

Sobre la posibilidad de concursar delitos de lesa humanidad con crímenes de guerra en un conflicto armado interno a la luz del Estatuto de Roma

*Andrés Felipe Díaz Arana**

Resumen

Inspirado en el conflicto armado interno que actualmente padece Colombia, este escrito estudia la posibilidad teórica de concursar delitos de lesa humanidad con crímenes de guerra de conformidad con lo dispuesto por el Estatuto de Roma. Para ello, se hace una reseña del estado actual de la discusión a partir del recuento sucinto de los fallos más relevantes de los tribunales de la antigua Yugoslavia y Ruanda, así como de algunos nacionales y doctrina. Se pretende defender una postura según la cual una misma conducta puede adecuarse a lo descrito por el Estatuto de la Corte Penal Internacional tanto para

* Estudiante de Derecho y Filosofía de la Universidad de los Andes. Miembro del grupo de estudios "Cesare Beccaria" del área de Derecho penal de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: af.diaz226@uniandes.edu.co

los delitos de lesa humanidad como para crímenes de guerra y puede ser sancionada doblemente sin que se incurra en una violación al principio del *ne bis in idem*.

Palabras clave: Delito de lesa humanidad, crimen de guerra, concurso, principio del *ne bis in idem*.

Abstract

Inspired by the non-international armed conflict nowadays suffered by Colombia, this paper studies the theoretical possibility of accumulating crimes against humanity and war crimes according to the Rome Statute. In order to do so, a review is made about the actual state of the debate by count of the most relevant pronouncements of the international tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda, as well as those of the some nationals, and doctrine. It is intended to defend a view according to which a same conduct could suit the descriptions of the Statute of the International Criminal Court for crimes against humanity and war crimes, and be sanctioned as both without incurring in a violation of the *ne bis in idem* principle. References to elements of each criminal model are found in this article, as well as proposals for settling cases of apparent accumulation of offences acknowledged and applied by the International Criminal Court in its orders.

Keywords: Crimes against humanity, war crimes, accumulation of offenses, *ne bis in idem* principle.

§

El presente artículo nace inspirado por el contexto actual de Colombia, en el cual el conflicto armado interno ha sido el terreno fermentado del que brotan múltiples comisiones de delitos de lesa humanidad por parte de cada bando en conflicto. Luego de percatarse de que el escenario del conflicto armado interno es aprovechado por ambas partes para adelantar conductas que violan las normas del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), a pocos hoy en día les cabe duda de que la situación en Colombia es de competencia de la Corte Penal Internacional¹ (CPI).

¹ En efecto, la discusión parece centrarse en si el caso es admisible o no, dando por sentada la competencia de la CPI para conocer de los crímenes cometidos en Colombia. Véase Ambos (2010).

En cuanto a la competencia de la CPI, es de conocimiento que ha de versar sobre cuatro ámbitos: materia, tiempo, lugar y persona². El primero de ellos, competencia en razón de la materia, presenta un problema preliminar a la hora de establecer ya no si la Corte ha de ser competente para juzgar y sancionar por crímenes contemplados en el Estatuto de Roma cometidos en Colombia, sino cómo ha de efectuar tal labor. Y es que, precisamente a causa del conflicto armado interno que padece nuestro país, los crímenes de guerra no son solo crímenes de guerra, como tampoco los delitos de lesa humanidad son solo delitos de lesa humanidad. Esta penumbra de violencia sistemática y generalizada en contra de la población civil que ha marcado nuestro conflicto armado, trae serias consecuencias al momento de comprobar el ámbito material de la competencia de la CPI de cara a una posible “situación” en nuestro país.

Así, la pregunta que inevitablemente debe hacerse –y la cual no tiene una respuesta clara en la doctrina internacional– es cómo han de tipificarse las actuales conductas en el marco dispuesto por el Estatuto de Roma. ¿Toda violación de los derechos fundamentales en tiempos de guerra, aún cuando cometida por los propios combatientes, queda cubierta por la amalgama de prescripciones del DIH? Evidentemente, parece ser que el DIH es un mínimo de protección, pero las conductas que cometidas en Colombia a raíz del presente conflicto desbordan con creces su ámbito de protección. Más aún, parecen atentar contra el tejido mismo de los derechos fundamentales de la humanidad independientemente del tiempo en el que se encuentre, guerra o paz.

De ahí, que parezca razonable afirmar que en Colombia con ocasión –y algunos podrían afirmar que en razón– del conflicto armado interno entre el Estado y grupos armados ilegales, se han cometido innumerables crímenes de guerra cuya diferencia con los delitos de lesa humanidad es cada vez más difusa. Pero, antes de afirmar que en Colombia se violan con frecuencia las normas del DIH y aquellas previstas por el DIDH, es menester que se tenga cierta claridad sobre cómo han de sancionarse conductas que por su naturaleza resultan ser un híbrido en la aplicación de estos dos conjuntos normativos.

Por un lado, parece que sancionar un ataque sistemático por parte de grupos armados al margen de la ley –o del propio Estado– a la población civil como crimen de guerra es dejar de valorar una parte fundamental del injusto; por otro, parece que sancionar una misma conducta como crimen de guerra y como delito de lesa humanidad, puede resultar cuestionable a la luz del principio –de rango de *ius cogens*– del *ne bis in idem*. Una mirada a la doctrina más reciente en búsqueda de una solución para el particular no ayuda

2 Ha de apuntarse que los ámbitos de competencia dados por el lugar y la persona no han de verificarse en todo caso. Por el contrario, basta con que se verifique la competencia en razón del lugar para que se cumpla la verificación de competencia de la CPI, sin que sea necesario estudiarla de conformidad con la persona. Véase Estatuto de Roma, art. 12.

mucho, pues el problema ha sido, inexplicablemente, relegado a un tema tangencial a la hora de estudiar la competencia de la CPI³.

Por estas razones, con este artículo se pretende ofrecer algunas consideraciones en torno a la posibilidad teórica de concursar delitos de lesa humanidad con crímenes de guerra cometidos en un contexto de conflicto armado interno, a la luz de los principios de íntegra valoración del injusto y *ne bis in idem*. Para esto, se pretende estudiar la historia jurisprudencial internacional de los tribunales penales para Ruanda y la antigua Yugoslavia como vía para determinar cuáles de sus consideraciones son compatibles con el Estatuto de Roma, de modo que puedan ser aplicadas por la CPI.

Este estudio tiene dos partes: una expositiva y otra argumentativa. En la primera, se hace una recapitulación de las principales sentencias emitidas por los tribunales penales internacionales para solución de concursos de conductas en materia penal internacional. En la segunda, se procede a demostrar que en casos de concursos entre delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra no hay ningún impedimento teórico que *ex ante* anule la posibilidad de imputar –y sancionar– conforme ambos tipos penales.

En cuanto a los aportes encontrados en la jurisprudencia internacional, se estudiarán principalmente aquellos desarrollados por los tribunales *ad hoc* de Ruanda y Yugoslavia, en cuatro casos emblemáticos: a) el caso Tadic; b) el caso Akayesu; c) el caso Kunarac, y d) el caso Kupreskic. Con esto, muy rápidamente se verá cómo los anteriores tribunales penales manejan el tema de *accumulation of offenses*. Hecho esto, se abogará por la solución adoptada en Kupreskic a partir de la doble correspondencia y el *Blockburger test*.

Para lograr una consistente estructura argumentativa se seguirá la siguiente metodología. Una vez se esclarezca sumariamente la importancia del problema, se procederá a identificar los dos extremos del posible concurso. Es decir, se pasará a ofrecer una breve definición y exposición de los elementos contextuales que configuran cada forma delictiva. Esto, con el fin de que haya mayor claridad cuando se estudien las distintas propuestas de solución encontradas tanto en la jurisprudencia internacional como en la doctrina más autorizada. Luego, se continuará con el estudio sobre la posibilidad de que los delitos de lesa humanidad sean cometidos en tiempos de guerra. Habiendo superado esta etapa, se proseguirá con el estudio referente a los bienes jurídicamente protegidos para cada forma delictiva. Por último, se concluirá con una breve recapitulación del proceso efectuado.

3 El tema de concursos entre delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra no parece ser uno central en ninguno de los escritos doctrinarios recientes sobre competencia material de la Corte. Aunque una gran parte de los textos que abordan con detalle los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma abordan el tema, la forma tangencial en el que lo hacen no permite dar cuenta del fondo del problema.

1. Definición y elementos de las conductas concursadas

De acuerdo con Cassese “Crímenes de guerra son violaciones serias a las reglas consuetudinarias o tratados pertenecientes al cuerpo del derecho internacional humanitario de los conflictos armados” (2003: 47). Pero, para entender qué es un “crimen de guerra” hay que definir antes qué es un conflicto armado, su elemento central. Se cree que la definición con más tino –o, al menos la más acogida por la jurisprudencia internacional– es aquella que apareció por primera vez en *Prosecutor vs. Tadic*, y fue reiterada por *Prosecutor vs. Kupreskic* (4-01-2000, par. 54), *Prosecutor vs. Blaskic* (20-07-04, par. 101), *Prosecutor vs. Kunarac* (12-06-2002, par. 96), entre otras famosas jurisprudencias internacionales, según las cuales: “un conflicto armado existe cuando se acude a la fuerza armada entre Estados o a la violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados o entre tales grupos dentro de un Estado” (*Tadic*, 1995: par. 69).

Más aún, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) estableció que dentro de la definición general de crímenes de guerra deben confluír al menos los siguientes tres elementos (*Tadic*, 1995: par. 132): a) deben consistir en graves violaciones de una regla internacional, es decir, deben estribar en ataques a importantes valores, y la violación debe implicar graves consecuencias para la víctima; b) la regla violada debe pertenecer al cuerpo de la costumbre legal, o ser parte de un tratado aplicable, y c) la violación debe conllevar, desde la ley consuetudinaria o convencional, la responsabilidad criminal individual de la persona que la viola.

En cuanto a los delitos de lesa humanidad, Cassese los define como “ofensas particularmente odiosas en tanto constituyen un serio ataque a la dignidad humana o una grave humillación o degradación de uno o más seres humanos” (2003: 64). Tal y como figuran en el Estatuto de Roma, sus elementos contextuales son: a) haber cometido alguno(s) de los actos inhumanos contemplados en el propio artículo 7 del mencionado estatuto; b) que se haya(n) cometido de manera sistemática o generalizada; c) que haya(n) constituido un ataque contra la población civil, y d) que se haya actuado con conocimiento de dicho ataque.

Como puede apreciarse, de entrada no hay mayor oposición entre los unos y los otros que haga incompatible o absurdo pensar en un posible concurso. Sobre los elementos, se referenciarán en detalle hacia la parte final de este documento, por el momento es pertinente únicamente definir los polos del concurso.

Ahora, algo que no se ha dicho, pero que no presenta mayor problema, es la posibilidad de que los delitos de lesa humanidad sean cometidos en tiempos de guerra; de no ser esto así, no tendría sentido alguno hablar de concursos al ser conductas excluyentes. Al respecto, baste por el momento citar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (*Juan Carlos Avella vs. Argentina*, 18-11-1997) que, luego de un estudio preciso, logró condensar un pensamiento que sin duda se funda en el consenso general de las

autoridades internacionales: “los tratados sobre derechos humanos son aplicables tanto en tiempo de paz como en situaciones de conflictos armados”⁴. No nos detendremos más en este asunto, sobre todo porque en materia de legislación, el Estatuto de Roma con su deliberada omisión de este requisito, ha independizado a los delitos de lesa humanidad del marco de un conflicto armado.

2. Soluciones adoptadas por la jurisprudencia penal internacional

De acuerdo con la jurisprudencia del TPIY, la pregunta por concursos no está desarrollada en profundidad por la jurisprudencia internacional (Kupreskic, 14-01-2000, par. 66), lo que no quiere decir que no se hayan fecundado importantes avances jurisprudenciales al respecto. De hecho, examinando los fallos históricos de los tribunales puede hablarse de al menos cuatro corrientes.

La primera, es aquella que se encuentra principalmente en el caso Tadic según el cual basta con la correspondencia de los hechos con la figura típica para que esta pueda imputarse, toda vez que “los crímenes han de ser sancionados si cumplen con los elementos de la norma sin respecto a tecnicismos de los alegatos” (Tadic, 7-5-1997, par. 659). Aquí es claro cómo el TPIY adopta una postura de simple correspondencia entre los tipos aisladamente sin tomar en cuenta el conjunto de desvalores como un todo en la legislación internacional. Y aunque esta postura tuvo un considerable número de seguidores en la jurisprudencia internacional (en particular: Delalic, 16-11-1998, par. 1286; Furundzija, 10-12-1998, pars. 292-296), lo cierto es que anula por completo la pregunta por concursos tanto como una postura que los negara desde toda condición. No resulta satisfactorio clasificar los estudios del desvalor contenido en cada conducta delictiva como “tecnicismos” que deben desecharse.

Casi al tiempo, pero en sentido muy diferente, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) en el caso Akayesu postuló una teoría mucho más construida (y que luego tendría mayor aceptación) sobre la posibilidad de concurso entre delitos en materia internacional. El TPIR, ha dicho que una misma conducta puede sancionarse mediante la tipificación en dos delitos distintos si y solo si: a) la ofensa tiene distintos elementos; b) los delitos que sancionan dichas ofensas protegen intereses distintos, o c) cuando la sola sanción por una conducta no alcanza para describir adecuadamente lo que el acusado hizo

4 Según los fallos de la Corte Constitucional (Aponte, 2011) como el C-578/2002, “el contexto dentro del cual puede ocurrir un crimen de lesa humanidad puede ser en tiempos de paz, de guerra internacional o de conflicto armado”. También, la Asamblea General de Naciones Unidas asegura que: “los derechos fundamentales aceptados en el derecho internacional y enunciados en los instrumentos internacionales seguirán siendo plenamente válidos en casos de conflictos armados” (Resolución 2675/1970).

(Akayesu, 2-09-1998, pars. 461-470). Con esto, el TPIR hace un significativo desarrollo del conflicto entre el *ne bis in idem* y la íntegra valoración del injusto como los dos pilares centrales del fenómeno de *concursum delictorum*.

Además, en esta importante decisión, este tribunal establece algo que luego va a ser mucho más elaborado por la jurisprudencia propia del TPIY y es que “hay diferencia en los elementos cuando se requiere probar hechos adicionales” (Akayesu, 2-09-1998, par. 469). En este sentido, el TPIR es el primer tribunal que produce una teoría de concursos en la que la variación fáctica es un holismo con respecto a la calificación jurídica, de tal forma que la pregunta por concursos no puede desconocer la configuración ontológica de la conducta. Así, empieza el lento tránsito de la jurisprudencia penal internacional hacia un criterio normativo que permita valorar íntegramente cada uno de los aspectos de la conducta desplegada por el agente como fundamento de la solución del concurso aparente.

En el caso contra Delalic, Mucic, Delic y Landzo –conocido como caso Celebici por el campo de prisión en el cual se cometieron los crímenes– el TPIY, influenciado por las recientes decisiones del TPIR, sostuvo que el concurso de conductas punibles en materia internacional solo es permisible “si cada provisión involucra un elemento materialmente distinto no contenido en la otra. Un elemento es materialmente distinto de otro si requiere prueba de un hecho que no requiere el otro” (Celebici, 20-02-2001, par. 364). Aunado a lo anterior, el TPIY impulsa un significativo avance en materia de principios de solución de conflictos aparentes cuando explica que “si lo anterior no es logrado, la Cámara deberá proceder a determinar cuál de las dos disposiciones regula más específicamente la situación fáctica” (Celebici, 20-02-2001, par. 412).

Sin embargo, el desarrollo verdaderamente significativo se da por la importancia de estas consideraciones en etapas muy tempranas del proceso –es decir, cuando este se encuentra en una fase precedente al juicio, o que dé inicio a este siempre que no se hayan practicado las pruebas necesarias– pues sienta una regla de la mayor relevancia al explicar que en tan temprano momento no le es exigible al fiscal que resuelva el tema de concursos (Celebici, 20-02-2001, par. 400), siendo esta una labor del juez al momento de fallar.

La repercusión es tal, que poco tiempo después se produce un fallo que recoge las consideraciones hechas en Celebici, e incorpora las que ya se mencionaron para condensar una teoría de concursos que toma como punto central la diferencia de elementos entre las tipicidades, relegando las consideraciones acerca de los intereses protegidos a un segundo plano. En efecto, en el caso contra Kunarac, el Tribunal expresamente afirma que seguirá la línea trazada que se acogió en aquel caso (Kunarac, 22-02-2002, par. 516) y explica que el elemento central en materia de concursos es la diferencia de elementos (Kunarac, 22-02-2002, par. 552).

No obstante, la que es considerada por el que escribe estas líneas como la solución más concienzuda y pertinente tratándose de *accumulation of offenses* es sin duda aquella desarrollada en el vasto estudio contenido en el caso de Kupreskic. En esta ocasión, el TPIY hace un magistral recorrido por las decisiones más importantes en esta materia, condenándolas y creando, a partir de ellas, una teoría más garantista y respetuosa de los fundamentos en materia de concursos.

En efecto, empieza por explicar que aunque la jurisprudencia internacional debe ser el faro para guiar las decisiones de los tribunales penales —aunque expresamente no se considere fuente primaria de derecho internacional (Kupreskic, 14-01-2000, par. 130 y ss.)—, en el presente tema muy poca luz puede ofrecerse al oscuro problema si se mira este campo (Kupreskic, 14-01-2000, pars. 655-667)⁵. Por ende, abre las posibilidades de encontrar solución a este fenómeno en los principales sistemas legales del mundo, con lo cual, sin duda permite la integración de un ámbito en el que este problema se encuentre mucho más desarrollado.

A partir de las anteriores consideraciones el TPIY ahora concluye que la teoría que más acertó fue aquella dada en Akayesu, pero para que sea plenamente acertada debe hacerse un correctivo: para determinar si cabe o no el concurso de conductas punibles en el ámbito internacional debe considerarse: a) si hay elementos diferentes en los tipos concursados y también b) si protegen diferentes intereses jurídicos. Con la presente decisión, el tribunal suprime el último requisito contemplado en Akayesu, al tiempo en que se pasa de una fórmula disyuntiva a una conjuntiva en cuanto a los primeros dos.

3. Toma de postura

Aunque se está consciente de que este es un proceso en evolución, y que, en comparación con la jurisprudencia de los tribunales nacionales más importantes, aquella de los tribunales penales internacionales se encuentra considerablemente atrasada, en este artículo se pretende defender la teoría de concursos que se generó en el caso Kupreskic, por las siguientes razones.

En principio, porque desde un análisis sistemático de la inevitable tensión entre el principio del *ne bis in idem* y su contrapeso, aquel de la íntegra valoración del injusto, se aprecia cómo la línea que adoptó el TPIR es abiertamente inconveniente, tanto por su

5 Así también se reconoce en otros fallos de los tribunales como Kambanda, 4-09-1998; Celebici, 20-02-2001; y Furundzija, 10-12-1998. En el de Akayesu (2-09-1998) también se acepta el pobre estado de la jurisprudencia internacional para ese entonces con respecto a este tema. Véase pags. 461-470. Lo mismo en Kayishema, 25-05-1999, pags. 625-650.

falta de cohesión interna como por consideraciones del debido proceso que no pueden desconocer las garantías del acusado, incluso cuando el que habla es el fiscal⁶.

Es incoherente internamente, pues por la forma en la que está desarrollada inevitablemente la tercera opción es un corolario de la primera, tan solo expuesta de modo más general. Si se afirma que se requiere que se consagren elementos distintos, es porque la sola tipificación de una conducta mediante un único delito dejaría fuera de la valoración otros elementos que no están por ella consagrados, lo que es lo mismo a aseverar que la tipificación única no alcanza a describir con plenitud lo que el autor ha cometido. Ambas son las formas básicas del principio de íntegra valoración del injusto, por lo cual, si se aplica en consideración a la tercera es porque el delito único no recoge todos los elementos necesarios, y viceversa. Además, debe tenerse en cuenta que la disyunción (en contraposición a la conjunción) hace hartó extensiva y peligrosamente amplia la posibilidad que tiene la justicia de imponer todo el poder del *ius puniendi* sobre el individuo. Con esto, se quiere decir que, en aras del principio del *in dubio pro reo*, norma esta de rango del *ius cogens*⁷, no debe abrirse las puertas en forma de disyunción sino de conjunción, de modo tal que solo en los casos absolutamente necesarios de concursos, una múltiple sanción le corresponderá a una conducta singular.

En segundo lugar, tampoco debe adoptarse la posición del TPIY en el caso Tadic, que supone la aplicación de concursos por la sola correspondencia aislada y asistemática de una conducta que encuadra en múltiples tipos penales. No le es dado a ningún tribunal desconocer que el principio del *ne bis in idem* es el pilar de todas las demás garantías que en un Estado civilizado le son inherentes al acusado. Ciertamente, de dicho principio desprende otra serie de subprincipios como lo son las consideraciones pertinentes a subsunción, especialidad, consunción y alternatividad⁸ en el juicio de desvaloración de la conducta.

Si se acepta la importancia del desarrollo en los principales sistemas legales para la justicia internacional, se puede ver cómo los principios abordados por el TPIY en Kupreskic son análogos a aquellos que tan extensamente han sido desarrollados por doctrina nacional⁹, aun cuando en el contexto internacional estén en temprana gestación. Esto es apenas

6 Recuérdese que el fiscal tiene, ante todo, el deber de ser imparcial y exponer tanto lo que favorezca al acusado como lo que lo implique en un crimen de acuerdo con el principio general de imparcialidad, materializado en el artículo 54(1) (a) del Estatuto de Roma.

7 Véase Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-291/2007, en particular 5.4 en donde la Corte Constitucional (CC) refiere a un extenso número de jurisprudencias internacionales al respecto.

8 Para profundizar en la relevancia internacional, véase Kupreskic (14-01-2000).

9 Debe aclararse que los principios de “especialidad”, “alternatividad”, “subsidiariedad” y “consunción”, aunque con diferencias leves, son de general aceptación entre los sistemas legales más avanzados del mundo, esto haría que fueran aplicables en el ámbito internacional de acuerdo con el fallo en reseña. Para la muestra véase Castillo (1981), Reyes (1981), Agudelo (1983), Fernández (1984), Reyes (1990), Romero (1993), Gálvez (2001), Velásquez (2002) y Posada (2005).

natural, pero ofrece un punto clave para el estudio: desde Kupreskic en la jurisprudencia penal internacional se vienen manejando conceptos propios de la jurisprudencia nacional continental como lo son: “concurso aparente”, “concurso real” y “concurso ideal”, junto con los ya expuestos (véanse pars. 655-667, del fallo en cuestión).

Teniendo entonces en mente que para que dos conductas puedan concursar se requiere a) diferencia en los elementos, y b) diferencia en los intereses jurídicamente protegidos (o, más comúnmente, bienes jurídicos). Se procede a demostrar que en el Estatuto de Roma los artículos 7 y 8 cumplen ambas condiciones.

3.1. Diferencia de elementos

En este apartado se estudiarán las tipicidades en abstracto tal y como lo explicó el Tribunal para la antigua Yugoslavia cuando declaró que “este estudio envuelve una comparación de los elementos de las provisiones estatutarias relevantes –los hechos de un específico caso no juegan ningún rol en esta determinación–” (Kupreskic, 14-01-2000, par. 414). Se optó, entonces, por estudiar la posibilidad que hay de que se puedan imputar los delitos de lesa humanidad; la fundamentación efectiva de tal imputación con base en los hechos de un caso particular desborda este artículo por una razón sencilla: lo que aquí se pretende es apenas desarrollar el fundamento teórico que servirá para aplicar una figura a circunstancias puntuales que vienen con la realidad cambiante. Pero, de no abarcarse este primer problema no estaría claro el porqué de la sentencia que conlleva múltiples condenas. Por eso es menester estudiar el problema desde sus raíces, para que pueda concluirse que aun ante el evento en el que existe un conflicto armado, una eventual sanción por delitos de lesa humanidad no violaría el *ne bis in idem*.

3.1.1. El fallo de Massachusetts y el *Blockburger test*: la teoría de la doble correspondencia

Como foco de estudio y guía a la hora de revisar los elementos de los tipos concursados deberá seguirse las consideraciones traídas a colación por el Tribunal para la antigua Yugoslavia, en particular aquella que recoge el fallo de la Corte de Massachusetts y el *Blockburger test*, implementado en el caso contra Kupreskic. Sea lo primero decir que para efectuar este análisis deberá recurrirse a las disposiciones que consagran los dos extremos de la relación –esto es, los artículos 7 y 8 del Estatuto de Roma–, a los elementos de los crímenes, y a los comentarios de algunos doctrinantes al respecto –ya se trató la jurisprudencia–.

Siendo esto así, se empieza por hacer un cotejo entre el artículo 7 en su integridad, para delitos de lesa humanidad, y el artículo 8 (1) y (2) (c)-(f), para crímenes de guerra en conflictos armados internos. En este apartado deberá estudiarse si los elementos de uno y otro distan en una forma tal que permita que sean imputados en modalidad de concurso a una misma conducta: deberá efectuarse el *Blockburger test*¹⁰, que no es otra cosa que determinar si hay o no doble correspondencia en la diferencia de los elementos¹¹. Esto último implica determinar no solo si uno de los tipos contiene elementos distintos a los del otro, sino también si el otro a su vez contiene elementos diferentes al primero –a falta de alguno de estos presupuestos–. Es decir, si hay un defecto en la doble correspondencia por parte de uno de los extremos, estaremos frente a un caso de *lex specialis* (Kupreskic, 14-01-2000, par. 456). Se comienza por enunciar los requisitos para que se configure un delito de lesa humanidad, luego se hará lo mismo para crímenes de guerra, y por último se concluirá mostrando los elementos en los que divergen, en tanto requieren prueba de hechos adicionales.

Lo que en últimas se pretende en este acápite es observar si, en armonía con los postulados de los sistemas legales más importantes, traídos a colación por el TPIY en el caso contra Kupreskic, se está frente a un concurso aparente que puede resolverse mediante el *Blockburger test* y los principios antes esgrimidos o si, por el contrario, no hay ningún impedimento en imputar estos dos tipos de crímenes ante una misma conducta.

De modo muy general se podría afirmar que el *Blockburger test* no es sino un desarrollo de los principios de especialidad, alternatividad, subsunción y consunción ya expuestos. El test de la doble correspondencia implica que deben ambos tener elementos distintos del otro, si no sucede esto se está ante un concurso aparente. Si un tipo recoge todos los elementos de otro y agrega otros más, estamos en presencia del principio de especialidad. Si los tipos tienen elementos incompatibles entre sí y no pueden pertenecer ni siquiera teóricamente a una misma conducta, se está frente al de alternatividad. Si presentan diferencias en torno a grados de lesión a un mismo interés jurídicamente protegido, o alrededor de grados de participación en un mismo ilícito, estamos delante de la subsidiariedad material. Y por último, si la violación a un tipo implica necesariamente la violación a otro, que protege un interés jurídicamente protegido de menos jerarquía y en menor grado, se está frente al fenómeno de la consunción.

10 Dicho estudio originalmente surge de un fallo de la Corte de Massachusetts en: *Blockburger vs. Estados Unidos* (1932) 284, Estados Unidos 299, 304, 52 S. Ct. 180. Recogido por el TPIY en: Kupreskic, 14-01-2000.

11 Así lo explica de manera expresa el TPIY en Kupreskic, 14-01-2000, par. 700: “Following the principles set out above, the relevant question here is whether murder as a war crime requires proof of facts which murder as a crime against humanity does not require, and vice versa (the *Blockburger test*). Another relevant question is whether the prohibition of murder as a war crime protects different values from those safeguarded by the prohibition of murder as a crime against humanity”.

3.1.2. Delitos de lesa humanidad

3.1.2.1. Definición

De conformidad con el artículo 7 del Estatuto de Roma, la expresión “crímenes de lesa humanidad” se emplea para describir los actos inhumanos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, ya sea en tiempo de guerra externa, conflicto armado interno o de paz (Aponte, 2011). En este orden de ideas, aun cuando originalmente el concepto de crimen de lesa humanidad exigía una conexión con la existencia de un conflicto armado y la participación de agentes estatales¹², el derecho penal internacional reconoce en la actualidad que las conductas incluidas en la categoría de crímenes de lesa humanidad, pueden ocurrir fuera de un conflicto armado y sin la participación estatal¹³.

Históricamente, a diferencia del delito de genocidio, los delitos de lesa humanidad no han tenido una definición pacífica y homogénea por parte de los tribunales internacionales surgidos en la segunda mitad del siglo XX. De hecho, un rápido recuento de las definiciones usadas en Núremberg (Alemania), Ruanda y Yugoslavia permite advertir las diferencias entre las tipificaciones de los delitos de lesa humanidad. En Núremberg, los crímenes de lesa humanidad necesitaban para su existencia que los mismos se dieran en el marco de la comisión de crímenes de guerra o contra la paz (Estatuto de Núremberg, art. 6(c)). Aunque en términos generales el elemento objetivo del crimen en los estatutos de los tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda son iguales, el artículo 5 del primero los vincula con un conflicto armado, y el artículo 3 del segundo lo hace con respecto a un ataque sistemático o generalizado en contra de la población civil con base en consideraciones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas.

El Estatuto de Roma es el primer y único instrumento convencional que recoge los crímenes contra la humanidad de manera sistemática diferenciándolos de los crímenes de guerra, y definiéndolos con independencia de la concurrencia o no de un conflicto armado, interno o internacional (Fakhouri, 2005). En este orden de ideas, los delitos de lesa humanidad no deben ser cometidos en el marco de un conflicto armado para adquirir tal categoría según el Estatuto de Roma, como tampoco deben soportarse en razones políticas, filosóficas, raciales, étnicas, religiosas, etc.

Por su parte, el artículo II de la ley 10 del Consejo de Control define los crímenes de lesa humanidad como

Atrocidades y delitos, que incluyen pero no se limitan a asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, u otros actos inhu-

12 Véase Estatuto de Núremberg, art. 6(c) y Estatuto del TPIY, art. 5.

13 En el art. 7(2) (a) claramente se abre la posibilidad de que sean cometidos por una organización no estatal. Así lo explica Aponte (2011).

manos cometidos en contra de cualquier población civil o persecución por razones políticas o raciales o religiosas, sin importar si se cometió algún tipo de delito según la legislación interna.

3.1.2.2. Elementos contextuales

Así las cosas, establece el artículo 7(1) del Estatuto que: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (...)”. Adiciona en el literal (a) del párrafo (2):

Por “ataque contra la población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

Aun cuando en distintas ocasiones ha tratado la CPI los crímenes de lesa humanidad, en la decisión de autorización de investigación en la situación en la República de Kenia, desde una lectura de las dos disposiciones indicadas anteriormente:

(...) [La] Sala observa que los siguientes requisitos pueden ser distinguidos: (i) un ataque dirigido contra la población civil; (ii) una política de un Estado u organización; (iii) la naturaleza generalizada o sistemática del ataque; (iv) un nexo entre el acto individual y el ataque; y (v) conocimiento del ataque¹⁴.

Debe tenerse presente toda vez que se pretenda abordar este tipo de delitos que los actos mencionados en los literales (a)-(j) del art. 7(1) del Estatuto de Roma no son crímenes de lesa humanidad, son actos que constituyen tal concepto. De ahí que el *chapeau* del artículo 7 del Estatuto de Roma sea claro al establecer, junto con el requisito de que se cometa “cualquiera de los actos”, aquel de que se haga como parte de un “ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

3.1.3. Crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales

3.1.3.1. Definición

En el caso de los crímenes de guerra, la definición es mucho menos pacífica que aquella de los delitos de lesa humanidad (Werle, 2001). Esto, en parte, debido a la considerable

¹⁴ Tomado de: *Situation in the Republic of Kenya*. PTC II, Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation into the situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31, March 2010, pag. 79.

larga trayectoria en la historia de los crímenes de guerra en comparación con aquella de los delitos de lesa humanidad (Werle, 2001). En aras de ahorrar discusiones que para efectos de este artículo resultan perniciosas, es necesario delimitar los crímenes de este tipo conforme al Estatuto de Roma, siendo aplicable únicamente a conflictos armados internos, como: toda¹⁵ violación grave al artículo 3 común a las cuatro convenciones de Ginebra de 1949, u otras violaciones serias a las leyes y costumbres aplicables a conflictos armados no internacionales.

Así como los delitos de lesa humanidad dependían para su definición de elementos como “ataque”, “sistemático”, “generalizado”, etc., estos también requieren de mayor precisión. En particular, el elemento central a la hora de establecer qué se entiende por crimen de guerra, ha de ser el de “conflicto armado”. Para efectos de este trabajo, interesa conocer tan solo su definición para conflicto armado de carácter no internacional. Para poder aclarar qué es un conflicto armado de carácter no internacional, es menester recurrir a la definición antes esbozada perteneciente al fallo del TPIY en el caso Tadic: “un conflicto armado existe cuando se acude a la fuerza armada entre Estados o a la violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados o entre tales grupos dentro de un Estado” (2-10-1995, par. 69).

Con independencia de cómo se defina crímenes de guerra, bien sea con base en el Estatuto de Roma, o en cualquier otro instrumento del DIH, el punto de enfoque siempre ha estado en comprender cuáles son sus elementos pues, según estos podrá precisarse mejor tal figura.

3.1.3.2. Elementos

Por su parte, los crímenes de guerra tienden a ser, de entrada, mucho más específicos tanto en su definición como en sus elementos. Dentro de estos, la doctrina¹⁶ destaca los siguientes.

Primero, debe constatar la existencia del conflicto armado¹⁷, dentro del cual podemos encontrar subelementos como: a) de modo: violencia armada; b) de tiempo: prolongado; c) sujetos: combatientes (Estado *vs.* grupo armado o entre tales grupos), y d) territorio: dentro de un Estado.

15 Para efectos del Estatuto de Roma, los crímenes de guerra no se limitan a los descritos en el artículo 8 (2) (c) (i)-(iv) y (e) (i)-(xv).

16 No es un tema del todo pacífico, pero parece haber consenso en que al menos los aquí expuestos son esenciales al crimen en cuestión. Véase Cassese (1998, 2002), Triffterer (2008), Werle (2005) y Schabas (2007).

17 Para los subelementos que de este se desprenden véase Tadic, 2-10-1995, par. 70. Esta regla es reiterada en numerosas decisiones del TPIY, entre las que se cuentan los casos: Aleksovski, 25-06-1999; Blagojevic y Jokic, 17-01-2005; Blaskic, 3-03-2000; Radoslav Brdjanin, 1-09-2004; Furundzija, 10-12-1998; Galic, 5-12-2003; Kordic y Cerkez, 26-02-2001 y Kunarac 12-06-2002.

Segundo, debe haber una violación grave al artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra o a los “usos y leyes aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional”¹⁸.

Tercero, debe haber un ataque dirigido a “no combatientes” o “combatientes del lado opuesto”¹⁹.

Y, cuarto, debe poderse apreciar un nexo entre el ataque y el conflicto armado²⁰.

Una profundización sobre cada uno de los cuatro elementos generales no atañe a los propósitos de este documento, pues tal ejercicio habrá de hacerse únicamente cuando presente un conflicto al menos aparente con aquellos de los delitos de lesa humanidad. Ante todo, esta es una breve indagación acerca de la posibilidad de concursar ambas figuras, luego no resulta necesario indagar sobre aquellos elementos que no forman parte del problema. Tan solo habrán de reseñarse aquellos que, como la sistematicidad o generalidad, puedan ser relevantes a la hora de verificar la competencia de la CPI para conocer de los crímenes de guerra.

3.1.3.3. Problema: “en particular cuando...”

Debe decirse que los anteriores fallos de los tribunales *ad hoc* en general habían estado muy dispuestos a aceptar la especialidad de los delitos de lesa humanidad con respecto a los crímenes de guerra. Esto no solo aparece como extraño en las regulaciones del Estatuto de Roma, sino que realmente parece ser contradictorio, pues a simple vista se aprecia cómo los crímenes de guerra parecen regular de forma mucho más específica

18 Para un completo estudio de las “leyes y usos aplicables”, es indispensable que se observe el extenso estudio realizado por la Corte Constitucional en sentencia C-291/2007 en donde recopila y estructura el sentido y alcance de tal disposición. Además, véase: Comité Internacional de la Cruz Roja (ICRC, por su sigla en inglés o CICR, en español) (2005). El estudio fue hecho en forma minuciosa por el CICR, a invitación de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Ginebra, 1993), para efectos de reforzar la eficacia de la aplicación del DIH a través del mejoramiento de su conocimiento y difusión. Para identificar las normas consuetudinarias de este ordenamiento, se siguió la metodología establecida por la Corte Internacional de Justicia en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, es decir, determinando la existencia de los elementos de práctica y *opinio iuris* indispensables, con los requisitos específicos allí enunciados.

19 Así, por ejemplo para todas las reglas que protegen a los mismos combatientes en términos de mínimos, en particular el estatus de “prisionero de guerra” como garantía de protección a los combatientes del bando opuesto (Corte Constitucional, sentencia C-291/2007).

20 Es necesario que tal hecho o situación guarde una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto. El TPIY considera que la “relación requerida” se satisface cuando quiera que los crímenes denunciados están “relacionados de cerca con las hostilidades” (*closely related to the hostilities*) (Tadic, 2-10-1995, par. 345), cuando existe un “vínculo obvio” entre ellos (*an obvious link*) (Celebici, 16-11-1998, par. 234), un “nexo claro” entre los mismos (*a clear nexus*) (Celebici, 16-11-1998, par. 235); o un “nexo evidente entre los crímenes alegados y el conflicto armado como un todo” (*evident nexus between the alleged crimes and the armed conflict as a whole*) (Blaskic, 3-03-2000).

la protección a los derechos humanos en tiempos de guerra. La pregunta natural es: ¿por qué entonces ha dicho la jurisprudencia penal internacional que podría hablarse de especialidad en los delitos de lesa humanidad? (véanse los alegatos de la defensa en Kupreskic, 14-01-2000).

Esto puede explicarse por una razón muy sencilla y tiene que ver con las regulaciones propias de los tribunales de Núremberg y la antigua Yugoslavia. De hecho, en el artículo 6(c) del Estatuto del Tribunal Penal Militar de Núremberg y en el artículo 5 del Estatuto del TPIY se contemplaba el requisito de cometerse en un conflicto armado para la tipificación de una conducta como delito de lesa humanidad. De ahí que los crímenes de lesa humanidad surgieran históricamente conectados con los crímenes de guerra²¹. En este sentido, el artículo 5 del Estatuto del TPIY determina los crímenes contra la humanidad como “actos cometidos en un conflicto armado de carácter interno o internacional y dirigidos contra cualquier población civil”. Esto hizo que, históricamente, se produjera un sinfín de fallos²² que progresivamente desvincularon tal concepto del de crímenes de guerra, aplicando el nexo de causalidad con el conflicto armado únicamente para los últimos.

Sin embargo, en el Estatuto de Roma parece haberse producido un fenómeno radical: al tiempo en que se independizaban los delitos de lesa humanidad de cualquier relación con el conflicto armado (Estatuto de Roma, art. 7(1)), sucedía lo contrario para los crímenes de guerra, pues en el *chapeau* del artículo 8 se introdujo una cláusula que peligrosamente puede llevar a conclusiones erradas: “La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” (Estatuto de Roma, art. 8(1)). Como luego se demostrará, al abarcar propiamente los delitos de lesa humanidad, no es raro que la doctrina identifique estas dos formas como sistemáticas o generalizadas, lo que haría que se produjera una extraña inversión de la relación histórica entre delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. En efecto, mientras que antes del Estatuto de Roma se abogaba porque los delitos de lesa humanidad contenían los elementos de los crímenes de guerra, ahora parece que con la introducción del requisito de sistematicidad o generalidad en los crímenes de guerra, y con el despojo de la necesidad de conflicto armado en los delitos de lesa humanidad, la relación se invirtió (Aponte, 2011).

Si esto fuera así, y los crímenes de guerra debieran cometerse de forma sistemática o generalizada para que la Corte tuviera competencia sobre ellos, los elementos de los delitos de lesa humanidad estarían en su integridad contemplados en los de los crímenes de

21 Respecto del origen común de ambas figuras véase Gil (1999).

22 Así para Tadic (2-10-1995) los fallos: Blaskic (3-03-2000), Kupreskic (14-01-2000) y Kunarac (22-02-2001), entre otros, fueron constantes en asegurar que el elemento de conflicto armado para los delitos de lesa humanidad era de muy débil relevancia y que solo requería que el conflicto estuviera, de hecho, presente pero jamás que los actos tuvieran ni siquiera un nexo de causalidad con respecto a este.

guerra; más aún, estos añadirían componentes que darían razón al ICRC cuando expresa que: “como el derecho internacional humanitario es *lex specialis*, la norma de derechos humanos debe interpretarse a través del prisma del derecho internacional humanitario”²³. Y no está solo en esta postura, pues para la propia Corte Constitucional colombiana –que adoptó la teoría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia– se presenta dicho fenómeno en tanto que:

Las normas del DIH constituyen para ciertos efectos *lex specialis*, puesto que a pesar de que los tratados sobre derechos humanos son aplicables tanto en tiempo de paz como en situaciones de conflictos armados, las disposiciones del DIH, tanto convencionales como consuetudinarias, proveen regulaciones mucho más detalladas que el DIDH para proteger los derechos de las víctimas y regular métodos y medios de ataque (Corte Constitucional, C-291/2007, citando a CIDH, Juan Carlos Abella vs. Argentina, 1997).

Es entendible que pueda presentarse la cuestión de si a) la Corte es competente en todo caso de crimen de guerra, en particular los que se cometan de forma “sistemática” o “generalizada”; o por el contrario, si b) dentro de todos los crímenes de guerra la Corte es competente solo en el caso particular de los mencionados. La primera opción llevaría a que no fuera necesario probar ninguno de los dos elementos contextuales presentes en el *chapeau* del artículo 8, mientras que en el segundo caso debería poderse probar al menos uno de tales elementos (plan o política, o comisión masiva) para que la Corte adquiriera competencia. Aquellos que –como el CICR o la Corte Constitucional colombiana– aún hoy mantienen la teoría de la *lex specialis* para afirmar que en conflictos armados internos primaría el DIH, son de la creencia de que estamos frente al segundo uso del término “en particular”. Es decir, sostienen que de los elementos contextuales se debe probar al menos uno: la CPI solo es competente para conocer los crímenes de guerra que siguieron un plan o política, por un lado; o aquellos que fueron cometidos de forma masiva, por otro. Esto lo manifiestan basándose en que el principio de gravedad reviste todo, y no solo algunas partes, del Estatuto de Roma, desde el preámbulo hasta su integración con las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos de los Crímenes.

Sin embargo, esto parte de una falacia fundamental, pues tal y como lo ha dicho claramente Triffterer:

Para estar seguro, el artículo 8, par. 1, no se refiere o ni siquiera altera la definición de crímenes de guerra del artículo 8. Plan, política y comisión a gran escala no son en ninguna medida elementos requeridos en los crímenes de guerra. Un acto aislado, como el de violación o asesinato de una sola persona por un solo agente,

23 Traducción no oficial: *as international humanitarian law is lex specialis, the human rights norm must be interpreted through the prism of international humanitarian law* (ICRC). Humanitarian Law, Human Rights and Refugee Law. Three Pillars. Discurso pronunciado en la Asociación Internacional de Jueces de la Ley de Refugiados en Estocolmo, del 23 de abril del 2005. Disponible en: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/6t7g86.htm>.

puede implicar un crimen de guerra. El artículo 8, par. 1, más bien provee una guía práctica para la CPI, sobre todo para el fiscal, en qué tipos de crímenes de guerra deberían enfocarse principalmente dados los limitados recursos de la Corte (...). Como las palabras “en particular” dejan claro, un plan, política o comisión a gran escala no es un prerrequisito absoluto para que la Corte comience sus investigaciones (2008: 299-300).

Luego, el sentido de “en particular” debe referirse necesariamente al primero esgrimido: la Corte es competente para conocer todas las conductas descritas por el Estatuto de Roma, y dentro de ellas en especial las que se cometen de acuerdo con un plan o política, o de forma masiva. De igual creencia es Werle cuando explica que:

(...) en relación con los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra no son *lex specialis*. Los crímenes individuales contenidos tanto en el artículo 7 como en el artículo 8 del Estatuto –asesinato, tortura, violación y privación de la libertad– pueden por tanto aplicarse simultáneamente (2005: 266).

Y en otra ocasión: “los crímenes de guerra pueden al mismo tiempo satisfacer las definiciones de genocidio y crímenes de lesa humanidad. Las ofensas siguen siendo aplicables simultáneamente porque ninguno de ellos es *lex specialis*” (Werle, 2005: 383). En este sentido, se recomienda: Kunarac (2002), y Kordic y Cerkez (2004).

Es una falacia interpretarlo según la gravedad, pues esta no forma parte de los elementos del tipo, su estudio claramente se relega a cuestiones de admisibilidad y nunca de competencia. Así lo expresa el propio Estatuto de Roma cuando en el artículo 15(3) y (4) remite al 53(1) que habla en un primer momento de competencia, pero después en el literal (b) remite al artículo 17 para temas de admisibilidad, en cuya disposición (1) (d) es en donde se trae a colación el estudio de la gravedad dentro de la apertura de investigación por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI.

Es decir, aunque pueda ser cierto que la gravedad es un principio que rige toda la actividad de la CPI, a la hora de estudiar la competencia, la Sala de Cuestiones Preliminares no puede tener en consideración como un elemento de los crímenes propiamente dicho la gravedad. No puede declararse incompetente para conocer de una conducta porque no es lo suficientemente grave, esto solo la haría inadmisibile pero nunca alteraría el ámbito de competencia.

Queda claro, entonces, que la sistematicidad y generalidad como elementos del tipo son propios de los delitos de lesa humanidad, mientras que el nexo con el conflicto armado lo es de los crímenes de guerra. Basta con afirmar esto para que, siguiendo los argumentos precedentes, se tengan que probar hechos distintos para la configuración típica de la conducta dentro de las dos disposiciones, y con esto cada una tenga una divergencia de elementos que satisface la doble correspondencia del *Blockburger test*, anulando la posibi-

lidad de un concurso aparente y cumpliendo a cabalidad con el primero de los requisitos que esgrimió Kupreskic.

3.2. Diferencia de intereses jurídicamente protegidos

Con respecto al tema de la diferencia o no entre los intereses jurídicamente protegidos con los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra, debe decirse que el desvalor contenido en los crímenes de guerra, cuando se cometen en la forma de delitos de lesa humanidad, no es suficiente para proteger el interés jurídico de aquellos. Es decir, mientras que la posibilidad de especialidad en tanto elementos de los delitos podía favorecer a los crímenes de guerra según algunos críticos, en este apartado es precisamente su especialidad restrictiva a los conflictos armados, la mejor tesis para sostener que los delitos de lesa humanidad protegen un interés jurídico mucho más amplio. En tal sentido, si solo se tipificara crímenes de guerra se desconocería una parte fundamental del injusto. Esto, toda vez que los crímenes de guerra protegen los derechos fundamentales en tiempos de guerra, y en relación con ella²⁴, los delitos de lesa humanidad protegen de manera mucho más general los derechos inherentes a la persona sin respeto de las circunstancias (esto es, guerra o paz).

Según Werle, “en el caso de los crímenes contra la humanidad (...) el hecho global cuestiona a la humanidad como tal, en el sentido de estándar mínimo de las reglas de coexistencia humana” (2011: 468-469). Por su parte, en el caso de los crímenes de guerra, “el derecho penal internacional bélico protege bienes jurídicos fundamentales de los individuos durante conflictos armados (...) [en] los tipos penales basados en el denominado Derecho de la Haya (...) también se protegen bienes jurídicos individuales” (Werle, 2001: 571-572).

Por tanto, cuando los crímenes de guerra sean cometidos en modalidad de delitos de lesa humanidad, la única sanción como crímenes de guerra desconocería que en tales casos no puede limitarse el estudio al aspecto del conflicto armado, pues su injusto radica en que son violaciones a los fundamentos de la humanidad en sí misma considerada. Sin duda alguna, el desvalor contenido en los delitos de lesa humanidad es de tal magnitud que no alcanza a figurar la relación de encerramiento material de estos por parte de los crímenes de guerra, no configurando así una posible subsunción material²⁵.

24 Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-291/2007, en la cual se establece que el DIH aplica tanto en tiempos de paz como de guerra. Esto no tiene mucho sentido si se evidencia que la doctrina y jurisprudencia internacional son enfáticas en destacar que un elemento central a la hora de verificar la aplicación de las normas del DIH es la existencia de un conflicto armado: bien sea interno o internacional.

25 Es pertinente aclarar que, dado que se considera que no hay dos intereses distintos, sino uno solo (el respeto a los derechos humanos) en dos ámbitos diferentes (guerra y paz) la posible relación de inclusión de desvalores no es la propia de la consunción sino de la subsunción. Véase Posada (2005).

En este sentido, la CIDH ha dicho que: “es precisamente en situaciones de conflicto armado interno que esas dos ramas del derecho internacional convergen de manera más precisa y se refuerzan recíprocamente” (Juan Carlos Abella *vs.* Argentina, 1997). El mismo órgano explica que, al igual que otros instrumentos universales y regionales sobre derechos humanos, la Convención Americana y los convenios de Ginebra de 1949 comparten un núcleo común de derechos no suspendibles y el objetivo común de proteger la integridad física y dignidad del ser humano. Así también, el TPIY asevera que: “las leyes de la guerra no desplazan necesariamente a las leyes que regulan las situaciones de paz; aquellas pueden añadir elementos requeridos por la protección que debe ser otorgada a las víctimas en situaciones de guerra” (Kunarac, 12-06-2002, par. 432). Más aún, la Asamblea General de las Naciones Unidas sostiene que: “los derechos humanos y libertades fundamentales deben ser siempre respetados, incluso en las situaciones de conflicto armado” (Resolución 2226/2006).

Como corolario de la posibilidad de que se cometan delitos de lesa humanidad en tiempos de guerra, el encerramiento material de los desvalores en tanto protección de intereses jurídicos (de darse) sería en el siguiente sentido: los delitos de lesa humanidad protegen de modo más amplio los derechos fundamentales de la humanidad en sí misma considerada. De darse los elementos que configuran esta descripción típica, no basta con aplicar las normas que regulan solo una parte de aquella protección, a saber, en tiempos de guerra.

Con esto queda sentado que en tratándose de intereses jurídicamente protegidos, los crímenes de guerra no son *lex specialis* en cuanto a los delitos de lesa humanidad. No obstante, para que pueda hablarse de concursos debe probarse la doble correspondencia del fallo de Massachusetts, es decir, que los delitos de lesa humanidad tampoco contienen enteramente el desvalor que se intenta proteger con los crímenes de guerra.

Esto es de una facilidad mucho mayor, pues basta con afirmar que la diferencia de intereses jurídicamente protegidos radica en la forma misma de protección: mientras que la comisión de los delitos de lesa humanidad por su naturaleza debe ser sistemática o generalizada, la de los crímenes de guerra puede ser –tal y como se argumenta aquí– singular. Luego, aún cuando la generalidad de la protección de los derechos fundamentales de forma independiente al del conflicto armado aboga a favor de los delitos de lesa humanidad, la precisión a la hora de sancionar conductas que no remonten a la modalidad de delito de lesa humanidad es una clara demostración que permite afirmar que el interés jurídicamente protegido por los crímenes de guerra tampoco se encuentra del todo contenido por estos. En este orden, puede constatarse que por la forma misma en la que el Estatuto de Roma se redactó, los crímenes de guerra sí contemplan dentro de su protección situaciones que de otro modo quedarían totalmente impunes en épocas de conflicto armado (pues no constituirían ninguno de los otros delitos contemplados por el Estatuto de Roma). El interés jurídicamente protegido con los crímenes de guerra es por supuesto

mucho más preciso, y con ello también diferente, que aquel protegido por los delitos de lesa humanidad.

Conclusión

Como se demostró a lo largo de este estudio, en materia de justicia penal internacional se debe manejar una teoría de concursos que no desconozca los derechos del acusado, pero que tampoco obvie su cometido de proteger los intereses jurídicos de manera más íntegra. Luego, debe acogerse una teoría que resulte acorde con los derechos de aquel individuo que se enfrenta al aparato internacional, que fundamente adecuadamente la posibilidad de concursos y que los considere algo más que “tecnicismos en los alegatos”.

Con todo, aun cuando no se acepte la posición aquí esgrimida sobre la probabilidad efectiva de concursos entre conductas descritas tanto por el DIH como por el DIDH –o en concreto, entre las conductas descritas en los artículos 7 y 8 del Estatuto de Roma–, no puede negarse que en las etapas procesales tempranas –anteriores a la práctica de pruebas– debe admitirse el potencial concurso ante la imposibilidad material que hay de demostrar una u otra conducta.

En este punto, es primordial traer a colación las consideraciones del TPIY, que desde hace más de diez años sostiene que “la acumulación de cargos debe ser permitida, la principal razón es que es imposible para el fiscal determinar con certeza, con anterioridad a la presentación de las evidencias, cuáles cargos le serán probados al posible acusado” (Dela-lic, 20-02-2001; citado en Kunarac, 22-02-2001, par. 548). En cuanto a la labor del fiscal a la hora de determinar la concurrencia o no de cargos, siguiendo las consideraciones del TPIY, basta con probar la posibilidad de que las conductas apreciables en la situación encuadren en al menos un tipo contemplado por el Estatuto de Roma. Sin embargo, conforme a lo aquí expuesto, no será igual la labor del juez, pues una vez se complete el juicio él tendrá todos los elementos probatorios disponibles para determinar si se está o no frente a este fenómeno, y de qué forma.

No hay ningún impedimento teórico –dado por la naturaleza de los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra– para investigar y sancionar a un individuo, siempre que los hechos lo permitan. Ante todo, este es un estudio sobre el potencial analítico que hay dada la forma misma de los delitos, pero su solución en un caso concreto se subordina a los hechos que rodearon la comisión de la conducta. Jamás puede desprenderse de lo dicho aquí una aplicación automática de ambas sanciones por verificarse un conflicto armado y una comisión sistemática o generalizada de la conducta, por ejemplo. Muy por el contrario, la posibilidad de que estas dos formas delictivas puedan aplicarse a una misma conducta, es apenas la verificación del plano normativo que permite la indagación sobre la correspondencia entre los presupuestos jurídicos y las características empíricas para cada caso concreto. Este trabajo es, ante todo, una defensa de la vigencia de la pregunta

por concursos entre dos delitos contemplados por el Estatuto de Roma, jamás su solución para un caso particular.

Referencias bibliográficas

Doctrina

- AGUDELO, Nódier. “Concurso de conductas punibles en el nuevo código penal”. En: *Nuevo foro penal, número 22*. Bogotá, Temis, 1983.
- AMBOS, Kai. *Procedimiento de la Ley de justicia y paz (ley 975/2005) y derecho penal internacional*. Bogotá, GTZ, 2010.
- APONTE, Alejandro. *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2011.
- CASSESE, Antonio. “On the current trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of international humanitarian law”. En: Cassese, A. *The human dimension of international law*. Oxford, Oxford University Press, 1998.
- . *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Vol. 1. Oxford, Oxford University Press, 2002.
- . *International criminal law*. Oxford, Oxford University Press, 2003.
- CASTILLO, Francisco. *El concurso de delitos en el derecho penal costarricense*. San José, Litografía e Imprenta LIL SA, 1981.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. (2005). Humanitarian Law, Human Rights and Refugee Law. Three pillars. Discurso pronunciado en la Asociación Internacional de Jueces de la Ley de Refugiados en Estocolmo, 23 de abril. Versión electrónica: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/6t7g86.htm>, 2005.
- FAKHOURI, Yamila. *Algunas cuestiones relativas a la competencia ratione materiae de la Corte Penal Internacional*. Barcelona, Atelior, 2005.
- FERNÁNDEZ, Juan. *El delito continuado*. Bogotá, Temis, 1984.
- GALVÁN, Francisco. *Unidad de ley. Estudios de legislación, jurisprudencia y doctrina penal mexicanas*. Culiacán Rosales, Impresos Chávez, 2001.
- GIL, Alicia. *El genocidio y otros crímenes internacionales*. Madrid, Centro Francisco Toro y Valiente UNED, 1999.
- MIR, Santiago. *Colisión de normas penales*. Barcelona, Bosch, 1975.

- POSADA, Ricardo. “El concurso de conductas punibles en el ordenamiento penal colombiano”. En: Velásquez, F. *Derecho penal liberal y dignidad humana*. Bogotá, Temis, 2005.
- REYES, Alfonso. *La tipicidad* (5ª ed.). Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981.
- REYES, Yesid. *El concurso de delitos*. Bogotá, Ediciones Reyes Echandía Abogados, 1990.
- ROMERO, Luis Enrique. *Concurso aparente de leyes, hechos copenados*. Bogotá, Temis, 1993.
- SCHABAS, William. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- TRIFFTERER, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, observer's notes, article by article*. Portland, Nomos, 2008.
- VELÁSQUEZ, Fernando. *Algunas consideraciones sobre el delito continuado*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- WERLE, Gerhard. *Principles of international criminal law*. La Haya, TMC, 2005.
- . *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Jurisprudencia

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso La Tablada. Informe 55/97, caso 11.137 - Juan Carlos Abella *vs.* Argentina, 18 de noviembre, 1997.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-291/2007. M. P.: Manuel José Cepeda.
- . Sentencia C-578/2002. M. P.: Manuel José Cepeda.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. Situación en la República Democrática del Congo, Sala de Cuestiones Preliminares I, decisión sobre la solicitud del fiscal para orden de arresto, caso ICC-01/04-520-Anx2, 10 de febrero, 2006.
- . Oficina del Fiscal, respuesta de la Oficina a las comunicaciones recibidas concerniendo a Iraq. La Haya, 9 de febrero, 2006.
- . Fiscal *vs.* Lubanga y Ntaganda, decisión de confirmación de cargos, caso ICC-01/04-01/06, 29 de enero, 2007.
- . Fiscal *vs.* Ahmad Muhammad Harun, Sala de Cuestiones Preliminares I, decisión de orden de arresto, 27 de abril, 2007.
- . Fiscal *vs.* Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Sala de Cuestiones Preliminares I, decisión de confirmación de cargos, caso ICC-01/04-01/07-717, 30 de septiembre, 2008.

- . Fiscal *vs.* Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Sala de Cuestiones Preliminares I, decisión de la apelación del fiscal para una orden de arresto, caso ICC-02/05-01/09-3, 4 de marzo, 2009.
- . Fiscal *vs.* Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares II, decisión de confirmación de cargos, caso ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio, 2009.
- . Situación en la República de Kenia, Sala de Cuestiones Preliminares II, decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo, 2010.
- . Situación en la República de Costa de Marfil, Sala de Cuestiones Preliminares III, decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Costa de Marfil, caso ICC-02/11, 3 de octubre, 2011.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. Fiscal *vs.* Tadic, decisión sobre confirmación de cargos, caso IT-94-1-A, 14 de noviembre, 1995.

- . Fiscal *vs.* Nikolic, caso IT-94-2-I, decisión del 20 de octubre, 1995.
- . Fiscal *vs.* Mrksic y otros, caso IT-95-13-R61, decisión del 3 de abril, 1996.
- . Fiscal *vs.* Tadic, caso IT-94-1-T, decisión del 7 de mayo, 1997.
- . Fiscal *vs.* Kupreškić y otros, caso IT-95-16-T, decisión del 14 de enero de 2000.
- . Fiscal *vs.* Tihomir Blaskic, caso IT-94-14-T, decisión del 3 de marzo de 2000.
- . Fiscal *vs.* Kunarac y otros, caso IT-96-23 & IT-96-23/1-A, decisión del 12 June 2002.
- . Fiscal *vs.* Kordic y Cerkez, caso IT-95-14/2-A, decisión del 17 de diciembre de 2004.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. Fiscal *vs.* Akayesu, caso ICTR-96-4-T, decisión del 2 de septiembre, 1998.

- . Fiscal *vs.* Hassan Ngeze, caso ICTR-97-27-I, decisión del 5 de noviembre, 1999.
- . Fiscal *vs.* Musema, caso ICTR-96-13-A, decisión del 27 de enero 2000.