

LOS RETOS Y DILEMAS DE UN TRATADO SOBRE PREVENCIÓN Y CASTIGO DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD EN EL SIGLO XXI

CHALLENGES AND DILEMMAS OF A TREATY ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF CRIMES AGAINST HUMANITY IN THE 21ST CENTURY

MARGALIDA CAPELLÀ I ROIG*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿ES REALMENTE NECESARIO UN CONVENIO SOBRE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD? III. LA NOCIÓN DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD EN LOS RECIENTES TRABAJOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. IV. REFLEXIONES Y UN DILEMA EN TORNO AL PROYECTO DE ARTÍCULOS PARA LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD (2019).

RESUMEN: El objeto de este Estudio es la definición de los crímenes contra la humanidad en el Proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes contra la humanidad de la Comisión de Derecho Internacional. Explico por qué y para qué se propone un tratado en esta materia, cómo se ha enfocado esta noción y qué dilemas siguen presentando aún estos crímenes en el actual estadio del Derecho internacional penal, especialmente en relación con el Derecho internacional consuetudinario que caracteriza el proceso de prohibición y tipificación y, asimismo, la naturaleza de estos crímenes.

ABSTRACT: The object of this Study is the definition of crimes against humanity in the Draft articles on the prevention and punishment of crimes against humanity of the International Law Commission. I explain why and for what purpose a treaty is proposed on this matter, how this notion has been approached and what dilemmas these crimes still present in the current stage of international criminal law, especially in relation to customary international law that characterizes the process of prohibition and criminalisation and, likewise, the nature of these crimes.

PALABRAS CLAVE. *Crímenes contra la humanidad. Corte Penal Internacional. Comisión de Derecho Internacional*

Fecha de recepción del trabajo: 15 de julio de 2022. Fecha de aceptación de la versión final: 20 de octubre de 2022.

* Margalida Capellà i Roig es profesora titular de Derecho internacional público de la Universitat de les Illes Balears. Email: margalida.capella@uib.cat. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0830-2348>. Todas las referencias y enlaces a páginas de internet han sido consultados el 19 de octubre de 2022. Este trabajo se enmarca en los siguientes proyectos investigación financiados por la Agencia Estatal de Investigación: Proyecto n° PID2019-1082253RB-C32/AEI/10.13039/501100011033 y Proyecto n° PID2019-104418RB-I00 del Ministerio de Ciencia e Innovación.

KEYWORDS: *Crimes against humanity. International Criminal Court. International Law Commission*

I. INTRODUCCIÓN

Llama la atención que en la actualidad se estén elaborando en paralelo dos proyectos de tratado distintos sobre crímenes de Derecho internacional que coinciden en el mismo objetivo de regular obligaciones estatales e interestatales para la persecución de crímenes internacionales: por una parte, un *proyecto de tratado sobre crímenes contra la humanidad* y, por otra, un *proyecto de tratado multilateral para la asistencia judicial recíproca y la extradición para el enjuiciamiento nacional de los crímenes internacionales más graves*.

Ambos proyectos coinciden en el tiempo y en el objetivo, pero se diferencian, en primer lugar, por su objeto, pues un proyecto se limita a los crímenes contra la humanidad mientras que el otro tiene un alcance más amplio: crímenes de guerra, genocidio y, asimismo, crímenes contra la humanidad. En segundo lugar, se distinguen claramente por el punto de partida y el procedimiento que se ha seguido: el proyecto de tratado sobre crímenes contra la humanidad fue impulsado en 2008 por la *Crimes Against Humanity Initiative*, una iniciativa doctrinal (conocida por sus siglas en inglés, *CAH Initiative*) que consiguió la introducción de este punto en el programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 2013 y actualmente se encuentra incluido en el programa provisional del 77º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas tras ser aprobado en segunda lectura por la CDI en 2019 como *Proyecto de artículos sobre la prevención y castigo de los crímenes contra la humanidad*¹ (en adelante, PACCH); por su parte, el *Proyecto de tratado multilateral para la asistencia judicial recíproca y la extradición para el enjuiciamiento nacional de los crímenes internacionales más graves* (en adelante, Proyecto de tratado MLA) es una iniciativa de un reducido grupo de Estados² (conocida por sus siglas en inglés, *MLA Initiative*), que se ha desarrollado de forma interestatal e independiente de Naciones Unidas y de cualquier otra organización internacional. Sobre el Proyecto de tratado MLA se han celebrado dos conferencias preparatorias y tras dos borradores de tratado se está pendiente de la convocatoria de una conferencia diplomática³, con el apoyo de 76 Estados a la Iniciativa.

¹ Comisión de Derecho Internacional, “Proyecto de artículos sobre la prevención y sanción de los crímenes contra la humanidad, con comentarios (2019)”, adoptado en su 71ª sesión, en 2019, y presentado a la Asamblea General como parte del Informe NU doc. A/74/10.

² Inicialmente por Eslovenia, Países Bajos y Bélgica. Posteriormente se sumaron al grupo motor Argentina, Mongolia y Senegal.

³ Los trabajos y la documentación sobre esta iniciativa están centralizados en el Gobierno de Eslovenia, uno de los impulsores. Véanse los documentos elaborados hasta ahora en *Ministerie van Buitenlandse Zaken, Centrum voor Internationaal Recht*, <https://www.centruminternationaalrecht.nl/mla-initiative/>; *MLA Initiative*, <https://www.gov.si/en/registries/projects/mla-initiative/>. La última versión es de 20 de abril de 2021 y el texto está disponible en inglés, francés y español en: <https://www.gov.si/assets/ministrstva/MZZ/projekti/MLA-pobuda/MLA-Initiative-Draft-Convention-English-21.4.2021.pdf>.

Estas dos iniciativas se han desarrollado de forma paralela e independiente y coinciden no solo en aspectos sustantivos y procesales del Derecho internacional penal actual, sino también en la constatación de que los Estados no están cumpliendo su responsabilidad primaria de perseguir los crímenes internacionales, bien porque no tienen capacidad para ello o bien porque los instrumentos jurídicos y los mecanismos de cooperación tampoco son eficaces.

Aun tratándose de proyectos que pueden acabar siendo adoptados o no como convenios, ambas iniciativas merecen una atención especial en el estadio en que se encuentran porque parten de una revisión crítica de los mecanismos y de los tipos penales desarrollados en el sistema internacional de responsabilidad penal en la década de los noventa y dos mil, incluida la creación de jurisdicciones penales internacionales y de la Corte Penal Internacional.

En este Estudio me centraré solamente en uno de los aspectos materiales del *proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes contra la humanidad* de la CDI y en cómo el propósito de fijar en un tratado multilateral una norma clara, precisa y escrita sobre qué son actualmente los crímenes contra la humanidad, sigue presentando algunos dilemas aún en el actual estadio del Derecho internacional penal.

Explicaré, en primer lugar, por qué y para qué se propone un tratado sobre crímenes contra la humanidad a partir de las preguntas que han planteado juristas, la CDI y los Estados: ¿Es realmente necesario un tratado sobre crímenes contra la humanidad? ¿Por qué y para qué un tratado sobre crímenes contra la humanidad? ¿Por qué ahora?

En segundo lugar, expongo cómo la CDI ha enfocado la noción de crímenes contra la humanidad en sus trabajos, qué debates ha suscitado esta noción en el seno de la Comisión y por parte de los Estados y, finalmente, cuál es el resultado de los trabajos y los debates, presentado a la Sexta Comisión y pendiente de una decisión de la Asamblea General de Naciones Unidas al respecto.

En último lugar, presento unas conclusiones sobre la idea y el método seguido para la elaboración del PACCH especialmente en relación con el Derecho internacional consuetudinario que caracteriza el proceso de prohibición y tipificación y, asimismo, la naturaleza de estos crímenes.

II. ¿ES REALMENTE NECESARIO UN CONVENIO SOBRE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD?

1. Por qué y para qué un convenio sobre crímenes contra la humanidad: de una propuesta doctrinal norteamericana al proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional

Aunque no se ha presentado como tal, la *CAH Initiative* es una propuesta norteamericana tanto en su origen como en la composición de su grupo motor. Parte en 2008 de un grupo

de juristas de reconocido prestigio en el entorno de la *George Washington University Law School* con tres objetivos: estudiar la implantación de los crímenes contra la humanidad, combatir la indiferencia ante su comisión e impulsar el primer tratado global sobre estos crímenes⁴.

Este impulso se reflejó en un “Proyecto de Convención Internacional para la Prevención y el Castigo de Crímenes contra la humanidad”, aprobado en 2010 y publicado en 2011⁵, como codificación privada de ámbito académico. Incluyeron en sus debates a miembros de la CDI, académicos, funcionarios gubernamentales, antiguos fiscales de los tribunales penales internacionales⁶, y ONGs⁷. Consiguieron que la CDI incluyera en 2013 el tema “Crímenes contra la humanidad” en su programa de trabajo, y esta nombró Relator Especial del tema a Sean D. Murphy, miembro de la Comisión, profesor en la *George Washington University Law School* y participante en la Iniciativa. Así que el primer impulso del PACCH es exclusivamente doctrinal, a diferencia de la Iniciativa MLA, que es desarrollado por los ministerios de justicia de los Estados implicados.

2. ¿Por qué un convenio específico sobre crímenes contra la humanidad?

Las principales razones para proponer un convenio sobre crímenes contra la humanidad por parte de los impulsores de la *CAH Initiative* eran tres.

En primer lugar, la inexistencia de un tratado de crímenes contra la humanidad mientras sí hay sobre genocidio y crímenes de guerra y también sobre numerosos delitos de carácter internacional o transnacional, regulados en más de 318 convenciones de Derecho penal internacional⁸: terrorismo, tráfico de drogas, toma de rehenes, secuestro de

⁴ La iniciativa estaba dirigida por un *Steering Committee* formado por los profesores Leila Nadya Sadat (Directora de la Iniciativa), M. Cherif Bassiouni, Juan Méndez, Christine Van den Wyngaert y William Schabas, el embajador Hans Corell (que fue representante del Secretario General en la Conferencia de Roma sobre el Estatuto de la CPI, entre otros cargos) y el juez Richard Goldstone (primer fiscal general de los Tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda). Véase el alcance de la Iniciativa en *Crimes Against Humanity Initiative* <https://sites.wustl.edu/crimesagainsthumanity>

⁵ Coincidió con la publicación de un compendio de estudios sobre el proyecto y, en general, sobre el estado actual de los crímenes contra la humanidad y su represión, que incluye dichos anexos: SADAT, L. (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

⁶ *Kigali Declaration of Fifth Colloquium of Prosecutors of International Criminal Tribunals*, de 13 de noviembre de 2009, texto disponible en *Crimes Against Humanity Initiative*, <https://cpb-us-w2.wpmucdn.com/sites.wustl.edu/dist/b/2004/files/2019/02/KigaliDeclaration2009.pdf>; *The Fourth Chautauqua Declaration*, de 31 de agosto de 2010, texto disponible en

⁷ Participaron ONGs como la Comisión Internacional de Juristas, el Comité Internacional de la Cruz Roja, REDRESS o Amnistía Internacional. Véase REDRESS, “Fostering Victims’ Rights in the Proposed Crimes Against Humanity Convention. Comments to the International Law Commission”, marzo de 2018; Amnistía Internacional, “Comisión de Derecho Internacional: Recomendaciones iniciales para una convención sobre los crímenes contra la humanidad” (Índice AI: IOR 40/1227/2015), 28 de abril de 2015; *International Bar Association - War Crimes Committee of the International Bar Association*, “Comments on the International Law Commission’s Draft Articles on Crimes Against Humanity”, noviembre de 2018.

⁸ SADAT, L., “Codifying the ‘Laws of Humanity’ and the ‘Dictates of the Public Conscience’: Towards a New Global Treaty on Crimes Against Humanity”, en BERGSMO, M. y SONG, T. (eds), *On the Proposed Crimes Against Humanity Convention*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Bruselas, 2014, pp. 17-46, esp. p. 26. En adelante, SADAT (2014).

aeronaves, corrupción, destrucción de bienes culturales o robo de materiales nucleares... Esta ausencia comporta importantes fisuras en el sistema internacional de responsabilidad individual por la comisión de crímenes contra la humanidad. Una de estas fisuras es que parte de las conductas descritas como crímenes contra la humanidad quedan fuera del alcance de un tratado universal a no ser que se encuentre en la órbita de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional: esto sucede con el exterminio, la persecución, la esclavitud sexual, o la prostitución o embarazo forzados. Otra, que no hay ningún tratado aplicable al asesinato en masa de miles de personas que no pueda caracterizarse como genocidio ni como crimen de guerra. Así, quedan grupos humanos sin proteger fuera del contexto de un conflicto armado, debido al limitado alcance del Convenio sobre genocidio⁹, como se pudo comprobar en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a la aplicación del Convenio para la prevención y sanción del crimen de genocidio, de 26 de febrero de 2007 (*Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro*)¹⁰. Esta sentencia permitió comparar los sistemas previstos para prevenir y perseguir los actos de genocidio y los crímenes contra la humanidad porque la propia Corte apuntó explícitamente en ella que las atrocidades cometidas durante el conflicto podrían ser crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra pero no podía pronunciarse sobre ello: a falta de un tratado sobre crímenes contra la humanidad y que estableciera la jurisdicción de la Corte, únicamente podía ejercer su competencia sobre el crimen de genocidio y solo dentro del marco legal establecido en la Convención y de la cláusula compromisoria que permitió que la Corte examinara el asunto¹¹.

Las limitaciones del crimen de genocidio han tenido, a su vez, consecuencias en los crímenes contra la humanidad porque, para superarlas y hacer frente de forma adecuada a atrocidades masivas, no se ha ampliado la definición de genocidio ni se ha modificado la Convención, sino que se ha desarrollado consuetudinariamente la noción original de crímenes contra la humanidad, eliminando el nexo originario con un conflicto armado o ampliando las conductas calificables como crimen contra la humanidad¹².

⁹ SADAT, L. "A Contextual and Historical Analysis of the International Law Commission's 2017 Draft Articles for a New Global Treaty on Crimes Against Humanity", *Journal of International Criminal Justice* vol. 16, 2018, pp. 683-704, esp. p. 685. En adelante, SADAT (2018).

¹⁰ *International Court of Justice, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 43.

¹¹ "Having carefully examined the evidence presented before it, and taken note of that presented to the ICTY, the Court considers that it has been established by fully conclusive evidence that members of the protected group were systematically victims of massive mistreatment, beatings, rape and torture causing serious bodily and mental harm, during the conflict and, in particular, in the detention camps. The requirements of the material element, as defined by Article II (b) of the Convention are thus fulfilled. The Court finds, however, on the basis of the evidence before it, that it has not been conclusively established that those atrocities, although they too may amount to war crimes and crimes against humanity, were committed with the specific intent (*dolus specialis*) to destroy the protected group, in whole or in part, required for a finding that genocide has been perpetrated" (...). "The killings outlined above may amount to war crimes and crimes against humanity, but the Court has no jurisdiction to determine whether this is so". *Ibidem*, pár. 319, 276-277. Véase sobre este caso SCHABAS, W., "Whither Genocide?", *Journal of Genocide Research*, 2007, vol. 9, n° 2, pp. 183-192, esp. p. 190. MILANOVIĆ, M. "State Responsibility for Genocide: A Follow-Up", *European Journal of International Law*, vol. 18, n°. 4, 2007, pp. 669-694.

¹² SCHABAS, W., "Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", en *United Nations Audiovisual Library of International Law*, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/cppcg/cppcg_e.pdf, p. 4.

Esta consecuencia nos lleva a la segunda razón para proponer un tratado: la ausencia de una única definición de estos crímenes con carácter general. No hay una definición igual de crímenes contra la humanidad en los estatutos de los tribunales penales internacionales creados para su represión¹³. Las definiciones en las legislaciones nacionales tampoco son uniformes. Más de setenta años sin tratado sobre crímenes contra la humanidad arrojan un resultado de hasta doce definiciones diferentes de crímenes contra la humanidad en diversos instrumentos jurídicos internacionales, definiciones que son diferentes entre sí, y la mayoría establecidas en los últimos treinta años¹⁴. Esta diversidad se explica porque se ha ido adaptando el tipo penal internacional original a cada conflicto concreto o a las circunstancias del momento¹⁵, cosa que no ha pasado ni con el crimen de genocidio ni con los crímenes de guerra. El resultado es un crimen camaleónico, porque los elementos contextuales han cambiado con el tiempo y el conflicto a que se aplica, a diferencia del genocidio, caracterizado por la intención específica de destruir o los crímenes de guerra, que deben tener un nexo con un conflicto armado.

Esta flexibilidad ha permitido evitar la impunidad por la comisión de crímenes contra la humanidad invocando su carácter consuetudinario o general, pero al mismo tiempo socava la certeza del Derecho internacional¹⁶ en un ámbito, como el penal, sometido al

¹³ El artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ETPIY) requiere un vínculo con un conflicto armado, interno o internacional, para centrar la competencia del Tribunal a las características del conflicto yugoslavo, de carácter interno o internacional dependiendo del momento y el territorio, mientras que el artículo 3 del Estatuto Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ETPIR) no lo exige. El ETPIR requiere que se hayan cometido los crímenes “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil”, de acuerdo con las características del conflicto ruandés, mientras que el EPIY no.

¹⁴ BASSIOUNI, Ch., “Crimes Against Humanity: The Case for a Specialized Convention”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 9, n° 4, 2010, esp. p. 581, en adelante BASSIOUNI (2010); BASSIOUNI, Ch., “Revisiting the Architecture of Crimes Against Humanity: Almost a Century in the Making, with Gaps and Ambiguities Remaining - the Need for a Specialized Convention”, en SADAT, L., *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, esp. pp. 43-58, en p. 58, en adelante BASSIOUNI (2011); GOLSDTONE, R., “Foreword”, en Sadat, L., *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, cit., pp. Xvi-xviii, esp. p. XXII; JALLOH, Ch., “The International Law Commission’s First Draft Convention on Crimes Against Humanity: Codification, Progressive Development, or Both?”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 52, 2020, pp. 331-405, esp. pp. 381-404, en adelante JALLOH (2020).

¹⁵ Véase esta evolución, entre otros, en VAN DEN HERIK, L., “Using Custom to Reconceptualize Crimes against Humanity”, en DARCY, S., POWDERLY, J., *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 80-128, esp. en pp. 81-87, en adelante VAN DEN HERIK (2010).

¹⁶ Como explicaba Huesa en ocasión de la creación de la CPI, algunos convenios que han criminalizado conductas tienen el efecto de que “relegan al ámbito de la impreciso, casi de lo inexistente, todo aquello que goza de este tratamiento priorizado. Efecto ‘negro sobre blanco’, el trasfondo se difumina y desaparece, desprovisto de toda eficacia jurídica en los órdenes internos” y recordaba entonces cómo en el “caso Pinochet” para el juez Garzón habría sido más sencillo contar con un tratado sobre crímenes contra la humanidad y no forzar el concepto de genocidio. Véase HUESA VINAIXA, R., “Incrimination universal y tipificación convencional (La paradójica relación tratado-costumbre en el ámbito del Derecho internacional penal”, en *Colección Escuela Diplomática*, n° 4, “Creación de una jurisdicción penal internacional”, 2000, pp. 105-116, esp. p. 108.

principio de legalidad¹⁷. Por otra parte, a la hora de aplicarlos tal diversidad de nociones complica la tarea de determinar los elementos de estos crímenes bajo el Derecho internacional consuetudinario¹⁸, pues incluso la jurisprudencia de los tribunales internacionales está resultando no solo diferente sino contradictoria entre sí.

Finalmente, un tercer motivo para proponer un tratado era impulsar las persecuciones nacionales, ante las limitaciones de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI). Aunque su creación se consideró un hito en la lucha contra la impunidad, la persecución de los crímenes internacionales no depende exclusivamente de la Corte, centrada en los crímenes más graves de trascendencia internacional y además condicionada por su jurisdicción limitada y complementaria: también depende de que los Estados cumplan internamente la tarea de investigar y perseguirlos y de que cooperen entre sí para su efectiva represión.

En este sentido, el principio de complementariedad contenido en el artículo 17 ECPI permitía reservar los crímenes más graves a la competencia de la Corte y, al mismo tiempo, podía impulsar la incorporación de los crímenes contra la humanidad en los ordenamientos nacionales para su persecución efectiva a nivel nacional. El papel de la Corte, que algunos autores señalan que está actualmente en crisis¹⁹, es especialmente relevante en la persecución de crímenes contra la humanidad por el creciente número de casos únicamente sobre estos crímenes, superior al de los tribunales *ad hoc*. Sin embargo, veinte años de funcionamiento de la Corte permiten comprobar que esta no tiene ni hay probabilidades de que tenga la capacidad institucional (en función de su Estatuto) ni los recursos necesarios (en función de las aportaciones de los Estados) para perseguir a los autores de crímenes contra la humanidad y otros crímenes cometidos en todos los

¹⁷ Sobre el principio de legalidad y la tipificación de los delitos internacionales véase ACOSTA ESTÉVEZ, José B., “La tipificación del delito internacional en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXV (2009), pp. 2175-38, en especial pp. 203-206.

¹⁸ DEGUZMAN, M. “Crimes Against Humanity”, en BROWN B. (ed.), *Research Handbook on International Criminal Law*, Edgar Elgar Publishing, Cheltenham, 2011, disponible en formato electrónico en *Temple University Legal Studies Research Paper* No. 2010-9, 25 páginas, esp. en p. 8-9. En adelante DEGUZMAN (2011).

¹⁹ Veáanse, entre otros: POWDERLY, J., “International criminal justice in an age of perpetual crisis”, *Leiden Journal of International Law* (2019), 32, pp. 1–11; ELLIS, M., “The Growing Crisis With the International Criminal Court”, 2019, <https://www.jurist.org/commentary/2019/05/mark-ellis-crisis-with-icc/>; y la serie de artículos en EJIL Talk! de GUILFOYLE, D., “This is not fine: The International Criminal Court in Trouble” (Parte I), <https://www.ejiltalk.org/part-i-this-is-not-fine-the-international-criminal-court-in-trouble/> y Parte II <https://www.ejiltalk.org/part-ii-this-is-not-fine-the-international-criminal-court-in-trouble/>, donde aborda aspectos como limitaciones estructurales, el alto presupuesto de la Corte en comparación con los resultados obtenidos, la lentitud de los procedimientos, los desacuerdos entre Salas y Fiscalía en relación con la solidez de las pruebas para iniciar procedimientos... así como GOLDSTONE, R., “Acquittals by the International Criminal Court”, EJIL Talk!, 18 enero 2019, <https://www.ejiltalk.org/acquittals-by-the-international-criminal-court/>, que concluía: “If there were no ICC in existence today, many people in many countries would be agitating for and demanding one. That we have one is a single achievement. It behooves us to make it the best possible and to assist it, as States, civil society, and individuals, in the best and most productive way possible”.

diferentes conflictos y regímenes que ocurren en el mundo, por muy atroces que sean y mucha trascendencia internacional que tengan²⁰.

Por otra parte, el principio de complementariedad de la Corte no tenía, al menos cuando se impulsó la iniciativa, el efecto esperado en cuanto a la recepción de los crímenes contra la humanidad. Un estudio realizado por la *George Washington University Law School* en el marco de la *CAH Initiative*, concluyó en 2013 que ni todos los Estados parte habían incorporado los crímenes contra la humanidad según el Estatuto de Roma en su legislación nacional ni todos los sistemas nacionales de justicia penal de los Estados parte eran capaces de enjuiciar crímenes contra la humanidad sin más instrumentos jurídicos internacionales que los existentes: solo un 40% lo podían hacer²¹.

El Estatuto de Roma solo regula las obligaciones y las relaciones entre la Corte y los Estados, entre ellas la de cooperar con ella²², pero no existe en el Estatuto una obligación de los Estados parte de tipificar ni de perseguir los crímenes contra la humanidad, ni tampoco una obligación de perseguir o extraditar entre Estados parte, por lo que la complementariedad entre Estados parte no existe, ni tampoco entre la Corte y Estados no parte.

Ello se debe a que el Estatuto de Roma se centra en la creación de la Corte Penal Internacional y en la relación “vertical” entre este tribunal y los Estados parte. La *CAH Initiative* proponía, en cambio, una convención centrada en la relación “horizontal” entre sus Estados parte (no necesariamente Estados parte del Estatuto de Roma) para que sea posible y efectiva la investigación, el enjuiciamiento y la extradición por la comisión de crímenes contra la humanidad y, además, que incluyera la responsabilidad internacional del Estado en su prevención y comisión.

Es el mismo enfoque de la Iniciativa MLA, pero esta no se limita a los crímenes contra la humanidad sino a crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y genocidio, pero, en cambio, no contempla la responsabilidad de los Estados, solo de los individuos.

²⁰ “Compared with the problems and violent crises in this world, the Court will always be small and weak, more symbol, more moral authority than real might. The main responsibility to prosecute international crimes must remain with the States. If only for reasons of capacity the Court will never be able to do more than conduct a few, exemplary trials”. KAUL, H., “The International Criminal Court: Current Challenges and Perspectives”, *Salzburg Law School on International Criminal Law*, 8 agosto 2011, <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/289b449a-347d-4360-a854-3b7d0a4b9f06/283740/010911salzburglawschool.pdf>; BASSIOUNI (2010), p. 587.

²¹ Véase el estudio y sus resultados en CARRILLO, A., NELSON, A., “Comparative Law Study and Analysis of National Legislation Relating to Crimes Against Humanity and Extraterritorial Jurisdiction”, *The George Washington International Law Review*, 2014, vol. 46, pp. 481-530. En adelante, CARRILLO-NELSON (2014).

²² Artículo 86 Estatuto de Roma.

3. ¿Por qué no ha habido ni se ha planteado nunca un convenio sobre crímenes contra la humanidad?

Desde los juicios de Nuremberg hasta la adopción del Estatuto de Roma se ha ido respondiendo a las necesidades de persecución de cada momento y de cada conflicto que se ha decidido afrontar (y no todos), y la respuesta no ha sido la misma, sino que se ha ido adaptando a cada conflicto en el que ha sido necesario dar una respuesta jurídicopenal (una sanción) a la comisión de graves violaciones de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. Sin embargo, la respuesta jurídicopenal ha sido solo judicial, es decir, ha consistido en la creación de jurisdicciones penales internacionales y no en su codificación como crímenes de Derecho internacional, así como se ha hecho con los crímenes de guerra o con el genocidio. No ha habido una política legislativa en este sentido, y los crímenes contra la humanidad, a falta de un marco convencional propio, se han ido desarrollando consuetudinariamente -en la concepción moderna de la costumbre internacional- sin reconsiderar su estructura original en general, sino solo en relación con la jurisdicción de un tribunal penal internacional. Se ha ido creando un mosaico de piezas que los tribunales han ido moviendo de un lugar a otro, superponiendo o, incluso, eliminando piezas, pero sin una reconsideración general de los crímenes²³.

Además, falta un análisis crítico de las normas que sustentan la prohibición internacional de los crímenes contra la humanidad²⁴, es decir, una fundamentación teórica de estos crímenes, que empezaría por determinar cuál es el foco de su antijuridicidad: la gravedad de las conductas, que chocan la conciencia de la humanidad; la Humanidad como valor o sentido o la humanidad como grupo; la paz y la seguridad, como trabajó la CDI durante más de cuarenta años; o bien incluso la autoría de los crímenes contra la humanidad, caracterizados por cometerse en grupo o bajo una organización o con una implicación estatal, además de fijarse en las víctimas (civiles o una población civil)²⁵. No existe, aún, una teoría general sobre cuál es, en definitiva, la *raison d'être* de los crímenes contra la humanidad²⁶.

4. De la *Crimes Against Humanity Initiative* al Proyecto de artículos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional

La *CAH Initiative* se ha materializado hasta el momento en el *Proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes contra la humanidad* redactado por la Comisión

²³ BASSIOUNI (2011), p. 44.

²⁴ DEGUZMAN (2011), p. 19.

²⁵ LUBAN, D., "Theory of Crimes Against Humanity", *Yale International Journal of International Law*, vol. 29, 2004, pp. 85-168, esp. 108. En el proyecto de la CDI de 1996 sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad se propuso como requisito "cuando se cometan de manera sistemática o en gran escala e instigados o dirigidos por un Gobierno o por cualquier organización o grupo" pero el artículo 7 ECPI no incluyó los grupos. Para la CDI de 1996, era la naturaleza colectiva de los actores y sus víctimas la característica definitoria de los crímenes de lesa humanidad.

²⁶ GIL, A., "Crímenes contra la humanidad", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 10, abril – septiembre 2016, pp. 202-215, esp. p. 204; ROBINSON, D., "Essence of Crimes against Humanity Raised by Challenges at ICC", *EJIL Talk!*, 27 setiembre 2011, <https://www.ejiltalk.org/essence-of-crimes-against-humanity-raised-by-challenges-at-icc/>. En adelante ROBINSON (2011).

de Derecho Internacional y aprobado en segunda lectura en 2019. La redacción se inició en 2014 tras ser incluido el tema en 2013 en el programa a largo plazo de la Comisión. El Relator Especial, S. Murphy, presentó cuatro informes (en 2015, 2016, 2017 y 2019) a los que siguieron los trabajos del Comité preparatorio y los correspondientes comentarios de los gobiernos²⁷.

El PACCH consiste en un proyecto de preámbulo, quince proyectos de artículo y un proyecto de anexo, junto con los comentarios correspondientes. En el artículo 1 se prevé su aplicación a la prevención y el castigo de los crímenes contra la humanidad, que son definidos en el artículo 2. El artículo 3 prevé las obligaciones generales (no cometer actos que constituyan crímenes contra la humanidad; prevenir y castigar los crímenes contra la humanidad que sean crímenes según el Derecho internacional, cometidos o no en tiempo de conflicto armado) y a continuación se establecen las obligaciones particulares: prevención (artículo 4), no devolución (artículo 5), criminalización en el Derecho interno (artículo 6), establecimiento de la competencia nacional (artículo 7), investigación (artículo 8), adopción de medidas preliminares cuando el presunto infractor se encuentre en el territorio ((artículo 9), *aut dedere aut iudicare* (artículo 10), trato justo del presunto infractor (artículo 11), protección de víctimas, testigos y otras personas (artículo 12). Finalmente, se establecen asimismo dos artículos sobre extradición (artículo 13) y asistencia judicial recíproca (artículo 14) y una última disposición sobre solución de controversias (artículo 15).

Las razones dadas por la Comisión para aprobar el inicio de los trabajos son las mismas que las indicadas en el marco de la *CAH Initiative*²⁸ y el proyecto se plantea desde una doble premisa: por una parte, establecer un marco legal específico para la persecución nacional de los crímenes contra la humanidad y, por otra, evitar entrar en conflicto con otros regímenes convencionales, en especial con el Estatuto de Roma, a la vez que se busca con este nuevo tratado contribuir a colmar algunas lagunas detectadas en los actuales regímenes de tratados y reforzarlos.

A) Conveniencia y necesidad de un nuevo tratado sobre crímenes contra la humanidad: relación con la Iniciativa MLA

En los comentarios formulados por los Estados en la Sexta Comisión en 2019 la mayoría (cuarenta Estados) manifestó su apoyo a una futura convención sobre crímenes contra la

²⁷ NU doc. A/CN.4/680 and Corr.1, “Primer informe sobre los crímenes contra la humanidad”, de 17 de febrero de 2015, en adelante, Primer informe (2015); NU doc. A/CN.4/690, Segundo informe sobre los crímenes contra la humanidad”, de 21 de enero de 2016; NU doc. A/CN.4/704, “Tercer informe sobre los crímenes contra la humanidad”, de 27 de enero de 2017; NU doc. A/CN.4/725 and Add.1, “Cuarto informe sobre los crímenes contra la humanidad”, de 18 de febrero de 2019, en adelante, Cuarto informe (2019); y los proyectos aprobados por la CDI: NU doc. A/72/10, “Texto del proyecto de artículos sobre los crímenes contra la humanidad aprobado por la Comisión en primera lectura”, de 26 de mayo de 2017, pp. 10-137; NU doc. A/74/10, “Texto del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes contra la humanidad” aprobado por la Comisión en segunda lectura”, pp. 11-141; Véanse todos los trabajos de la Comisión sobre el proyecto de artículos en *International Law Commission*, https://legal.un.org/ilc/guide/7_7.shtml.

²⁸ NU doc. A/74/10, pár. 1 y 2 del Comentario general.

humanidad, y muchos pidieron expresamente que esta se basara en el PACCH. Cuatro Estados (China, Grecia, Irán y Sudán) sugirieron que no era necesaria ni deseable una convención sobre esta materia²⁹. Las dos principales objeciones eran, por una parte, el dilema de si sería más conveniente priorizar la universalidad del Estatuto de Roma³⁰, y, por otra, la existencia de la Iniciativa MLA³¹.

No fue hasta 2019 que el Relator especial explicó los trabajos y el estadio de esta iniciativa paralela, pues al principio se resolvían las dudas planteadas afirmando que ambas iniciativas “tienen diferentes ámbitos, propósitos y dinámicas de negociación, y ambas merecen un examen claramente diferenciado por parte de la comunidad internacional, teniendo en cuenta su especificidad y la diferencia de foro en la que evolucionarán” o bien que “persiguen el mismo objetivo y se apoyan mutuamente al tiempo que avanzan en trayectorias diferentes”, de modo que “no solo podrían coexistir, sino que podrían reforzarse entre sí y progresar más al unísono”³². En ese año, al final de su mandato, el Relator observó con preocupación que había una gran cantidad de solapamientos y que podría resultar ineficaz y complicado que los Estados, que en una parte importante participan simultáneamente en los dos proyectos, aunque en foros diferentes, traten de llevar adelante las dos iniciativas de manera simultánea, además de correr el riesgo de que ninguna tenga éxito. Además, si ambas iniciativas se adoptasen como convenciones, ello podría dar lugar a que se creasen dos grupos de Estados parte en dos instrumentos diferentes con muchos aspectos en común, pero no mutuamente vinculantes. Ante esta situación, el Relator no puede más que concluir que corresponderá a los Estados, y no a la Comisión, decidir cuál es la mejor manera de proceder³³.

B) Coherencia con el Estatuto de Roma

Que el proyecto de artículos sobre crímenes contra la humanidad tiene que ser coherente con el Estatuto de la Corte Penal Internacional se justifica para evitar conflictos entre los

²⁹ *Cuarto informe* (2019), pp. 9-13; NU doc. A/C.6/71/SR.24, párr. 87, 88 (observaciones de China); NU doc. A/C.6/72/SR.20, párr. 42 (Irán); NU doc. A/C.6/72/SR.19, párr. 65-66 (Sudán).

³⁰ Por ejemplo, esta era la postura de Grecia, inicialmente en contra (véase esta posición en 2015 en <http://statements.unmeetings.org/media2/7654957/greece.pdf> y cómo la reitera en 2019 en *Cuarto informe* (2019), cit., p. 124) y de Francia: en 2013, se oponía al proyecto por considerar que lo que se tenía que hacer era reforzar la ratificación del Estatuto de Roma y no crear otro régimen convencional; después su voto fue positivo. Véase su posición en *68th Session of the United Nations General Assembly Sixth Committee, Report of the International Law Commission on the work of its sixty-third and sixty-fifth sessions* (Agenda ítem 81), 28 de octubre de 2013, https://www.un.org/en/ga/sixth/68/pdfs/statements/ilc/france_1e.pdf.

³¹ Véase Capítulo III, “Iniciativa paralela de elaboración de una convención sobre los crímenes contra la humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra” en *Cuarto informe* (2019), pp. 131-135.

³² *Cuarto informe* (2019), párr. 326-327. En 2017 el grupo motor de Estados que impulsaban la Iniciativa MLA distribuyó un documento en el que se explicaba cómo se relacionaba esta iniciativa con la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema de los crímenes contra la humanidad. Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Eslovenia, “Towards a multilateral treaty for mutual legal assistance and extradition for domestic prosecution of the most serious international crimes”, párr. 4, que puede consultarse en www.mzz.gov.si/fileadmin/pageuploads/Mednarodno_pravo/Explanatory_Note_EN_-_20-12-2017.pdf

³³ *Cuarto informe* (2019), pp. 134-135 y párr. 331.

diferentes regímenes convencionales aplicables a los crímenes contra la humanidad y, al mismo tiempo, para reforzar la jurisdicción no solo de los tribunales nacionales sino también de los internacionales, en especial la CPI. Esto se debe a que el Estatuto de Roma no se centra en las medidas que los Estados deben adoptar para prevenir y castigar los crímenes contra la humanidad, entre ellas la tipificación interna y acorde con la definición de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto. Así, una convención sobre los crímenes contra la humanidad llenaría una laguna en el marco jurídico internacional vigente, al tiempo que contribuiría a la aplicación de las disposiciones de complementariedad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, fomentando los enjuiciamientos nacionales³⁴.

La cuestión de la coherencia se ha planteado en particular entre la definición de los crímenes contra la humanidad según el Estatuto de Roma y según otros instrumentos jurídicos internacionales y, asimismo, el Derecho internacional consuetudinario, como explicaré más adelante.

C) Metodología

De las dos vías previstas en su Estatuto para que lleve a cabo sus competencias para el estudio de cuestiones de Derecho internacional³⁵ el tema de los crímenes contra la humanidad comenzó con una propuesta iniciada por un miembro de la Comisión, es decir, por el procedimiento previsto para los trabajos de codificación según el artículo 18 de su Estatuto³⁶, aunque, en la práctica, la CDI adopta un enfoque compuesto de su mandato por la dificultad de realizar una codificación *stricto sensu* y separar lo que es codificación de lo que es desarrollo progresivo³⁷, y el PACCH no es una excepción³⁸. No obstante, la cuestión de si la Comisión realiza un desarrollo progresivo o una codificación con este proyecto de artículos ha sido planteada con insistencia tanto en el seno de la CDI como de la Sexta Comisión³⁹ y el Relator ha expuesto que “lo que se incluyera en el proyecto

³⁴ NU doc. A/CN.4/726, véanse, por ejemplo, este comentario de Alemania (p. 11), y otros: Liechtenstein (p. 13), Brasil (p. 23) o Sierra Leona (p. 50), entre otros Estados, o la Unión Europea (p. 145) y el Comité contra las Desapariciones Forzadas (p. 136).

³⁵ Resolución 174 (II) de la Asamblea General de la ONU, “Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional”, 21 de noviembre de 1947, artículos 16-17 y 18 a 23.

³⁶ NU doc. A/68/10, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional 65º período de sesiones (6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013)”, p. 169.

³⁷ ABI-SAAB, G., “La Commission du droit international, la codification et le processus de formation de droit international” en *United Nations*, “Making Better International Law: Proceedings of the United Nations Colloquium on Progressive Development and Codification of International Law”, 1998, pp. 188–200, disponible en <https://legal.un.org/cod/books/MakingBetterIntlLaw.pdf>, esp. pp. 181-182.

³⁸ Véase TLADI, D., “The International Law Commission’s Recent Work on Exceptions to Immunity: Charting the Course for a Brave New World in International Law?”, *Leiden Journal of International Law* vol. 32, n° 1, 2019, pp. 169 – 187, esp. pp. 169, 172, 182; JALLOH, Ch., “The Role and Contributions of the International Law Commission to the Development of International Law”, 13 *Florida International University Legal Studies Research Paper No. 20-10*, 2019, pp. 975-987, copia electrónica disponible en SSRN, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3646567; JALLOH (2020), pp. 343, 350.

³⁹ Por ejemplo, por parte de España en el debate de la Sexta Comisión sobre el proyecto de 2017, véase NU doc. A/C.6/72/SR.20, “Acta resumida de la 20a sesión”, 28 de noviembre de 2017, p. 11: “Es importante que los Estados sepan si una propuesta representa una codificación (*lege lata*) o un desarrollo (*lege ferenda*)”

de artículos no debía implicar la codificación de las obligaciones y los derechos existentes en Derecho internacional consuetudinario” sino analizar tratados que servirían como modelos útiles para elaborar un proyecto de artículos, pero no con el objeto de codificar la costumbre vigente. En este sentido, la ambición era mínima porque el proyecto de artículos tendría que decir lo mínimo, y “ponerlo fácil” (sic) a los Estados para que aceptaran. Para ello la Comisión tenía que proponer una serie “útil, significativa y efectiva” de proyectos de artículos que los Estados y la sociedad civil pudieran acoger porque ya tendrían significado, al provenir de obligaciones y tratados ya existentes⁴⁰.

Finalmente, en el Comentario al PACCH se reconoce que “si bien algunos aspectos del presente proyecto de artículos pueden reflejar el Derecho internacional consuetudinario, su objetivo no es codificar el Derecho existente, sino redactar disposiciones que sean eficaces y con probabilidades de ser aceptables para los Estados, inspiradas en las que suelen emplearse en tratados que se ocupan de delitos que han obtenido muchas adhesiones, como base para una posible convención futura”⁴¹. Así pues, es un criterio de “pragmatismo” lo que ha guiado a la Comisión en este proyecto.

Siguiendo esta fórmula, la CDI ha avanzado en su labor con gran rapidez: solo ha tardado cinco años desde la propuesta hasta la aprobación en segunda lectura. Bajo mi punto de vista, esto ha sido posible por la implicación del Relator especial y de la codificación privada previa realizada en el marco de la *CAH Initiative*. Además, a pesar de iniciar sus trabajos por la vía formal de la codificación, el enfoque compuesto y utilitario adoptado le ha permitido evitar el proceso laborioso de determinar el estado del Derecho consuetudinario y de tratar de codificar las costumbres existentes mediante la remisión constante a modelos de tratados que resultan útiles y efectivos para un nuevo tratado sobre crímenes contra la humanidad⁴². En mi opinión, el propio trasvase de mecanismos, principios, obligaciones y prohibiciones de unos tratados sobre crímenes internacionales y transnacionales a un nuevo tratado ya sería de por sí un desarrollo progresivo del Derecho, pero en el PACCH se evita en todo momento calificarlo así.

del Derecho internacional existente, particularmente ante temas delicados. Lo mismo es cierto para los proyectos de artículos, si bien los Estados posteriormente pueden decidir si los incluyen o no en un tratado”.

⁴⁰ NU doc. A/CN.4/SR. 3258 (debate en CDI) pp. 12-17.

⁴¹ NU doc. A/74/10, Comentario general al proyecto, párr. 3.

⁴² Así lo reconoce implícitamente el Relator Especial Murphy en el Tercer informe sobre crímenes contra la humanidad (2017), cit., en 139. También en este sentido: NOUWEN, S., “Is There Something Missing in the Proposed Convention on Crimes Against Humanity? A Political Question for States and a Doctrinal One for the International Law Commission”, *Journal of International Criminal Justice*, vol.18, 2018, pp. 877-908, p. 878.

II. LA NOCIÓN DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD EN LOS RECIENTES TRABAJOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

En este Estudio me centraré solo en la definición de los crímenes contra la humanidad en el actual artículo 2 del proyecto aprobado en 2019 por la CDI por tres razones.

En primer lugar, porque esta noción podría ser la base material del primer tratado general para la prevención y sanción de los crímenes contra la humanidad, que pretende tener un alcance universal⁴³.

En segundo lugar, porque la metodología de no separarse del Estatuto de Roma ha resultado en la reproducción casi literal del artículo 7 ECPI en el artículo 2 del PACCH. Asimismo, en el artículo 2 del Proyecto de tratado MLA también se ha reproducido el artículo 7 del Estatuto de Roma⁴⁴. Este resultado nos sitúa ante una pregunta que podría encontrar respuesta en los trabajos de la Comisión: si el Estatuto de Roma representa el acuerdo de la mayoría de los Estados del mundo en julio de 1998 sobre la definición de crímenes contra la humanidad a aplicar, al menos, por la Corte Penal Internacional, una foto fija de ese momento, entonces, casi veinticinco años después, ¿esta definición refleja la noción general de crímenes contra la humanidad? De los trabajos de la CDI sobre el PACCH podríamos analizar si la definición del Estatuto de Roma proporciona hoy en día un punto de partida o bien de llegada para la noción de los crímenes contra la humanidad, como base de un futuro tratado para la prevención y sanción de estos crímenes a nivel nacional.

La respuesta y el proceso para llegar a ella me resultan muy interesantes desde la perspectiva de la nomegenética en el campo del Derecho internacional penal, con sus propias particularidades, y esto me lleva a la tercera razón por la que me he centrado en la definición de estos crímenes: no es posible responder a estas cuestiones sin plantear y aclarar cuál es la esencia de los crímenes contra la humanidad. Los trabajos y los debates en torno al PACCH me parecían una excelente oportunidad para conocer esta cuestión y, asimismo, el estadio actual de la tipificación de estos crímenes.

1. Valoración y puntos polémicos del artículo 7 ECPI

La relevancia del artículo 7 ECPI en la consolidación de la noción de crímenes contra la humanidad se debe a diversos motivos que no son cuestionados:

- a) Es la primera definición que no ha sido impuesta ni por los vencedores de un conflicto armado ni tampoco por el Consejo de Seguridad, y ha sido negociada y consensuada entre 160 Estados⁴⁵.

⁴³ NU doc. A/74/10, pár. 2 del Comentario general.

⁴⁴ Artículo 2.3 del proyecto de Convención MLA en su versión de 20 de abril de 2021

⁴⁵ Sobre el proceso de negociación de este artículo y también del Estatuto de Roma, véase: CAPELLÀ, M., *La tipificación penal internacional de los crímenes contra la humanidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 192-214, en adelante CAPELLÀ (2005); MÁRQUEZ CARRASCO, M., *El proceso de*

- b) Se trata de la definición más detallada de crímenes contra la humanidad hasta la fecha, pues, a diferencia de los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, tanto los actos calificables de crímenes contra la humanidad como los elementos de contexto fueron objeto también de definición a los efectos de la competencia material de la Corte, en el Estatuto y en los Elementos de los Crímenes adoptados en 2000⁴⁶.
- c) Confirma la emancipación de los crímenes contra la humanidad⁴⁷, conseguida básicamente a través de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, como crímenes autónomos, conceptualmente desconectados de otros crímenes de Derecho internacional y del contexto de conflicto armado, y los sitúa en lo que Kress denomina la “segunda generación del Derecho internacional penal”, la de los años noventa⁴⁸.

A pesar de ello, se han expresado dudas desde el primer día de la adopción del Estatuto de Roma sobre si el conjunto del artículo 7 reflejaba Derecho internacional consuetudinario⁴⁹, cuál era la mejor interpretación de algunos aspectos o si debía mejorarse en el futuro vía enmienda⁵⁰. Estas dudas han resurgido en ocasión de la elaboración del PACCH.

A) ¿La definición del artículo 7 ECPI era una noción ampliamente aceptada del Derecho internacional en 1998?

El artículo 7 ECPI tiene una base consuetudinaria y, de igual modo que en los estatutos de los tribunales penales internacionales anteriores, se adaptó la noción general de crímenes contra la humanidad al contexto en el que los Estados negociadores decidieron que operaría la Corte Penal Internacional⁵¹. En concreto, se incluyó el elemento de política para asegurar a los Estados negociadores que los actos aleatorios o aislados no serían procesados por la CPI como crímenes contra la humanidad⁵².

codificación y desarrollo progresivo de los crímenes contra la humanidad, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2008.

⁴⁶ NU doc. PCNICC/2000/1/Add.2, de 2 de noviembre de 2000. Los Elementos fueron revisados en la Conferencia de Kampala en 2010 en relación con el crimen de agresión. Pueden consultarse en *International Criminal Court, Core Legal Texts*, <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Pages/core-legal-texts.aspx>.

⁴⁷ KRESS, C., GARIBIAN, S., “Laying the Foundations for a Convention on Crimes Against Humanity”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 16, 2018, 909-957, esp. p. 912.

⁴⁸ KRESS, C., “Actes de terrorisme: nouvelles formes de crimes contre l’humanité?”, Cotte et al. (Eds), *70 ans après Nuremberg. Jugar le crime contra l’humanité*, Dalloz, París, 2017, p. 89-98.

⁴⁹ VAN DEN HERIK (2010), pp. 80-128.

⁵⁰ Entre otros motivos, para aclarar la participación de actores no estatales (JALLOH (2017), p. 435); para que el Estatuto no frenara el desarrollo del Derecho (CASSESE, A., “Crimes Against Humanity”, cit., pp. 1901-1913); para eliminar el requisito de política (HALLING, M., “Push the Envelope – Whatch It Bend: Removing the Policy Requirement and Extending Crimes against Humanity”, *Leiden Journal of International Law*, 23 (2010), pp. 827-845, esp. en p. 833-839).

⁵¹ CAPELLÀ (2005), pp. 96-100, 123-124, 195.

⁵² SADAT (2013), p. 377; SCHABAS, W., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2011, pp. 142-143.

Este elemento de política es una innovación en el Estatuto de Roma y en el Derecho internacional pero no es lo único especial que tiene el artículo 7 ECPI. Como observaba Cassese⁵³ en 2002, en algunos aspectos, el artículo 7 elabora y aclara el Derecho internacional consuetudinario: especifica que un crimen contra la humanidad debe cometerse con conocimiento del ataque y aclara los elementos objetivos de algunos de los delitos subyacentes, al hacer explícitos conceptos que hasta entonces eran implícitos y, por lo tanto, solo podían determinarse a través de la interpretación (las nociones de exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, tortura, prisión, violación y “otros actos inhumanos”). En otros aspectos, el artículo 7 amplía el alcance del Derecho internacional consuetudinario: incorpora el embarazo forzado, la desaparición forzada de personas y el crimen de apartheid, y, al tratar el delito de persecución, añade como motivos discriminatorios los culturales, los de género como se define en el párrafo 3, así como “otros motivos que son universalmente reconocidos como inadmisibles en virtud del Derecho internacional”.

Sin embargo, en otros aspectos esta disposición es más estricta que el Derecho internacional consuetudinario y se aparta de la noción general:

- En “cualquier población civil” se excluye a los beligerantes fuera de combate que han depuesto las armas, ya sea porque están heridos o porque han sido capturados.
- Cuando define “ataque dirigido contra cualquier población civil” como “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos mencionados en el párrafo 1 contra cualquier población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer tal ataque”, introduce un elemento cuantitativo (comisión múltiple) y otro de política u organización del ataque, que no define como tal⁵⁴.
- La definición de persecución debe interpretarse en relación con cualquier acto mencionado en este párrafo o cualquier crimen dentro de la jurisdicción de la Corte (crímenes de guerra, genocidio y agresión)⁵⁵.

Hay que tener en cuenta que el artículo 7 ECPI fue el resultado de un proceso negociador altamente político que funcionó con el consenso en mente, en lo que se denomina “el consenso de Roma”. Se puede comprobar en los trabajos de la Comisión que este consenso se ha utilizado como principal argumento para no entrar a discutir ni a elaborar una definición propia de crímenes contra la humanidad en el PACCH, por el temor a que

⁵³ CASSESE, A., “Crimes Against Humanity”, en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 353-378. Véase la comparación *in extenso* en pp. 373-377. También en este sentido: CLARK, R., “History of Efforts to Codify Crimes Against Humanity”, en SADAT, L. (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, cit., p. 8-27, esp. p. 21.

⁵⁴ “Clearly, this requirement goes beyond what is required under international customary law and unduly restricts the notion under discussion. This restriction is made even more explicit and broader by the Elements of Crimes. There it is stated that the policy to commit such attack requires that the State or organization actively promote or encourage such an attack against a civilian population”. CASSESE, A., “Crimes Against Humanity”, cit., p. 376.

⁵⁵ Jalloh, entre otros, coincide con Cassese en que esta conexión exigida no refleja el Derecho internacional consuetudinario. JALLOH (2020), p. 381-404,

se cuestione ahora el consenso conseguido entonces⁵⁶ o bien a que se debilite el consenso en torno a los fundamentos del Derecho penal internacional en su conjunto⁵⁷, o, incluso, a que se produzca una regresión⁵⁸.

Se debería plantear si el artículo 7 ECPI surgido del consenso de Roma es en la actualidad la noción ampliamente aceptada de crímenes contra la humanidad en el Derecho internacional general, a pesar de que no lo era, en su totalidad, en 1998. En este sentido, Condorelli señalaba en 1999 que el artículo 7 del Estatuto de Roma estaba llamado a ser percibido en el futuro como la consagración o cristalización del Derecho internacional general vigente en esta área⁵⁹, y Huesa, poco después, reconocía que, si no un efecto declarativo, si debería tener al menos un efecto cristizador de la tipificación internacional de esas conductas como crímenes contra la humanidad por el hecho de que 120 Estados habían votado a favor de la adopción del Estatuto⁶⁰. Sin embargo, esta no era la intención de los Estados si se tiene en cuenta el artículo 10 del propio Estatuto, que establece: “Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del Derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”⁶¹.

Se trata de una cláusula de salvaguarda que aborda dos situaciones muy diferentes. Por una parte, podría ser invocada para preservar el Derecho consuetudinario existente, en caso de que los aspectos innovadores sean más restrictivos en el Estatuto que en el Derecho existente o en desarrollo. En otras palabras, solo en la medida en que el Estatuto

⁵⁶ Véanse las declaraciones de Grecia en la Sexta Comisión en 2019, *Cuarto informe* (2019), p. 133-134.

⁵⁷ Especialmente si países como la Federación Rusa o China se oponen expresamente al proyecto de artículos y a los trabajos de la Comisión (BERGSMO, M. y SONG, T., *On the Proposed Crimes Against Humanity Convention*, cit., p. 14).

⁵⁸ Esta es la conclusión apuntada por la Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos francesa sobre el proyecto de artículos, en 2018: “Il ne faudrait pas qu'en multipliant les concessions pour favoriser l'élaboration d'une convention qui ne sera peut-être pas adoptée ou qui n'entrera jamais en vigueur, les rédacteurs n'affaiblissent le droit positif, en remettant en cause des principes faisant déjà l'objet d'une large consécration coutumière. Autrement dit, il ne faudrait pas 'sacrifier la proie pour l'ombre'. Ainsi, tout en contribuant à encourager les efforts de la CDI, et les progrès certains qui figurent dans le projet, il convient d'être particulièrement vigilant pour éviter tout risque de régression ou de remise en cause des avancées de ces vingt dernières années”. *Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme*, “Avis relatif au projet de convention sur les crimes contre l'humanité (assemblée plénière - 27 mars 2018 - adoption: à l'unanimité)”, *Journal Officiel* n°0077, 1 abril 2018, Texte n° 47, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/article>.

⁵⁹ CONDORELLI, L., “La Cour pénale internationale: un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)”, *Revue Générale de Droit International Public*, tomo 103, n° 1, 1999, pp. 7-21, esp. p. 10.

⁶⁰ HUESA VINAIXA, R., “Incrimación universal y tipificación convencional...”, cit., p. 113.

⁶¹ Este artículo surgió del Comité preparatorio del proyecto de Estatuto de Roma. Para responder a la creciente preocupación por el efecto que el proceso de elaboración del Estatuto podía llegar a tener, por el formato de la conferencia y el método de consenso seguido en ella, sobre el contenido normativo de los crímenes de guerra y contra la humanidad, el profesor M. Cherif Bassiouni, en representación del Gobierno de Egipto en la Conferencia diplomática, propuso un artículo Y que después se incluyó en el Estatuto como artículo 10, ya reproducido. Es el único que no tiene título, probablemente por su contenido ambiguo. Véase el apartado sobre el origen del artículo 10 en SADAT, L., “Custom, Codification and Some Thoughts about the Relationship between the Two: Article 10 of the ICC Statute”, *49 DePaul Law Review* 909 (2000), pp. 909-923, esp. pp. 912-917, en adelante SADAT (2000); y BENNOUNA, M., “The Statute's Rules On Crimes And Existing or Developing International Law”, en: CASSESE, A., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, cit., pp. 1101-1107, esp. p. 1102.

hiciera una contribución progresiva al Derecho internacional humanitario, los redactores, conscientes del alcance más restrictivo de algunas disposiciones respecto del Derecho consuetudinario⁶², pretendían que solo ese Derecho más progresivo se aplicara a todos. Por otra parte, es difícil concebir que el Derecho en desarrollo sobre los crímenes contra la humanidad no se vería influido por un tratado que, después de todo, proponía un compromiso jurídico entre un gran número de Estados, incluso si el objetivo de los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto era establecer solamente la competencia material de la futura Corte⁶³. Y, efectivamente, esta disposición no ha impedido que tribunales especiales y tribunales nacionales invoquen la Parte II del Estatuto de la CPI, y, específicamente, alguno de sus aspectos innovadores⁶⁴.

La opción de reproducir literalmente en el PACCH la definición del artículo 7, con algunos cambios menores, proviene de que la mayoría de los Estados que abordaron esta cuestión en la Sexta Comisión en el otoño de 2014 sostuvieron que la CDI no debía adoptar una definición de “crímenes contra la humanidad” para una nueva convención que difiriera de la del artículo 7 del Estatuto de Roma⁶⁵. Ante el primer informe presentado por el Relator especial en 2015, en el seno de la CDI la mayoría de los miembros lo consideraron apropiado⁶⁶ y en el Comentario al proyecto de artículo 2 sobre la definición de los crímenes se indicó que se utiliza literalmente esta definición porque es un modelo útil para redactar la definición en el PACCH, tiene “un apoyo muy amplio entre los Estados”, y, asimismo, porque una reproducción literal podría promover el régimen de complementariedad del Estatuto de Roma. También se indica que la definición del artículo 7 ECPI “es utilizada en la actualidad por muchos Estados cuando aprueban o modifican legislación nacional”, aunque en nota a pie de página se indique

⁶² KRESS, C., GARIBIAN, S., “Laying the Foundations for a Convention on Crimes Against Humanity”, cit., p. 919. También, en este sentido, ver ROBINSON, D. “The context of Crimes Against Humanity” in LEE, R. (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedures and Evidence*, Transnational Publishers, Nueva York, 2001, pp. 61-80, esp. pp. 65-69.

⁶³ Como concluye Bennouna sobre el efecto del Estatuto y de su artículo 10 en el Derecho consuetudinario, es difícil que otros tribunales se comporten como si un hito legal del siglo pasado no se hubiera producido. BENNOUNA, M., “The Statute’s Rules...”, cit., p. 1103, 1106.

⁶⁴ A título de ejemplo, lo hizo tempranamente el TPIY en el caso Furundzija, cuando el Estatuto de Roma ni siquiera había entrado en vigor: entonces afirmó que, no obstante el artículo 10 del Estatuto, “este puede ser tomado en consideración para reafirmar, reflejar o aclarar las normas consuetudinarias o cristalizarlas, mientras que en algunas áreas crea nuevas leyes o modifica las leyes existentes”, y se puede acudir “con prudencia” a estas disposiciones para ayudar a dilucidar el Derecho internacional consuetudinario. Así, “dependiendo del asunto en cuestión, se puede considerar que el Estatuto de Roma reafirma, refleja o aclara las normas consuetudinarias o las cristaliza, mientras que en algunas áreas crea nuevas leyes o modifica las leyes existentes”. *Prosecutor v. Furundzija*, Case nº IT-95-17/1-T, *Trial Chamber II, Judgment*, de 10 de diciembre de 1998, pár. 227.

⁶⁵ *Primer informe* (2015), pár. 122.

⁶⁶ Prácticamente todos los miembros de la Comisión que lo comentaron estuvieron de acuerdo en que esa definición era la necesaria. Algunos miembros sugirieron que la Comisión no debería sentirse apegada al artículo 7 del Estatuto de Roma y que se podrían contemplar mejoras en la definición contenida en él. Sin embargo, la opinión dominante estaba en contra de hacerlo. Véanse los comentarios y el debate en NU doc. A/CN/SR.3258, *International Law Commission, Sixty-seventh session, Provisional summary record of the 3258th Meeting held at the Palais des Nations, Geneva, on Thursday, on 8 May 2015*, 24 de setiembre de 2015, p. 14.

que no toda la legislación nacional relativa a los crímenes contra la humanidad contiene actualmente la misma definición que figura en el artículo 7 del Estatuto de Roma”⁶⁷.

Cabría hacer dos observaciones sobre estas razones. Sobre el apoyo de los Estados al Estatuto de Roma, este es, ciertamente, muy amplio (123 Estados son parte a octubre de 2022), pero no universal⁶⁸. Grandes Estados continúan sin ratificarlo (China, la Federación Rusa, India o Indonesia, por ejemplo) aunque fueron signatarios en su momento (Estados Unidos e Israel), hay una infrarrepresentación de los países del área Asia-Pacífico, hay Estados que se han retirado (Filipinas y Burundi) y se da una posición especialmente crítica del grupo de Estados africanos en relación con la cuestión de las inmunidades y la obligación de cooperación con la Corte tras el *Caso Al-Bashir*⁶⁹, que ha llevado a la creación de una Sección de Derecho Penal Internacional en la futura Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos, que será un tribunal penal internacional de carácter regional (africano) si llega a entrar en vigor el Protocolo de Malabo de 2008⁷⁰. En cuanto a la amplia aceptación de la definición del artículo 7 ECPI, la Comisión no indica a título de qué es aceptada esta definición. En el primer informe (2015) el Relator afirmaba que se trataba de una definición “ampliamente aceptada como Derecho internacional establecido”, pero después no lo ha repetido⁷¹. La Comisión solo indica que “el artículo 7 ECPI es una base adecuada para definir los crímenes contra la humanidad

⁶⁷ NU doc. A/74/10, pár. 8 del Comentario al Preámbulo, p. 27, y nota n° 37.

⁶⁸ En la Conferencia diplomática participaron 160 Estados. Fue adoptado el 17 de julio de 1998 con el voto de 120 Estados a favor, 7 en contra y 21 abstenciones y entró en vigor al contar con sesenta instrumentos de ratificación el 11 de abril de 2002. Véanse los actuales Estados parte en *Assembly of States parties to the Rome Statute*, https://asp.icc-cpi.int/EN_Menus/asp/pages/asp_home.aspx. Véase una valoración a los veinte años de su adopción, con los retos y las sombras que oscurecen esta jurisdicción en los últimos años en SALINAS, A., PETIT, E. (dir.), *La Corte Penal Internacional 20 años después*, Tirant lo Blanch, València, 2021 y, asimismo, las valoraciones emitidas 10 años después por iusinternacionalistas españoles en *Institut Català Internacional de la Pau*, “El futuro de la Corte Penal Internacional. Hacia el X aniversario de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, *Documents* 09/2012, disponible en https://www.icip.cat/wp-content/uploads/2020/11/definitivo_cpi.pdf.

⁶⁹ Véase el contexto y reflexiones en torno a este caso en BOLLO, D., “Corte Penal Internacional, Remisión de situaciones por el consejo de seguridad e inmunidades jurisdiccionales. Reflexiones al hilo del caso Al Bashir”, en QUEL, J., BOLLO, D., *Intereses Públicos, intereses privados, su defensa y colisión en el Derecho internacional*, Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, 2014, p. 99-133.

⁷⁰ El Protocolo amplía la lista de “crímenes internacionales” hasta catorce crímenes de naturaleza tan diversa como piratería, corrupción, trata de personas, tráfico de drogas o cambio inconstitucional de gobierno, además de los que se consideran “core international crimes”. *Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights* (Malabo, 1 julio 2008) https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e.pdf. Cuenta con 8 Estados parte, de un total 33 signatarios y entrará en vigor si es ratificado por 15 Estados. Véase el estado de ratificaciones en <https://au.int/sites/default/files/treaties/36396-sl-PROTOCOL%20ON%20THE%20STATUTE%20OF%20THE%20AFRICAN%20COURT%20OF%20JUSTICE%20AND%20HUMAN%20RIGHTS.pdf>. Sobre la nueva Corte Africana de Justicia y este tribunal penal africano véase, JALLOH Ch. et al. (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Developments and Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

⁷¹ En el primer informe se acepta que pueden existir desacuerdos con respecto a si el artículo 7 refleja el Derecho internacional consuetudinario. *Primer informe* (2015), pár. 122.

en los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 2”, pero lo hace después de describir siete definiciones anteriores al Estatuto de Roma, todas diferentes entre sí⁷².

Tampoco se refiere a que el mencionado informe de la *George Washington University* de 2013 había puesto de manifiesto que, tras el Estatuto de Roma, se había ampliado el alcance de la incriminación universal de las conductas sujetas a persecución penal como crímenes contra la humanidad, pero esta incriminación no era homogénea ni universal: ni todos los Estados parte del Estatuto de Roma habían incorporado estos crímenes en su ordenamiento jurídico ni todos lo habían hecho de la misma manera. De este estudio cabe destacar no solo los datos cuantitativos que reflejaban que solo el 66% de los Estados que en ese momento eran parte del Estatuto de Roma (80 de 121) tenían alguna forma de legislación nacional relacionada con la prohibición de crímenes contra la humanidad. También merece atención el análisis cualitativo realizado atendiendo tanto a la tipificación de los crímenes como a la capacidad para ejercer jurisdicción cuando el acto se comete extraterritorialmente: de 83 legislaciones examinadas (incluyendo las de Estados no parte del Estatuto) solo 34 poseen legislación sobre crímenes contra la humanidad *per se* y de estos 34 solo diez adoptaron literalmente el texto del artículo 7 del Estatuto de Roma al definir estos crímenes, mientras que 24 carecen de elementos clave de la definición del Artículo 7. La diversidad es patente en algunos aspectos con los siguientes datos:

- 34 de 34 Estados (100%) hacen referencia a una “población civil” o “civiles” en su legislación (este es el elemento común de todas las definiciones de crímenes contra la humanidad *per se*).
- 29 de 34 estados (85%) incluyen el requisito de “actos generalizados”.
- 29 de 34 Estados (85%) incluyen el requisito “sistemático” (los mismos 29 Estados que contienen el requisito generalizado; ningún Estado incluye el uno sin el otro).
- 29 de los 29 Estados (100%) que han incluido los requisitos “sistemático” y “generalizado” lo han hecho en disyuntivo (“o”) en lugar de conjuntivo (“y”).
- 18 de 34 estados (53%) incluyen el requisito de “conocimiento”.
- Solo 12 de los 34 estados (35%) incluyen el requisito de “política”.
- 17 de 34 Estados (50%) carecen de uno o más de los actos prohibidos del Artículo 7.1 (a) - (k)
- 10 de 34 estados (29%) excluyen el apartheid (aunque 7 de estos 10 Estados han ratificado o se han adherido a la Convención sobre el Apartheid).
- 7 de 34 estados (21%) excluyen el conjunto “otros actos inhumanos” contenidos en el artículo 7.1 (k).
- Algunos Estados que incluyen el acto prohibido de “persecución” (artículo 7.1.h) excluyen sin embargo ciertos motivos de persecución. De los 31 Estados que articulan al menos algunos motivos específicos de persecución: siete excluyen “género”, dos excluyen “nacional” y dos 2 excluyen “étnicos”.

⁷² Un análisis *in extenso* del origen de los crímenes se encuentra en *Primer informe* (2015), pág. 27-64.

Para garantizar su criminalización en el Derecho interno, se prevé un proyecto de artículo 6 con el objetivo de que estos crímenes estén tipificados en sus diferentes modalidades de comisión, de que no se invoquen como eximente determinadas circunstancias (responsabilidad de los mandos u otros superiores, cumplimiento de órdenes) o la prescripción de los delitos, y que se prevean penas apropiadas proporcionales a la gravedad de esos delitos así como la responsabilidad de las personas jurídicas⁷³. Sin embargo, la obligación concreta no consiste en adoptar literalmente la misma definición prevista en el futuro tratado, sino que se establece que “Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que estén en su Derecho penal los crímenes contra la humanidad”. Solo un Estado (Grecia) sugirió añadir, en los comentarios al proyecto de 2019, después de “los crímenes contra la humanidad” las palabras “tal como están definidos en el presente proyecto de artículos”⁷⁴.

Los Comentarios de la Comisión al respecto permiten entender que los Estados conservan una cierta libertad al implementar la obligación de criminalizar “atendiendo a la definición de crímenes contra la humanidad que figura en el proyecto de artículo 2, párrafos 1 y 2”, pero en el articulado propuesto no se exige así. En consecuencia, los Estados tendrían -en caso de aprobarse una convención con este texto- la libertad de no reproducir el lenguaje legal exacto utilizado en este proyecto de artículo, aunque con la precaución indicada por la Comisión de que “esto no resulte en una desviación significativa de ese proyecto de artículo”⁷⁵.

2. Del artículo 7 ECPI al artículo 2 PACCH

La elección por “tomar en consideración” el artículo 7 ECPI queda reflejada en el párrafo 7 del proyecto de preámbulo. Inicialmente se reprodujo de forma literal esta disposición en un proyecto de artículo 2, con excepción de dos cambios no sustanciales y la incorporación de un nuevo párrafo con una cláusula de salvaguarda.

En primer lugar, se sustituyeron las frases que en dos partes del artículo 7 indican “a los efectos del presente Estatuto” por “a los efectos del presente proyecto de artículos”; y se sustituyó también la frase del artículo 7, párrafo 1.h), del Estatuto que tipifica los actos de persecución cuando se realizan en conexión “con cualquier crimen de la competencia de la Corte” por “con actos de genocidio o crímenes de guerra”. Estos cambios eran necesarios para adaptar la frase al contexto diferente de lo que es un tratado de crímenes contra la humanidad respecto del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

⁷³ Nótese que el Estatuto de Roma no prevé la responsabilidad de las personas jurídicas.

⁷⁴ NU doc. A/CN.4/726, “Crímenes contra la humanidad. Comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos, organizaciones internacionales y otros interesados”, de 21 de enero de 2019, p. 74.

⁷⁵ NU doc. A/74/10, pár. 6, p. 73. Esto no es extraño cuando se trata de expresiones consideradas incompatibles con el principio de legalidad, como pasa, por ejemplo, con “otros actos inhumanos de carácter similar”. Así, Kress y Garibian recuerdan que la Sección 7(1) No. 8 del Código Penal alemán de Derecho internacional evita estos términos, por razones de seguridad jurídica, tal como figuran en el artículo 7 ECPI. GARIBIAN, S., KRESS, C., “Laying the Foundations for a Convention on Crimes Against Humanity...”, cit., p. 923.

En segundo lugar, se aprobó una “mejora”, a propuesta del miembro francés en la Comisión (Forteau) en el debate del primer informe del Relator, consistente en añadir una cláusula de salvaguarda en el proyecto de artículo 2 con la idea de que la definición establecida en el tratado no afectara a una definición más amplia que pudiera existir en otros instrumentos internacionales o en la legislación nacional. Así, la definición del nuevo tratado funcionaría como una base común, un mínimo, para los Estados, pero no como un límite en el sentido de que los Estados podrían adoptar una ley nacional con una definición más amplia de crímenes contra la humanidad⁷⁶. Se propuso para ello un texto procedente del párrafo 2 del artículo 1 de la Convención contra la Tortura⁷⁷, que se ha reproducido en un grado u otro en varios tratados de derechos humanos, así como en el artículo 10 del Estatuto de Roma.

En este punto es importante destacar que en el Comité de redacción se señaló que, aunque uno de los objetivos importantes del proyecto es la armonización del Derecho de forma que pueda servir de base para una sólida cooperación interestatal, pueden darse definiciones más amplias que la propuesta. Ante esta posibilidad, desde el Comité de redacción se consideró apropiado indicar en algún lugar del PACCH que, “de hecho, cualquier elemento adicional de esta definición adoptado en una ley nacional no estaría comprendido en el ámbito del presente proyecto de artículos y, por lo tanto, no se beneficiaría de las disposiciones contenidas en ellos”⁷⁸, y así queda recogido en el Comentario. Nótese que se refiere a definiciones más restrictivas que la del artículo 7 ECPI, no a las definiciones más amplias. Por ejemplo, sería el caso de un Estado que exigiera los requisitos de generalidad y sistematicidad de forma conjuntiva.

En los debates en la Comisión sobre el proyecto de artículo sobre definición de los crímenes contra la humanidad⁷⁹, algunos miembros no estaban convencidos de la opción de replicar el texto del artículo 7 Estatuto de Roma, y plantearon mejorar o ajustar la definición contenida en él a los efectos de un tratado diferente de este en tres aspectos: el elemento político requerido en el ataque contra una población civil, el término “género”, y también las definiciones de persecución y desaparición forzada, más restringidas en el Estatuto de Roma que en el Derecho internacional general actual.

En general, respecto de este primer informe -que es en el que se plantea específicamente la cuestión de la definición de los crímenes contra la humanidad- cabe apreciar que se trata de una recopilación o sistematización de antecedentes normativos y jurisprudenciales, tanto históricos como contemporáneos, sin un análisis jurídico de fondo⁸⁰. De hecho, el Relator hizo hincapié en los debates en que el análisis del

⁷⁶ *International Law Commission*, “Sixty-seventh sesión, Geneva, 4 May – 5 June and 6 July – 7 August 2015, “Crimes against humanity, Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Mathias Forteau”, 5 junio 2015, pp. 6. Véase también NU doc. A/CN.4/SR.3256, p. 8.

⁷⁷ “Este artículo se entiende sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de aplicación más amplia”.

⁷⁸ *International Law Commission* 67ª sesión (2015), “Crimes against humanity, Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Mathias Forteau”, 5 junio 2015, p. 6.

⁷⁹ NU doc. A/CN.4/SR. 3258, Debate en CDI, conclusiones pp. 12-17.

⁸⁰ GARIBIAN, S., KRESS, C., “Laying the Foundations for a Convention on Crimes Against Humanity...”, cit., pp. 916-919, nota 29.

significado de los diversos términos establecidos en el artículo 7 del Estatuto de Roma tenía por objeto simplemente proporcionar una breve descripción de cómo los tribunales internacionales, principalmente la Corte Penal Internacional, habían interpretado esos términos hasta la fecha, pero que, en todo momento, su análisis evitó cuestiones controvertidas y emitir conclusiones definitivas sobre el estado del Derecho⁸¹

En 2017 la Comisión aprobó, en primera lectura, el proyecto de artículos completo sobre los crímenes contra la humanidad, que incluía un proyecto de preámbulo, quince proyectos de artículo y un proyecto de anexo, con comentarios. La definición del proyecto de artículo 2 contiene tres requisitos generales, enumera los actos prohibidos subyacentes que constituyen crímenes contra la humanidad y detalla varios términos usados dentro de la definición, lo que da lugar a definiciones dentro de la definición. En el comentario al proyecto de artículo la Comisión se detuvo en los tres requisitos generales porque, a su juicio, merecen cierto análisis: el ataque “generalizado o sistemático”, el ataque “contra una población civil” y el requisito “con conocimiento de dicho ataque”. Son requisitos que han sido aclarados en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y de otras cortes y tribunales internacionales o híbridos y esta misma jurisprudencia, indica la Comisión, “seguirá ayudando a informar a las autoridades nacionales, incluidos los tribunales de justicia, del sentido de esta definición, lo que a su vez promoverá criterios armonizados a escala nacional”. Además, la Comisión observa que “sigue creándose, con el paso del tiempo, jurisprudencia pertinente, de suerte que el análisis que figura más abajo solo pretende señalar algunos de los parámetros de estos términos a julio de 2017”⁸².

La Comisión decidió remitir los proyectos de artículos a los Estados, las organizaciones internacionales y otros interesados para que formularan comentarios y observaciones. Esta redacción sufrió después tres modificaciones importantes que fueron aprobadas en 2019: se eliminó la definición de género en el tercer párrafo, se suprimió el requisito de conexión de la persecución con el crimen de genocidio o crímenes de guerra y se añadió a la cláusula de salvaguarda (que quedó como párrafo tercero) “Derecho consuetudinario”. Explico a continuación estos cambios, que el Relator y la Comisión califican más bien como “ajustes” y consideran que mejoran el texto propuesto inicialmente; y después indico también lo que no se cambió.

⁸¹ “At the same time, he stressed that the analysis of the meaning of the various terms set forth in article 7 of the Rome Statute was intended simply to provide a short account of how international courts, principally the International Criminal Court, had interpreted those terms to date. The analysis avoided controversial issues and “freezing” the law by reaching any definitive conclusions”. NU doc. A/CN.4/SR. 3258, p. 17.

⁸² Véase NU doc. A/72/10, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional 69º período de sesiones (1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017)”, p. 35 a 46.

A) Lo que se cambia del artículo 7 ECPI

a) La definición de género en el Estatuto de Roma

El artículo 7 del Estatuto de Roma contiene una definición de “género”⁸³ que en su momento fue una disposición de compromiso para satisfacer a ciertos grupos que querían especificar un significado que guiara la aplicación futura del Estatuto, ante “las exigencias del principio de legalidad”⁸⁴. Así, en el contexto de la Corte Penal Internacional, la definición se refiere únicamente a los “dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad” y ha sido criticada porque se identifica “género” y “sexo”⁸⁵, se limita su interpretación con la referencia al “contexto de la sociedad” y se excluye la orientación sexual de la definición de “género”. Se trata de una definición restringida porque, por ejemplo, no incluiría a las personas transgénero, no binarias e intersexuales⁸⁶.

Además, esta definición de género parece haber sido superada desde la adopción del Estatuto de Roma en julio de 1998 en el ámbito de Naciones Unidas⁸⁷ e incluso órganos de la propia Corte Penal Internacional, como la Fiscalía, ha abandonado esta definición⁸⁸.

En los primeros debates de la Comisión se planteó ya la necesidad u oportunidad de redefinir o bien eliminar la definición de género⁸⁹ y organismos de Naciones Unidas como el Alto Comisionado de Derechos Humanos, mecanismos especiales (24 relatores especiales y un experto independiente), asociaciones académicas⁹⁰, organismos

⁸³ Art. 7.3. “A los efectos del presente Estatuto, 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”.

⁸⁴ Como observaba Oosterveld, otros motivos de persecución en el artículo 7 como “cultura” tampoco están claramente definidos en Derecho internacional penal y solo el término “género” fue objeto de controversia, negociación y definición a los efectos del Estatuto, a pesar de que este término ya era utilizado por los órganos de Naciones Unidas sin necesidad de definición ni interpretación. Véanse los estudios de esta autora sobre el término “género”, entre ellos: OOSTERVELD, V., “The definition of ‘Gender’ in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?”, *Harvard Human Rights Journal* vol. 18, 2015, pp. 55-84, esp. pp. 58-66 donde explica las negociaciones diplomáticas tras las que fue adoptado el párrafo 3 del artículo 7 ECPI; y en relación con el proyecto de tratado sobre crímenes contra la humanidad, OOSTERVELD, V., “Gender-Based Crimes Against Humanity” en SADAT, L. (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, cit., pp. 78-101. También SADAT (2018), p. 696; JALLOH (2020), cit., pp. 382-398.

⁸⁵ Además, la palabra “género” en este sentido no existe en algunas lenguas como francés o árabe. Así, la versión francesa del Estatuto de Roma utiliza “sexe” o “sexiste”.

⁸⁶ OOSTERVELD, V., “Gender-Based Crimes Against Humanity”, cit., p. 79. ENGLE, K., “Feminism and Its (Dis)Contents: Criminalizing Wartime Rape in Bosnia and Herzegovina” *American Journal of International Law* vol. 99, 2005, pp. 778-816.

⁸⁷ Véase por ejemplo *United Nations Office of the High Commissioner on Human Rights*, “Gender Equality Policy”, https://www2.ohchr.org/english/issues/women/docs/GenderEqualityPolicy_September2011.pdf.

⁸⁸ *International Criminal Court, Office of the Prosecutor*, “Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes,” junio 2014, texto disponible en https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/Policy_Paper_on_Sexual_and_Gender-Based_Crimes-20_June_2014-ENG.pdf, p. 15.

⁸⁹ Véanse las conclusiones al respecto en NU doc A/CN.4/SR. 3258, pp. 12-17.

⁹⁰ *International Bar Association*, “War Crimes Committee Comments on the International Law Commission’s Draft Articles on Crimes Against Humanity”, noviembre 2018, p. 8.

nacionales y ONG⁹¹ apuntaron también en ese sentido. En los debates de 2019 muchos Estados criticaron la repetición del párrafo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en que se define el “género”, por distintos motivos: por ser “poco inclusiva e inexacta”, por no tener en cuenta la evolución que se ha producido durante los últimos veinte años en los ámbitos del Derecho internacional de los derechos humanos ni del Derecho penal internacional, porque parecería tolerar indirectamente la persecución en razón de la identidad de género, porque “no refleja el actual Derecho internacional de los derechos humanos” y que una futura convención debería proteger a “las personas transgénero e intersexuales”. En definitiva, la definición de “género” contenida en el párrafo 3 no reflejaba las realidades ni el contenido del Derecho internacional en la actualidad”⁹².

En vista de los comentarios recibidos su cuarto informe, el Relator recomendó que la Comisión suprimiera el párrafo 3 de la definición principalmente porque no se utiliza en el Derecho internacional contemporáneo, ni siquiera lo hace la Corte Penal Internacional.

b) Supresión del requisito de conexión de la persecución con el crimen de genocidio o crímenes de guerra

La cláusula “o con actos de genocidio o crímenes de guerra” del artículo 7.1.h) del Estatuto de Roma no se ha mantenido en el párrafo 1 h) del proyecto de artículo 2 pero sí continua la frase “en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo”.

El motivo para eliminar el nexo con los otros crímenes es que la referencia del artículo 7 ECPI tenía por objeto establecer una competencia específica de la CPI, no para indicar el ámbito de lo que debe constituir la persecución como crimen contra la humanidad en términos más generales o a los efectos del Derecho interno. Este requisito es específico del Estatuto de Roma, no se encuentra en los estatutos de los tribunales internacionales o internacionalizados *ad hoc* (excepto las salas de Timor Oriental), ni en su jurisprudencia, ni tampoco en la legislación nacional de los Estados. De hecho, los propios Estados habían propuesto que se suprimiera esa cláusula de conexión con los dos crímenes al considerar que la persecución se había definido en el ECPI en sentido estricto con el objetivo de delimitar los crímenes que eran competencia de la Corte⁹³. El elemento de conexión se requería en los estatutos de los Tribunales de Nuremberg y Tokio, así como en los Principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, de 1950, pero no en los tribunales especiales creados a partir de los años noventa ni en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996, de la CDI, por lo que es posible dudar de que el Derecho

⁹¹ En el cuarto informe el Relator explica que un gran número de ONG y de particulares también pidieron que se suprimiera o sustituyera la definición de “género” que figura en el párrafo 3 del proyecto de artículo 2. Una de las comunicaciones fue firmada por 583 ONG de 103 Estados. *Cuarto informe* (2019), párrafo 84.

⁹² *Cuarto informe* (2019), pág. 80-85.

⁹³ Así, Chile, Francia, Perú y Sierra Leona. NU doc. A/CN.4/726, pp. 36-39.

internacional consuetudinario requiera esa conexión con otros actos, como han apuntado algunos autores⁹⁴.

En cambio, se ha mantenido la cláusula “en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo”, según la Comisión, porque “proporciona orientación en cuanto a la naturaleza de las persecuciones que constituyen un crimen contra la humanidad, en concreto los actos de persecución de carácter y gravedad similares a los actos enumerados en los demás apartados del párrafo 1. De lo contrario, el texto incluiría en la definición de crímenes contra la humanidad una amplia gama de prácticas discriminatorias que no constituyen necesariamente crímenes contra la humanidad, indica la Comisión⁹⁵. Es decir, se trata de un criterio de gravedad⁹⁶ o equivale, en términos del Relator especial siguiendo a Schabas, “más o menos al requisito de ‘igual gravedad’ utilizado en la jurisprudencia de los tribunales internacionales contemporáneos”⁹⁷.

c) Inclusión del “Derecho consuetudinario” en la cláusula de salvaguarda

Probablemente como resultado del método seguido de reproducir literalmente disposiciones de tratados considerados útiles para la persecución de los crímenes contra la humanidad, la cláusula de salvaguarda omitía el Derecho consuetudinario: se remitía a cualquier otra definición más amplia prevista en “cualquier instrumento internacional” o en legislación nacional. Sin ningún debate, a propuesta de Sierra Leona en los debates sobre el PACCH en la Sexta Comisión, se añadió “Derecho internacional consuetudinario” a la cláusula de salvaguarda⁹⁸.

En relación con esta cláusula, algunos Estados sugirieron también que las definiciones más amplias, que no impedirían la aplicación del futuro tratado, debían ser compatibles con el contenido del propio tratado⁹⁹, pero el Relator entendió que el desarrollo del significado de los crímenes contra la humanidad queda fuera del alcance del PACCH¹⁰⁰.

B) Lo que no se cambia

a) El elemento político

El elemento político requerido en el ataque contra una población civil es objeto de debate doctrinal desde su inclusión en el artículo 7 ECPI. Se pueden identificar cuatro teorías principales sobre el “elemento de política” en la noción general de crimen contra la

⁹⁴ JALLOH (2020), pp. 385; KRESS, C., GARIBIAN, S., “Laying the Foundations for a Convention on Crimes Against Humanity”, cit., p. 923. SADAT (2018), p. 696; CLARK, R., “History of Efforts to Codify Crimes Against Humanity”, cit., p. 23

⁹⁵ NU doc. A/74/10, pár. 38 a proyecto de artículo 2.

⁹⁶ DEGUZMAN (2011), p. 19.

⁹⁷ *Cuarto informe* (2019), pár. 97.

⁹⁸ NU doc. A/CN.4/726, pp. 52-53.

⁹⁹ Así, Chile y Reino Unido.

¹⁰⁰ *Cuarto informe* (2019), pár. 89.

humanidad¹⁰¹: (1) que no hay ni debe haber ningún elemento de política (propuesta de Mettraux¹⁰² y otros y adoptada en la jurisprudencia del TPIY), (2) que debe haber una política de Estado en el sentido de una implicación estatal en su organización, planificación o dirección (elemento político en sentido estricto, defendido por Bassiouni y otros¹⁰³), (3) la teoría que requiere al menos organizaciones “similares a un Estado” y no necesariamente agentes estatales (pero que evite, como apuntaba Schabas, que los crímenes contra la humanidad sean aplicables a asesinos en serie, por ejemplo¹⁰⁴) y (4) teorías más amplias que abarcarían organizaciones con “capacidad” para alentar, dirigir o perpetrar crímenes contra la humanidad¹⁰⁵. Estos dos últimos enfoques son los que siguió en marzo de 2010 la Sala de cuestiones preliminares II de la Corte Penal Internacional en el caso Kenia cuando autorizó la primera investigación a instancia de la Fiscalía *proprio motu*, al encontrar una base razonable para proceder sobre los actos de violencia post electoral que estalló en Kenia entre 2007 y 2008 como crímenes contra la

¹⁰¹ MÁRQUEZ, C., “Los elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en Derecho internacional penal”, *Revista General de Derecho Penal*, n° 9, 2008, pp. 1-56, esp. p. 54; ROBINSON, D., “The Draft Convention on Crimes Against Humanity: What to Do With the Definition?”, p. 104, en BERGSMO, M. y SONG, T. *On the Proposed Crimes Against Humanity Convention*, cit., pp. 103-133, esp. p. 108.

¹⁰² METTRAUX, G., “The Definition of Crimes Against Humanity and the Question of a ‘Policy Element’”, en SADAT, L. (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, cit., pp. 142-176, esp. p. 142, en adelante METTRAUX (2011); METTRAUX, G., “Crimes against humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda”, *Harvard International Law Journal*, vol. 43, 2002, pp. 237-283.

¹⁰³ BASSIOUNI, C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, pp. 244-245, en adelante BASSIOUNI (1999), véase en pp. 585-586 afirma que los crímenes contra la humanidad solo pueden ser cometidos por actores estatales, así como están actualmente descritos en los instrumentos internacionales, a pesar del aumento de actores no estatales que los han cometido desde la II Guerra Mundial, a menudo no actuando siguiendo una política estatal sino como parte de una política de grupo. Schabas, en cambio, considera que el texto del artículo 7.2 se podría aplicar también a los autores no estatales y que la opinión de Bassiouni supondría que no se hubieran podido juzgar los crímenes de la Gestapo y las SS, véase SCHABAS (2008), p. 973. Ambos autores han mantenido ente ellos este debate en algunos artículos: SCHABAS, W., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2010 (1ª edición), p. 152, en adelante SCHABAS (2010), p. 152.

¹⁰⁴ SCHABAS (2008), p. 960.

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, WERLE, G., BURGHARDT, B., “Do crimes against humanity require the participation of a State or a ‘State-like’ organization?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, 2012, pp. 1151-1170; KRESS, C., “On the outer limits of crimes against humanity: The concept of organization within the policy requirement: some reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, n° 4, 2010, pp. 855 a 873; SCHABAS, W., “Prosecuting Dr. Strangelove, Goldfinger, and the Joker at the International Criminal Court: closing the loopholes”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, n° 4, 2010, págs. 847 a 853; DI FILIPPO, M., “Terrorist crimes and international co-operation: critical remarks on the definition and inclusion of terrorism in the category of international crimes”, *European Journal of International Law* vol. 19, 2008, pp. 533-, 567; ROBINSON, D., “Defining ‘crimes against humanity’ at the Rome Conference”, *American Journal of International Law*, 1999, vol. 93, n° 1, pp. 43-57, p. 50; KITTICHAISAREE, K., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 98; RATNER, S., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford University Press, 3rd ed., Oxford, 2009, p. 70; BURNS, P., “Aspect of Crimes Against Humanity and the International Criminal Court” (Symposium on the International Criminal Court, February 3-4, 2007 Beijing, China), disponible online en <http://www.icclr.law.ubc.ca/Site%20Map/ICC/AspectofCrimesAgainstHumanity.pdf>. También JALLOH, Ch., “Situation in the Republic of Kenya”, *American Journal of International Law*, vol. 106, n° 1, 2012, pp. 118-125, y JALLOH (2017), pp. 381-441.

humanidad¹⁰⁶ y es el que la CPI ha mantenido hasta ahora (2022). Según la mayoría de la Sala este requisito de política abarca no solo las políticas de los Estados o de grupos organizados para perpetrar los crímenes contra la humanidad sino también las de cualquier actor no estatal capaz de adoptar e implementar una política de ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil. Según la Sala, “la naturaleza formal de un grupo y el nivel de su organización no deberían ser el criterio definitorio de este elemento sino la capacidad de realizar actos que infrinjan los valores humanos básicos”¹⁰⁷, es decir, actos crueles o masivos contra la población civil, pero no necesariamente con implicación o vínculo estatal. La Sala concluyó que organizaciones no vinculadas a un Estado pueden, a los efectos del Estatuto de Roma, elaborar y ejecutar una política para cometer un atentado contra una población civil, e indicó que se debería determinar caso por caso si un grupo puede ser calificado como organización según el Estatuto, a partir de unos criterios que expone de manera no exhaustiva¹⁰⁸. En contra de esta conclusión a la que llegaron dos jueces de la Sala, el otro juez disientía al considerar que los autores de crímenes contra la humanidad deben tener un vínculo o un carácter estatal o deben pertenecer o estar relacionados o implicados en una organización semejante a la de un Estado y con proyección sobre un territorio. Esta implicación estatal se debería tanto al origen histórico de los crímenes contra la humanidad como a la necesidad de contar con medios y recursos que sólo tiene un Estado¹⁰⁹.

Sin embargo, no es solo un tema académico: los tribunales penales internacionales siguen una práctica diferente sobre este “elemento político”, que es propio del Estatuto de Roma, no de los otros estatutos. *Grosso modo*, y para situar cronológicamente esta práctica, cabe destacar que, inicialmente, el “elemento político” no aparece en los Estatutos de los TPI especiales, sino en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 y ya planeaba en este mismo proyecto en 1991, cuando la CDI aceptó como una evolución en el Derecho internacional que los crímenes contra la humanidad no necesariamente son cometidos por funcionarios o agentes del Estado, también pueden ser cometidos por particulares sin esta vinculación¹¹⁰.

En 1995 el TPIY en el *caso Tadic* agregó el elemento de masividad o sistematicidad a su interpretación de la definición de crímenes contra la humanidad, y consideró que un ataque que comprenda crímenes contra la humanidad se cometerá con mayor frecuencia

¹⁰⁶ *International Criminal Court, ICC-01/09, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, 31 marzo 2010.

¹⁰⁷ *Ibidem*, párrafos 89 a 93.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pár. 93. Se trata de los siguientes: (i) si el grupo está bajo un mando responsable o tiene una jerarquía establecida; (ii) si el grupo posee, de hecho, los medios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; (iii) si el grupo ejerce control sobre parte del territorio de un Estado; (iv) si el grupo tiene como objetivo principal actividades delictivas contra la población civil; (v) si el grupo articula, explícita o implícitamente, una intención de atacar a una población civil; y (vi) si el grupo forma parte de un grupo mayor, que cumple algunos o todos los criterios antes mencionados. Estos criterios, sin embargo, no constituyen una definición legal rígida ni necesitan ser cumplidos de manera exhaustiva, apunta la Sala.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pár. 43, 51, 52-53.

¹¹⁰ Véase este proceso de codificación en CAPELLÀ (2005), pp. 109-132.

a instancias de un Estado “debido a factores estructurales y capacidades organizativas y militares”. Dos años después, no obstante, en el mismo caso entendió que la política de un Estado o de una organización “no es un elemento jurídico de los crímenes contra la humanidad según el Derecho internacional consuetudinario”¹¹¹. Sin embargo, en paralelo, en 1996 la Comisión introdujo este elemento político en su proyecto de código al entender que las bandas y grupos criminales organizados podrían cometer crímenes contra la humanidad en determinadas circunstancias¹¹².

En las negociaciones sobre el Estatuto de Roma en 1998 se incorporó el elemento político al artículo 7 para asegurar a los Estados negociadores que los actos aleatorios o aislados, aunque masivos, no se situarían bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional como crímenes contra la humanidad. Poco después el TPIY, en el *caso Kunarac* en 2002, confirmó lo mismo que en *Tadic*: que el elemento político en los crímenes contra la humanidad, introducido en el Estatuto de Roma, no es propio de la noción consuetudinaria de estos crímenes¹¹³.

Con todo, el debate sobre el elemento político se basa en si forma parte o no de la definición general de crímenes contra la humanidad. Quienes defienden su inclusión desean dar a este crimen una dimensión añadida, un mayor significado político y global, mientras que los contrarios quieren mantenerlo focalizado en el terreno penal y que resulte más fácilmente perseguible¹¹⁴.

Esta cuestión es clave no solo en el aspecto jurisdiccional de los crímenes contra la humanidad, sino también en su aspecto sustantivo porque toca lo que algunos consideran la esencia de los crímenes contra la humanidad: la línea de demarcación entre los

¹¹¹ *Prosecutor v Tadic (Trial Chamber Judgment)*, Case n° IT 94-1-T, 7 mayo 1997, párr. 644-649. En el *caso Mrksic* en 1996 este elemento fue calificado como una de las diferencias entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. *Prosecutor v Mrksic et al (Trial Chamber Review Decision)*, Case n° IT-95-13-R61, 3 de abril de 1996.

¹¹² NU doc. A/CN.4/L.527/Add.2, “Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, 10 de julio de 1996.

¹¹³ Lo hizo en una nota a pie de página: “There has been some debate in the jurisprudence of this Tribunal as to whether a policy or plan constitutes an element of the definition of crimes against humanity. The practice reviewed by the Appeals Chamber overwhelmingly supports the contention that no such requirement exists under customary international law. (...)”. *Prosecutor v. Kunarac, Judgement*, Case No. IT-96-23, *Appeals Chamber*, 12 junio 2002, párr. 98, en nota 114. Halling califica esta nota como “una de las notas al pie más famosas en la historia del Derecho penal internacional” por su profusa citación y escasa crítica. HALLING, M., “Push the Envelope...”, cit., en p. 830. Schabas analizó en 2008 la nota 114 al pie de página de la sentencia citada y descubrió que la Sala de Apelaciones había citado el precedente de Nuremberg fuera de contexto, había citado jurisprudencia de los tribunales inferiores cuando los órganos superiores habían llegado después a resultados opuestos, había interpretado de manera discutible un número relativamente escaso de autores y ni siquiera había mencionado el Estatuto de Roma, que se había adoptado cuatro años antes del análisis de la Sala de Apelaciones. Véase SCHABAS, W., “State Policy as an Element of International Crimes”, *Journal of Criminal Law & Criminology* vol. 98, n° 3, 2008, pp. 953-982. En adelante, SCHABAS (2008). También en ese sentido JALLOH, Ch., “What Makes Crimes Against Humanity Crimes Against Humanity?”, *Florida International University Law, Research Paper* n° 17-36, 2017, pp. 381- 441, copia electrónica disponible en SSRN, <http://ssrn.com/abstract=2210480>, p. 397, en adelante JALLOH (2017).

¹¹⁴ METTRAUX (2011), p. 156.

crímenes contra la humanidad y los delitos “ordinarios” y, por lo tanto, el papel y el alcance del Derecho penal internacional. Básicamente, se trata de seguir aplicando el “paradigma de Nuremberg” para explicar (y restringir) la noción de crímenes contra la humanidad a aquellos cometidos a la sombra de un Estado¹¹⁵, cuando hoy existen nuevas realidades, también ante la CPI, que permiten plantear que los crímenes contra la humanidad no los cometen típicamente regímenes totalitarios que planean una dominación hegemónica, sino también grupos políticos, grupos criminales y sus seguidores armados que atacan a los civiles en su intento por dominar un territorio o una área de influencia religiosa, política, social o incluso económica, en contextos de graves crisis que derivan en un colapso total o parcial de un Estado¹¹⁶. Son grupos privados que -al margen o incluso en contra del Estado- pueden tener la capacidad de infligir una violencia de carácter atroz y masivo y de infringir los valores humanos básicos para cuya protección fue creada la Corte. Esta última interpretación convierte a los crímenes contra la humanidad en algo parecido a delitos ordinarios considerados muy graves que devienen internacionales cuando son cometidos de manera sistemática o masiva y se trataría de lo que Kress y Garibian llaman la “tercera generación de crímenes contra la humanidad”, que incluiría ataques de actores no estatales (nacionales o transnacionales) contra poblaciones civiles¹¹⁷. Se podría calificar como crímenes contra la humanidad, por ejemplo, actos inhumanos cometidos por una facción rebelde o un grupo revolucionario enfrentado al gobierno de un Estado, o por una organización terrorista, un grupo criminal más o menos organizado, o, yendo a ejemplos más concretos, a los autores de los ataques terroristas del 11S¹¹⁸ o a grupos mafiosos, con lo que de alguna manera se devaluaría una categoría de crímenes originalmente diseñada para procesar a los nazis en Nuremberg por el Holocausto pero se adaptaría a nuevas realidades¹¹⁹.

Además, se deberían tener en cuenta otros dos aspectos relacionados con el elemento político en la definición del Estatuto de Roma. Por un lado, que la implantación de este

¹¹⁵ BASSIOUNI (2011), p. 54.

¹¹⁶ PÉREZ, J., “La revalorización del elemento político en el artículo 7.2 a) del Estatuto de Roma y el colapso estatal. Una propuesta de interpretación del concepto de organización en los crímenes contra la humanidad”, *InDret* 3/2014, disponible en <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/10061.pdf>; JALLOH (2017), pp. 416-418.

¹¹⁷ KRESS, C., GARIBIAN, S., “Laying the Foundations for a Convention on Crimes Against Humanity”, cit., pp. 917-918.

¹¹⁸ Algunos autores se plantearon en esos momentos si estos atentados constituían o deberían constituir crímenes contra la humanidad. Véase entre otros SCHABAS, W., “Is Terrorism a Crime Against Humanity?”, *International Peacekeeping: The Yearbook of International Peace Operations*, vol. 8, 2002, pp. 255-261; PROULX, V., “Rethinking the Jurisdiction of the International Criminal Court in the Post-September 11th Era: Should Acts of Terrorism Qualify As Crimes Against Humanity?”, *American University International Law Review*, vol. 19, n° 5, 2003, pp. 1009-1089; GUILLAUME, G., “Terrorism and International Law”, *Int'l & Comp. L.Q.*, vol. 53, 2004, pp. 537-548; FRY, J., “Terrorism as a Crime Against Humanity and Genocide: The Backdoor to Universal Jurisdiction”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 7, n° 1, 2002, pp. 169-199; NEWTON, M.A., SCHARF, M. P., “Terrorism and Crimes Against Humanity”, en SADAT, L. (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, cit., pp. 262-278. Scharf y Newton argumentan, por ejemplo, que los atentados del 11S en 2001 reunían los elementos comunes de crímenes contra la humanidad, pero de cara a un tratado de crímenes contra la humanidad, la inclusión de un crimen contra la humanidad sería difícil al no existir consenso sobre la definición del crimen de terrorismo (véase p. 273).

¹¹⁹ HALLING, M., “Push the Envelope...”, cit., p. 832.

elemento a escala nacional es incierta. Según el estudio de la *George Washington University Law School*, de los 34 Estados que en 2013 tenían legislación específica sobre crímenes contra la humanidad, solo doce incluían el requisito de “política” así como está contemplado en el artículo 7 ECPI.

Por otro, que, como he comentado antes, el lenguaje del párrafo 1 del artículo 7 fue el resultado de un compromiso de último minuto entre los Estados negociadores del Estatuto de Roma, divididos sobre el alcance del requisito contextual de los crímenes contra la humanidad: los que proponían una jurisdicción sobre los crímenes generalizados “o” sistemáticos frente a los que querían que el requisito fuera de crímenes generalizados “y” sistemáticos. El resultado fue un compromiso en el que, a cambio de la disyuntiva “generalizado o sistemático”, para aplacar a este segundo grupo en el último momento se agregó el requisito de política como parte de la definición del “ataque contra una población civil”. Este elemento político es propio de la CPI. Mientras, por su parte los Tribunales especiales han seguido la pauta marcada en el *caso Kunarac* y han ignorado el elemento contextual del Estatuto de Roma que exige una política de Estado o de organización, lo cual les ha quitado una pesada carga probatoria que, al contrario, tienen los jueces y fiscales de la CPI¹²⁰.

Ante este panorama, se podía imaginar que la reproducción del elemento político del artículo 7.2 (a) en el proyecto de artículo 2, como parte de la definición y, por tanto, de los requisitos generales de los crímenes contra la humanidad, iba a ser objeto de debate también en el seno de la CDI y de la Sexta Comisión durante la elaboración del PACCH. Pues no. El amplio debate doctrinal que existe en la materia aún en la actualidad no se refleja en las preocupaciones y observaciones de los Estados que han participado en los debates sobre el PACCH. Así, de 34 Estados que intervinieron en el debate de enero de 2019, ninguno propuso eliminar el elemento político de la definición de crímenes contra la humanidad¹²¹. Tampoco en el seno de la Comisión se ha suscitado este debate en profundidad ni a menudo. En las sesiones de trabajo sobre el primer informe del Relator especial en 2015 solo tres miembros plantearon algo sobre el elemento político¹²² y en los debates de 2019 solo hubo una referencia¹²³.

¹²⁰ JALLOH (2017), pp. 391-416.

¹²¹ Solo un Estado (Estonia) plantea si está justificado mantener el elemento político al tratarse de “una dudosa innovación” que no se exige en otros estatutos ni en la definición de crímenes contra la humanidad en el Derecho internacional consuetudinario, pero no propone suprimir esta definición del proyecto de artículo. Otro Estado (Sierra Leona) afirma sin ambages que “la expresión “política de un Estado o de una organización” no es necesaria en el Derecho internacional consuetudinario” pero solo propone que la Comisión aclare en el Comentario que este requisito debe entenderse sin perjuicio del actual Derecho internacional consuetudinario en la materia. Otros dos Estados proponen modificaciones: añadir “un grupo”, además de un Estado o una organización (Chile), y eliminar “múltiple” como requisito de la comisión de los actos (Cuba). Véanse las observaciones de los Estados sobre el proyecto de artículo 3 (antes de ser reenumerado) en NU doc. A/CN.4/726, pp. 32-59.

¹²² NU doc. A/CN.4/SR.3257, 15 julio 2015, p. 9; NU doc. A/CN.4/SR.3258, 24 setiembre 2015, pág. 6; NU A/CN.4/SR.3258, 24 setiembre 2015, pág. 8.

¹²³ NU doc. A/CN.4/SR.346, 30 setiembre 2019, pp. 14-15.

El Relator Especial mantuvo su opinión de que el texto actual del apartado a) del párrafo 2 del proyecto de artículo 2, idéntico al del Estatuto de Roma, es apropiado, pero que la Comisión podría considerar la posibilidad de introducir más aclaraciones en el comentario para dar respuesta a esas preocupaciones¹²⁴. La Comisión, en su Comentario al PACCH de 2019 señaló algunos de los parámetros establecidos, a mediados de 2019, para el elemento de política, sin tomar una posición al respecto y observando que “con el paso del tiempo, sigue desarrollándose la jurisprudencia correspondiente”¹²⁵. No hay ninguna referencia a la doctrina ni a las diferentes teorías al respecto¹²⁶, ni tampoco a las consecuencias de trasladar el elemento político del Estatuto de Roma a un tratado sobre crímenes contra la humanidad a aplicar en el ámbito nacional.

b) El elemento intencional en la desaparición forzada

Al igual que el Estatuto de Roma, el PACCH exige que la desaparición forzada sea cometida con la intención de sustraer a la persona de la protección de la ley durante un período prolongado. En contraste, otras dos convenciones, la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas de 1994 y la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006, y asimismo la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 1992, definen la desaparición forzada sin este requisito. Varios Estados se opusieron a la inclusión del requisito de intención en el PACCH con el argumento de que no reflejaba el estado actual de la definición en el Derecho internacional y, además, aumentaba la carga de la prueba¹²⁷.

Por su parte, mientras el ACNUDH y el Grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias expresaba su preocupación por la reproducción de la definición más restringida del Estatuto de Roma en el PACCH, el Comité contra la Desaparición Forzada, establecido por la Convención sobre desapariciones forzadas, aprobó en junio de 2018 una declaración en la que priorizaba la coherencia general de PACCH de la Comisión con el Estatuto de Roma antes que su coherencia con la propia Convención sobre desapariciones forzadas “a los efectos de una cooperación efectiva entre los Estados partes en el procesamiento penal de esos crímenes y de preservar la evolución del Derecho penal internacional relativo a la protección de las víctimas de infracciones patentes del Derecho internacional de los derechos humanos y de

¹²⁴ *Cuarto informe* (2019), pár. 70 in fine.

¹²⁵ NU doc. A/74/10, p. 32, comentario 9) a los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 2.

¹²⁶ Al contrario que en el primer informe del Relator especial, donde este apartado sobre el elemento de política acaba con la frase “Esas decisiones están siendo analizadas concienzudamente en la doctrina”. *Primer informe* (2015), pár. 144, con cita en nota a pie de página (nº 306) a los autores que en los últimos años habían estudiado la necesidad o no del elemento, el significado de organización y el carácter estatal o no de los autores.

¹²⁷ NU doc. A/CN.4/726. A favor de eliminar este elemento con el argumento de seguir los últimos desarrollos del Derecho internacional se manifestaron expresamente: Argentina (p. 32), Chile (p. 37); Costa Rica (p. 39); y Sierra Leona (p. 48). Sin indicar por qué: Uruguay y Perú. A favor de mantenerlo, Reino Unido (argumentando que los Estados que no son parte de la Convención pero sí del Estatuto de Roma, como es su caso, tendrían que modificar su legislación, v. p. 58).

transgresiones graves del Derecho internacional humanitario”¹²⁸. Así, en lugar de pedir una modificación del apartado i) de este proyecto de artículo, el Comité contra la Desaparición Forzada entendió que la cláusula de salvaguarda del párrafo 3 se refería a instrumentos que ofrecen más protección y permitía mantener la definición consagrada en la Convención sobre desapariciones forzadas, de 2006.

En 2017 la Comisión ya era consciente de la diferente definición de desaparición forzada en el Estatuto de Roma y en las convenciones sobre desapariciones forzadas y de hecho lo ponía como ejemplo de un caso al que sería aplicable la cláusula de salvaguarda que se introdujo en el proyecto aprobado ese año¹²⁹. Al contar con la opinión del Comité sobre desapariciones forzadas a favor de mantener la redacción de acuerdo con el Estatuto de Roma, en 2019 el Relator no propuso la modificación y la Comisión así lo aprobó y, además, en sus Comentarios al proyecto de 2019 siguió con la definición de desaparición forzada como ejemplo al que se aplicaría la cláusula de salvaguarda¹³⁰.

En mi opinión, efectivamente en virtud de la cláusula de salvaguarda no se pone en tela de juicio ni la definición más amplia de las convenciones sobre desapariciones forzadas ni tampoco las que se han adoptado a nivel nacional como consecuencia de la recepción de estos convenios. Sin embargo, en la definición amplia se exige no solo privar de libertad y negarse a reconocer esta privación de libertad u ocultar la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sino que esto tenga como resultado que esta persona quede privada de la protección de la ley. En cambio, con la definición restringida (Estatuto de Roma) es determinante la intención del autor de dejar a la persona desaparecida fuera del amparo de la ley por un período prolongado, no se exige un resultado de la acción de detener la persona desaparecida. La falta de una definición única aumenta la carga de la prueba para aquel Estado con la definición amplia que requiera en extradición al presunto autor de un crimen contra la humanidad de desaparición forzada a un Estado con la definición restringida y se verá privado de los beneficios de una convención sobre crímenes contra la humanidad que no tiene en cuenta el Derecho internacional general sobre desapariciones forzadas¹³¹, a no ser que consideremos que al estar ratificado el Estatuto de Roma por muchos más Estados (123) que las convenciones sobre desapariciones forzadas, en su conjunto (68 Estados son parte), aquél refleje hoy en día mayor consenso sobre la definición de desaparición forzada como crimen contra la humanidad.

No se acaba de entender tampoco cómo, aplicando el mismo método no se llega a la misma conclusión que con la definición de género, eliminada al constatar que “se han producido varios desarrollos en el Derecho internacional de los derechos humanos y el

¹²⁸ NU doc. A/CN.4/726, pp. 136-137.

¹²⁹ NU doc. A/72/10, pár. 40-41 en el Comentario al proyecto de artículo 3.

¹³⁰ NU doc. A/74/10, pár. 45 en el Comentario al artículo 2. Véase también las conclusiones del Relator en el debate de la Comisión, *International Law Commission Seventy-first session (first part), Provisional summary record of the 3458th meeting*, 3 junio 2019, p. 19.

¹³¹ GROSSMAN, C., “ILC Report on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity and Enforced Disappearance”, *African Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n° 2, 2020, pp. 227-238, esp. p. 236.

Derecho penal internacional, lo que refleja el entendimiento actual sobre el significado del término género”¹³². Aceptando esta evolución de la definición de género, la Comisión reconoce implícitamente que pueden ser necesarias excepciones al uso de las definiciones del Estatuto de Roma, pero sorprende que no tenga en cuenta el desarrollo conseguido por la Convención de 2006 a estos efectos.

III. REFLEXIONES Y UN DILEMA EN TORNO AL PROYECTO DE ARTÍCULOS PARA LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

En la actualidad (octubre de 2022) el PACCH se encuentra incluido en el programa provisional del 77º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (2022)¹³³, con la recomendación por parte de la CDI de que la Asamblea General o bien una conferencia internacional de plenipotenciarios elabore una convención sobre la base del PACCH.

No obstante, está en la agenda desde 2019 y en tres ocasiones se ha diferido tomar una decisión sobre el proyecto¹³⁴ porque el método de trabajo de la Sexta Comisión es, en la práctica, llegar a consensos, y en el último recuento sobre el apoyo estatal en la sesión de octubre de 2021, cinco Estados¹³⁵ se oponen frontalmente a un nuevo tratado y a cualquier proceso que pudiera resultar en este, como la convocatoria de una conferencia diplomática. Este parón de tres años a un proyecto que se había materializado tan rápido se da precisamente mientras el Proyecto de tratado MLA ha avanzado rápidamente en este mismo tiempo y, a este ritmo, es posible que adelante al PACCH porque su negociación y procedimiento no está sometida a los procedimientos y al calendario de Naciones Unidas.

Sin saber si hemos llegado al final de lo que iba a ser un tratado de crímenes contra la humanidad porque no se llegue a adoptar, o bien al principio de la negociación de este tratado, a modo de primeras conclusiones destacaré cuatro conclusiones sobre el estado actual de ambas iniciativas y un dilema.

1. Conclusiones

La primera conclusión es que la idea de celebrar un tratado para la prevención y castigo de los crímenes basado en el proyecto de la CDI cuenta con un amplio apoyo por parte

¹³² NU doc. A/74/10, pár. 41.

¹³³ NU doc. A/C.6/76/L.17, de 12 de noviembre de 2021.

¹³⁴ Véase una posición muy crítica sobre el parón del proyecto en SADAT, L., “Little Progress in the Sixth Committee on Crimes Against Humanity”, Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 22-01-01, 3 enero 2022, disponible en SSRN, <https://ssrn.com/abstract=4012776>; SADAT, L., “Towards a New Treaty on Crimes Against Humanity: Next Steps”, 13 setiembre 2021, <https://www.justsecurity.org/78063/towards-a-new-treaty-on-crimes-against-humanity-next-steps/>.

¹³⁵ Camerún, China, India, la Federación Rusa y la República Árabe Siria. De los 86 Estados y entidades que intervinieron, 72 lo hicieron a favor.

de los Estados y que esta idea ha convencido también como un camino intermedio¹³⁶ a algunos Estados que no son parte del Estatuto de Roma, como sería el caso de Estados Unidos¹³⁷ (que, en cambio, en la actualidad no da su apoyo al Proyecto de tratado MLA¹³⁸).

La segunda idea es que, a estas alturas, será necesario si no fusionar, sí coordinar los dos proyectos de tratados porque, aunque se den solapamientos entre ambos proyectos, hay diferencias importantes y también cuestiones abordadas en el PACCH que no figuran en el Proyecto de tratado MLA, como las obligaciones de los Estados de no cometer, de prevenir y de sancionar, que considero vitales porque marcan la diferencia con convenios anteriores. También sería conveniente que la definición de los crímenes siga un mismo criterio en ambos tratados porque la definición de crímenes contra la humanidad, en ambos proyectos, reproduce los elementos contextuales del Estatuto de Roma (masividad o sistematicidad, comisión múltiple y elemento político) mientras que la definición de crímenes de guerra en el Proyecto de tratado MLA prescinde del elemento de contexto propio del Estatuto (“cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”). Esto último tiene sentido porque la Corte solo persigue estos crímenes de guerra, no otros que se hayan cometido sin este elemento político y sin masividad, pero no se entiende que, al trasladar el Estatuto al proyecto MLA, en los crímenes contra la humanidad se requiera una cláusula umbral y en los crímenes de guerra no, si el criterio que también se sigue en este proyecto es la coherencia con el Estatuto de Roma.

Ambas ideas me hacen temer que la adopción del PACCH o del Proyecto de tratado MLA, o ambos, pueda derivar en una mayor fragmentación de la que ya existe en la represión de los crímenes contra la humanidad porque se pueden abrir múltiples relaciones entre los Estados parte del Estatuto de Roma, los Estados parte del tratado sobre crímenes contra la humanidad y los Estados parte del Tratado multilateral sobre crímenes internacionales más graves y de momento no están previstas en ninguno de los textos propuestos. España, de momento, ha manifestado en los foros pertinentes que apoya las dos iniciativas y nada impide que se pueda ser Parte de los tres tratados a la vez.

¹³⁶ Este era uno de los argumentos a favor del tratado desde la *Crimes Against Humanity Initiative*, véase por ejemplo STANTON, G., “Why the World Needs an International Convention on Crimes Against Humanity”, en SADAT, L. (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, cit., pp. 356-357.

¹³⁷MURPHY, S., “Toward a Convention on Crimes against Humanity?”, cit.

¹³⁸ En noviembre de 2020 (última actualización) 76 Estados apoyaban la Iniciativa MLA, véase la lista en: <https://www.gov.si/assets/ministrstva/MZZ/projekti/MLA-pobuda/MLA-Initiative-List-of-Supporting-States-English.pdf>

Por otra parte, el estudio realizado sobre crímenes contra la humanidad se publicó en 2013 y no se ha actualizado¹³⁹. En mi opinión, nos falta un estudio mucho más amplio¹⁴⁰, actual y detallado de la práctica estatal en la recepción de la noción de crímenes contra la humanidad en los ordenamientos estatales, que recoja no solo la práctica de los Estados parte del Estatuto de Roma, como hizo el mencionado estudio de la *George Washington University Law School* con el objetivo de comprobar la implementación del Estatuto, sino también, y muy especialmente, la de los Estados que no son parte del Estatuto. Este estudio permitirá conocer cuál es el estado del Derecho consuetudinario actual sobre la noción y la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad en general, es decir, dentro y fuera del contexto jurisdiccional y, asimismo, del consenso de Roma.

Una tercera idea versa sobre la metodología seguida en la definición de crímenes contra la humanidad y el valor del Proyecto de artículos y su Comentario y llego a ella tras estas constataciones:

A) El pragmatismo con que se ha elaborado y aprobado el PACCH ha hecho que se intentaran reproducir artículos enteros del Estatuto de Roma y de otros convenios que se consideran modelos útiles porque funcionan en sus respectivos ámbitos materiales y territoriales, y son aceptados por un gran número de Estados, para avanzar rápidamente en la elaboración del proyecto y conseguir su aceptación por el mayor número posible de Estados. Ambos objetivos se han cumplido y el proceso se ha caracterizado por la rapidez, el compromiso y la cooperación mostrada tanto por los miembros de la CDI como por los Estados en la Sexta Comisión¹⁴¹. En este sentido, ha resultado práctico y ágil no entrar a analizar si lo que se propone a los Estados es codificación o desarrollo progresivo con la justificación de que serán los Estados quienes finalmente negociarán un texto de tratado basado, en gran parte, en convenciones ya vinculantes, tanto de otros crímenes internacionales como de crímenes transnacionales. En comparación con las nuevas formas de trabajo de la Comisión (proyectos de conclusiones o de principios, directrices

¹³⁹ En 2014 la CDI solicitó a los Estados que le facilitaran información sobre si el Derecho interno vigente en el Estado tipifica específicamente como delito los crímenes contra la humanidad y, de ser así: el texto de la legislación penal relevante, en qué condiciones puede el Estado ejercer su jurisdicción sobre un presunto infractor por la comisión de un crimen contra la humanidad (por ejemplo, cuando el delito tiene lugar dentro de su territorio o cuando el delito es cometido por un nacional o un residente); y las resoluciones de los tribunales nacionales del Estado que se hayan pronunciado en casos de crímenes contra la humanidad. Solo 14 Estados remitieron esta información, entre ellos España, aunque no aportó la parte de práctica judicial estatal. NU doc. A/69/10, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional”, pág. 34 del Capítulo III. Tenían que presentar esta información como tarde el 31 de enero de 2015, después prorrogó el plazo un año más. Véanse los informes en *International Law Commission*, https://legal.un.org/ilc/guide/7_7.shtml#govcoms.

¹⁴⁰ Que incluya, por ejemplo, la experiencia de las últimas dos décadas de las unidades especializadas en delitos internacionales dentro de los Estados parte del Estatuto de Roma, y extraer conclusiones o lecciones de los casos africanos, que han centrado la mayoría de los casos en los últimos años de jurisdicción de la Corte. Véase esta propuesta en DU PLESSIS, M., “The Crimes Against Humanity Convention, (Overlooked) African Lessons, and the Delicate Dance of Immunity”, *Journal of International Criminal Justice* 17 (2019), pp. 1-12.

¹⁴¹ JALLOH (2020), pp. 348, 349.

o guías más recientes)¹⁴² o con el más reciente proyecto de artículos adoptado por la CDI, en este caso sobre protección de las personas en casos de desastre, incluido en el programa de trabajo en 2007 y aprobado en segunda lectura en 2016¹⁴³, el proceso ha sido rápido (cinco años) pero, una vez ha llegado a la Asamblea General, se ha parado.

B) El resultado de los trabajos de la Comisión ya es, independientemente de su adopción final como tratado, un instrumento jurídico internacional que no solo puede ser utilizado como la base de un tratado, sino que, además, puede tener un impacto en el Derecho consuetudinario, en este caso sobre la noción de crímenes contra la humanidad, porque se trata de una codificación no legislativa autorizada¹⁴⁴. En este sentido, la propia Comisión sostiene que una conclusión suya de que existe o no una regla puede tener un valor particular, atendiendo a diversos factores¹⁴⁵. Así, los proyectos de codificación y desarrollo progresivo adoptados por la CDI pueden servir como un elemento auxiliar para la determinación del Derecho internacional consuetudinario: ha sucedido ya en algunos casos con determinados proyectos de la CDI ante la Corte Internacional de Justicia¹⁴⁶ pero también muy especialmente con el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad por parte de los tribunales penales internacionales actuales. Como consideró el TPIY en el *caso Furundzija* al valorar este proyecto de 1996 de la CDI, este instrumento podía constituir prueba del Derecho consuetudinario, arrojar luz sobre las normas consuetudinarias que son de contenido incierto o están en proceso de

¹⁴² En la agenda actual de la CDI, se están desarrollando seis temas como directrices (Aplicación provisional de los tratados y protección de la atmósfera), conclusiones (normas imperativas de Derecho internacional general (*ius cogens*) y principios generales de Derecho), principios (protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados) o en el formato de un grupo de estudio.

¹⁴³ *International Law Commission*, NU doc. A/71/10, “Draft articles on the protection of persons in the event of disasters 2016 adopted by the International Law Commission at its sixty-eighth session, in 2016, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that sesión”, p. 48. El informe aparece en el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2016, vol. II, Parte segunda. Véase sobre la interacción entre tratados y costumbre en relación con este proyecto: FORTEAU, M., “A New ‘Baxter Paradox’? Does the Work of the ILC on Matters Already Governed by Multilateral Treaties Necessarily Constitute a Dead End? Some Observations on the ILC Draft Articles on the Expulsion of Aliens”, *Forum on the International Law Commission’s Draft Articles on the Expulsion of Aliens*, *Harvard Human Rights Journal*, <https://harvardhrj.com/wp-content/uploads/sites/14/2016/06/Forteau.pdf>.

¹⁴⁴ LUSA, F., “Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol 63, 2014, pp. 535–567; JANSEN, N., *The Making of Legal Authority: Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2010.

¹⁴⁵ *International Law Commission*, NU doc. A/73/10, “Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries”, 2018, p. 2, quinta parte, p. 142.

¹⁴⁶ Por ejemplo, el proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad de los Estados en el asunto del proyecto Gabcíkovo-Nagymaros en cuanto al alcance del estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud, o a las condiciones para la adopción de contramedidas. *Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, *Judgment*, ICJ Reports 1997, p. 50 a 54 y 83 respectivamente. También en el caso Bosnia c. Serbia la CIJ se refiere a este proyecto de artículos en diversos párrafos, véase *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)* ICJ 2007 Reports, p. 385, 398, 420 y 431, en los que la Corte se refiere a los artículos 4, 8, 14.3 y 16 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados.

formación, o, al menos, ser indicativo de los puntos de vista legales de publicistas eminentemente calificados que representan los principales sistemas legales del mundo¹⁴⁷. Atendiendo a estos dos factores, puedo afirmar que la Comisión estaba particularmente bien posicionada para reafirmar las normas existentes del Derecho internacional consuetudinario, pero en el PACCH no lo hace. Al menos en relación con la noción de crímenes contra la humanidad, utiliza un lenguaje prescriptivo que oculta los desacuerdos que existen en la práctica y en la doctrina, a diferencia de los primeros informes del Relator o incluso del proyecto aprobado en 2017. Proporciona extensos comentarios en que sintetiza y sistematiza lo que podría corresponder el Derecho vigente en la materia; pero guarda silencio sobre el estatus legal de las normas, a diferencia los anteriores proyectos y borradores¹⁴⁸.

En definitiva, de la lectura del Comentario se extrae que hay más apariencia de claridad y consenso del que se desprende de un mínimo análisis de la jurisprudencia y la doctrina de los últimos veinte años. Asimismo, no se abordan las incertidumbres y controversias que rodean aún importantes preguntas fundamentales sobre los crímenes contra la humanidad. Así, era la oportunidad para que la Comisión se pronunciara sobre si el artículo 7 ECPI en estos momentos refleja el Derecho consuetudinario, totalmente o en parte, pero no lo ha hecho y los comentarios evitan posicionarse al respecto. En vista del principal objetivo de la Comisión de allanar el camino para una futura convención, es comprensible un enfoque tan cauteloso.

2. Un dilema: ¿qué queda de la noción general de crímenes contra la humanidad?

Vista la interacción y la incidencia de los procesos de formación de las normas internacionales, cabría preguntarnos cómo queda la noción general de crímenes contra la humanidad y las obligaciones existentes en virtud del Derecho internacional consuetudinario: tanto si se aprueba este tratado, como, en caso de que no se apruebe, si se utiliza el PACCH como un medio para determinar el contenido de esta noción general. Existe esta noción general, junto con diversas nociones especiales de crímenes contra la humanidad que se caracterizan por ser más restringidas que la general, y así lo confirma implícitamente la CDI cuando recuerda en su Comentario el principio de que el Derecho internacional consuetudinario sigue aplicándose independientemente de las obligaciones convencionales¹⁴⁹. También cuando afirma que “si el presente proyecto de artículos constituye en última instancia la base de una convención, los Estados seguirían

¹⁴⁷ *Prosecutor v. Furundzija*, Case n° IT-95-17/1-T, *Judgment*, párr. 227 (Trial Chamber II, 10 diciembre 1998).

¹⁴⁸ Por ejemplo, del Proyecto de artículos sobre protección de las personas en caso de desastre, en el Comentario del cual la Comisión afirma expresamente que el proyecto “es tanto una obra de codificación del Derecho internacional como un ejercicio de su desarrollo progresivo. Algunas de las reglas contenidas en él están establecidas por ciertos regímenes de tratados o firmemente establecidas en el Derecho internacional consuetudinario, aunque algunas de ellas constituyen un desarrollo progresivo del Derecho internacional”. NU doc. A/71/10, cit., p. 6, párr. 2 del Comentario al proyecto de artículo 3.

¹⁴⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application*, Sentencia de 26 de noviembre de 1984, *I.C.J. Reports* 1984, pág. 392, párr. 73.

vinculados en todo momento por las obligaciones que existieran en virtud de otras normas de Derecho internacional, incluido el Derecho internacional consuetudinario”¹⁵⁰.

Entiendo que sería la noción general que ha permitido recientemente a un tribunal alemán juzgar y condenar a una alemana por “un” crimen contra la humanidad en Irak por la muerte una niña yazidí en el contexto de los ataques del Estado islámico contra esta minoría¹⁵¹. El Código alemán de crímenes internacionales adoptado en 2002 no incluye el elemento político ni el requisito de comisión múltiple¹⁵². Si se requiriera el elemento político, el tribunal alemán tendría que haber demostrado que los ataques contra miembros de la comunidad yazidí han sido organizados, planificados, dirigidos o tolerados por el Estado Islámico como organización y que hay una multiplicidad de casos que siguen un patrón similar de conducta. También tendría que haberse planteado si el Estado Islámico es una organización, y la vinculación de los autores (la alemana y su esposo iraquí) con la organización.

En estos momentos entiendo que a) si el objetivo de la Comisión con el PACCH no era codificar los crímenes contra la humanidad ni sus corolarios, b) si no considera expresamente que la definición del Estatuto de Roma es la noción general, sino la más aceptada, y c) si pretende que mediante un tratado se armonicen las definiciones estatales con la del Estatuto de Roma, lo que puede pasar es que se extienda la definición (más restrictiva) del Estatuto a las legislaciones y jurisdicciones nacionales. Entonces, ¿qué queda de la noción general y en qué ámbito y en qué condiciones se aplicará?

Aunque se presente y justifique el PACCH para superar con un tratado las incertidumbres del Derecho consuetudinario, me resulta problemático el método de reproducir la definición del Estatuto de Roma, adoptado hace casi veinticinco años, en un contexto y para unos propósitos diferentes y sin abordar la noción general actual que, en mi opinión, se ve reflejada en la práctica interna de algunos Estados de no incluir en la definición el elemento político, como es el caso de Alemania o también de España (artículo 607 bis del Código penal).

No se trataba de reabrir el debate ni de cuestionar el consenso conseguido en Roma con una definición que, aunque teóricamente diseñada para responder a circunstancias futuras imprevistas, en algunos aspectos refleja compromisos políticos en lugar de un marco normativo coherente e integrado¹⁵³. Era la oportunidad de abordar en especial el impacto del Estatuto de Roma en la noción general de crímenes contra la humanidad mediante propuestas, si no codificables, sí útiles para los Estados como formas de desarrollo progresivo de una noción que, si por algo se ha caracterizado y tiene su razón de ser, es

¹⁵⁰ NU doc. A/74/10, Comentario a art. 1, ámbito de aplicación, proyecto 2019, pár. 3.

¹⁵¹ *La Vanguardia*, “Cárcel para una alemana del Estado Islámico por la muerte de una niña”, 25 de noviembre de 2021, <https://www.lavanguardia.com/internacional/20211025/7815862/carcel-alemana-ei-muerte-nina.html>.

¹⁵² “Section 7. Crimes against humanity. (1) Whoever, as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population (...)”. Véase la traducción oficial en inglés: *Act to Introduce the Code of Crimes against International Law of 26 June 2002*, en <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/vstgb/index.html>.

¹⁵³ DE GUZMAN (2013), p. 24.

precisamente su capacidad de adaptarse a cada contexto, a partir de una noción general, para evitar la impunidad. Sin embargo, de los debates y los trabajos sobre el PACCH parece como si el tiempo del desarrollo de los crímenes contra la humanidad se detuviera en Roma en 1998, y no es así.

El consenso de Roma no cerró el proceso de desarrollo de la noción de crímenes contra la humanidad¹⁵⁴. Sin embargo, el criterio de pragmatismo y coherencia con el Estatuto de Roma seguido por la Comisión no han permitido reflejar en el PACCH los avances logrados en la noción de crímenes contra la humanidad desde que se aprobó el Estatuto en julio de 1998, como la definición más amplia de desapariciones forzadas de la Convención de 2006; el cuestionamiento del elemento político por los tribunales especiales y parte de la doctrina y la escasa recepción de este elemento en las legislaciones nacionales; la posibilidad de incluir ex combatientes dentro del concepto de “población civil” o incluso la posibilidad de incluir más conductas a la lista de crímenes contra la humanidad, como por ejemplo los daños graves al medio ambiente o el propuesto de crimen de ecocidio como crimen contra la humanidad y no, como se propone, como un crimen internacional autónomo¹⁵⁵.

Por supuesto, los Estados siempre pueden optar por abordar esas cuestiones una vez que se convoque una conferencia diplomática, como lo hicieron con respecto a varios asuntos derivados del Proyecto de Estatuto para una corte penal internacional de la Comisión aprobado en 1994. Por eso precisamente era importante que el PACCH fuera planteado no solo como lo que son los crímenes contra la humanidad sino también lo que deberían ser o a lo que están dispuestos a llegar los Estados en la incriminación de los crímenes contra la humanidad, tanto en los aspectos sustantivos como en los procesales.

Siguen sin respuesta importantes cuestiones normativas y doctrinales sobre los crímenes contra la humanidad. Coincido con Jalloh en señalar que es paradójico que no contemos aún con una teoría de consenso para el crimen que tiene una etiqueta tan simple que fácilmente captura la imaginación popular de lo que es un crimen contra la humanidad¹⁵⁶ pero, sin embargo, cuesta tanto concretar normativamente. En este sentido, la negociación de un tratado como el Estatuto de Roma fue reveladora de los límites que los Estados ponían a su desarrollo progresivo y a la cesión de soberanía a favor de una corte penal internacional permanente y con vocación universal.

Precisamente los debates en esa negociación en los años noventa y, en los últimos años, los trabajos y debates sobre el PACCH, se pueden entender mejor en clave de soberanía. Definir crímenes contra la humanidad implica identificar los delitos que deberían estar sujetos a la jurisdicción internacional y universal cuando fallen las jurisdicciones nacionales del lugar de comisión y ello requiere determinar cuándo las prerrogativas soberanas deben ceder ante la protección global de los derechos humanos.

¹⁵⁴ CLARK, R., “History of Efforts to Codify Crimes Against Humanity”, cit., p. 27 *in fine*.

¹⁵⁵ *Ecocideland*, <https://ecocideland.com>; ROBINSON, D., “Your Guide to Ecocide: Part 1”, <https://opiniojuris.org/2021/07/16/your-guide-to-ecocide-part-1/>.

¹⁵⁶ JALLOH (2017), p. 390.

Es por este motivo que la decisión de seguir en gran medida la definición del Estatuto de Roma en el PACCH no debería haberse planteado solo como algo meramente pragmático. Ciertamente, existen beneficios prácticos al adoptar una definición que ya es ampliamente aceptada y utilizada en muchos sistemas nacionales y sin duda con este tratado se impulsará una mayor implementación y persecución de los crímenes contra la humanidad a nivel nacional. Es posible también que sirva al propósito de mejorar la complementariedad de la Corte Penal Internacional para los casos en que no sea posible juzgar estos crímenes en el ámbito nacional. No obstante, adoptar esta definición (aún con la decisión de eliminar la definición de género y el nexos de la persecución con otros crímenes) será una fuerte evidencia del Derecho internacional consuetudinario con respecto a esos crímenes y, por lo tanto, una barrera sustancial para la adopción de definiciones divergentes en el futuro. En este sentido, me parece fundamental entender que la cláusula de salvaguarda del artículo de definición de los crímenes permite adoptar diferentes enfoques en el futuro, ya sea en contextos nacionales o internacionales, pero solo más amplios, no más restrictivos que la de ya por sí restrictiva definición negociada y adoptada en esos instrumentos jurídicos. Por todo ello, me parece muy importante que los Estados entiendan lo que está en juego si se rompe, se flexibiliza o se amplía, en concreto, el elemento político: es lo que determinará si entramos en esa tercera generación de crímenes contra la humanidad, así como los está interpretando ya la CPI. En definitiva, el elemento político nos interpela a un reto: ¿queremos superar la noción clásica de crímenes contra la humanidad, congelada en la lógica de la II Guerra Mundial, y aplicarla a los conflictos modernos impulsados por actores no estatales?

La pregunta no es banal ni inocente. Los crímenes contra la humanidad han sido objeto en los últimos años de un fuerte grado de “modernización” pero también de “privatización”. Este desarrollo ha permitido que los tribunales penales internacionales y los Estados se comprometan con nuevas formas de violencia, de conflictos, de autores y de víctimas. Las definiciones internacionales han sido, en algunos aspectos, más “modernas” o progresistas que los enfoques nacionales, por lo que un tratado de crímenes contra la humanidad supone el reto de modernizar también los Derechos nacionales. Sin embargo, estas tendencias también conllevan ciertos riesgos, como por ejemplo que la Corte y los tribunales nacionales se centren más en las violaciones cometidas por actores no estatales, en lugar de la acción estatal¹⁵⁷.

En respuesta a la pregunta formulada en este apartado, y ya para acabar, entiendo que, a pesar de las dificultades en la interpretación y en la aplicación del Derecho internacional consuetudinario como fuente del Derecho penal internacional, este Derecho también presenta ventajas en términos de desarrollo del Derecho. Si los crímenes contra la humanidad se hubieran codificado inmediatamente después de Nuremberg, como se hizo con el genocidio, lo más probable es que el requisito de un conflicto armado todavía estuviera presente en la actualidad¹⁵⁸, de igual manera que la definición de genocidio de 1948 permanece inalterada desde entonces.

¹⁵⁷ STAHN, C., *A Critical Introduction To International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 73.

¹⁵⁸ VAN DEN HERIK (2010), p. 104.

Que no existiera un tratado general sobre crímenes contra la humanidad permitió a los tribunales penales internacionales especiales actualizar la noción vía interpretación y aplicación del Derecho consuetudinario. Que no exista un tratado sobre crímenes contra la humanidad es lo que ha permitido también a la Corte Penal Internacional interpretar estos crímenes en un sentido aún más amplio que los tribunales especiales, paradójicamente, a pesar de que la noción es más restringida. Lo ha hecho en base a una comprensión teleológica de los crímenes contra la humanidad al considerar que el objetivo del Derecho penal internacional es promover los valores humanos básicos¹⁵⁹.

Este enfoque es nuevo y sobre él no se han pronunciado aún los Estados.

Efectivamente, un tratado multilateral sobre crímenes contra la humanidad con una amplia aceptación de los Estados que reproduzca en lo esencial la misma definición del Estatuto de Roma puede tener un efecto declarativo o cristizador del elemento político introducido en el Estatuto. Sin embargo, como he explicado en este Estudio, de los trabajos y debates en torno al PACCH no se desprende, en general, una impugnación o un cuestionamiento ni del elemento político ni tampoco de su interpretación actual. Habrá que ver si en la negociación de este tratado, si se llega a convocar una conferencia diplomática, o en la negociación del Proyecto de tratado MLA, se produce un nuevo consenso sobre qué son y qué deberían ser los crímenes contra la humanidad en este siglo XXI, o bien se consolida el consenso de Roma también para la persecución de estos crímenes a escala nacional. En este último caso, asistiríamos a un “desarrollo regresivo” gradual de los crímenes contra la humanidad con la restricción de la noción general que ha existido hasta ahora.

¹⁵⁹ KRESS, C., “On the outer limits of crimes against humanity, cit., p. 861.