humblot, 2006, p. 45, 57.

⁹⁷ Julian G. Ku/ Jide Nzelibe, *Do International Criminal Tribunals Deter or Exacerbate Humanitarian Atrocities?*, en *Wash. U. L. Rev.* 84, 2006, p. 777, 790; David Koller, *The Faith of International Criminal Lawyer*, en *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 40, 2008, p. 1019, 1029; Payam Akhavan, *Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent future Atrocities?*, en *AJIL* 95, 2001, p. 7, 9; Leila Sadat, *Exile, Amnesty and International Law*, en *Notre Dame L. Rev.* 81, 2006, p. 955, 998.

⁹⁸ Pierre Hazan, *Measuring the Impact of Punishment and Forgiveness: A Framework for Evaluating Transitional Justice*, en *ICRC Int'l Rev.* 88, 2006, p. 19, 35 encuentra que “partes en conflicto toman en cuenta el riesgo de ser procesados”, pero el “efecto disuasorio pronto disminuye, sin acusaciones formales y arrestos rápidos.” William Whitney Burke-White, *Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multi-Level Global Governance in the Democratic Republic of Congo*, en *LJIL* 18, 2005, p. 559, 58 afirma que la investigación de la CPI proporciona un efecto disuasorio sobre los líderes rebeldes en la República Democrática del Congo; de manera similar Paul Seils & Marieke Wierda, *The International Criminal Court and Conflict Mediation*, International Center for Transitional Justice, New York, 2005 <www.ictj.org/en/news/pubs/index.html> (última visita 10 Sep. 2009), p. 19 y Thomas Unger & Marieke Wierda, *Pursuing Justice in Ongoing Conflict: a Discussion of Current Practice*, en *Ambos et al.*, *supra* nota 87, p. 269 nota a pie 15, explica que la CPI tiene un efecto disuasorio por la probabilidad de “que habrá consecuencias” así como en derecho penal nacional. Según Richard Goldstone, *Historical Evolution - From Nuremberg to the International Criminal Court*, en *Penn St. Int'l L. Rev.* 25, 2007, p. 763, 767-68 la supervisión del TPIY de las acciones militares ha contribuido al hecho de que sólo un número relativamente pequeño de personas civiles fueron alcanzados

dencia predominante de los Tribunales ad hoc que, por lo general, identifican la disuasión como un importante, si no el principal, objetivo de una sentencia en el derecho penal internacional⁹⁹. Por lo tanto, claramente, el efecto disuasorio de un Tribunal Penal Inter-

por bombas de la OTAN durante el conflicto de Kosovo. Generalmente, a favor de un efecto disuasorio, también Jan Klabbers, *Just Revenge? The Deterrence Argument in International Criminal Law*, en Finnish Y.B.Int'L 12, 2001, p. 249 et seq.; Daniel Ntanda Nsereko, *The Role of the International Criminal Tribunals in the Promotion of Peace and Justice: the Caso of the ICC*, en CLF 19, 2008, p. 373, 376-77, 392. Según Cryer et al., *supra* nota 35, p. 30, "la disuasión es improbable de que sea posible si los posibles infractores tienen la opinión de que pueden ser capaces de obtener la exención de persecución penal." Graham T. Blewitt, *The Importance of a Retributive Approach to Justice*, en The legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalized Vengeance, David A. Blumenthal & Timothy McCormack (eds.), Nijhoff, 2008, p. 39, 45 et seq. admite, que "la mera existencia de los tribunales (...), nunca va a traer un fin completo a las atrocidades generalizadas", pero todavía cree que los tribunales actúan como elemento disuasorio y previenen la comisión de un delito. Sadat, *supra* nota 97, p. 998-99, ve también "mérito de disuasión" en "esfuerzos esporádicos del DIH" pero también afirma "que el sistema de justicia penal internacional no ha alcanzado aún la etapa en la que su valor disuasorio pueda ser asumido completamente". Recientemente, Jens David Ohlin, *Peace, Security, and Prosecutorial Discretion*, en The Emerging Practice of the ICC, Carsten Stahn & Göran Sluiter (eds.), Nijhoff, 2008, p. 185, 202 et seq. ve a la disuasión como justificación consecuencialista del derecho penal internacional. De otra manera, Nick Grono & Adam O'Brien, *Justice in conflict? The ICC and Peace Processes*, en *Courting conflict? Justice, peace and the ICC in Africa*, Nicholas Waddell & Phil Clark (eds.), Royal African Society, 2008, p. 13, 17 enfatiza los efectos negativos de la fuerza de disuasión, es decir, que los funcionarios del gobierno "se aferran al poder a toda costa." Rama Mani, *Reparation as a Component of Transitional Justice: Pursuing 'Reparative Justice' in the Aftermath of Violent Conflict*, en *Out of the Ashes*, Koen de Feyter et al. (eds.), Intersentia, 2005, p. 53, 76 argumenta que las reparaciones tienen un efecto disuasorio mayor que las sanciones penales. Véase también el argumento de que no perseguir mermaría la eficacia de la disuasión: David A. Crocker, *Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation*, en *Buff. Crim. L. Rev.* 5, 2002, p. 509, 536-37; Darryl Robinson, *Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court*, *EJIL* 14, 2003, p. 481, 489; Rodrigo Uprimny & Maria Paula Saffon, *Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*, en *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional*, Angelika Rettberg ed., Univ. de los Andes, 2005, p. 211, 225-26; Laura M. Olson, *Provoking the Dragon on the Patio. Matters of Transitional Justice: Penal Repression vs. Amnesties*, en *ICRC Int'l Rev.* 88, 2006, p. 275, 291; crit. del argumento Jaime Malamud-Goti, *Transitional Government in the Breach: Why Punish State Criminals?*, en *Transitional Justice*, Vol. 1. General Considerations, Neil J. Kritz (ed.), United States Inst. of Peace Press, 1995, p. 189, 196; Juan E. Méndez, *National reconciliation, transnational justice and the International Criminal Court*, en *Ethics Int'l Affairs* 15, 2001, p. 25, 30-1 (2001). Para Danilo Zolo, *Peace through Criminal Law?*, en *JICJ* 2, 2004, p. 727, 732 hay "poco o nada de poder disuasorio," para una visión crítica similar respecto al TPIY, Mary Penrose, *Lest We Fail: The Importance of Enforcement in International Criminal Law*, en *Am. U. Int'l L. Rev.* 15, 2000, p. 321, 325; Michael Smidt, *The International Criminal Court: An Effective Means of Deterrence?*, en *Mil. L. Rev.* 167, 2001, p. 156, 188; Oliver Tolmein, *Strafrecht als Instrument zur Schaffung von Frieden: Das Beispiel des ICTY*, en *Humanitäres Völkerrecht*, Jana Hasse et al. (eds.), Nomos 2001 p. 493, 507; Christina Möller, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof - kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte*, LIT-Verlag, 2003, p. 501; Drumbl, *supra* nota 93, p. 14-15 (haciendo hincapie en una "suposición no demostrada de la racionalidad del autor en el contexto de la violencia de masas" y la aplicación selectiva del DPI); para una evaluación muy positiva del TPIY y TPIR Akhavan, *supra* nota 98, argumentando que este tribunal tiene "elevada responsabilidad" (p. 9) y tiene "éxito relativo" (p. 31) de modo que incluso "los cínicos intransigentes" ya no pueden "negar los efectos preventivos de enjuiciar a gobernantes asesinos" (p. 30).

⁹⁹ Prosecutor v. Delalić, Caso No. IT-96-21-A, Appeals Judgment, para. 800 (Feb. 20, 2001); Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Caso No. IT-95-14/2-A, Appeals Judgment, para. 1076 (Dic. 17, 2004); Prosecutor v. Krajišnik, Caso No. IT-00-39-A, Appeals Judgment, para. 775 (Mar. 17, 2009); Prosecutor v. Mrkšić & Šljivančanin, Caso No. IT-95-13/1-A, Appeals Judgment, para. 415 (May 5, 2009); Prosecutor v. Delalić, Caso No. IT-96-21-T, Trial Judgment, para. 1234 (Nov. 16, 1998); Prosecutor v. Furundžija, Caso No. IT-95-17/1-T, Trial Judgment, para. 288 (Dic. 10, 1998); Prose-

nacional, en especial uno de carácter permanente, como la CPI, en última instancia, depende de su capacidad para hacer cumplir sus sentencias¹⁰⁰. Si bien el historial relativamente pobre de los Tribunales ad hoc - en más de 14 años, el TPIY ha completado tan sólo 86 casos con 120 acusados¹⁰¹, y el TPIR ha dictado hasta ahora sentencias definitivas para no más de 36 acusados¹⁰² - parece demostrar una capacidad limitada de aplicación y arroja algunas dudas sobre su efecto disuasorio general¹⁰³, difícilmente se puede negar que la existencia misma de los Tribunales Penales Internacionales, especialmente de la CPI como una Corte permanente y con perspectiva de futuro, envía una señal clara a los autores de crímenes internacionales de que no están más allá del alcance de la ley y, en última instancia, pueden ser considerados responsables de sus

ductor v. Tadić, Caso No. IT-94-1-Tbis-R117, Trial Judgment, para. 9 (Nov. 11, 1999); Prosecutor v. Jelisić, Caso No. IT-95-10-T, Trial Judgment, para. 116 (Dic. 14, 1999); Kupreškić Trial Judgment, *supra* nota 41, para. 848; Blaškić Trial Judgment, *supra* nota 53, para. 761; Kordić & Čerkez Trial Judgment, *supra* nota 51, para. 847; Prosecutor v. Todorović, Caso No. IT-95-9/1-S, Trial Judgment, para. 30 (Jul. 31, 2001); Vasiljević Trial Judgment, *supra* nota 35, para. 273; Prosecutor v. Naletilić & Martinović, Caso No. IT-98-34-T, Trial Judgment, para. 739 (Mar. 31, 2003); Prosecutor v. Simić, Caso No. IT-95-9-T, Trial Judgment, para. 1059 (Oct. 17, 2003); Prosecutor v. Nikolic, Caso No. IT-02-60/1-S, Trial Judgment, para. 88 et seq. (Dic. 2, 2003); Prosecutor v. Galić, Caso No. IT-98-29-T, Trial Judgment, para. 757 (Dic. 5, 2003); Prosecutor v. Brđjanin, Caso No. IT-99-36-T, Trial Judgment, para. 1090-91 (Sep. 1, 2004); Prosecutor v. Strugar, Caso No. IT-01-42-T, Trial Judgment, para. 458 (Ene. 31, 2005); Limaj *et al.* Trial Judgment, *supra* nota 35, para. 723; Prosecutor v. Hadžihasanović & Kubura, Caso No. IT-01-47-T, Trial Judgment, para. 2072 (Mar. 15, 2006); Prosecutor v. Zelenović, Caso No. IT-96-23/2-S, Trial Judgment, para. 33 (Abr. 4, 2007); Martić, Trial Judgment, *supra* nota 54, para. 484; Mrkšić Trial Judgment, *supra* nota 54, para. 683; Prosecutor v. Haradinaj, Caso No. IT-04-84-T, Trial Judgment, para. 484 (Abr. 3, 2008); Prosecutor v. Bošković & Tarčulovski, Caso No. IT-04-82-T, Trial Judgment, para. 587 (Jul. 10, 2008); Milutinović *et al.* Trial Judgment, *supra* nota 29, para. 1144; M. Lukić & S. Lukić Trial Judgment, *supra* nota 42, para. 1049; Rutaganda Trial Judgment, *supra* nota 55, para. 456; Musema Trial Judgment, *supra* nota 55, para. 986; Prosecutor v. Kajelijeli, Caso No. ICTR-98-44A-T, Trial Judgment, para. 945 (Dic. 1, 2003); Prosecutor v. Ntakirutimana, Caso No. ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T, Trial Judgment, para. 882 (Feb. 21, 2003); Prosecutor v. Niyitegeka, Caso No. ICTR-96-14-T, Trial Judgment, para. 484 (Mayo, 16 2003); Prosecutor v. Kamuhanda, Caso No. ICTR-95-54A-T, Trial Judgment, para. 754 (Ene. 22, 2004); Prosecutor v. Ndindabahizi, Caso No. ICTR-2001-71-I, Trial Judgment, para. 498 (Jul. 15, 2004); Prosecutor v. Rutaganira, Caso No. ICTR-95-1-C, Trial Judgment, para. 110 (Mar. 14, 2005); Prosecutor v. Karera, Caso No. ICTR-01-74-T, Trial Judgment, para. 571 (Dic. 7, 2007); Prosecutor v. Kalimanzira, Caso No. ICTR-05-88-T, Trial Judgment, para. 741 (Jun. 22, 2009); Prosecutor v. Renzaho, Caso No. ICTR-97-31-T, Trial Judgment, para. 814 (Jul. 14, 2009). Véase también Prosecutor v. Tadić, Caso No. IT-94-1-A and IT-94-1-A bis, Judgment in Sentencing Appeals, para. 48 (Ene. 26, 2000); Prosecutor v. Aleksovski, Caso No. IT-95-14/1-A, Appeals Judgment, para. 185 (Mar. 24, 2000); Prosecutor v. Blaškić, Caso No. IT-95-14-A, Appeals Judgment, para. 678 (Jul. 29, 2004); Prosecutor v. Plavšić, Caso No. IT-00-39&40/1-S, Trial Judgment, para. 22 (Feb. 27, 2003); Kayishema & Ruzindana Trial Judgment, *supra* nota 55, sentence para. 2; Simba Trial Judgment, *supra* nota 56, para. 429; Muvunyi Trial Judgment, *supra* nota 35, para. 532; Prosecutor v. Seromba, Caso No. ICTR-2001-66-I, Trial Judgment, para. 376 (Dic. 13, 2006); Prosecutor v. Nchamihigo, Caso No. ICTR-01-63-T, Trial Judgment, para. 383 (Nov. 12, 2008); Prosecutor v. Bagosora, Caso No. ICTR-98-41-T, Trial Judgment, para. 2260 (Dic. 18, 2008); Prosecutor v. Bikindi, Caso No. ICTR-01-72-T, Trial Judgment, para. 443 (Dic. 2, 2008).

¹⁰⁰ Para la misma perspectiva véase algunos autores citados en *supra* nota 98.

¹⁰¹ <http://www.icty.org/sections/TheCasos/KeyFigures> (última visita 02.04.2012).

¹⁰² <http://69.94.11.53/default.htm> (última visita 02.04.2012).

¹⁰³ Crit. en este sentido Tolmein, *supra* nota 98, p. 507; Ku & Nzelibe, *supra* nota 97, p. 808; Koller, *supra* nota 97, p. 1027-1028.

actos¹⁰⁴. De hecho, la creación de estos tribunales ha aumentado considerablemente el riesgo de sanción de los responsables¹⁰⁵, especialmente de aquellos de alto nivel, ya que normalmente actúan de forma racional y, por lo tanto, ven la posibilidad de castigo como un factor importante a tener en cuenta a la hora de la toma de decisiones¹⁰⁶.

En cuanto a la CPI, en particular, el economista norteamericano D. Sutter, uno de los seguidores de la economía del movimiento de la delincuencia, ha argumentado que “es poco probable que tenga un efecto disuasorio muy *dramático*” y que “afecte en *gran medida* el cálculo político de un régimen desesperado”¹⁰⁷. Sin embargo, Sutter no explica qué entiende por un efecto “dramático” en oposición a uno “normal” u “ordinario”. Tampoco explica cuándo una determinada causa tiene un “gran” efecto en lugar de uno “pequeño”. En cualquier caso: ¿no sería suficiente si la CPI tuviera en realidad *algún* efecto disuasorio, ¿si se tuviera en cuenta como elemento de cálculo a la hora de decidir la actuación del régimen? De hecho, dadas las restricciones incorporadas en el régimen jurídico de la CPI y sus obvios problemas de capacidad, los abogados penalistas más internacionales estarían más que felices si la Corte fuera capaz de “disuadir a los cleptócratas que buscan saquear su país, pero todavía interesados en pasar las malas riquezas obtenidas al extranjero...”¹⁰⁸

En cualquier caso, al propósito de hacerse a un panorama más completo de este complejo asunto, no se debe llegar a ver la CPI a la manera de una herramienta aislada para combatir la impunidad, sino, como ya se ha dicho antes (2.), debe reconocerse solo como una parte integral del sistema de justicia penal internacional. La CPI es, ante todo, un complemento a las jurisdicciones nacionales, en especial a la jurisdicción del Estado territorial. La CPI es un tribunal penal con poderes muy limitados, en función de la cooperación de los Estados y la adhesión de todos los Estados a su Estatuto. Por lo tanto, su capacidad de ejecución y su efecto disuasorio dependen de la cooperación de la comunidad internacional. Más concretamente, la capacidad de cumplimiento de la CPI depen-

¹⁰⁴ Kordić & Čerkez Appeals Judgment, *supra* nota 99, para. 1078; Krajišnik Trial Judgment, *supra* nota 35, para. 1137; Zelenović Trial Judgment, *supra* nota 99, para. 34.

¹⁰⁵ Frank Neubacher, *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Mohr Siebeck, 2005, p. 424; *Ibid.*, *Strafzwecke und Völkerstrafrecht*, en *Neue Juristische Wochenschrift* 59 („NJW”), 2006, p. 966, 968. En similar sentido Prosecutor v. Nikolic, *supra* nota 99, para. 88.

¹⁰⁶ Neubacher, *Strafzwecke* *supra* nota 105, p. 968-969. Véase también Ron Sievert, *A new Perspective on the International Criminal Court: Why the Right should Embrace the ICC and how America can Use it*, en *U. Pitt. L. Rev.* 68, 2006, p. 77, 99. En similar sentido Delalić Trial Judgment, *supra* nota 99, para. 1234. Una visión crítica véase en Jäger, *supra* nota 96, p. 57; Ku & Nzelibe, *supra* nota 97, p. 807.

¹⁰⁷ Daniel Sutter, *The Deterrent Effects of the International Criminal Court*, en *International Conflict Resolution*, Stefan Voigt et al. (eds.), Mohr Siebeck, 2006, p. 9, 23 (énfasis añadido).

¹⁰⁸ Sutter, *supra* nota 106, p. 23.

de de la cooperación del Estado territorial o, si este Estado no está dispuesto a cooperar, en un cambio de régimen a través de presión interna o externa.

Teniendo en cuenta los acotados poderes y funciones de la Corte Penal Internacional, sus objetivos y metas son también limitados. Nadie familiarizado con la justicia penal internacional y la CPI espera efectos “dramáticos” o “grandes”; efectos limitados y la disuasión, aunque sólo de algunos de los principales responsables, de hecho, significarían una mejora considerable en comparación con el *statu quo ex ante* sin una CPI. En cualquier caso, el enjuiciamiento por la CPI, respetando las normas internacionales reconocidas sobre juicios justos y la presunción de inocencia, sirve mucho más a la idea de justicia y a la de verdad sobre los crímenes del pasado que las ejecuciones extrajudiciales, y mucho menos al estilo de Irak con invasiones militares. El derecho penal sirve, sobre todo, a la confirmación de ciertos valores morales y a la internalización por los destinatarios de las normas (como consecuencia de la prevención primaria)¹⁰⁹, en ese sentido, la disuasión puede servir indirectamente.

Resumiendo estas consideraciones, una Convención especializada para CLH puede tener un impacto positivo sobre el cumplimiento y puede disuadir a futuros criminales. Mientras que los CLH no desaparezcan enteramente como resultado de la adopción de la Convención, existirá una expectativa realista de que la señal enviada por dicho Convenio no se quedará sin precedentes entre los potenciales criminales de lesa humanidad.

ANEXO

Art. 3 de la Propuesta de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad¹¹⁰

Artículo 3 Definición de Crímenes de Lesa Humanidad

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “crímenes 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;

¹⁰⁹ Kreuzer, *supra* nota 90, p. 215.

¹¹⁰ La Propuesta de Convención está disponible en http://law.wustl.edu/harris/crimesagainsthumanity/?page_id=1553 (visto por última vez el 02.04.2012).

(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 actos de genocidio o crímenes de guerra;

(i) Desaparición forzada de personas;

(j) El crimen de apartheid;

(k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

(a) 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 ese ataque o para promover esa política;

(b) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

(c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

(d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el

derecho internacional;

(e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

(f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

(g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

(h) Por “el crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

(i) 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.

3. A los efectos de la presente Convención, se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede.