

LA CONSTRUCCIÓN DEL CRIMEN DE PERSECUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES AD-HOC

ALFREDO LIÑÁN LAFUENTE*

Resumen: Los Tribunales Penales Internacionales para la Ex-Yugoslavia y Ruanda han desarrollado una labor determinante a la hora de configurar las características del crimen contra la humanidad. De este modo, se han establecido tanto los elementos generales del crimen, como las particularidades de cada tipo específico. En concreto, y respecto al crimen de persecución, la jurisprudencia emanada de estos tribunales representa la primera aplicación específica del crimen de persecución a supuestos concretos. Este artículo se centra en identificar las características de dicho tipo específico de crimen contra la humanidad, y en aportar una visión crítica de los aspectos del mismo sobre los que dicha jurisprudencia aún no ha aportado un criterio jurídicamente satisfactorio.

Abstract: The International Criminal Courts for the Former Yugoslavia and Rwanda have developed a decisive work in order to configure the main features of the crime against humanity. In This case it have been established both the general elements of the crime, as the particularities of each specific type. In particular, with regard to the crime of persecution, the jurisprudence of these tribunals is the first application of the crime of persecution on specific cases. This article focuses on identifying the characteristics of that specific type of crime against humanity, and provide a critical view of elements on which this case law has not yet made a satisfactory legal test.

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Abogado.

Palabras clave: Crimen contra la humanidad, crimen de persecución, Tribunal Penal Internacional Ex Yugoslavia, Tribunal Penal Internacional Ruanda, Estatuto de Roma, discriminación, derechos fundamentales.

Key words: Crime against humanity, Persecution crime, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, International Criminal Tribunal for Rwanda, Rome Statute, discrimination, Human Rights.

La persecución de un grupo de personas por determinadas razones ha marcado, desde sus inicios, la evolución de la figura penal del crimen contra la humanidad. Debido a que su nacimiento fue consecuencia directa de los actos criminales cometidos por los Nazis contra determinados colectivos como los judíos, gitanos o comunistas, el carácter grupal y la discriminación se identificaron como características determinantes del tipo penal. De este modo, las persecuciones contra personas por determinadas razones fue configurada en el artículo 6.c) de la Carta de Londres como una forma específica de la aparición del crimen contra la humanidad¹, aunque éste también podría cometerse contra cualquier otra persona sin necesidad de exigir un elemento discriminatorio en la intención del autor.

Por lo tanto, durante el juicio del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg no fue necesario que el Tribunal distinguiese entre lo que se denominó doctrinalmente *murder type* —o crimen contra la humanidad de homicidio— y el *persecution type*² o crimen contra la humanidad de persecución. Ello fue así porque que el Tribunal condenó a los acusados por la comisión de crímenes contra la humanidad, sin determinar qué tipo específico del delito se había cometido. De este modo, éste no tuvo que pronunciarse sobre la exigibilidad y características del elemento subjetivo del injusto del crimen de per-

¹ El artículo 6 c de la Carta de Londres configuró el tipo penal del crimen contra la humanidad de la siguiente forma:

Asesinatos, exterminaciones, esclavitud, deportaciones, y otros actos inhumanos cometidos contra una población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, en ejecución o en conexión con un crimen de la jurisdicción del tribunal, fueran perpetrados estos hechos, o no, en violación de la legislación nacional del país.

Líderes, organizadores, instigadores y participantes cómplices en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer algunos de los anteriores crímenes serán responsables por todos los actos llevados a cabo por alguna persona en ejecución de dicho plan.

² SCHWELB, E. *Crimes against Humanity*. BYIL. 23. 1946.

secución, es decir, la intención discriminatoria. Sin embargo, en los procesos que se desarrollaron en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial, el crimen de persecución sí se vio reflejado en los juicios por «denuncias», donde se juzgó a personas que habían denunciado a otras con intención discriminatoria. Por lo tanto, fueron los propios jueces alemanes los que comenzaron a deslindar los tipos específicos del crimen contra la humanidad³.

No obstante, desde la creación de la figura nunca se llegó determinar qué función concreta desarrollaban los *persecutions types*, ni durante los procesos, nacionales o internacionales en dónde se contemplaba la figura del crimen contra la humanidad, ni en los sucesivos borradores de la Comisión de Derecho Internacional, que desde 1950 desarrolló un proyecto para codificar los crímenes internacionales.

Los Tribunales Penales Internacional es ad-hoc para la antigua Yugoslavia (TPIY en adelante) y Ruanda (TPIR en adelante), creados en 1991 y 1994 respectivamente, contemplan en sus estatutos la figura del crimen contra la humanidad, conteniendo una conducta delictiva específica concretada en las «persecuciones por motivos raciales, nacionales, étnicos o religiosos». Sin embargo, entre ambos tribunales existe una diferencia esencial que ha provocado que el crimen de persecución se aplique más profusamente en los procesos seguidos ante el TPIY que en los seguidos frente al TPIR.

El artículo 5.h del Estatuto del TPIY contempla que:

El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil:

- a) *Asesinato;*
- b) *Exterminación;*

³ Sobre estos casos de denuncia, *Vid.* Sts 5/48. Oberster Gerichtshof für die Britische Zone, Entscheidungen in Strafsachen (OGHSt, en adelante). 1. p. 19; RÜTER-EHLER-MANN/RÜTER, C. F. *Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen Nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1966.* University Press Amsterdam. Amsterdam. 1968, p. 498. vol. II; Oberlandsgericht (OLG en adelante) Dresden (5.4.47) Neu Justiz. 1947. p. 196. También en Neu Juristische Wochenschrift. 1948. p. 307; OLG Freiburg (21.11.47). DRZ. 1948. p. 259; OLG Dresden (14.3.1947) SJZ. 1947. p. 519; Sts 19/49. OGHSt. 1. p. 321; También en Monatschrift für Deutsches Recht. 1949. p. 370 y en Süddeutsche Juristenzeitung 1949. p. 347; Sts 57/48 OGHSt 1. p. 122. También en Zentral-Justizblatt für die Britische Zone. 1948. p. 272; Sts 109/48 OGHSt. 1. p. 246; Sts 43/48 OGHSt. 1. p. 60; Sts 68/48 OGHSt. p. 186; Sts 120/99. OGHSt. p. 385.

- c) *Reducción a la servidumbre;*
- d) *Expulsión;*
- e) *Encarcelamiento;*
- f) *Tortura;*
- g) *Violaciones;*
- h) ***Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;***
- i) *Otros actos inhumanos*

Por el contrario, el artículo 3 del TPIR, establece que:

*El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil **en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso:***

- a) *Asesinato;*
- b) *Exterminación;*
- c) *Reducción a la servidumbre;*
- d) *Expulsión;*
- e) *Encarcelamiento;*
- f) *Tortura;*
- g) *Violaciones;*
- h) ***Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;***
- i) *Otros actos inhumanos.*

Como se puede observar en el artículo 3 del Estatuto del TPIR se contempla como elemento general del injusto que el crimen contra la humanidad sea *cometido por determinadas razones discriminatorias*. De este modo, al ser exigido como elemento del tipo, la consecuencia lógica sería excluir el tipo específico de persecución, o por lo menos su comisión por determinadas razones. Sin embargo, en el Estatuto del TPIR se mantuvo el tipo específico de persecución, provocando que éste se convirtiera en un tipo penal residual.

Se ha de tener en cuenta que cuando se redactaron los Estatutos vinculantes a los TPIs ad-hoc, aún se estaban debatiendo en el seno

de la Comisión de Derecho Internacional (CDI, en adelante) los elementos configuradores del crimen contra la humanidad. Muestra de ello es que en el Estatuto de TPIY se exija en los elementos generales del tipo la conexión con un conflicto armado⁴, y en el Estatuto del TPIR se elimine dicho requisito, pero se incorpore la intención discriminatoria a los elementos generales del tipo.

De este modo, el artículo 7h del Estatuto de Roma es consecuencia, en gran parte, de la Jurisprudencia que se va a analizar. En éste se ha impuesto definitivamente la eliminación de los elementos generales del tipo tanto la exigencia de la conexión con un conflicto armado como la intención discriminatoria, contemplando ésta última sólo y exclusivamente en el tipo específico de persecución —art. 7h—.

Por todo ello, para desentrañar el significado del crimen de persecución y su adecuación al Estatuto de Roma se deberá recurrir a sus fuentes. Éstas no han de buscarse en tiempo remotos, sino en la reciente, y aún dinámica, jurisprudencia de los TPIs ad-hoc.

⁴ Herencia clara del artículo 6.c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, donde se exigía la conexión del delito con un crimen de guerra o contra la paz. En el marco del proceso contra TADIC, la Corte de apelación fue la encargada de determinar el significado concreto del párrafo «*when committed in armed conflict, whether international or internal character*». El 23 de junio de 1995, la defensa de TADIC recurrió la jurisdicción del tribunal alegando que este requisito significaba la necesidad de que el acto del acusado estuviera conectado con otros crímenes del Estatuto, haciendo referencia al precedente creado el art. 6c del Estatuto de Londres y por la jurisprudencia del TMI, y afirmando que dicho requisito aún permanecía en la Ley Internacional contemporánea. Debido a este razonamiento indicaba que se habían infringido los principios de *ex-post-facto* y *nullum crimen sine lege*. La Corte de apelación resolvió el recurso, negando en primer lugar la violación de dichos principios y advirtiendo que el nexo al que se refería la defensa representaba un episodio peculiar de la jurisdicción de Nuremberg y que hacía tiempo que había sido abandonado. Es más, la Corte afirmó que en la costumbre internacional no existía un requerimiento para que el crimen contra la humanidad tuviera que estar conectado a un conflicto armado, y que si este elemento se había incluido en el Estatuto, era debido a que el Consejo de Seguridad había definido el crimen más restrictivamente que lo necesario bajo la costumbre internacional, sin que esto pudiera interpretarse como una lesión del principio *nullum crimen sine lege*. Este requisito, concluyó la Cámara, podría ser invocado como un elemento jurisdiccional del artículo 5 sobre los crímenes cometidos en conflicto bélico interno o conflicto internacional. *Tadic Appeals Chamber. Decisión on the Defence Motion...* ob. cit. par. 142; La decisión y las opiniones separadas de los jueces LI, ABI-SAAB, SIDHWA, DESCHÊNES, junto con el comentario de FISCHER se puede encontrar en, KLIP, A, y SLUITER, G. *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1993-1998*. Viena: Interesentia. 1999, pp. 33-143. El comentario de FISCHER se encuentra en las páginas 140 a 143.

1. LOS ELEMENTOS DEL CRIMEN DE PERSECUCIÓN

El TPIY se ha encargado, desde el comienzo de su andadura jurisprudencial, de interpretar el crimen de persecución. En uno de sus primeros procesos abiertos, el caso TADIC, ya aparece en el acta de acusación este tipo de crimen y el tribunal comienza a configurar los elementos y características de la figura⁵. Como en otras ocasiones, este ha sido un proceso donde se han ido paulatinamente desarrollando y configurando las características del crimen de persecución, hasta llegar a una línea jurisprudencial asentada y mayoritariamente aceptada.

Se ha de tener en cuenta que en el momento de la redacción del Estatuto del TPIY en el seno de la CDI se debatía cómo se podría enunciar dicha figura criminal, como demuestra el hecho de que en apenas 5 años se redactaran tres definiciones radicalmente distintas⁶ del tipo de persecución. Por lo tanto, el análisis comenzará exponiendo las definiciones que se han producido en el ámbito del Tribunal Internacional para, una vez determinada la misma, extrapolar los elementos de la ofensa en un análisis pormenorizado de sus características.

1.1. Definición del crimen de persecución

Perseguir, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es *molestar, conseguir que alguien sufra o padezca procurando hacerle el mayor daño posible*⁷. Júntesele a esta definición un ataque generalizado o sistemático y unos motivos por lo que se lleva a cabo, y en bruto, se obtendrán los elementos que componen el crimen de persecución. Estos se encuentran presentes en la primera aproximación que el TPIY lanzó al concepto de persecución en 1997, afirmando que

La violación del derecho a la igualdad de un modo grave que infrinja el disfrute de un Derecho Fundamental constituye persecución,

⁵ Se puede encontrar un análisis de la interpretación del crimen de persecución en la sentencia del caso Tadic de 7 de mayo de 1997 en, SWAAK-GOLDMAN, O. *The Crime of Persecution in International Criminal Law*. Leiden Journal of International Law. 11. 1998. pp. 145-154.

⁶ Compárese el art. 21 del borrador de 1991, con el art. 20.4.2h del de 1994 y con el art. 18.f de 1996.

⁷ Diccionario de la Real Academia Española. 22.ª edición.

aunque la discriminación debe ser llevada a cabo por una de las razones contempladas en el Estatuto⁸.

Debido a esto, la persecución está constituida por la violación del derecho a la igualdad de un modo grave, que infringe el disfrute de los Derechos Humanos fundamentales. Pero esta discriminación deberá ser llevada a cabo por los motivos señalados en el Estatuto, es decir, por razones políticas, raciales o religiosas. Sin embargo, esta primera aproximación adolecía de la taxatividad necesaria para convertirse en la guía de las siguientes decisiones jurisprudenciales.

De este modo se indica en la sentencia de KUPRESKIC, donde se advierte que los límites de los actos que cualifican la persecución deben estar claramente definidos, ya que, a pesar de que los Derechos Humanos sean dinámicos y expansivos, **no toda negación de un derecho fundamental debería ser considerada como un crimen de persecución**⁹. En este sentido el tribunal señala los tres elementos de los que debe componerse el crimen de persecución: los requisitos generales de los crímenes contra la humanidad; una negación de un derecho fundamental que alcance la misma gravedad que los actos recogidos en el art. 5; y unas razones discriminatorias¹⁰. Y define la figura criminal del siguiente modo:

La Corte define la persecución como la negación flagrante y evidente, por razones discriminatorias, de un derecho fundamental contemplado en la costumbre internacional o los Tratados Internacionales, alcanzando el mismo nivel de gravedad que los otros actos prohibidos en el artículo 5.¹¹

Esta definición se convirtió en el punto de referencia de la jurisprudencia¹² sobre este tema y ha sido confirmada por las sentencias posteriores¹³, aunque en alguna ocasión se haya variado la forma de

⁸ *Prosecutor v. Tadic*. Caso. N.º IT-94-1-T. (Trial Chamber) 7 de mayo de 1997, par. 697. Traducción propia.

⁹ *Prosecutor v. Kupreskic*. IT-95-16-T. (Trial Chamber). 14 de enero de 2000, par. 618.

¹⁰ *Kupreskic* Trial Chamber, p. 627.

¹¹ *Kupreskic* Trial Chamber, p. 621. Traducción propia.

¹² Los elementos más destacables de la jurisprudencia, en relación con el crimen de persecución, se puede encontrar en ACKERMAN, E y O'SULLIVAN, E. *Practice and Procedure on the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. Londres: Kluwer Law International. 2000, pp. 57-66.

¹³ *Prosecutor vs. Krstic* IT-98-33-T (Trial Chamber) 2 de agosto de 2001, par. 534; *Prosecutor vs. Kordic&Cerkez*. IT-95-14/2-T. (Trial Chamber) 26 de febrero de 2001, par. 195; *Prosecutor vs. Semanza*. Caso N.º ICTR-97-20-T. (Trial Chamber). 15 de mayo de 2003, par. 374; *Prosecutor v. Ruggiu*. Caso. N.º ICTR- 97-32. (Trial Chamber).

redacción¹⁴. Es más, estos caracteres permanecen en la definición que la Sala de apelación lleva a cabo en el caso KORDIC & CERKEZ, aunque en ella se amplían dos elementos al incluir el carácter acumulativo de los actos y la importancia que puede tener la relación entre los mismos para determinar el nivel de gravedad.

El «actus reus» de la persecución, un crimen contra la humanidad, es definido como un acto u omisión que discrimina y deniega o infringe un derecho fundamental reconocido en la costumbre o en los tratados internacionales. Los actos de persecución, sean considerados de forma aislada o conjuntamente con otros actos, deben constituir una conducta criminal de igual gravedad a los delitos contenidos en el artículo 5 del Estatuto¹⁵.

En otras ocasiones, como en el caso de DERONJIC, la Corte ha preferido utilizar una definición que distingue los dos elementos que componen el tipo de forma clara, y aunque el sentido es similar a las anteriormente expuestas se olvida hacer referencia al nivel de gravedad de los hechos, elemento fundamental y caracterizador de tipo delictivo objeto de estudio, y limita excesivamente las razones discriminatorias. En este sentido, la Corte afirma que:

El crimen de persecución consiste en un acto u omisión el cual:

1.º Es un acto discriminatorio que deniega o infringe un derecho fundamental reconocido en la costumbre o tratado internacional (actus reus); y

2.º Se lleva a cabo deliberadamente con una intención discriminatoria de una lista de razones, específicamente raciales, religiosas o políticas (mens rea)¹⁶.

No obstante, y a pesar de estas diferencias, sí parece haber quedado establecido en la jurisprudencia del TPIY las características del crimen de persecución: *la denegación del disfrute de un derecho*

1 de junio de 2000, par. 21. Sentencia comentada por Michele Buteau en, KLIP, A/SLUITER, G. *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1993-1998*. Viena: Interesentia. 1999. Vol. VI. 651-658.

¹⁴ *Prosecutor v. Krnojelac*. Caso N.º IT-97-25-T (Trial Chamber). 15 de marzo de 2002, par. 431; en el mismo sentido *Prosecutor v. Vasiljevic*. Caso N.º IT-98-32-T. (Trial Chamber). 29 de noviembre de 2002, par. 244. *Prosecutor v. Stakic*. Caso N.º IT-97-24-T (Trial Chamber). 31 de julio de 2003, par. 732.

¹⁵ *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*. Caso N. IT-95-14/2-A. (Appeals Chamber). 17 de diciembre de 2004 par. 671. Traducción propia.; En el mismo sentido. *Prosecutor vs. Krnojelac* IT-97-25-A. (Appeals Chamber). 17 de diciembre de 2003, par. 199;. *Prosecutor vs. Blaskic*. Caso N. IT-95-14-A (Appeals Chamber). 29 de julio de 2004, par. 135.

¹⁶ *Prosecutor vs. Deronjic*, IT-02-61-A (Appeals Chamber), 20 de julio de 2005, par. 109.

fundamental por medio de un acto de gravedad similar a los recogidos en el artículo 5 del Estatuto del tribunal y cometido por razones políticas, raciales o religiosas. Sin olvidarse de que, además de estas características, el crimen de persecución debe estar conectado con un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

Este será el punto de partida para ir desentrañando los interrogantes que despiertan los elementos constitutivos del crimen de persecución. ¿A qué tipo de actos se refiere? ¿Deben estar enunciados en el Estatuto o no? ¿Cómo se mide el nivel de gravedad? ¿Afecta el contexto? ¿Debe el poder político o estatal tener relación con el ataque? ¿El elemento teleológico especial se exige al acto concreto o puede derivarse del que está presente en el ataque? En los párrafos siguientes analizaremos la postura que ha tomado la jurisprudencia de los TPIs ad-hoc sobre estos temas y como ha delimitado los contornos de la figura criminal.

1.2. El sujeto pasivo del crimen de persecución

El crimen de persecución, para poder ser considerado como tal, debe cumplir *a priori* con los elementos generales requeridos en el crimen contra la humanidad. En estos, recordemos una vez más, se exige que se perpetre un «**ataque generalizado o sistemático contra la población civil**», por lo tanto, en plena lógica, el sujeto pasivo de esta figura deberá ser también la población civil.

Pero al cuestionarnos el porqué de este sujeto pasivo, se ha de volver la vista al final de la Segunda Guerra Mundial, donde se estableció la necesidad de contar con un tipo penal de crimen internacional que protegiera a cualquier población civil, incluso la propia, como único medio eficaz para evitar la impunidad de un Estado que comete este tipo de delitos contra sus propios nacionales, ya que este tipo de actuaciones no podía calificarse como crímenes de guerra.

Sin embargo, la limitación a la protección únicamente de la población civil se revela como insuficiente al avanzar en el concepto de crimen contra la humanidad y comprobar que, cuando estos son cometidos en tiempos de paz —como a menudo ocurre—, las únicas personas que no contarían con la calificación de sujetos pasivos de este crimen serían las vinculadas a las fuerzas armadas o cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

Conviene plantearse la posibilidad de que se llevara a cabo una persecución contra los miembros de una comunidad religiosa en un determinado país, y que se atacara en este marco a miembros de los

cuerpos y seguridad del Estado por este motivo. En estos casos, ¿No se podría considerar perfeccionado el crimen de persecución por la condición *no civil* del sujeto pasivo? o ¿Se podría interpretar que su pertenencia al grupo perseguido es suficiente para superar este requisito? Esta cuestión se ha planteado en varias ocasiones y la respuesta ha sido muy variada. SCHWELB considera que los miembros de las fuerzas armadas podrían formar parte del sujeto pasivo en determinadas ocasiones relacionados con persecuciones¹⁷. Del mismo modo, el Comité Legal de la UNWCC planteó sus dudas ante este tema al afirmar que las fuerzas armadas escapaban del ámbito de protección del *murder type* y **probablemente** también lo hiciera del *persecution type*¹⁸.

Estas dudas siguen estando presentes en la jurisprudencia del TPIY, ya que frente a la corriente mayoritaria que se limita a exigir el cumplimiento de los requisitos generales del crimen contra la humanidad, el tribunal de primera instancia del caso KUPRESKÍĆ afirma que bajo la costumbre internacional, en el caso de persecuciones, la víctima del crimen contra la humanidad no necesita ser necesariamente parte de la población civil, sino que podría también incluir al personal militar¹⁹. En este sentido, *el ánimo discriminatorio por la asociación del sujeto a un motivo determinado por el que se realiza el hecho podría ser suficiente para calificarlo como víctima de persecución, anulando su pertenencia a un estatus distinto del civil.*

¹⁷ SCHWELB, E. *Crimes* ob. cit. p. 190 y 191. El autor, tras mantener que los tipos de persecución, a diferencia de los casos de *murder type*, podrían ser cometidos contra los miembros de las fuerzas armadas se pregunta si sería lógico ampliar el espectro del crimen en este último caso donde las ofensas son de menor gravedad que en el primer tipo. Este razonamiento es lógico al plantearse el *persecution type* como una figura donde los actos enumerados en el *murder type* no podrían cometerse. Pero esta concepción del crimen de persecución ha evolucionado, exigiéndose que para que el crimen de persecución se perpetre, el nivel de gravedad de las ofensas cometidas debe ser similar a la de los casos contenidos en los demás casos contemplados en la figura del crimen contra la humanidad. Aunque a pesar de este razonamiento SCHWELB afirma que determinados actos cometidos contra soldados italianos de origen judío o esloveno podrían perfeccionar el tipo de persecución; En el mismo sentido, CASSESE, A. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press. 2003. pp. 85 y 89. El autor señala la siguiente razón para fundamentar la ampliación del sujeto pasivo en los casos de persecución: *[t]raditional laws warfare, while they protected servicemen against such illegal actions by the enemy as treachery and use of prohibited means or methods of warfare, did not safeguard them against persecution either by the enemy, or by the Allies or by the very authorities to which military personnel belonged.*

¹⁸ United Nations War Crimes Commission. *History of the United Nations War Criminal Commission and the Development of the Laws of War*. Londres. 1948, p. 178, nota 4.

¹⁹ *Kupreskic Trial Chamber*, par. 568. *Additionally, under customary international law [...], in the case of persecution, the victims of crimes against humanity need not necessarily be civilians; they may also include military personnel.*

Desde otro punto de vista, se ha interpretado en la jurisprudencia del TPIY que la prueba de que una persona sea atacada por motivos discriminatorios se concreta con la evidencia de que dicha persona pertenece al grupo discriminado en cuestión²⁰, lo que limitaría el espectro de las posibles víctimas en el caso de persecución a los miembros de un grupo. Sin embargo, este criterio de estricta pertenencia fue suavizado en la sentencia de primera instancia de KVOCKA, la cual señala que la mera sospecha del autor acerca de la simpatía de una persona atacada con una determinada tendencia perseguida²¹, y su comisión por dicha sospecha, es suficiente para considerar a la persona como víctima del crimen de persecución, aunque en realidad no hubiera tenido relación con el motivo por la que fue atacada²². Asimismo afirma que, mientras las razones discriminatorias sí representan un elemento necesario para la perfección de la figura, no lo es así la pertenencia (membership) a un grupo²³.

En este ámbito el tribunal establece el criterio negativo de discriminación, es decir, que el motivo por el que se persigue a las víctimas no sea su acercamiento a una tendencia política, su pertenencia a un grupo racial, o sus creencias religiosas, sino precisamente la exclusión de éstas. En el caso concreto del proceso de KVOCKA se establece que todos aquellos *no serbios* detenidos en el campo de concentración de Omarska fueron perseguidos y tratados de una forma cruel e inhumana. Sin embargo, a los serbios no se les sometió a tormento alguno. Por lo tanto, el elemento discriminatorio no era la pertenencia a un grupo, sino precisamente la no pertenencia al mismo. Este criterio negativo, se establece en el informe final de la Comisión de Expertos del TPIY²⁴ y ha sido utilizado por la jurisprudencia en repetidas ocasiones²⁵.

²⁰ *Krnjelac* Trial Chamber, par. 432

²¹ *Prosecutor vs. Naletilic* IT-98-34-T (Trial Chamber) 31 de marzo de 2003, par. 636.

²² *Kvocka* Trial Chamber, par. 195.

²³ *Kvocka* Trial Chamber, par. 197.

²⁴ *Final Report of the Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780*. U.N. Doc. S/1994/674 para. 96. *If there are several or more than one victim groups, and each group as such is protected, it may be within the spirit and purpose of the Convention to consider all the victim groups as a larger entity. The case being, for example, that there is evidence that group A wants to destroy in whole or in part groups B, C and D, or rather everyone who does not belong to the national, ethnic, racial or religious group A. In a sense, group A has defined a pluralistic non-A group using national, ethnic, racial and religious criteria for the definition. It seems relevant to analyse the fate of the non-A group along similar lines as if the non-A group had been homogenous.*

²⁵ *Tadic* Trial Chamber, par. 625; *Blaskic* Trial Chamber, par. 236. *The Trial Chamber notes in this respect the negative definition of the persecution «victim group» provided by the Tadic Trial Chamber, that is, the one of which the perpetrator of the crimes is not a member.; Prosecutor vs. Jelusic* IT-95-10-T- 14 de diciembre 1999 (Trial Cham-

A pesar de ello, existe una línea jurisprudencial más estricta, encabezada por la sentencia de KRNOJELAC de 2002²⁶, que exige la pertenencia al grupo atacado para poder alcanzar la condición de víctima²⁷. En esta sentencia, el tribunal critica duramente la resolución adoptada en el caso KVOCKA, e indica que aunque el Estatuto no requiera expresamente que la discriminación se concrete en la pertenencia a un grupo determinado, esto es un requisito necesario para que un acto u omisión de base discriminatoria se perpetre²⁸. Sin embargo, esta posición restrictiva no fue apoyada por la Corte de apelación de KRNOJELAC, la cual interpretó que la sospecha de pertenencia a un ámbito concreto era suficiente para considerar como víctima a la persona objeto del acto²⁹, y en todo caso, el error de pertenencia por razón de juicio equivocado del autor no excluía la condición de víctima³⁰. En estos casos, el elemento discriminatorio dependerá de la percepción de autor, sin que la víctima tenga por qué intervenir en dicho proceso³¹.

1.3. *El actus reus del crimen de persecución*

A diferencia de la mayoría de los delitos subyacentes de los artículos 5 y 3 de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales de Yugoslavia y Ruanda, que representan un único crimen³²,

ber), par. 71; *Kvocka vs Prosecutor*. IT 98-30\1A (Appeals Chamber) 28 de febrero de 2005, par. 183 y ss.

²⁶ *Krnojelac* Trial Chamber, par. 432. En el mismo sentido, *Naletilic* Trial Chamber, par. 636.

²⁷ *Krnojelac* Trial Chamber, par. 432.

²⁸ *Krnojelac* Trial Chamber, par. 432.

²⁹ *Krnojelac*. Appeal Chamber, par. 185. De un modo explícito, *Naletilic*. Trial Chamber, par. 636; *Prosecutor vs. Simic*. IT-95-9-T (Trial Chamber) 17 de octubre de 2003, par. 49; *Stakic*. Trial Chamber, par. 734.

³⁰ *Krnojelac* Appeals Chamber, par. 185. La Corte se refiere a un ejemplo puesto por el Tribunal de primera instancia (par. 432, nota 1293) en la que se indica que el hecho de errar en la pertenencia de la víctima al grupo de musulmanes acarrearía la desaparición del elemento discriminatorio. La Corte opina al respecto que: *The Appeals Chamber finds this assertion to be incorrect. It is an erroneous interpretation of the requirement for discrimination in fact (or a discriminatory act) established by the case-law. To use the example provided in the footnote, the Appeals Chamber considers that a Serb mistaken for a Muslim may still be the victim of the crime of persecution. The Appeals Chamber considers that the act committed against him institutes discrimination in fact, vis-à-vis the other Serbs who were not subject to such acts, effected with the will to discriminate against a group on grounds of ethnicity.*

³¹ *Naletilic* Trial Judgement, par. 636; En el mismo sentido, *Stakic* Trial Chamber, par. 733.

³² Con excepción de la referencia de «Otros actos inhumanos».

la persecución puede asumir varias formas criminales concretadas en determinados actos que conforman el tipo de persecución³³. Debido a esto, y sobre todo para salvaguardar el principio de legalidad, se debería delimitar la clase de actos que puedan formar parte de las persecuciones³⁴ y así evitar una calificación general en este ámbito³⁵. En la definición del *actus reus* de persecución, la jurisprudencia de los TPIs ad-hoc lo considera como un acto u omisión discriminatorio, que deniega o infringe Derechos Fundamentales reconocidos en la costumbre y los tratados internacionales, y donde los actos que comprende la persecución, examinados de forma aislada o conjunta, deberán constituir una conducta criminal de igual gravedad que los crímenes contemplados en el art. 5 del Estatuto³⁶.

Esta interpretación implica que el punto de partida para determinar si unos actos concretos pudieran conformar un crimen de persecución debería ser el examen de qué Derechos Fundamentales del individuo han violado dichos actos. Pero sin una delimitación clara de estos, este criterio no debería ser extrapolado de una forma general debido a que no toda la negación de un Derecho Fundamental constituye un crimen contra la humanidad³⁷. A pesar de esto, la remisión general a los Derechos Fundamentales se ha utilizado a menudo.

Un ejemplo podría ser el tercer borrador de la CDI de 1996, donde tras afirmar que la figura de persecución comprende la violación de derechos y libertades fundamentales de las que resulta una seria desventaja para una parte de la población³⁸, indica en su comentario n.º 11 que el acto de persecución podría tomar muchas formas, dentro de su característica común de negación de derechos y libertades fundamentales individuales sin hacer distinciones por motivos de raza, sexo, idioma o religión, como reconoce la Carta de las naciones Uni-

³³ *Blaskic* Trial Chamber, par. 218.

³⁴ *Kupreskic* Trial Judgment, par. 618.

³⁵ *Simic*. Trial Chamber, par. 50.

³⁶ *Kupreskic* Trial Chamber, par. 621; *Kordic & Cerkez*. Trial Chamber, par. 195; *Kordic & Cerkez*. Appeals Chamber, par. 671; En el mismo sentido *Krnjelac* Appeals Chamber, par 199; *Blaskic* Appeals Chamber, par. 135.

³⁷ *Blaskic* Trial Chamber, par. 618; En el mismo sentido, *Kordic & Cerkez* Trial Chamber, par. 196.

³⁸ El artículo 18.f de Tercer Borrador indica que: *f) persecution on political, racial, religious grounds involving the violation of fundamental human rights and freedoms and resulting in seriously disadvantaging a part of the population*; El Documento quedó archivado como A.G. n.º 10 A/51/10 y se puede acceder a él en http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_51_10.pdf.

das (art. 1 y art.55) y el Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2)³⁹.

Pero lo cierto es que, aunque lo deseable sería que existiera una lista de actos que conformaran el crimen de persecución⁴⁰, debido a las especiales características de la figura y la variedad de formas que puede adoptar, en la actualidad no existe una guía taxativa de los mismos⁴¹. Por lo general, lo normal es que los actos hayan causado un daño severo físico o mental, hayan lesionado la libertad del individuo o atacado de un modo grave la propiedad de la víctima⁴². El crimen de persecución, según la sentencia de primera instancia de KRNOJELAC, se clasifica como un delito de resultado donde se exige que el acto o la omisión deban tener consecuencias discriminatorias en sí mismos. Sin este requisito, y según el tribunal, alguien podría ser condenado por persecuciones sin que nadie hubiese sido perseguido⁴³.

No se exige que cada a acto que forme la persecución sea considerado una violación de Ley Internacional Humanitaria, sino que las consecuencias derivadas del contexto y de la manera en que son realizadas lo sean⁴⁴. De hecho, una de las diferencias del tipo de persecución con las demás figuras contempladas en el crimen contra la humanidad es que el primero no requiere un acto separado de naturaleza inhumana para perfeccionarse⁴⁵. De este modo podría suceder que los actos que acompañaran a la persecución no pudieran ser

³⁹ Comentario n.º 11 del Art. 18 del Tercer Borrador de la Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad . A.G. n.º 10 A/51/10. *The inhumane act of persecution may take many forms with its common characteristic being the denial of the human rights and fundamental freedoms to which every individual is entitled without distinction as recognized in the Charter of the United Nations (Articles 1 and 55) and the International Covenant on Civil and Political Rights (article 2).*

⁴⁰ El Tribunal de primera instancia del caso *Kvocka* en 2001, redactó una lista de los actos que habían sido considerados hasta la fecha como aptos para crear una persecución. Véase el párrafo 186 de la sentencia.

⁴¹ *Tadic* Trial Chamber, par. 694; *Kupreskic* Trial Chamber, par. 567-568; *Blaskic* Trial Chamber, par. 218-219; *Kordic & Cerkez* Trial Chamber, 192; *Krnjelac* Trial Chamber, par. 433; *Krstic* Trial Chamber, par. 564; *Vasiljevic* Trial Chamber, par. 246;

⁴² *Blaskic* Trial Chamber, par. 218; en la sentencia de *Tadic* (par .710) se indica de manera similar que: *[t]he crime of persecution encompasses a variety of acts , including, inter alia, those of a physical, economic or judicial nature, that violate an individual's right to the equal enjoyment of his basic rights;* *Krnjelac* Trial Chamber, par. 433; *En Stakic* Trial Chamber, par. 732.

⁴³ *Krnjelac* Trial Chamber, par. 432.

⁴⁴ *Kupreskic* Trial Chamber, par. 622; *Krnjelac* Trial Chamber, par. 434; *Kvocka*. Trial Chamber, par. 186; *Prosecutor vs. Nikolic* IT-94-2-R61(Trial Chamber) 20 de octubre de 1995, par. 110; *Stakic* Trial Chamber, par. 736; *Vasiljevic* Trial Chamber, par. 247; *Simic* Trial Chamber, par. 48.

⁴⁵ Mc. DONALD, K. y SWAAK-GOLDMAN, O. *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*. La Haya: Kluwer International Law. 2000, p. 254; La sen-

considerados como inhumanos, pero al ser cometidos con intención discriminatoria y en función del modo en que son llevados a cabo, podrían constituir una violación de la Ley Internacional Humanitaria. Y en sentido similar, actos que sí pudieran ser calificados como inhumanos, podrían ser considerados como persecución si se llevaran a cabo con la intención discriminatoria apropiada⁴⁶. En este ámbito, es indispensable tener en cuenta que los actos no deben ser valorados aisladamente, sino en su contexto concreto y relacionados con las demás circunstancias⁴⁷, pues sólo así se podrá determinar el efecto acumulativo de los mismos y valorar su nivel de gravedad⁴⁸.

La jurisprudencia del TPIY también valoró la posibilidad de que un único acto pudiera considerarse como persecución. En este terreno es conveniente reconocer que, aunque una actuación singular pudiera ser considerada como suficiente, ésta debería estar conectada con un ataque generalizado o sistemático llevado a cabo por determinados motivos. Tomando este hecho como premisa, *se acepta en el ámbito estudiado que un solo acto pueda ser constitutivo de un crimen contra la humanidad de persecución*⁴⁹ cuando lesione o deniegue derechos fundamentales del individuo por causas discriminatorias.

A este respecto es interesante la opinión del tribunal de primera instancia de KUPRESKIC, pues tras admitir que no ha identificado qué derechos constituyen un tipo fundamental para el propósito de persecución, afirma que en interés de la justicia no considera apropiado hacerlo, pues la explícita inclusión de un derecho fundamental podría ser interpretado como la implícita exclusión de otros derechos —*expressio unius est exclusio alterius*—. La solución que ofrece el tribunal

tencia de primera instancia del caso *Kordic & Cerkez* (par. 192) considera que para salvaguardar el principio de legalidad, los actos de persecución sobre los que se acusa deben haber sido considerados como crímenes bajo la ley internacional con anterioridad a la comisión del hecho. Esta decisión fue reinterpretada por sentencias posteriores como la de *Kvočka*, donde se afirma que los actos no tienen por que haber sido considerados con anterioridad como crímenes, sino ser aptos para crear una persecución. Ver *Kvočka* Trial Chamber, par. 186.

⁴⁶ Mc. DONALD, K. y SWAAK-GOLDMAN, O. *Substantive and Procedural...* ob. cit. p. 254. *Kupreskic* Trial Chamber, pars. 622 y 631; *Krnjelac* Trial Chamber, par. 434; *Kvočka*. Trial Chamber, par. 186; *Nikolic* Trial Chamber, par. 110; *Stakic* Trial Chamber, par. 736; *Vasiljevic* Trial Chamber, par. 247; *Simic* Trial Chamber, par. 48.

⁴⁷ *Kordic & Cerkez*. Trial Chamber, pars. 195-196; *Kupreskic* Trial Chamber, pars. 618-619.

⁴⁸ *Kordic & Cerkez* Trial Chamber, pars. 195-196.

⁴⁹ *Kupreskic* Trial Chamber, par. 624. *The Trial Chamber does not excludes the possibility that a single act may constitute persecution. In such case, there must be clear evidence of the discriminatory intent*; En el mismo sentido, *Krnjelac* Trial Chamber, par. 433; *Vasiljevic* Trial Chamber, par. 246.

es examinar cada caso con sus propios méritos y circunstancias y decidir según las características de los actos concretos⁵⁰.

Sin embargo, y en orden a sistematizar las ofensas, la jurisprudencia del TPIY ha desarrollado una clasificación de los actos según su pertenencia o no al Estatuto. En este sentido, al acto que está contemplado en el Estatuto se le presupone un nivel de gravedad que, las ofensas que no están recogidas en él deben demostrar. Siguiendo esta clasificación se analizarán las características de los actos señalados por la jurisprudencia en la búsqueda de un criterio común para determinar el *actus reus* de la persecución.

1.3.1. Actos presentes en los Estatutos

Esta categoría de actos ha sido a su vez dividida en dos grupos por la jurisprudencia del TPIY⁵¹. Al primero pertenecerían los actos contemplados en el artículo 5⁵², mientras que formarían parte de los segundos los demás actos contemplados en el Estatuto⁵³. En esta última categoría estarían incluidos, por ejemplo, los actos de los crímenes de guerra que pudieran ser considerados como un crimen contra la humanidad de persecución. Pongamos un ejemplo real para aclarar este concepto. En el proceso de KORDIC & CERKEZ se establece como crimen de persecución el bombardeo de ciudades, pueblos, viviendas o edificios no protegidos⁵⁴. Este acto está contemplado como prohibido en el art. 3 (c) bajo el título de «Violaciones de las leyes o prácticas de guerra», pero cuando el *actus reus*, es decir el ataque a ciudades indefensas se produjera por alguna de las razones discriminatorias del art. 5 (h), se podría perfeccionar el crimen de persecución⁵⁵. Ciertamente es que en este caso el hecho también supondría un crimen de guerra, pero esto no impediría que en concurso ideal apareciera la figura del crimen de persecución⁵⁶.

La jurisprudencia establecida en el TPIY determina que las acusaciones múltiples bajo distintos artículos del Estatuto, pero basadas en la misma conducta, sólo serán permitidas si cada disposición es-

⁵⁰ *Kupreskic* Trial Chamber, par. 623.

⁵¹ *Tadic* Trial Chamber, pars. 700-703; *Kvočka* Trial Chamber, par. 185;

⁵² *Kupreskic* Trial Chamber, par. 605.

⁵³ *Kordic & Cerkez* Trial Chamber, par. 193.

⁵⁴ *Kordic & Cerkez* Trial Chamber, par. 203.

⁵⁵ A los dos acusados se les encontró culpables del crimen contra la humanidad de persecución. Ver *Kordic & Cerkez*. Trial Chamber. p. 306.

⁵⁶ En este sentido ver, *Prosecutor vs. Akayesu* ICTR-96-4-T (Trial Chamber) 2 de septiembre de 1998, par. 469; SWAAK-GOLDMAN, O. *The Crime of Persecution...* ob.cit. p.149.

tatutaria tiene un elemento materialmente distinto no contenido dentro del otro⁵⁷. Un elemento es materialmente distinto de otro si requiere la prueba de un hecho no exigido en el otro tipo penal para fundamentar la perfección del delito⁵⁸. De un modo similar interpreta el tema del concurso real la jurisprudencia del TPIR, desde que AKAYESU enunciara este principio, completándolo con el criterio alternativo de la disparidad de intereses protegidos o la necesidad de acusar de ambos delitos para poder describir de un modo completo la ofensa del acusado⁵⁹.

En este sentido, el crimen de guerra y el crimen contra la humanidad han estado durante toda su historia en perpetua comunión, solapados en acusaciones y sentencias que no llegaron a diferenciar estas figuras⁶⁰. La sentencia de primera instancia del caso TADIC afirmó que los crímenes enumerados en los artículos 2.º y 3.º del Estatuto cumplieran con los elementos de persecución incluyendo el elemento común de crimen contra la humanidad, y por lo tanto, podrían ser abarcados por el art. 5. h del Estatuto⁶¹. De hecho, actuaciones típicas de los artículos 2 y 3 del Estatuto de Yugoslavia han sido consideradas a menudo como *actus reus* de persecución. Es el caso de los actos

⁵⁷ *Prosecutor vs. Jelusic*. IT-95-10-A (Appeals Chamber) 5 de julio de 2001, par. 78; *Kupreskic* Appeals Chamber, par. 387; *Kunarac* . Appeals Chamber, para. 168; *Vasiljevi* Appeals Chamber, pars. 135, 146. *Prosecutor vs. Musema* ICTR- 96-13-A (Appeals Chamber).16 de noviembre de 2001, par. 363; *Prosecutor vs. Krstic*. IT-98-33-A (Appeals Chamber).19 de abril de 2004, par. 218

⁵⁸ *Krstic* Appeals Chamber, par. 218; En el mismo sentido, *Jelusic* . Caso N.º. IT-95-10-A. (Appeals Chamber). 5 de julio de 2001, par. 78; *Kupreskic* . Appeals Chamber, par. 387; *Kunarac* Appeals Chamber, paras. 168 y 173; Pero la aplicación de este principio ha presentado en ocasiones problemas interpretativos. En concreto, en el marco de la sentencia de *Kayishema & Ruzindana*, el Tribunal absolvió a los acusados de los cargos de crímenes contra la humanidad de exterminio y asesinato, pero los condenó por genocidio. Esta decisión fue criticada por el voto particular del juez KHAN, partidario de condenar por ambas figuras criminales al considerar que contaban con elementos materiales distintos. AMBOS y WIRTH apoyan esta interpretación en el comentario al voto particular del juez. Ver, KLIP, A. y SLUITER, G. *Annotated...* ob. cit. Vol. II, pp.555- 709. Voto particular del juez KHAN, pp. 682-692. Comentario de AMBOS y WIRTH, pp. 701-708.

⁵⁹ *Akayesu*. Trial Chamber, par. 468.

⁶⁰ En este sentido se pueden citar como ejemplos de procesos en los que ambas conductas fueron fundidas en el acta de acusación, *Milch Case*. USA v. Erhard Milch . *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*. United States Government Printing Office. Whashington 1952. Vol. II. p. 773; *OKW-Prozess*. *Trials...* ob.cit. Vol. XII. p. 29; *Hostage Prozess*. *Trials ...* ob. cit. Vol. XI. p. 765; *Ärtze Prozess*. *Trials...* ob. cit. Vol. I. p. 912.

⁶¹ *Tadic* Trial Chamber, par. 700. En la sentencia de *Akayesu* el Tribunal expresa un parecer similar al indicar que aunque las figuras criminales del Estatuto defiendan intereses distintos, un solo acto podría lesionar varias figuras criminales. *Akayesu* Trial Chamber, par. 469.

de destrucción de la propiedad y pillaje⁶², la utilización de personas como rehenes o escudos humanos⁶³ o la destrucción y el daño de instituciones religiosas o educativas⁶⁴.

En un segundo grupo estarían presentes los actos inhumanos recogidos en el art. 5 del Estatuto del TPIY y del art. 3 del TPIR. En este ámbito la sentencia de primera instancia de KUPRESKIC indicó que una interpretación estricta de la persecución que excluyera otras sub- categorías del art. 5, no supondría un reflejo acertado de la noción de persecución que ha emergido de la costumbre internacional⁶⁵. Por lo tanto, la comisión de actos de asesinato⁶⁶, violaciones⁶⁷, exterminaciones⁶⁸, expulsiones⁶⁹, encarcelamientos⁷⁰, torturas⁷¹, la reduc-

⁶² Estas actuaciones están reconocidas en los artículos 2 (d) y 3(e) respectivamente. Pero la destrucción de la propiedad es una actuación muy amplia que necesita ser delimitada, pues dependerá en gran medida del tipo de propiedad (ver la sentencia del caso *Flick* en la que el Tribunal americano de Nuremberg indicó que la destrucción de la propiedad industrial no podría considerarse como un crimen contra la humanidad. *Trials ...ob.cit.* Vol Vi. P. 1216). La sentencia de primera instancia del caso *Kupreskic* (par.631) indica expresamente que aunque la destrucción de la propiedad se haga de una forma organizada y por motivos discriminatorios, la apropiación o destrucción de cierto tipo de elementos —pone de ejemplo los vehículos— no podría ser considerada como un crimen contra la humanidad. Sin embargo, la destrucción de hogares y propiedades necesarias para que la víctima pueda sobrevivir sí podría ser considerado como un acto de persecución. En el mismo sentido, *Simic*. Trial Chamber, par. 103; *Kordic & Cerkez* Trial Chamber, par. 205; *Krstic* Trial Chamber, par. 727; *Blaskic* Trial Chamber, pars. 220 a 233.

⁶³ Estos actos se encuentran contemplados en el art. 2 (h) —la toma de civiles como rehenes— y, en parte, en el art. 2(e) —obligar a un prisionero o a un civil a servir en las fuerzas armadas enemigas—. *Kordic & Cerkez* Trial Chamber, par. 204. El tribunal afirma que estos actos, combinados con el elemento discriminatorio requerido, alcanzan el nivel de gravedad similar a los actos contemplados en el art. 5.

⁶⁴ El art. 3 (d) del Estatuto del TPIY contempla como «Violación de las leyes o prácticas de la guerra, la toma, destrucción o daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia y a la enseñanza, a las artes y a las ciencias, a los monumentos históricos, a las obras de arte y a las obras de carácter científico. En este sentido ver *Kordic & Cerkez* Trial Chamber, par. 206. *The Trial Chamber therefore finds that the destruction and wilful damage of institutions dedicated to Muslim religion or education, coupled with the requisite discriminatory intent, may amount to an act of persecution.*

⁶⁵ *Kupreskic* Trial Chamber, par. 605; En el mismo sentido, *Semanza* Trial Chamber, par. 349.

⁶⁶ *Kupreskic* Trial Chamber, par. 629; *Krstic* Trial Chamber. 489.

⁶⁷ *Krstic* Trial Chamber, par. 617.

⁶⁸ *Krstic* Trial Chamber, pars. 490-505

⁶⁹ La expulsión ha sido enunciada en varias ocasiones como «deportación y traslado forzoso», también contemplado en el art. 2. (g) del Estatuto del TPIY. En algunos casos se ha interpretado por la jurisprudencia que la deportación necesariamente comprende el traslado a través de las fronteras del territorio al que pertenecen las víctimas (ver *Krnjelac* Trial Chamber, par. 478- 481. Aunque la Cámara de Apelación indicó que sí pueden ser llevadas a cabo dentro del propio país. *Krnjelac* Appeals

ción a la esclavitud⁷² y otros actos inhumanos⁷³, podrían componer la figura del crimen contra la humanidad de persecución. Aunque en este terreno se presenta un interesante problema concursal porque ya no nos encontraríamos, como antes, dos figuras criminales distintas que pudieran perfeccionarse con el mismo acto, sino ante la misma figura criminal. Por lo tanto, es necesario buscar un criterio que aplicar cuando un acto perfecciona dos o más delitos subyacentes del mismo tipo criminal. La respuesta aparece en la sentencia de apela-

Chamber, par. 218), mientras que el traslado forzoso se realiza dentro de los bordes fronterizos. En todo caso, ambas actuaciones han sido consideradas como confirmadoras del crimen de persecución. En relación con el traslado forzoso ver, *Krstic Trial Chamber*, par. 532. Con respecto al acto de deportación, especialmente revelador es el caso *Krnjelac*, en donde en primera instancia se estimó que se había producido una deportación y traslado forzoso de personas, pero al no existir evidencias de que fuera por motivos discriminatorios, no se consideraron como *actus reus* de persecución. La Corte de apelación entró a resolver el recurso del fiscal y sentenció que, *The Appeals Chamber concludes that displacements within a state or across a national border, for reasons not permitted under international law, are crimes punishable under customary international law, and these acts, if committed with the requisite discriminatory intent, constitute the crime of persecution under Article 5(h) of the Statute. The Appeals Chamber finds that the facts accepted by the Trial Chamber fall within the category of displacements which can constitute persecution.* En el mismo sentido, *Blaskic Trial Chamber*, pars. 234 y 366; *Naletilic Trial Chamber*, pars. 512 a 571, y 669 a 672; *Kupreskic Trial Chamber*, par. 629.

⁷⁰ Los actos que junto a este tipo delictivo suelen aparecer en la jurisprudencia son las detenciones ilegales, arrestos y confinamientos. *Blaskic Trial Chamber* par. 233. trata sobre las detenciones ilegales; *Kupreskic Trial Chamber*, par. 629 sobre detenciones y prisión ilegal; *Krnjelac Trial Chamber*, par. 438. Encarcelamiento como acto de persecución; En la sentencia de primera instancia de *Simic* se trata el caso del arresto ilegal, acto que no aparece separado del encarcelamiento y que no había sido definido aún por la jurisprudencia del tribunal. En el párrafo 60 de la sentencia se afirma que el acto de arresto ilegal significa aprehender a una persona sin el correspondiente proceso legal. Y al preguntarse sobre la gravedad del acto, el Tribunal concluye que contienen similares características que la detención y prisión ilegal y que por lo tanto sí podría ser considerados como actos de persecución (par. 66).

⁷¹ Las torturas en sí mismas constituyen un crimen internacional, siendo unánime la jurisprudencia del tribunal respecto a su adecuación para componer un crimen de persecución. *Simic Trial Chamber*, par. 71.

⁷² *Simic. Trial Chamber*, par. 93; *Krnjelac Appeals Chamber*, pars. 196 a 199.

⁷³ Según la jurisprudencia del TPIY, el acto inhumano se compone de tres elementos que deben producirse para que se perfeccione el tipo: 1º. Un acto u omisión intencionado de gravedad similar a otros actos enumerados bajo el art.5; 2º. Que el acto o la omisión causen un serio sufrimiento físico o mental, una lesión, o haya constituido un serio ataque a la dignidad humana; 3º. Que el acto o la omisión hubiere sido perpetrado deliberadamente por el acusado o una persona, o personas, que soportaran la responsabilidad criminal (*Simic Trial Chamber*, par. 74). En este sentido, actos como palizas por motivos religiosos o confinamiento en condiciones infrahumanas han sido considerados «actos inhumanos» aptos para conformar un crimen de persecución. Véase, *Simic Trial Chamber*, pars. 83 y 97; *Kvočka Trial Chamber*, par. 94; *Krnjelac Appeals Chamber*, par. 186.

ción de KRSTIC, donde la Corte establece el Principio de Especialidad⁷⁴. Según la Cámara, «*La ofensa más específica subsume a la menos específica, porque la comisión de aquella necesariamente entraña la comisión de esta última*⁷⁵». Este principio se ha establecido en la jurisprudencia del TPIY, como se puede comprobar en la sentencia en apelación de KRSTIC, donde se reafirma lo indicado en primera instancia⁷⁶, que el crimen contra la humanidad de asesinato y de actos inhumanos se subsume en la figura de persecución debido a que para que la prueba de que un acusado hubiera cometido persecuciones a través de asesinatos y actos inhumanos, necesariamente incluye el elemento probatorio de estos últimos, más la concurrencia del elemento teleológico de discriminación por los motivos tasados⁷⁷.

Pero este principio ha sido mal interpretado en ocasiones por los tribunales inferiores en relación con el crimen de genocidio. Esta figura se encuentra a menudo solapada con los crímenes contra la humanidad de exterminio o persecución⁷⁸. En este sentido, la sentencia de primera instancia de KRSTIC estimó que el genocidio subsumía al crimen contra la humanidad de exterminio o de persecución⁷⁹ cuando fueran originados por un mismo hecho en base al principio de especificidad⁸⁰. Este argumento fue rechazado

⁷⁴ *Krstic*. Caso N.º IT-98-33-A. (Appeals Chamber). 19 de abril de 2004, par. 218.

⁷⁵ *Krstic Appeals Chamber*, par. 218. (t.p.). *The more specific offence subsumes the less specific one, because the commission of the former necessarily entails the commission of the latter.*

⁷⁶ *Krstic Appeals Chamber*, par. 230.

⁷⁷ *Krstic Appeals Chamber*, par. 232; En el mismo sentido, *Kvočka Trial Chamber*, par. 187; *Vasiljevic Appeals Chamber*, pars. 135 y 146. En este último, la Corte afirma que: *With respect to the other charges within Article 5 of the Statute, the Trial Chamber found that persecution under Article 5(h) of the Statute (Count 3) requires the materially distinct elements of a discriminatory act and a discriminatory intent and is therefore more specific than murder as a crime against humanity under Article 5(a) of the Statute (Count 4) and inhumane acts as a crime against humanity under Article 5(i) of the Statute (Count 6).* *Krnjelac Trial Chamber*, par. 188. *[t]he convictions entered against Krnjelac under count 5 of the Indictment (crime against humanity of inhumane acts) for the above beatings must be reversed since the crime of persecution in the form of inhumane acts subsumes the crime against humanity of inhumane acts. The possibility of multiple convictions based on the same facts is thus eliminated.*

⁷⁸ En este sentido ver la opinión del Tribunal de primera instancia en el caso *Kupreskic* sobre el crimen de persecución y el genocidio. *Kupreskic Trial Chamber*, par. 636.

⁷⁹ Un estudio comparado sobre las características del crimen contra la humanidad y el genocidio se puede encontrar en, BOYLE, D «Génocide et Crimes contre l'humanité: Convergences et divergences». en, FRONZA, E. y MANACORDA, S. (drs.). *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc*. Milan: Giufré editores. 2003. pp. 124-142.

⁸⁰ *Krstic Trial Chamber*, pars. 682-686.

por la Corte de apelación de KRSTIC, la cual afirmó que eran dos crímenes con elementos materiales distintos⁸¹, y por lo tanto, podrían producirse condenas acumulativas originadas por un mismo acto⁸².

Por lo tanto, en este primer grupo de actos, los problemas suelen aparecer en el ámbito concursal de las figuras criminales, ya que es habitual que el crimen de persecución se cometa a través de actos que por sí mismos ya constituyen un elemento criminal autónomo. Y precisamente por esta consecuencia, la inhumanidad o gravedad del acto reconocido en un instrumento internacional donde se describen actuaciones criminales que por su crueldad afectan a la comunidad internacional, se presupone que alcanzan el nivel de gravedad requerido para formar parte del crimen de persecución. Estos actos, aunque no fueran cometidos con intención discriminatoria, serían constitutivos de otro tipo de crimen internacional.

1.3.2. Actos no reconocidos en el Estatuto

Los actos que se tratarán a continuación son aquellos que no están recogidos en ninguna parte de los Estatutos del TPIY y del TPIR, pero que cometidos de un modo determinado podrían ser considerados lo suficientemente graves como para perfeccionar un crimen contra la humanidad de persecución. Esta posibilidad se reconoce en los borradores de los Códigos de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la

⁸¹ *Krstic Appeals Chamber*, pars. 222-227. La Cámara de apelación indica que la intención requerida para la comisión del genocidio es distinta que el elemento teleológico de los crímenes contra la humanidad (222). Asimismo, para la comisión de estos últimos se requiere prueba de que el acto estuvo conectado a un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, requisito que no está presente en el art. 4 del Estatuto del TPIY (par. 223). Con respecto a este tema, el Tribunal de primera instancia se basó en la formulación del genocidio que recoge el Estatuto de la CPI, el cual exige en los Elementos del Crimen art. 6 a). 4 que «*The conduct take place in the context of a manifest pattern of similar conduct*». Pero este requisito, según la Corte de Apelación, no se puede aplicar pues no está presente ni en la Convención del Genocidio ni en la costumbre internacional, y no había sido formulada al tiempo que se cometieron los actos (par. 224). Además el plan enunciado por el Tribunal no es un requisito legal ni del genocidio ni del crimen contra la humanidad, con la diferencia que el sujeto pasivo del primero abarcaría todos los estatus sociales, mientras que el segundo se limitaría a los civiles (par. 226). La Corte afirma en el párrafo 226 de la sentencia que: *The fact that, in practical application, the same conduct will often support a finding that the perpetrator intended to commit both genocide and extermination does not make the two intents identical as a matter of law.*

⁸² *Krstic Appeals Chamber*, pars. 227 y 229. En este último párrafo la Corte afirmó que: *The offence of genocide does not subsume that of persecution. The Trial Chamber's conclusion to the contrary was erroneous.*

Humanidad presentados por la CDI en 1991⁸³, 1994⁸⁴ y 1996⁸⁵. En este sentido el tribunal de primera instancia de KUPRESKIC afirma que el acto que forme la persecución no necesita estar prohibido en el art. 5 o en algún lugar del Estatuto⁸⁶. Del mismo modo, es irrelevante que éste esté prohibido o sea legal bajo la legislación nacional⁸⁷.

Estos actos tienen que tener como consecuencia la privación de un derecho fundamental de gravedad suficiente para poder ser considerado como un crimen internacional. La posibilidad de que actos foráneos al Estatuto sean incluidos en el crimen contra la humanidad de persecución ha sido aceptada por la jurisprudencia del TIPY desde sus comienzos⁸⁸. Los requisitos son *que tengan la suficiente gravedad para ser incluidos en la categoría penal*⁸⁹ y *que se encuentren lo suficientemente identificados para poder ser considerados como actos concretos*⁹⁰ y no como cursos de conductas de carácter general.

Respecto al nivel de gravedad, se ha establecido en la jurisprudencia del TPIY que como mínimo, los actos que no formen parte del

⁸³ Noveno Informe. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. NACIONES UNIDAS: Nueva York y Ginebra. 1991. Vol. II (segunda parte). Doc. A/CN.4.435. p. 111. Art. 21 del borrador de 1991. *El que ejecute u ordene que sea ejecutada cualquiera de las siguientes violaciones de los Derechos humanos: (...) persecuciones por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales (...) de una manera sistemática o masiva.*

⁸⁴ Art. 20.4.2.h. del Borrador de 1994. *h) persecution, whether based on laws or practices targeting select groups or their members in ways that seriously and adversely affect their ethnic, ability to group identity*; A.G Suplemento n.º 10 a/49/10. Accesible en <http://www.un.org/law/ilc/repofra.htm>.

⁸⁵ Art. 18.f. borrador de 1996. *f) persecution on political, racial, religious grounds involving the violation of fundamental human rights and freedoms and resulting in seriously disadvantaging a part of the population*; Este documento es conocido como el Tercer borrador. A.G. Suplemento n.º 10 A/51/. Accesible en http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_51_10.pdf

⁸⁶ *Kupreskic* Trial Chamber, par. 581.

⁸⁷ *Kupreskic* Trial Chamber, par. 614. El Tribunal hace expresa referencia al contexto alemán del régimen Nazi, donde muchos actos de los considerados de persecución eran legales bajo el ordenamiento jurídico impuesto. Pero ello no impidió que se juzgara y condenara por la comisión de los mismos. Las denuncias pudieran ser un ejemplo de los actos «legales» conformadores de un crimen de persecución. Sobre esta jurisprudencia, véase la nota n.º 3.

⁸⁸ *Tadic* Trial Chamber, pars. 703-710; *Kupreskic* Trial Chamber, par. 581; *Blaskic* Trial Chamber, par. 233; *Kordic* Trial Chamber, par. 193-194; *Kvočka* Trial Chamber, par. 185; *Krnjelac* Trial Chamber, par. 433; La jurisprudencia del TIPR también se adhirió a esta interpretación en, *Semanza* Trial Chamber, par. 349.

⁸⁹ *Kupreskic* Trial Chamber, par. 581.

⁹⁰ *Kordic & Cerkez*. Trial Chamber, pars. 192-194; *Kupreskic* Trial Chamber. 618; *Stakic* Trial Chamber, par. 736.

Estatuto deben alcanzar el mismo nivel de gravedad o severidad que los enumerados en el art. 5⁹¹ o el art. 3⁹² de dichos instrumentos jurídicos. Aunque en este sentido se debe enfatizar la importancia que adquiere el tipo de valoración que se lleve a cabo, pues los actos no han de considerarse de una forma aislada, sino en el contexto en que se llevan a cabo⁹³, donde el efecto acumulativo de los mismos representa un elemento de valoración a la hora de determinar la gravedad de los actos. En estos casos, según la sentencia de KUPRESKIC, se podría dar el supuesto de que el acto en sí no fuera de extrema gravedad, pero las consecuencias de su repetición y comisión en un determinado contexto produjeran unas consecuencias «inhumanas» para las víctimas. Con este resultado, el principio de legalidad, según el tribunal, estaría salvaguardado⁹⁴.

Respecto a los actos que se tratan en este estudio, muchos han sido los tipos de actuaciones incluidas por la acusación como ofensas que alcanzan la misma gravedad que las reconocidas en el art. 5, pero no todas han sido aceptadas por el tribunal correspondiente. Por ejemplo, en el caso KORDIC & CERKEZ se señalaban como actos de persecución la promoción o exaltación del odio por motivos políticos⁹⁵ o los despidos forzosos de los Bosnios musulmanes que estaban en el gobierno⁹⁶. Respecto al primero, el tribunal indicó que no podían considerarse actos de persecución porque no alcanzaban el nivel de gravedad y no podrían considerarse como un acto prohibido por la costumbre internacional, de modo que si lo aceptaran violarían el

⁹¹ Kupreskic Trial Chamber, par. 619. *[i]t can be said that at a minimum, acts of persecution must be of an equal gravity or severity to the other acts enumerated under Article 5*; En el mismo sentido, Kordic & Cerkez. Trial Chamber. 195; Krnojelac Trial Chamber. 434; Kvočka Trial Chamber, par. 185; Nikolic Trial Chamber, par. 110; Stakic Trial Chamber, par. 736; Vasiljevic Trial Chamber, par. 247; Kordic & Cerkez Appeals Chamber, par. 671; Krnojelac Appeals Chamber, pars. 199 y 221; Blaskic Appeals Chamber, par. 135; Simic Trial Chamber, par. 48.

⁹² Ruggiu vs. Prosecutor. ICTR-97-32 (Trial Chamber) de 1 de junio de 2000, par. 21; Semanza vs. Prosecutor. ICTR-97-20-T (Trial Chamber) de 15 de mayo de 2003.

⁹³ Kupreskic Trial Chamber, par. 622.

⁹⁴ Kupreskic Trial Chamber, par. 622. *In determining whether particular acts constitute persecution, the Trial Chamber wishes to reiterate that acts of persecution must be evaluated not in isolation but in context, by looking at their cumulative effect. Although individual acts may not be inhumane, their overall consequences must offend humanity in such a way that they may be termed «inhumane». This delimitation also suffices to satisfy the principle of legality, as inhumane acts are clearly proscribed by the Statute*; En el mismo sentido, Krnojelac Trial Chamber, par. 434; Nikolic Trial Chamber, par. 110; Stakic Trial Chamber, par. 736; Vasiljevic Trial Chamber, par. 247; Simic Trial Chamber, par. 48; Semanza Trial Chamber, par. 349.

⁹⁵ Kordic & Cerkez. Trial Chamber, par. 209.

⁹⁶ Kordic & Cerkez. Trial Chamber, par. 210.

principio de legalidad⁹⁷. La segunda actuación carecía, del mismo modo, del nivel de gravedad mínimo⁹⁸. Esta interpretación entra en contradicción con la realizada en el TPIR en el marco de los dos únicos procesos que han acabado con sentencia condenatoria por crimen de persecución, RUGGIU⁹⁹ y NAHIMANA¹⁰⁰ et. al. En estos casos, el *actus reus* se concretó en la incitación al odio a través de medios de difusión como la radio, la prensa o los comunicados políticos¹⁰¹.

En este terreno, se han considerado a menudo las actuaciones que degradan a la víctima como susceptibles de conformar actos de persecución. Así, los golpes y palizas¹⁰², trabajos forzosos¹⁰³, confinamiento en condiciones inhumanas¹⁰⁴ o causar daños físicos y psicológicos¹⁰⁵, se han valorado en varias ocasiones como lo suficientemente graves para formar parte del crimen de persecución¹⁰⁶.

Por lo tanto, si no se ha llegado a una delimitación taxativa de los hechos, como hubiese sido deseable, sí se han establecido unos criterios orientadores para determinar si el acto concreto pudiera formar parte de un crimen de persecución. De este modo, los Tribunales Penales Internacionales han optado por favorecer el tipo penal abierto, de un modo similar al art. 5 y 3. (h) —«otros actos inhumanos»—, apoyándose en unos criterios interpretativos basados en la búsqueda del establecimiento de un criterio cuasi objetivo de gravedad.

1.4. *La mens rea del tipo de crimen de persecución*

Una premisa establecida en la jurisprudencia de los TPIs ad-hoc¹⁰⁷ dicta que para que el crimen de persecución se perfeccione

⁹⁷ *Kordic & Cerkez*. Trial Chamber, par. 209. Aunque en el art. 4.3 (c) del Estatuto el Tribunal Internacional se reconozca el acto de «incitación directa y pública cometer genocidio», el Tribunal indica que no es extrapolable al acto que se enjuicia.

⁹⁸ *Kordic & Cerkez*. Trial Chamber, par. 210; En el proceso de *Simic* se planteó si la absorción o toma del poder de una ciudad podría considerarse como un acto de persecución, y se llegó a una conclusión similar. *Simic* Trial Chamber, par. 56.

⁹⁹ *Prosecutor v. Ruggiu*. Caso N.º ICTR-97-32.

¹⁰⁰ *Prosecutor v. Nahimana et.al.* Caso N.º ICTR-99-52-T. (Trial Chamber). 3 de diciembre de 2003.

¹⁰¹ *Nahimana et. al.* Trial Chamber, pars. 1069 y ss.; *Ruggiu* Trial Chamber, par. 22.

¹⁰² *Simic*. Trial Chamber, par. 77; *Krnojelac* Appeals Chamber. 186.

¹⁰³ *Simic*. Trial Chamber, par. 93.

¹⁰⁴ *Krnojelac* Trial Chamber, pars. 439-433.

¹⁰⁵ *Blaskic* Trial Chamber, par. 220.

¹⁰⁶ *Kvočka*. Trial Chamber, par. 190.

¹⁰⁷ *Kupreskic*. Trial Chamber, par. 627; *Naletilic & Martinovic*. ICTY-IT-98-34-T (Trial Chamber). 31 de marzo de 2003, par. 634.

debe cumplir siempre con los elementos generales del crimen contra la humanidad. Por lo tanto, los elementos generales o cláusulas umbral del crimen contra la humanidad deben estar presentes para, una vez comprobado los mismo, decidir si los actos descritos podrían perfeccionar la figura del crimen de persecución. Éste se perfeccionará si se completa un elemento subjetivo del injusto, excedente al dolo, exclusivo para este tipo de crimen: **la motivación discriminatoria**. Ya no será suficiente con que el autor haya cometido el acto delictivo sabiendo que forma parte de un crimen contra la humanidad, sino que además deberá tener la intención de perpetrar el acto por motivos discriminatorios basados en razones políticas, raciales o religiosas.

A continuación se examinará el elemento teleológico de un modo separado en los dos Tribunales Penales Internacionales. Se considera necesaria esta segregación debido a la diferencia existente en la redacción del art.5 del TPIY y del art.3 del TPIR en relación con la exigencia del elemento discriminatorio en los elementos generales del tipo penal. Cierto es que, a pesar de apoyar la interpretación que determina dicha exigencia como una limitación jurisdiccional del TPIR¹⁰⁸, la inclusión de este requisito ha sido determinante para el desarrollo del crimen contra la humanidad de persecución en el ámbito del TPIR. Muestra de ello es que, a diferencia del TIPY, esta figura criminal no ha encontrado un reflejo en las sentencias¹⁰⁹ y actas de acusación, a pesar de que el conflicto ruandés es un claro ejemplo de ataque por determinados motivos políticos y étnicos. Comenzaremos analizando la jurisprudencia del TPIY, donde la interpretación del crimen de persecución ha sido prolífica, para presentar a continuación la interpretación de la figura en el TPIR.

1.4.1. Yugoslavia

Antes de clasificar el tipo de elemento exigido, conviene tener presente el punto desde el que partió la jurisprudencia y las distintas interpretaciones a las que dio lugar esta característica.

¹⁰⁸ La Sala de apelaciones del caso AKAYESU (*Prosecutor v. Akayesu*. Caso N.º ICTR-96-4-A. (Appeals Chamber). 1 de junio de 2001, par. 464.) estableció definitivamente el significado de este elemento al confirmar que, salvo en el caso de persecución, la intención discriminatoria no era requerida en la Ley Internacional Humanitaria como ingrediente legal del crimen contra la humanidad, sino que debía interpretarse como un previo requisito de procedibilidad que debería ser examinado por el tribunal.

¹⁰⁹ Sólo en dos sentencias se condena a los acusados por el crimen de persecución, pero una aún está pendientes de la apelación. Vid. *Prosecutor v. Ruggiu*. Caso N.º ICTR-97-32-T. (Trial Chamber), 1 de junio de 2000; *Prosecutor v. Nahimana et al.* Caso N.º ICTR- 99-52-T. (Trial Chamber). 3 de diciembre de 2003.

El elemento subjetivo del crimen de persecución comenzó su andadura en la jurisprudencia del TPIY de un modo incierto. En la primera sentencia, la del caso TADIC, el tribunal interpretó el elemento discriminatorio del crimen contra la humanidad como un requisito general del tipo¹¹⁰. ¿Qué futuro le esperaba a una figura criminal que veía como se diluía su única diferencia con los otros subtipos del crimen? El fiscal del caso advirtió que si la intención discriminatoria era exigida para todos los subtipos de crímenes contra la humanidad, la persecución se reduciría a una provisión residual y convertiría en redundante el art. 5 (i)¹¹¹. Finalmente, la interpretación del tribunal de primera instancia, que vaciaba de contenido la única diferencia entre la persecución y los demás subtipos del crimen contra la humanidad, fue rechazada por la Sala de apelación estableciéndose que este requisito era sólo exigible en los actos contemplado dentro del art. 5 (h)¹¹².

Una vez establecida esta «exclusividad» de la figura criminal, los tribunales comenzaron a enfrentarse a sus características. La sentencia de primera instancia de KORDIC & CERKEZ afirma que, frente a la *general intent* exigido para todos los subtipos de la figura criminal, el *specific intent* representa la única característica diferencial del tipo específico¹¹³. Se observa aquí una contraposición de los elementos subjetivos del tipo, en donde se pretende enfrentar al dolo requerido —*general intent*— con la motivación exclusiva del crimen de persecución —*specific intent*—.

El tribunal de BLASKIC señaló que la intención específica se traduce en causar daños a un ser humano por su pertenencia a una comunidad particular o a un grupo de contenido político, origen racial o convicciones religiosas¹¹⁴. Este elemento teleológico ha sido califi-

¹¹⁰ *Tadic Trial Chamber*, par. 652. [T]he Trial Chamber adopts the requirement of discriminatory intent for all crimes against humanity under Article 5.

¹¹¹ *Tadic Appeals Chamber*, par. 276. Como de hecho ha sucedido en la Jurisprudencia del TPIR.

¹¹² *Tadic Appeals Chamber*, par. 305. Such an intent is an indispensable legal ingredient of the offence only with regard to those crimes for which this is expressly required, for article 5(h), concerning various types of persecutions.

¹¹³ *Kordic & Cerkez Trial Chamber*, par. 212 y 217. En el mismo sentido ver, *Simic Trial Chamber*, par. 51; *Naletilic Trial Chamber*, par. 638; *Kvočka Trial Chamber*, par. 194; *Blaskic Trial Chamber*, par. 235; *Tadic Appeals Chamber*, par. 305.

¹¹⁴ *Blaskic Trial Chamber*, par. 235. El tribunal afirma *in fine* que, [I]n other words, the perpetrator of the acts of persecution does not initially target the individual but rather membership in a specific racial, religious or political group. En el mismo sentido, *Kupreskic Trial Chamber*, par. 735. The requisite mens rea is the intent to discriminate, to attack persons on account of their racial or religious characteristics or political affiliation as well as knowledge of the widespread or systematic nature of the attack on civilians.

cado en ocasiones como una «intención adicional discriminatoria» a la comisión del acto subyacente¹¹⁵ o como *Dolus specialis*¹¹⁶.

A diferencia del tipo general, la determinación del elemento subjetivo en el tipo específico persigue sobre todo un objetivo, la discriminación de una persona por determinadas razones relacionadas con su pertenencia o afinidad a un grupo concreto. Esta postura fue enunciada por el tribunal de KUPRESKIC, del siguiente modo,

El requisito de la «mens rea» es la intención de discriminar, atacar a personas debido a sus características raciales o religiosas o afiliación política, junto con el conocimiento de la naturaleza generalizada o sistemática del ataque a civiles¹¹⁷.

En esta definición, el elemento teleológico se concreta en la intención de discriminar en el marco de un ataque generalizado o sistemático. De este modo, la *mens rea* de crimen se compondría de la voluntad de cometer el acto típico con intención discriminatoria junto con el conocimiento del contexto en el que se produce.

Desde otro punto de vista, la especial intencionalidad fue comparada en el tribunal de BLASKIC con los motivos agravantes a la hora de determinar la severidad de la pena. El tribunal indica que actuar por razones étnicas o religiosas constituye una agravante en el *case law* internacional, pero que al mismo tiempo, al actuar el acusado por estas razones ha cometido un crimen de persecución, el cual justifica en sí mismo la más severa penalidad¹¹⁸.

Frente a esta interpretación, el tribunal de primera instancia de KUPRESKIC afirmó que la *mens rea* del crimen de persecución es mayor que para los demás tipos de los crímenes contra la humanidad, pero menor que para el genocidio¹¹⁹. Esta afirmación es desconcertante pues no especifica a qué se refiere con los adjetivos superior (higher) y menor (lower). La *mens rea* del crimen de persecución y el genocidio es, ante todo, distinta. La primera se circunscribe a una razón discriminatoria por determinados motivos, mientras que la segunda debe perseguir la destrucción total o parcial de un grupo. Si el tribunal de KUPRESKIC se refería a la crueldad del elemento subjetivo,

¹¹⁵ *Kvocka* Trial Chamber, par. 200. [T]his specific intent to discriminate is thus additional to the intent to commit the underlying act (murder, rape, torture, etc.) and to the mens rea required for crimes against humanity (knowledge of act committed within the context of a widespread or systematic attack directed against a civilian population).

¹¹⁶ *Stakic* Trial Chamber, par. 737.

¹¹⁷ *Kupreskic* Trial Chamber, par. 771. Traducción propia.

¹¹⁸ *Blaskic* Trial Chamber, par. 785.

¹¹⁹ *Kupreskic* Trial Chamber, par. 636.

ciertamente el genocidio es el más grave al pretender la desaparición de un grupo por determinados motivos¹²⁰, si se quiere también el más concreto, pero no el «superior». Precisamente por esta concreción del genocidio, el crimen de persecución es necesario, porque además de que motivos como los políticos no están incluidos entre las razones del genocidio, el tipo de actos que podrían concretar la persecución es un amplio abanico que tiene la posibilidad de afectar a bienes jurídicos de distinto carácter, mientras que en el genocidio lo defendido es el derecho a la vida —o la existencia— de un grupo¹²¹.

En un tema en el que sí ha existido prácticamente unidad en la jurisprudencia del TPIY es en la interpretación como alternativos de los motivos por los que se tiene que cometer el acto de persecución. Este punto de vista fue enunciado en la primera sentencia de TADIC, donde se indicaba que bajo la costumbre internacional las razones para la persecución eran alternativas y sería suficiente para perfeccionar el elemento teleológico con que uno solo de los motivos estuviera presente en el ánimo del autor¹²². Por lo tanto el acto se puede cometer por motivos políticos, o raciales, o religiosos.

Respecto a la apreciación del elemento subjetivo del injusto en el ánimo autor se ha de partir de la base de que la jurisprudencia del TPIY requiere la evidencia de la presencia de la intención específica y la prueba de que los actos relevantes fueron cometidos con intención discriminatoria¹²³. Sin embargo, los problemas interpretativos aparecen a la hora de determinar cuándo está presente el elemento subjetivo del tipo en la actuación del autor.

Lo cierto es que, una vez más, la redacción del art. 5 del Estatuto del TPIY no ayuda a partir desde un punto de origen claro. El art. 5 (h) habla de *persecuciones por motivos políticos, raciales o religioso*. Ante esta redacción se plantea la cuestión de si los motivos deben estar presentes en el ánimo del autor a la hora de cometer cada acto de persecución, o el hecho de que actúe en el curso de una persecución sistemática o generalizada por un motivo discriminatorio podría suplir este requisito al interpretar que las razones del ataque han sido

¹²⁰ *Kupreskic* Trial Chamber, par. 636; Sobre un tema similar, la posibilidad de acumular los cargos de crimen contra la humanidad de asesinato, exterminio y genocidio se pronunció favorablemente el juez KHAN en su voto articular de la sentencia de *Kayishema & Ruzindana*. Véase el voto en KLIP, A. y SLUITER, G. *Annotated...* ob. cit. Vol. II. pp. 682-700. Este voto particular cuenta con el comentario de AMBOS, K. y WIRTH, S. pp. 701-708. donde apoyan la posibilidad de penar por crimen contra la humanidad y genocidio por una misma conducta.

¹²¹ GIL GIL, A. *Derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo blanch. 1999. p. 194;

¹²² *Tadic* Trial Chamber, par. 712; *Simic* Trial Chamber, par. 52.

¹²³ *Krnjelac*. Appeals Chamber, par.184.

asumidas por el autor. *En síntesis, la cuestión planteada se centra en aceptar o negar que del elemento teleológico del ataque pudiera inferirse la existencia del mismo en el ánimo del autor*¹²⁴.

En la jurisprudencia tratada, la mayoría de las veces se habla de acto discriminatorio¹²⁵, lo que podría considerarse un punto de partida. Por lo tanto, independientemente de si el ataque se realiza por motivos determinados, el *actus reus* del crimen de persecución debería llevarse a cabo con el correspondiente elemento teleológico. Pero será en la sentencia de primera instancia de KORDIC & CERKEZ donde el tribunal se planteó de un modo amplio este tema. El fiscal había defendido la postura de que si el autor tenía el conocimiento de la intención discriminatoria del ataque y había participado en él, debería ser suficiente para inferir el elemento teleológico del autor¹²⁶. El tribunal respondió que asumir dicha tesis supondría diluir la gravedad del crimen de persecución y eliminar la distinción de éste con las demás subcategorías¹²⁷. Debido a que el *actus reus* de la de persecución podría estar solapado a otro delito subyacente del tipo, la única distinción posible es la especial *mens rea*. Sin embargo, el fiscal, en opinión de la Corte, lo único que exige es un requisito más al conocimiento general del crimen —las razones discriminatorias— sin que éste pueda incorporar el plus de crueldad a la conducta del autor que justifique el incremento de la gravedad de los hechos¹²⁸. Sin embargo, el tribunal indica que es consciente de que en la práctica es difícil imaginarse un caso donde el acusado conociera el ataque, pero permaneciera ignorante de las razones de éste. Esto equivaldría a afirmar que el autor debería permanecer en la total ignorancia de la identidad política, religiosa o racial de la víctima, por lo tanto, en la mayoría de estos casos, la distinción entre la persecución y las demás categorías del crimen contra la humanidad se quebraría¹²⁹. Esto le lleva a advertir que la expansión de la *mens rea* es una fácil, pero peligrosa proposición¹³⁰. Como conclusión indica que para que el acusa-

¹²⁴ A modo de ejemplo se puede analizar la postura de la defensa y la fiscalía en la sentencia de primera instancia de *Kvocka*. La defensa afirma en el párrafo 215 que la intención discriminatoria específica es individual, por ello no podría ser inferida de la participación del acusado en una determinada empresa criminal. Por el contrario, la fiscalía asegura (par. 216) que el conocimiento de la intención discriminatoria del ataque y su participación en el mismo debería ser suficiente.

¹²⁵ *Kvocka* Trial Chamber, par. 185; *Tadic* Trial Chamber, par. 715; *Kupreskic* Trial Chamber, par. 621.

¹²⁶ *Kordic & Cerkez*. Trial Chamber, par. 216.

¹²⁷ *Kordic & Cerkez* Trial Chamber, par. 217.

¹²⁸ *Kordic & Cerkez* Trial Chamber, par. 217.

¹²⁹ *Kordic & Cerkez* Trial Chamber, par. 218.

¹³⁰ *Kordic & Cerkez* Trial Chamber, par. 219.

do tenga el elemento teleológico exigido ha debido «compartir el propósito» de la política discriminatoria¹³¹. De este modo, se concreta que no es suficiente con que el autor actúe en el marco de una línea discriminatoria, sino que éste debe tener esta específica intención al actuar¹³².

En este sentido, conviene tener presente que, aunque normalmente se actúe en el marco de una política discriminatoria, no sería necesario que exista ésta para que se perfeccione la conducta¹³³. Es más, el tribunal de primera instancia de KUPRESKIC recuerda que, aunque los actos de persecución se cometieran en el marco de una política discriminatoria, no es necesario demostrar que el acusado tomó parte en la formulación de la misma¹³⁴.

Asimismo, se ha de tener en cuenta que será el acto o la omisión concreta de persecución la que deba contener el elemento subjetivo del tipo, independientemente de que el ataque en el que se lleve a cabo la conducta sea perpetrado por razones discriminatorias o no¹³⁵.

Desde un principio, la jurisprudencia se acercó a la interpretación de que el elemento teleológico del sujeto activo se podría inferir de la participación en un ataque con estas características¹³⁶. En la sentencia de JELISIC de 1999, tras señalar que el elemento teleológico no podría ser inferido solamente del contexto general, sino que especialmente lo sería de los actos y declaraciones del acusado, afirma que al individuo que actuara con conocimiento de causa, en el contexto de un ataque contra un grupo específico de población, no podría razonablemente negar que eligió a sus víctimas de un modo discriminatorio¹³⁷. En el mismo sentido se expresa la sentencia de primera instancia de KVOCKA al referirse al ambiente discriminatorio que existía en el campo de concentración de Omarska contra los no serbios, y la conexión de este hecho con el elemento intencional de aquellos que actuaron en este contexto¹³⁸.

¹³¹ *Kordic & Cerkez* Trial Chamber, par. 220. En el mismo sentido, *Simic* Trial Chamber, par. 51.

¹³² *Brdjanin*. Trial Chamber, par. 996; *Simic*. Trial Chamber, par. 51.

¹³³ *Kvočka*. Appeals Chamber, par. 341; *Brdjanin*. Trial Chamber, par. 997; *Vasiljevic*, par. 248.

¹³⁴ *Kupreskic* Trial Judgement, par. 625; *Krnjelac* Trial Chamber, par. 435.

¹³⁵ *Simic* Trial Chamber, par. 51. En el mismo sentido, *Krnjelac* Trial Chamber, par. 436; *Stakic*. Trial Chamber, par. 740; *Prosecutor vs. Blagojevic&Jokic*. IT-02-60-T. (Trial Chamber) 17 de enero de 2005, par. 584.

¹³⁶ *Tadic* Trial Chamber, par. 652.

¹³⁷ *Jelasic* Trial Chamber, par. 73.

¹³⁸ *Kvočka* Trial Chamber, par. 195 y 205. En este último párrafo el Tribunal responde a un argumento de la defensa, el cual afirmaba que dos de los guardas del cam-

Pero será en el 2002, en el marco de la sentencia de KRNOJELAC, donde se observe un cambio radical de rumbo en la decisión del tribunal de primera instancia¹³⁹. Tras admitir que en ocasiones la ley había sido aplicada por el tribunal sobre la base de que un ataque por razones discriminatorias era prueba suficiente para inferir el elemento teleológico de la persecución¹⁴⁰, indica que existe la posibilidad de que los actos hayan sido cometidos por otras razones no contempladas en el art. 5 (h) del Estatuto, o por motivos personales que nada tuvieran que ver con la discriminación¹⁴¹. Por lo tanto, concluye que este enfoque no permite una inferencia certera con respecto al elemento teleológico de todos los actos conectados con el ataque¹⁴², ya que no es suficiente que el acusado haya actuado en un contexto determinado, sino que debe tener la intención de discriminar¹⁴³ por los motivos tasados.

Esta interpretación llevó al tribunal a considerar que en varios de los cargos este requisito no estaba presente. La sentencia fue recurrida y la Corte de apelación suavizó el punto de vista defendido por el tribunal de primera instancia¹⁴⁴. Ésta afirmó que si bien era cierto que no se podía inferir de una forma automática el elemento teleológico por la participación en un ataque, sí se podría concluir su existencia tras analizar el contexto, los actos y las circunstancias que hubieran rodeado el caso¹⁴⁵. Como ejemplo cabe citar la decisión del

po de concentración de Keraterm no habían participado físicamente en los actos de persecución y por lo tanto deberían ser absueltos. El Tribunal respondió que, *[T]his decision supports a finding that those who do not physically perpetrate crimes and who are relatively low level participants can be found guilty of persecution as a crime against humanity under Article 5 of the Statute.*

¹³⁹ *Krnojelac* Trial Chamber, par. 436.

¹⁴⁰ *Tadic* Trial Chamber, par. 652; *Jelusic* Trial Chamber, par. 73; *Kvocka* Trial Chamber, par. 195.

¹⁴¹ *Krnojelac* Trial Chamber, par. 436.

¹⁴² *Krnojelac* Trial Chamber, par. 436. En la nota 1313 critica la redacción del párrafo 203. de la sentencia de *Kvocka*, de donde se podría extraer la conclusión de que la participación en un ataque discriminatorio es una prueba suficiente para considerar presente el elemento teleológico. El Tribunal vuelve a reiterar que el fiscal es quien debe demostrar que el acto fue cometido por motivos discriminatorios.

¹⁴³ *Krnojelac* Trial Chamber, par. 435.

¹⁴⁴ En primer lugar la Corte de apelación (*Krnojelac* Appeals Chamber, par. 184) rechazó la conclusión a la que había llegado el Tribunal de primera instancia de que si se erraba en la pertenencia del sujeto pasivo del acto de persecución no se podía considerar presente el elemento intencional (*Krnojelac* Trial Chamber, par. 432. nota. 1293).

¹⁴⁵ *Krnojelac* Appeals Chamber, par. 184. En el mismo sentido, *Blaskic* Appeals Chamber, par. 164; *Kordic & Cerkez*. Appeals Chamber, pars. 110 y 674. En esta última se afirma en su párrafo 110 que: *However, the Appeals Chamber considers that the «discriminatory intent may be inferred from such a context as long as, in view of the*

tribunal de primera instancia de no considerar el elemento teleológico en los autores de palizas realizadas a no-serbios en un campo de concentración¹⁴⁶. Sin embargo, la Corte de apelación indicó la existencia de suficientes pruebas para determinar que las palizas fueron llevadas a cabo por la razón de su no pertenencia al pueblo serbio¹⁴⁷, y por lo tanto, el elemento subjetivo de la persecución sí estuvo presente en el ánimo de los acusados. Del mismo modo sucede con los actos de trabajo forzado, donde la Corte de apelación indicó que el tribunal falló al considerar caso por caso y no tener en cuenta las circunstancias generales del contexto¹⁴⁸.

En síntesis, como señala la sentencia de apelación de KORDIC & CERKEZ, es un tema de prueba procesal, donde el elemento subjetivo requerido sólo podrá ser inferido de los hechos objetivos y la conducta del acusado, y en determinadas ocasiones, de la prueba documental aportada¹⁴⁹. Asimismo, añade una consideración importante al recordar que no existía ningún requisito en la ley para exigir al autor una «intención persecutoria» sobre la intención discriminatoria¹⁵⁰.

En este sentido, la sentencia de primera instancia de KRNOJELAC afirmó, erróneamente desde el punto de vista aquí defendido, que los motivos personales podrían enervar el elemento discriminatorio en determinados supuestos¹⁵¹. Sin embargo, *la Corte de apelación de KVOCKA corrigió acertadamente al tribunal de primera instancia, y determinó que los motivos y la intención deben ser distinguidos, ya que los motivos personales, tales como el anhelo de sacar una ganancia al llevar cabo la conducta típica, no excluirían la intención discriminatoria*¹⁵². Asimismo manifestó que los motivos personales no influyen en la determinación de la intención criminal desde el momento que se conozca el contexto en que los actos se producen y se participe conscientemente en ellos¹⁵³.

facts of the case, circumstances surrounding the commission of the alleged acts substantiate the existence of such intent.

¹⁴⁶ Krnojelac Trial Chamber, par. 438.

¹⁴⁷ Krnojelac Appeals Chamber, par. 186.

¹⁴⁸ Krnojelac Appeals Chamber, par. 202.

¹⁴⁹ Kordic & Cerkez. Appeals Chamber, par. 715.

¹⁵⁰ Kordic & Cerkez. Appeals Chamber, par. 111. *The Appeals Chamber stresses that there is no requirement in law that the actor possess a «persecutory intent» over and above a discriminatory intent; Blaskic Appeals Chamber, par. 165.*

¹⁵¹ Krnojelac Trial Chamber, par. 438.

¹⁵² Kvočka Appeals Chamber, par. 463.

¹⁵³ Kvočka Appeals Chamber, par. 367. La Corte indica que son irrelevantes los motivos por los que una persona sirvió en un campo de concentración, ya que la naturaleza discriminatoria se deriva de su conocimiento de los actos de persecución que

Por otro lado, cuando el acusado de un crimen de persecución no sea el autor material de los hechos, a la hora de constatar la existencia del elemento subjetivo del tipo en su conducta se habrá de probar su relación con el ataque discriminatorio que produjo resultados concretos, pero no sería necesario exigir el elemento intencional en relación con cada acto específico¹⁵⁴. Este supuesto se concentra en los casos donde se enjuicien a personas que crearon, indujeron o promovieron el ataque y que no se mancharon las manos a la hora de ejecutarlo.

1.4.2. Ruanda

La aparición en el art. 3 del Estatuto del TPIR de las razones discriminatorias como requisito necesario en los elementos generales del crimen contra la humanidad añade una característica adicional al ataque que se encuentra relacionada estrechamente con el elemento teleológico del crimen de persecución. Quizás por esa razón, porque esta figura se diluye en la formulación general del crimen contra la humanidad, o porque en Ruanda la mayoría de los casos contemplan la acusación de genocidio, la figura de la persecución no se ha utilizado tanto como en el ámbito del TPIY. Hasta el momento existen dos condenas del tribunal de primera instancia por crímenes de persecución, una de ellas a la espera de ser resuelta por la Corte de apelación¹⁵⁵.

La Corte de apelación de AKAYESU marcó la línea interpretativa respecto a este tema al indicar que el requisito discriminatorio debería ser considerado como una limitación jurisdiccional del tribunal —es decir, como un elemento necesario para que el tribunal pueda conocer del caso— más que como un elemento legal del tipo¹⁵⁶. Aunque lo que no deja de llamar la atención es que las razones por las que se debería cometer el ataque son mayores que los motivos exigidos en el elemento teleológico del crimen de persecución. Es decir,

se realizaban en el campo de concentración y su voluntaria participación en los mismos. La Corte afirma que : *[h]is personal motives may become relevant at the sentencing stage, but not as the finding of his criminal intent.*

¹⁵⁴ *Stakic*. Trial Chamber, par. 741-743,746, 774; En la Sentencia de apelación de *Kordic&Cerkez* (par. 112), la Sala establece que quien planea, ordena o instiga un ataque discriminatorio contiene el elemento intencional requerido para que pueda ser condenado por la comisión de un crimen de persecución. En el mismo sentido véase, *Blaskic*. Appeals Chamber, par. 166.

¹⁵⁵ *Prosecutor v. Ruggiu*. Caso N.º ICTR- 97-32; *Prosecutor v. Barayagwiza, Nahimana, Ngeze*. Caso N.º ICTR-99-52-T.

¹⁵⁶ *Akayesu Appeals Chamber*, par. 465.

que mientras en los elementos generales del art. 3 se indica que el ataque se deberá llevar a cabo por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos, las persecuciones sólo se perfeccionarían si fueran cometidas por razones políticas, religiosas o raciales.

Cuesta trabajo entender la limitación de los motivos en el art. 3.h respecto a la exigencia general. Si el ataque es llevado a cabo por razones étnicas es suficiente para que pueda considerarse como crimen contra la humanidad el acto cometido en su contexto, ¿Por qué limitarlo en la figura criminal adecuada para punir dichos actos? ¿Acaso es más grave perseguir por motivos religiosos que por causas étnicas? ¿Dónde se encuentra el criterio del desvalor de la acción y del resultado?

Este hecho puede llegar a provocar situaciones dantescas, donde se acepte que ha existido un ataque contra la población civil por motivos discriminatorios de carácter étnico pero se niegue la existencia del elemento teleológico necesario en la persecución, debido a que los motivos étnicos no están contemplados en el art. 3.h¹⁵⁷. Este planteamiento es más desconcertante en este caso, debido a que los conceptos de racial y étnico se encuentran estrechamente interrelacionados¹⁵⁸.

La figura de la persecución ha aparecido hasta el momento¹⁵⁹ en 5 procesos del TPIR¹⁶⁰. En tres de ellos las sentencias fueron condenatorias por hechos bastantes similares: *alentar a la persecución de un determinado colectivo desde un foro público de opinión*. La primer sentencia fue la de RUGGIU, un ciudadano belga acusado de incitar, desde la *Radio de las mil colinas*, directa y públicamente a cometer genocidio (Art. 4.3.c del Estatuto) y perpetrar el crimen contra la humanidad de persecución¹⁶¹. Este caso guarda estrecha relación

¹⁵⁷ *Semanza* Trial Chamber, par. 470.

¹⁵⁸ Según el Diccionario de la R.A.E. 22.º edición, *Raza* es «Cada uno de los grupos en que se subdividen las especies biológicas y cuyos caracteres diferenciales se perpetúan por herencia». Mientras que *Étnico* se define como «Pertenciente o relativo a una nación, raza o etnia», *Etnia* se determina como « Comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales, ...».

¹⁵⁹ 16 de octubre de 2008.

¹⁶⁰ Estos son los ya citados de *Semanza*, *Nahimana et al*, *Ruggiu*, *Prosecutor vs Kajelijeli*. ICTR-98-44A-T (Trial Chamber), par. 879 en donde el fiscal retiró la calificación de crimen de persecución una vez que proceso hubo comenzado, por lo que el Tribunal no entró a decidir sobre los elementos generales del tipo; y *Prosecutor vs. Serugendo*. ICTR-2005-84-I. (Trial Chamber).12 de junio de 2006.

¹⁶¹ *Ruggiu* Trial Chamber, pars. 13 y 18; Un artículo sobre la importancia que alcanzó la radio como vehículo de opresión, no sólo en Ruanda sino en otras regiones del globo consultar, METZL, J. *Rwanda: Genocide and the International Law of Radio Jamming*. AJIL. 91. N.º 4 (octubre 1997), pp. 628-651.

con el proceso de STREICHER en el TMI de Nuremberg, donde el acusado fue encontrado culpable de cometer crímenes contra la humanidad por haber alentado el odio y la persecución de los judíos desde el periódico *Der Strüemer*. El tribunal afirmó que desde la emisora de radio se animó a atacar al grupo étnico tutsi por razones discriminatorias, privándoles de este modo de los derechos fundamentales de la vida, la libertad y la humanidad básica que deben disfrutar los miembros de una sociedad. La privación de esos derechos estaba encaminada hacia la eliminación física de esas personas o su expulsión de la sociedad¹⁶².

Por lo tanto el acusado fue condenado por la incitación a cometer genocidio y por crimen contra la humanidad de persecución por razones políticas y raciales, en conexión con un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones nacionales, políticas, étnicas o raciales¹⁶³. Es necesario distinguir ambas figuras criminales pues las dos derivan de una misma actuación, pero mientras la primera es una figura intencional que no exige la perpetración del genocidio para perfeccionarse, la segunda es definida en términos de resultado. Según el tribunal de NAHIMANA, el genocidio no es una provocación a causar dolor, es la realización del dolor en sí mismo¹⁶⁴. Conviene contrastar esta condena con la argumentación del tribunal en el proceso de KORDIC & CERKEZ, donde la fiscalía acusó de «alentar y promover una política de odio» como crimen de persecución, pero el tribunal no lo admitió al considerar que no alcanzaban el nivel de gravedad requerido y que al no estar contemplado en la costumbre internacional ni en el Estatuto violaría el principio de legalidad¹⁶⁵.

Durante el año 2003 se sucedieron dos sentencias —una en septiembre y otra en diciembre— de la que se desprenden dos interpretaciones enfrentadas respecto a la limitación de los motivos en el tipo de persecución. En la primera sentencia del caso SEMANZA aparecía la figura del crimen de persecución en el acta de acusación. *Res-*

¹⁶² *Ruggiu* Trial Chamber, par. 22.

¹⁶³ *Ruggiu* Trial Chamber. Vid. el veredicto.

¹⁶⁴ *Nahimana et. al.* Trial Chamber, par. 115.

¹⁶⁵ *Kordic & Cerkez* Trial Chamber, par. 209. El Tribunal cita en la nota 272 el caso Streicher pero hace una interpretación restrictiva del acto de persecución al indicar que a Streicher se le condenó por la comisión de crímenes contra la humanidad de asesinato y exterminio. Sin embargo, lo cierto es que no se manchó las manos de sangre y fue condenado por cometer el crimen contra la humanidad de alentar a los alemanes a la persecución de los judíos. Desgraciadamente en el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg no se concretaba el tipo de crimen de contra la humanidad por el que condenaba, y por lo tanto, el Tribunal puede defender que no fue un crimen de persecución la condena de Streicher.

pecto a ella el tribunal llegó a la conclusión de que al haber señalado la fiscalía como elemento teleológico la razón de discriminación étnica, y al no aparecer ésta en el artículo 3.h., la Corte no podía tomarla en cuenta¹⁶⁶. Asimismo, en la acusación se señalaban las razones de índole política para determinar una matanza de hutus moderados. El tribunal afirmó que no se había podido probar que estos hutus fuera un grupo político, y por lo tanto no podría calificarse como persecución¹⁶⁷. Como se observa, el tribunal no tuvo en cuenta la influencia del contexto del ataque en el elemento subjetivo del autor, ni tampoco la estrecha relación que existió entre la consideración de la etnia Tutsi como un enemigo político, sino que rechaza la argumentación por apoyarse en un motivo discriminatorio que sí está presente en los elementos generales del tipo del crimen contra la humanidad.

La segunda sentencia se produjo en el mismo ámbito que la primera, donde NAHIMANA, NGEZE y BARAYAGWIZA fueron acusados, entre otros crímenes¹⁶⁸, de alentar al genocidio y cometer el crimen de persecución desde su posición de creadores de opinión en la *Radio de las mil colinas*, el periódico *Kangura*, y los comunicados del partido político Hutu CDR. El tribunal indicó que el elemento teleológico se demostraba en el hecho de que los ataques se basaron en elementos discriminatorios fundamentados en componentes étnicos y políticos¹⁶⁹, ya que el objeto de los mismos fueron las personas de etnia Tutsi y los Hutus considerados como moderados. Asimismo estima que los comunicados alentando al odio y la exterminación por motivos discriminatorio son actos¹⁷⁰ que alcanzan el nivel de gravedad requerido por la jurisprudencia¹⁷¹. Dicho criterio ha sido matizado por la Corte de Apelación en el mismo proceso, donde a pesar de mante-

¹⁶⁶ *Semanza Trial Chamber*, par. 470.

¹⁶⁷ *Semanza Trial Chamber*, par. 471.

¹⁶⁸ En el acta de acusación también se nombraban los delitos de conspiración para cometer genocidio, genocidio, complicidad en el genocidio, crimen contra la humanidad de asesinato y de exterminio. Véase el acta de acusación de *Barayagwiza* (14 de abril de 2000), *Ngeze* (10 de noviembre de 1999), y *Nahimana* (5 de noviembre de 1999). Esta documentación está disponible en la dirección de web del TPIR <http://69.94.11.53/default.htm>.

¹⁶⁹ *Nahimana Trial Chamber*, par. 1071.

¹⁷⁰ Como ejemplo de los mismos, el resumen de la sentencia cita (pars. 96 y 97) las listas publicadas en el diario *Kangura* donde se señalaba 123 personas pertenecientes al partido Tutsi, y se advertía que el gobierno no estaba en condiciones de defenderlos y por lo tanto deberían organizarse para prevenir su propia exterminación; o la repetición en la *Radio de las mil colinas* la expresión «heating up heads» —cortar cabezas— como una necesidad para resistir al enemigo Tutsi (par. 99); o la llamada desde los comunicados del partido Hutu CDR a la exterminación del enemigo, definiendo como tales a los Tutsi (par. 102).

¹⁷¹ *Nahimana Trial Chamber*, par. 1073.

ner la condena a NAHIMANA por crimen de persecución debido a la gravedad de sus actos valorados en conjunto (efecto acumulativo), afirma que un discurso que incite al odio no puede ser considerado por sí mismo como un comportamiento típico —*actus reus*— que perfeccione el crimen de persecución¹⁷². De este modo, exige un resultado que lesione la vida, la libertad, etc, del grupo perseguido, para que dicha incitación pública pueda ser considerada en tal modo. Esta decisión provocó la inclusión de dos votos particulares¹⁷³.

En este ámbito, se ha de tener en cuenta que en la sentencia de primera instancia de NAHIMANA, apenas tres meses posterior a la de SEMANZA, se aceptan los motivos étnicos como adecuados para perfeccionar el tipo de crimen de persecución indicando, no obstante, que también las persecuciones estarían cubiertas por los motivos políticos, al considerarse las víctimas enemigos políticos por los acusados¹⁷⁴. Este parece ser el criterio que ha impuesto al ser ratificado por la Corte de Apelación en este mismo asunto¹⁷⁵. Asimismo, la tercera condena por crimen de persecución se produjo en el procedimiento desarrollado contra SERUGENDO, el cual formaba parte de la dirección de la *Radio Televisión Libre de las Mil Colinas* y era miembro de los *Interahamwe*. Éste fue condenado por alentar a la exterminación de los tutsis y hutus moderados, pero desgraciadamente la sentencia es escueta y no desarrolla la imputación y aplicación del crimen de persecución en este caso concreto, por lo que no se puede averiguar el criterio que se sigue para condenar al acusado.

La libertad de expresión como derecho fundamental es un argumento que se ha utilizado por la defensa de los acusados en estos asuntos. Respecto a este tema, el tribunal de NAHIMANA indicó que las expresiones que lesionan la dignidad de las personas e incitan a un odio étnico y racial están prohibidos tanto por las legislaciones nacionales como por la costumbre internacional, por lo tanto este argumento no podía ser alegado cuando se lesionan de una manera tan grave los derechos de un grupo de personas¹⁷⁶. De otro modo indica

¹⁷² *Nahimana* ICTR - 99-52-A (Appeals Chamber) 28 de noviembre de 2007. La Corte se pregunta expresamente en el par. 971: *Can hate speech the actus reus of persecution as a crime against humanity?*. La conclusión expuesta la desarrolla en los párrafos 986 y ss.

¹⁷³ *Nahimana* Appeals Chamber. Voto particular del Juez Pocar. En su párrafo 3 afirma que: *In my opinion, the circumstances of the instant case are, however, a perfect example where a hate speech fulfils the conditions necessary for it to be considered as an underlying act of persecution.*; *Vid.* Asimismo el voto particular del Juez Meron.

¹⁷⁴ *Nahimana* Trial Chamber, par. 1071.

¹⁷⁵ *Nahimana* Appeals Chamber, pars. 987 y ss.

¹⁷⁶ *Nahimana* Trial Chamber, pars. 1074-1075.

que las mujeres Tutsi fueron un grupo donde la persecución fue flagrante, pues fueron señaladas como *femme fatale* y agentes de los enemigos Tutsis, articulando un marco donde se produjo un violento ataque sexual contra ellas, siendo estas consecuencias previsibles según el tribunal¹⁷⁷.

Respecto al elemento intencional, el tribunal señala que las comunicaciones fueron llevadas a cabo con intención genocida, y por lo tanto, el elemento teleológico del crimen de persecución se encuentra representado del mismo modo, ya que la intención genocida se basa en un elemento apriorístico discriminatorio suficiente para considerarlo perfeccionado en los actos de persecución¹⁷⁸.

Los acusados fueron condenados, entre otros delitos, como responsables de la comisión del crimen de persecución por motivos políticos y étnicos por los actos llevados a cabo desde sus públicas tribunas, relacionados con un ataque generalizado y sistemático contra la población civil por motivos políticos y raciales.

2. Una visión crítica de conjunto

La Jurisprudencia de los TPIs ad-hoc, especialmente la del TPIY, ha realizado una tarea constructiva a la hora de interpretar y concretar los elementos constitutivos del crimen de persecución. Su labor ha supuesto el establecimiento de una figura criminal que ha estado vagando entre la indeterminación y el olvido. Sin embargo, esta reconstrucción del crimen de persecución se ha basado en las fuentes vinculantes a los TPIs ad-hoc., es decir, los Estatutos de estos Tribunales. El hecho de que estos fueran aprobados en un periodo aún de debate internacional acerca de los elementos configuradores del crimen contra la humanidad ha provocado que se incluyeran en ellos elementos —como la exigencia de la conexión con un conflicto armado— que posteriormente han sido descartados en la redacción del Estatuto de Roma. En este sentido, si bien es cierto que la Jurisprudencia de los TPIs ad-hoc, en un primer momento se limitó a respetar las directrices marcadas en sus Estatutos, su Jurisprudencia ha evolucionado y ha incluido en los elementos del crimen contra la

¹⁷⁷ *Nahimana* Trial Chamber, par. 1079; Sobre el tema de las decisiones acerca de delitos de violencia sexual en ambos Tribunales internacionales ver, ASKIN, K. *Sexual Violence in Decision and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Currents Status*. AJIL 93. Vol. 93. N.º 1 (enero de 1999). pp. 97-123. Sobre acusaciones en Ruanda véase pp. 121 y 122.

¹⁷⁸ *Nahimana* Trial Chamber, par. 1071.

humanidad los establecidos en el Estatuto de Roma. De este modo, se concibe el tipo penal como un acto delictivo tasado cometido en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

En primer lugar, y respecto a la ampliación del sujeto pasivo a todas las personas susceptibles de ser atacadas, incluidas los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, considero que representa un acierto y se adecua a la evolución de la figura criminal, ya que la interpretación estricta del término «civil» supone un anacronismo que provoca lagunas punitivas¹⁷⁹. Se podría interpretar que la necesidad de que la víctima pertenezca o sea asimilada a un determinado grupo, elimina la exigencia de que el carácter civil sea excluyente. En este sentido, el ánimo discriminatorio provocado por la asociación del sujeto a un grupo o colectivo determinado por el que se lleva a cabo el hecho será suficiente para poder ser considerado como víctima del crimen de persecución.

Por otro lado, el modo en que los TPIs ad-hoc intentan sortear la violación del principio de legalidad con la teoría del «Test de gravedad» es, cuanto menos, discutible. En mi opinión, el gran problema que acarrea el crimen de persecución es la indeterminación que existe sobre los actos que lo componen y sus resultados, ya que la remisión a los derechos fundamentales representa un abanico demasiado amplio para poder aplicar dicha figura penal con un mínimo de seguridad jurídica. El test de gravedad propuesto por el TPIY representa un remiendo jurídico, debido a que el Tribunal parte de una ficción que sólo puede sustentarse con otra ficción, pues al no existir un nivel de gravedad estándar dicha comparación carece de un criterio objetivo en la que fundamentarse. Ello da lugar a que la perfección o no del crimen dependa de la interpretación judicial *a posteriori* acerca de la gravedad de una conducta, trasladándose la consumación del crimen no al momento de su ejecución, sino a aquel en que los jueces decidan si la conducta se adecua a un nivel de gravedad ficticio. Esta técnica, por más que insista la Jurispru-

¹⁷⁹ Respecto al sujeto pasivo del crimen contra la humanidad considero que lo determinante para clasificar el tipo de estatus de la víctima no será su condición o pertenencia a un cuerpo armado, sino la actividad desarrollada en el momento del ataque. En este sentido, se defiende la ampliación del sujeto pasivo del crimen contra la humanidad a todo aquel que no pudiera considerarse como combatiente activo. En todo caso, el término civil deberá ser interpretado de un modo restrictivo, especialmente en tiempos de paz, donde ningún sujeto debería quedar excluido del ámbito de protección. En cualquier caso, el adjetivo civil no debería significar que la mayor posibilidad de defensa que pueda tener un policía o un cabo del ejército tuvieran que ser penalizada con la exclusión del área de cobertura de dicha figura penal.

dencia de los TPIs ad-hoc que no viola el principio de legalidad, no puede erigirse en un elemento conceptual del crimen de persecución, por acarrear serios problemas de seguridad jurídica y de legalidad, y por lo tanto, ser difícilmente aplicable en las distintas jurisdicciones nacionales.

En este sentido, y sin afán de desarrollar la técnica utilizada en el artículo 7.h) del Estatuto de Roma, donde se exige la conexión con un crimen contenido en el mismo para ser perfeccionado, considero que dicha técnica de la conexión con otros delitos tampoco sería apta para ser trasladada a los distintos ordenamientos jurídicos por varias razones. La primera sería que el hecho de exigir la conexión con un delito no asegura que los actos de discriminación adquieran un nivel de gravedad suficiente para ser considerados como crímenes contra la humanidad. La segunda se centraría en la dificultad de interpretar cuándo se produce la conexión y cuándo no, pues con la actual redacción del Estatuto no existe un parámetro concreto para fundamentar cuándo se ha producido la conexión de un modo objetivo. Y en tercer lugar, dicha técnica provocaría lagunas punitivas respecto a determinadas actuaciones que, como se ha visto, sí son constitutivas del crimen de persecución tal como el ataque a la propiedad vital o las continuas palizas a determinados grupos de personas. Esta conexión representa una solución de compromiso adoptada en el seno de las reuniones preparatorias de la Conferencia de Roma, que lastra al crimen de persecución, evitando de esta manera su desarrollo y afirmación conceptual.

Considero indispensable encontrar un criterio delimitador a la hora de concretar el ámbito de protección del crimen de persecución, para que alcance la concreción necesaria y pueda ser aplicado con un mínimo de seguridad jurídica. El criterio limitador se podría estructurar con base en los derechos fundamentales inderogables¹⁸⁰ y aquellos que, no perteneciendo a este núcleo, se hayan considerado fundamentales en la jurisprudencia de los TPIs y la costumbre internacional. En este sentido, se podrían considerar como límites del crimen de persecución que al ser lesionados por los actos típicos provocan la gravedad suficiente para la aparición del crimen de persecución el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la li-

¹⁸⁰ El marco de referencia para la identificación de los mismos debe ser la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Entre todos los derechos reconocidos por los Convenios y Tratados internacionales existe un núcleo inderogable que tiene el carácter de *ius cogens* y representan un estándar mínimo que protege «el núcleo indestructible de la dignidad humana». Véase, BLANC ALTEMIR, A. *La violación de los Derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona: Bosch. 1990. p. 122.

bertad, y a la *propiedad vital*¹⁸¹. Estos cuatro pilares deben tomarse como límites generales que al ser traspasados convertirían el acto de discriminación en un crimen de persecución. Pero estas fronteras se pueden traspasar de modos muy diversos, desde hacinando a una población indígena en guetos hasta condenando a penas crueles o degradantes, en procesos sin garantías judiciales, a los miembros de la oposición política. En ambos casos se lesionaría el derecho a la libertad y a no sufrir detenciones de tipo arbitrario. Desde esta perspectiva, el crimen de persecución deberá causar un resultado —la efectiva lesión de un derecho fundamental determinado, con lo que se superaría la problemática del nivel de gravedad— por unos motivos concretos y dentro de un contexto específico para fundamentar la calificación del mismo como crimen contra la humanidad.

En este sentido, y a la hora de determinar el bien jurídico penal protegido, no se ha de olvidar que el tipo penal se concibe para evitar comportamientos discriminatorios especialmente graves. Según la doctrina mayoritaria, el valor protegido por los delitos de discriminación es *derecho a la igualdad o a no ser discriminado*¹⁸². Sin embargo, en estos supuestos nos encontramos con un tipo penal que castiga un comportamiento discriminatorio ‘súper agravado’, por exigírsele una afectación a derechos fundamentales vitales del individuo, lo cual será necesario para precisar el contenido del bien jurídico, pues la mera mención del derecho a la no discriminación no abarcaría de forma completa el valor protegido por la norma. En este sentido, se hace necesario especificar que la conducta discriminatoria provoca, como resultado, una lesión efectiva de alguno de los derechos fundamentales inderogables del individuo. Por lo tanto, el

¹⁸¹ La propiedad vital sería aquella sin la cual se hace imposible la supervivencia del individuo. La jurisprudencia del TPIY llegó a conclusiones similares al advertir que el ataque al derecho de propiedad sólo podría identificarse como un crimen contra la humanidad de persecución cuando se atacaran bienes básicos para el sustento y la supervivencia del individuo, como sus hogares, sus enseres básico o su manera de acceder a los alimentos. Así, la sentencia de KUPRESKIC (*Kupreskic Trial Chamber*, par. 631) distingue entre quemar coches por motivos discriminatorios, algo que no podría ser considerado como un crimen de persecución, con la destrucción de hogares y propiedades básicas para el sustento de las personas por motivos discriminatorios.

¹⁸² BERNAL DEL CASTILLO, J. *La Discriminación en el Derecho penal*. Granada: Comares. 1998 p. 1054; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch: Valencia. 12 ed. p. 779; TAMARIT SUMALLA, J.. M, en QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, F, (dir.). *Comentarios al código penal*. Aranzadi: Elcano. 2005, p. 1922; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones ilícitas en el código penal*. Bosch: Barcelona. 1978.; QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español*. Bosch: Madrid. 1992.p. 789; PORTILLA CONTRERAS, G. en, COBO DEL ROSAL, M, (dir.). *Curso de Derecho Penal Español*. Madrid: Marcial Pons. 1997. Vol. II, p. 686.

bien jurídico protegido podría establecerse en la *no discriminación de un modo tan grave que afecte a bienes jurídicos de tipo vital, tales como la vida, la integridad física y moral, la libertad y la propiedad esencial para la supervivencia digna*. De este modo, se configuraría un bien jurídico penal de tipo complejo, el cual contemplaría tanto el derecho a la no discriminación como el de no ser privado de un derecho fundamental vital, contemplándose así el nivel de gravedad requerida para que el crimen contra la humanidad de persecución se perfeccione.

Respecto a la *mens rea* del crimen de persecución, y la naturaleza del elemento intencional exigido en el sujeto que comete el acto, me inclino por calificarlo como un elemento subjetivo del tipo, distinto del dolo, con una función determinada. Las clasificaciones de los delitos con estos elementos dista mucho de ser pacífica¹⁸³, pero utilizando una clasificación funcional¹⁸⁴, se puede identificar al crimen de persecución en los tipos delictivos en donde se concreta la forma de lesión que se quiere castigar, pues a pesar de que la lesión del bien jurídico se produce sin la aparición del elemento subjetivo, lo que se pretende castigar es sólo una forma específica de lesión de bien jurídico —el ánimo de lucro en el hurto, por ejemplo—. De este modo, la concreción de la forma de lesión exigiría la afectación de un segundo bien jurídico para que la conducta pudiera considerarse como un crimen contra la humanidad de persecución.

En este sentido, sólo mediante la intención o tendencia se alcanza la concreción necesaria para perfeccionar el tipo delictivo¹⁸⁵, pues la voluntad del autor es la que confiere el particular carácter o la especial peligrosidad para el bien jurídico protegido¹⁸⁶, donde el tipo requiere el ánimo de realizar precisamente la propia conducta típica¹⁸⁷. De este modo, el ánimo discriminatorio actuaría como un elemento subjetivo del tipo que caracteriza la voluntad del autor determinando la peligrosidad, o el aumento de ella, para el bien ju-

¹⁸³ Véase la clasificación expuesta en, *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1957. Tomo II. Traducción de la 2.^a ed. alemana por Rodríguez Muñoz. 3.^a ed. adicionada por Quintano Ripollés, pp. 346-362; Sobre un desarrollo histórico de la teoría de los elementos subjetivos de lo injusto, véase, POLAINO NAVARRETE, M. *Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal español*. Universidad de Sevilla: Sevilla. 1972, pp. 85-142.

¹⁸⁴ GIL GIL, A. *Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto*. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2005, pp. 95-149, esp. pp. 127 a 13.

¹⁸⁵ GIL GIL, A. *Derecho penal internacional...* ob. cit. p.126.

¹⁸⁶ JESCHECK, H. y WEIGEND, T. *Lehrbuch...* ob. cit. p. 319.

¹⁸⁷ LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Universitas. Vol.I. 1996. p. 396.

rídico protegido¹⁸⁸, lo que me anima a defender su pertenencia al injusto.

La labor realizada por los TPIs d-hoc ha sido determinante para poner los cimientos de una figura criminal que ha condicionado el desarrollo del crimen contra la humanidad pero que durante la segunda mitad del siglo xx ha sido interpretada de muy diversas formas, sin que ninguna cuajara en una aplicación doctrinal y jurisprudencial sólida. La Jurisprudencia de los TPIs ad-hoc debe ser entendida como un punto de partida para el desarrollo y el perfeccionamiento del crimen de persecución. Esta situación se está produciendo tanto en la aplicación del crimen de persecución en los Tribunales Híbridos Internacionales —por ahora sólo el de Timor Oriental ha aplicado la definición del artículo 7.h del Estatuto de Roma a supuestos concretos¹⁸⁹— como en la técnica legislativa de la implementación de estos crímenes internacionales a las distintas legislaciones nacionales¹⁹⁰. En un análisis pormenorizado de estas situaciones se puede observar que aún existe una esquizofrenia legal acerca del crimen contra la humanidad en general, y de esta figura en particular. Téngase en cuenta que la correcta aplicación del primero dependerá de la concepción jurídica que se tenga del segundo, por lo tanto, su estudio e interpretación adquiere gran importancia jurídica.

¹⁸⁸ GIL GIL, A. *Derecho penal internacional...* ob. cit. p. 132.

¹⁸⁹ La Sección 5.1.h) de la Regulación 2000/15 (Estatuto de la Corte Híbrida Internacional-UNTAET/REG/2000/15 de 6 de junio de 2000. Regulation N.º 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences. Accesible en la siguiente dirección, <http://www.un.org/peace/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf>) estructura el tipo de persecución de un modo similar al utilizado en el art.7.1,h) del Estatuto de Roma. Un ejemplo de esta aplicación se puede encontrar en el siguiente procedimiento: *Prosecutor vs. Alarico Mesquita. et. al.* Caso. N.º 28/2003 de 2 de diciembre de 2004. Jurisprudencia accesible en <http://www.jsmp.minihub.org/>

¹⁹⁰ Sirva como ejemplo la International Criminal Court Act de 2001 del Reino Unido, la Ley 2003-08-05/32 de Bélgica, o la International Crimes and International Criminal Court Act 2000 de Nueva Zelanda.