

LAS GRAVES FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE VICTIMIZACIÓN. LOS CRÍMENES ECONÓMICOS CONTRA LA HUMANIDAD

Fundación para la Cooperación Apy-Solidaridad en Acción
Libia Arenal Lora



LAS GRAVES FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE VICTIMIZACIÓN. LOS CRÍMENES ECONÓMICOS CONTRA LA HUMANIDAD

FUNDACIÓN PARA LA COOPERACIÓN
APY-SOLIDARIDAD EN ACCIÓN

www.apysolidaridad.org

www.stopprivatizando.org

Información sobre este título: <http://apysolidaridad.org/manuales/>

© Fundación para la Cooperación APY-Solidaridad en Acción

© Libia Arenal Llorca

Editado por



Financiado por



Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo
CONSEJERÍA DE ADMINISTRACIÓN LOCAL Y RELACIONES INSTITUCIONALES

Edita

Fundación para la Cooperación
APY-Solidaridad en Acción

Autora

Libia Arenal Lora

Colaboradora

Beatriz Fernández Carrillo

Fotografías

Aitor Lara

Diseño y Maquetación

Constanza del Junco

Imprime

Escandón Impresores
Dep. Legal:

Esta publicación ha sido realizada con el apoyo financiero de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AACID), con cargo del Programa PE008/2011 "Campaña de sensibilización e incidencia sobre el eje derechos humanos-desigualdad-pobreza. Privatizando la Vida".

El contenido de dicha publicación es responsabilidad exclusiva de sus autores y no refleja necesariamente la opinión de la AACID.

Índice

INTRODUCCIÓN

... p. 01

CAPÍTULO 1

Las graves violaciones de derechos humanos en la sociedad contemporánea y su criminalización internacional

1. 1. Aspectos fundamentales sobre los derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo ... p. 05

1. 1. 1. La humanización del Derecho internacional y el principio de derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo

1. 1. 2. Las obligaciones y las responsabilidades jurídicas internacionales en materia de derechos humanos: actores estatales y no estatales

1. 1. 3. Las categorías de derechos humanos en Derecho internacional: las normas que regulan los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales

1. 1. 4. El concepto *graves violaciones de derechos humanos*, su relación con las normas de *ius cogens* y los crímenes de Derecho internacional

1. 2. Las graves violaciones de derechos humanos como crímenes de Derecho internacional. Los crímenes contra la humanidad ... p. 27

1. 2. 1. Origen y desarrollo de los crímenes contra la humanidad hasta la Conferencia de Roma de 1998

1. 2. 2. La definición y la regulación de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

1. 2. 3. Análisis de los elementos comunes de los crímenes contra la humanidad

1. 2. 3. 1. La evolución del contexto en los crímenes contra la humanidad

1. 2. 3. 2. El elemento de la política y la autoridad detrás de la política en los crímenes contra la humanidad

1. 2. 3. 3. El elemento material: el ataque generalizado o sistemático

1. 2. 3. 4. Contra la población civil

1. 2. 3. 5. El elemento mental o *mens rea*

1. 2. 4. Los crímenes contra la humanidad como marco conceptual y/o convencional para los *crímenes económicos contra la humanidad*

CAPÍTULO 2

De los crímenes contra la humanidad a los *crímenes económicos contra la humanidad*: estudio de casos

2. 1. Las formas contemporáneas de graves violaciones de derechos humanos como ... p. 71

fundamento jurídico de *los crímenes económicos contra la humanidad*

2. 2. Marco metodológico para el estudio de los denominados *crímenes económicos contra la humanidad*. Estudio de casos ... p. 89

ESTUDIO DE CASO 1

Crímenes económicos y crímenes contra la humanidad: La corrupción de las élites políticas en Guinea Ecuatorial

- 1. Introducción ... p. 99
- 2. Caso de estudio ... p. 104
 - 2. 1. Descripción
 - 2. 2. Hechos
 - 2. 3. Los delitos y cargos penales
 - 2. 4. Respuesta de las partes acusadas
 - 2. 5. Decisión de la Corte Penal Internacional
- 3. Conclusiones ... p. 120

ESTUDIO DE CASO 2

La responsabilidad penal de las corporaciones por crímenes contra la humanidad. Violaciones masivas a mujeres por la empresa Barrick Gold en Papúa Nueva Guinea

- 1. Introducción ... p. 125
- 2. Caso de estudio ... p. 127
 - 2. 1. Descripción
 - 2. 2. Hechos
 - 2. 2. 1. Violencia sexual y violaciones sistemáticas por parte de los guardas de seguridad de Barrick
 - 2. 2. 2. Palizas y asesinatos cometidos por los guardas de seguridad de Barrick
 - 2. 2. 3. Evicciones y desplazamiento forzoso
 - 2. 2. 4. Prácticas y políticas generalizadas
 - 2. 2. 5. Remedios a las víctimas
 - 2. 3. Los delitos y cargos penales
 - 2. 4. Respuesta de las partes acusadas
 - 2. 5. Cuestiones que se plantean
 - 2. 5. 1. Sobre las responsabilidades de las empresas en el Derecho internacional de los derechos humanos
 - 2. 5. 2. Sobre las responsabilidades de las empresas en el Derecho internacional penal
 - 2. 5. 3. Las corporaciones en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
 - 2. 5. 4. La verificación de los elementos del contexto para el caso contra la Barrick

- Gold por violaciones masivas a mujeres en Porgera, Papúa Nueva Guinea
- 2. 6. Decisión de la Corte Penal Internacional
- 3. Conclusiones ... p. 157

ESTUDIO DE CASO 3

Los crímenes ambientales como crímenes de lesa humanidad: La contaminación de la Amazonía ecuatoriana por la Texaco ante la Corte Penal Internacional

- 1. Introducción ... p. 165
- 2. Caso de estudio ... p. 168
 - 2. 1. Descripción
 - 2. 2. Hechos
 - 2. 2. 1. Circuito Judicial y Corte Penal Internacional
 - 2. 3. Los crímenes imputados
 - 2. 4. Partes acusadas
 - 2. 5. Cuestiones que se plantean
 - 2. 5. 1. La política como elemento internacional
 - 2. 5. 2. La autoridad detrás de la política
 - 2. 5. 3. Sobre los actos ilícitos
 - 2. 6. Decisión de la Corte Penal Internacional
- 3. Conclusiones ... p. 193

ESTUDIO DE CASO 4

La crisis financiera del 2008 y sus repercusiones globales: Una aproximación al crimen económico-político contra la humanidad

- 1. Introducción ... p. 199
- 2. Caso de estudio ... p. 202
 - 2. 1. Descripción
 - 2. 1. 1. La gran fiesta de las finanzas norteamericana
 - 2. 1. 1. 1. Los inflados precios de las viviendas (burbuja inmobiliaria) y los inflados precios de los bonos (burbuja de los bonos)
 - 2. 1. 1. 2. El excesivo apalancamiento (por gran endeudamiento) en la totalidad del sistema financiero y de la economía
 - 2. 1. 1. 3. La laxa regulación financiera
 - 2. 1. 1. 4. Las prácticas hipotecarias de los bancos
 - 2. 1. 1. 5. La enorme cantidad de títulos y derivados no regulados surgidos a partir de las hipotecas basura
 - 2. 1. 1. 6. El comportamiento de la agencias de calificación
 - 2. 1. 1. 7. Los perversos sistemas de retribución en muchas instituciones financieras que originaron poderosos estímulos para jugárselo todo
 - 2. 1. 2. La resaca Europea de la fiesta Norteamericana

- 2. 1. 3. La ciudadanía del Estado español acaba sufriendo las consecuencias del atraco
- 2. 2. Los delitos y los cargos penales
- 2. 3. Partes acusadas
- 2. 4. Resolución de la Corte Penal Internacional
- 3. Conclusiones ... p. 224

CAPÍTULO 3

Los crímenes económicos contra la humanidad en Derecho internacional

- 3. 1. Una aproximación al concepto de *crímenes económicos contra la humanidad* ... p. 229
- 3. 2. Desafíos legales para la articulación de los crímenes económicos en el marco jurídico y/o conceptual de los crímenes contra la humanidad. Obstáculos y oportunidades en Derecho internacional ... p. 238
 - 3. 2. 1. El principio de legalidad
 - 3. 2. 2. Los elementos comunes de los crímenes contra la humanidad
 - 3. 2. 2. 1. Sobre el ataque generalizado y sistemático contra la población civil: la definición del ataque y la relación con los injustos
 - 3. 2. 2. 2. Sobre la *mens rea*: del conocimiento y de la intención
 - 3. 2. 2. 3. Contra la población civil
 - 3. 2. 2. 4. Sobre la política de un Estado u organización: los actores no estatales en la comisión de los crímenes contra la humanidad
 - 3. 2. 3. La relación entre las graves violaciones de los derechos humanos y los crímenes de Derecho internacional
- 3. 3. Comentarios finales ... p. 263

BIBLIOGRAFÍA

... p. 269

Siglas y Abreviaturas

Sigla en castellano	Nombre en castellano	Sigla en inglés	Nombre en inglés
AG	Asamblea General de las Naciones Unidas	GA	(United Nations) General Assembly
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados	-	-
CADHP	Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos	ACHPR	African Charter on Human and Peoples` Rights
CADH	Convención Americana sobre los Derechos Humanos	ACHR	American Convention on Human Rights
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos	ECHD	European Convention on Human Rights
CCH	Crímenes Contra la Humanidad	-	-
CE	Consejo de Europa	CoE	Council of Europe
CESL	Corte Especial para Sierra Leona	SCSL	Special Court for Sierra Leona
CDI	Comisión de Derecho Internacional	ILC	International Law Commission
CDH	Comisión de Derechos Humanos	CHR	Commission on Human Rights
ComIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos	IACmHR	Inter-American Commission on Human Rights
CtDH	Comité de Derechos Humanos	HRC	Human Rights Committee

Sigla en castellano	Nombre en castellano	Sigla en inglés	Nombre en inglés
CNUCYD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo	UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos	IACtHM	Inter-American Court of Human Rights
CIJ	Corte Internacional de Justicia	ICJ	International Court of Justice
CPI	Corte Penal Internacional	ICC	International Criminal Court
ComADH	Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos	ACmHPR	African Commission on Human Rights Peoples' Rights
CDN	Comité de Derechos del Niño	CRC	Committee on the Rights of the Children
CR	Cruz Roja	RC	Red Cross
DCP	Derechos Civiles y Políticos	CPR	Civil and Political Rights
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales	ESCR	Economic, Social and Cultural Rights
DH	Derechos Humanos	HR	Human Rights
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos	IHRL	International Human Rights Law
DIH	Derecho Internacional Humanitario	IHL	International Humanitarian Law
DIP	Derecho Internacional Público	-	-
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos	-	-
EN	Estatuto de Núremberg	NC	Nuremberg Charter
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional	ICCS	International Criminal Court Statute
ER	Estatuto de Roma	RS	Rome Statute
IEC	Instrumentos de los Elementos de los Crímenes	-	-

Sigla en castellano	Nombre en castellano	Sigla en inglés	Nombre en inglés
-	-	GA	Geneve Academy
ONU	Organización de las Naciones Unidas	UN	United Nations
-	-	OHCHR	Office of the United Nations High Commissioner of Human Rights
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos	ECHR	European Court of Human Rights
TEI	Tribunal Especial de Irak	IST	Iraqi Special Tribunal
TEL	Tribunal Especial para el Líbano	STL	Special Tribunal for Lebanon
TMI	Tribuna Militar Internacional (de Núremberg)	IMT	International Military Tribunal
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia	ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda	ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea	-	-
SA	Sala de Apelaciones	AC	Appeals Chamber
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares	PTC	Pre-Trial Chamber
SPI	Sala de Primera Instancia	TC	Trial Chamber
SECC	Salas Especiales en las Cortes de Camboya	ECCC	Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia

Introducción

“A long list of business executives has reaped sumptuous rewards even though they fractured the world’s economy, destroyed trillions of dollars in value, and disfigured millions of lives”. Soshana Zuboff concluye con esta frase el primer párrafo de su artículo titulado *“Wall street’s economic crimes against humanity”*¹, publicado en el año 2009, y en el que realiza un alegato contra la deshumanización y la supresión de juicios morales del modelo económico vigente, el cual deja un claro rastro de abusos a los derechos humanos más básicos y un horizonte de impunidad para los perpetradores. Este sistema crea, según la autora, una enorme distancia entre los denominados “insiders” y “outsiders”, que permite negar cualquier tipo de responsabilidad institucional o personal por las consecuencias de sus conductas, y que hace perpetuar comportamientos económicos de graves consecuencias para los intereses generales de la humanidad. Lo interesante del artículo es su referencia al concepto “la banalidad del mal”, extraordinariamente desarrollado por Hanna Arendt² tras el juicio celebrado en Jerusalén, en el año 1960, contra el miembro de las SS Eichmann. En él concluye la filósofa y escritora que los más graves acontecimientos ocurridos en nuestra historia reciente, no fueron orquestados por individuos especialmente perversos o sádicos, sino por gente terriblemente u espantosamente normal, resaltando la extraña interdependencia que existe entre el mal y la ausencia de consciencia sobre las consecuencias de nuestros actos.

Del artículo de Zuboff se rescatan dos importantes elementos a efectos de llevar a cabo un análisis sobre esta cuestión de los graves abusos económicos presentes en nuestra

¹ Zuboff, S., *Wall street’s crimes against humanity*, Wiewpoint, 9 de marzo de 2009 Newsweek. http://www.businessweek.com/managing/content/mar2009/ca20090319_591214.htm?campaign_id=rss_search

² Arendt, H., *Eichmann en Jerusalén: Un estudio sobre la banalidad del mal*, Lumen, 2003.

historia contemporánea. El primero, el reconocimiento de la existencia de *formas contemporáneas de victimización*, que llegan de la mano de la realización de actos económicos y político-económicos, las cuales no se hallan sujetas a un régimen de criminalización como el que existe en Derecho internacional para los más aberrantes abusos de naturaleza política cometidos contra la población. El segundo, la presencia de un *nuevo criminal*, el participante en la denominada “masacre administrativa”, quien no tiene otros motivos para actuar que aquellos que se encuentran fundamentados en el desarrollo de una extraordinaria diligencia para alcanzar propósitos personales, ligados a la obtención de ganancias o al enriquecimiento económico, totalmente ajenos a la realidad y a las consecuencias de sus actos sobre otros, actuando bajo circunstancias que le hacen casi imposible saber o sentir que estaba actuando mal.

La autora deja bien claro que las conductas económicas y financieras que dibujan los trazos de nuestro sistema capitalista actual no son el Holocausto. Sin embargo, sí piensa que este modelo económico en el que vivimos “*produce el mismo tipo de alienación e inconsciencia que permite desarrollar conductas con resultados criminales, sin que los ejecutantes se sientan mínimamente aludidos por ellas en cuanto a la gravedad de sus consecuencias*”, ni se sientan interpelados por el temor a la sanción o a los correctivos ordinarios, siendo una enorme amenaza para el orden social.

La gran crisis financiera y bancaria del año 2008, con origen en los Estados Unidos pero con consecuencias planetarias, ha sido sin lugar a dudas lo que motivó el nacimiento de la expresión *crímenes económicos contra la humanidad*. Sin embargo, no es sólo este comportamiento abusivo de naturaleza económica, junto a sus dañosas consecuencias sobre los ciudadanos, el único susceptible de integrarse en esta posible figura de graves abusos económicos. Existen una gran variedad de conductas económicas y económico-políticas, presentes en nuestro imaginario colectivo, naturalizadas como parte del engranaje que mantiene vivo el funcionamiento del sistema contemporáneo de capitalismo económico, llevadas a cabo por actores que tienen una enorme capacidad de victimización en función de los cambios a los que hemos venido asistiendo en la organización, en el ejercicio y en el control del poder político y económico, los cuales ejercen una influencia determinante sobre las esferas vitales para la ciudadanía, que en los contextos y bajo las circunstancias adecuadas, pueden llegar a atentar de manera grave contra los derechos humanos, la dignidad y la vida de los seres humanos y de los pueblos, valores que son protegidos por la comunidad internacional en su conjunto. La corrupción política, la malversación de fondos públicos, la administración desleal y los delitos económicos conexos, la imposición de severas políticas de ajuste estructural y de austeridad que afectan a la protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía, el expolio, la explotación abusiva de los recursos naturales y los daños graves, extensos y

perdurables sobre el medio ambiente y las personas, el acaparamiento de bienes esenciales para el ser humano con fines lucrativos y la especulación con los mismos, la trata y la explotación de seres humanos para fines de muy diversa naturaleza, las actividades económicas que siendo lícitas, por los contextos y las cadenas en las que operan, se traducen en violaciones sistemáticas de derechos humanos, son algunos ejemplos de los abusos económicos y político-económicos que podrían tener un lugar dentro de la figura de *los crímenes económicos contra la humanidad*.

Si el mundo se conmovió hace setenta años por los desgarradores hechos acontecidos durante la Segunda Guerra Mundial y el Derecho internacional progresó entonces al entender que aquellas conductas constituían actos ilícitos contra los mismos fundamentos de la civilización, criminalizando las más graves violaciones de derechos humanos y responsabilizando por ello a los individuos, en la actualidad, los abusos económicos que generan a diario millones de víctimas perturban también nuestras conciencias y esto provoca que sea necesario preguntarse por las posibilidades que puede ofrecer el Derecho internacional penal para regular, perseguir y sancionar aquellas conductas de naturaleza económica o económico-política que son gravemente contrarias a las exigencias éticas elementales de la convivencia internacional y que vulneran intereses o bienes protegidos por la comunidad internacional en su conjunto.

El presente estudio³ tiene por objeto preguntarse sobre el proceso de humanización del Derecho internacional y plantearse si bajo la categoría de los crímenes de lesa humanidad tipificados en el Estatuto de Roma, por el valor de la condena social que estos representan en función de los gravedad de los actos que sancionan, haciendo una interpretación teleológica o incluso evolutiva de los mismos y con un enfoque más panorámico sobre los derechos humanos, podría abordarse la criminalización de aquellas conductas abusivas de naturaleza económica y político-económica, cuyo desarrollo tuviera como resultado la violación grave del conjunto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y la lesión contemporánea de intereses fundamentales para la sociedad internacional, poniendo en cuestión nuestra comprensión más básica de la humanidad y de la justicia.

Para responder a estas cuestiones, en primer lugar, analizaremos el origen, el desarrollo y la codificación de las graves violaciones de derechos humanos y su criminalización en Derecho internacional para llegar a la figura de los crímenes contra la humanidad y su regulación en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En segundo

³ El presente estudio forma parte actualmente de una investigación más amplia llevada a cabo por la autora en el programa de doctorado en Derecho de la Universidad de Sevilla.

lugar, abordaremos las *formas contemporáneas de victimización* a través de una caracterización de lo que hemos denominado *las formas contemporáneas de graves violaciones de derechos humanos*, que servirá para la categorización de los abusos económicos y como fundamento jurídico de los *crímenes económicos contra la humanidad*. Con el objeto de determinar los supuestos de tipicidad de los crímenes contra la humanidad en los crímenes de naturaleza económica y económica-política, se llevarán a cabo cuatro estudios de casos, en los que se abordará la trasposición de los elementos que hacen de determinados ilícitos crímenes de Derecho internacional, analizando los obstáculos y las oportunidades legales para la integración de los *crímenes económicos* dentro la categoría de lesa humanidad. En tercer lugar, se realizará una aproximación al concepto de *crímenes económicos contra la humanidad* y se propondrán una serie de conclusiones que nos permitan atender los problemas jurídicos más relevantes que supone para el Derecho internacional abordar, de *lege lata* o de *lege ferenda*, la cuestión de los abusos económicos más graves sobre la población en la sociedad contemporánea, de acuerdo a la misma evolución de las leyes de la humanidad y el impulso de las exigencias de la conciencia pública en el devenir de los tiempos.

Capítulo 1.

Las graves violaciones de derechos humanos en la sociedad contemporánea y su criminalización internacional

1.1. ASPECTOS FUNDAMENTALES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

1.1.1. La humanización del Derecho internacional y el principio de derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo

La personificación del Estado todo-poderoso, inspirada en la filosofía del derecho de Hegel, tuvo una influencia nefasta en la evolución del Derecho internacional -reducido a un Derecho interestatal- a finales del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX. Esta corriente doctrinal resistió con todas las fuerzas el ideal de emancipación del ser humano de la tutela absoluta del Estado y el reconocimiento del individuo como sujeto del Derecho internacional¹.

Sin embargo, las transformaciones experimentadas en la segunda mitad del siglo XX favorecieron la humanización del Derecho internacional público, reconociéndole cierta subjetividad internacional al individuo e incluyendo, junto al principio constitucional de la soberanía de los Estados, el de los derechos humanos². Esto supuso un hito en el desarrollo contemporáneo de una disciplina que en su origen

¹ Cançado Trindade, A. A., *A humanização do direito internacional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2006 y también en Cançado Trindade, A. A., *Hacia el nuevo derecho internacional para la persona humana: manifestaciones de la humanización del Derecho internacional*, Sesión Solemne de Otorgamiento del Grado de Doctor Honoris Causa, Universidad de La Plata - La Plata, Argentina, 07 de abril de 2006, en Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, nº 50, pp. 44-61, jan.-jul., 2007.

² Carrillo Salcedo, J. A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1ª ed., reimp., 1996, p. 15.

tenía como fundamento y objeto exclusivo regular las relaciones y distribuir las competencias entre los Estados en el orden internacional y no imponerles obligaciones sobre cuestiones que pertenecían a su fuero interno, entre otras, el trato que dispensaban a su ciudadanía³.

Las experiencias de las guerras mundiales pusieron de manifiesto dos hechos relevantes para la superación de los esquemas clásicos del Derecho internacional. El primero, que era el propio Estado el que violaba los derechos fundamentales de los individuos y, el segundo, que existía una innegable relación entre el mantenimiento de la paz y de la seguridad en la comunidad internacional y el respeto de los derechos humanos dentro de los Estados. Todo ello motivó que después del año 1945 los derechos humanos pasaran a integrar parte esencial de las exigencias más elementales de la convivencia en la sociedad internacional y que su respeto se convirtiera en una aspiración fundamental en el desarrollo del Derecho internacional⁴.

Es así que el Derecho internacional contemporáneo, mediante la protección internacional de los derechos humanos, pretendió establecer obligaciones a los Estados respecto de todos los individuos bajo su jurisdicción, nacionales o extranjeros, facultándoles a estos de legitimación activa para reclamar directamente contra el Estado infractor en instancias internacionales en caso de verse violados en sus derechos, surgiendo así el denominado Derecho internacional de los derechos humanos. Al mismo tiempo, estos mismos individuos, pasaron a poseer, en casos muy limitados, legitimación pasiva para sufrir directamente las consecuencias de la violación del Derecho internacional. La responsabilidad internacional, limitada en el pasado a los Estados, comienza a reconocerse también respecto de los individuos.

El reconocimiento y la regulación internacional de los derechos humanos contribuyeron decisivamente al rescate histórico del ser humano como sujeto del Derecho internacional. La Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUHDH)⁵ de 1948 y los Pactos Internacionales de Derechos

³En el Derecho internacional clásico existían algunas excepciones en el campo de la intervención humanitaria y del derecho de extranjería. Véase a este respecto Pastor Ridruejo, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 16ª ed., 2012.

⁴*Ibid.*, p. 207.

⁵Sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos Antonio Cassese señala que “[...] vincula a todos los Estados del mundo, pero no con los vínculos relativamente gravosos que se desprenden de las normas jurídicas propiamente dichas: los obliga con su peso moral y político y con la autoridad que se deriva del hecho de constituir un conjunto de principios “iusnaturalistas”. Véase a este respecto Cassese, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Editorial Ariel, 1ª ed., reimp., 1993, p. 58.

Civiles y Políticos (PIDCP)⁶ y Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁷ de 1966, junto a sus Protocolos Facultativos⁸, son parte fundamental de la estrategia de la comunidad internacional para la protección de los derechos inherentes al ser humano. Dicha estrategia ha sido consolidada y ampliada en las últimas seis décadas mediante el desarrollo de un vasto marco normativo e institucional en el sistema de Organización de las Naciones Unidas (ONU)⁹ y en los sistemas regionales europeo, americano y africano¹⁰,

⁶ El PIDCP (1966) entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

⁷ El PIDESC (1966) entró en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

⁸ El Protocolo Facultativo al PIDCP (1966) entra en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 9; el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte (1989), entra en vigor el 11 de julio de 1991; El Protocolo Facultativo al PIDESC (2008) entra en vigor el 5 de mayo de 2013.

⁹ El desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos ha tenido un elocuente testimonio en los más de 90 instrumentos adoptados hasta la fecha. Hay diez principales tratados internacionales para la protección de los derechos humanos, algunos de ellos se complementan con protocolos facultativos relativos a preocupaciones específicas y más de noventa instrumentos universales sobre derechos humanos, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UniversalHumanRightsInstruments.aspx>

¹⁰ El sistema europeo para la protección de los derechos humanos, en el ámbito del Consejo de Europa, es el sistema regional más antiguo y el que mayor grado de evolución y de perfección ha alcanzado. El sistema ha aprobado dos instrumentos para la protección de los derechos humanos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), destinado a la protección de los derechos civiles y políticos, creó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como mecanismo judicial internacional de protección. La Carta Social Europea (1961), para la protección de los derechos humanos de carácter socioeconómico, no establece un sistema judicial de control del cumplimiento por parte de los Estados de sus principales disposiciones, tan sólo un sistema de informes que tienen que presentar los Estados sobre cómo están llevando a cabo las disposiciones de la Carta. El sistema americano para la protección de los derechos humanos es uno de los sistemas regionales que, junto con el europeo, más se han desarrollado y evolucionado. La OEA adoptó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), Convención Americana de Derechos Humanos (1969), sobre derechos civiles y políticos, un auténtico tratado internacional que venía a completar las disposiciones de la Declaración, y el Protocolo Facultativo a la Convención, el Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales (1998). Para el control y supervisión del cumplimiento de los derechos humanos en el ámbito interamericano existen dos órganos. El primero es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington (EEUU), y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José (Costa Rica), el auténtico órgano de carácter jurisdiccional, que supervisa en segunda instancia, tras el examen de la Comisión, la aplicación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos por parte de los Estados. Finalmente, el sistema africano de protección de los derechos humanos es el más reciente de los sistemas regionales y el principal instrumento convencional con el que cuenta es la Carta Africana de los Derechos Humanos

configurando una amplia arquitectura para el respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos en el plano internacional.

Sin embargo, y a pesar de este gran avance, queda un largo camino por recorrer en el perfeccionamiento del Derecho internacional en este campo de los derechos humanos, el cual movido por la conciencia humana, debe ser capaz de reconceptualizar las propias bases de su ordenamiento internacional, con el objeto de tratar con eficacia los temas que afectan a la humanidad como un todo en la sociedad contemporánea, en particular, el del reconocimiento de la centralidad de las *condiciones de vida* de todos los seres humanos, la lucha contra las nuevas formas de *graves violaciones de derechos humanos* y el combate contra la impunidad, que afectan de manera particular a nuestro *ethos* contemporáneo¹¹.

En las palabras de *Cançado Trindade*:

“El movimiento universal en pro de los derechos humanos es irreversible, no admite retrocesos. Tiene su mística propia, reforzada por el ideal de la justicia internacional, que gana cuerpo en nuestros días. Resta, sin embargo, un largo camino a recorrer. Hay que equipar los mecanismos internacionales de protección para enfrentar nuevas formas de violación de los derechos humanos y combatir la impunidad. Hay que lograr en definitiva *la justiciabilidad* de los derechos económicos, sociales y culturales, negligenciados hasta el presente. Hay que fomentar la aceptación integral (sin reservas), por los Estados, de los tratados de derechos humanos, y asegurar la *aplicabilidad directa* de sus normas en el plano del derecho interno de los Estados. Hay que consolidar el *acceso directo* de los individuos a la justicia en el plano internacional, tesis por la cual vengo luchando hace tanto tiempo. Hay que desarrollar las obligaciones *erga omnes* de protección del ser humano, tomando sus derechos fundamentales como parte integrante *del jus cogens*. Y hay que diseminar el rol de la sociedad civil en la construcción de una *cultura universal* de observancia de los derechos humanos”¹².

y de los Pueblos (1981). A fin de promover y proteger los derechos de la Carta, ésta creó una Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, pero no prevé ningún órgano de protección de los derechos humanos de naturaleza jurisdiccional. Hay que señalar que no existe un sistema asiático de derechos humanos en la región Asia Pacífico. Sólo subrayar que en el año 2012, la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (SEAN, por sus siglas en inglés) aprobó una Declaración de Derechos Humanos que reconoce el derecho a la educación. Los miembros de la ASEAN son: Brunei Darussalam, Camboya, Indonesia, RDP Lao, Malasia, Myanmar, Filipinas, Singapur, Tailandia y Vietnam.

¹¹ Cançado Trindade, A. A., *A humanização do direito...*, op. cit., p. 125.

¹² *Ibid.*

1. 1. 2. Las obligaciones y las responsabilidades jurídicas internacionales en materia de derechos humanos: actores estatales y no estatales

El Derecho internacional de los derechos humanos ha venido fijando un catálogo de derechos humanos protegidos, respecto de los cuales, y *a priori*, sólo los Estados se encuentran obligados en calidad de sujetos primarios del Derecho internacional. Esta cuestión, sin embargo, ha sido y es foco de un acalorado debate en la doctrina internacionalista, el cual gira en torno a la discusión sobre si actores distintos a los Estados -háblense de organismos internacionales, corporaciones multinacionales, grupos armados, criminales o terroristas, u otro tipo de actores no estatales- tienen o deberían tener obligaciones internacionales jurídicamente vinculantes en la materia. Ello en virtud de una serie de acontecimientos contemporáneos -que se producen *de facto*- y que han puesto de manifiesto *violaciones graves de derechos humanos*, las cuales no se encuentran enmarcadas en los supuestos tradicionales de ofensas exclusivamente atribuibles al Estado y que constituyen el objeto de análisis de este estudio.

Si bien existe un cierto consenso en el hecho de reconocer que los actores no estatales han irrumpido notablemente en la evolución del sistema internacional, y pudieran violar o verse implicados en violaciones de derechos humanos, la posibilidad de afirmar la existencia de obligaciones jurídicamente vinculantes, dimanantes de los principios generales, de los tratados o de la costumbre internacionales, se convierte en algo mucho más controvertido y complejo.

Para una parte de la doctrina, la aceptación de la importancia del rol que los actores no estatales pueden desempeñar en materia de derechos humanos, no puede traducirse mecánicamente en afirmar que el Derecho internacional deba imponerles obligaciones directas. Los valedores de esta tesis esgrimen en su defensa argumentos tales como el de la *trivialización de los derechos humanos*, que sostiene que imponer obligaciones vinculantes para actores no estatales supondría ignorar el recorrido histórico y la trascendencia del reconocimiento de esta categoría de derechos, y que no es otra que la de su protección frente a los abusos cometidos por el poder del Estado, que es lo que distingue su transgresión de los delitos ordinarios. También es utilizado el argumento de la *legitimación de la violencia*, que mantiene que el reconocimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos a grupos terroristas, ejércitos de liberación, y otros de características similares, crearía un importante problema con relación a la cuestión de la atribución de legitimidad a la actuación de estos actores no estatales, incluyendo la del ejercicio de la violencia, frente a los abusos de poder que pudiera llevar a cabo el propio Estado. Finalmente estos autores sostienen el argumento del *impedimento legal*, el cual descansa en la consideración de que los actores no estatales no pueden incurrir en

obligaciones internacionales en la medida que no son sujetos parte de la construcción del Derecho internacional, al no participar ni de la elaboración ni de la adopción de los tratados, ni de la formación de la costumbre internacional¹³.

Ahora bien, la pureza analítica de este último criterio basado en la subjetividad internacional no ayuda a resolver la cuestión del desarrollo del sistema internacional y la participación en él de actores no estatales¹⁴. Si bien es cierto que solo los Estados pueden celebrar tratados, crear costumbre y tener atribuidas responsabilidades y obligaciones internacionales como sujetos de Derecho internacional, no es menos cierto que esta rama del Derecho también vincula o puede ser violada por actores no estatales. De hecho, a lo largo de su desarrollo, el Derecho internacional ha ido dejando claras muestras del reconocimiento de una *cierta subjetividad internacional o subjetividad ad hoc* a actores no estatales, admitiendo su vinculación con este marco normativo y aceptando responsabilidades derivadas de su transgresión. El hecho de que no haya mecanismos para sustanciar estos hechos, no niega la existencia de responsabilidades o incluso de obligaciones respecto de ellos.

Con relación a las Organizaciones Internacionales, el Derecho internacional contemporáneo les reconoció *cierta personalidad jurídica internacional* en el Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) sobre la reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas de 1949¹⁵, el cual señalaba que *los sujetos de derecho de un sistema jurídico no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o la extensión de sus derechos*. Este *dictum* ha servido de precedente para el reconocimiento de una cierta subjetividad a las Organizaciones Internacionales en función de la influencia que las exigencias de la vida internacional han tenido sobre el desarrollo de este campo del Derecho¹⁶. El propio TIJ, *en una opinión consultiva de 1980 sobre un acuerdo adoptado entre la Organización Mundial de la Salud y Egipto, recordó que* “[...] las organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional y, como tal, están sujetas a las obligaciones que les correspondan bajo las reglas generales del derecho internacional, bajo sus constituciones o bajo los tratados de los cuales son parte¹⁷”. Estas afirmaciones sostenidas por la jurisprudencia deberían contribuir a levantar el velo del argumento del

¹³ Clapham, A., *Human Rights Obligations of Non-States Actos*, Oxford University Press, 2006, reimp., 2013, pp. 25-56.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ ICJ, *Advisory Opinion on Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, 1949, ICJ Rep 174.

¹⁶ Clapham, A., *Human Rights Obligations of Non-States Actos ...*, *op. cit.*, pp. 63-68.

¹⁷ ICJ, *Interpretation of the Agreement of 25 of March 1951 between the WHO and Egypt*, ICJ, 1980, Rep 73.

impedimento legal y aceptar el hecho de que actores no estatales, como organizaciones intergubernamentales -la ONU o la UE-, pueden incurrir en la violación del Derecho internacional que les obliga¹⁸.

Con relación a otros actores no estatales distintos de las Organizaciones Internacionales, como son los grupos terroristas o criminales, algunos órganos claves del sistema de la ONU han afirmado que estos violan derechos humanos o que sus actos constituyen una violación de los principios básicos del Derecho internacional y del Derecho internacional de los derechos humanos¹⁹. Un comentario al Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad señalaba que aquel no excluía la posibilidad de que simples particulares, dotados de un poder de hecho u organizados en bandas o grupos criminales, pudieran cometer el tipo de violaciones sistemáticas o masivas de derechos humanos en relación a los actos que caerían dentro del ámbito del Proyecto de código²⁰. El Sr. Kofi Annan, en aquel entonces Secretario General de la ONU, transmitió un informe en el año 2002 a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad en el que afirmaba que el terrorismo debía ser entendido como una violación de los derechos humanos y los actos terroristas que acaban con la vida de personas una vulneración del derecho a la vida reconocido en el artículo 6 del PIDCP²¹.

Sobre las empresas transnacionales, se viene debatiendo desde hace décadas el marco jurídico para regular su relación con los derechos humanos. Desde el borrador de Normas de 2003 hasta la adopción de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos en el año 2011, se ha optado por establecer un marco de carácter voluntarista o no vinculante. Las negociaciones que se están llevando a cabo en la ONU por un grupo intergubernamental de trabajo para discutir un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos, manifiestan la necesidad de superar el marco actualmente vigente de responsabilidades, trasladándolo al campo de las obligaciones internacionales de las empresas en la materia. El Derecho internacional penal tampoco es ajeno a la cuestión de la responsabilidad de las corporaciones con relación a la comisión de crímenes internacionales a partir de diferentes formas de autoría o participación. Las

¹⁸ *Ibid.* La Corte Internacional de Justicia recordó el Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia sobre la reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas de 1949.

¹⁹ CDH, *Declaración de Medidas para eliminar el terrorismo*. Anexo a la Resolución de la Asamblea General (A/RES/49/60) del 9 de diciembre de 1994; *Resolución sobre Derechos Humanos y Terrorismo* de la Comisión de Derechos Humanos (Res. 2003/37) de 23 de abril de 2003.

²⁰ CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones, 29 de Abril a 19 de julio de 1991*, Documentos oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto periodo de sesiones, Suplemento N° 10 (A/46/10), p. 287.

²¹ Clapham, A., *Human Rights Obligations...*, *op. cit.*, p. 38.

causas sostenidas contra las empresas Farben y Krupp después de la Segunda Guerra Mundial, a pesar de finalizar con la condena a sus dirigentes y no a las organizaciones empresariales, pusieron de relieve la posibilidad de que personas jurídicas fueran declaradas responsables penalmente por violaciones de derechos humanos. La virtualidad de la vía penal para la exigencia de responsabilidad a las empresas por violaciones de Derecho internacional resurgió durante la redacción del Estatuto de Roma (ER) de 1998. Aunque finalmente no se lograron incluir a las personas jurídicas bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI)²² el debate reveló la trascendencia de este tema para afrontar ciertos comportamientos corporativos y contribuyó a la conciencia de que los intereses a proteger por el Derecho internacional pueden ser dañados no sólo por el Estado sino también por actores privados²³.

La responsabilidad penal internacional de las personas naturales también ha sido desarrollada en este campo del Derecho internacional para los crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio, que constituyen las formas más graves de violaciones a los derechos humanos.

Con todo esto, para abordar de una manera pragmática la cuestión de las obligaciones internacionales de actores no estatales en materia de derechos humanos, y no sentirnos capturados por la prisión intelectual creada por la doctrina en torno a la cuestión de los sujetos de Derecho internacional²⁴, es necesario aceptar el enfoque que reconoce que estos actores no estatales son *participantes* en la evolución del Derecho internacional y que tienen *capacidades* que, no siendo todas las que reúne el Estado, les permiten ser destinatarios de normas jurídicas internacionales, gozar de determinados derechos y ser sujetos de obligaciones, incluidas en el ámbito de los derechos humanos, sin que ello implique una suerte de atribución de personalidad jurídica internacional, una legitimación inapropiada de actores no estatales, ni un desmoronamiento del marco jurídico de la responsabilidad internacional del Estado. Apuntaba en esta dirección Cassese, y de manera muy acertada, al decir que *no todos los actores internacionales tienen que ser forzosamente sujetos de Derecho internacional público*²⁵.

²² El borrador del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, entregado a los delegados al comienzo de la Conferencia, incluía un párrafo que disponía la posibilidad de que “The Court shall also have jurisdiction over legal committed were committed on behalf of such legal persons or by their agencies or representatives” Art.23. 5, (Doc. A/CONF.183/2/Add.1), 14 April 1998.

²³ Véase a este respecto Martín Ortega, O., *Empresas multinacionales y derechos humanos en el contexto de la globalización*, Bosch, 2007.

²⁴ Higgins, R., *Problems and Process: International Law and How We Used It*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1994.

²⁵ Martín Ortega, O., *Empresas multinacionales...*, *op. cit.*

En este mismo sentido, la DUDH fue cuidadosamente redactada para evitar sugerir que el Estado tenía obligaciones específicas, de modo que los derechos fueron escritos de manera que el foco se puso en la posesión del derecho *-toda persona tiene el derecho a [...]-*, y referenciando las obligaciones dimanantes de los mismos respecto de la sociedad, el Estado, los grupos y los individuos, siendo su mensaje que las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos pueden recaer sobre actores estatales y sobre otro tipo de actores que participan en la sociedad internacional²⁶.

A día de hoy parece indispensable aceptar que es necesario el desarrollo de un nuevo enfoque jurídico sobre los derechos humanos, basado en paradigmas alternativos, que nos permitan avanzar hacia la mayor y más eficaz protección de las víctimas de los abusos de los poderes establecidos, ya sean públicos o privados, reconociendo a los actores no estatales, a la par de cierta subjetividad o capacidades internacionales, responsabilidades e incluso obligaciones jurídicamente vinculantes de Derecho internacional.

Sugiere Clapham en este sentido lo siguiente:

“I suggest that, at the beginning of the twenty-first century, we need a paradigm shift in our understanding of the power and utility of human rights. If human rights once offered a shield from state oppression in the vertical relationship between the individual and the state, they now also represent a sword in the hands of the victims of private human rights abuses²⁷. “If international law is to be effective in protecting human rights, everyone should be prohibited from assisting governments in violating those principles, or indeed prohibited from violating such principles themselves²⁸”.

1. 1. 3. Las categorías de derechos humanos en Derecho internacional: el carácter de las normas que regulan los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

Los derechos humanos han sido tradicionalmente distinguidos en bloques, por un lado los derechos civiles y políticos (DCP), y de otro lado, los económicos, sociales y culturales (DESC), y así se ha reflejado en su codificación universal y regional a través de los diferentes instrumentos jurídicos internacionales que se han ido adoptando²⁹.

²⁶ Clapham, A., *Human Rights Obligations...*, *op. cit.*, p. 40.

²⁷ *Ibid.*, p. 56.

²⁸ *Ibid.*, p. 80.

²⁹ En el ámbito de la Naciones Unidas el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Sin embargo, y a pesar de la existencia y de la aparición histórica de las dos categorías de derechos, estos no son compartimentos estancos, no se trata de dos categorías completamente autónomas, sino que están estrechamente relacionadas, ya que la defensa de la dignidad humana necesita de ambos tipos de derechos³⁰. Como señala el profesor Dupuy, el hecho de introducir diversas categorías de derechos humanos crea una trampa porque, basada en juicios de valor, genera arbitrariedad y no es reconciliable con la afirmación de que los derechos son indivisibles e interdependientes³¹.

La primera Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968 proclamó la igual relación entre ambas categorías de derechos, lo que fue reiterado en la resolución 32/130 de la Asamblea General de las ONU, de 16 de diciembre de 1977, y en la Conferencia de Viena sobre los Derechos Humanos del año 1993, donde se afirmó la posición “oficial” dimanante de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³² que declaraba que todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados, es decir, que deben ser tratados de igual forma y con el mismo énfasis³³. Sin embargo, parte de la doctrina es de la opinión que aquella declaración cubría un profundo y largo desacuerdo respecto de la naturaleza legal o el estatus de los DESC³⁴ con relación de los DCP, y esta idea ha venido a reforzar la premisa de la existencia de diferentes categorías de derechos humanos y, por ende, el reconocimiento del carácter imperativo sólo a ciertas normas de protección de derechos humanos integrados en el denominado *núcleo duro*.

y protocolos adicionales (1989), y el Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales (1966) y protocolos adicionales (2008); en el ámbito regional europeo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y la Carta Social Europea (1961) y la Carta Social Europea Revisada (1996); en el sistema regional interamericano la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y el Protocolo Facultativo a la Convención, el Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales (1998).

³⁰ Gómez Isa, F. (Dir.) y Pureza, J. M., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S.XXI*, Deusto, 2004, p. 43.

³¹ Van Boven, T., *Distinguishing criteria of human rights*, en Karel, V (Ed), *The internacional dimensiones of human rights*, UNESCO, 1982, pp. 43-60.

³² Y ello a pesar del artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, *la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad* (cursiva nuestra)”.

³³ *The Vienna Declaration and Programme of Action*, World Conference on Human Rights, par. 5.

³⁴ Alston, P. and Goodman, R., *International Human Rights. The successor to International Human Rights in Context: Law, Politics and moral*, Oxford University Press, 2013, pp. 277 y ss.

El argumento más importante al que se recurre para justificar esta posible distinción entre categorías o tipos de derechos humanos, gira en torno a la distinta naturaleza de estos derechos, que parece apuntar a que mientras los DCP son sustantivos, concretos, precisos y justiciables, los DESC son vagos e indeterminados, representados por la progresividad de su alcance, haciendo incierto su umbral de violación y resultando muy difícil acomodar la justiciabilidad de los mismos.

Estas afirmaciones que sostienen la distinta naturaleza de las categorías de los derechos humanos, sin embargo, bien podrían refutarse. El alegato a la proclamada vaguedad normativa de los DESC se podría objetar en la medida que tribunales e instrumentos y procedimientos internacionales y regionales, órganos expertos como la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos o el Comité Europeo de Derechos Humanos, así como contribuciones académicas en la materia, han ido clarificando las obligaciones de DESC a un nivel comparable con aquellas que derivan de los DCP. Cabe señalar, entre otras, la labor de la Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que a través de sus Observaciones Generales, ha realizado una importante labor de interpretación y concreción del contenido normativo y de las obligaciones que derivan de los tratados internacionales en la materia, particularmente en lo que se refiere a las obligaciones mínimas y a las obligaciones de progresividad y de no regresividad³⁵. El Consejo de Derechos Humanos de la ONU también ha aclarado el contenido normativo de los DESC y ha provisto de evidencias prácticas sobre la importancia de las obligaciones internacionales contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos. La afirmación de las dificultades de justiciabilidad de los DESC, sería cuestionable poniendo de manifiesto la existencia de una incipiente jurisprudencia nacional³⁶ e internacional³⁷ en la materia, que si bien resuelve mayoritariamente sobre

³⁵ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha aprobado 21 Observaciones Generales sobre los derechos económicos, sociales y culturales, subrayando las relativas al derecho a la alimentación adecuada (OG. 12), el derecho a la educación (OG.13), el derecho al disfrute más alto posible de salud (OG.14), el derecho al agua (OG.15), el derecho al trabajo (OG.18). Todas las observaciones pueden verse en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tra-dutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

³⁶ Véase la jurisprudencia que existe en cortes africanas sobre violaciones de DESC, <https://www.escr-net.org/es/jurisprudencia/list> (visitada en 14 de noviembre de 2016).

³⁷ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del año 2013 sobre incompatibilidad del régimen español de ejecuciones hipotecarias y desahucios con el Derecho de la Unión Europea de protección de los consumidores <http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/TJUE/Sentencia-Vivienda-ejecucion-hipotecaria-desahucios.htm>; véase a este respecto Caso Villagrán Morales y Otros: Serie C No. 63. Sentencia de 19 de noviembre de 1999; Corte I.D.H., Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre

casos relacionados con los derechos civiles y políticos, también discurre sobre algunos casos en los que, de un modo directo o indirecto, se consideran aspectos propios de los derechos económicos, sociales y culturales³⁸, sentando precedentes para exigir ante los tribunales la protección de esta categoría de derechos. La entrada en vigor el 5 de mayo de 2013 del Protocolo Facultativo Opcional al PIDESC es un hito de significativo alcance para la promoción y la protección de estos derechos. El instrumento prevé un mecanismo de comunicaciones por violaciones de DESC, asociados a la pobreza y a la desigualdad, muy similar a otros procedimientos de instrumentos de derechos humanos, e indica que hoy hay un amplio consenso entre los Estados sobre el hecho de que muchos aspectos de los DESC no son diferentes de los de DCP, tal y como ha sido tradicionalmente asumido³⁹.

Sin embargo, no podemos obviar que el tratamiento desigual que se presta a ambas categorías de derechos, en función del análisis que se realiza de la naturaleza jurídica de sus normas, es una realidad que no se halla superada y que tiene importantes repercusiones en el campo de la realización y de la protección de todos los derechos humanos. De hecho uno de los debates quizás más complejos en torno a los derechos humanos, como expresión de la noción jurídica de dignidad humana, es el del carácter imperativo o no de todas sus normas, y ello en relación con la responsabilidad agravada que derivaría de su violación. Se puede decir que se mantienen aún sin respuesta las preguntas si todas las normas de derechos humanos son parte del *ius cogens*, o si solo pertenecen a esta categoría las normas que protegen el denominado *núcleo duro* de los derechos humanos, en cuanto que son considerados absolutos y no podrían ser derogados bajo ninguna circunstancia⁴⁰.

Si aplicamos de forma aritmética el razonamiento del artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969, que recoge que las normas de *ius cogens*

Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15; Corte I.D.H., Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72; Corte I.D.H., Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; Corte I.D.H., Caso “Cinco Pensionistas”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98; Corte I.D.H., Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

³⁸ Ventura Robles, E., *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, Revista IIDH, vol. 40, p. 107.

³⁹ Schmid, E., *Taking economic, social and cultural rights seriously in international criminal law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 15.

⁴⁰ Entendiendo el *núcleo duro* de los derechos humanos como aquel que concentra aquellos que son fundamentalmente de carácter inderogable. Véase a este respecto Blanc Altemir, A., *La violación de derechos humanos como un crimen internacional*, Bosch, 1990, pp. 116 y ss.

son aquellas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter⁴¹, podríamos, en principio, llegar a afirmar que la mayoría de las normas de derechos humanos que se encuentran contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales, poseerían carácter de *ius cogens*.

Esta afirmación, sin embargo, no está libre de conflicto en la medida que ha sido la progresiva cristalización de la convicción jurídica, formada a través de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia internacional, de que son *solo* las normas que prohíben *las violaciones graves de derechos humanos* las que realmente han venido a dar precisión a este tipo de normas imperativas de derecho internacional⁴².

Examinar el contenido de la expresión *violaciones graves de derechos humanos* es necesario para precisar los contornos de las normas de *ius cogens* que afectan a los derechos humanos, así como los de las normas que prohíben los crímenes de Derecho internacional, en la medida que encuentran su fundamento en la transgresión de aquel tipo de normas imperativas⁴³.

1. 1. 4. El concepto *graves violaciones de derechos humanos*, su relación con las normas de *ius cogens* y los crímenes de Derecho internacional

La violación grave de derechos humanos no ha sido formalmente definida en Derecho internacional, ni su contenido determinado, ni se ha acordado un método para decidir si un acto concreto debería ser caracterizado como tal.

Parece aceptada que la infracción de las normas de protección del *núcleo duro* de derechos

⁴¹ No es el propósito de este capítulo hacer una revisión exhaustiva de las normas de *ius cogens* y los conceptos que las envuelven sino explorar si todas las normas derechos humanos pudieran ser imperativas, y si la *grave violación* de las mismas, por su carácter inhumano y generalizado, pudieran leerse dentro de las prohibiciones de las normas *ius cogens*.

⁴² Carrillo Salcedo, J. A., *Soberanía de los Estados...*, *op. cit.*, p. 157.

⁴³ En este sentido, es preciso señalar que, a pesar de esta conexión entre las normas de *ius cogens* y las normas de protección de derechos humanos, cuya violación equivale a un crimen internacional, no debe hacerse una asimilación total entre ambos conceptos, dado que la categoría de obligaciones internacionales, cuya violación constituye un crimen de Derecho internacional, es más restringida que la referida a las normas de *ius cogens*. Véase a este respecto, Blanc Altemir, A., *La violación de derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 11.

humanos, los considerados fundamentales, son graves, lo que llevaría a preguntar cuáles son los derechos humanos que podrían entrar con un fundamento sólido dentro de esta categoría⁴⁴.

De acuerdo con Blanc Altemir⁴⁵, para responder a la cuestión de cuáles son los derechos cuya transgresión estaría considerada una *violación grave*, podría acudirse a tres criterios de apreciación. El primero de ellos, consistiría en analizar si el derecho, susceptible de integrarse en esta categoría, puede ser derogado por dos o más Estados mediante la conclusión de un tratado. Habría que examinar si alguno de los derechos protegidos por normas internacionales podría ser derogado mediante un convenio internacional *inter partes*, lo que no parece muy probable. El segundo de estos criterios trataría de identificar, en los textos de derechos humanos, qué derechos son susceptibles de ser derogados y cuáles no. En este sentido, mientras que algunos instrumentos internacionales no contemplan expresamente la posibilidad de que los Estados suspendan los derechos -p. ej., la Carta Africana de Derechos Humanos-, otros más específicos no admiten ninguna posibilidad de derogarlos -p. ej., el Convenio contra la Tortura-, y un tercer grupo de instrumentos admiten expresamente la posibilidad de que los Estados deroguen o suspendan algunos derechos proclamados y garantizados -p. ej., el PIDCP-. Sin embargo, con respecto a este bloque, cabría decir que la facultad de derogar o suspender -p. ej., mediante la declaración del estado de excepción- se encuentra limitada ya que el derecho de derogación no es absoluto y no debe estar en contradicción con otras obligaciones de Derecho internacional ni que entrañe discriminación alguna. Además no todos los derechos son susceptibles de estas medidas al imponerse limitaciones al respecto en los propios instrumentos -p.ej., art. 4.2 del PIDCP respecto del art.6 referido al Derecho a la vida-. En este sentido, hay que buscar el mínimo común denominador de los derechos que los distintos instrumentos internacionales califican como inderogables, lo que determinará su conceptualización como normas de *ius cogens*. Para algunos autores como Marks⁴⁶ ese estándar mínimo viene dado por los derechos que protegen el denominado “núcleo indestructible de la dignidad humana”: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud o la servidumbre y el derecho a las garantías judiciales y procesales mínimos e indispensables. El tercer y último criterio, se referiría a identificación de las normas protectoras de derechos humanos que poseen carácter de *ius cogens* por el hecho de que la comunidad internacional en su conjunto considere su violación como un crimen

⁴⁴ Blanc Altemir, A., *La violación de derechos humanos...*, op. cit., p. 115.

⁴⁵ *Ibid.*, pp.116 y ss

⁴⁶ Marks, S., *La notion de erioe déxception en matière des droits de l’homme*, R.D.H, vol. VIII-4, 1975, pp. 850 y 851.

internacional -p. ej., la propuesta de artículo de 19.3.c) del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados de 1976 de la CDI al considerar que constituye un crimen internacional “una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como son las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid”⁴⁷.

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha considerado que para que una violación pueda ser calificada de crimen debe constituir además de una *violación grave*, también en *gran escala*, lo que significa que constituya una práctica masiva o sistemática dirigida contra los derechos más fundamentales de la persona humana⁴⁸.

De acuerdo con la opinión del que fue Relator Especial del Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, Sr. Doudou Thiam, el término *graves violaciones de derechos humanos -gross human rights violations-* encierra un “concepto subjetivo y no cuantificable”⁴⁹. A pesar de ello, sí parece aceptado que el significado de esta expresión podría deducirse a partir de la enumeración de una serie de conductas sobre las cuales el desarrollo de instrumentos jurídicos internacionales, la jurisprudencia, la doctrina, así como la práctica de los órganos de la ONU, coinciden en señalar su naturaleza o carácter especialmente grave, aberrante o inhumano.

El Proyecto de código de 1996 enumeraba en su articulado como actos prohibidos, entre otros, *los de genocidio, crímenes contra la humanidad, incluidos el asesinato, el exterminio, la tortura, la esclavitud, la persecución basada en cuestiones políticas, raciales, religiosas, la discriminación institucionalizada, la deportación arbitraria y el traslado forzado de población, la prisión arbitraria, la desaparición forzada de personas, la violación, la prostitución forzada y otras formas de abusos sexuales, así como otros actos de carácter inhumano los cuales produjeran daños severos a la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, tales como la mutilación y graves daños corporales, cometidos de forma sistemática o en gran escala*⁵⁰.

⁴⁷ El artículo 40 del Proyecto de artículos de la CDI de 2001 se refiere a las violaciones de estas obligaciones como violaciones graves que generan responsabilidad agravada, en Acosta-López, J.I y Duque-Vallejo, A.A., *Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿Norma de Ius cogens?*, en Revista Colombiana de Derecho Internacional, Bogotá, Colombia, N° 1:13-34, Edición Especial 2008, p. 26.

⁴⁸ Blanc Altemir, A., *La violación de derechos humanos... , op. cit.*, pp. 116-129.

⁴⁹ ILC, *Fifth Report on the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind*, by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur, UN doc. A/CN.4/404, 17 March 1987, p. 2.

⁵⁰ <http://www.dipublico.org/4082/proyecto-de-codigo-de-crimenes-contra-la-paz-y-la-seguridad-de-la-humanidad-en-ingles/>

La jurisprudencia de tribunales internacionales también ha procedido a afirmar el carácter grave de estas mismas conductas contra los derechos humanos. Así ha sido el caso de la Corte Internacional de Justicia, que en la sentencia del asunto *Barcelona Traction Light and Power Company Limited* de 1970 afirmaba, entre otras cosas, la existencia de obligaciones *erga omnes* con relación a principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la *esclavitud* y la *discriminación racial*⁵¹. Los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* establecidos para juzgar a los responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario en Yugoslavia y Ruanda tipificaron en sus respectivos Estatutos⁵² los actos de *genocidio* y *crímenes contra la humanidad*, confirmados en sus más emblemáticas sentencias⁵³. El ER de la CPI de 1998 ha incluido en su articulado los actos de *genocidio* y *crímenes contra la humanidad* como graves violaciones de los derechos humanos.

Declaraciones e instrumentos internacionales dentro del sistema de la ONU o de organizaciones regionales también han procedido a enumerar los actos que consistían en *graves violaciones de derechos humanos* en consonancia con aquellos aceptados como *derechos fundamentales* o el denominado *núcleo duro de derechos del ser humano*. La Declaración de Viena sobre Derechos Humanos de 1993, expresaba su consternación y condena hacia *las graves y sistemáticas violaciones y situaciones* que constituían serios obstáculos para el total disfrute de los derechos humanos, señalando que entre ellas se incluían la *tortura, el castigo o el trato cruel, inhumano o degradante, las ejecuciones sumarias y arbitrarias, las desapariciones, las detenciones arbitrarias, todas las formas de racismo, discriminación racial*, e incluso anunciaba otras tales como *la ocupación y la dominación extranjera, la xenofobia, la pobreza, el hambre y otros formas de denegación de derechos económicos, sociales y culturales*, aunque parece que la Declaración distinguía estas últimas conductas como serios obstáculos para el disfrute de los derechos humanos más que como graves violaciones a los mismos⁵⁴.

⁵¹ ICJ, *Barcelona Traction Light and power Company Limited*, ICJ, 1970, Rep 3, p. 31.

⁵² Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, artículos 4 y 5, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalTribunalForTheFormerYugoslavia.aspx>; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, artículos 2 y 3, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx>

⁵³ *El Fiscal contra Tadic; El Fiscal contra Akayesu; El Fiscal contra Kayishema; El Fiscal contra Rutaganda; El Fiscal contra Musema; El Fiscal contra Blaskic; El Fiscal contra Kunarac et al.* (Caso N° IT-96-23 Y IT-96-23/1; *El Fiscal contra Kordic; El Fiscal contra Bagilishema; El Fiscal contra Kunarac; el Fiscal contra Kajelijeli; el Fiscal contra Semanza; el Fiscal contra Kamuhanda; el Fiscal contra Brdjanin; el Fiscal contra Bisengimana.*

⁵⁴ *The Vienna Declaration and Programme of Action ...*, *op. cit.*, p. 30.

En este mismo sentido, el documento de trabajo presentado por el Sr. Stanislav Chernichenko de conformidad con la decisión 1992/109 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías denominado “Definición de las violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos como crímenes internacionales”, enumeraba en su artículo 1 las violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos perpetradas con instrucciones de un gobierno entre las que se incluían *el asesinato, incluida la ejecución arbitraria, la tortura, el genocidio, el apartheid, la discriminación por motivos raciales, nacionales, étnicos, lingüísticos o religiosos, el establecimiento o mantenimiento de personas en estado de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, las desapariciones forzadas o involuntarias, la detención arbitraria y prolongada y la deportación o traslado forzoso de poblaciones*⁵⁵.

El Consejo de Europa en su documento “Eradicating impunity for serious human rights violations: Guidelines and reference texts”⁵⁶ proponía un listado de lo que tomaba en consideración como *serias violaciones de derechos humanos* entre las que se encuentran *los asesinatos extrajudiciales, las negligencias que llevan a un grave riesgo para la vida o salud, la tortura y los actos inhumanos y degradantes por las fuerzas de seguridad, desapariciones forzadas, el secuestro, la esclavitud, el trabajo forzado, el tráfico de personas, la violación o abusos sexuales, y la destrucción internacional de casas y de propiedad*, entre otros.

En esta dirección, se han desarrollado instrumentos jurídicos internacionales que establecen una serie de actos prohibidos como graves violaciones de derechos humanos, siendo algunos ejemplos la Convención contra la Esclavitud de 1926, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984. Los órganos de control de tratados internacionales también ha contribuido a esta labor, como ha sido el caso del Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres, entre otros, que han coincidido en señalar como serias violaciones de derechos humanos los actos que se han venido enunciando.

Se podría decir, por tanto, que la disquisición del término *grave violaciones de derechos*

⁵⁵ OHCHR, *Definition of Gross and Large-scale Violations of Human Rights as an International Crime*, Working Paper submitted by Mr. Stanislav Chernichenko in accordance with Sub-Commission Decision 1992/109, UN doc. E/CN.4/Sub.2/1993/10, 8 June 1993, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/140/31/PDF/G9314031.pdf?OpenElement>

⁵⁶ CE, Directorate General of Human Rights and Rule of Law, *Eradicating impunity for serious human rights violations: Guidelines and reference texts*, Strasbourg, 30 March 2011, p. 23. El texto solo se encuentra disponible en versión francesa y en inglesa.

humanos, como criterio de definición de crímenes internacionales reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto y parte integrante de *ius cogens*, sería susceptible de realizarse a partir de la enumeración de una serie de conductas que abarcarían en gran medida los asesinatos, las masacres y las ejecuciones extrajudiciales, el genocidio, la esclavitud, la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, la discriminación racial y el apartheid, la detención y el arresto arbitrario, la desaparición forzada y el desplazamiento forzado a gran escala de población, sobre cuya calificación parece haber un absoluto concierto expresado por los instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes, las normas de *soft law*, la jurisprudencia y la doctrina internacionales.

Sin embargo, las definiciones basadas en una enumeración no están exentas de problemas. Algunos de ellos se traducen en afirmar que la enumeración de actos no puede ser exhaustiva. Otros se deducen del hecho de que algunas listas incluyen estándares cuya violación puede decirse inherentemente grave en función de la naturaleza del valor protegido por la norma como son los casos de la prohibición del genocidio, el apartheid, la esclavitud, el traslado forzado, la discriminación racial y la violación del derecho a la libre determinación. Incluir estos actos consustancialmente graves en un listado, que estaría diseñado para definir graves violaciones de derechos humanos, resultaría redundante.

Es por estas razones que los actos enumerados como graves violaciones de derechos humanos no deberían ser interpretados como un *numerus clausus*, sino *apertus*. En esta línea, el profesor Bassiouni, ha expresado que el término *graves violaciones de derechos humanos* ha sido utilizado por la ONU, no para indicar una categoría de violación de derechos humanos *per se*, sino para describir situaciones que envuelven agresiones refiriéndose a la manera en la cual aquellas podrían haber sido cometidas o a su severidad⁵⁷, es decir, a que se comentan en el umbral de un contexto que las hace especialmente inhumanas, crueles y reprobables.

⁵⁷ HRC, *Report of the independent expert on the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms*, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1998/43, UN. Doc. E/CN.4/1999/65, 8 February 1999, par.85, “However, it would appear that the term “gross violations of human rights”, has been employed in the United Nations context not to denote a particular category of human rights violations *per se*, but rather to describe situations involving human rights violations by referring to the manner in which the violations may have been committed or to their severity. It may well be, then, that the term “gross violations of human rights” should be understood to qualify situations, with a view to establishing a set of facts that may figure as a basis for claims adjudication, rather than to imply a separate legal regime of reparations according to the particular rights violated”.

Esta afirmación nos llevaría a proponer la superación de la calificación de *las graves violaciones de derechos humanos* basada exclusivamente en la enumeración de conductas consustancialmente graves de acuerdo a la naturaleza de los actos⁵⁸, y situarnos en una definición centrada en la aplicación acumulativa de criterios generales que girarían en torno a la violación del derecho, desde un enfoque de mayor apertura o panorámico sobre los derechos humanos, al carácter de la violación, de las víctimas e incluso el de los perpetradores, articulando todos ellos un contexto que determinaría que los actos contra los derechos humanos fueran especialmente graves.

Con relación al criterio del tipo de derecho violado, y como ya hemos sostenido, pivotar la caracterización de la gravedad de la violación sólo o exclusivamente sobre el denominado *núcleo duro* de derechos humanos puede llevar a un resultado nada satisfactorio⁵⁹. Si la gravedad de la violación se fija exclusivamente en función de la naturaleza del derecho esto puede llevar a que una violación menor de un derecho no derogable o de una obligación esencial sea considerada como una “grave violación”, mientras que una mayor o constante violación de un derecho derogable no pueda ser calificado como grave⁶⁰. Llegar a una conclusión en este sentido no cubriría las expectativas de protección de los derechos humanos aceptados y reconocidos como intereses de la comunidad internacional en su conjunto.

Con el fin de superar esta limitación, la Conferencia de Maastricht sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones manifiestas de derechos humanos y las libertades fundamentales de 1993⁶¹, declaraba en sus conclusiones que “las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, pueden ser flagrantes y sistemáticas en cuanto a su alcance y carácter, y deben recibir, por

⁵⁸ Algunos autores sostienen que no solo “The nature of the right violated is not the only factor, some suggest, that renders human rights violations gross or grave”, Medina Quiroga, *The Battle of Human Rights, Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, The Netherlands, 1988, p. 15, citado en Geneva Academy, *What amounts to “a serious violation of international human rights law”. An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*, Academy Briefing N°.6, Geneva Academy, August 2014.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 16.

⁶⁰ “If the nature of the right were to determine the ‘seriousness’ of a violation, it might follow that a minor violation of a non-derogable or essential obligation would be considered a ‘serious violation’, whereas a major or sustained breach of a derogable right might not. Such an outcome would not be satisfactory. Recourse to additional criteria is therefore needed”. *Ibid.*, p. 16.

⁶¹ OHCHR, *Conferencia de Maastricht sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones manifiestas de derechos humanos y las libertades fundamentales*. UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/10.

consiguiente, la debida atención en lo que respecta al derecho a la reparación”⁶². Asimismo, el Alto Comisionado de los Derechos Humanos, en el documento “The Corporate Responsibility to Respect Human Rights. An Interpretative Guide” sugería que las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales podían ser consideradas graves, flagrantes y serias sólo cuando son a gran escala o dirigidas contra una población concreta⁶³. De hecho, actos como los relacionados con el fracaso del *Estado en combatir la pobreza y garantizar estándares de vida adecuados, el trabajo forzado y esclavo, así como algunos ejemplos de vulneración del derecho a la salud o la educación*, entre otros, podrían también pertenecer a esta categoría de *graves violaciones contra los derechos humanos*. En este sentido se ha pronunciado la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos en el caso de la Organización Mundial contra la Tortura Vs. Zaire, en el que consideró que el cierre de universidades y centros de educación secundarios por dos años constituyó un *violación grave o masiva –serious or massive-* del derecho a la educación, concretamente del artículo 17 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos⁶⁴.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha desarrollado también jurisprudencia sobre la cuestión de la violación de derechos referidos a cuestiones procedimentales, violación que ha sido calificada como *grave*, tanto en sí misma como cuando ocurre en conjunción con la violación de otros derechos sustantivos⁶⁵. El Sistema Interamericano ha reconocido gradualmente *graves violaciones de derechos humanos* sobre la base de patrones de actuación de carácter estructural, incluidos los de inequidad. En el caso *Maria da Penha Fernandes v. Brazil*⁶⁶, un caso importante sobre la violencia contra las mujeres, la Corte destacaba la impunidad en los casos de violencia doméstica debido a la acción ineficaz judicial. En el caso *Camba Campos et al. v. Ecuador*,⁶⁷ se examinaron problemas

⁶² *Ibid.*, p. 6.

⁶³ OHCHR, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights. An Interpretative Guide*. United Nations Human Rights. Office of High Commissioner, HR/PUB/12/02, 2012, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf

⁶⁴ CmHPR, *World Organization against Torture v. Zaire*, 1996, paras. 42-8. “Failure of government to provide basic services necessary for a minimum standard of health, such as safe drinking water and electricity and the shortage of medicine” was found to be a serious or massive violations of the right to health as set out in Article 16 of the Charter, en, *op. cit.*, Geneva Academy, *What amounts...*, p. 22.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ ACmHR, *Maria da Penha Fernandes v. Brazil*, Report, Case No. 12.051, Report No. 54/01, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20, rev. (2000), 16 April 2001.

⁶⁷ ACtHR, *Case of the Constitutional Tribunal (Camba Campos et al.) v. Ecuador*, Judgment, 28 August 2013.

estructurales de independencia judicial. La Corte consideraba que estos eran patrones estructurales que aumentaban la gravedad de las violaciones de los derechos humanos asociados. La Corte ha precisado también que algunas violaciones de derechos económicos y sociales pueden ser graves. En esta dirección, en el caso *Ituango Massacres v. Colombia*⁶⁸, evaluó el efecto sobre las vidas de las víctimas del robo de su ganadería y la destrucción de sus casas, encontrando graves violaciones de los derechos a la propiedad, a la vivienda y a la intimidad. Los órganos de los tratados también se han referido a *graves violaciones* en varios contextos. El Comité de Derechos del Niño ha hecho referencia a la demolición a gran escala de casas e infraestructuras que constituyen una *seria violación* del derecho a un estándar de vida adecuado para los niños⁶⁹. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha calificado como *graves violaciones* los ataques por militares y colonos contra escuelas de niños e instalaciones educativas con relación a la situación de los Territorios Ocupados de Palestina⁷⁰.

El criterio referido al carácter de la violación podría construirse en función de la identificación de los elementos que constituyen las *peores formas en las que los derechos podrían ser violados*⁷¹. Los elementos cualitativos y cuantitativos, además del de la gravedad de sus consecuencias -p. ej., el impacto-, serían las referencias cardinales para entender qué constituiría una seria violación de derechos humanos. El significado de los criterios cuantitativo y cualitativo podría interpretarse en función de los elementos *generalizado* y *sistemático* que aporta el Derecho internacional penal. A pesar de las diferencias estructurales entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal, éste último podría ayudar a clarificar la definición de graves violaciones de derechos humanos y mejorar el régimen de sanción, incluyendo la criminalización, para estas conductas⁷². Los conceptos generalizado y sistemático ya han sido ampliamente discutidos y desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia y no es ahora el propósito abordar con total precisión su definición, lo que se dejará para un momento posterior en el análisis de los CCH. Sin embargo, sí es necesario apuntar al menos que de acuerdo con la opinión comúnmente aceptada, el término generalizado se refiere

⁶⁸ ACtHR, *Ituango Massacres v. Colombia*, Judgment, 1 July 2006, para. 178.

⁶⁹ CRC, *Concluding Observations: Israel*, UN doc. CRC/C/15/Add.195, 9 October 2002, para. 50.

⁷⁰ ESCR, *Report of Israel*, (Third Periodic Report/List of Issues and Written Replies), UN doc. E/C.12/ISR/Q/3/Add.1, pp. 4-5, para. 36.

⁷¹ La versión final de Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados en el artículo 40 hace referencia a los términos “gross” y “systematic”, en particular señala “‘gross’ or ‘systematic’ failure by the state responsible to fulfil relevant obligations”, véase en art. 40, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. This provision probably cannot be considered customary international law (which would bind all states).

⁷² Geneva Academy, *What amounts...*, *op. cit.*, p. 35.

al carácter a gran escala de la agresión contra los derechos humanos y al número de personas contra las que va dirigida, requiriendo una multiplicidad de víctimas y excluyendo los actos aislados de violencia⁷³. El carácter sistemático de los actos de agresión contra los derechos humanos significa que se cometen con arreglo a un plan o política preconcebidos o a un patrón de actuación, de acuerdo a la comisión repetida o continua de actos inhumanos. Los patrones de crímenes, a saber, la repetición no accidental de una conducta delictiva similar de forma periódica, son una expresión común de ese carácter sistemático⁷⁴ de modo que, al igual que el término generalizado, excluye los actos de violencia aislados o no conectados entre sí. El elemento relativo a la gravedad de las consecuencias de ciertas conductas sobre los derechos humanos no ha sido desarrollado y, sin embargo, podría ser central para la atribución del carácter grave de la violación al tener en consideración el gran impacto negativo que determinados actos pueden tener en la esfera de la protección, el respeto y el disfrute de los derechos humanos. En este sentido hay que señalar que la CPI ha hecho referencia a este criterio para determinar la gravedad de ciertas conductas al objeto de fijar lo que denominan los “Case selection and prioritisation”. Para la Oficina del Fiscal de la CPI el criterio del impacto puede ser evaluado a la luz del daño económico o ambiental infligido sobre las comunidades y de los medios utilizados para la comisión de los crímenes de competencia de la CPI, enunciando entre estos medios la destrucción del medio ambiente, la explotación ilegal de recursos naturales o la desposesión de tierras⁷⁵.

Las características de las víctimas constituyen un criterio más a tener en cuenta aunque podría ser considerado redundante. Todos los seres humanos sin excepción -y salvo las circunstancias reguladas en el Derecho internacional humanitario- deben ser protegidos contra las más graves formas de violaciones de los derechos humanos. La inclusión de criterios adicionales como es el de población especialmente vulnerable, perteneciente a minorías o grupos étnicos, o sujetos a discriminación por cuestiones sociales, políticas, religiosas, de género o raciales, podrían coadyuvar a que las violaciones de derechos humanos fueran substancialmente más graves en función de las características de la población, sus necesidades especiales de protección y las consecuencias o el impacto esencialmente peligroso sobre sus formas o condiciones de vida.

El Relator Especial para el Proyecto de código, Sr. Doudou Thiam, propuso como crite-

⁷³ CDI, *Primer informe sobre los crímenes de lesa humanidad*. Presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial, UN. Doc. A/CN.4/680 de 17 de febrero de 2015, p. 70.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 70 y 71.

⁷⁵ ICC, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisations*. Office of the Prosecutor. 15 September 2016.

rio de gravedad el de la intención de los perpetradores⁷⁶. La subjetividad y la complejidad de la prueba de la *mens rea* llevan a proponer un criterio de gravedad más objetivo, y en función de los resultados alcanzados, sujeto al poder de victimización de los autores de los hechos cuando esos tienen bajo su ámbito de acción o esfera de influencia obligaciones o responsabilidades en el marco de la promoción, la protección y la garantía de los derechos humanos, y actúan con premeditación, manifiesta negligencia, permisividad u omisión deliberada hacia terceros en la realización de las conductas que transgreden las normas que protegen estos derechos.

En conclusión, la aceptación de una definición de la expresión *graves violaciones de derechos humanos* basada en la evaluación de criterios generales, que dibujen los contornos de las circunstancias y del contexto en los cuales los derechos humanos, y no sólo los que integran el denominado *núcleo duro*, pueden ser violados de las formas más inhumanas, crueles o degradantes, facilitaría quizás que la comunidad internacional en su conjunto considerara que tales violaciones son crímenes de Derecho internacional y violan normas de protección de los derechos humanos con carácter de *ius cogens*⁷⁷. El desarrollo de las obligaciones *erga omnes* de protección del ser humano, tomando *todos* sus derechos fundamentales como parte integrante *del ius cogens*⁷⁸, contribuiría a la humanización del Derecho internacional en la medida que se ampliaría el marco de protección de los derechos humanos, siendo susceptibles de criminalización las conductas que los vulneran de forma grave, sometiendo su persecución y sanción a la esfera del Derecho internacional penal.

1. 2. LAS GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS COMO CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL. LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

No todas las violaciones de derechos humanos son crímenes de Derecho internacional. Sólo las más graves violaciones, que trasgreden normas de *ius cogens* y que protegen intereses de la comunidad internacional en su conjunto, son elevadas a esta categoría jurídica, teniendo como características principales la responsabilidad penal

⁷⁶ ILC, *Fifth Report on the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind*, by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁷ Carrillo Salcedo, J. A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos*, Tecnos, 2ª edición, 2004, pág. 109.

⁷⁸ Cançado Trindade, A. A., *A humanização do...*, *op. cit.*, p. 125.

internacional del individuo y la obligación de prevención y represión que incumbe a los Estados respecto de estos delitos⁷⁹.

Como ya hemos visto, la vulneración de las normas que prohíben el asesinato o el exterminio, el genocidio, la esclavitud, el apartheid, la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes, la deportación, o las persecuciones por razones de índole política, religiosa o racial, entre otras, que integran el denominado *núcleo duro* de los derechos humanos⁸⁰, y que son la expresión del rechazo a la barbarie⁸¹, han sido el punto de partida para la consideración de los crímenes de Derecho internacional como lo son los crímenes contra la humanidad⁸².

1. 2. 1. Origen y desarrollo de los crímenes contra la humanidad hasta la Conferencia de Roma de 1998

La categoría jurídica de los crímenes contra la humanidad (CCH) tiene su origen en los principios humanitarios del *ius in bello* de la Cláusula Martens y gana autonomía a partir de su tipificación en el artículo 6. c) del Estatuto de Núremberg de 1948. Su conceptualización se ha ido configurando a partir de la contribución realizada por los trabajos de la CDI, y de las aportaciones de la jurisprudencia de los tribunales internacionales contemporáneos, destacando la de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda y la de la propia CPI.

Después de un largo y complejo recorrido los CCH han quedado tipificados en el art. 7

⁷⁹ De acuerdo a los trabajos de la CDI sobre el Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de 1976 -artículo 19.2 y 3c) y d)- y de 2001-artículos 40 y 41-, sobre el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado en 1996 en segunda lectura por la Asamblea General de la ONU -artículos 16, 17 y 18-, e instrumentos convencionales como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, la Convención contra la Esclavitud de 1926 y la Convención suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956, la Convención contra la Desaparición Forzada de Personas, la Convención contra el Apartheid de 1973, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de 1984, los estatutos de los Tribunales penales internacionales *ad hoc* y el ER de la propia CPI de 1998.

⁸⁰ Rueda Hernández, C., *Delitos de derecho internacional público. Tipificación y represión internacional*, Bosch, Barcelona, 1ª ed., 2001, p. 141. Véase a este respecto Blanc Altemir, A., *La violación de derechos humanos...*, *op. cit.*

⁸¹ Carrillo Salcedo, J. A., *Soberanía de los Estados...*, *op. cit.*, pág. 105.

⁸² Rueda Hernández, C., *Delitos de derecho internacional...*, *op. cit.*, p.142.

del ER de la CPI de 1998, en actos tales como *el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o el traslado forzoso de población, la encarcelación u otra privación grave de la libertad física, la tortura, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, la desaparición forzada, el crimen de apartheid y otros actos inhumanos de carácter similar* que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física, cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque⁸³.

La noción de los CCH tiene su origen y fundamento en la denominada Cláusula Martens, que aparece por primera vez en el Preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y a las costumbres de la guerra, que disponía que *en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por las partes contratantes, las poblaciones y los beligerantes permanecerían bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública*, afirmando así que el Derecho internacional comprendía principios humanitarios fundamentales que ofrecían una protección residual a las personas mientras no existiesen convenios internacionales más amplios sobre las leyes de la guerra⁸⁴.

Si bien las Convenciones de la Haya recogían el espíritu de los CCH, la primera referencia concreta al término la encontramos en la Declaración Conjunta de los gobiernos francés, británico y ruso, de 24 de Mayo del año 1915, con relación a los crímenes cometidos por el Imperio Otomano contra la población armenia durante la Primera Guerra Mundial, en la que se produjo una masacre en la que perecieron entre 200.000 y 800.000 personas. En aquella declaración se afirmó la comisión de *nuevos crímenes de Turquía contra la humanidad y la civilización* y se informaba de la *responsabilidad individual de todos los miembros del Gobierno Otomano y de sus agentes implicados* en aquellas masacres⁸⁵. A pesar de esta rotunda declaración, las reservas de los Estados Unidos a exigir

⁸³ Art. 7.1 del Estatuto de Roma A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès verbaux*. de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002.

⁸⁴ Márquez Carrasco, C., *El proceso de codificación y desarrollo progresivo de los crímenes contra la humanidad*, Secretariado de publicaciones Universidad de Sevilla, p. 34.

⁸⁵ Bassiouni, M. C., *Crimes against humanity. Historical evolution and contemporary application*, Cambridge University Press, First paperback edition 2014, p. 1.

responsabilidad penal a falta de un convenio que regulara que la violación de las leyes o costumbres de la guerra o de las leyes de la humanidad eran crímenes de Derecho internacional, fueron determinantes para que la aniquilación de los armenios no se juzgara como una violación de las leyes de la humanidad sino como un ataque de agresión a gran escala, evitando con ello infringir el principio de *ex post facto crimes* o *nulla pene sine lege*.

Así, aunque después de la Primera Guerra Mundial se examinó con mayor atención si el Derecho internacional regulaba las atrocidades cometidas por un gobierno a nivel nacional, y una Comisión sobre responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la ejecución de sanciones presentó en el año 1919 un informe a la Conferencia de Paz de París solicitando que fueran comprendidos en lo que sería posteriormente el Tratado de Versalles varios delitos cometidos en violación de “las leyes y usos establecidos de la guerra” y “las leyes elementales de la humanidad”, los “crímenes de lesa humanidad” no se incluyeron finalmente en los artículos 228 y 229 del Tratado, no produciéndose, por tanto, juicios de lesa humanidad relacionados con esta guerra⁸⁶.

No es hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial que la figura de los CCH cobra cierta autonomía normativa. El instrumento que recoge por primera vez una definición técnico-jurídica de los crímenes, como tipo penal de Derecho internacional *ex novo*⁸⁷, es el Estatuto de Núremberg (EN), que aparece en el anexo del Acuerdo de Londres de 1945⁸⁸ y que tenía como objeto la creación de un Tribunal Militar para juzgar y condenar, por decisión conjunta de los gobiernos aliados, a aquellos funcionarios alemanes y los hombres y miembros del Partido Nazi que hubieran sido responsables de crímenes y atrocidades durante la ocupación⁸⁹ y que técnicamente no podían tratarse como crímenes de guerra en sentido estricto debido principalmente a la nacionalidad de

⁸⁶ CDI, *Primer Informe del Relator Especial...*, *op. cit.*, p.16.

⁸⁷ Algunos autores señalan que los crímenes contra la humanidad se utilizaron como una cláusula *generalis subsidiaria* a los crímenes de guerra, es decir, arrancaron no como un nuevo tipo sino como una categoría en la que podrían subsumirse los delitos cometidos durante la segunda guerra mundial, que no tenían cabida en el Derecho de la Haya sobre crímenes de guerra, al incluir crímenes del Estado contra sus propios nacionales. Véase a este respecto Pérez Caballero, J., *El elemento político en los crímenes de lesa humanidad. La expansión de la figura del crimen organizado transnacional y el caso de las organizaciones de narcotraficantes mexicanas en el sexenio 2006 – 2012*, Ed. Dickynson, 2015, p. 30.

⁸⁸ El cual figura en el anexo del Acuerdo de Londres de 1945.

⁸⁹ Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 1945 ver párrafos 2º y 3º, http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf

las víctimas⁹⁰ o la inspiración de los actos motivados en cuestiones de raza o de religión⁹¹. El EN ofreció una definición de los CCH en el artículo 6.c) en los siguientes términos:

“A saber el asesinato, la exterminación, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron”.

Esta primera definición de los CCH en el EN, que recoge dos tipos de actos punibles, distinguiendo las persecuciones por motivos políticos, raciales y religiosos de los otros actos inhumanos, ofrecía dos importantes características, siendo la primera que la población civil y su protección se erigían en el objeto central de estos crímenes, lo que ha perdurado hasta la actualidad y, la segunda, el vínculo incuestionable de los actos subyacentes de los CCH con un conflicto armado internacional, consecuencia de la interpretación definitiva que se le dio a la diferente redacción del Estatuto en sus versiones rusa, inglesa y francesa⁹², justificando con ello la intervención del Tribunal Militar Internacional.

La Ley n° 10 del Consejo del Control Aliado de 1945, que intentó unificar el procesa-

⁹⁰ Márquez Carrasco, C., *El proceso de codificación y desarrollo progresivo...* op. cit., p. 42.

⁹¹ Por ejemplo contra personas apátridas, por motivos de su raza o de su religión, véase a este respecto Rueda Hernández, C., *Delitos de derecho internacional público...*, op. cit., nota al pie 87, p. 136.

⁹² La cuestión de la diferente transcripción de las versiones del ER no fue anecdótica, sino que reflejaba un desacuerdo profundo sobre el alcance de los crímenes, es decir, sobre el hecho si todos debían tener una conexión con un conflicto armado, como proponía la versión rusa, o sólo los referidos a la persecución por motivos políticos, religiosos o raciales, como hacía las versiones francesas e inglesas. La solución dada por los Aliados en el Protocolo de Berlín, de 6 de octubre de 1945, a las diferentes versiones de la transcripción del artículo 6 c) del EN en las lenguas inglesas y francesas que incluían un punto y coma justo antes de la palabra persecución y la rusa que incluía tan sólo una coma, se hizo finalmente a favor de la versión rusa e introdujo la necesidad del requisito del nexo con la guerra como elemento de contexto en los crímenes contra la humanidad en el EN. A pesar de esta interpretación, en la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Núremberg 12, dictada el 30 de septiembre y el 1 de octubre de 1946, se reconoció que el Estatuto permitía considerar crímenes contra la humanidad actos anteriores a la guerra, pero en los casos concretos que el Tribunal tuvo que juzgar fue restrictivo en cuanto a tener por acreditado el nexo con la guerra respecto de actos cometidos con anterioridad a la fecha considerada como la del inicio formal de la misma, de tal forma que éste se convirtió en muchos casos en un límite temporal de la competencia del tribunal o un límite jurisdiccional (el 1 de septiembre de 1939). Véase a este respecto Márquez Carrasco, C., *Los elementos de los crímenes...*, op. cit., p. 6.

miento de los demás criminales de guerra en las cuatro zonas de ocupación, aportó una definición de los CCH, por un lado, más general, ya que declaraba que la enumeración de los delitos no tenía un carácter limitativo y, por otro lado, más precisa y también extensa respecto del EN al incluir los actos de encarcelamiento, tortura y violación, así como la comisión de otros actos inhumanos contra la población civil. Al mismo tiempo, suprimió los términos *antes y durante la guerra* y, por lo tanto, la conexión entre los CCH y los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra⁹³, aunque la interpretación en este sentido que hicieron los tribunales nacionales alemanes y los norteamericanos al aplicarla fue diversa⁹⁴.

El artículo II.1.c) de la Ley n° 10 se refirió a los CCH de la siguiente manera:

“Las atrocidades y los delitos que comprendan, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, las violaciones y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, violen o no estos actos las leyes nacionales de los países donde se perpetren”.

Los CCH también fueron contemplados en el artículo 5. c) del Estatuto de Tribunal para el Extremo Oriente de 1946, aunque no añadió ningún contenido esclarecedor siendo su objeto la sanción de los crímenes contra la paz y no los crímenes de guerra.

Los esfuerzos por codificar los CCH por parte de la CDI comenzaron en el año 1947 y culminaron en el año 1996 con la segunda lectura del Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, no habiendo sido finalmente adoptado este último por la Asamblea General, lo que fue interpretado como el éxito de las aspiraciones de muchos Estados de evitar el desarrollo de un código penal internacional en la materia⁹⁵. Aun así, la aportación de la CDI en el proceso de desarrollo y codificación de los CCH ha sido importante abordando aspectos fundamentales de la construcción del tipo internacional penal.

La Asamblea General de la ONU creó la CDI con el objeto de que desarrollara progresivamente el Derecho internacional, lo codificara y formulase los principios generales que de aquel fueron reconocidos tanto en el Estatuto como en las sentencias del Tribunal de Núremberg. Para dar inicio a esta labor le encargó mediante resolución

⁹³ *Ibid.*, p. 55.

⁹⁴ CDI, *Primer Informe del Relator Especial...*, *op. cit.*, p. 18.

⁹⁵ Bassiouni, M. C., *Crimes Against humanity...*, *op. cit.*, p. 171.

177(II) que elaborara un Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, siendo el *iter* de este proyecto lento y lleno de dificultades⁹⁶.

La CDI decidió abordar la preparación de los Principios de Núremberg y del Borrador del Código como dos trabajos distintos. En el año 1950 la Comisión presentó el borrador de “Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg”, en cuyo Principio VI c) definió los CCH, partiendo del artículo 6. c) del EN. En su comentario a este principio, la Comisión puso de relieve que no era necesario que el delito se cometiera durante una guerra, pero insistió en que, no obstante, los delitos cometidos antes de la guerra debían guardar relación con un delito contra la paz⁹⁷. La desconexión con los conflictos armados, quedará establecida hasta la formulación del ER, salvo para el crimen de persecución, respecto del cual mantenía la conexión con los crímenes de guerra y los crímenes contra la paz.

Una vez completada la formulación de los Principios de Núremberg, la CDI presentó borradores sobre el Proyecto de código en los años 1950 y 1954, conteniendo éste último una definición genérica muy amplia de los CCH, destacando en ella la omisión de la conexión entre los CCH y los crímenes de guerra o crímenes contra la paz, al señalar que los crímenes pueden ocurrir en cualquier tiempo y no necesariamente en el de guerra, y subrayando la intervención del Estado *-state policy connection-* al considerar que los actos referidos solo constituían un crimen internacional si fueran cometidos por autoridades de un Estado o por un particular por instigación o con la tolerancia de dichas autoridades⁹⁸.

El Proyecto de código de 1954, se refería a los CCH de este modo:

“Los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos políticos, raciales, religiosos o culturales perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia”⁹⁹.

⁹⁶ Márquez Carrasco, C., *Los elementos de los crímenes...*, *op. cit.*, p. 63.

⁹⁷ CDI, *Primer Informe sobre crímenes...*, *op. cit.*, p. 19.

⁹⁸ Bassiouni, M. C., *Crimes Against humanity ...*, *op. cit.*, p. 176.

⁹⁹ ILC, Document A/2693: *Report of the International Law Commission covering the work of its sixth session, 3 June-28 July 1954*, Year Book of the International Law Commission, Volume II, Documents of the sixth session including the report of the Commission to the General Assembly, pp. 140 y ss, http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1954_v2.pdf

Los Proyectos de código de la CDI, sin embargo, no prosperaron en este periodo. Su principal obstáculo fue el propio clima político internacional que se tradujo en la dificultad de consensuar la noción del crimen de agresión, sobre la que no se llegó a un acuerdo hasta que la cuestión fue resuelta posteriormente al adoptarse una definición oficial mediante la Resolución 3314 de la Asamblea General de las ONU el 14 de diciembre de 1974¹⁰⁰.

La Asamblea General invitó a la Comisión a que reanudara en el año 1981 su labor sobre el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. La Comisión concluyó en 1991 en primera lectura un Proyecto de código. El desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos ejerció una notable influencia en la interpretación evolutiva de la definición de los CCH en este proyecto¹⁰¹. Ello por la razón de que la *violación grave* de ciertos derechos humanos se había considerado el elemento común de todos los hechos constitutivos de esta modalidad criminal¹⁰². Hay que destacar que en este periodo el Relator Especial, Sr. Thiam, y su grupo de trabajo desglosaron los CCH en genocidio, apartheid y otros actos inhumanos y pretendieron incorporar al listado de crímenes el terrorismo internacional (art. 24), el tráfico de drogas (art. 25) los graves daños contra el medio ambiente (art. 26) y las sistemáticas o generalizadas violaciones de los derechos humanos (art. 21), propuestas que fueron abandonadas a los efectos de la redacción definitiva del Proyecto de código¹⁰³.

La afinación de la redacción y del desarrollo progresivo de la noción de los CCH fue definitivamente llevada a cabo por la CDI en el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996. La finalización del proyecto pasó a ser especialmente pertinente tras la creación de los Tribunales Penales Internacionales *ad*

¹⁰⁰ El crimen de agresión pasó a formar parte de la competencia material de la Corte Penal Internacional disponiéndolo así el art. 5 del ER de 1998. Sin embargo, es necesario señalar, que a diferencia de los otros delitos que forman parte de su *ratione materiae*, el crimen de agresión no se ha definido en este instrumento, dilatando obligatoriamente el ejercicio de la competencia de la Corte sobre el mismo.

¹⁰¹ Márquez Carrasco, C., *El proceso de codificación y desarrollo progresivo...*, *op. cit.*, p. 87.

¹⁰² Alija Fernández, R. A., *El Crimen contra la humanidad de persecución en perspectiva histórica*, UB, 2011, p. 148.

¹⁰³ La Comisión de Derecho Internacional específicamente declaró que Proyecto de Código no cubriría la piratería, el tráfico de drogas, el tráfico de mujeres y niños, la trata (esclavitud), falsificación de moneda y el daño a cables submarinos, etc... señalando que los crímenes con la paz y la seguridad de la humanidad, como un concepto indivisible, deberían limitarse a delitos que contuvieran un elemento político..., véase a este respecto Bassiouni, M. C., *Crimes against humanity...*, *op. cit.*, nota al pie 46, p. 178.

hoc para la ex-Yugoslavia y para Ruanda, y en la medida que la idea de un tribunal penal internacional permanente ganaba más apoyo¹⁰⁴. El Proyecto de código, que es considerado antecedente directo del ER de 1998, realizó en el artículo 18 una definición de los CCH basada en el EN, introduciendo un listado más amplio de actos subyacentes, propuestos por la CDI, en virtud de su crueldad y gravedad extremas¹⁰⁵. En él se incluyeron *la desaparición forzada, la violación, la prostitución forzada*, entre otros, y delimitando *los actos inhumanos* a casos como *la mutilación y las lesiones graves*, excluyendo el nexo con los conflictos armados, y afirmando que la realización de los crímenes debía llevarse a cabo bajo las condiciones generales de *la comisión sistemática o en gran escala*¹⁰⁶ y la actuación *instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo*¹⁰⁷, siendo significativo el señalar que una organización política o un grupo -de carácter no estatal o privado- pudiera participar de la comisión de estos actos.

La redacción definitiva del artículo 18, titulado “Crímenes contra la humanidad”, del Proyecto de código de 1996 quedó de la siguiente forma:

“Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o una organización política o grupo cualquiera de los actos siguientes: asesinato, exterminio, tortura, sujeción a esclavitud,

¹⁰⁴ CDI, *Primer Informe sobre crímenes...*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁵ Por ejemplo respecto de las desapariciones forzadas de personas la Comisión de Derecho Internacional consideró que “aunque este tipo de conducta criminal sea un fenómeno relativamente reciente, el presente Código propone su inclusión como crimen contra la humanidad, por su crueldad y gravedad extremas”, véase a este respecto Márquez Carrasco. C., *El proceso de codificación y desarrollo progresivo...*, *op. cit.*, p. 99.

¹⁰⁶ CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Volúmen II, Segunda Parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones*, Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, Artículo 18, Comentarios 3 y 4, http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1996_v2_p2.pdf

¹⁰⁷ *Ibid.*, Artículo 18, comentario 5) “La segunda condición exige una actuación «instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo». Esa instigación o dirección necesaria puede provenir de un gobierno o de una organización o grupo. La alternativa tiene por objeto excluir el caso de que una persona cometa un acto inhumano por su propia iniciativa al realizar su plan criminal propio, pero sin que exista ningún estímulo ni dirección por parte de un gobierno o de un grupo u organización. Este tipo de conducta criminal aislada de una sola persona no constituiría un crimen contra la humanidad. Sería sumamente difícil para una sola persona que actuase aislada cometer los actos inhumanos previstos en el artículo 18. La instigación o dirección por un gobierno o por cualquier organización o grupo, relacionado o no con un gobierno, da al acto mayor importancia y hace que se convierta en un crimen contra la humanidad imputable a los particulares o a los agentes de un Estado”.

persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos, discriminación institucionalizada por motivos raciales, religiosos o étnico, discriminación institucionalizada por motivos políticos, raciales, religioso o étnicos que suponga la violación de los derechos y libertades fundamentales y entrañe graves desventajas para una parte de la población, deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario, encarcelamiento arbitrario, desaparición forzada de personas, violación, prostitución forzosa y otras formas de abuso sexual, otros actos inhumanos que menoscaben gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves”.

Durante el periodo que transcurre entre 1991 y 1996, los trabajos de la CDI fueron retroalimentados e influenciados por los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, creados por el Consejo de Seguridad para juzgar los crímenes de genocidio, CCH y las violaciones de Derecho internacional humanitario, cometidos en la antigua Yugoslavia y Ruanda.

El Consejo de Seguridad de ONU creó el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en el año 1993 y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) en 1994. Los Estatutos de los dos tribunales penales incluían tanto el genocidio como los CCH en su articulado (art. 4º del TPIY y art. 2 del TPIR), y establecieron la misma relación de actos subyacentes basándose en el artículo 6. c) del EN. Las diferencias fundamentales entre ambos estatutos se encuentran en la afirmación que hacía el TPIY del nexo con el conflicto armado, interno o internacional, aunque la jurisprudencia que emanó del mismo sostuvo claramente que la existencia de un conflicto armado no era un elemento constitutivo de la definición de los crímenes, sino un prerequisite jurisdiccional o de *ratione materiae* del Tribunal¹⁰⁸. El TPIR, sustituyó este requisito del nexo con el conflicto armado por el de la fundamentación del ataque sobre razones de nacionalidad, políticas, étnicas, raciales y religiosas, que en el caso del TPIY, sólo quedaban vinculadas al crimen de persecución. Algo que quedó claro de las formulaciones de los CCH de los Estatutos del TPIY y TPIR es que se realizaron con el propósito de juzgar a los responsables de las graves violaciones del Derecho internacional durante esos dos conflictos, sin tener la vista puesta en una futura aplicación.

En cuanto a los tribunales *híbridos*, que contienen una mezcla de elementos de Derecho internacional y Derecho nacional, señalar que el acuerdo entre Sierra Leona y la ONU por el que se estableció el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) en 2012 incluyó los CCH como parte de la competencia materia del TESL y enumeró en su artículo 2

¹⁰⁸ Bassiouni, M. C., *Crimes against humanity...*, *op. cit.*, p. 184.

los actos que constituirían los crímenes como parte de un ataque generalizado o sistemática contra la población civil. El Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano (TEL) no incluyó los CCH en el ámbito de la competencia del Tribunal, aunque el Secretario General de la Organización consideró que los atentados terroristas, que sí eran de la competencia del órgano jurisdiccional, podría reunir *prima facie* los requisitos de la definición de un crimen de lesa humanidad (CCH). Al mismo tiempo, se establecieron tribunales especiales en varios ordenamientos jurídicos nacionales que ejercieron competencia sobre CCH como las Salas Especiales sobre Delitos Graves de Timor Oriental creadas en el año 2000, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya establecidas en 2001 y el Tribunal Supremo de Iraq constituido en 2003¹⁰⁹.

1. 2. 2. La definición y la regulación de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Una vez que la CDI concluyó un proyecto de Estatuto de la CPI en 1994 y aprobó definitivamente el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad internacional de 1996, la Asamblea General de la ONU se propuso realizar una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios con el propósito de dar forma definitiva a una Convención para el establecimiento de una CPI. La Conferencia se celebró finalmente entre el 15 de junio y 17 de julio de 1998 y tuvo como resultado la adopción del ER, en cuyo artículo 7 se definieron los CCH.

La Conferencia de Roma se desarrolló no sin importantes problemas. Por un lado, las dificultades técnicas que suponía integrar en un solo texto, internacional y penal, de vocación universal y permanente, normas sustantivas y procesales que conciliaran los diferentes sistemas jurídicos representados por los más de 160 Estados participantes en la Conferencia. De otro lado, los obstáculos para acomodar las diferentes orientaciones políticas de los distintos países o grupos de países, estando enfrentados los *países afines* que defendían posiciones más progresistas o avanzadas, con aquellos más celosos de la preservación de las competencias de los Estados en el ejercicio del *ius puniendi*¹¹⁰.

Fracasado el deseado consenso en el desarrollo de las negociaciones en el seno de la Conferencia, el texto del ER que establecía la competencia y la jurisdicción complementaria

¹⁰⁹ CDI, *Primer Informe sobre crímenes...*, *op. cit.*, pp. 27, 28 y 29.

¹¹⁰ Yañez Barnuevo, J. A., *Capítulo III. El Estatuto de Roma como tratado y la Corte Penal Internacional como institución*, pp. 141- 156, véase a este respecto Carrillo Salcedo, J. A., *La Criminalización de la Barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

de la CPI respecto de los Estados para conocer de casos de genocidio, crímenes de guerra y CCH, así como la definición de dichos crímenes y sus normas de funcionamiento, se adoptó finalmente por votación.

Llegar a la definición de los CCH tampoco resultó una tarea sencilla en función de las inconsistencias que los grupos de trabajo encontraron en torno a las diversas fuentes doctrinales, normativas y jurisprudenciales que complicaron la tarea de alcanzar un acuerdo sobre una definición basada en el Derecho internacional consuetudinario¹¹¹. Así, se expresaron diferentes opiniones respecto a la inclusión del nexo con un conflicto armado, que había tenido un diferente tratamiento en los Estatutos de los Tribunales Internacionales, quedando finalmente vigente la desconexión con los conflictos armados de los CCH; se discutió sobre si los dos criterios del ataque, sistemático y generalizado, debían ser acumulativos o alternativos en función también de las redacciones al respecto de los Estatutos del TPIY y TPIR, afirmándose finalmente en el ER la versión de que el ataque debía ser *generalizado o sistemático*; el llamado *elemento de la política* estuvo igualmente presente en las discusiones, defendiendo sus valedores su inclusión al señalar que era un requisito más flexible que el término sistemático, que se interpretaba como un plan desarrollado y ejecutado de comisión de los crímenes; la inclusión de la expresión *ataque contra población civil* se llevó a discusión, ya que esta traída del TPIR hacía referencia a situaciones que entrañaban un conflicto armado y que el término civil se utilizaba en Derecho internacional humanitario, entendiéndose definitivamente que la frase debía quedar incluida en el texto para evitar una modificación significativa de la definición existente de los CCH y que el término ataque tenía por fin indicar el uso de la fuerza y no un ataque armado¹¹².

Finalmente, y a pesar de todos los obstáculos y dificultades, con la aprobación del ER se aceptó por primera vez una definición de los CCH en un texto de carácter convencional de alcance universal, que contemplaba sin duda alguna una lista de las mayores atrocidades que habían acontecido en la historia del S. XX¹¹³. Al mismo tiempo en él se fijaron los requisitos que debían darse para la consideración de los crímenes de Derecho Internacional: actos dirigidos contra la población civil, cometidos de forma generalizada o sistemática, y que respondieran a un ataque respecto del cual el autor tuviera conocimiento, de conformidad con la política de un Estado o de una organización, componiendo de esta forma la denominada *cláusula umbral*.

El art. 7.1 del ER quedó redactado de la siguiente forma:

¹¹¹ Márquez Carrasco, C., *El proceso de codificación...*, op. cit., p. 116.

¹¹² *Ibid.*, pp. 115-124.

¹¹³ *Ibid.*

“A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.”

1. 2. 3. Análisis de los elementos comunes de los crímenes contra humanidad

Como ya hemos mencionado, el hecho de que los actos ilícitos enumerados en el artículo 7 de ER se cometieran como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, con conocimiento del mismo y de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política, constituyen los requisitos generales de la denominada *cláusula umbral*, que cumple la función de distinguir los delitos comunes o actos aislados de violencia, susceptibles de ser perseguidos por los derechos nacionales, de los crímenes de Derecho internacional que tratan de ofrecer la mayor protección a las víctimas de las violaciones de derechos humanos más graves, peligrosas y a mayor escala¹¹⁴. El *elemento del contexto* es el *elemento internacional* en los CCH que convierte, por tanto, algunas conductas criminales en materia de interés internacional.

A continuación se tratará la evolución y la justificación del *elemento del contexto* o *cláusula umbral* de los CCH y se realizará una aproximación a los elementos comunes a todos estos crímenes, emplazando algunos de los debates que afectan la interpretación de los mismos en conexión con el objeto del presente estudio, a saber, nuevas

¹¹⁴ Márquez Carrasco, C., *Los elementos comunes de los crímenes contra la humanidad de derecho internacional penal*, Revista General de Derecho Penal 9, 2008, p. 16.

conductas susceptibles de ser calificadas como “*formas contemporáneas de graves violaciones de derechos humanos*” y su persecución y sanción bajo la figura de los CCH.

1. 2. 3. 1. La evolución del contexto en los crímenes contra la humanidad

Los elementos que actualmente definen los contornos de los CCH, y que son por tanto comunes a todos los delitos contemplados en el artículo 7 del ER, son el resultado de una compleja evolución e interrelación doctrinal y jurisprudencial, no pudiendo comprenderse esta construcción jurídica al margen de una perspectiva histórica. Esta categoría de crímenes de Derecho internacional tiene su origen positivo en la adopción del EN en el año 1945, y tiene un amplio recorrido hasta la entrada en vigor del ER de la CPI en el año 2002, último instrumento de Derecho internacional adoptado en la materia, el cual representa además la primera ocasión en la que este tipo penal no ha sido establecido por los vencedores de una guerra, ni por la decisión directa del Consejo de Seguridad, sino que ha nacido de un acuerdo de voluntades entre Estados que representaban muchos y variados sistemas jurídicos¹¹⁵.

Uno de los elementos en evolución más representativos para la definición actual de los CCH, y la construcción de su contexto o cláusula umbral, es el de la conexión de los crímenes con los conflictos armados y su actual reemplazo por el vínculo con algún tipo de autoridad estatal, organización política o grupo.

El EN sostuvo que la conexión con los conflictos armados era un elemento constitutivo de los CCH al exigir que los actos inhumanos subyacentes a los crímenes (p. ej., el asesinato) fueran cometidos en ejecución o en relación con cualquier crimen de la competencia del Tribunal de Núremberg, a saber los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra. La razón para mantener dicho vínculo con los conflictos interestatales, que suponía en sí mismo una restricción para el propio Tribunal, era la necesidad que tenían los países aliados de justificar la injerencia en cuestiones que tradicionalmente eran de la jurisdicción nacional de un Estado¹¹⁶, legitimando así mismo la actuación de un tribunal internacional¹¹⁷.

¹¹⁵ Liñán Lafuente, A., *La tipificación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma y su primera aplicación jurisprudencial en el tribunal híbrido internacional de Timor Oriental*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 10-12, 2008, p. 3.

¹¹⁶ CDI, *Primer Informe sobre crímenes...*, *op. cit.*, p. 17.

¹¹⁷ Márquez Carrasco, C., *Los elementos comunes...*, *op. cit.*, p. 6.

La primera expresión de la desconexión de los CCH con los conflictos armados la aportó la denominada Ley n° 10 del Consejo del Control Aliado, versión modificada del EN que contenía el fundamento jurídico para juicios a celebrarse por tribunales militares creados por los Aliados, así como para juicios posteriores que se celebrarían durante décadas por tribunales alemanes. Las sentencias de los tribunales militares estadounidenses y de los nacionales alemanes que aplicaron la Ley N° 10 “representan el comienzo de una tendencia en la práctica nacional e internacional que, para distinguir los CCH de los delitos comunes, exige -en lugar del nexo con el conflicto armado- una conexión con alguna clase de autoridad”¹¹⁸. Merece la pena destacar entre las decisiones judiciales emitidas por los tribunales militares la del caso *Justice*, que hizo referencia a un elemento del contexto diferente a la conexión con el conflicto armado, al introducir la denominada “prueba de participación consciente en procedimientos sistemáticos, organizados o aprobados, por un gobierno”¹¹⁹ con la intención de excluir a los crímenes aislados de aquellos objeto de su jurisdicción. También cabe subrayar las decisiones de los tribunales alemanes que aplicaron la Ley n° 10 que exigieron que la conducta se hubiera cometido en el “contexto del sistema de poder y tiranía que había existido en el período nacional-socialista”¹²⁰ sin exigir de ese modo que existiera ninguna relación con crímenes de guerra o crímenes contra la paz¹²¹. El caso de mayor importancia en este contexto es denominado *Einsatzgruppen*, en el que el Tribunal Militar de los Estados Unidos en Núremberg consideró que la Ley n° 10 no se limitaba a los acontecimientos de la guerra, sino que contemplaba la protección de la humanidad en todo momento afirmando que “el Consejo de Control Aliado [...] derogó esta limitación de modo que el presente tribunal tiene jurisdicción para juzgar todos los CCH tal como son conocidos y entendidos según los principios generales del Derecho penal”¹²².

La CDI, en su labor de desarrollo y codificación del Derecho internacional, ha contribuido de manera muy significativa en la evolución del denominado elemento del contexto de los CCH. Si bien los Principios de Núremberg de 1950, elaborados por la Comisión exigieron una conexión entre los CCH y los crímenes de guerra o crímenes contra la paz, ese vínculo se omitió en el Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954¹²³. El Proyecto de código, en lugar de requerir el

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 8.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 7.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ CDI, *Primer Informe sobre crímenes...*, *op. cit.*, p. 18.

¹²² *The Einsatzgruppen case, United States v. Otto*, http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.04.09_United_States_v_Ohlendorf.pdf

¹²³ CDI, *Primer Informe sobre crímenes...*, *op. cit.*, p. 19.

nexo con otro crimen del proyecto, introdujo la exigencia de que los actos inhumanos fueran perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actuaran “[...] por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia”¹²⁴. La aproximación de 1954 se centró así en la relación entre las autoridades y los particulares, erigiéndose como vínculo entre los CCH y el Derecho internacional, el cual en su etapa de formación había sido aportado por el Derecho de la guerra y que pasaba ahora a ser objeto del Derecho internacional de los derechos humanos¹²⁵. Cuando la CDI retomó sus trabajos de elaboración del Proyecto de código de 1991, redefinió los CCH como “violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos”¹²⁶, reteniendo el requisito de algún tipo de autoridad, de poder, o de estar en posición de actuar a gran escala detrás de los crímenes, llegando a aclarar que individuos particulares, mencionando como ejemplo a aquellos con “poder *de facto* u organizados en grupos o bandas criminales”¹²⁷ pudieran incurrir en ellos. En esta misma línea el Proyecto de código de 1996 de la Comisión, además de requerir que los actos inhumanos se cometieran de forma sistemática o en gran escala, exigía una actuación “instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo”¹²⁸. Es así que en el comentario al artículo 18 en el que se definen los CCH, se señala que “la instigación o dirección por un gobierno o cualquier organización o grupo, relacionado o no con un gobierno, da al acto mayor importancia y hace que se convierta en un crimen contra la humanidad imputable a los particulares o a los agentes de un Estado”¹²⁹.

La jurisprudencia de los tribunales internacionales también ha aportado de manera sustantiva al establecimiento de los elementos del contexto de los CCH, destacando entre ellos la labor de los Tribunales internacionales *ad hoc*, tanto por la definición que de los crímenes se hace en sus respectivos estatutos como por la jurisprudencia que de ellos emana. Aunque la adopción del Estatuto para la creación del TPIY¹³⁰, de 25 de mayo de 1993, supuso un renacimiento del origen de Derecho internacional

¹²⁴ CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. 2, 1954, p. 150.

¹²⁵ Márquez Carrasco, C., *Los elementos de los crímenes...*, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

¹²⁶ CDI, *Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II (2), 1991, art. 21.

¹²⁷ *Ibid.*, ver comentarios al artículo 21, para 5.

¹²⁸ CDI, *Proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad*, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II (2), 1996, art. 18.

¹²⁹ *Ibid.*, comentario al artículo 18., pp. 102-103.

¹³⁰ Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (International Tribunal for the Former Yugoslavia), <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/InternationalTribunalForTheFormerYugoslavia.aspx>

humanitario exigiendo, por primera vez desde 1951, la conexión con un conflicto armado¹³¹, se desprendía de su jurisprudencia que este vínculo pasaba a ser un elemento constitutivo de la competencia del tribunal y no de la definición de los CCH. Así, el TPIY en una de sus primeras decisiones en el caso *Tadic* vino a sostener que “no hay bases lógicas ni jurídicas para [una conexión con un conflicto armado] y esta ha sido abandonada en la práctica estatal subsiguiente con respecto a los CCH”¹³². Más aún, afirmó que “Es por ahora una norma establecida por el Derecho Internacional público consuetudinario que los CCH no requieren conexión con un conflicto armado”¹³³. Esta aproximación también ha sido mantenida en el caso *Kordić*¹³⁴, y reiterada en la sentencia del TPIY recaída en el caso *Momčilo Krajišnik*¹³⁵, en la que se afirmaba que este nexo era una limitación jurisdiccional que pesaba sobre el Tribunal y que no era parte de la definición de CCH establecida en el Derecho consuetudinario¹³⁶. El Estatuto por el que se crea el TPIR¹³⁷, de 8 de noviembre de 1994, no requería ninguna conexión con un conflicto armado. En él se produjo la primera codificación del “ataque generalizado y sistemático” en los CCH e introdujo el elemento discriminatorio en el establecimiento del delito, al sustituir el nexo del conflicto por un ataque basado en razones de nacionalidad, políticas, étnicas, raciales o religiosas. Es así que la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* vino a confirmar el reemplazo de la conexión con un conflicto armado por un *elemento de contexto*, como es el del *ataque generalizado o sistemático, con conocimiento de dicho ataque, y su conexión con la autoridad*, proviniese aquella de un Estado, organización o grupo¹³⁸, lo que influyó definitivamente en la definición de los CCH en el artículo 7 del ER de la CPI.

¹³¹ Márquez Carrasco, C., *Los elementos comunes...*, *op. cit.*, p. 12.

¹³² *El Fiscal contra Tadic*, (Caso N° IT-94-1-AR72), Sentencia de la petición de defensa para la apelación contra la resolución sobre jurisdicción, 2 de octubre de 1995, para. 140.

¹³³ *Ibid.*, para.141. La Comisión de Derecho Internacional citó parte de esta frase para explicar sus razones para excluir el *nexo con el conflicto armado* en su Proyecto de Código de 1996, comentario del artículo 18(6). Ver Márquez Carrasco, C., *Los elementos comunes...*, *op. cit.*, p. 13.

¹³⁴ *El Fiscal contra Kordić*, (Caso N° IT-95-14/2-T), Sentencia, 26 de febrero del 2001, para. 33.

¹³⁵ *El Fiscal contra Krajišnik* (Caso IT-00-39-T), Sala de Primera Instancia I, Sentencia 27 de septiembre de 2006, para. 704.

¹³⁶ Márquez Carrasco, C., *Los elementos comunes...*, *op. cit.*, p. 13.

¹³⁷ Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighboring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx>

¹³⁸ Márquez Carrasco, C., *Los elementos comunes...*, *op. cit.*, p. 14.

De hecho el ER de 1998, primer instrumento internacional de carácter convencional que codifica los CCH, hace una definición de los crímenes totalmente desconectada del vínculo con los conflictos armados trasladando el elemento determinante del contexto al “ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”, entendiéndolo como la comisión múltiple de los actos ilícitos subyacentes al tipo, y “[...] de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”¹³⁹. La CPI creada por el ER, en sus recientes decisiones, ha venido afirmando esta desconexión con los conflictos armados y revela una cierta tendencia a vincular los CCH con la constatación de los ataques generalizados o sistemáticos cometidos por entidades estatales -o no estatales- las cuales, sin importar la naturaleza formal de su organización, gozan de la capacidad y de los recursos necesarios para planificar y llevar este tipo de injustos contra la población civil. Así lo ha afirmado tanto la Sala de Cuestiones Preliminares en la *causa Katanga* al señalar que “Esa política pueden ponerla en práctica grupos de personas que gobiernen un territorio determinado o cualquier organización con capacidad para perpetrar un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”¹⁴⁰, como la Sala de Cuestiones Preliminares II en la *Decisión de Autorización sobre Kenia de 2010* al considerar una serie de factores o criterios, referidos a la jerarquía del grupo, a los medios, al control que ejercen sobre el territorio y la población, sobre sus objetivos y sus intenciones delictivas, para considerar una *organización* con arreglo al artículo 7 del ER, señalando que debiera hacerse una distinción respecto de si un grupo tiene la capacidad necesaria para realizar actos que atenten contra valores humanos básicos¹⁴¹.

¹³⁹ Estatuto de Roma artículo 7, párrafos 1 y 2, véase versión en inglés <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>

¹⁴⁰ *Causa Katanga de 2008*, ICC-01/04-01/07, para. 396 (en la que se cita la jurisprudencia del TPIY y TPIR, así como el proyecto de código de la Comisión de 1991); véase también *causa Bemba de 2009*, ICC-01/05-01/08, para. 81, nombrados en A/CN.4/680, *op. cit.*, p. 79.

¹⁴¹ Entre ellos se enumeran que el grupo se encuentre bajo un mando responsable o tenga una jerarquía establecida; que tenga los medios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; que ejerza control sobre una parte del territorio de un Estado; que lleve a cabo actividades delictivas contra la población civil como objetivo primordial; que manifieste, de manera explícita o implícita, una intención de atacar a la población civil; forme parte de un grupo más amplio, que cumple algunos o todos los criterios antes mencionados. Véase *Causa Ruto de 2012*, ICC-01/09-01/11, para. 185; véase también *Decisión de Autorización sobre Kenia de 2010*, ICC-01/09-02/11, para. 93; corrección de la *Decisión en virtud del artículo 15 del Estatuto de Roma relativa a la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Costa de Marfil*, ICC-02/11-14-Corr., para. 45 y 46 (3 de octubre de 2011). Estos casos han sido referenciados A/CN.4/680, *op. cit.*, p. 80.

1. 2. 3. 2. El elemento de la política y la autoridad detrás de la política en los crímenes contra la humanidad

El *elemento de la política* en los CCH ha generado un importante debate doctrinal y diversidad de pronunciamientos jurisprudenciales, que giran en torno a cuestiones tales como si el *state policy* constituye un elemento legal, jurisprudencial o adicional de los crímenes, e incluso si es posible su eliminación; si la política se requiere para los ataques sistemáticos, para los generalizados, o para ambos; si esta política debe ser activa o si es posible una política de tolerancia o de omisión deliberada; y, por último, si la política debe ser una política de Estado o se puede extender a otros actores o grupos particulares que tengan la capacidad de desplegar la actividad criminal a gran escala.

El concepto de política para los CCH podría definirse como aquello que une a los actos inhumanos *que de otro modo no estarían relacionados y por lo que se puede decir que al agregarlos constituyen colectivamente un “ataque”*¹⁴², poniendo en movimiento una cadena de acontecimientos, que requieren para su desarrollo o promoción de cierta estructura, organización o patrón de conducta, así como el uso de recursos públicos o privados, teniendo los individuos o grupos detrás de ella la capacidad de desplegar las conductas ilícitas de manera sistemática o generalizada contra la población civil. Para algunos autores, el término política es el marco cualitativo común que convierte el ataque generalizado o sistemático en el elemento contextual de los CCH¹⁴³. El contenido de la política debe consistir en la comisión de los CCH¹⁴⁴.

Respondiendo al primero de los dilemas planteados, si el Derecho internacional penal vigente requiere claramente el elemento de la política como elemento legal, jurisdiccional o procesal, o como un elemento material adicional, o si reúne ambas características, los Proyectos de código de 1954 y de 1996 de la CDI exigieron dicho elemento al incluir los requisitos de la tolerancia, la instigación o la dirección por parte de un gobierno o por una organización política o grupo para excluir los actos inhumanos cometidos por una persona “por su propia iniciativa al realizar su plan criminal propio, [...] sin que exista ningún estímulo ni dirección por parte de un gobierno o de un

¹⁴²Robinson, D. and Von Hebel H., *Crimes within the Jurisdiction of the Court*, in Lee R. S. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1999, pp. 96-97.

¹⁴³Pérez Caballero, J., *Defensa de los elementos contextual y político de los crímenes de lesa humanidad*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2013, núm. 15-15, p. 15.

¹⁴⁴*El Fiscal contra Blaskic, op. cit.*, para. 204.

grupo u organización”¹⁴⁵. En otras palabras, el elemento de política trataba de excluir delitos comunes cometidos por personas que actuaran por su propia iniciativa y sin conexión alguna con un Estado o una organización¹⁴⁶.

La jurisprudencia internacional de los tribunales *ad hoc* ha emitido una amplia variedad de opiniones sobre la naturaleza del elemento de la política en los CCH. Aunque en los Estatutos del TPIY y TPIR el requisito del elemento de una política no figuraba como parte de la definición de los crímenes, parece afirmarse en algunos de sus pronunciamientos la exigencia de la presencia de la política detrás de los ataques como un elemento esencial en los CCH. Este es el del *caso Tadic* del TPIY, cuya Sala de Primera Instancia afirmaba que “[...] debía haber alguna forma de política para cometer estos actos”¹⁴⁷ y *Kayishema* del TPIR en el que concluye que el ataque y el elemento discriminatorio “[...] es solamente posible como una consecuencia de una política”¹⁴⁸. Algunas sentencias se refieren a la exigencia de la política establecida al más alto nivel estatal u organizativo en los CCH y sugieren que “[...] a pesar de que [los crímenes] no necesitan estar relacionados con una política establecida a nivel estatal, en el sentido convencional del término, esta no puede ser obra de individuos aislados”, tal y como mantuvo el TPIY en el *caso Nikolic*¹⁴⁹. Otros, sin embargo, como los de los casos *Kupreski* del TPIY¹⁵⁰ y

¹⁴⁵ La Comisión comentó lo siguiente: La cláusula inicial de la definición establece las dos condiciones generales que deben darse para que alguno de los actos prohibidos constituya un crimen contra la humanidad comprendido en el presente Código. La primera es la “comisión sistemática o en gran escala”. La segunda condición exige una actuación “instigada o dirigida por un gobierno o por una organización [...] o grupo”. Esta instigación o dirección necesaria puede provenir de un gobierno o de una organización o grupo. La alternativa tiene por objeto excluir el caso de que una persona cometa un acto inhumano por su propia iniciativa al realizar su plan criminal propio, pero sin que exista ningún estímulo ni dirección por parte de un gobierno, o de un grupo u organización. La instigación o dirección por un gobierno o por cualquier organización o grupo, relacionado o no con un gobierno, da al acto mayor importancia y hace que se convierta en un crimen contra la humanidad imputable a los particulares o a los agentes de un Estado. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1996..., *op. cit.*, pp. 51 y 52.

¹⁴⁶ CDI, *Primer Informe sobre crímenes...*, *op. cit.* pp. 75 y 76.

¹⁴⁷ *El Fiscal contra Tadic*, *op. cit.*, para. 653; En el *Caso Tadic* el TPIY exigió la existencia de una política, aunque el ataque se caracterizaba de generalizado, al señalar que los crímenes contra la humanidad, al ser el resultado de un intento deliberado de atacar una población civil, debía comportar haber alguna forma de política para cometer estos actos.

¹⁴⁸ *El Fiscal contra Kayishema*, para. 124.

¹⁴⁹ *El Fiscal contra Nikolic*, *op. cit.*, para. 26.

¹⁵⁰ *El Fiscal contra Kupreskić*, *op. cit.*, para. 551; el TPIY sostuvo que mientras los crímenes contra la humanidad necesariamente suponen el elemento de la política existían ciertas dudas en cuanto a si era estrictamente un *requisito*, como tal, para los crímenes contra la humanidad.

Bagilishema del TPIR¹⁵¹ descartaron el carácter constitutivo del elemento de la política e incluso algunos otros, como el del *caso Kordic* del TPIY, fueron más allá y pasaron a considerarlo simplemente como un indicador para la existencia de un ataque sistemático¹⁵². En el *caso Nikolic*, la sentencia de revisión de condena sostenía ya en 1995 que “[L]os crímenes no han de estar relacionados con una política adoptada a nivel estatal, en el sentido convencional del término (...)”¹⁵³, lo que ponía de manifiesto que la política podía establecerse desde los diferentes niveles organizativos en el Estado.

En cuanto a la presencia del elemento político en el artículo 7 del ER, el cual bebe fundamentalmente del artículo 18 del Proyecto de código de la CDI de 1996, decir que su inclusión fue resultado de un compromiso delicado que puso de manifiesto la controversia que suscitaba la naturaleza de dicho elemento¹⁵⁴. El artículo 7.2 del ER adopta oficialmente una posición incluyente de la política al señalar que a los efectos del artículo 7.1 el “ataque contra una población civil ha de ser de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”. La opinión de uno de los comentaristas de la Conferencia de Roma descubría que “el reconocimiento explícito de este elemento de política fue esencial para alcanzar un compromiso con respecto a los CCH. La existencia de una política es lo que une actos inhumanos que de otro modo no estarían relacionados, por lo que se puede decir que al agregarlos constituyen colectivamente un “ataque”¹⁵⁵.

Autores reputados como Shabas¹⁵⁶ o Bassiouni¹⁵⁷, comparten esta opinión al poner de manifiesto la necesidad del *state policy* como elemento distintivo de los CCH de otras graves violaciones de derechos humanos o crímenes sujetos a la persecución y sanción de los foros nacionales. Se dice que sin el elemento de la política los CCH se convertirían en una forma de criminalización internacional de violaciones de derechos humanos exclusivamente sobre la base del daño llevado a cabo de una forma generalizada o sistemática¹⁵⁸. Kai Ambos aborda también esta cuestión al afirmar la necesidad

¹⁵¹ *El Fiscal contra Bagilishema*, *op. cit.*, para. 78.

¹⁵² *El Fiscal contra Kordic*, *op. cit.*, para. 182.

¹⁵³ *El Fiscal contra Nikolic*, (Caso N° IT-94-2-R61) Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 20 de octubre de 1995.

¹⁵⁴ Márquez Carrasco, C., *Los elementos comunes...*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁵⁵ Robinson, D., *Crimes within the Jurisdiction of the Court*, en R. S. LEE, *The International Criminal Court...*, *op. cit.*, pp. 96-97, citado en Márquez Carrasco, C., ..., *op. cit.*, p. 32.

¹⁵⁶ Shabas, W. A., *State Policy as an element of International Crimes*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Volume 2008, Issue 3 Spring, Article 6.

¹⁵⁷ Bassiouni, M. C., *Crimes Against Humanity...*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁵⁸ *Ibid.*

-generalmente reconocida- del elemento político para dotar de entidad internacional a los crímenes¹⁵⁹. Estas opiniones expresadas parecen además resolver la disyuntiva sobre si la política ha de estar sólo detrás de los ataques sistemáticos, o también detrás de los ataques generalizados, ya que al ser la definición de la línea de conducta extensiva a los dos tipos, se requeriría para ambos que fueran de conformidad con la política de un Estado o de una organización, o como señala una parte de la doctrina, estar vinculados de una u otra forma a una autoridad estatal u organizativa o, al menos, tolerados por esta¹⁶⁰.

Ahora bien, ha sido la propia CPI la que ha apuntado, en varias causas sustanciadas ante ella, una interpretación que podríamos denominar más flexible o abierta del elemento de política. Así, en su decisión en la *causa Katanga de 2014*, la Sala de Primera Instancia II, determinó que no era necesario que la política fuera establecida o promulgada formalmente antes del ataque y que podía deducirse de la repetición de actos, de las actividades preparatorias o de una movilización colectiva¹⁶¹. Por otra parte, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, en su decisión en la que confirmaba el procesamiento de Laurent Gbagbo, estableció que ni en el Estatuto ni en el documento “Instrumento sobre los Elementos de los Crímenes” aparece ningún fundamento o motivación ciertos de la política como requisito de la definición pero que, sin embargo, esta resulta útil a efectos de establecer la motivación subyacente para detectar los vínculos y características comunes entre los actos¹⁶². Igualmente en la *causa Bemba*, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI falló que el ataque se había llevado a cabo en virtud de la política de una organización basándose en pruebas que demostraban que las tropas del MLC “perpetraron ataques siguiendo el mismo patrón”¹⁶³. Según el Relator Especial para los CCH, actualmente esas decisiones están siendo analizadas concienzudamente por la doctrina¹⁶⁴.

Para que la política esté detrás de la comisión de CCH, se plantea si aquella debe ser una política activa o, por el contrario, sería suficiente una política de tolerancia o de omisión. El Derecho internacional consuetudinario no requiere una política activa y, tanto la jurisprudencia como las prácticas nacionales e internacionales desde Núremberg, han opinado que la exigencia de una política de tales características no sería apropiada

¹⁵⁹ Ambos, K., *Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional*, en Los nuevos crímenes del d.p.i., Ibaniez Bogota 2004, p. 29.

¹⁶⁰ *El Fiscal contra Kupreskic*, *op. cit.*, para. 552.

¹⁶¹ *Causa Katanga de 2014*, para. 1109, véase en A/CN.4/680, *op. cit.*, p. 77, nota al pie 300.

¹⁶² *Causa Gbagbo de 2014*, para. 214, *Ibid*, nota al pie 304.

¹⁶³ *Causa Bemba de 2009*, para. 115, *Ibid*, nota al pie 305.

¹⁶⁴ Véase a este respecto Halling, M., *Push the Envelope-Watch It Bend: Removing the Policy Requirement and Extending Crimes Against Humanity*, Leiden J. Int'l L., vol. 23, 2010, pp. 827-845.

en absoluto. El enfoque activo dificultaría, si no es que haría imposible, considerar los crímenes a gran escala como CCH, en vista de que sería difícil probar la existencia del fomento o estímulo necesarios por parte de la entidad que ordene llevarlos a cabo¹⁶⁵. Es en este sentido que debe ser leído el artículo 7.2 del ER que señala que “los actos han de cometerse de conformidad con la política de un estado o de una organización [...]” en relación con la interpretación que de dicho artículo realiza el Instrumento de los Elementos de los crímenes que requiere que los actores “promueva(n) o aliente(n) activamente un ataque de esa índole contra la población civil”, y a pesar de la nota al pie n.º. 6 que complementa el texto diciendo que aquella política “[...] en circunstancias excepcionales podría llevarse a cabo por medio de una omisión deliberada de actuar [aunque aquella] no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización”. Con relación a la tolerancia o a la omisión deliberada, la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto incluyéndolos como posibles métodos para llevar a cabo una política¹⁶⁶, aunque hay que completar esta consideración con la idea de que la simple negligencia de parte de una autoridad no sería suficiente para convertir ciertas líneas de conducta en CCH¹⁶⁷.

El elemento de la política, bajo cualquiera de sus manifestaciones, debería presidir los CCH porque es aquello que confiere entidad al ataque, tanto generalizado como sistemático, y crea el vínculo entre los actos ilícitos, creando un contexto que hace que estas conductas injustas se conviertan en crímenes especialmente graves, distinguiéndolos de los actos aislados de violencia o de los que se comenten de acuerdo a una iniciativa personal de realizar su plan criminal propio. Como señala Pérez Caballero, el elemento de la política es un filtro necesario que puede definir el vínculo del poder político *de iure* o *de facto* con el ataque cometido contra la población civil¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Ambos, K., *Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves...*, *op. cit.*, p.29.

¹⁶⁶ La Sala II de Primera Instancia del TPIY incluyó explícitamente la tolerancia, aprobación, ratificación, etc. como posibles métodos para llevar a cabo una política al pronunciarse en el sentido siguiente: “*La necesidad de que los crímenes contra la humanidad hayan sido por lo menos tolerados por el Estado, gobierno o entidad también ha sido subrayado en la jurisprudencia nacional e internacional (...)*”. Otros precedentes también ponen de relieve que la omisión deliberada de actuar puede cumplir el requisito de la política. Un ejemplo es *Causa Kupreškić de 2000*, para. 551 a 555 (“aprobado”, “consentido”, “aprobación explícita o implícita”); Proyecto de código de la CDI de 1954 (“tolerancia”); informe de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad, documento de las Naciones Unidas S/1994/674, para. 85 (27 de mayo 1994); Ambos y Wirth, nota 99 *supra*, pp. 31 a 34, citado en ILC, A/CN.4/680, p.76, nota al pie 294.

¹⁶⁷ Márquez Carrasco, C., *Los elementos comunes...*, *op. cit.*, p. 40.

¹⁶⁸ Pérez Caballero, J., *Defensa de los elementos contextual...*, *op. cit.* p. 15.

La cuestión de la caracterización de la entidad detrás de la política es objeto de un importante debate doctrinal y hasta la fecha el Derecho internacional consuetudinario permanece sin clarificarla. La incorporación en el desarrollo normativo de los CCH de los términos *organización o grupo* reflejaría de alguna manera las transformaciones que en la sociedad contemporánea se han producido de las relaciones de poder entre las distintas organizaciones sociales, estatales y no estatales, la evolución de la violencia en las diferentes formas de interacción social y la fuerza de nuevos contextos para desplegar posibles actos ilícitos dentro de esta categoría jurídica de crímenes de Derecho internacional. Con ello, no se trataría de minimizar el rol del Estado, sino de otorgar identidad dentro de los CCH a la política de organizaciones no estatales, ya tengan características estatales o no, por razón de su potencial de victimización, en función del abuso que realizan del poder político, económico o social que ostentan, que es lo que de acuerdo a Bassiouni determina la gravedad de los actos ilícitos, aunque sea opinión del autor que es el abuso del poder político estatal, y quizás no otro, el que produce una victimización a gran escala y convierte un delito en un crimen internacional¹⁶⁹.

Mientras que pudiera parecer aceptado que la entidad detrás de la política no tiene porqué ser estatal y la implicación de un Estado en la realización de CCH ha dejado de ser exigida desde la adopción de la Convención contra el Genocidio¹⁷⁰, no parece que haya consenso sobre el tipo de actores no estatales que podrían integrarse dentro de los términos organización o grupo. Ahora bien, la pregunta que se plantea es si es parte del propósito del desarrollo normativo de los CCH incorporar como sujetos activos a actores no estatales como grupos armados no estatales, rebeldes, paramilitares, civiles armados, que puedan tener alguna característica estatal, como el control de facto sobre el territorio y su población, o también sumar a otras organizaciones como grupos terroristas, organizaciones criminales o empresas transnacionales, con poder o capacidad para desplegar una actividad criminal masiva o a gran escala, e incluso para cooptar, hacer inhibirse o involucrar al Estado en el desarrollo de prácticas criminales que pudieran tipificarse como graves violaciones de derechos humanos dentro de la categoría de CCH.

El Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1991, afirmó que “no se limita a señalar como autores posibles de los crímenes previstos en el mismo a los funcionarios o representantes de un Estado” y que “no excluye la posibilidad

¹⁶⁹ Aunque el autor declara su opinión que es el abuso del poder estatal, y quizás no otro, el que produce una victimización a gran escala y convierte un delito en un crimen internacional, Bassiouni, M. C., *Crimes Against Humanity...*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁷⁰ Márquez Carrasco, C., *Los elementos de los crímenes...*, *op. cit.*, p. 32.

de que simples particulares, dotados de un poder de hecho u organizados en bandas o grupos criminales, puedan también cometer el tipo de violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos a las que se refiere ese artículo, en cuyo caso sus actos caerían dentro del ámbito del Proyecto de código”¹⁷¹. Declaraba el Proyecto de código que la entidad que controlara parte del territorio o que poseyera la capacidad de desplegar organizadamente una multiplicidad de actos criminales podría estar detrás de la comisión de los CCH, sin hacer distinciones entre las entidades estatales o no estatales. A pesar del debate surgido en el seno de la Comisión en torno a este tema, el Proyecto de código de 1996, al igual que hizo en el de 1954¹⁷², añadió el requisito de que para que fueran CCH los actos inhumanos debían estar instigados o dirigidos “por un gobierno o por una organización política o grupo”¹⁷³, señalando además en su comentario a este requisito que “la instigación o dirección por un gobierno o por cualquier organización o grupo, relacionado o no con un gobierno, da al acto mayor importancia y hace que se convierta en un crimen contra la humanidad imputable a los particulares o a los agentes de un Estado”¹⁷⁴, interpretándose de la redacción y de los comentarios a los diferentes Proyectos de código un enfoque, de alguna manera, incluyente de actores no estatales en los CCH.

Las decisiones de los Tribunales *ad hoc*, influenciadas en algunos casos por el Proyecto de código de 1996, se han pronunciado en diferentes casos sobre la cuestión, afirmando la cabida de alguna forma de participación por parte de actores no estatales en la comisión de los CCH. Así el TPIY, en el caso *Kunarac*, declaró que el derecho consuetudinario no exigía el requisito de una política estatal¹⁷⁵ y, por lo tanto, apuntaba a transformar

¹⁷¹ CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1991*, vol. 2, art.21. Violaciones sistemáticas o de derechos humanos, comentario 5 “[...] el artículo no excluye la posibilidad de que simples particulares, dotados de un poder de hecho u organizados en bandas o grupos criminales, puedan también cometer el tipo de violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos a que se refiere este artículo, en cuyo caso sus actos caerían dentro del ámbito del Proyecto de código”, p. 111.

¹⁷² Sin embargo, hay que subrayar que en los Proyectos de código de la Comisión de Derecho internacional anteriores, como el de 1954, la Comisión señaló al explicar la cláusula final del delito contra la humanidad que “A fin de no caracterizar cualquier acto inhumano cometido por un particular como un delito internacional, se consideró necesario disponer que ese acto solo constituye un delito internacional si es cometido por el particular por instigación o con la tolerancia de las autoridades de un Estado”. En *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. 2, 1954, p. 150.

¹⁷³ CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1991*, Vol. 2, *op. cit.*, p. 51.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 52.

¹⁷⁵ Según la opinión de Bassiouni, una declaración errónea.

los CCH en crímenes que incluían actores no estatales¹⁷⁶. En el *caso Tadic*, se señaló que “[A] pesar de que debe existir una política para cometer estos actos, no es necesario que sea una política de Estado”¹⁷⁷ además que “la ley, en relación con los CCH, ha evolucionado hasta tener en cuenta a fuerzas que, aunque no sean las del gobierno legítimo, tienen el control *de facto* sobre un territorio definido o pueden moverse libremente por él”¹⁷⁸, dejando claro que el Derecho internacional no requería más la participación de un Estado en la comisión de los CCH. Esa determinación encontró reflejo en la *causa Limaj*, en la que la Sala de Primera Instancia del consideró que los acusados, miembros del Ejército de Liberación de Kosovo (ELK), podían ser enjuiciados por CCH¹⁷⁹.

Ahora bien, las causas sustanciadas ante estos tribunales internacionales implicaron la acusación de personas actuando en nombre del Estado, de acuerdo con una política estatal, aunque fuese a diferentes niveles administrativos o políticos, o en nombre de actores con características estatales en sus intentos de ejercer control sobre el territorio y hacerse con el poder político. Esto significa que hasta ahora no se han presentado ante estas instancias acusaciones por la comisión de CCH contra actores privados, actuando en ejercicio de sus intereses privados o particulares¹⁸⁰, no pudiendo derivarse análisis alguno sobre cuál hubiese sido la opinión de los tribunales ante estos posibles casos.

El ER pareciera contemplar la posible comisión de CCH por actores no estatales en la formulación que realiza del artículo 7, al aclarar que el ataque es una línea de conducta que implica la comisión múltiple de actos “[...] de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”¹⁸¹. Sin embargo, no queda claro si se hallaba en el espíritu de los redactores del ER incluir dentro de la competencia de la CPI sólo a organizaciones o fuerzas dentro del Estado, desplegarla también hacia organizaciones con características estatales que ejerzan control sobre el territorio y la población y dispongan de la organización y de los recursos para cometer crímenes, como grupos armados no estatales, grupos rebeldes, milicias, organizaciones encabezadas por señores de la guerra, paramilitares, mercenarios o similares¹⁸², o incluso

¹⁷⁶ Bassiouni, M. C., *Crimes against humanity...*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁷⁷ *El Fiscal contra Tadic*, *op. cit.*, para. 655; confirmado en *El Fiscal contra Kayishema*, *op. cit.*, para. 126; *El Fiscal contra Kupreskic*, *op. cit.*, para. 551; *El Fiscal contra Blaskic*, *op. cit.*, para. 205; *El Fiscal contra Bagilishema*, *op. cit.*, para. 78.

¹⁷⁸ *Causa Tadić de 1997*, para. 226.

¹⁷⁹ Véase en CDI, *Primer Informe del Relator...*, *op. cit.*, p. 79.

¹⁸⁰ Shabas, W. A., *State Policy as an Element of International Crimes*, *Journal of criminal law and criminology*, Vol. 98, Issue 3 Spring, p. 954.

¹⁸¹ CDI, *Primer Informe sobre crímenes...*, *op. cit.*, p. 79.

¹⁸² En términos generales, los grupos armados no estatales se definen como aquellas organizaciones

extenderla hacia otro tipo de organizaciones, entendidas en sentido más amplio, que cuenten con la capacidad y con los medios suficientes y necesarios para desplegar la actividad criminal subyacente a los CCH, y entre los que se encontrarían grupos terroristas, organizaciones criminales transnacionales organizadas o corporaciones transnacionales, entre otras.

Reputados autores como Bassiouni argumentan que el ER no aporta un nuevo desarrollo para los CCH con respecto a su aplicabilidad a actores no estatales, y que el texto del párrafo 2 del artículo 7 se refiere claramente a la política de un Estado, y la palabra *organización -organisational policy-* no se refiere a la política de ninguna otra entidad que no sea estatal, excluyendo claramente de su competencia a organizaciones como la mafia o al-Qaeda, que tienen la capacidad de infringir un grave daño en más de un país y que operan a escala mundial¹⁸³. De igual modo, el profesor Shabas¹⁸⁴ es de la opinión que los redactores del Estatuto no tuvieron la intención de ampliar el alcance del concepto organización y atraer hacia la figura de los CCH, en calidad de sujetos activos, a una amplia variedad de entidades subsumibles en la definición genérica del término *organización*, que en su significado más amplio podría incluir desde clubs, sociedades, sindicatos o empresas, hasta mafias, bandas y grupos terroristas.

Admiten, sin embargo, como es el caso de Bassiouni, que experiencias recientes evidencian interacciones sociales violentas que derivan no sólo de la conducta de los actores estatales, sino también de los no estatales, y ello en función de los roles complejos y extraordinariamente flexibles que desempeñan en la sociedad contemporánea, así como de su potencialidad para verse implicados en la participación o la comisión de crímenes como los CCH. Habría que aceptar que esto podría ocurrir cuando el actor no estatal tuviera alguna de las características de los actores estatales, como son el control sobre un

que exhiben las siguientes características: (i) demuestran la voluntad y capacidad de emplear la violencia para perseguir sus objetivos, y (ii) no están integradas en instituciones estatales formales como ejércitos regulares, guardias presidenciales, fuerzas policiales o fuerzas especiales. Por consiguiente, (iii) gozan de cierto nivel de autonomía con respecto a la política, las operaciones militares, los recursos y la infraestructura. Sin embargo, pueden ser apoyadas o instrumentalizadas por los actores estatales en forma encubierta o desembozada, como sucede a menudo con las milicias, los paramilitares, los mercenarios o las empresas militares privadas⁹. Véase a este respecto Hofmann, C. y Ulrich Schneckener, U., *Participación de los actores armados estatales en los procesos de construcción del Estado y de la paz: opciones y estrategias*, International review of the Red Cross, Septiembre de 2011, N.º 883 de la versión original, <https://www.icrc.org/spa/assets/files/review/2011/irrc-883-schneckener.pdf>, C

¹⁸³ Bassiouni, M. C., *Crimes Against Humanit...*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁸⁴ Shabas, W. A., *State Policy as an Element of International Crimes...*, *op. cit.*, p. 972.

territorio definido y su población y el ejercicio de dominio para ello (p. ej., las FARC), admitiendo además que los actores no estatales serían capaces de desarrollar una política organizacional. Es por ello que debían ser considerados, de acuerdo a su opinión, responsables al mismo nivel que actores estatales por CCH. En estos casos, la extensión de la responsabilidad criminal internacional sería necesaria y la discusión en torno a la cuestión del *elemento de la política* sería si extender la responsabilidad criminal por CCH a actores no estatales por analogía a las normas sobre responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos o construir un nuevo concepto de política para actores no estatales que fuera paralelo al concepto de política para actores estatales¹⁸⁵. Shabas, propone abordar la cuestión de los actores no estatales de los CCH mediante la construcción amplia del concepto de la política estatal para aplicarla, tanto a actores no estatales con características estatales, como a actores estatales en sentido formal¹⁸⁶. Es obvio que ambos autores se alejan de cualquier alusión a actores no estatales que no cumplan con algunas de las características atribuibles al Estado como organización, con capacidad para cometer, dirigir, instigar o incluso permitir la comisión de los CCH.

La jurisprudencia de la CPI ha venido sugiriendo que el término *organización* incluye a toda organización o grupo que tenga capacidad y recursos para planificar y llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático. Aplicando un enfoque de apertura o más flexible para la definición de este término en el caso *Katanga*, señaló que el término *organización* incluye a toda organización o grupo que tenga capacidad y recursos para planificar y llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático¹⁸⁷. En esta misma línea, en la *causa Ntaganda*, se confirmaron los cargos contra un acusado relacionado con dos grupos paramilitares, la Unión de Patriotas Congoleños (UPC) y las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC) en la República Democrática del Congo. En ese caso, el Fiscal sostuvo que “la UPC y las FPLC fueron una organización político-militar sofisticada y estructurada, similar al gobierno de un país, por medio de la cual el Sr. Ntaganda pudo cometer CCH”¹⁸⁸. Con respecto a la situación en Kenia, la Sala de Cuestiones Preliminares II confirmó los cargos contra los acusados por CCH debido a su asociación con una *red* de autores “compuesta por eminentes representantes políticos del Movimiento Democrático ‘Naranja’, representantes de los medios de comunicación, antiguos miembros de la policía y del ejército de Kenia, ancianos kalenyin y dirigentes locales”¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Bassiouni, M. C., *Crimes Against Humanity...*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁸⁶ Shabas, W. *State Policy as an element...*, *op. cit.*, p. 972.

¹⁸⁷ *Causa Katanga de 2008...*, *op. cit.*, para. 396.

¹⁸⁸ *Causa Ntaganda de 2012...*, *op. cit.*, para. 22.

¹⁸⁹ *Causa Ruto de 2012...*, *op. cit.*, para. 182.

Así, la Sala II de la CPI ha afirmado que uno de los factores a tomar en cuenta para determinar si un grupo en particular se califica como *organización* bajo el artículo 7 del ER, no es tanto la naturaleza formal de la organización, sino su capacidad de realizar actos que infringen valores humanos, o la capacidad de llevar a cabo un ataque amplio y sistemático contra la población civil¹⁹⁰. Esta interpretación progresiva y funcional de la expresión *política de un Estado o de una organización* es vista como una evolución natural del concepto de CCH en un mundo donde, no solo los actores estatales o actores con características estatales pueden orquestar CCH, sugiriendo que restringir la definición solo a este tipo de entidades llevaría a la impunidad de graves violaciones de derechos humanos y crear importantes lagunas¹⁹¹. Contraria a esta fue la opinión disidente del Juez Kaul de la CPI que, en la misma decisión sobre Kenia, defendió una definición mucho más estricta del término organización al sostener que aquella, construida sobre un

¹⁹⁰ *Kenya Authorization Decision 2010*, Pre-Trial Chamber II of the International Criminal Court. En 2012, la Sala de Cuestiones Preliminares, al determinar si un grupo concreto podía ser considerado una “organización” con arreglo al artículo 7 del Estatuto de Roma, afirmó lo siguiente: “La Sala podrá tener en cuenta varios factores, entre otros: i) si el grupo se encuentra bajo un mando responsable o tiene una jerarquía establecida; ii) si el grupo tiene, de hecho, los medios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; iii) si el grupo ejerce el control sobre una parte del territorio de un Estado; iv) si el grupo lleva a cabo actividades delictivas contra la población civil como objetivo primordial; v) si el grupo manifiesta, de manera explícita o implícita, una intención de atacar a la población civil; vi) si el grupo es parte de un grupo más amplio, que cumple algunos o todos los criterios antes mencionados”. Ver en *Causa Ruto de 2012*, para. 185; véase también *Decisión de Autorización sobre Kenia de 2010*, para. 93; corrección de la *Decisión en virtud del artículo 15 del Estatuto de Roma relativa a la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Côte d’Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr., paras. 45 y 46 (3 de octubre de 2011), véase en ILC, A/CN.4/680..., *op. cit.*, p. 80. A pesar de la opinión mayoritaria sostenida en la Situación de Kenya de la CPI, el juez Kaul manifestó su opinión disidente introduciendo una definición mucho más estricta del término organización al sostener que la construida sobre un enfoque de derechos humanos no es impecable, que choca de plano con el principio de legalidad codificado en el ER, el cual contiene el principio de la construcción estricta de los crímenes, la prohibición de analogía y el mandato de interpretar la definición de un crimen a favor del sospechoso o del acusado en caso de ambigüedad. En su opinión esta definición más amplia o flexible convertiría los CCH en un término utilizado para abordar todo tipo de atrocidades masivas que no fueran estrictamente actos aislados o particulares de violencia e incluir en el ámbito *ratione personae* de la ICC a un gran número de organizaciones con capacidad para orquestar una política de cometerlos ilícitos comprendidos en los CCH de forma masiva o sistemática, que pudieran además ser perseguidos en los lugares en los que se cometieron prescindiendo con ello de los motivos que llevaron en su origen a la tipificación de los crímenes contra la humanidad como crímenes de Derecho internacional.

¹⁹¹ Holvoet, M., *The state or organizational policy requirement within the definition of crimes against humanity in the Rome Statute: An appraisal of the emerging jurisprudence and the implementation practice by ICC states parties*, International crimes database, ICD Brief 2, October 2013.

enfoque de derechos humanos, no era impecable, que chocaba de plano con el principio de legalidad codificado en el ER, el cual contiene el principio de la construcción estricta de los crímenes, la prohibición de analogía y el mandato de interpretar la definición de un crimen a favor del sospechoso o del acusado en caso de ambigüedad. En su opinión esta definición más amplia o flexible convertiría los CCH en un término utilizado para abordar todo tipo de atrocidades masivas que no fueran estrictamente actos aislados o particulares de violencia e incluir en el ámbito *ratione personae* de la CPI a un gran número de organizaciones con capacidad para orquestar una política de cometer los ilícitos comprendidos en los CCH de forma masiva o sistemática, pero que sí pudieran ser perseguidos en los lugares en los que se cometieron, prescindiendo con ello de los motivos que llevaron en su origen a la tipificación de los CCH como crímenes de Derecho internacional¹⁹².

Siguiendo la opinión de Márquez Carrasco, aún quedan por resolver los problemas de calificación y, en consecuencia, de la sanción de los crímenes de organizaciones terroristas, criminales, y desde el análisis de este estudio, organizaciones de otra naturaleza que cuentan con un poder superior al de muchos Estados, que actúan bien en el interior de un Estado, cometen los actos criminales desde el exterior, o adoptan la estructura de redes transnacionales¹⁹³. Es decir, transformado radicalmente el contexto en el que pueden llevarse a cabo CCH, y habiéndose superado el nexo con los conflictos armados, sería necesario determinar con mucha mayor concreción qué tipo de actores podrían incurrir en conductas que den lugar a las más graves violaciones de derechos humanos, quebrantando bienes jurídicos fundamentales, protegidos por las normas que prohíben los CCH¹⁹⁴. A estas lagunas, apunta el profesor Bassiouni, podría responder una nueva convención sobre CCH o la jurisprudencia de la CPI¹⁹⁵ de la que hemos visto ya se desprende un incipiente enfoque más flexible, progresivo y funcional¹⁹⁶ sobre la participación de los actores no estatales en la comisión de estos crímenes de Derecho internacional.

1. 2. 3. 3. El elemento material: el ataque generalizado o sistemático

La noción de *ataque*, como parte del elemento *ataque sistemático o generalizado*, es

¹⁹² *Kenya Authorization Decision 2010, op. cit.*

¹⁹³ Márquez Carrasco, C., *Los elementos de los crímenes...*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 13.

¹⁹⁵ Bassiouni, M. C., *Crimes Against Humanity...*, *op. cit.*, pp. 41 y 42.

¹⁹⁶ Holvoet, M., *The State or organizational policy requirement...*, *op. cit.*, p. 4.

definida en el párrafo 2 del artículo 7 del ER como una *línea de conducta* que implica la *comisión múltiple de los actos ilícitos* que integran el tipo y se encuentra inspirada en la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*¹⁹⁷ que definieron el ataque como la *comisión múltiple de actos* que cumplieran con los requisitos de aquellos actos inhumanos enumerados en los estatutos del TPIY -art. 5- y del TPIR -art. 3-¹⁹⁸.

Lo que la definición del ataque instituye de manera incuestionable es que los actos aislados y fortuitos no tienen cabida en él -p. ej., un funcionario público toma sus armas y decide acabar con la vida de cientos de personas que se encuentran en un espacio público muy concurrido-; que el ataque no se limita a un ataque de carácter militar y que incluye la comisión de los ilícitos incluso a través de medios no violentos -p. ej., medidas estatales en contra de una parte de la población que tuvieran como resultado la quiebra de determinados bienes jurídicos como es el caso del establecimiento del sistema del Apartheid al que hace referencia expresa el TPIR¹⁹⁹-; que los actos pueden ser cometidos por un número indefinido de personas -p. ej., una persona que comete una multiplicidad de crímenes, o bien puede ser un grupo de personas que llevan a cabo una sólo acción contra una población-; que un ataque no ha de estar compuesto por una multiplicidad de crímenes homogéneos -p. ej., asesinato- sino que también puede consistir en una acumulación de diferentes crímenes -p. ej., asesinato, además de la violación sexual de mujeres y traslado forzoso-; y, finalmente, que el acto constitutivo de un CCH puede ser único pero debe formar parte de una línea de conducta que implique su reiteración, bien sistemática o bien generalizada²⁰⁰.

La distinción entre el ataque y los actos individuales debe estar clara y, sin embargo, pueden formularse algunas observaciones sobre la relación orgánica que existe entre ellos. Aunque se parte de la afirmación de que los delitos cometidos deban estar relacionados con el ataque, o comprometidos con el mismo fin y actuar para lograrlo²⁰¹, se plantea hasta dónde puede llegar una lectura más amplia del vínculo existente entre ellos una vez que

¹⁹⁷ Sala de Primera Instancia del TPIR *caso Akayesu*; Sala I de Primera Instancia del TPIR en los casos *Rutaganda y Musema*; La Sala II de Primera Instancia del Caso Kayishema el TPIR.

¹⁹⁸ Ambos, K., *Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves...*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁹⁹ El TPIR pone de ejemplo el caso del establecimiento de un régimen de Apartheid. Véase a este respecto *Prosecutor vs. Akayesu*. Sentencia de 2 de septiembre de 1998. Caso N°. ICTR 96-4 (Trial Chamber) para. 581 en Liñán Lafuente, A., *La tipificación del crimen de persecución...*, *op. cit.*, p. 5.

²⁰⁰ Márquez Carrasco, C., *Los elementos comunes...*, *op. cit.*, p. 19.

²⁰¹ *Kunarac*. Trial Chamber, para. 417; *Tadic*. Sentencia de 31 de enero de 2000. Caso. IT-94-1-A-R77. Appeals Chamber. pars 248 y 259; *Prosecutor v. Mrksic and Others*. Caso N. It-95-13-R61. Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence. 3 de abril de 1996. para. 30.

ha quedado superada la conexión de los CCH con los conflictos armados y la necesidad de ataques violentos estrechamente ligados a los contextos beligerantes.

Con relación al elemento contextual *ataque generalizado*, la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*²⁰², siguiendo a la CDI en la formulación y comentarios al Proyecto de código de 1996, ha contribuido en gran medida a su definición, estableciendo que para que un ataque sea generalizado se requiere una gran cantidad de víctimas o que esté dirigido contra una multiplicidad de víctimas²⁰³, que pueden ser, bien el resultado de múltiples actos, o bien un acto único de extraordinaria magnitud en sus efectos, excluyendo actos aislados de violencia, y determinando que se infiere de él una naturaleza colectiva, masiva y de gran impacto entre una multiplicidad de víctimas en función de los medios, los métodos, los recursos y el resultado del ataque perpetrado contra la población.

Como se ha señalado en la jurisprudencia más reciente, no sólo el carácter cuantitativo determina el rasgo generalizado del ataque, ya que éste puede deducirse también de la dimensión geográfica, al haberse producido sobre diversos lugares en una amplia zona de un territorio²⁰⁴ o en una pequeña zona geográfica contra un gran número de civiles²⁰⁵.

Algunas decisiones de la CPI, indicaron que “la evaluación [sobre un ataque generalizado]

²⁰² La Sala de Primera Instancia en el *caso Tadic*, siguiendo el Proyecto de código de 1996 de la CDI, definió el ataque generalizado refiriéndose a “un gran número de víctimas”; en el *Caso Kayishema* el Tribunal sostuvo que un ataque generalizado deber estar “dirigido contra una multiplicidad de víctimas”; en el *Caso Blaskic* se ha afirmado, citando a la CDI: “Un crimen puede ser generalizado o cometido a gran escala por el efecto cumulativo de una serie de actos inhumanos o el efecto singular de un acto inhumano de extraordinaria magnitud”; en el *Caso Kunarac* que “el adjetivo generalizado connota la naturaleza a gran escala del ataque y el número de sus víctimas”; en el *Caso Ayakesu* se aportó una definición más desarrollada y compleja, al sostener el TPIR que se requiere que el ataque sea «masivo, frecuente, acción de gran escala, realizado de manera colectiva con considerable gravedad y dirigido contra una multiplicidad de víctimas», véase en Márquez Carrasco, C., *Los elementos comunes...*, *op. cit.*, p. 21.

²⁰³ No hay una cifra mínima concreta de víctimas que debe alcanzarse para que un ataque sea “generalizado”; más bien la determinación depende del tamaño de la población civil que supuestamente haya sido objeto del ataque.

²⁰⁴ Como en la causa *Bemba* que la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional consideró que había pruebas suficientes para determinar que un ataque había sido “generalizado” sobre la base de los informes de ataques en diversos lugares en una amplia zona geográfica, incluidas las pruebas de miles de violaciones, fosas comunes y un gran número de víctimas. Ver en *causa Bemba de 2009*, paras. 117 a 124.

²⁰⁵ *Causa Blaškić de 2000*, para. 206; *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Sala de Apelaciones, fallo, causa núm. IT-95-14-/2-A del TPIY, para. 94 (17 de diciembre de 2004); *Causa Bemba de 2009*, paras. 117 a 124.

no es exclusivamente cuantitativa ni geográfica, sino que debe llevarse a cabo sobre la base de los hechos concretos²⁰⁶, haciendo referencia a la necesaria ponderación de otras circunstancias de naturaleza similar de acuerdo al ataque y al contexto en el que se lleva a cabo.

En cuanto al requisito de *ataque sistemático*, la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* y de la de la propia se CPI han venido refiriendo al “carácter organizado de los actos de violencia y la improbabilidad de que ocurran al azar”²⁰⁷; asimismo, el término se ha interpretado como “un plan organizado en cumplimiento de una política común, que sigue un patrón regular y da lugar a una constante comisión de actos”²⁰⁸ o como “patrones de crímenes”, de modo que los crímenes constituyen una “repetición no accidental de una conducta delictiva similar de forma periódica”²⁰⁹. El ataque es sistemático cuando “los autores habían empleado medios y métodos similares para atacar las distintas localidades, a saber, se aproximaban a los objetivos simultáneamente, en gran número y desde diferentes direcciones, atacaban las aldeas con armas pesadas y perseguían sistemáticamente a la población con métodos similares, registrando casa por casa y buscando entre los matorrales, quemando todos los inmuebles y realizando saqueos”²¹⁰. En definitiva, lo que constituye el carácter sistemático del ataque es que aquel resulte de un esquema repetitivo de actos con características similares²¹¹.

Ahora bien, aunque las definiciones anteriores están más o menos claras, la cuestión se vuelve más compleja cuando nos preguntamos si los elementos *generalizado o sistemático* deben estar presentes de un modo conjuntivo o disyuntivo para la comisión de los CCH²¹².

La jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* ha establecido el carácter disyuntivo de los requisitos *generalizado o sistemático*²¹³ para la existencia del

²⁰⁶ *Decisión* de la Sala de Cuestiones Preliminares II de *Autorización sobre Kenia de 2010*, para. 95.

²⁰⁷ *Causa Harun de 2007*, para. 62 (citando *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, fallo de apelación, causa núm. IT-95-14/2-A, párr. 94 (17 de diciembre de 2004), que a su vez cita la *causa Kunarac de 2001*, para. 429); véase también *Decisión de Autorización sobre Kenia de 2010*, para. 96; *causa Ruto de 2012*, párr. 179; *causa Katanga de 2008*, para. 394.

²⁰⁸ CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1996*, p. 51; véase también el informe de la *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1991*, p. 112 (“Por carácter sistemático se entiende una práctica de carácter constante o un propósito metódico de cometer esas violaciones”).

²⁰⁹ *Causa Katanga de 2008*..., *op. cit.*, para. 397; igualmente la *causa Kunarac de 2002*, para. 94.

²¹⁰ *Causa Ntaganda de 2012*..., *op. cit.*, para. 31; véase también *causa Ruto de 2012*, para. 179.

²¹¹ CDI, Primer Informe sobre crímenes..., *op. cit.*, p. 77.

²¹² Bassiouni, M. C., *Crimes Against Humanity*..., *op. cit.*, pp. 11 y 12.

²¹³ *El Fiscal contra Tadic*, *op. cit.*, para. 646-648; *El Fiscal contra Akayesu*, *op. cit.*, para. 579; *El*

crimen. Igualmente la doctrina parece reconocer que los ataques para ser considerados CCH, bastan que sean de carácter generalizado o sistemático²¹⁴. Esta interpretación sobre el requisito del ataque se refleja en el Proyecto de código de 1996 de la CDI²¹⁵. Otros desarrollos normativos, como el Estatuto del Tribunal Híbrido Internacional para Timor Oriental²¹⁶ y el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona²¹⁷, exigen la comisión de estos crímenes de forma sistemática o en gran escala.

Es la redacción del artículo 7 del ER, sin embargo, la que puede traer alguna confusión al respecto. Si bien el párrafo 1 del mencionado artículo dispone claramente el enfoque alternativo al definir los actos como parte de un ataque generalizado o sistemático, en su párrafo 2 exige, por un lado, *la comisión múltiple de actos*, lo que implicaría tácitamente el carácter generalizado del ataque al representar múltiples o una multiplicidad de víctimas, y, por otro lado, que el ataque sea además de *conformidad con o para promover cierta política*, lo que parecería hacer consustancial el carácter sistemático del ataque, e inclinarse así por el enfoque acumulativo.

Ayuda a resolver esta incoherencia el hecho de no confundir el elemento de la política con el requisito de la planificación, la organización exhaustiva y la improbabilidad de que los actos ocurran por azar, que configuran el ataque sistemático, y concebir la presencia del elemento de la política como una manifestación de la necesidad, generalmente

Fiscal contra Kayishema, para. 123; *El Fiscal contra Rutaganda*, para. 67-68; *El Fiscal contra Musema*, paras. 202-203; *El Fiscal contra Blaskic*, para. 207; *El Fiscal contra Kunarac et al.* (Caso N° IT-96-23 Y IT-96-23/1), sentencia de 22 de febrero del 2001, para. 427; *El Fiscal contra Kordic*, para. 178; *El Fiscal contra Bagilishema*, (Caso N° ICTR-95-1A-T), sentencia de 7 de junio del 2001, para. 77; *El Fiscal contra Kunarac* Caso N° IT-96-23&23/1), Sentencia de Apelaciones, 12 de junio de 2002, para. 97; *el Fiscal contra Kajelijeli* (Caso N° ICTR-98-44A-T), Sentencia, 1 de diciembre de 2003, para. 869-870; *el Fiscal contra Semanza*(Caso N° ICTR-97-20-T), Sentencia, 15 de mayo de 2003, para. 328; *el Fiscal contra Kamuhanda* (Case N° ICTR-95-54A-T), Sentencia, 22 de enero de 2004, para. 662-663; *el Fiscal contra Brdjanin* (Caso N° IT-99-36-T), Sentencia, 1 de septiembre de 2004, para. 135; *el Fiscal contra Bisengimana* (Case N° ICTR-00-60-T), Sentencia, 13 de abril de 2006, para. 43.

²¹⁴ Véase por ejemplo, Swaak-Goldman, *Crimes against humanity*, en Mc Donald y Swaak-Goldman (eds.), p. 157. Márquez Carrasco señala acertadamente que "(...) se debe insistir en que se trata de elementos no cumulativos, que cada uno de ellos tiene un significado autónomo, y que sólo uno de ellos es suficiente para definir el ataque típico", en op. cit. Márquez Carrasco, C., Los elementos de los crímenes..., op. cit., p. 18.

²¹⁵ CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1996...*, op. cit.

²¹⁶ United Nations Transitional Administration in East Timor. UNTAET/REG/2000/15, 6 June 2000. REGULATION NO. 2000/15

²¹⁷ Agreement for and Statute of the Special Court for Sierra Leone, 16 January 2002.

reconocida, de este elemento internacional, tanto en la opción sistemática como en la generalizada, en los CCH²¹⁸. La cuestión del ataque generalizado parece, sin embargo, mantenerse inmutable ya que lo que exige es que los *actus reus* imputables a los autores sean múltiples -aunque no haya una cifra mínima concreta de víctimas que debe alcanzarse- independiente que los medios a través de los que se cometan se materialicen en un solo acto de enorme magnitud -p. ej., una bomba que cause al mismo tiempo miles de asesinatos- o en muchas y diversas acciones -p. ej., ejecuciones individuales de personas que se encuentran en un lugar determinado-.

A pesar de la incongruencia que pueda derivarse de la redacción del artículo 7 del ER, la jurisprudencia de la CPI ha afirmado el carácter disyuntivo de los requisitos *generalizado o sistemático* y se ha pronunciado sobre este particular en la *Decisión de Autorización sobre Kenia*, sosteniendo la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte que este elemento contextual generalizado o sistemático se aplica con carácter disyuntivo “[...] de modo que los presuntos actos deben ser generalizados o sistemáticos para que se puedan clasificar como CCH”²¹⁹.

1. 2. 3. 4. Contra la población civil

El artículo 7 del ER señala que el acto que constituye el crimen debe cometerse como parte de un ataque *contra una población civil* y es aquella, en cualquier caso, la titular del bien jurídico protegido por la prohibición de los CCH y constituye el sujeto pasivo del ataque²²⁰.

La locución *contra*, de acuerdo a la jurisprudencia del TPIY, y seguida por la CPI, significa que se exige que una población civil sea el principal objetivo del ataque²²¹ en lugar de una víctima incidental, señalando además que el término hace referencia a la intención y no al resultado físico de los actos²²².

²¹⁸ Ambos, K., *Problemas seleccionados en torno...*, *op. cit.* p. 29. Esta interpretación además es sostenida por la Corte Penal Internacional en la causa Katanga, para. 1112; véase también *Ibid.*, para. 1101; *causa Gbagbo de 2014*, para. 208.

²¹⁹ CDI, *Primer Informe sobre crímenes...*, *op. cit.*, p. 68.

²²⁰ Márquez Carrasco, C., *Los elementos comunes...*; *op. cit.*, p. 25.

²²¹ *Causa Kunarac de 2002...*, *op. cit.*, para. 103.

²²² Véase, por ejemplo, *causa Kunarac*, para. 421 (“El término ‘contra’ especifica que, en el contexto de un crimen de lesa humanidad, la población civil es el principal objeto del ataque”); *Causa Bemba de 2009*, para. 76 y 94; *Decisión de Autorización sobre Kenia de 2010*, para. 82; véase también *causa Ntaganda de 2012*, para. 20 y 21.

Como señala Márquez Carrasco, la expresión una *población civil* fue el objeto central de la primera definición técnico-jurídica de los CCH en el EN y se ha mantenido inamovible hasta el ER. El término *población* indica el carácter colectivo del crimen, requiriendo que exista una multiplicidad de víctimas, algo ya presupuesto en la definición del término ataque. Además debe hacerse una interpretación del término en sentido amplio, ya que el ataque puede cometerse contra una población independientemente de su nacionalidad, origen étnico o cualquier otra característica distintiva, ya sean contra poblaciones nacionales o extranjeras, evitando que las víctimas sean tomadas como tales, no por su asociación a un grupo específico, entre otros motivos porque el elemento o la intención discriminatoria sólo es exigida en el crimen de persecución²²³, sino por su pertenencia al grupo contra el que se dirige el ataque²²⁴.

El término *civil* distingue en su origen a los CCH de los crímenes de guerra, ya que si bien estos últimos se limitan a los actos cometidos contra poblaciones civiles de países ocupados a través de la guerra, los CCH comprenden ataques contra *cualquier* población civil en cualquier momento. Para que una población pueda ser considerada civil en tiempos de conflicto armado, la población objeto del ataque debe tener carácter *predominantemente civil*²²⁵, así la presencia de algunos combatientes dentro de la población no cambia su naturaleza²²⁶, adecuándose este enfoque a otras normas dimanantes del derecho internacional humanitario²²⁷. Ahora bien, una vez que los CCH ya no están vinculados al *ius in bello*, sino al Derecho internacional de los derechos humanos, que requiere la protección efectiva de cualquier persona contra actos inhumanos, es nece-

²²³ Márquez Carrasco, C., *Los elementos comunes...*, *op cit.*, p. 5 y ss.

²²⁴ *Causa Tadić de 1997*, para. 644; *causa Kunarac de 2001*, para. 90; *Prosecutor v. Gotovina*, Sala de Primera Instancia, fallo, causa núm. IT-06-90-T del TPIY, para. 1704 (15 de abril de 2011) (en el que se determinó que el ataque debía ir dirigido contra una población civil, “en lugar de dirigirse contra un número limitado de personas elegidas al azar”).

²²⁵ Véase, por ejemplo, *causa Mrkšić de 2007*, para. 442; *causa Tadić de 1997*, para. 638; *causa Kunarac de 2001*, para. 425; *causa Kordić de 2001*, para. 180; *causa Kayishema de 1999*, para. 128.

²²⁶ Véase, por ejemplo, *causa Mrkšić de 2007*, para. 442; *causa Tadić de 1997*, para. 638; *causa Kunarac de 2001*, para. 425 (“la presencia de determinadas personas que no sean civiles en su seno no cambia el carácter de la población”); *causa Blaškić de 2000*, párr. 214 (“la presencia de soldados en el seno de una población civil que es intencionadamente objeto de un ataque no altera el carácter civil de esa población”); *causa Kupreškić de 2000*, para. 549 (“la presencia de los que participan activamente en el conflicto no debería impedir que una población sea considerada civil”); *causa Kordić de 2001*, párr. 180; *causa Akayesu de 1998*, párr. 582 (“el hecho de que haya determinadas personas entre la población civil cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil”); *causa Kayishema de 1999*, para. 128.

²²⁷ CDI, *Primer Informe sobre crímenes...*, *op. cit.*, p. 71 y ss.

sario encontrar una interpretación más amplia del término civil²²⁸. En tiempos de paz, el enunciado *civil* incluirá a todas las personas, salvo a aquellas que tengan el deber de mantener el orden público y cuenten con medios legítimos para ejercer la fuerza con ese fin en el momento en que sean atacadas²²⁹ y, por lo tanto, en estos periodos, la prohibición de los CCH -al margen de las normas específicas aplicables al genocidio-, es la única norma internacional penal que protege los derechos humanos de toda la población²³⁰.

1. 2. 3. 5. El elemento mental o *mens rea*

Respecto del ataque:

El *conocimiento* del ataque es un requisito de los CCH consagrado en el artículo 7.1 y de él se deduce que el autor debe tener conocimiento del ataque y de que sus actos forman parte de aquel, aunque el “Instrumento de los Elementos de los Crímenes” aclara que el requisito de conocimiento “no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización”²³¹.

Aunque es evidente que el requisito del conocimiento en CCH es específico en cuanto a que sólo se refiere al *ataque* y que, como tal, no debe confundirse con el requisito general de la intención, que se aplica a los actos fundamentales de los CCH²³², la dificultad surge al plantear si para la determinación del requisito del conocimiento tiene que tomarse en consideración el elemento mental general del artículo 30.3 del ER, debiendo tener entonces el autor de los hechos *conciencia* del ataque, o bien se deba suponer que este requisito es un *elemento subjetivo específico* de los CCH del art. 7.1, que tiene que concretarse en base al Derecho internacional consuetudinario, llegando a una definición más amplia del conocimiento, en la que cabría fundamentar la *mens rea* en la representación de un riesgo probable de que los actos llevados a cabo pudieran haber estado conectados con un ataque contra la población civil²³³.

²²⁸ Márquez Carrasco, C., *Los elementos comunes...*, *op. cit.*, p. 29.

²²⁹ *Causa Kayishema de 1999*, para. 127.

²³⁰ Márquez Carrasco, C., *Los elementos comunes...*, *op. cit.*, p. 30.

²³¹ *El Instrumento de los Crímenes*, para. 2, véase a este respecto en Shabas, W., *International Criminal Court...* *op. cit.*, p. 45, nota al pie 70.

²³² Ambos, K., *Problemas seleccionados en torno...*, *op. cit.*, p. 34.

²³³ Liñán Lafuente, A., *La tipificación del crimen de persecución...*, *op. cit.*, p. 27.

Así, por ejemplo, el TPIY considera que el conocimiento también incluye la conducta “de una persona que asume un riesgo deliberado con la esperanza de que éste no cause daños”²³⁴. Esta decisión fue reiterada posteriormente en el *caso Kunarac* al considerar que “el autor debe arriesgarse a que su acto forme parte del ataque”²³⁵. Se trata de lo que se ha denominado “un enfoque orientado al riesgo” que incluye la conducta de una persona que asume un riesgo premeditado con la esperanza de que éste no cause perjuicios. Ahora bien, también hay que señalar que respecto a la aceptación del riesgo como causa de responsabilidad criminal, el propio TPIY concretó *que no* cualquier riesgo puede fundamentar la *mens rea*, sino que *el estándar legal debe ser incorporado una conciencia alta del riesgo y un elemento volitivo del autor*²³⁶.

La disyuntiva que se plantea sobre la cuestión de si el conocimiento del ataque es un requisito de intención general o es un elemento subjetivo de los crímenes, parece resolverse en la introducción general del Instrumento de los Elementos de los Crímenes al señalar que “[C]uando no se hace referencia en los Elementos de los Crímenes a un elemento de intencionalidad (...) se entenderá aplicable el elemento de intencionalidad que corresponda según el artículo 30...”²³⁷. Tomando en consideración que el conocimiento del ataque se menciona de forma separada en el Instrumento para cada uno de los actos criminales enumerados para los CCH, parece ser que sus redactores consideraron el *conocimiento del ataque* del art. 7.1 como un requisito independiente de la disposición contenida en el artículo 30 del ER. En consecuencia, el requisito de conocimiento en el encabezamiento del artículo 7.1 podría ser interpretado de conformidad con el requisito de conocimiento del Derecho Internacional consuetudinario²³⁸ según los Tribunales *ad hoc*, que señala que el conocimiento del ataque debería ser interpretado como la conciencia y asunción del riesgo de que la conducta sea parte de un ataque. Por lo tanto, la *recklessness* o el dolo eventual serían suficientes respecto al elemento contextual²³⁹.

²³⁴ *El Fiscal contra Blaskic*, *op. cit.*, para. 254.

²³⁵ *El Fiscal contra Kunarac*, *op. cit.*, para. 434.

²³⁶ *Blaskic Appeal Chamber*, para. 41. *The knowledge of any kind of risk, however low, does not suffice for the imposition of criminal responsibility for serious violations of international humanitarian law... The Appeals Chamber considers that an awareness of a higher likelihood of risk and a volitional element must be incorporated in the legal standard.*

²³⁷ *El instrumento de los elementos de los crímenes*. Resolución de la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma adoptados de conformidad y por mandato del artículo 9 del Estatuto de Roma, ICC-ASP/1/3, septiembre de 2002.

²³⁸ Márquez Carrasco, C., *Los elementos de los crímenes...*, *op. cit.*, p. 47.

²³⁹ Liñán Lafuente, A., *La tipificación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma...*, *op. cit.*, p. 27.

Respecto de los actos:

El artículo 30 del ER recoge el elemento subjetivo que se aplica en principio con carácter general a todos los crímenes incluidos en él.

El art. 30 del ER dispone: Elemento de intencionalidad

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.

El número 1 del artículo 30 afirma la existencia del dolo para que haya responsabilidad penal, proporcionando una primera aproximación a su definición, haciendo referencia a la conciencia y a la voluntad de realizar los elementos objetivos del crimen²⁴⁰.

En el apartado 2 precisa el contenido de los elementos intelectual y volitivo con relación a los diferentes elementos objetivos del delito. En relación a la conducta, en el apartado a), se exige la voluntad o el propósito de realizar la conducta delictiva que pueda integrarse en las definiciones de los crímenes, aunque esto último dependa de circunstancias ya no pretendidas como su fin. En el apartado b), se refiere al grado de conocimiento y voluntad necesarios en relación con el resultado delictivo. Para considerar dolosa la conducta el precepto considera dos posibilidades, bien que el resultado sea el propósito del sujeto -dolo de primer grado-, bien que el sujeto sea consciente de que el mismo se producirá como una consecuencia de su actuar en el curso normal de los acontecimientos, lo que se refiere a una probabilidad *sustancial*, excluyendo los resultados escasamente probables²⁴¹.

Ante esta cuestión se ha abierto un importante debate jurisprudencial y doctrinal sobre la admisión del dolo eventual como elemento intencional suficiente. La CPI, al igual

²⁴⁰ Gil Gil, A., y Macula, E. (Dirs.), *Derecho penal internacional*, Dykinson, 2016, p. 194.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 95 y 96.

que los Tribunales *ad hoc*, parece admitir el dolo eventual²⁴², el “enfoque orientado al riesgo”, en una errónea equiparación entre el dolo eventual y *advertent recklessness*²⁴³, e incluso la *virtual certainty* o la práctica certeza de la producción del resultado delictivo²⁴⁴. La doctrina se encuentra dividida entre la admisión del dolo eventual²⁴⁵ y la exigencia de un dolo directo de segundo grado²⁴⁶, que además identifican con la necesidad de que el resultado se prevea como una consecuencia prácticamente segura de la acción.

De acuerdo con Gil Gil, “[...] el precepto debería interpretarse en el sentido de excluir simplemente la representación de la causación del resultado como producto de un curso causal altamente improbable, pero sin que deba exigirse tampoco una alta probabilidad del mismo o que sea prácticamente seguro”²⁴⁷. Dice la autora que en este sentido “resultarían típicos y abarcados con dolo eventual los resultados previstos como probables (aunque la probabilidad no resultara muy alta) que no constituyeran el fin perseguido por el sujeto al actuar (dolo directo de primer grado) ni una consecuencia necesariamente unida a la consecución de su fin (dolo directo de segundo grado), con cuya probable producción en sujeto cuenta”²⁴⁸.

²⁴² ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo, PTC I, “Decision on the Confirmation of Charges” (ICC-01/04-01/06-803-Ten), 19.01.2007, S 359 ss.

²⁴³ ICC, *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, PTC I, “Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean Pierre Bemba Gombo” (ICC-01/05-01/08- 424), 15.06.2009, S 357; Prosecutor V. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta, PTC II, “Decision on the confirmation of charges” (ICC -01/09-02/11), 23.01.2012, S411; Le Procureur c. Germain Katanga, TC II, “Jugement rendu en applications de l’ article 74 du Statut” (ICC-01/04-01/07), 07.03.2014, S 775.

²⁴⁴ ICC, Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, PTC I, “Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean Pierre Bemba Gombo” (ICC-01/05-01/08- 424), 15.06.2009, S 360; ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo, AC, “Judgement on the appeal of Me Tomas lubanga Dyilo against his conviction” (ICC – 01/04-01/06-3121- Red), 01.12.2014, § 447 ss; ICC, Katanga, TC II, “Jugement”, cit., S 776

²⁴⁵ Véase a este respecto Gil Gil, A., *Mens Rea in Co-Perpetrations and Indirect Perpetration According to Article 30 of the Rome Statute*, *International Criminal Law Review*, n.14, 2014, pp. 1-33.; Olásolo, H., *Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional*, *InDret*, n.3, 2009 lásolo, Piragross y Robison.

²⁴⁶ Ambos, K., *Treatise on International Criminal Law*, vol. I, Oxford: OUP, 2013; Schabas, W., *The International Criminal Court*, Oxford, OUP, 2010.

²⁴⁷ Gil Gil, A. y Macula, E. (Dirs.), *Derecho penal internacional...*, *op. cit.*, p. 96.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 97.

1. 2. 4. Los crímenes contra la humanidad como marco conceptual y/o convencional para los *crímenes económicos contra la humanidad*

Los argumentos a los que se podrían recurrir para explicar por qué la figura de los CCH debiera constituir el marco conceptual, o incluso convencional, más adecuado para la prevención y la sanción de las formas contemporáneas de *violaciones graves de derechos humanos*, que encajarían con aquellas conductas que pudieran integrarse dentro de la expresión *crímenes económicos contra la humanidad*, son varios y se exponen a continuación.

El primero de ellos es que los CCH son especialmente trascendentes por el rango que ocupan entre las normas de Derecho internacional. La prohibición de los CCH tiene naturaleza imperativa, jerarquía normativa respecto al resto de normas *por tratarse de ius cogens internacional*, genera obligaciones frente a toda la comunidad internacional y son de carácter inderogable. Se trata de una categoría jurídica que protege los *valores más esenciales* del ser humano, los cuales se hallan actualmente reflejados en el cuerpo internacional de los derechos humanos, y que constituyen *per se* un principio constitucional del Derecho internacional contemporáneo. De hecho, si bien en el origen de los CCH, la expresión *valores esenciales del ser humano* se encontraba unida a los denominados *principios de humanidad* contenidos en la Cláusula Martens de protección de la población civil en tiempo de guerra, el desarrollo experimentado por esta categoría de crímenes, en la que influyó notablemente la evolución del Derecho internacional de los derechos humanos, hace evidente el vínculo de dicha expresión con la idea de los *valores intrínsecos a la dignidad de toda persona*, los cuales han sido reconocidos en el cuerpo internacional de los derechos humanos. La definición de estos valores y sus necesidades de protección, han evolucionado en el devenir de la sociedad contemporánea, la cual ya no se ve solo asolada por conflictos bélicos, sino también por otras formas de interacción social violentas, las cuales exigen de la intervención del Derecho internacional y del Derecho internacional penal para su adecuada prevención, sanción y represión en función de los ataques que representan para la humanidad.

La segunda razón, es que los CCH no dejan de ser una categoría de delitos abierta o flexible al poder percibirse una extensión *ratione materiae* de esta figura en la evolución de su definición. En la medida que se han ido verificando graves comportamientos ilícitos no previstos en la figura, y que constituirían graves violaciones de derechos humanos, se han ido incorporando y tipificando en instrumentos jurídicos convencionales. Este es el caso de los CCH de esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, incorporadas en el ER, crímenes que fueron abordados por los Tribunales internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia, Ruanda, y en el Tribunal Híbrido para

Timor Oriental y que han sido finalmente incorporados al ER. Los CCH mantienen, de otro lado, una cláusula de carácter residual denominada *otros actos inhumanos de carácter similar*, la cual es necesaria para asegurar que ningún crimen, que cumpla las exigencias sustantivas de los CCH y sea por tanto lo suficientemente grave, quede impune por la falta de imaginación de los redactores²⁴⁹. Esto lleva a pensar que efectivamente la figura de los CCH se encuentra abierta a incluir en su ámbito material injustos que inicialmente no hayan sido observados como especialmente gravosos, así como conductas que se hayan ido produciendo en el acontecer de los conflictos sociales que afectan a la sociedad internacional y constituyan un ataque a los valores esenciales del ser humano y a la humanidad. Aunque es cierto que la relación de los actos que se han ido integrando en la categoría de los CCH forman parte de las violaciones al *núcleo duro* de derechos humanos, como por ejemplo las desapariciones forzadas, el encarcelamiento arbitrario, la violación sexual o los embarazos forzados, etc, los cuales protegen bienes jurídicos como la vida, la integridad física, la salud, es decir, los denominados derechos inderogables²⁵⁰ y que constituyen el consenso sobre los actos que violan las normas de *ius cogens*, la diligencia de una visión más panorámica y contemporánea sobre las formas de vulneración de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, en función de su igual valor normativo²⁵¹ y posible carácter imperativo²⁵², así como una interpretación teleológica de los propios CCH, podría abrir el camino hacia la criminalización internacional de formas contemporáneas de victimización, como son los graves delitos económicos, las graves agresiones contra el medio ambiente, actividades privadas desarrolladas en entornos de riesgos y con un gran impacto sobre los derechos humanos, hasta otras formas tales como el terrorismo y el narcotráfico²⁵³.

La tercera, y última razón, está relacionada con el hecho de que los CCH ofrecen un marco normativo para prevenir, perseguir, sancionar y reparar a las víctimas por la comisión de crímenes que constituyen graves violaciones de derechos humanos cuando el régimen internacional de protección de derechos humanos es notoriamente insuficiente para dirimir la responsabilidad de los autores de dichas atrocidades o cuando las juris-

²⁴⁹Jyrkkiö, T., *Other Inhumane Acts' as Crimes Against Humanity*, Helsinki Law Review 2011/1, p. 184.

²⁵⁰Aunque ya hemos señalado que realmente ninguno es en sí totalmente derogable.

²⁵¹En atención a la *Conferencia de Viena de Derechos Humanos de 1993* en la que se establece que todos los derechos humanos son inherentes al hombre, se encuentran interrelacionados y son interdependientes.

²⁵²Interpretación que encuentra su raíz en el *Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969*.

²⁵³Sobre la formas de criminalidad que deben ser combatidas por el derecho penal internacional ver Ambos, K., *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V; pp. 47 y 48.

dicciones domésticas se muestran incapaces o con falta de voluntad para la persecución de dichas aberrantes conductas. El Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional penal, como subsistemas, aunque interactúan y se influyen mutuamente, tienen por objeto y funciones ámbitos de aplicación distintos. El Derecho internacional de los derechos humanos tiene una función eminentemente protectora, establece un catálogo de derechos humanos, los cuales deben ser respetados, protegidos y promovidos *a priori* sólo por los Estados, dando lugar a la falta de observancia sobre las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos al surgimiento de la responsabilidad estatal. El Derecho internacional penal, por el contrario, se caracteriza por tener una función protectora indirecta a través de la disuasión, que debe ser igual de efectiva que la persecución y la sanción, así como de afirmación de la importancia de los valores normativos protegidos, y que opera sobre el establecimiento de un catálogo de delitos y que da lugar a la responsabilidad penal individual de los perpetradores por la comisión de las conductas subyacentes a dichos crímenes. Para los CCH opera el principio de no prescripción, lo que significa que pueden ser perseguidos cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, así es afirmado en el ER²⁵⁴, en instrumentos convencionales tales como las Convenciones sobre imprescriptibilidad de la Naciones Unidas²⁵⁵ y del Consejo de Europa²⁵⁶, y en otros de *soft law* como los “Principios y directrices básicas sobre el derecho al remedio y a la reparación para víctimas de graves violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario”. Respecto a esta categoría de crímenes no aplican los estatutos de limitación e inmunidades que afectarían a los Jefes de Estado o la excusa por obediencia a órdenes de superiores y además, los estados tienen respecto de los responsables la obligación de extraditar o juzgar *-aut dedere aut judicare-*, lo que significa que si ante una orden de extradición, por una causa u otra, ésta no se concede, el Estado debe extender su jurisdicción para perseguir el delito de forma justa y efectiva²⁵⁷. Por último, los CCH se pueden dirimir bajo un sistema de justicia internacional y para ellos opera un principio de jurisdicción universal²⁵⁸, la cual está basada en la teoría del carácter internacional de la ofensa, y otorga al Estado la facultad de ejercer jurisdicción sobre un CCH independientemente de las cuestiones

²⁵⁴ Artículo 29 del Estatuto de Roma, aunque incluye también lo no retroactividad en los artículos 7 y 24.

²⁵⁵ ONU, *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 26 de noviembre de 1968*.

²⁵⁶ CE, *Convención Europea sobre imprescriptibilidad de 1974*, Consejo de Europa.

²⁵⁷ Remiro Brotóns, A., *La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales estatales: el principio de universalidad*, Capítulo XXX (parágrafo CLII) de la obra *Derecho Internacional*, de la que es autor principal, objeto de una nueva edición en 2007, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 494 y 495; Bassiouni, M. C., *Crimes Against Humanity...*, *op. cit.*, p. 271.

²⁵⁸ Como facultad o como obligación.

de nacionalidad, territorio o cualquier otro vínculo entre el Estado y el criminal²⁵⁹, y ello porque este principio considera que cada Estado tiene un interés en ejercer jurisdicción para combatir los crímenes que todas las naciones han condenado. También la CPI es un órgano judicial de carácter internacional que tiene competencia complementaria respecto de las jurisdicciones domésticas en los CCH, salvo en los casos que actúe de oficio la Fiscalía o a instancia del Consejo de Seguridad, que dirime la responsabilidad penal de personas naturales por graves violaciones de derechos humanos. Este punto de vista quedaría reforzado por la tendencia a subrayar que la efectividad del Derecho penal internacional no ha de recaer en la CPI, sino en la acción firme de los Estados a través de los ordenamientos nacionales y la capacidad institucional para prevenir, investigar, extraditar y/o enjuiciar estos crímenes. Los Estados deben cumplir con obligaciones que tienen carácter *erga omnes* porque derivan de normas fundamentales de *ius cogens* y del Derecho internacional consuetudinario²⁶⁰. Pero cuando esto no ocurre, la competencia del único tribunal permanente de carácter internacional, como es la CPI, puede desplegar su fuerza y evitar que los crímenes más graves y sus responsables queden impunes. Antes este tipo de violaciones graves de derechos humanos las víctimas particulares y toda la humanidad esperan y merecen la mayor prevención, protección y reparación, con todos los medios posibles y al alcance de la comunidad internacional.



²⁵⁹ Carnigie citado en Bassiouni, M. C., *op.cit.*, p. 280.

²⁶⁰ Washington University School of Law, Whitney R. Harris World Law Institute, *Iniciativa sobre Crímenes de Lesa Humanidad*, Agosto 2010. Original: Inglés, Propuesta de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad; M. Cherif Bassiouni, M. C., *Crimes Against Humanity: The Case for a Specialized Convention*, Washington University Global Studies Law Review. Volume 9, Issue 4, 2010, pp. 592-593.

Capítulo 2.

De los crímenes contra la humanidad a los *crímenes económicos contra la humanidad*: estudios de casos

2. 1. LAS FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DE LOS *CRÍMENES ECONÓMICOS CONTRA LA HUMANIDAD*.

Acontecimientos que tienen lugar en un contexto de transformación política, económica, social y cultural en la sociedad contemporánea, impulsados por el propio proceso de globalización neoliberal, han puesto de manifiesto la posibilidad de graves violaciones a los derechos humanos que no se encuentran enmarcadas en los supuestos tradicionales de ofensas exclusivamente atribuibles al Estado. Sin embargo, estas sí suponen formas modernas, igualmente graves, generalizadas o sistemáticas de agresión contra la dignidad humana y aquellos valores reconocidos por la sociedad internacional en su conjunto, lo que exigiría una tipificación y un régimen de sanción y de persecución tan severo como el que existe para crímenes clásicos de derecho internacional como son los CCH.

Algunos de los ejemplos que evidencian esta tesis se encuentran ilustrados en casos de corrupción estatal, malversación y expolio de las arcas públicas, apropiación indebida, blanqueo de capitales, abuso de funciones y, por ende, el sometimiento de la población de países que sufren esta lacra a extremas condiciones de vida, las cuales han provocado verdaderos estados de emergencia social y que afectan a todas las regiones del mundo. La corrupción política se encuentra necesariamente vinculada a la comisión de otros delitos de carácter económico, entre ellos los delitos de “cuello blanco”, cuya expansión ha sido posible en las últimas décadas debido a la construcción de un *espacio global sin control*¹ en el que la libertad del flujo de capitales se encuentra vinculada a la desregu-

¹ Villoriay, M., y López Pagán, J., *Globalización, corrupción y convenios internacionales: dilemas y propuestas para España*, Real Instituto El Cano, Documento de Trabajo 42/2009

lación de los mercados, a la falta de transparencia, al secreto bancario, la inversión de capitales en paraísos fiscales, y a otro tipo de conductas fuera de la ley. La organización Transparencia Internacional ha lanzado en el año 2016 la campaña “Unmask the Corrupt”, que expone los 15 casos más emblemáticos de corrupción a nivel mundial. Entre ellos caben destacar el de Guinea Ecuatorial, donde su presidente Teodor Obiang, su familia y colaboradores más directos, han amasado una fortuna incalculable de la mano de la comisión de graves delitos económicos en torno a los ingresos que reporta principalmente el petróleo, mientras que una parte sustancial de su millón de habitantes vive en la extrema pobreza y en la más terrible de las opresiones. El caso de Mohamed Hosni Mubarak, derrocado presidente de Egipto y acusado de desviar mil millones de dólares de fondos oficiales. La corrupción política de Ricardo Martinelli, expresidente de Panamá, y sus aliados cercanos, acusado de desviar 100 millones de dólares de dinero oficial, a la par de violar derechos humanos. La causa de Felix Bautista, senador de la República Dominicana, que se habría enriquecido con millones de dólares en fondos del Estado, siendo dueño de más de 150 propiedades, pese a tener un salario bajo. Sus conexiones políticas parecen hacerlo intocable. El caso de Viktor Yanukovych, expresidente de Ucrania, acusado de malversación de fondos, cuando una cantidad inmensa de activos estatales terminaron en manos privadas, según las acusaciones en su contra. También caben mencionar casos en los que este tipo de graves conductas se consustanciaban con prácticas de terrorismo de Estado como fue la causa Olmos en Argentina, en la que se denunció al ministro de economía durante la dictadura, Martínez de la Hoz, y a otros funcionarios del Banco Central por administración fraudulenta, entre otros cargos. A pesar de que un juez federal sobreseyera a los imputados, acreditó los varios mecanismos fraudulentos investigados, asegurando que el país había sido puesto de rodillas².

Otros acontecimientos se relacionan con hechos de reciente actualidad como ha sido el colapso del sistema financiero mundial en el año 2008, el cual salió a flote por la infusión de billones de dólares procedentes de las arcas públicas. En el transcurso de un año, tres de los cinco bancos de inversión más grandes del mundo se derrumbaron con repercusiones planetarias. Las organizaciones de derechos humanos que han analizado el impacto de este colapso han destacado la destrucción masiva de empleos y la erosión de los estándares de vida de la ciudadanía que condujeron a millones de personas a la pobreza. Miles de familias perdieron sus casas y han tenido que enfrentar los efectos de una limitación del crédito. Se calcula que 8.8 millones de americanos quedaron sin trabajo. La recesión y el desempleo condujeron a un incremento en el número de sui-

23/07/2009, p. 5.

² Conversación sostenida con Alejandro Jasinski, Investigador del Programa Verdad y Justicia el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación de Argentina.

cidios entre la población masculina en Norte América y en Europa en el año 2009³. Se calcula que 700 billones de dinero público se emplearon en el rescate de las instituciones financieras mientras se produjeron importantes recortes o ajustes en gastos sociales, necesarios para hacer frente a la tragedia humana sufrida por las víctimas del colapso financiero. La crisis global puso de manifiesto una sensación colectiva de impunidad de las entidades o de las personas responsables de estas conductas, aparentemente invisibles, que por la gravedad de su naturaleza y de sus consecuencias, bien podrían ser calificadas como criminales. La Comisión del Congreso norteamericano creada en el 2009 para investigar los orígenes y las causas de la crisis concluyó que la debacle se hubiera podido evitar si no hubieran existido fallos en los sistemas de regulación y supervisión financiera del gobierno y de las empresas, en las prácticas contables y de las auditoras, y en la transparencia de las transacciones⁴. Ahora bien, algunos expertos del sector financiero como Shoshana Zuboff, consideran que culpar únicamente al sistema no es aceptable cuando hay personas concretas que toman las decisiones, ya que “[E]llo sería equivalente a culpar de los crímenes nazis a la ideología como ente abstracto, y no a las personas que los llevaron a cabo”⁵.

Este escenario de crisis financiera y económica, que ha tambaleado los cimientos sociales y políticos del llamado Estado de Bienestar, se ha repetido después en otras regiones del mundo, principalmente en Europa⁶, habiendo sido particularmente significativos los casos de Grecia y España. En el Estado español la crisis fue causada como consecuencia de la alta exposición financiera al sector inmobiliario, teniendo como resultado una caída de su producto interior bruto, comenzado éste a ser negativo desde el año 2009. En respuesta a esta situación, en el año 2012, el Gobierno de España requirió de asistencia al Fondo Europeo de Estabilización Financiera para la recapitalización de sus instituciones financieras. El Eurogrupo aprobó el apoyo, que ha ascendido a una cifra superior a los 60.000 millones de euros⁷, y estableció un programa de 11 meses por

³ Según la investigación, en Estados Unidos y Canadá, los suicidios masculinos incrementaron en casi un 9% en el 2009, mientras que las tasas fueron de un 13.3% en países nuevos miembros de la Unión Europea. *British Medical Journal*, <http://money.cnn.com/2013/09/18/news/economy/financial-crisis-suicide/>

⁴ Benaría, L. y Sarasúa, C., *Delitos y crímenes económicos contra la humanidad*. Revista de Economía Crítica, No. 12, Segundo Semestre, 2011.

⁵ Zuboff, S., *Wall Street's Economic Crimes Against Humanity*, Businessweek, March 20, 2009, http://www.businessweek.com/managing/content/mar2009/ca20090319_591214.htm

⁶ Véase informe de Save the Children sobre pobreza infantil en Europa, <http://www.rightingfinance.org/?p=1011>

⁷ De acuerdo a datos ofrecidos por el Banco de España, http://www.elconfidencial.com/empresas/2013-09-08/cuanto-ha-costado-de-verdad-el-rescate-de-la-banca-100-000-millones-de-euros_25562/

medio de un Memorando de Entendimiento. Este instrumento contemplaba la adopción por parte del Estado de reformas en el sector financiero y en el laboral, que fueron acompañadas de un abanico de políticas de ajuste o medidas de austeridad para la estabilización y la eficiencia presupuestaria, que han provocado un serio impacto sobre los derechos fundamentales a la educación, la salud, la justicia, la libertad de expresión, entre otros⁸. Igualmente, la crisis ha dejado un número de desempleados superior al de los 6 millones de personas en sus peores momentos -el 27.16% de la población activa en 2013⁹ y el 21,18% para el 2015¹⁰-, afectando especialmente a la población más joven y a las personas trabajadoras con menor cualificación¹¹. De los 4,15 millones de las personas desempleadas registradas actualmente, sólo el 54,4% estaba cubiertas por alguna prestación de desempleo -al comenzar la crisis esta tasa era del 70%-, lo que quiere decir que hay dos millones sin ella, además de los 360.000 que no han tenido empleo anterior y otros colectivos que no han generado derecho¹². Estos datos no pueden analizarse

⁸ En educación se practicó una reducción del 5% del salario de los empleados públicos y un incremento de la ratio estudiante /profesorado, se limitaron las tasas de reposición y se llevó a cabo un recorte general del presupuesto en el sector que tuvo un impacto muy significativo sobre la dotación de becas para matrículas, libros y comedor, afectando a las familias con ingresos más bajos. En materia de sanidad se disminuyó el gasto haciéndose negativo en términos reales para los años 2010 y 2011, sintiéndose los recortes fundamentalmente en la partida de medicamentos, se modificó el sistema de acceso al sistema sanitario, excluyendo de él por ejemplo a los inmigrantes irregulares, salvo para los casos de emergencia, se introdujo el copago sanitario en algunos casos y se llegó a considerar la privatización de hospitales en algunas comunidades autónomas. Las políticas de ajuste llegaron igualmente a otros campos como las pensiones -aplicando un aumento de la edad de retiro, la ampliación del número de años cotizados y una modificación de la base del cálculo para la pensión- el acceso a la justicia -fundamentalmente mediante la extensión del pago de tasas de acceso a las personas naturales- y la libertad de expresión y asamblea -ejerciendo represión y violencia física por las fuerzas policiales y la adopción de la Ley de Seguridad Ciudadana, la denominada “Ley Mordaza”, que puede llegar a vulnerar derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, a la libertad personal y principios como el de la presunción de inocencia o el de seguridad jurídica-. Véase a este respecto el informe EP, *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU*, Country report on Spain. Policy Department: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs. Study for the Libe Committee, European Parliament, 2015.

⁹ Esta cifra pertenece a los datos relativos al primer trimestre de 2013. Encuesta de población activa de 2013.

¹⁰ Véase a este respecto, <http://www.ine.es/>

¹¹ La reducción de la cifra de personas desempleadas se ha conseguido, de acuerdo con la opinión sostenida por sindicatos mayoritarios, la oposición, movimientos sociales, y al análisis de varios medios de comunicación, sobre la base de los contratos en precario introducidos por la reforma laboral del año 2010 y a la bajada de la población activa.

¹² http://economia.elpais.com/economia/2015/12/04/actualidad/1449236198_818708.html

aisladamente del problema de los desahucios y de las aproximadamente 600.000 ejecuciones hipotecarias¹³ que se han llevado a cabo en este periodo sin poner a disposición de las familias y de las personas afectadas medios alternativos de refugio para llevar una existencia digna, dejándoles en una situación de gran vulnerabilidad o incluso de desamparo. Este escenario además se ha visto agravado por los casos de insolvencia a largo plazo por las deudas personales vinculadas a las hipotecas de las personas desahuciadas bajo la vigencia de la Ley de enjuiciamiento civil española, la cual ha sido declarada por el Tribunal de Justicia Europeo contradictoria con la directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre derecho de los consumidores¹⁴. Sostiene el órgano judicial que la ley no garantiza a la ciudadanía una protección suficiente frente a cláusulas abusivas en las hipotecas, como las que no admiten la dación en pago y generan deudas remanentes, llevan a las familias afectadas por estos procedimientos a la exclusión social y la pobreza. La envergadura del impacto de la crisis y de las medidas de austeridad adoptadas frente a la misma han puesto de manifiesto la exposición de la población a una grave y generalizada violación de derechos económicos, sociales y culturales¹⁵ -los derechos a la salud, a la educación, a la vivienda, a condiciones dignas de vida, de empleo, a la seguridad social- particularmente en relación con el cumplimiento de los principios de progresividad, no regresividad e igualdad que los informan, así como también de derechos civiles y políticos -el derecho de acceso a la justicia, los derechos de asociación, reunión, manifestación- lo que todo ello ha puesto en cuestión la capacidad del Estado para dar cumplimiento a sus compromisos internacionales en materia de derechos fundamentales y ha llamado la atención sobre la responsabilidad en materia de derechos

¹³ <http://www.elmundo.es/espana/2015/06/23/5588055fe2704e960b8b457a.html>

¹⁴ El 14 de marzo de 2013 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictaminó que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que regula el procedimiento de ejecución hipotecaria, no garantiza a los ciudadanos una protección suficiente frente a cláusulas abusivas en las hipotecas y vulnera, por tanto, la normativa comunitaria, en concreto la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre protección a los consumidores*. Sostiene el órgano judicial que la ley no garantiza a los ciudadanos una protección suficiente frente a cláusulas abusivas en las hipotecas, como las que no admiten la dación en pago y generan deudas remanentes y que llevan a las familias afectadas por estos procedimientos a la exclusión social y la pobreza. En este contexto, no sólo no se han adoptado las medidas necesarias para proteger a los ciudadanos de una norma a todas luces contradictoria a los derechos fundamentales, sino que el gasto público en vivienda desde la crisis no ha hecho más que disminuir, reduciéndose en más de la mitad desde el año 2008 al 2015, véase a este respecto AI, *Derechos desalojados. El derecho a la vivienda y los desalojos hipotecarios en España*, Amnistía Internacional, 2015, p. 6.

¹⁵ Y ello en virtud de la magnitud de la afectación sobre la población, ya que es desde este punto de vista que el Parlamento Europeo analiza la grave violación del derecho a la vivienda en España, en virtud del alto número de porcentajes hipotecarios, véase a este respecto EP, *The impact of the crisis on fundamental...*, *op. cit.*, p. 86.

humanos de las instituciones financieras internacionales -y por qué no sobre la responsabilidad extraterritorial de los Estados partes en ellas- por razón de las repercusiones que sus exigencias para con los Estados afectados por crisis financieras, y muy expuestos a las deudas internacionales, tienen sobre la ciudadanía y la realización de los derechos internacionalmente reconocidos.

Esta misma preocupación sobre los mandatos y las actividades de las instituciones financieras internacionales se suscita para los proyectos de inversión financiados por estas en los cuales se ha podido constatar la grave violación de los derechos humanos de las poblaciones afectadas por los mismos. La investigación “Desplazados por el Progreso”, publicada en Planeta Futuro, en colaboración con el Consorcio de Periodistas Internacionales, The Huffington Post y otros medios internacionales, denunciaron como los proyectos financiados por el Banco Mundial se saldaron con el desplazamiento forzoso de miles de personas en países y el engullimiento de cientos de campos de cultivo en América Latina, África y Asia. El caso de una hidroeléctrica en Guatemala, el de una mina en Ghana o la reubicación de poblados enteros en Etiopía han sido cubiertos con reportajes de gran profundidad, para mostrar la realidad de quienes han visto cómo las infraestructuras les traían más miseria que beneficios¹⁶.

Otros hechos que ponen de manifiesto nuestra tesis están relacionados con la aparición de otras crisis concatenadas a la del 2008, como la crisis de alimentos, cuyos efectos más devastadores recayeron en las poblaciones de los países más pobres del Sur global. Así, desde el 2007, tanto Estados Unidos como la Unión Europea, han prestado ayudas ingentes a la industria agrícola y de biocombustibles que está en manos de varias empresas multinacionales en forma de subsidios y exenciones fiscales. La mayor parte de los biocombustibles que se utilizan actualmente en Europa se han generado a partir de cultivos como la soja, el trigo, la colza, el maíz, o el aceite de palma, que antes estaban destinados a la alimentación de poblaciones locales. Se estima que el volumen de producción utilizado para estos nuevos fines equivaldría a la cantidad necesaria para alimentar a 100 millones de personas. Este cambio ha desatado una mayor inseguridad alimentaria, acaparamiento de tierras y erosión medioambiental en países como Indonesia, Camboya, Guinea Bissau, Nigeria, Argentina y un largo etcétera¹⁷. En el año 2008, los precios del trigo y del maíz aumentaron un 25 por ciento. Hubo revueltas en 40 países y 130 millones de hambrientos más. El hambre es hoy la principal causa de muerte en el mundo, incluso por delante de las guerras, las enfermedades cardiovasculares o el

¹⁶ http://elpais.com/elpais/2015/10/06/planeta_futuro/1444151721_613374.html

¹⁷ <http://www.theguardian.com/global-development/poverty-matters/2013/nov/26/burning-food-crops-biofuels-crime-humanity>

cáncer¹⁸ y el derecho a una alimentación adecuada está reconocido en instrumentos internacionales¹⁹. Mientras tanto, multinacionales como Bunge, DuPont, Cargill, ADM o Syngenta controlarían más del 70 por ciento de la oferta de cereales e impondrían sus precios con la cooperación de entidades financieras como Goldman Sachs, JP Morgan, Bank of America, Santander, BBVA y Deutsche Bank, que especulan con el precio de los alimentos. Si bien es cierto que existe una amplia gama de factores que afectan la disponibilidad de alimentos y sus precios, entre ellos las dinámicas de la demanda de consumo y las condiciones climatológicas variables, como las sequías que generan una gran inestabilidad en los mercados²⁰, estos factores por sí mismos no acabarían de explicar el repunte en el precio de los alimentos que se produjo desde el año 2000, después de 4 décadas de precios a la baja. Algunos expertos afirman que sólo la alteración en los precios y la importancia de que nuevos actores financieros se hayan comenzado a interesar por la compra de activos en los mercados agrícolas²¹ podrían explicar este repunte. Ziegler denunció el aumento de precios en alimentos básicos que se produjo en el 2008 a causa de la especulación, afirmando que “son las estructuras económicas criminales

¹⁸ Caño, X., *Hacia los procesos por crímenes económicos contra la humanidad*, 2013, véase en <http://contralinea.info/archivo-revista/index.php/2013/03/24/hacia-los-procesos-por-crimenes-economicos-contra-la-humanidad/>

¹⁹ El Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y se desarrolla en la Observación General número 12 del Comité DESC.

²⁰ *Betting on Hunger: Is Financial Speculation to Blame for High Food Prices?* Food prices have been on the rise since 2007, thanks in part to bad weather and increasing demand from bio-fuels and developing nations. But there's one cause that hasn't gotten much attention: financial speculation in crop markets. Are bankers artificially inflating the price of food?, Dec. 17, 2012, <http://science.time.com/2012/12/17/betting-on-hunger-is-financial-speculation-to-blame-for-high-food-prices/print/>

²¹ Yaneer Bar-Yam and Greg Lindsay of the New England Complex Systems Institute argue that mathematical models show that only speculation -and not mere supply and demand- can explain these spikes. Bar-Yam's group used these models to test the links between the possible reasons for the price spikes and found that when compared against actual prices between March 2011 and January 2012, the model pointed to speculation and ethanol conversion as the underlying cause. Manager of Masters Capital Management hedge fund, Michael Masters, May 2008: “Are institutional investors contributing to food and energy price inflation? ... My unequivocal answer is “YES”... What we are experiencing is a demand shock coming from a new category of participant in the commodities futures markets: ...pension funds, sovereign wealth funds, university endowments and other institutional investors. Collectively, these investors now account on average for a larger share of outstanding commodities futures contracts than any other market participant”. Chief economist of Goldman Sachs, Jim O'Neill, April 2009: “I see so much focus on food, and it seems to be so trendy in the investment world... The markets seem to me to have a bubble-like quality and unprecedented volatility in the commodity markets have hurt farmers, consumers and businesses.”

las que fabrican la masacre cotidiana del hambre”²². Asimismo el Relator de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación entre el 2008 y el 2014, Olivier de Schutter, afirmó que la crisis global de los precios de los alimentos sucedida entre el 2007 y el 2008 tuvo como causas iniciales los fundamentos del mercado. Un segmento significativo de los incrementos en el precio y la volatilidad de estos productos solo se podría explicar por la burbuja especulativa²³. El Comisario Europeo para Mercados Internos, Michel Barnier, afirmó en 2010 que la especulación en alimentos básicos “es un escándalo cuando hay millones de personas pasando hambre en el mundo” y que se debería garantizar que los mercados contribuyeran a un crecimiento sostenible. A finales del 2013, el anterior Relator de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación y actual Vicepresidente del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Jean Ziegler, afirmaba que la quema de toneladas de cultivos para producir biocombustibles suponía un CCH, ya que se derivaban recursos destinados a producir alimentos básicos. Al mismo tiempo, advertía que el apoyo de los líderes europeos podría suponer complicidad en tal crimen²⁴. La especulación con bienes esenciales para la protección de la vida, como son los alimentos, pero también otros como son el agua, la vivienda o los medicamentos, que llevan a cabo actores que tiene un amplio margen de acción global²⁵ constituye una de las peores formas contemporáneas de violación de derechos humanos.

Algunas otras situaciones que sostienen nuestros argumentos sobre las formas contemporáneas de *violaciones graves de derechos humanos* tienen que ver con la integración mundial de las economías, que incluye a los mercados laborales, que ha ofrecido muchas oportunidades a las personas trabajadoras y a las empresas y estimulado el crecimiento económico, pero que sin embargo no ha generado progresos y beneficios iguales para todos. Millones de personas caen víctimas de la trata mientras están buscando empleos decentes, se encuentran mantenidas en servidumbre por deudas o en condiciones simi-

²² Ziegler, J., *Burning food crops to produce biofuels is a crime against humanity*, Global development, The Guardian, <http://www.theguardian.com/global-development/poverty-matters/2013/nov/26/burning-food-crops-biofuels-crime-humanity> (last visited Jun 25, 2015).

²³ De Schutter, O., *Especulación con alimentos básicos y crisis de los precios de los alimentos*. Nota informativa 02 - Septiembre de 2010, http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Food/BN2_SRRTF_Speculation_SPANISH.pdf

²⁴ Ziegler, J., *Burning food crops to produce biofuels is a crime against humanity...*, *op. cit.*

²⁵ Ann Berg, a former trader on the Chicago Mercantile Exchange and now an adviser to the FAO, says that while this trend has been noted, you “cannot prove causality” between the role of these speculators and the artificially high prices; the German NGO Foodwatch points out that investment in food commodities has jumped from \$65 billion to \$126 billion in the past five years. Perhaps a more revealing statistic is that speculative investment in these commodities in 2011 amounted to 20 times more than the total spent on agricultural aid by all countries combined.

lares a las de la esclavitud, atrapadas en realidades de explotación laboral amplia que las mantienen en la pobreza y en la discriminación²⁶, encontrándose estos casos además estrechamente relacionados con el crimen organizado. De este modo casi 21 millones de personas son víctimas del trabajo forzoso o análogo al de la esclavitud, de las cuales 11,4 millones son mujeres y niñas, y 9,5 millones hombres y niños. Alrededor de 19 millones de víctimas son explotadas por individuos o empresas privadas y más de 2 millones por el Estado o grupos rebeldes. De aquellos que son explotados por individuos o empresas, 4,5 millones son víctimas de explotación sexual forzosa. El trabajo forzoso en la economía privada genera ganancias anuales ilegales de 150.000 millones de dólares por año y son el trabajo doméstico, la agricultura, la construcción, la manufactura y el entretenimiento los sectores más afectados. Casos como el del derrumbamiento en el año 2013 del edificio Rana Plaza, que albergaba fábricas de ropa para marcas como el Grupo Benetton, The Children's Place, DressBarn, Mango, Monsoon, Primark y El Corte Inglés, que dejó 1100 personas muertas y más de 2500 heridas; la demanda presentada por 23 niños con la ayuda de sus tutores legales contra la Firestone Natural Rubber Company's por el empleo forzado de menores en plantaciones de caucho; las denuncias por contratar talleres en Buenos Aires que emplean mano de obra en condiciones análogas a la esclavitud presentadas por la Fundación Alameda y el sindicato CGT contra la empresa textil Karina Kannan SRL, que es proveedora oficial de la empresa Zara, que forma parte del grupo español Inditex²⁷; la sanción contra esta misma empresa Zara impuesta por el gobierno brasileño después de abrir 52 actas de infracción de las normas laborales tras inspeccionar dos talleres de Sao Paulo que fabricaban para uno de sus proveedores, y determinar que se verificaron "prácticas de trabajo próximas a la esclavitud"²⁸; la denuncia de los periodistas de la Associated Press sobre la exposición de las personas a prácticas abusivas cercanas a la esclavitud en la industria pesquera en el Sudeste Asiático²⁹, son algunos ejemplos que ponen de manifiesto el perverso funcionamiento del sistema y las graves violaciones a los derechos humanos que se comenten como consecuencia de un proceso de globalización económica que tiene como resultado una asimetría normativa entre el Derecho internacional de los derechos humanos y la *lex mercatoria* que protege los derechos de las grandes empresas o grupos transnacionales que operan bajo un importante halo de impunidad³⁰.

²⁶ OIT, *Ganancias y pobreza: aspectos económicos del trabajo forzoso*, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_243422.pdf

²⁷ <http://www.elmundo.es/america/2013/04/11/argentina/1365706266.html>; http://economia.elpais.com/economia/2013/04/13/actualidad/1365813236_128098.html

²⁸ <http://es.globedia.com/escandalo-trabajo-esclavo-salpica-empresa-espanola-zara-paulo>

²⁹ El reportaje "Seefood from Slaves" ha ganado el Premio Pulitzer 2016, <http://www.ap.org/explore/seafood-from-slaves/>

³⁰ Véase a este respecto. Hernández Zubizarreta, J., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes*

Este mismo proceso de globalización neoliberal es el que ha favorecido una suerte de limbo normativo que ha ayudado al crecimiento de los delitos transnacionales como la mencionada trata de personas para fines de explotación laboral, pero también para otros fines como la explotación sexual, consideradas formas contemporáneas de esclavitud, el tráfico de drogas y estupefacientes, el blanqueo de capitales e incluso el terrorismo. El crimen organizado se ha diversificado y globalizado en las últimas décadas adquiriendo proporciones macroeconómicas que afectan de lleno a la gobernabilidad y al desarrollo de los países. La Oficina de las Naciones Unidas sobre las Drogas y el Crimen (UNODC por sus siglas en inglés) considera que el crimen organizado supone una amenaza para la paz y la seguridad humana, viola los derechos humanos y erosiona el desarrollo económico, social, cultural, político y civil de las sociedades³¹. Los Estados han firmado convenios relativos a la persecución del crimen organizado que se desarrolla en el plano internacional. En el seno de las ONU se han adoptado una serie de tratados como el Convenio contra el Crimen Organizado Transnacional y sus Protocolos³², por el cual los Estados se comprometen a tomar una serie de medidas como la penalización de los delitos en el ámbito nacional y la cooperación internacional a través de marcos de mutua asistencia, extradición y asistencia técnica. Aunque estos tratados no se consideran parte del Derecho internacional de los derechos humanos o del Derecho internacional penal, sí contemplan categorías de crímenes que afectan de pleno al núcleo duro de derechos humanos y tienen como efecto actos equiparables a la tortura o al trabajo forzoso. De esta forma en el prefacio del Convenio contra el crimen organizado del 2004 se afirmaba que la trata de personas, en particular la de mujeres y niños, e incluyendo la trata con fines de explotación sexual, es una de las violaciones de derechos humanos más graves que existen y que deben ser confrontadas por la ONU. Es un fenómeno amplio y creciente que afecta “al destino de las personas más vulnerables del mundo y es una afrenta a la dignidad humana y al desafío de cada Estado, cada pueblo y cada comunidad”³³. La debilidad de las instituciones de muchos Estados a los que se remite la regulación y el control de estos delitos, las dificultades que enfrenta la cooperación internacional entre los Estados, la flexibilidad de las voluntades políticas

contra hegemónicas transnacionales, Hegoa y OMAL, 2009

³¹ <http://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/index.html>

³² El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, fue adoptado mediante la Resolución de la Asamblea General 55/25 y entró en vigor el 25 de diciembre del 2003. Ver lista de convenciones y protocolo, <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/index.html>.

³³ Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, Prefacio del Convenio sobre Crimen Organizado, <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>

para luchar contra estos fenómenos, la permeabilidad de las fronteras internacionales, las facilidades para ejecutar operaciones financieras y la velocidad de las transacciones internacionales, entre otras razones, harían aconsejable incluir algunos de los delitos tipificados en esta figura entre los más graves cometidos contra la humanidad acercándolos a una suerte de persecución y sanción internacional penal.

Las grandes catástrofes ambientales y la destrucción de los ecosistemas, resultado del desarrollo de políticas dirigidas a la explotación de recursos naturales -p. ej., minerales, agrícolas, forestales, acuíferos, etc-, también consecuencia del apalancamiento de grandes operaciones industriales en regiones o sectores de alto riesgo -p. ej., países en vías de desarrollo o que sufren los flagelos de la guerra o conflictos violentos- acompañado esto de la falta de regulación o control efectivo sobre los mismos, han puesto de manifiesto la *grave violación de derechos humanos* -p. ej., el derecho a la vida y a la salud, el derecho al agua, al medio ambiente, entre otros- y de derechos colectivos de los pueblos indígenas -p. ej., los derechos a la libre determinación, al territorio, a la consulta previa y al libre consentimiento-. Casos como el de la contaminación masiva en la región de Lago Agrio en la Amazonía ecuatoriana por vertidos de hidrocarburos, consecuencia de las políticas extractivas desarrolladas durante décadas por la compañía norteamericana Chevron -posteriormente Texaco-, que afectó de manera generalizada y grave el territorio, la salud y los medios de vida de 30.000 personas y de pueblos indígenas³⁴ sin que se haya conseguido ejecutar, después de 22 años litigando, la condena impuesta en el año 2011 por una Corte ecuatoriana a Texaco por valor de 8.646 millones de dólares para hacer frente a la reparación por los daños ambientales probados; el envenenamiento padecido por 500.000 personas en el año 1983 en la región de Bhopal, India, que se originó al producirse una fuga que liberó gas a la atmósfera en una fábrica de pesticidas, propiedad en un 51% de la compañía estadounidense Union Carbide -parte de cuyos activos fueron posteriormente adquiridos por Dow Chemical- y en un 49% del gobierno de la India, cuyo juicio celebrado casi 20 años más tarde de producirse el desastre ha terminado con la condena a dos años de prisión por negligencia para los ocho directivos indios y el abono de 500.000 rupias (10.600 dólares / 8.900 euros) a la delegación de la empresa en India; el traslado ilegal de residuos peligrosos a las costas de Costa de Marfil por la multinacional petrolera Trafigura que provocó un vertido incontrolado que causó al menos 16 muertos y afectó a más de 100.000 personas y cuya actuación fue sancionada por un tribunal holandés con una multa de 1 millón de euros por exportación ilegal de residuos tóxicos³⁵, entre otros muchos casos, son claros exponentes de que los atentados

³⁴ La demanda contra la Chevron es de 30.000 personas reunidas en torno a la Asamblea de Afectados por Texaco.

³⁵http://internacional.elpais.com/internacional/2010/07/23/actualidad/1279836006_850215.html

contra el medioambiente constituyen una de las formas más graves, extensas y perdurables de agresión contra los derechos humanos, colectivos e individuales, en virtud de la relación que tiene el respeto, la protección y conservación del medio ambiente con la posibilidad misma de la vida humana. El medio ambiente es un bien jurídico global en sí mismo y los ataques contra el mismo tienen gravísimas consecuencias para la paz, la seguridad internacionales³⁶ y la reproducción de la vida humana, cuya tutela por los ordenamientos nacionales no siempre resulta eficaz en la medida que existe una enorme asimetría entre la capacidad de los sistemas judiciales nacionales para juzgar los delitos cometidos contra él y la capacidad que tienen las entidades que producen dichos ataques de evitar cualquier tipo de control, sanción o cumplimiento de la reparación a las víctimas por los daños ocasionados³⁷.

Sería posible afirmar que en los casos mencionados de manera ilustrativa, las conductas implican patrones de actuación que podrían reunir los elementos clásicos de los CCH. Comportamientos que constituyen formas de atentar contra los valores reconocidos como fundamentales por la comunidad internacional en su conjunto y cuya agresión pone en peligro los estándares de humanidad comúnmente aceptados. Conductas que, además de ser sustancialmente graves por su naturaleza, se llevan a cabo por actores con un gran poder de victimización, y de forma sistemática o generalizada sobre la población, quien sufre los daños de forma mediata, por la causación de la conducta, o inmediata, como expresión de los resultados o de las consecuencias de las mismas. Estas actuaciones se realizan con intención, respecto de los comportamientos, y con conocimiento, con relación a las consecuencias lesivas que se desprenden de ellos en el transcurso normal de los acontecimientos, asumiendo con una gran indiferencia las graves violaciones de derechos humanos que se producen. Es por esto que su prevención, persecución y sanción deberían ser preocupación de todos los Estados, volviéndose necesaria su conexión con instrumentos e instituciones internacionales que fueran capaces de dirimir justicia y reparar a las víctimas, teniendo en cuenta el margen de impunidad del que se benefician los responsables de estas conductas, personas naturales o jurídicas, en función del poder con el que actúan.

Ahora bien, también concurren en este tipo de conductas descritas una serie de elementos singulares, propios de su naturaleza, de los contextos y de las circunstancias en las que se reproducen, de los actores que se encuentran detrás de ellas y de los bienes jurídicos

³⁶ Esta relación no ha sido aceptada por la doctrina. Así ocurrió en el trabajo del Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1991 en el que se rechazó la inclusión de los crímenes ambientales efectivamente por no encontrarse la relación de este crimen con una amenaza a la paz y la seguridad internacional.

³⁷ Véase a este respecto Nieto Martín, A., *Bases para un futuro derecho internacional penal de medio ambiente*, AFDUAM 16, 2012.

afectados, que merecen una atención particular en el ámbito de las variaciones y de las posibilidades que la figura de los CCH puede ofrecer. Ello con el objeto de analizar la idea de la evolución de esta categoría jurídica hacia una más amplia protección de los derechos humanos frente a formas graves y contemporáneas de violación que tienen lugar en escenarios radicalmente distintos a aquellos que se encontraban en su origen, pero no por ello menos propicios para la comisión de este tipo de crímenes.

Comenzando con la naturaleza del tipo de conductas descritas, sostenemos que éstas se forjan sobre motivaciones radicalmente distintas a aquellas de carácter *exclusivamente* político, étnico o religioso que informaron los grandes casos conocidos de CCH durante la Segunda Guerra Mundial, los conflictos en la antigua Yugoslavia y Ruanda, Sierra Leona y Timor Oriental, entre otros. Si la gran victimización de la población civil calificada como CCH estuvo, en su origen y desarrollo inicial, estrechamente ligada a los abusos del poder político y a la realidad de los conflictos de carácter armado, las formas contemporáneas de *graves violaciones de los derechos humanos* están fatalmente vinculadas al abuso del poder económico-político y a nuevos tipos de conflictos, también de carácter violento, aunque la forma de ejercerse ésta sea más sutil o menos evidente que la que proviene del uso de la fuerza armada o física, y cuya naturaleza se encuentra prendida de motivaciones fundamentalmente de carácter económico. Las máximas de la acumulación de riqueza, la obtención de ingentes réditos económicos o financieros, la defensa de posiciones privilegiadas en sectores estratégicos, pero que también implican grandes riesgos económicos, ambientales y humanos, o la imposición de una serie de políticas económicas globales que son exigidas para sostener un frágil equilibrio del *statu quo* económico en la sociedad contemporánea del capitalismo globalizado, dibujan los contornos de estas formas contemporáneas de atentar gravemente contra los derechos humanos.

Esta motivación de carácter económico, subyacente a las conductas referenciadas, es clara en aquellos casos en los que el desarrollo de las mismas reporta un beneficio directo para las personas físicas o jurídicas detrás de ellas, pudiendo distinguirse entre actividades de carácter ilícito -p. ej., actos de corrupción, expolio sobre el erario público, administración fraudulenta, trata de personas con fines de explotación sexual o laboral- y de carácter lícito -p. ej., desarrollo de las operaciones propias de los grandes negocios en sectores tales como el de las industrias extractivas, farmacéuticas, agroalimentarias o textiles que reportan grandes beneficios a las corporaciones detrás de ellas -pero que en sí mismas, por sus propias características, se van transformando en función de las cadenas en las que se insertan o por sus efectos, en una manifiesta grave violación de derechos humanos. La representación de este tipo de motivación económica es directa en un cierto tipo de conductas que interactúan de manera muy compleja -p. ej., las que

forman parte del campo financiero y de las inversiones en muy diversos sectores- que se encuentran en el difuso umbral de la legalidad y han provocado gravísimas crisis económicas. En otros casos esta motivación económica se halla más difusa, y se refiere a situaciones asociadas a la aplicación de políticas de ajuste estructural o austeridad para países en crisis o altamente endeudados, la concesión de créditos a países en vías de desarrollo o emergentes por parte de organismos financieros multilaterales para la financiación de grandes proyectos de desarrollo, entre otros, donde las consideraciones económicas se llevan a cabo con el objeto, no de obtener riqueza o generar beneficios en *estricto sensu*, sino de mantener los pilares del sistema económico ligado a la gobernanza global capitalista de la sociedad contemporánea.

De las conductas contemporáneas a las que nos hemos referido se podría decir que aparentemente no constituyen una forma de ataque contra la población civil, en el sentido clásico de los elementos de los CCH, alineado éste en la práctica con contextos de guerra o conflictos armados, situaciones de crisis en Estados frágiles o fallidos, u otros de características similares. Sin embargo, estas líneas de conducta son *de facto* formas de atentar de manera grave y violenta contra la población civil, las cuales deben ser releídas y analizadas desde nuevos paradigmas que surgen del escenario contemporáneo de la globalización económica, en el que emergen sujetos exhibiendo nuevas formas de poder político, social, económico y cultural, y desde el que se construyen nuevas relaciones sistémicas, creándose una extraña simbiosis entre lo público y lo privado, que impide determinar con total seguridad quién tiene la capacidad de desplegar actos que dan lugar a graves violaciones de los derechos humanos y de qué forma se ejerce un control normativo y sancionador sobre los mismos. El expolio de las finanzas públicas por parte de altos dirigentes de gobiernos o Estados, las severas medidas de ajuste estructural sobre países altamente endeudados impuestas por las IFIs, la explotación laboral de personas que llegan a recrear modernas formas de esclavitud, la contaminación masiva de los ecosistemas consecuencia de la explotación sin límite de los recursos naturales, y otros casos de naturaleza similar, deberían aceptarse como nuevas formas de agresión contra la dignidad de las personas y de los pueblos cuando se comentan de manera generalizada o sistemática, y responden a la política de una entidad con una gran capacidad o poder de victimización, no debiendo ser obviados por el hecho de no encajar en la definición clásica de ataque comúnmente aceptada para los CCH. Hay que señalar que estas formas de ataques contemporáneos reunirían aquellos elementos que deben estar presentes para la consideración de la existencia de un crimen de Derecho internacional³⁸, al menos el elemento internacional, en la medida que afectan bienes jurídicos protegidos reconocidos y protegidos por la comunidad internacional en su conjunto, como son los

³⁸ Véase a este respecto Bassiouni, M. C., *Crimes Against Humanity... op. cit.*

derechos humanos, y generalmente el elemento transnacional, en cuanto sus actividades se desarrollan o repercuten sobre varios Estados y pueden envolver a sujetos, tanto víctimas como perpetradores, de varias nacionalidades.

En cuanto a los actores participantes en las conductas, podemos sostener con total firmeza que éstas ya no se infieren exclusivamente de las prácticas del Estado o de sus agentes, sino que aparecen otros actores supra estatales, o con características similares a las de los estatales, e incluso actores no estatales, que son responsables de las políticas que promueven o llevan a cabo este tipo de líneas de actuación y que bajo diferentes formas de autoría o participación podrían ser responsables por graves violaciones de derechos humanos. Existe además una discusión sobre si la implicación de otros actores distintos del Estado en violaciones de derechos humanos en la sociedad contemporánea tiene que ver con el debilitamiento del exclusivismo de aquel, de la relevancia de su papel en las relaciones internacionales y de la pérdida de soberanía. De manera muy acertada señalaba el profesor Carrillo Salcedo que aunque “[...] *aunque los Estados soberanos sigan siendo los principales actores de las relaciones internacionales, existen en efecto sectores de la realidad social transnacional que no están controlados, y ni siquiera gestionados, por los Estados, sino por entidades privadas que operan exclusivamente en función de sus propios intereses y con tal éxito que muchas veces desplazan a los Estados, colocándolos ante hechos consumados. Los Estados soberanos, sobrepasados por la realidad transnacional, quedan a veces reducidos a intentar defenderse de la dinámica de actores paralelos que les privan de parcelas importantes de su independencia y soberanía, en un mundo dominado por el desenfrenado apetito de lucro y la ciega avaricia, hasta el punto que el papel de los Estados es reducido por muchos al establecimiento de condiciones favorables al mercado*”³⁹. Hoy es innegable que organismos internacionales como el BM, el FMI, la OMC, a través de sus acuerdos generales y la imposición de medidas de ajuste y austeridad atrofian e inmovilizan la expansión del Estado, afectan a sus competencias legislativas y ejecutivas y, por lo tanto, a su soberanía. Las políticas de condicionalidad y los planes de ajuste son los instrumentos políticos que han impulsado recientemente, y con mayor precisión, las reformas neoliberales de los países periféricos y europeos y que más han vulnerado los derechos humanos de las mayorías en un claro retroceso de las políticas sociales estatales⁴⁰. Las

³⁹ Carrillo Salcedo, J. A. *El sistema internacional de los derechos humanos y la globalización*, 17 de noviembre de 2004, p. 37, http://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE007-02_Sistema_internacional_derechos_humanos_y_globalizacion-Carrillo.pdf

⁴⁰ Hernández Zubizarreta, J., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa... op. cit.*, p. 99.

empresas transnacionales por el nivel de sus inversiones⁴¹, por el volumen de ingresos, beneficios⁴² y generación de empleo⁴³, por el acaparamiento de mercado⁴⁴ y el control sobre los recursos y la tecnología⁴⁵, han desarrollado un extraordinario poder y medios de carácter económico, político y militares⁴⁶, imponiendo sus reglas a las instituciones y gobiernos -frágiles y no frágiles-. La responsabilidad de empresas transnacionales por violaciones de derechos humanos es una cuestión de ferviente actualidad, existiendo desde hace décadas un acalorado y complejo debate en cuanto al tema, y que ha llevado finalmente a que un grupo intergubernamental de trabajo aborde en sede de las Naciones Unidas la posibilidad de adoptar un tratado jurídicamente vinculante para empresas transnacionales que regule esta materia⁴⁷. En las últimas décadas esta relación entre las

⁴¹ El informe sobre las inversiones en el mundo, correspondiente a 2006, que elabora la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), ha puesto de manifiesto que las empresas multinacionales son las grandes beneficiadas de las operaciones económicas. En el mundo se ha registrado un incremento del 29% de las inversiones, totalizándose 916.000 millones de dólares. De las veinticinco sociedades transnacionales no financieras del mundo, más de la mitad de sus activos, de sus ingresos y efectivos, se encuentran fuera de sus países de origen. En el caso de General Eléctric, de Estados Unidos, más de la mitad de sus ingresos provienen del exterior y 142.000 trabajadores, casi la mitad, no se encuentran en el país de origen de la multinacional. Lo mismo ocurre con Vodafone, Ford Motor, British Petroleum, Exxon Mobil, Royal Dutch / Shell Group, Toyota Motor Total y France Telecom (UNCTAD, 2006a). El 51% de las cien economías más fuertes del mundo son empresas transnacionales.

⁴² En términos económicos, las ventas de Shell equivalen al PIB de Venezuela y las ventas de General Motors a la suma de los PIB de Irlanda, Nueva Zelanda y Hungría. En los mismos términos Sony sería más grande que toda Pakistán. El beneficio de las 200 empresas transnacionales más grandes crece a una media mayor que la actividad económica global; el total de las ventas de las empresas transnacionales aumentó en un 10,8% en el año 2001 y sus beneficios netos llegaron al 20,4% de lo invertido en el mismo año; los activos totales de las 100 principales empresas transnacionales aumentaron entre 1980 y 1995 en un 697%; la evolución reciente de la transnacionalización de la economía confirma el poder económico de las multinacionales, que se caracteriza por la integración de los procesos de financiación, investigación, distribución y por la concentración en manos de empresas o grupos, que controlan los espacios repartidos por el conjunto del planeta.

⁴³ Algunas de las empresas multinacionales son relativamente pequeñas y emplean a menos de 250 trabajadores y trabajadoras, otras cuentan con más de 250.000 empleados repartidos por más de 100 países.

⁴⁴ Las 500 empresas más grandes suman casi el 25% de la producción y casi la mitad del comercio mundial.

⁴⁵ Son propietarias de la mayor parte de la tecnología y reciben alrededor del 80% de los pagos por royalties y tasas tecnológicas. Hoy en día son tres veces más importantes que hace veinte años.

⁴⁶ Hernández Zubizarreta, J., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa... op. cit.*, p. 84.

⁴⁷ HRC, Informe del primer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de com-

grandes empresas que operan en entornos transnacionales y los derechos humanos se ha hecho más evidente en sectores y contextos que son de alto riesgo -p. ej., aquellos ligados a la extracción de recursos naturales, grandes obras de infraestructura, en contextos de conflictos armados o regímenes dictatoriales- lo que hace que sus políticas, operaciones y procedimientos impacten de manera muy significativa sobre los mismos si no desarrollan la debida diligencia, pudiendo verse implicados, directamente o bajo diferentes formas de complicidad con otro tipo de actores estatales, paraestatales, paramilitares, terroristas e incluso criminales, en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos como son los CCH.

Con relación a los bienes jurídicos afectados por estas conductas cabe señalar que parece generalmente extendida y aceptada la opinión, a tenor de la configuración jurídica internacional del reconocimiento y la garantía de los derechos humanos, de que son los derechos civiles y políticos -y entre ellos el denominado *núcleo duro*- aquellos cuya violación es susceptible de generar la criminalización internacional de las conductas subyacentes. Sin embargo, se podría manifestar, sin mucho margen de error, que las conductas a las que nos venimos refiriendo atentan de la misma manera grave contra la dignidad de las personas, violando para ello un amplio abanico de derechos humanos, que discurren desde los derechos civiles y políticos, como son el derecho a la vida o a la integridad física, hasta los derechos económicos y sociales, como son los derechos a la salud, a las condiciones de vida adecuadas, incluidas la alimentación, el agua, el vestido, la vivienda, a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado en condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, atravesando en su recorrido a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, como el derecho al territorio, todos ellos reconocidos internacionalmente de forma convencional, así como algunos de los llamados derechos humanos emergentes⁴⁸.

Una visión panorámica sobre los derechos humanos nos ayudaría a calificar sus graves violaciones en función, no tanto del tipo de derecho que se viola, entendiéndose que todos tienen el mismo valor jurídico y que son inalienables, universales, indivisibles

posición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante, A/HRC/31/50, 5 de febrero de 2016; también véase a este respecto <https://business-humanrights.org/es/primer-reuni%C3%B3n-del-grupo-de-trabajo-intergubernamental-para-tratado-vinculante-sobre-empresas-y-derechos-humanos>; <https://business-humanrights.org/es/global-segunda-sesi%C3%B3n-del-grupo-de-trabajo-intergubernamental-sobre-el-tratado-vinculante-0>

⁴⁸ Declaración Universal los derechos humanos emergentes, http://www.world-governance.org/IMG/pdf_DUDHE.pdf

e interdependientes, sino del carácter generalizado y sistemático de la agresión, de la capacidad de los actores detrás de las conductas de desplegarlas victimizando a la población, atentando contra los fundamentos de la dignidad humana, y de la intención en la realización de los actos y del conocimiento de sus consecuencias, racionalmente previsibles en el curso normal de los acontecimientos, cuando constituyeran elementos orgánicos necesarios del desempeño de las políticas detrás de las conductas, sin las cuales sería imposible cumplir con el objeto y fin de las mismas, que en todos los casos estarían motivadas por consideraciones de carácter económico, en cualquiera de sus variantes o formas de manifestación. Al mismo tiempo, una mirada teleológica sobre los CCH, es decir, sobre sus propósitos, por un lado, de acabar con aquellas conductas que por su aberrante naturaleza, ofenden, agravan y atentan contra la humanidad en su conjunto y, de otro lado, de hacer desaparecer la impunidad de los perpetradores, nos invitaría a analizar el ámbito de las variaciones, las potencialidades y los desafíos legales que esta figura internacional penal ofrece más allá de lo que está empíricamente dado, presumiendo que la existencia no agota sus posibilidades y que hay alternativas para superar lo que es criticable en lo que existe, asumiendo que el derecho debe ser flexible y adaptarse a las nuevas necesidades de la sociedad internacional⁴⁹. Parafraseando a De Sousa Santos es *el malestar, la inconformidad y la indignación frente a lo que existe [es] la fuente del impulso para imaginar una teoría destinada a la superación*⁵⁰, en este estudio, de la figura clásica de los CCH con el objeto de abordar conductas contemporáneas de naturaleza económica que supongan una grave violación de los derechos humanos y atenten contra los valores fundamentales reconocidos por la comunidad internacional.

En el año 2009, la reputada analista financiera Shoshana Zuboff, realizó un alegato contra *la deshumanización y la supresión de juicios morales del modelo económico vigente*, el cual -según señalaba- *deja un claro rastro de abusos a los derechos humanos más básicos dejando un horizonte de impunidad para los perpetradores*⁵¹. A finales del 2013, el entonces Relator de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación, Jean Ziegler, afirmó que la quema de toneladas de cultivos para producir biocombustibles suponía un CCH. Al mismo tiempo, advertía que el apoyo de los líderes europeos podría suponer complicidad en tal crimen⁵². En el año 2015, el Premio Nobel de la Paz Adolfo Pérez

⁴⁹ Hernández Zubizarreta, J., *En globalización, empresas transnacionales y derecho*, p. 1, <http://www.alainet.org/es/active/27961>

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Zuboff, S., *Wall Street's Economic Crimes Against Humanity... op. cit.*

⁵² Burning food crops to produce biofuels is a crime against humanity, Jean Ziegler, Global development, The Guardian, <http://www.theguardian.com/global-development/poverty-matters/2013/nov/26/burning-food-crops-biofuels-crime-humanity> (last visited Jun 25, 2015).

Esquivel propuso una reforma de la CPI para que esta pudiera juzgar crímenes ambientales⁵³. Reconocidos expertos han elevado su voz en este sentido lo que lleva a pensar que es este un debate de gran trascendencia jurídica y política el cual debe ser necesaria y rigurosamente abordado.

2. 2. MARCO METODOLÓGICO PARA EL ESTUDIO DE LOS DENOMINADOS *CRÍMENES ECONÓMICOS CONTRA LA HUMANIDAD*. ESTUDIO DE CASOS

Como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, el contenido y los contornos de las conductas que pueden tener cabida en esta expresión denominada *crímenes económicos contra la humanidad* pueden llegar a ser muy complejos y encerrar una multiplicidad de fenómenos, procedimientos, actores e impactos sobre los derechos humanos. Esto nos lleva a un lugar en el que preguntar por la adecuación del Derecho internacional, y en particular, por la de la figura de los CCH para abordar estas conductas, puede arrojar más dudas que respuestas⁵⁴.

Las cuestiones que emergen como desafíos legales y políticos, cuando se pretende interpelar al Derecho internacional penal para abordar las conductas que podrían integrarse dentro de la expresión *crímenes económicos contra la humanidad*, pueden ser muchas y las respuestas que pueda ofrecer la figura de los CCH para la persecución y sanción de aquellas pueden variar significativamente en función de los diferentes elementos que las definen. ¿Este tipo de conductas de naturaleza o motivación económica podrían tener cabida dentro de la categoría de los CCH de *lege lata*, es decir, tal y como se encuentran estos crímenes actualmente tipificados en el ER?, ¿sería posible una ampliación *ratione materiae* de la competencia de la CPI integrando crímenes que respondan a este tipo de conductas y que no se encuentren actualmente tipificados como CCH?, ¿podría construirse, como una cuestión de *lege ferenda*, un nuevo concepto de *crimen económico contra la humanidad* al interpretar los elementos de los CCH de acuerdo a nuevos paradigmas?, ¿cabría redimensionar los elementos que

⁵³ Lo que trae a colación la demanda presentada por los abogados del caso Lago Agrio contra la compañía Texaco ante esta misma instancia internacional por la contaminación masiva en la Amazonía ecuatoriana como consecuencia de las prácticas negligentes de la compañía en el desempeño de sus operaciones extractivas en la región.

⁵⁴ Schmid, E., *Distinguishing Types of 'Economic Abuses': A Three-Dimensional Model*, Criminal Law Forum, 2015, Volume 26, Issue 2, pp. 225-254, p. 227.

integran la figura de los CCH -p. ej., el concepto de ataque- para poder apreciar en estas conductas económicas crímenes de derecho internacional?, ¿podrían ser actores no estatales responsables por la comisión de CCH?, ¿la violación de derechos económicos, sociales y culturales o derechos de tercera generación serían susceptibles de integrarse en las conductas subyacentes a los CCH a través de alguna fórmula -p. ej., incorporándose a la cláusula umbral *otros actos de carácter inhumano*, o a través de la consideración de la violación de estándares de DESC como un umbral para medir la inhumanidad de ciertos actos- al no haber sido estas violaciones criminalizadas en derecho internacional? Todas y cada una de estas preguntas, entre otras muchas y posibles, estarían situadas en la línea de salida respecto de los retos jurídicos y políticos que sugiere la posible construcción de esta categoría de *crímenes económicos contra la humanidad*.

Para tratar de ofrecer un marco de análisis ordenado y adecuado para esta cuestión, el cual permita abrir debates, plantear sugerencias o explorar vías de trabajo sobre los desafíos planteados, se propone una categorización de estas conductas basada en tres elementos centrales que son la naturaleza de la conducta o la actividad económica, los actores que desarrollan la conducta y el bien jurídico afectado o protegido, que en esencia componen lo que hemos llamado anteriormente los *elementos contemporáneos* en las *nuevas formas de graves violaciones de derechos humanos*.

1. Sobre la naturaleza o el tipo de conducta: Referida a los comportamientos de naturaleza o motivación económica que podrían integrar esta expresión de *crímenes económicos contra la humanidad*.

a) Conducta de naturaleza económica: Actividades que pertenecen al campo del sector privado o público/privado.

Conducta económica ilícita: Refiriéndose a comportamientos que ya son tipificados como ilícitos en las legislaciones domésticas o bajo el Derecho internacional.

- Delitos económicos y financieros: Corrupción, blanqueo de capitales, evasión fiscal, etc.
- Crimen organizado transnacional: Tráfico de personas, tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de órganos humanos, tráfico de tecnología y material nuclear, etc.
- Delitos ambientales: Contaminación por hidrocarburos, movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, etc.

Conducta económica lícita: Representándose por conductas que aunque son lícitas, por su propia naturaleza, por las cadenas en las que se insertan, o los contextos en los que se llevan a cabo, requerirían de una mayor regulación en función de los riesgos que generan para los derechos humanos.

- Transacciones financieras a escala y de alto riesgo que pueden convulsionar países, mercados y sectores enteros como el bancario, etc.
- Operaciones económicas de empresas que operan a través de mega proyectos, o en sectores de riesgo como los de las industrias extractivas de recursos naturales, textiles, entre otras, que tienen un gran impacto en las comunidades y su entorno, etc.
- La producción y la comercialización de bienes y de servicios muy sensibles para la protección y el respeto a los derechos humanos como son los alimentos, el agua, los medicamentos, la vivienda, etc.

b) Conductas motivadas por consideraciones económicas: Comportamientos basados en políticas públicas.

- Políticas de ajustes estructurales para reducir el déficit que llevan a cabo tanto gobiernos o instituciones nacionales como organismos internacionales.
- Políticas públicas que tienen gran impacto en derechos humanos de sectores importantes de la población. Sería el caso, por ejemplo, de políticas en materia de salud, vivienda, acceso al crédito, etc.

2. Tipo de actor: Toma en consideración a los sujetos activos de los abusos económico subyacentes a la figura de los *crímenes económicos contra la humanidad*

a) Actores públicos

- Organizaciones multilaterales supraestatales, Estados y personas individuales actuando en su nombre etc.

b) Actores privados

- Bancos de comercio e inversión, empresas, multinacionales, transnacionales y responsables de estas organizaciones actuando en su nombre.

c) Grupos al margen de la ley organizados, de diferente naturaleza y con intereses económicos

- Organizaciones criminales transnacionales, grupos terroristas y personas actuando en su nombre.

3. Tipo de bien jurídico afectado: Discurre sobre los bienes y los valores que afectan a la dignidad del ser humano, contra los que se atenta de manera generalizada y sistemática, como objeto, resultado o consecuencias de estos abusos económicos.

- a) Bienes jurídicos individuales fundamentales como la vida, la integridad física, la salud, como bienes jurídicos fundamentales asociados al núcleo duro de los derechos civiles y políticos.
- b) Bienes jurídicos colectivos fundamentales como son la humanidad o la dignidad humana.
- c) Bienes jurídicos con connotaciones económicas individuales, como el trabajo, la propiedad, la educación, etc, y colectivos, como la naturaleza o el medio ambiente, la tierra, el agua, etc, así como otros bienes esenciales para la protección de la vida y de la dignidad humana, vinculados a los derechos económicos, sociales y culturales.
- d) Bienes jurídicos de naturaleza económica como los fundamentos de la economía, nacional e internacional, el propio sistema financiero o su estabilidad⁵⁵.

Tomando como referencia algunos de los elementos de esta clasificación, se procedería a desarrollar a continuación los casos de estudio sobre los que se pretende proponer argumentos generales para el debate sobre los desafíos, en términos de obstáculos y oportunidades legales y políticas, que plantea la expresión *crímenes económicos contra la humanidad* para la categoría de los CCH.

Los casos de estudio, basados en situaciones reales, se presentan bajo la forma de *demandas* sustanciadas ante la CPI. Para el análisis y desarrollo de las cuestiones a debate se utilizará el prisma de los elementos comunes y específicos de los CCH, buscando una nueva lectura y expresión de los mismos, en función de las conductas, los actores y los bienes jurídicos de naturaleza económica que caracterizan los abusos económicos a los que nos venimos refiriendo, y que podrían considerarse manifestaciones *contemporáneas de graves violaciones de derechos humanos*.

Estudio 1: Crímenes económicos y crímenes contra la humanidad: La corrupción de las élites políticas en Guinea Ecuatorial

El estudio pone su atención en el análisis de una conducta de naturaleza económica. Analiza si un tipo de delito económico, como es el de la corrupción política, asociada a otros como el expolio del erario público y el blanqueo de capitales en Guinea Ecuatorial, llevados a cabo por miembros de las élites gubernamentales, y afectando

⁵⁵ Sobre esta cuestión puede verse alguna propuesta en López, M., *La protección de la estabilidad financiera como bien público global*, pp. 645-679, en Bouza, N, García, C, Rodrigo, A.J (Dirs.), Pareja, P (Coord.), *La gobernanza del interés público global. XXV Jornadas de la Asociación Española de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*. Barcelona, 19-20 de septiembre de 2013. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, Tecnos, 2015.

intereses legítimos de la población, puede constituir un crimen contra la humanidad en el marco del ER.

Filtro	Tipología	Resuelve Sobre
Tipo de conducta	Conducta ilícita- Delito económico	Si la corrupción política, y otros delitos económicos asociados como malversación y/o el expolio del erario público y el blanqueo de capitales, pueden ser considerados CCH
Tipo de actor	Actor estatal- Ministro	Fijar la responsabilidad de altos cargos públicos por crímenes económicos con resultado de CCH
Tipo de bien jurídico	La vida y la integridad física	
Actos	Actos subyacentes en el Art.7.1) del ER	El asesinato como CCH asociado a los actos de corrupción política
Ataque	El delito económico	Si la comisión de los delitos económicos, puede dotar de nuevo contenido o crear una nueva dimensión de la noción de ataque contra la población civil
Propuesta	Abordar la cuestión de los delitos económicos propiamente dichos como crímenes de lesa humanidad considerándolos como nuevas formas de ataque asociados a la comisión de ilícitos subyacentes enumerados en el artículo 7.1 del ER	

Estudio 2: Las responsabilidades penal de las corporaciones por crímenes contra la humanidad: violaciones masivas a mujeres por la empresa Barrick Gold en Papúa Nueva Guinea

El estudio se centra en los actores económicos. Aborda la cuestión de cómo actividades lícitas de naturaleza económica, como ha sido la explotación minera de la empresa transnacional Barrick Gold en Guinea Nueva Papúa, pueden ser un contexto propicio para la comisión de algunos de los delitos reconocidos en el ER como CCH, concretamente el de violación sexual contra mujeres. El caso trata la cuestión de la responsabilidad penal internacional de las ETNs, en calidad de personas jurídicas, por la realización de CCH.

Filtro	Tipología	Resuelve Sobre
Tipo de conducta	Conducta lícita- Explotación minera	Si proyectos económicos de carácter lícito pueden ser contextos propicios para la comisión de CCH
Tipo de actor	Actor no Estatal- Empresa Multinacional	Resolver sobre la cuestión de si un actor no estatal, como una empresa transnacional, en calidad de personas jurídicas, puede ser considerado responsable por la comisión de crímenes de lesa humanidad
Tipo de bien jurídico	La integridad física	
Actos	La violación sexual contemplada en el artículo 7.1.g)	
Ataque	La comisión múltiple de los delitos contemplados en el artículo 7.1.g)	Si la comisión múltiple de actos de violación contra las mujeres en el contexto de desarrollo de un proyecto económico puede considerarse un ataque generalizado contra la población civil
Propuesta	Abordar la responsabilidad penal de actores no estatales, como pueden ser las empresas transnacionales en calidad de personas jurídicas, por la comisión de CCH	

Estudio 3: Los crímenes ambientales como crímenes de lesa humanidad: La contaminación de la Amazonía ecuatoriana por la Texaco ante la Corte Penal Internacional

En el estudio se analizan los atentados contra el medio ambiente, producidos como consecuencia de la inversión y del desarrollo de proyectos de grandes empresas transnacionales, y de las violaciones graves y generalizadas sobre los derechos humanos que de ellos se derivan, así como su posible tratamiento desde la figura de los CCH. Se intenta arrojar alguna luz sobre la grave naturaleza de los crímenes ambientales, sobre su relación con las violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos económicos, sociales, culturales o de nueva generación, y cómo la cláusula *otros actos inhumanos* del ER puede aspirar a ser una clave normativa que dote a la CPI de instrumentos adecuados para la sanción y la persecución de este tipo de conductas ofensivas contra la dignidad humana y de los pueblos.

Filtro	Tipología	Resuelve Sobre
Tipo de conducta	Conducta lícita- Explotación petrolífera	Si proyectos económicos de carácter lícito pueden ser contextos para la CCH
Tipo de actor	Actor no Estatal- Empresa Multinacional	La competencia <i>ratione personae</i> de la CPI sobre personas naturales actuando en representación de entidades jurídicas
Tipo de bien jurídico	La vida, la integridad física, la salud, el acceso al agua, a los alimentos, a las condiciones adecuadas de existencia, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales	
Actos	Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.7.1.k)	Sobre el contenido y la descripción del los actos inhumanos y si la violación de derechos económicos, sociales y culturales tendría cabida en esta cláusula como un umbral sobre el que informar la inhumanidad de ciertos actos
Ataque	Agresiones contra el medio ambiente-crímenes ambientales	Si los atentados contra el medio ambiente pueden leerse como una nueva dimensión del concepto de ataque contra la población civil
Propuesta	Proponer una nueva dimensión del concepto tradicional de ataque, desvinculándola de los actos ilícitos. Vincular la contaminación del medio ambiente al tipo de otros actos inhumanos y valorar las posibilidades de integrar la vulneración de derechos económicos, sociales y culturales dentro de esta cláusula umbral. Otra vía para poder abordar este caso hubiese sido plantear la protección de la naturaleza como bien jurídico y como interés de la comunidad internacional en su conjunto	

Estudio 4: La crisis financiera del 2008 y sus repercusiones globales: Una aproximación al crimen económico-político contra la humanidad

El estudio se pronuncia sobre conductas económicas, como son las crisis financieras globales, situadas en una suerte de limbo jurídico sobre el que es difícil definir su tipicidad e ilegalidad. Abre para el análisis la cuestión de la necesidad de construir un nuevo tipo de delito económico-político y si este podría contener los rasgos de los CCH.

Filtro	Tipología	Resuelve Sobre
Tipo de conducta	Conducta lícita-ilícita	La crisis económica y financiera global
Tipo de actor	Actores supraestatales, estatales y actores no estatales	
Tipo de bien jurídico	Economías nacionales y mundial	
Actos	Delitos económico-político	Se aborda la necesidad y la factibilidad de ampliar la <i>ratione materiae</i> de la competencia de la CPI hacia un nuevo tipo de delitos susceptibles de ser tipificados como delitos económico-políticos
Ataque	Delito económico-político	Si los delitos económico-políticos, como nuevo tipo penal, podrían ser considerados nuevas formas de ataque contra la población civil
Propuesta	La ampliación de la <i>ratione materiae</i> de los CCH a un nuevo tipo penal internacional que pueda construirse sobre la idea de delitos económico-políticos que suponen abusos de poder económico y político que afectan a la economía mundial	



Estudios de casos

Caso de Estudio 1.

Crímenes económicos y crímenes contra la humanidad: La corrupción de las élites políticas en Guinea Ecuatorial

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción implica en general un abuso de poder en aras de un beneficio personal. Aunque no existe una definición internacional única, coherente y reconocida de la corrupción¹, al comprender este término una gran variedad de conductas, adoptar múltiples formas y ocurrir en multitud de contextos, en el presente estudio queremos hacer referencia al tipo de corrupción que apunta a las personas gobernantes y servidores públicos, que en abuso de su posición de poder manipulan las normas, las políticas, las instituciones y los recursos públicos del Estado, para de una u otra forma enriquecerse o beneficiarse a sí mismos o a terceros, lo que supone un apartamiento de los fines del bien común o del interés general que deben regir la función pública². A esto es a lo que denominamos la gran corrupción o la corrupción política.

El fenómeno de la corrupción política viene generalmente acompañado de la comisión de los denominados delitos “de cuello blanco”, como son la malversación de fondos económicos, el cohecho, el tráfico de influencias, el fraude, el lavado de capitales y

¹ Por sorprendente que parezca, ni siquiera la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción -cuya finalidad específica es promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción, y promover y apoyar la cooperación internacional en la prevención y la lucha contra la corrupción- incluye una definición de corrupción. Véase a este respecto en Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HREC/28/73, 5 de enero de 2015, para. 5.

² EUROSOCIAL II, *Memoria explicativa de las actividades desarrolladas en el marco del componente regional de la acción de lucha contra la corrupción del Programa Eurosocietal II*. Coordinación interinstitucional para la lucha contra delitos económico-financieros vinculados a la corrupción, p. 9.

la delincuencia organizada. La concepción de este tipo de delitos cambió de manera fundamental la forma de entender la criminalidad. Si tradicionalmente se consideraba que la delincuencia únicamente se producía entre las clases *bajas* o por sujetos caracterizados por una personalidad delictiva, autores como Edwin Sutherland y Gary Becker rompen estas premisas con el desarrollo de sus teorías en la materia. El sociólogo Sutherland destacó como los delitos de “cuello blanco” se cometían a través de las prácticas deshonestas -manipulación de las cuentas, los sobornos, los desfalcos, el fraude fiscal o la malversación de fondos, entre otras muchas- en las diferentes profesiones. También desarrolló la *teoría de la asociación diferencial* destacando que los delincuentes de cuello blanco suelen contar con la cooperación de otros actores y cuentan con un importante capital social o relacional que les sirve de cobertura³. El economista Becker presentó su *teoría económica del crimen* en la que se representa al criminal como un agente maximizador, que analiza los factores del riesgo, la recompensa y el castigo al considerar el ambiente económico y social fundamentales para la comisión del crimen. Es así que la corrupción y los delitos de “cuello blanco” nos acercan hasta la figura de un criminal, alejada de la concepción más clásica del delincuente, que goza de un estatus económico, político y social relevante, que actúa ante la sociedad y se enfrenta a la justicia desde una posición basada en la ostentación de poder, gozando de un cierto halo de impunidad frente a los delitos que pudiera cometer⁴.

De acuerdo con la organización no gubernamental Transparencia Internacional⁵ la corrupción política se presenta como uno de las prácticas delictivas más preocupantes en la actualidad⁶, entre otras razones, por su relación con la utilización del poder para explotar y victimizar a quienes se hallan en las posiciones más desfavorecidas de la sociedad. La alta corrupción no sólo permite el enriquecimiento ilícito y la acumulación de poder de las clases dirigentes gubernamentales, sino que despoja a la población de los medios materiales e intelectuales para la promoción del desarrollo y del ejercicio de la soberanía, y ello como método para alcanzar sus fines personales, perpetuando los sistemas de gobiernos despóticos y autoritarios que se desempeñan con gran tiranía y abuso de poder.

³ Coleman, J. W., *Toward an Integrated Theory of White-Collar Crime*, American Journal of Sociology, Vol. 93, No. 2 (Sep., 1987), pp. 406-439, <http://www.jstor.org/stable/2779590>; Sorensen, R. C., *Journal of Criminal Law and Criminology (1931-1951)* 41.1 (1950), pp. 80-82.

⁴ Becker, G. S., *Crime and punishment: An economic approach*. In *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, UMI, 1974, pp. 1-54.

⁵ Transparency International Website: http://www.transparency.org/whoweare/organisation/faqs_on_corruption

⁶ José Carlos Ugaz, presidente del grupo Transparencia Internacional.

Los niveles de corrupción siempre fueron preocupantes pero ahora parecen haber alcanzado cotas desproporcionadas manifestando devastadoras consecuencias institucionales, económicas y sociales⁷. Los *perjuicios institucionales* se traducen en una amenaza para la estabilidad, la paz y la seguridad de las sociedades, al socavar las instituciones, los valores de la democracia representativa, la ética pública y la justicia. Los *daños de contenido económico* de la corrupción, se presentan como una grave distorsión en las economías estatales viéndose reflejados en un desfinanciamiento del Estado y en la utilización impropia de fondos destinados a fines del bien común o del interés general. *Las consecuencias sociales* se manifiestan directamente sobre la afectación negativa del disfrute de los derechos económicos y sociales -el derecho a la salud, la educación, la vivienda, el trabajo, la seguridad y la justicia, entre otros- y del acceso a los servicios públicos, las prestaciones o los beneficios sociales, de los que dependen los sectores más desprotegidos o vulnerables de la sociedad, siendo por tanto esenciales para mantener condiciones de existencia dignas de acuerdo a las características y las necesidades que impone la sociedad contemporánea.

La corrupción, por tanto, obstaculiza la implementación de políticas públicas que aseguren los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, impidiendo con ello el desarrollo de generaciones presentes y futuras y atentando en definitiva contra la sociedad⁸. El Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en diversas oportunidades, ha manifestado su preocupación por el hecho de que el fenómeno de la corrupción y la transferencia de fondos de origen ilícito atenten gravemente contra el disfrute de todos los derechos humanos y en particular el derecho al desarrollo⁹.

En el esquema de la gran corrupción juegan además un papel fundamental las empresas privadas y las entidades financieras. El Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación denunció a la corporación financiera HSBC por haber ayudado a sus clientes de forma sistemática a esconder valores por billones de dólares a través de su filial en Suiza y eludir tasas y controles internacionales por un valor de hasta 200 billones de dólares. A raíz de esta denuncia, la fiscalía suiza instó una investigación a la sucursal de HSBC en Ginebra por blanqueo de dinero. Al banco se le acusó de ayudar a su clientela a esconder billones de dólares en valores antes del 2007.

Pero de acuerdo con varias organizaciones y activistas sociales esto es sólo la punta del

⁷ EUROSOCIAL II, *Memoria explicativa de las actividades desarrolladas en el marco...*, op. cit., pp. 8-10.

⁸ *Ibid.*, p. 10.

⁹ *Ibid.*

iceberg. Se estima que existen 17.6 trillones de dólares en situación de evasión fiscal, albergados en cuentas opacas por todo el mundo. Gran parte de este capital puede tener un origen delictivo y ser resultado de la corrupción o del crimen organizado¹⁰. La opacidad financiera es uno de los factores fundamentales que explican la desigualdad global, según el economista Piketty¹¹, y constituye un ataque contra el orden económico mundial, cuya protección debería preocupar a la comunidad internacional. La impunidad rampante es el factor fundamental del que se nutre la gran corrupción como explica el grupo anticorrupción con sede en Londres Global Witness. Este grupo ha venido insistiendo en que hay que poner toda la atención en la responsabilidad individual, incluyendo acciones punitivas contra aquellos banqueros que cierran los ojos ante las acciones criminales de sus clientes¹².

La labor del periodismo de investigación y otros mecanismos de control son fundamentales, así como la actuación efectiva de la justicia. La organización Transparencia Internacional ha lanzado campañas contra la impunidad dirigidas a altos cargos en el sector público y privado en todo el mundo. El objetivo es generar una sanción social, señalando la existencia de bienes de lujo, palacios, jets y otras expresiones ostentosas de riqueza por parte de individuos corruptos. Se están generando y publicando listas de los casos más graves para avergonzar a las personas culpables en sus países de residencia¹³. Al mismo tiempo se han abierto causas en varios países como Estados Unidos o Francia.

La mayoría de las personas expertas abogan por un enfoque integral que impida a corruptos y delincuentes de cuello blanco esconder su dinero. La Unión Europea aprobó una Directiva que requería a los países miembros la creación de directorios públicos de los beneficiarios de las empresas. En el Reino Unido, Noruega y Dinamarca se está legislando en esta materia. Sin embargo, en otros países claves como Estados Unidos, sigue existiendo una gran reticencia a adoptar medidas de este tipo.

Que la corrupción política constituye una ofensa igual o más grave que la que es propia de los delitos violentos, es algo que debería ser incuestionable. Los *ataques económicos* dirigidos por las élites gobernantes contra la población, a través de actos de corrupción sistemáticos y generalizados, enlazados incluso con la comisión de otros delitos de carácter económico son,

¹⁰ New York Times, 23 febrero 2015.

¹¹ <http://uk.reuters.com/article/uk-africa-piketty-idUKKCN0RA2E120150910>

¹² See Stuart McWilliam, senior campaigner at Global Witness.

¹³ La campaña en inglés se denomina *Unmask the Corrupt*, <https://unmaskthecorrupt.org/#section-example-cases>. Los casos identificados incluyen a Zine Al-Abidine Ben Ali, Former president of Tunisia, FIFA top officials, the US State of Delaware, o Petrobras (Brazil).

por la gravedad de su naturaleza y de sus consecuencias, aberrantes ofensas contra los valores esenciales del ser humano.

Sin embargo, este tipo de ataques no han venido a formar parte de una categoría de crímenes de Derecho internacional, como son los crímenes contra la humanidad (CCH), que tienen como fundamento prevenir y castigar las más graves atrocidades que los gobiernos infligen sobre la ciudadanía¹⁴. Más bien la vía que ha desarrollado el Derecho internacional para regular la corrupción y otros delitos de cuello blanco de carácter transnacional ha sido la adopción de convenios internacionales en materia anticorrupción y de lucha contra el crimen organizado. La Convención de la OCDE contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (1997), la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) son ejemplos de esta tarea reguladora. Todos ellos tienen como propósitos comunes promover que los Estados adopten políticas y estándares de control y de rendición de cuentas, y armonicen y tipifiquen como delitos prácticas asociadas a la corrupción en sus legislaciones domésticas, así como también fortalecer la cooperación interinstitucional, nacional e internacional para combatir esta lacra. Los Estados deben implementar los acuerdos para legislar sobre el *modus operandi*, los efectos y demás aspectos del delito susceptibles de ser transfronterizos, siendo su internacionalización formal, más que material, por lo que no dan lugar a responsabilidad penal internacional directa¹⁵. Ahora bien, podemos afirmar, que estos instrumentos internacionales se han manifestado notoriamente insuficientes para la sanción y la persecución de los delitos de corrupción en particular, y de los delitos transnacionales en general.

Los elementos consustanciales a la corrupción política como son el propio carácter estructural y transnacional o transfronterizo del delito, que involucra a jurisdicciones distintas a nivel internacional, la debilidad natural de las instituciones nacionales de los territorios en los que opera, las dificultades operativas y materiales para realizarse la cooperación internacional, el poder y la impunidad que protegen a los políticos corruptos frente a la acción de la justicia, las consecuencias que estas conductas tienen sobre el deterioro de la legitimidad, la estabilidad de las instituciones, los valores de la democracia, el imperio de la ley y de la justicia, así como la amenaza que suponen para el desarrollo integral de los pueblos y la violación efectiva de los derechos huma-

¹⁴ Luban, D., *A Theory of Crimes Against Humanity*, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, Paper 146, 2004, <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/146>

¹⁵ Pérez Caballero, J., *El elemento político en los crímenes contra la humanidad...*, op. cit., p. 38.

nos¹⁶, hacen de éste un delito enormemente complejo con graves repercusiones sobre intereses a proteger por la comunidad internacional. Ello debería ser razón para exigir que el Derecho internacional y sus instituciones jugaran un papel capital en su efectiva investigación, persecución y sanción¹⁷.

En este sentido, y en el marco de este estudio, los casos de corrupción nos proporcionan la oportunidad de considerar si el mandato conferido a la Corte Penal Internacional (CPI) se puede aplicar de *lege lata* a crímenes de carácter económico, que producen graves violaciones de derechos humanos, o si más bien para que la Corte pudiera entender de este tipo de delitos, sería necesaria una ampliación de su *ratione materiae*.

2. CASO DE ESTUDIO

2. 1. Descripción

Desde que Teodoro Obiang se convirtió en Presidente de Guinea Ecuatorial en 1982, la población se ha visto sumida en una situación de pobreza a pesar de los ricos recursos de petróleo con los que cuenta el país. Más de un 60 por ciento de la población vive con menos de 1 dólar al día. El hijo del Presidente, sin embargo, ha amasado una gran fortuna en la que se integra un mega yate que mandó construir por valor de 380 millones de dólares, cuyo coste supone más de tres veces lo que el país gasta en atención sanitaria y educación juntos. Además, cuenta con una flota de coches de lujo y 35 millones en valor de propiedades inmobiliarias en Malibú. Cuando tuvo que explicar el origen de su fortuna dijo en una declaración jurada que en su país los ministros del gobierno pueden asociarse con las empresas que ganan contratos públicos y recibir una parte significativa de los precios acordados¹⁸.

La pregunta que se formula es si la definición de CCH bajo el Estatuto de Roma (ER) podría aplicarse de *lege lata* a los delitos de corrupción, o sería necesario integrar *ex novo* estos delitos económicos al catálogo de ilícitos tipificados actualmente, ampliando los crímenes competencia de la CPI.

¹⁶ EUROSOCIAL II, *Memoria explicativa de las actividades desarrolladas en el marco...*, *op. cit.* p. 3.

¹⁷ Wabwile, M., (*Economic Crimes Against Humanity*), en Gibney, M. and Vandehole, W., *Litigating Transnational Human Rights Obligations. Alternative Judgments*, Routledge, 2014.

¹⁸ <https://100r.org/corruption-allstars/>

La jurisdicción permanente de la CPI habilita al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, al Fiscal de la CPI o a un Estado parte del ER para emprender procesos de enjuiciamiento a favor de la comunidad internacional. Uno de los principios fundamentales del ER es que su jurisdicción es subsidiaria -complementaria- a las jurisdicciones nacionales. Sin embargo, en el caso que se trata, las instituciones nacionales anticorrupción se han mostrado claramente ineficientes e incapaces de investigar, mucho menos enjuiciar, casos de corrupción que implican a altos cargos¹⁹. En la mayoría de los casos las prácticas de corrupción están tan “institucionalizadas” y arraigadas en los aparatos de poder que los cambios de gobierno no suponen ninguna mejora en la actuación de los mecanismos de justicia²⁰. Por ello, el papel del TPI cobra especial relevancia.

En este caso, se ha acusado a un ex vicepresidente y ex ministro del Gobierno de Guinea Ecuatorial, unido en relación de parentesco con el presidente y jefe de Estado del país, por el asesinato de 720 menores de 5 años, debido a actos deliberados e ilícitos de corrupción política y distracción de recursos económicos públicos. El enjuiciamiento de un caso como este proporcionaría unas bases jurídicas para luchar contra la impunidad en este país y en otros países de la región donde la corrupción daña los derechos humanos de forma grave y sistemática. Además se dotaría a la CPI de herramientas jurídicas y la oportunidad de destacar la indivisibilidad de los derechos humanos²¹.

2. 2. Hechos

Este asunto es un caso de procesamiento criminal iniciado por el Fiscal del TPI contra *Teodoro Nguema Obiang Mangue* (TNO), antiguo Ministro de Agricultura y Bosques, segundo Vicepresidente, e hijo del presidente y jefe de Estado de la República de Guinea Ecuatorial, Teodoro Obiang Nguema Mbasogo.

Teodoro Obiang Nguema tomó el poder a través de un golpe de estado en 1979 con la promesa de favorecer el desarrollo económico y la lucha contra la pobreza. Desde el

¹⁹ Véase a este respecto Coldham, S., *Legal Responses to State Corruption in Commonwealth Africa*, 39 *Journal of African Law* 115, 1995, p. 125; De Maria, W., *Whistleblower Protection: is Africa Ready?*, 25 *Public Administration and Development* 217, 2005, p. 224; De Sardan, O., *A Moral Economy of Corruption in Africa*, 37 *Journal of Modern African Studies*, 1997, pp. 25-30.

²⁰ Véase a este respecto Cohen, S., *State Crimes of Previous Regimes: Knowledge, Accountability and the policing of the Past*, 20 *Law and Social Inquiry* 7, 1995, suggesting that amnesty, reconciliation and reconstruction etc, may be offered instead of prosecution and punishment under national criminal law.

²¹ Wabwile, M., *(Economic) Crimes Against Humanity...*, *op. cit.*

descubrimiento del petróleo, el país ha tenido altas tasas de crecimiento económico. Entre 1996 y 2006, el PIB se multiplicó por 35 como resultado del auge en la explotación petrolífera²². La mayor parte del petróleo y del gas de este país son producidos por compañías norteamericanas. Sin embargo, Guinea Ecuatorial aún se ubica de acuerdo con el Informe de Desarrollo Humano 2013 en la posición 136 de 187 países, con un Índice de Desarrollo Humano de 0.554. El país cuenta con una de las mayores tasas de mortandad infantil del mundo, según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). La mayoría de la población de Guinea Ecuatorial no tiene acceso al agua potable y la esperanza de vida media es de menos de 53 años²³.

De acuerdo con el Departamento de Justicia de Estados Unidos, a partir de una investigación que se prolongó durante 10 años, TNO gastó más de 300 millones de dólares por todo el mundo entre 2000 y 2011. Aunque su sueldo como Ministro de Agricultura y Bosques era de menos de 100.000 dólares utilizó su posición e influencia como miembro del gobierno para amasar una gran fortuna por medio de la corrupción y el blanqueo de dinero en violación de la legislación de Guinea Ecuatorial y de Estados Unidos. Se calcula que varios intermediarios, incluyendo abogados, agentes inmobiliarios y otros, crearon empresas fantasma en los Estados Unidos a través de las cuales se canalizaron los fondos por más de 300 millones de dólares²⁴. Las autoridades de Estados Unidos contaron con la asistencia del gobierno de Francia en la investigación y el procesamiento²⁵.

En 2014, TNO fue obligado por el gobierno de los Estados Unidos a renunciar a su lujosa mansión en Malibú, un Ferrari de colección y varias estatuas a tamaño natural de Michael Jackson, todo adquirido con dinero procedente de la corrupción, según el Departamento de Justicia. Este acuerdo se produce después de que el gobierno francés vendiera su lujosa flota de coches deportivos en el curso de una investigación sobre lavado de dinero en Francia. Las autoridades americanas documentaron hasta tres viajes de compras por valor de más de 100 millones de dólares, siendo capaces de recuperar 70,8

²² Informe de País, ODM 2009.

²³ UNDP 2014, <http://hdr.undp.org/en/countries/profiles/GNQ>

²⁴ Transparency International ha pedido que existan registros públicos de empresas que revelen los verdaderos propietarios que controlan y se benefician de esas empresas. Actualmente esa información es secreta en casi todos los países del mundo, <https://blog.transparency.org/2014/10/24/no-a-la-impunidad-la-ley-se-abre-paso-en-las-investigaciones/>
<http://abcnews.go.com/International/smooth-settlement-son-african-dictator-surrender-30m-assets/story?id=26163323>

²⁵ Comunicado del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, <http://www.justice.gov/opa/pr/second-vice-president-equatorial-guinea-agrees-relinquish-more-30-million-assets-purchased>

millones²⁶. Este acuerdo firmado fue el primero de este tipo que se refiere directamente a un familiar de un Jefe de Estado en ejercicio²⁷. Entre los bienes ejecutados, 30 millones fueron asignados a proyectos en beneficio de la población de Guinea Ecuatorial. En efecto esta cantidad serviría para financiar la mitad del programa de desarrollo de las Naciones Unidas en Guinea Ecuatorial por 5 años.

También en Francia, la justicia ha emprendido acciones. Se emitió una orden de arresto contra TNO por su negativa a comparecer ante el juzgado de investigación y la existencia de evidencia incriminatoria.

Aunque estos han sido pasos importantes, varias organizaciones no gubernamentales que trabajan con representantes de la sociedad civil de Guinea Ecuatorial han reconocido que no es toda la justicia que esperan las víctimas²⁸. Aunque se ha logrado recuperar parte del dinero y devolverlo a su país como forma de compensación, las privaciones que ha sufrido la población a causa de este despojo no han sido objeto de reparación.

De acuerdo con los datos del Banco Mundial y de UNICEF en 2006, el gasto público en salud supuso un 7 por ciento del gasto total del Gobierno, mientras que el promedio de la región fue del 10 por ciento. Entre 1990 y 2006, el número de bebés que sobrevivieron a su primer año de vida cayó de 897 a 876 por cada mil nacidos vivos, y el de menores de cinco años de 830 a 794. La proporción de recién nacidos y de bebés que mueren antes de cumplir el primer año de vida es más alta en Guinea Ecuatorial que en otros países de África Subsahariana, con la excepción de Chad y Sierra Leona, según las estadísticas del Banco Mundial. La tasa de mortalidad de niños y niñas menores de cinco años es muy superior a la de los cuatro países más pobres de África Subsahariana. La tasa aumentó de 170 por cada mil nacidos vivos en 1990 a 206 en 2006. Sólo un 64,6 por ciento de las mujeres reciben asistencia en el momento del parto, lo cual contribuye a que la tasa de mortalidad materna sea de 680 por cada 100.000 nacidos vivos. De acuerdo con los datos de UNICEF, una quinta parte de los niños y niñas ecuatoguineanos menores de cinco años padecen desnutrición crónica y retrasos de crecimiento, una tasa notablemente superior a la de todos los países vecinos (Nigeria, un 19 por ciento; Camerún, un 13; Congo, un 11 por ciento; y Gabón, un 7 por ciento). La malaria causa en Guinea Ecuatorial el 24 por ciento de las muertes de los menores de cinco años y el

²⁶ Wall Street Journal

²⁷ http://www.justice.gov/sites/default/files/press-releases/attachments/2014/10/10/obiang_settlement_agreement.pdf

²⁸ <https://www.opensocietyfoundations.org/press-releases/open-society-justice-initiative-welcomes-landmark-obiang-kleptocracy-settlement>

98 por ciento de los guineanos viven en zonas con riesgo endémico de malaria. Pese a ello, sólo el uno por ciento duermen con mosquiteras tratadas con insecticidas y Guinea Ecuatorial es uno de los pocos países de África Subsahariana que no recomiendan tratamientos preventivos para las mujeres embarazadas, mediante dosis periódicas de medicamentos. A pesar de poseer el PIB per cápita más alto de África Subsahariana, tan sólo un 45 por ciento de los ecuatoguineanos que viven en zonas urbanas tienen acceso a fuentes de agua potable y un 41 por ciento en las zonas rurales²⁹. Todo ello significa que al menos un 20 por ciento de los aproximadamente 3.600 menores que fallecieron para este periodo, 720 menores, lo fueron por causas que pudieron ser prevenidas si hubieran existido y mantenido programas y servicios sociales accesibles y adecuados para la población.

2. 3. Los delitos y cargos penales

La acusación la realizaron los representantes de los familiares de las víctimas, 720 menores fallecidos, los cuales sufrieron daños irreparables en su salud a consecuencia de la desnutrición crónica, la malaria, las enfermedades gastrointestinales severas, sin haber podido tener la posibilidad de acceso a alimentos suficientes y adecuados, sistemas de agua potable ni a los servicios de salud básica.

Los cargos contra el acusado son los del asesinato de 720 menores en violación del artículo 7.1 a) del ER. Las muertes son resultado de la privación del acceso a alimentos, agua potable y servicios de salud básica, causada por la distracción ilícita de recursos públicos como parte del sistema de corrupción política institucionalizado, lo que constituye una de las formas más graves de *atentar* contra la población civil.

La línea de conducta atribuible contemplaría las siguientes acciones:

- Idear, planear y ejecutar un sistema de corrupción generalizada para la apropiación indebida de 3.000 millones de dólares de las cuentas públicas de Guinea Ecuatorial que implica los actos de cohecho, malversación de fondos públicos, transferencia ilícita a cuentas bancarias en los bancos de USA y blanqueo de capitales.
- Provocar un quebrantamiento de los fundamentos económicos del Estado y con ello la imposibilidad de la utilización de fondos destinados a fines del bien común o del interés general, privando con ello a la población de Guinea Ecuatorial de la cobertura de las

²⁹<http://www.europapress.es/epsocial/noticia-dos-terceras-partes-guinea-ecuatorial-vive-extrema-pobreza-pese-petroleo-informe-20090709125833.html>

necesidades básicas en materia de alimentación, acceso a agua potable y salud fundamentalmente, generando un daño irreversible sobre la población.

- Crear en consecuencia condiciones de existencias peligrosas para la población llevando a la muerte a 720 menores, niños y niñas por debajo de la edad de 5 años, que fallecieron a causa de desnutrición crónica, malaria, enfermedades relacionados con la falta de acceso a agua potable y atención sanitaria. Las redes de seguridad social del país fueron desprovistas de fondos, resultando incapaces de prestar asistencia en el ámbito local y a los grupos más vulnerables.

2. 4. Respuesta de las partes acusadas

El acusado admitió haber transferido fondos a cuentas extranjeras en Estados Unidos, Francia y otros países pero negó que ello fuera la causa de la muerte de 720 menores. El acusado argumentó que si hubo tantas muertes fue debido a causas naturales y otros factores y que no existen evidencias, pruebas, indicadores, ni medios verificables ni fiables que permitan establecer claramente una relación causa-efecto entre la *distracción* de estos fondos públicos y el sufrimiento y las muertes denunciadas por las partes acusatorias. El acusado también negó que la corrupción estuviera considerada como un CCH o que existiera una ofensa denominada *crimen económico contra la humanidad*. Admitir esta causa bajo esos conceptos supondría una ampliación ilegal del tipo recogido en el ER y la jurisdicción de la CPI. Si debiera darse un procesamiento de su persona, este debería producirse en los tribunales nacionales de Guinea Ecuatorial.

2. 5. Decisión de la Corte Penal Internacional

Admisibilidad y jurisdicción

La CPI puede ejercer jurisdicción sobre los delitos de genocidio, crímenes de guerra y CCH que se encuentran regulados en el ER. Los individuos procesados por la CPI incluyen aquellos individuos acusados de ser los responsables directos de la comisión de los crímenes, así como otros que pueden tener también algún tipo de responsabilidad por medio de la ayuda o la complicidad en la comisión del mismo. En cualquier caso, la CPI no tiene jurisdicción universal y puede ejercer jurisdicción si:

- El acusado es un nacional de un Estado parte o un Estado que acepta la jurisdicción de la CPI.

- El crimen tuvo lugar en el territorio de un Estado Parte o un Estado que acepta la jurisdicción de la CPI.

- El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ha transferido el caso al Fiscal sin tener en consideración la nacionalidad de la persona acusada o la ubicación del crimen.

En el caso que aquí se dirime, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas transfirió el caso al Fiscal de la CPI, ya que este no pudo actuar por iniciativa propia no siendo Guinea Ecuatorial un Estado Parte del ER.

La jurisdicción de la CPI está limitada a sucesos que han transcurrido antes del 1 de julio del 2002 (fecha en la que entró en vigor el ER). El principio de complementariedad es fundamental e implica que algunos casos serán inadmisibles incluso cuando el TPI tiene jurisdicción, por ejemplo, si el caso ha sido o está siendo investigado o enjuiciado por un Estado. Sin embargo, un caso puede ser inadmisibile si el Estado que investiga o enjuicia no está dispuesto o es incapaz de llevar a cabo el enjuiciamiento. Por ejemplo, un caso sería inadmisibile si el proceso fue emprendido con el propósito de blindar a una persona de responsabilidad criminal. Un caso puede ser también inadmisibile si no tiene suficiente gravedad que justifique la acción de la CPI.

Cuestiones de admisibilidad y jurisdicción fueron dirimidas por la Sala de Primera Instancia de la CPI. Tanto en primera como en segunda instancia el Tribunal decidió la admisibilidad de acuerdo con el Artículo 5.1. En el caso que aquí se dirime, los cargos han sido interpuestos por CCH.

Los actos subyacentes o los injustos punibles: el asesinato

El artículo 7.1.a) del ER señala que a los efectos del Estatuto, se entenderán por CCH los actos de asesinato cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Este artículo explica en el párrafo 2 qué entiende el Estatuto por ataque, a saber, 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.

El crimen de asesinato ha sido abordado por el Derecho internacional y por el Derecho internacional penal. Los tribunales *ad hoc* han contribuido a su desarrollo como un crimen basado en los criterios esenciales de *actus reus* y *mens rea* y los han definido

como un acto intencional y antijurídico consistente en causar la muerte de un ser humano³⁰.

El elemento del *actus reus* no ha sido considerado controvertido. La mayoría de los actos a través de los cuales se puede cometer este delito de asesinato son categorías relativamente cerradas y definidas. La Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha señalado que “el asesinato es un crimen claramente entendido y bien definido en el ámbito del Derecho interno de todo Estado”³¹ y, salvando las diferencias que puedan existir entre los distintos sistemas penales del mundo, la identificación de un hecho como asesinato no presenta, por lo general, grandes problemas, es decir, no da pie a grandes debates.

Cuando en el artículo 7.1.a) del ER se fija el asesinato como forma de cometer un CCH el mensaje es inequívoco: se cometerá un crimen de lesa humanidad cuando, en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, se prive de vida a una persona con conocimiento. El ER no profundiza en esta cuestión y no hace una descripción de las distintas formas de causar la muerte a los seres humanos que en sí constituyen un asesinato. Tampoco el Instrumento de los Elementos de los Crímenes³², que tiene como propósito facilitar la interpretación del ER, ofrece elementos descriptivos de los actos contrarios a la ley que causaren la muerte y resultaren en asesinato, sino que pasa a describir los elementos del contexto que convierten el asesinato en un crimen de lesa humanidad.

Ahora bien, la vida humana es muy frágil y los ataques que causan la muerte, y concurren con el crimen de asesinato, pueden ser muchos y variados. De acuerdo con la práctica consuetudinaria de los Estados, la jurisprudencia y una parte de la doctrina, la descripción del asesinato -si es entendido como el término que engloba todas las disposiciones que sancionan penalmente el hecho de terminar con una vida humana- no reside sólo en el hecho de matar intencionalmente a alguien sin una justificación legal³³, sino que también puede ser definido *lato sensu* como el hecho de crear o imponer condiciones de existencia peligrosas para la vida, sin tener que buscar

³⁰ Márquez Carrasco, C., *Los elementos específicos de las conductas constitutivas de los crímenes contra la humanidad en derecho internacional penal*, *Revista General de Derecho Penal* 10, 2008, p. 7.

³¹ CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Proyecto de código de 1996... *op. cit.*, artículo 18.7. Señalado en el *Caso Kupreskić*, *op. cit.*, para. 821; aprobado en *El Fiscal contra Akayesu*, *op. cit.*, para. 587. Véase además Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, paras. 98 y 104.

³² En la versión castellana del Estatuto de Roma.

³³ Márquez Carrasco, C., *Los elementos específicos...*, *op. cit.*, p. 6.

concretamente la muerte, pero aceptando que ocurrirá en el normal transcurso de los acontecimientos³⁴.

La creación de condiciones de existencia peligrosas *-life-endangering conditions-* consiste en imponer un contexto que necesariamente ocasione graves daños corporales, o a la salud física o mental de las personas, y con ello grandes sufrimientos y padecimientos a los seres humanos, que conducirán a un resultado de muerte. Uno de los actos que sin duda crea condiciones de existencia peligrosas para la vida, radica en el hecho de impedir o dificultar el acceso a alimentos, agua potable, medicamentos o asistencia médica en cantidad y calidad adecuada a personas que se encuentran sometidas, en diferentes circunstancias, al control y a la autoridad del perpetrador.

Las formas de ejercer este control y autoridad pueden verse representadas en distintos escenarios, pero todos ellos manifiestan siempre una forma de dominación llevada a cabo por personas o entidades que ostentan el poder y por ende que poseen el potencial y la capacidad de producir cambios significativos en las vidas de otras personas. Un escenario clásico en el que se pueden crear condiciones de existencia peligrosas para la vida humana es el que surge cuando hay personas que se encuentran bajo custodia, arresto o detención. En este contexto, si un mando superior de la autoridad pública competente, responsable de una prisión, cumple con una orden de no suministrar a las personas allí recluidas alimentos, agua potable, medicamentos o atención médica adecuada y suficiente, durante tiempo prolongado, crea necesariamente condiciones de existencia peligrosas que pueden resultar previsible y razonablemente en su muerte, dado que personas sometidas a esta situación dependen en exclusiva de la acción de la autoridad para proveerse de todos los elementos necesarios para el sostenimiento de la vida³⁵. Se encuentran de forma ineludible bajo el control de la autoridad que decide sobre las circunstancias que determinan las posibilidades materiales de su existencia. El TIPY encontró, por ejemplo, que la sumisión de las personas detenidas en el campo Celebi a condiciones de vida inhumanas constituía “un gran sufrimiento o serias lesiones corporales o a la salud”. Los hechos de fondo que llevaron al TPIY a estas conclusiones fueron previsiblemente la

³⁴ En este sentido hay distinguir entre *will occur* y *may occur*. Debe existir cierta certeza que los la muerte ocurrirá; véase por ejemplo Schmid, E., *Taking economic, social and cultural rights seriously...*, *op. cit.*, p. 150; véase también a este respecto la opinión de Manirabona en Manirabona, A. M., *L’Affaire Trafigura: vers la répression de graves atteintes environnementales en tant que crimes contre l’humanité?*, *Reveu de droit international et de droit comparé*, 2011, n° 4, p. 547.

³⁵ El Primer Secretario General de la ONU en su memorándum a los Principios de Núremberg en 1949 mencionó que la privación de los medios de vida es un acto que la frase “otros actos inhumanos” podría cubrir; véase a este respecto Schmid, E., *Taking economic, social and cultural rights seriously...* *op. cit.*, p. 161, nota al pie 452.

privación a los individuos de comida adecuada, agua, asistencia médica, instalaciones para dormir e higiénicas o de saneamiento³⁶. Ahora bien, podría ocurrir, como es el caso que nos ocupa, que un alto cargo del gobierno, quien tiene la responsabilidad de garantizar la vida y el bienestar de la población mediante el uso adecuado de los recursos públicos, distraiga ilícitamente en el ejercicio de abuso de su autoridad, y para su lucro personal, los recursos económicos comprometidos para proveer alimentos, agua potable y sistema básico de salud a amplias capas empobrecidas de la población civil, las cuales son altamente dependiente de los servicios y de los programas sociales del Estado. Retirar ilícitamente los fondos públicos y reducir sustancialmente los programas alimentarios, de agua y atención médica primarios crea necesariamente condiciones peligrosas para la existencia de la población, pudiendo implicar previsiblemente la muerte de las personas más vulnerables, en la medida que aquellas no tienen otros medios o recursos para proveerse de los mismos, dependiendo casi en exclusiva de la acción de la autoridad para su abastecimiento. En este caso podemos señalar que existe una obligación de actuar por parte de los miembros del gobierno, y una relación de dependencia de las víctimas, en el sentido que puede interpretarse que se hallan, de forma análoga, como se encuentra por ejemplo una persona detenida, “bajo el control del perpetrador”³⁷. La forma del ejercicio o abuso del poder, el potencial y la capacidad de los perpetradores de producir cambios significativos en las vidas de las víctimas y la relación de dependencia para la supervivencia de estas hacia aquellos que ejercen dominio, son análogas en ambos casos. Sólo los escenarios en los cuales se llevan a cabo los abusos son distintos.

Cualquier forma de impedir o negar, de forma dolosa, el acceso a alimentos, a agua potable y al sistema básico de salud, cuando la población no tiene otros medios o recursos para proveerse de los mismos, constituye una forma de atentar contra la vida de las personas. En este sentido, el informe de la ONU de la Comisión de Investigación sobre Derechos Humanos en la República Democrática de Corea, encontró que el régimen perpetraba un ataque contra la población civil “a sabiendas de la hambruna agravada para preservar el sistema político”³⁸. También el TPIR ha considerado repetidamente que el crimen de exterminio puede ser cometido mediante la privación de alimentos y otros bienes de carácter socio económicos³⁹.

³⁶ *Prosecutor v. Delalic*, IT-96-21-T, 16 November 1998, ICTY, paras.1092, 1096 (food), 1100 (water), 1105 (medical care), 1108 (sleeping facilities), 1111 (sanitations) and 1119 for the conclusion that these deprivations amounted to great suffering, serious injury to body or to health.

³⁷ Schmid, E., *Taking economic, social and cultural rights seriously...*, *op. cit.*, p. 152.

³⁸ *North Korea Inquiry*, A/HRC/25/CRP.1,7 February 2014, para.1025; see also para. 1133. *Ibid.*, para 1133: Decisions and policies [aggravating starvation and related deaths] were enforced through executions and other violent measures.

³⁹ *Prosecutor v. Kayshema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, 21 May 1999. ICTR, para.144; *Pro-*

Probar el elemento mental en situaciones de privaciones de recursos básicos es más complejo que cuando se comete un acto que causa de manera directa la muerte, pues hablamos de una omisión o una grave falta de diligencia a la hora de actuar. En este caso la presencia del requisito del conocimiento es afirmativa en la medida que la persona acusada conocía el sistema institucionalizado de distracción de recursos en detrimento de los pilares económicos del Estado y de los fondos de los programas sociales a favor de la población. El requisito de la intención puede ser discutible en la medida que es argumentable que el autor pudiera no tener la intención de infligir daños graves ni ocasionar la muerte a las víctimas, aunque sí tendría una certeza al menos relativa sobre su posible suceso, asumiendo esta posibilidad con una gran indiferencia y una gran falta de respeto por la vida humana.

La cuestión que se plantea al respeto es si es necesario para los cargos de asesinato del art. 7.1.a) como CCH que el autor tuviera intención de crear las condiciones de existencia peligrosas para la población, o sería suficiente que fuera consciente de las mismas y de los resultados de muerte que razonable y previsiblemente resultarían como consecuencia de los actos de corrupción y distracción de recursos públicos en beneficio personal. La pregunta es, por tanto, si sería exigible o no el más alto estándar de *mens rea* para el asesinato cuando se verifican los elementos de abuso de autoridad, poder de victimización y resultado de muerte.

El elemento de la *mens rea* ha sido objeto de una amplia discusión. El asesinato en el Art.6 del Estatuto de Núremberg, y *a fortiori* en los instrumentos subsiguientes formulados en los mismos términos, incluye una forma estrechamente relacionada con la muerte no intencionada pero previsible, que en los sistemas de *common law* se llama *manslaughter* y en los sistemas civiles romano-germánico constituyen una forma de homicidio con dolo u homicidio con culpa⁴⁰. El ER requiere un estándar sensiblemente más elevado para el asesinato que en diferentes regulaciones domésticas sobre la imprudencia, donde es normalmente suficiente que el perpetrador, simplemente, acepte un posible resultado de muerte, pero no necesariamente anticipa que la muerte ciertamente ocurrirá⁴¹.

Los Tribunales *ad hoc* se han pronunciado en varias sentencias con respecto al estándar exigible de *mens rea* apreciando que aquella “es el intento de matar a alguien o infringir

secutor v. Bisengimana, ICTR-00-60-T, 13 April 2006, ICTR, para. 72; *Prosecutor v. Bagilishema*, ICTR-95-1a-T, 7 jun 2001, ICTR, para. 90.

⁴⁰ Bassouni, M. C., *Treatise on International Criminal Law: Crimes and Punishment*, co-edited with Ved P. Nanda, 2 vols., Charles C. Thomas Publisher, Springfield, IL, 1973, p. 80.

⁴¹ Véase en Schmid, E., *Taking economic, social and cultural rights...*, pp.139-148.

serios daños a la integridad física *-y a la salud*⁴²- con un total desprecio por la vida humana⁴³, también que el autor “tiene que entender” que su conducta “era probable que condujera a la muerte”⁴⁴ equiparando la imprudencia a la “grave negligencia criminal”⁴⁵, o que el autor intenta “infringir graves daños con el conocimiento razonable que el ataque probablemente resultará en muerte”⁴⁶. La CPI, en el caso Bemba, utilizó un estándar más alto sobre el requisito de la intención al explicar que “el estándar requerido sobre la producción del hecho es cercano a la certeza”. La Sala de Primera Instancia en el caso Lubanga aceptó un estándar similar y explicó que el requisito del estándar mental exigido significa que “los participantes anticipan, basados en su propio conocimiento y en cómo los sucesos transcurren en el curso normal de los acontecimientos, que la consecuencia ocurrirá en el futuro”. Este pronóstico implica consideraciones de los conceptos “posibilidad” y “probabilidad”⁴⁷. La Sala de Primera Instancia II confirmó recientemente esta postura en el juicio a Katanga, excluyó el dolo eventual y repitió que una “certeza casi segura” es requerida⁴⁸. Al mismo tiempo, señaló que la certeza no tiene por qué ser absoluta, pero que el perpetrador debió saber que la consecuencia ocurrirá excepto que el curso de los acontecimientos cambiara de una forma totalmente inesperada⁴⁹.

En este sentido, el requisito de la *mens rea* en el “asesinato” como CCH recoge la premeditación, pero no se restringe a ella, e incluye criterios como el de la intención de incurrir en una conducta, y en relación con una consecuencia, el propósito de causarla o ser consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos, abriendo campo a las formas del dolo eventual o *recklessness*⁵⁰.

El asesinato y el homicidio intencional aparecen como un mismo delito. Esta interpretación constituye la alternativa preferible, que además es de conformidad con la

⁴² Apreciación del autor incluyendo también sentencia del caso Kupreski, véase en Márquez Carrasco, C., *Los elementos específicos...*, *op. cit.*, p. 16 nota al pie 76.

⁴³ *Prosecutor v Kupreski et al.*, N° IT-95-16-5, para. 561 en Bassiouni, M. C., *Treatise on International Criminal Law: Crimes and Punishment...*, p. 81.

⁴⁴ *Prosecutor v Blaskic*, N° IT-95-14-5, para. 153.

⁴⁵ *Prosecutor v Blaskic*, N° IT-95-14-5, para. 152.

⁴⁶ *Prosecutor v Kordic and Cerkez*, N°.15-95-14/2, para. 236.

⁴⁷ *Prosecutor v Lubanga Dyilo*, Judgement Pursuant To article 74 of the Statute, 14 March 2012, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-2842, ICC, para. 1011.

⁴⁸ *Prosecutor v Katanga*, Jugement rendu en applications de l'article 74 du Statut, 7 March 2014, Trial Chamber II, N° ICC-01/04-01/07, ICC, paras. 775-7.

⁴⁹ *Prosecutor v Katanga*, Jugement rendu un applications de l'article 74 du Statut, 7 March 2014, Trial Chamber II, n°ICC-01/04-01/07, ICC, paras. 775-7.

⁵⁰ Sobre la cuestión de la *mens rea* en el asesinato ver autores Bassiouni, Ambos, Gil Gil, y Márquez.

definición de asesinato tal como ha sido desarrollado en el Derecho internacional desde Núremberg y refleja la noción de homicidio tal como ha sido entendida por la mayoría de los sistemas penales del mundo⁵¹.

De este modo, una persona sería responsable de un CCH si tuvieran la intención de matar o infligir graves daños físicos o fuera consciente de que sus actos conducirán a la muerte en el transcurso ordinario de los acontecimientos, siempre que estos actos formaran parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, y con conocimiento del ataque. Es menos claro, pero todavía posible, que el autor fuera responsable de CCH si, aún sin tener la intención de matar, crea intencionadamente condiciones de existencia peligrosas para la vida siendo consciente de que esta conducta conduciría a la muerte de personas en el transcurso ordinario de los acontecimientos, obviando o asumiendo deliberadamente el riesgo de esta circunstancia.

La jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* ha dejado establecido que los elementos necesarios para que un asesinato sea considerado CCH son: que la víctima deba estar muerta; que la muerte se produzca como resultado de actos u omisiones contrarios a la ley perpetrados por el propio acusado o su subordinado; que la conducta deba ser causa sustancial de la muerte de la víctima; y que, en el momento de causar la muerte, el acusado o su subordinado haya debido tener la intención de asesinar o infligir graves daños en el asesinato, a sabiendas de que la producción de dichos daños probablemente podría ocasionar la muerte de la víctima, y no le importan las consecuencias de su acto acerca de si la muerte ocurre o no⁵².

Un ataque generalizado o sistemático contra la población civil

La doctrina y la jurisprudencia han dejado asentado que las circunstancias en las que son perpetrados ciertos crímenes son determinantes para su calificación jurídica como crímenes de Derecho internacional. El elemento del ataque generalizado o sistemático forma parte del denominado elemento del contexto o cláusula umbral.

En el artículo 7.2 del ER el ataque dirigido contra la población civil se define como “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...”. De acuerdo

⁵¹ Márquez Carrasco, C., *Los elementos específicos...*, *op. cit.*, p. 19.

⁵² *Ibid.*, p. 8.

con la evolución de la jurisprudencia, no existe el requisito de que tales ataques debieran producirse en el contexto de un conflicto armado, ni siquiera que el ataque sea violento en sí mismo. Por ataque se desprende que puede entenderse el contexto que eleva la gravedad del ilícito a un crimen de derecho internacional.

Siguiendo esta interpretación, una aproximación más contemporánea a la idea de ataque propone distinguir el ataque –no violento- de los delitos subyacentes. Es decir, el contenido del ataque no consistiría solo o exclusivamente en una línea de conducta que implicase la comisión múltiple de actos ilícitos enumerados en el artículo 7.1, tales como el asesinato, en las circunstancias que determina la cláusula umbral, sino que la descripción del ataque podría consistir también en una conducta de carácter sistemático o generalizado que se llevara a cabo con conocimiento y de acuerdo a una política de una organización estatal, que siendo distinta a los delitos subyacentes conexos, dibujara con los elementos que la sustentan un contexto especialmente grave, generando con ello el elemento internacional.

Diferenciar por tanto el ataque de los actos ilícitos subyacentes, podría dar lugar a afirmar que los crímenes económicos como son el de la corrupción, ligados a figuras como el cohecho, la malversación de fondos económicos, el tráfico de influencias, el fraude, el lavado de capitales y la delincuencia organizada, cuando se producen de forma sistemática o generalizada, constituyen nuevas formas de agresión contra la población en general al afectar valores fundamentales objeto de interés de la comunidad internacional como son la estabilidad, la paz, la seguridad de la sociedad internacional y los derechos humanos⁵³. Son los que podrían denominarse “ataques de carácter económico”.

Es en este sentido que la corrupción puede ser entendida como una forma de *atentar* contra la población civil, o de atacar siguiendo la terminología empleada en el ER, habiendo sido esta premisa reconocida de la forma siguiente:

“[...] la corrupción también atenta contra la sociedad, afecta el orden moral y la confianza; perjudica directamente a un número significativo de personas destinatarias de los servicios, prestaciones o beneficios públicos, afectando a los sectores más desprotegidos o vulnerables de la sociedad que se ven privados de condiciones esenciales como la salud, la educación, la vivienda, el trabajo, la seguridad y la justicia. De ese modo se promueve el aumento de la pobreza y de la exclusión por desvío de recursos; obstaculiza la implementación de políticas públicas que aseguren los derechos económicos sociales y culturales”⁵⁴.

⁵³ EUROSOCIAL II, *Memoria explicativa de las actividades desarrolladas...*, *op. cit.*

⁵⁴ *Ibid.*, p. 10.

En el caso que nos ocupa, el fenómeno de la corrupción política descrita y las conductas delictivas ligadas a ellas pueden adoptar la forma de un ataque sistemático ya que no son actos aislados sino que responden a un sistema altamente planificado y orquestado por las más altas esferas que dirigen la función pública. Sin el abuso o el uso indebido del poder que ostentan las autoridades y el funcionariado implicado, la utilización ilícita premeditada de los recursos del Estado para sus fines personales, y el sometimiento de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, la corrupción no podría haber operado de forma sistemática durante décadas con el propósito de enriquecer de forma privada a sus autores.

Constituye, sin mucho margen de error, una forma de atentar contra la generalidad de la población. La corrupción tiene un impacto negativo sobre el orden económico, el interés general y el bien común de la sociedad, los derechos humanos de la población civil y crea condiciones peligrosas de existencia que afectan de manera colectiva a la población de Guinea Ecuatorial, de manera especial a aquellas capas sociales más vulnerables. En este sistema de corrupción descrito hay además algo más perverso. El sometimiento generalizado de la población al hambre, a la miseria, a la ausencia de recursos educativos, médicos y sanitarios, a la intimidación, al miedo, al desmantelamiento de la organización social y a la negación de la participación política, son elementos que integran una estructura orgánica que permite perpetuar este circuito de abuso de poder y enriquecimiento personal. La corrupción política no puede sostenerse sin atentar y aniquilar los elementos consustanciales para la vida, los derechos y los principios que integran la dignidad y la libertad de los seres humanos.

Resolución

Este Tribunal considera que el acusado TNO, mediante la distracción ilícita de grandes cantidades de recursos públicos en el marco de un sistema de corrupción institucionalizado, llevó al quebrantamiento de un bien colectivo como es la economía nacional o sus fundamentos y al apartamiento de los fines del bien común o del interés general en la utilización de las finanzas públicas. Ello creó condiciones de existencia peligrosas para el 45% de la población, que vive en condiciones de extrema pobreza, y que han consistido, particularmente, en el abandono generalizado de los programas de atención primarios en materia de ayuda alimentaria, acceso a agua potable y del sistema de salud básica, de los cuales son altamente dependientes para la cobertura de sus necesidades vitales. Esto, de acuerdo al común de los entendimientos, y en el transcurso normal de los acontecimientos, incrementa la tasa de morbimortalidad infantil concurriendo la muerte de 720 menores de edad para un periodo de 4 años.

La corrupción y el saqueo de los recursos públicos constituyen actos contrarios a la ley y son una causa sustancial de la creación de condiciones de existencia peligrosas y, por tanto, de los resultados de las muertes razonablemente previsibles⁵⁵.

Aunque el acusado no haya tenido la intención de matar, sí tenía conocimiento de la creación de condiciones de existencia peligrosas para la población de Guinea Ecuatorial, y era consciente de la correlación entre el enriquecimiento ilícito personal y la sustracción de fondos de los programas de asistencia alimentaria, de agua potable y sistema de salud básica de los que es dependiente la población más vulnerable para su subsistencia, asumiendo el riesgo de que sus actos, de manera razonada y previsible, tendrían unas consecuencias de largo alcance sobre las vidas y la salud de muchas personas de su país, es decir, crearían un peligro colectivo para la vida, la integridad física y la libertad de las personas, mostrando con sus actos un gran desprecio por la vida humana. Los fallecimientos derivados del hambre, por ejemplo, pueden evitarse y prevenirse si un gobierno ejerce con la debida diligencia la función pública y toma medidas adecuadas para poner en marcha mecanismos de respuesta. Una persona comete un crimen de hambre cuando ignora de forma irresponsable la evidencia de que sus políticas -ancladas en la corrupción- están creando, infligiendo o prolongando la muerte de un número significativo de personas⁵⁶.

Esta Corte además considera que los hechos descritos anteriormente muestran claramente que hubo un ataque concertado contra la población civil en Guinea Ecuatorial, que se llevó a cabo bajo una política y una práctica, no accidental o aislada, sino generalizada y sistemática de corrupción política y de sustracción de fondos públicos de largo alcance que habían sido puestos bajo la custodia del gobierno. Aunque la corrupción y los delitos económicos no forman parte de los injustos subyacentes a la figura de los CCH este Tribunal considera necesario aceptar un concepto más amplio de ataque, que responda a las nuevas formas de agresión contra la población civil que se producen en nuestra sociedad contemporánea, aceptando así la existencia de ataques de carácter económico que sí dan lugar a los crímenes tipificados en el artículo 7.1, como es el de asesinato.

La gravedad de los hechos de los que se acusan a TNO se sostiene en función del abuso de poder del Estado contra la población civil representados en actos de corrupción,

⁵⁵ Véase a este respecto Holmberg, S. and Rothstein, B., *Dying of Corruption*, Health Economics, policy and Law, 540, 2011. Este artículo se centra en las prácticas de corrupción basadas en los sistemas de salud y realiza una relación entre las formas de mal y bueno gobierno y la salud de la población.

⁵⁶ Marcus, D., *Famine crimes in International Law*, (2003) 97 American Journal of International Law 245, 2003, pp. 81-247. Algunas normativas nacionales como la del Estado de Israel recoge el crimen de hambre y lo equipara al asesinato cuando supone una dejación de funciones.

que convierte un crimen común en un crimen internacional. El acusado, llevado por el propósito de obtener un enriquecimiento personal, ideó y llevó a cabo un plan para cometer un ataque económico, con pleno conocimiento del mismo y de sus consecuencias, incumpliendo su mandato de garantizar las condiciones adecuadas de existencia para las víctimas, protegiéndolas de la muerte por el padecimiento de enfermedades y de hambre.

Cuando un actor estatal abusa del poder político del Estado, muy poco se puede hacer para pararlo antes de que lleve a cabo su línea de conducta contra la población civil, la cual ya no se encuentra más protegida por el Estado, sino victimizada por él⁵⁷. En este sentido cuando las élites estatales ejecutan planes para subvertir y destruir los fundamentos de la economía del Estado para su enriquecimiento personal, la cadena de actos criminales de alta corrupción tiene el potencial de causar privaciones a gran escala, empobrecimiento, hambre y pérdidas de vidas humanas entre la población⁵⁸.

Por todo ello este Tribunal declara al acusado TNO, en base al artículo 7.1.a) del ER, responsable de CCH por la muerte de 720 menores en Guinea Ecuatorial.

3. CONCLUSIONES

En muchas regiones del mundo, los altos niveles de corrupción de las altas esferas gubernamentales constituyen la mayor causa de destrucción de los pilares económicos de Estado y subvierten los sistemas públicos para la realización de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales. Esta cadena de sabotaje empuja a los sectores más desaventajados de la población a subsistir en condiciones infrahumanas de extrema privación. Como resultado de esta conspiración llevada a cabo por el Estado, miles de personas económicamente vulnerables en el mundo en desarrollo están muriendo por corrupción. Hay una tendencia a tolerar los actos criminales de los miembros del gobierno que constituyen graves crímenes económicos. De hecho se pueden apreciar situaciones en las que se demuestra que la magnitud del crimen económico cometido contra la población también constituye un *crimen (económico) contra la humanidad*⁵⁹.

⁵⁷ Bassiouni, M. C., *Crimes Against Humanity...*, *op. cit.*, p. 10; Wabwile, M., *(Economic) Crimes against humanity...*, *op. cit.*, nota al pie 17.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 231.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 221. Texto traducido por la autora.

Aunque la corrupción y otros delitos económicos ya están reconocidos en convenios internacionales como delitos transnacionales, esta regulación no integra principios de derechos humanos, y no forma parte del Derecho internacional penal. Así, ni los principios de jurisdicción universal, ni la jurisdicción de la CPI, se están aplicando a estos delitos transnacionales. Tampoco los mecanismos de cooperación internacional que sí existen y se aplican para los delitos transnacionales se están utilizando en relación a los CCH y otros crímenes recogidos en el ER, de ahí que se esté redactando un nuevo convenio que aspira a fortalecer esta cooperación. Algunos autores han abogado para que la CPI, en conjunción con la Organización de Naciones Unidas contra el Crimen y las Drogas (UNODC), formen un Consejo Asesor Anti-corrupción que solicite la obtención de pruebas y lleve a cabo audiencias con varios actores, incluyendo organizaciones de la sociedad civil, en relación con casos de corrupción de altos cargos del gobierno para promover el ajusticiamiento de estos crímenes en el ámbito doméstico. De esta forma la CPI iría integrando estos crímenes en su acción⁶⁰, ya que de hecho se podría afirmar que no hay nada en las provisiones del Derecho internacional consuetudinario o del ER que excluya a los CCH que tienen un carácter eminentemente económico de las categorías de abusos derivados del abuso de poder del Estado que el régimen actual de Derecho internacional penal persigue. Fuentes judiciales y académicas parecen dejar margen para la interpretación de que los crímenes económicos más serios cometidos por oficiales de gobierno a gran escala, pueden ser categorizados como CCH⁶¹.

Aunque el ER no haga referencia explícita a los *crímenes económicos contra la humanidad*, al tener la CPI jurisdicción sobre los más graves crímenes cometidos por los gobiernos contra su población, podría incluir entre su campo de competencias materiales este tipo de actos. La CPI podría ejercer jurisdicción complementaria respecto de las jurisdicciones nacionales en sus objetivos de castigar los crímenes más graves, contribuir a su prevención y acabar con la impunidad de los autores, en la medida que las instituciones estatales con diferentes competencias sobre la corrupción -ejecutivas, judiciales, legislativas- llegan a ser muy débiles, insuficientes, o simplemente se encuentran desmotivadas o no tienen interés en regular, investigar o perseguir casos de alta corrupción política que afectan a sus gobernantes o funcionariado. En estas circunstancias, podría ser necesario involucrar a la comunidad internacional en estos casos y ayudar a romper el círculo vicioso de abuso de poder, altos niveles de corrupción y *crímenes económicos contra la humanidad*⁶², apreciando en la CPI y en el ER instrumentos adecuados para la persecución y la sanción internacional de este tipo de delitos.

⁶⁰ Véase a este respecto Sonja, B. S., *Extraordinary Crimes at Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations*, 101 NW. U. L. REV. 1257, 1291, 2007.

⁶¹ Wabwile, M., en *(Economic) Crimes Against Humanity...*, *op. cit.*

⁶² *Ibid.*, p. 222.

El punto crítico es discernir si este tipo de conductas podrían sancionarse y perseguirse ampliando la competencia *ratione materiae* de la CPI a estos delitos transnacionales, sumando nuevos delitos a la categoría de los crímenes internacionales de lesa humanidad, por ejemplo la corrupción política como *crimen económico de lesa humanidad*, o tratar de revisar e interpelar los elementos que actualmente definen este tipo internacional penal, sin tratar de ampliarlo, para que pueda responder a las nuevos retos que presentan las formas contemporáneas más graves de agresión contra los derechos humanos. La evolución del Derecho internacional penal en las últimas décadas nos hace pensar en la dificultad de un planteamiento a favor de la ampliación del tipo sin superar el rechazo que ello supone para la doctrina. Hasta ahora tampoco la jurisprudencia ofrece margen para avanzar en este sentido. Es por ello que indagar sobre las posibilidades que ofrece la interpretación de los elementos sustantivos de esta categoría de crímenes de Derecho internacional nos parece la opción más realizable.

En este sentido, abordar la conexión de la creación de condiciones de existencia peligrosas con conductas que no supongan infligir daños físicos directos, pero sí recreen contextos muy peligrosos para la salud y la vida de la población, sería una posibilidad que podría ofrecer la definición actual de los CCH. En este sentido Bassiouni manifiesta que la evolución histórica de los intereses protegidos por los CCH ha estado limitada a los daños contra las personas, pero solo en la naturaleza del daño directo. Los CCH no tienen en cuenta ataques sobre otros intereses protegidos que puede tener efectos o consecuencias sobre la vida, la salud o el bienestar de las personas. Y esto, dice el autor, es particularmente cierto con respecto a los crímenes ambientales. En esta línea, da un paso hacia adelante en sus consideraciones y señala que parece una necesidad extender la competencia *ratione materiae* de los CCH⁶³. En este sentido sería oportuno profundizar en el análisis de la definición de violencia, su interpretación e implicaciones sobre los nuevos intereses y necesidades susceptibles de protección en la sociedad contemporánea, afectada por conflictos de importante magnitud e impacto sobre la población, pero que no encajan en el marco de los conflictos armados. James Gilliam propone que la violencia, para los propósitos del requisito del ataque, abarque por ejemplo el incremento de las tasas de muerte y de enfermedad sufrida por aquellos que ocupan los más bajos estratos sociales, en contraste con aumentos relativamente menores de quienes están por encima de ellos⁶⁴. Evelyn Schmidt señala que una definición del término violencia aún utilizada se refiriere a la *incapacitación, o privación de la salud -con el asesinato como una forma extrema- en las manos de un actor*⁶⁵.

⁶³ Bassiouni, M. C., *Crimes Against Humanity. The case for specialized...* op. cit. p. 590.

⁶⁴ Gillian, J., *Violence* (vintage Books, 1997), p. 89, citado en Schmid, E., *Taking Economic...*, op. cit., p. 77.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 77. Traducción de la autora.

Descubrir nuevos enfoques para elaborar conceptos como la noción de *ataque económico* contra la población civil, desligando la línea de conducta que recrearía el contexto para la comisión de los ilícitos subyacentes, de los propios actos violentos, podría contribuir a sancionar y perseguir algunas de las peores formas de atentar contra la población civil, formando parte de las posibilidades que nos ofrece los elementos que ya reconoce el ER.

El análisis y la interpretación más amplia del concepto de ataque se vuelve un elemento central para dar cabida a estas conductas que suponen atentados contra la población civil, una vez superada la conexión entre este tipo de crimen internacional y los conflictos armados. Aunque la definición de ataque basada en actos de violencia encuentre una base muy sólida en Derecho internacional, puede ser que esta interpretación exclusiva pueda no corresponderse con una función protectora más amplia subyacente en los CCH⁶⁶. Las conductas, las formas y los medios utilizados para atentar contra la población pueden hoy expresarse de forma muy diversa y no necesariamente exigir el uso de la fuerza armada o la violencia física, ni dar término a la vida o herir a alguien de manera directa o inminente⁶⁷. Una reformulación de la posibilidad del término ataque en el ER para los CCH permitiría abrir una ventana para enjuiciar graves violaciones de derechos humanos que, en casos especiales y apropiados por las verificación de los elementos del contexto, puedan ser llevados ante la CPI. Separar los actos subyacentes de la idea de ataque es algo sobre lo que existen antecedentes jurisprudenciales. Así después de la Segunda Guerra Mundial el Tribunal Británico de la zona ocupada, en aplicación de la Ley del Consejo de Control n° 10 en el caso *Strafsache 78/48*, consideró una forma de ataque “el dominio despótico de violencia de los nazis” o “el régimen nacional socialista de violencia y arbitrariedad” mientras que la destrucción de un bien cultural -la sinagoga- constituía una conducta suficientemente conectada con el ataque para los cargos de crimen contra la humanidad⁶⁸. En la jurisprudencia de la CPI también aparecen consideraciones en este sentido. La causa contra Katanga declara la necesidad de considerar el ataque, la calificación del ataque y los actos subyacentes en pasos separados⁶⁹.

En conclusión, se podría señalar que los delitos de corrupción política son especialmente preocupantes porque constituyen una amenaza para la estabilidad, la paz y la seguridad de las sociedades, afectan negativamente a la economía y a la consecución del bien

⁶⁶ *Ibid.*, p. 78.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 77. La autora dice que la violencia puede ser entendida de una forma más amplia, yendo más allá de la violencia directa infligida a través de las armas, machetes o fuerza física.

⁶⁸ Schmid, E., *Taking economic, social and cultural...*, *op. cit.*, p. 93 y nota al pie 90.

⁶⁹ *Prosecutor v Katanga... op. cit.*

común y de los intereses generales, *atentan contra la sociedad*⁷⁰ y contra la protección, el respeto y el disfrute de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de amplios sectores sociales⁷¹. La vinculación en la práctica de la lucha contra la corrupción y la protección de los derechos humanos exige comprender la forma en que el ciclo de la corrupción facilita, perpetúa e institucionaliza las violaciones de los derechos humanos⁷².

Si la lucha contra esta manifiesta lacra de utilización del poder, que implica la explotación y la victimización de la población a gran escala, ha marcado los principales sistemas políticos domésticos, también debería orientar en la actualidad los esfuerzos de la comunidad internacional para desarrollar el Derecho internacional penal en su propósito de combatir las peores formas de violación de los derechos humanos cuando son cometidos como parte de una política del Estado. En estos crímenes no es tanto el *quantum* del daño resultante, sino la potencialidad del daño a larga escala que se deriva del abuso de poder político de un Estado lo que resulta significativo para la clasificación del crimen. La CPI debería utilizar la discreción que le permite el ER para luchar contra todas las formas de abuso del poder público, incluidas las que se cometen por medio de la realización de delitos económicos y que resultan en un gran número de muertes relacionadas con el hambre y las enfermedades -normalmente registradas como muertes naturales- y para juzgar a los responsables de las mismas por crímenes que, a pesar de colisionar contra los valores más básicos que integran el concepto de humanidad, vienen quedando simplemente impunes.



⁷⁰ EUROSOCIAL II, *Memoria explicativa de las actividades desarrolladas...*, *op. cit.*, p. 10.

⁷¹ Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HREC/28/73, 5 de enero de 2015. En los siguientes informes la Christy Mbonu Relatora Especial, Christy Mbonu, afirmó que el disfrute de ambos conjuntos de derechos, ya fueran económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, se veía socavado seriamente por el fenómeno de la corrupción, véanse E/CN.4/Sub.2/2003/18, E/CN.4/Sub.2/2004/23 y E/CN.4/Sub.2/2005/18 y A/HRC/11/CRP.1.

⁷² OHCHR, *Séptimo informe anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (CAT/C/52/2), paras. 76 y ss.

Caso de Estudio 2.

La responsabilidad penal de las corporaciones por crímenes contra la humanidad. Violaciones masivas a mujeres por la empresa Barrick Gold en Papúa Nueva Guinea

1. INTRODUCCIÓN

La globalización ha venido propiciando lo que se considera una “deslocalización de las externalidades negativas de las actividades empresariales transnacionales”¹. Esto se proyecta hacia zonas alejadas de la realidad de los consumidores, donde se pretenden obtener réditos a cuenta de una débil institucionalización, mecanismos de control y protección, altos niveles de corrupción y laxitud de las normas que establecen salvaguardas fundamentales. Es así que se genera un contexto de mayor exposición hacia la vulneración de los derechos humanos de las poblaciones donde las corporaciones llevan a cabo sus operaciones, las cuales están ligadas, en numerosas ocasiones, a sectores sensibles a importantes riesgos sociales y ambientales.

La virtualidad de la vulneración de los derechos humanos por parte de las empresas transnacionales, en contextos que desbordan la regulación doméstica, hace necesario tratar la regulación de las actividades de las mismas, en función del impacto que producen, desde el Derecho internacional. Las cuestiones que se plantean son, por un lado, si las *graves violaciones de derechos humanos*, en las que pueden verse involucradas las empresas transnacionales, bajo diferentes formas de autoría o participación, podrían ser tratadas adecuadamente desde el Derecho internacional de los derechos humanos, o por el contrario, sería necesario acudir al régimen del Derecho internacional penal para suplir las posibles lagunas del primero, buscando además la prevención y un marco más exigente de persecución, sanción y reparación que podría proporcionar el régimen penal. Por otro lado, además se pregunta si cabría calificar como CCH comportamientos que atentan de manera grave

¹ En este caso abordamos la responsabilidad de empresas transnacionales, y no de otro tipo de empresas, por graves violaciones de derechos humanos.

contra los derechos humanos, los cuales se llevan a cabo a través de ciertas conductas ilícitas de *carácter económico* -p. ej., financiación ilegal de un régimen dictatorial- y de *carácter no económico* -p. ej., torturas o violaciones-, como crímenes contra la humanidad (CCH) y ser imputables a las empresas como personas jurídicas.

Existen precedentes que relacionan el desarrollo de las actividades corporativas de empresas transnacionales con la comisión de CCH. Los casos de Unocal (EEUU) y Total (Francia) que construyeron un gaseoducto beneficiándose de las violaciones a los derechos humanos perpetradas por la junta militar de Birmania, son claros exponentes de cómo las operaciones de las grandes corporaciones contribuyen a la comisión de CCH.

En el año 2005 Unocal aceptó un acuerdo extrajudicial y compensó a las víctimas que demandaron a la empresa en el caso *Doe v. Unocal* por su complicidad en los crímenes de trabajo forzoso, violación y asesinato en conexión a la construcción de un gaseoducto construido en Burma. El caso comenzó a partir de una decisión emblemática por parte del tribunal federal de Los Angeles que aceptó el caso en 1997 resolviendo que las corporaciones y sus ejecutivos pueden ser responsables legales por violaciones de derechos humanos en otros países de acuerdo con el Alien Tort Claims Act (ATCA).

Los tribunales belgas aplicaron el principio de jurisdicción universal para juzgar a los responsables de la empresa Total por crímenes de lesa humanidad.²

El informe “Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad: represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado” en Argentina, del año 2015³ ha podido identificar datos cuantitativos y cualitativos en relación a las distintas prácticas empresariales y su responsabilidad en la comisión de CCH. De acuerdo con este estudio, 88% de las empresas investigadas intervinieron en secuestros de trabajadores en las fábricas y despidos o retiros forzados de obreros activistas mientras que en el 76% de los casos estas empresas entregaron a las fuerzas represivas información privada de los trabajadores y listas de delegados. También se documentaron otras prácticas: presencia y actividad militar de control, supervisión y amedrentamiento dentro las fábricas (72%); oficiales

² Pigrau i Solé, A., *La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través del Alien Tort Claims Act por su participación en las violaciones de derechos humanos*, Revista española de desarrollo y cooperación, núm. 25, 2012, pp. 113-130.

³ *Informe Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad: represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado*, realizado por el Programa Verdad y Justicia y la Secretaría de Derechos Humanos, ambos bajo la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el Centro de Estudios Sociales y Legales (CELS) y el Área de Economía y Tecnología de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO-Argentina).

de fuerzas armadas o de seguridad en cargos directivos (68%); agentes de inteligencia infiltrados (60%); operativos militares en los predios fabriles (56%); cuadros empresariales en las detenciones, secuestros y hasta torturas (52%), habilitación de instalaciones para el asentamiento de fuerzas represivas (48%), entre otros.⁴

Algunos autores y autoras como Marinabona, White, Ngira, Okot, Navarro, entre otros, han desarrollado un marco argumental para sostener que los delitos de las empresas pueden ser considerados como CCH⁵, sosteniendo que esta calificación puede tener un gran efecto disuasorio y habilitar la acción internacional mediante mecanismos como la CPI, el principio de jurisdicción universal y la obligación de extraditar o juzgar.

2. CASO DE ESTUDIO

2. 1. Descripción

La empresa canadiense Barrick Gold ha sido el mayor productor de oro del mundo. Desde el 2006 ha operado en la mina Porgera en Papúa Nueva Guinea (PNG). En PNG miles de personas viven en las inmediaciones de la mina Porgera y han visto sus medios de vida tradicionales arruinados por la contaminación del agua, la erosión y la polución generada por la mina. Con la mina, Barrick también adquirió un legado de daño medioambiental y abusos de derechos humanos que no logró parar ni remediar.

Se calcula que al día, la mina emitía alrededor de 16.000 toneladas de residuos al río Porgera y riachuelos de los cuales dependía la población local para obtener agua potable y otros quehaceres. Los residuos de la mina siguieron expandiéndose y afectando zonas más grandes del territorio y sus habitantes. Así, la única posibilidad de la población para trasladarse a tierras de agricultura y áreas comerciales era atravesar zonas peligrosas de residuos. Muchos nunca fueron compensados por la pérdida de sus tierras y Barrick se

⁴ <http://notas.org.ar/2015/12/04/empresas-delitos-lesa-humanidad/>

⁵ Manirabona, M. A., *L'affaire Trafigura: vers la répression de graves atteintes environnementales en tant que crimes contre l'humanité*, Revue de droit internationale et de droit comparé..., *op. cit.*; White, R., *Environmental Crime in Global Context: Exploring the Theoretical and Empirical Complexities...*, *op. cit.*; Ngira Otieno, O. y Okot, M., *Conceptualizing environmental crimes as crimes against humanity: Philosophical justification...*, *op. cit.*; Sosa Navarro, M., *Pueden los delitos medioambientales cometidos por empresas en África ser considerados crímenes de lesa humanidad?*, Londres 09/02/2014., disponible en: <http://www.guinguinbali.com/index.php?lang=es&mod=news&cat=2&id=3908>

negó a reasentarlos. Sin tierra ni recursos a muchos de ellos sólo le quedo la opción de rebuscar restos de oro en las inmediaciones de la mina.

Si los guardas de seguridad de Barrick encontraban a personas no trabajadoras en la mina, procedían a detenerlos en una celda antes de transferirlos a la policía bajo cargos de minería ilegal e intrusión en la propiedad privada. En los equipos de seguridad de la empresa se incluían policías locales o personal con experiencia militar. De hecho, Barrick tiene un Memorandum de Entendimiento con el gobierno de PNG para incluir a reservistas de sus propias fuerzas de seguridad para aumentar la policía local quienes acaban defendiendo los intereses de la empresa frente a la población.

Barrick también proporcionó apoyo de otro tipo, incluyendo ayuda financiera, vivienda y transporte a la policía local móvil de PNG que tiene ya de por sí un grave historial de violaciones de derechos humanos, incluyendo palizas, violaciones, disparos, desalojos y quema de casas.

La investigación por parte de las organizaciones de la sociedad civil como Human Rights Watch, Amnistía Internacional y las clínicas legales de las universidades de Harvard y Nueva York, han documentado durante años los abusos cometidos en la mina Porgera de Barrick. Entre estos abusos se contaban violaciones brutales y sistemáticas por parte de guardas de seguridad durante dos décadas. Debido a la expansión física, los residuos crecientes de la empresa y el deterioro del entorno natural, las mujeres y jóvenes se veían obligadas a entrar en la mina o sus inmediaciones para desplazarse y realizar sus quehaceres. Al menos 120 mujeres denunciaron casos de violación en la mina.

En 2011, Human Rights Watch publicó un informe sobre la mina a la que la empresa se vio obligada a responder. El CEO en ese momento, Peter Munk, realizó unas declaraciones que quedaron grabadas en los medios de comunicación al afirmar que “la violación en grupo es un hábito cultural” en PNG⁶.

La Asociación de Propietarios de Porgera y la asociación local de derechos humanos Akali Tange (ATA) interpusieron ese mismo año una queja ante el gobierno canadiense contra Mining Watch Canada. Al mismo tiempo, se exploró la posibilidad de interponer una demanda contra la empresa en los Estados Unidos. La organización Earth Rights acompañó este proceso declarando que el caso de Porgera suponía “uno de los

⁶ Declaraciones realizadas por Peter Munk en The Globe and Mail Published Friday, Feb. 18, 2011 5:59PM EST, <http://www.theglobeandmail.com/news/national/peter-munks-reflections-on-being-a-winner/article567172/?page=all>

peores casos de abusos de derechos humanos asociados con las industrias extractivas que hemos presenciado.”⁷

El personal de seguridad de Barrick fue responsable de una violencia generalizada dentro y en las inmediaciones de la mina Porgera con incontables sucesos de violaciones y violaciones en grupo. La empresa intentó ocultar el problema durante muchos años a pesar del conocimiento de su existencia por parte de organizaciones de derechos humanos⁸. ATA empezó a alertar sobre la situación en el año 2005 con información sobre incidentes que implicaban incluso a los escalones más altos de la empresa en Porgera, pero no hubo respuesta.⁹

En el 2006, el gobierno de PNG comenzó una investigación debido al número elevado de muertes alrededor de la mina pero el informe nunca vio la luz. La policía local acusó a Barrick de obstruir las investigaciones y la justicia.

En 2012 Barrick por fin comenzó a reconocer el problema y a poner medios para recibir quejas aunque algunos de ellos fueron rechazados de plano por las ONGs. Por ejemplo, su marco de reparaciones estipulaba que se daría a las mujeres acceso a micro-donaciones y asistencia psicológica si se comprometían a no interponer ninguna causa legal contra la empresa.

Barrick está ahora intentando vender la mina y dejar PNG. A finales del 2014 la empresa cayó en bolsa hasta mínimos registrados en 1992 desplomándose su cotización en un 63% desde el 2011.

En abril del 2015, Barrick y Earth Rights International (ERI) realizaron una declaración anunciando un acuerdo entre las partes:

“Barrick Gold Corporation and Earth Rights International (ERI) have negotiated a settlement of claims by 14 individuals from Papua New Guinea (“PNG”), represented by ERI, in relation to a variety of alleged acts of violence concerning the Porgera Mine in PNG. Eleven of these individuals are women with claims

⁷ <https://www.earthrights.org/media/survivors-who-alleged-rape-and-killing-papua-new-guinea-mine-pleased-barrick-gold-settlement>

⁸ Véanse investigaciones realizadas al respecto por Catherine Coumans de Mining Watch Canada, en <http://miningwatch.ca/users/catherine>

⁹ “Barrick ha estado violando a nuestras mujeres e hijas y matando a nuestros padres, hermanos e hijos durante años”, Jethro Tulin, Director Ejecutivo de ATA.

alleging acts of sexual violence, including rape. Pursuant to the terms of the settlement, the women will receive compensation under the Porgera Remedy Framework, and a payment in connection with their participation in the mediation process which led to the resolution of their claims. The remaining claims, which relate to alleged deaths, were lodged through the operational grievance mechanism at Porgera, and have also been resolved. All claimants are pleased with this resolution”¹⁰.

ERI declaró que no podía compartir más información sobre el acuerdo comprometiéndose a no proceder litigando contra Barrick en nombre de los 14 personas demandantes.

Los representantes de otras 22 víctimas que no fueron parte de este acuerdo han decidido interponer un caso ante la CPI contra la empresa Barrick Gold por CCH en relación a las violaciones masivas y sistemáticas que sucedieron durante años. Consideran que el marco de remedios establecido por Barrick ha sido claramente insuficiente y no resuelve la situación de impunidad en la que opera Barrick en PNG y en otros países.

2. 2. Hechos:

2. 2. 1. Violencia sexual y violaciones sistemáticas por parte de los guardas de seguridad de Barrick

Durante dos décadas mujeres y jóvenes, que habitaban en las inmediaciones de Porgera, han sido sujetas a violaciones brutales y vejaciones que les han producido daños físicos y psicológicos permanentes así como aislamiento social y marginación en sus comunidades y familias.

Por ejemplo, una de las víctimas era sólo una adolescente cuando sufrió el asalto de guardas de seguridad cuando estaba buscando oro con su hermana menor. Los guardas la esposaron con las manos a la espalda y la violaron en grupo encerrándola después en una celda hasta que fue transferida a la policía. A su familia le costó una semana reunir el dinero suficiente para obtener su fianza, tiempo durante el cual no recibió ninguna atención médica por su condición física que incluía huesos rotos y desangramiento. A día de hoy, esta mujer aún tiene problemas para andar. A otra demandante se la obligó a tragar un preservativo que había sido usado para violar a dos mujeres antes que a ella.

¹⁰ *Canada mining firm compensates Papua New Guinea women after alleged rapes*, The Guardian, <https://www.theguardian.com/world/2015/apr/03/canada-barrick-gold-mining-compensates-papua-new-guinea-women-rape>

En el caso de otra mujer, su grupo fue agredido con gas. Ella fue golpeada, cortada con un cuchillo y violada de forma brutal por 10 guardas. Cuando su marido averiguó que había sido violada, la abandonó y ya no puede tener hijos. Fue marginada por la comunidad y tuvo que marcharse a vivir con familiares a otro pueblo. Estos son solo unos ejemplos entre las docenas de mujeres que han sufrido similares asaltos sexuales por parte de guardas de seguridad.

En el año 2008, después de recibir numerosas cartas de queja de las organizaciones de derechos humanos locales e internacionales, el CEO de Barrick, Peter Munk, escribió una carta a los líderes de Porgera afirmando que las acusaciones eran muy desagradables porque no eran verdaderas. Por fin en el 2011, la compañía admitió que existía un problema.

2. 2. 2. Palizas y asesinatos cometidos por los guardas de seguridad de Barrick

Aunque los mecanismos de reparación que estableció Barrick años después solo se aplican a los casos de violación, también se han producido numerosas muertes. Las familias de las víctimas trataron de presentar quejas a Barrick pero no consiguieron ningún tipo de reparación.

No solo existió violencia física hacia las mujeres. Los hombres y jóvenes de las comunidades vecinas también sufrieron abusos a lo largo de 20 años en forma de agresiones físicas, disparos, etc. por estar en las inmediaciones de la mina. Antes de Barrick, la empresa Placer Dome ya reconoció algunas muertes aunque alegaron que se produjeron en casos de legítima defensa. El problema es que la mayoría de los casos no han sido investigados y Barrick niega toda participación. El gobierno de PNG inició una investigación en el 2006 debido al número excesivo de muertes registrado en la zona pero nunca hizo público el informe.

2. 2. 3. Evicciones y desplazamiento forzoso

Barrick trabajó con personal de la policía que quemó casas en laderas enteras cercanas a la mina. La contestación de Barrick fue que habían destruido tan solo 50 chabolas temporales. Un informe de Amnistía Internacional de enero 2010 evidenció que fueron 130 casas permanentes las que fueron quemadas al tiempo que sus habitantes fueron golpeados, acosados y detenidos¹¹.

¹¹ Ver el *Informe de la Alianza de Porgera* de 2011, <http://www.porgeraalliance.net/wp-content/>

2. 2. 4. Prácticas y políticas generalizadas

Los abusos que tuvieron lugar en Porgera no son el producto de prácticas aisladas o casos fortuitos. Son el resultado de políticas corporativas y generalizadas de la empresa que se han producido en un gran número de casos y países. Por ejemplo, en Tanzania la empresa trabajó estrechamente con la policía local en la mina del norte de Mara resultando en casos de violencia muy similares a los acontecidos en Porgera. En ese caso, un número de habitantes demandó a la empresa en el Reino Unido tras la muerte y agresiones a sus familiares.

En Australia, Chile, Tanzania o Papúa Nueva Guinea, Barrick toma tierras que pertenecen a los habitantes locales, muchas veces pueblos indígenas, aprovechándose de vacíos normativos o falta de eficacia en la aplicación de las leyes y los sistemas de justicia. De esta forma, se destruyen ecosistemas, medios de vida y culturas ancestrales. En Chile, las autoridades pararon la construcción del proyecto de Barrick en Pascua en 2013 debido a la subsiguiente destrucción de los glaciares y contaminación de aguas. Los propios inversores de Barrick han demandado a la empresa por fraude por una cantidad de 6 billones de dólares alegando que se conocían los riesgos del proyecto en Chile. Los testimonios de 5 antiguos empleados confirman que tanto el Presidente como el Consejo de Administración de Barrick conocían que la construcción del proyecto en Pascua acarrearía contaminación para las fuentes acuíferas y otras violaciones de la normativa medioambiental que provocaron la suspensión del proyecto¹².

A pesar de ello, Barrick presume de su reputación como un actor responsable que forma parte del Index de Sostenibilidad del Dow Jones¹³. Ejerce presión para obstruir la adopción de leyes como la C-300, que establece la retirada de financiación gubernamental y apoyo diplomático cuando se comprueba que una empresa ha estado implicada en violaciones de derechos humanos o normas ambientales.

En el año 2009, el Fondo de Pensiones Noruego retiró 230 millones de dólares de la empresa por razones éticas, especialmente a partir del caso Porgera.

uploads/2011/10/Urgent-Resettlement-Porgera-web.pdf

¹² These witnesses also testify that at a time when the company was estimating that the Project's cost would be between \$2.8 and \$3 billion, Barrick already had in its possession an engineering report estimating costs for the Project at nearly twice that figure. Más información en protestbarrick.net y testimonios parlamentarios sobre las operaciones de Barrick en Argentina, Filipinas y Papúa Nueva Guinea en <http://business-humanrights.org/en/documents/testimony-before-canadian-parliament-re-barrick-porgera-jv-papua-new-guinea>

¹³ La firma de investigación Covalace fue capaz de reunir información cuantitativa y cualitativa para afirmar que Barrick se encontraba entre las 12 empresas menos éticas del mundo.

2. 2. 5. Remedios a las víctimas

En 2012, Barrick diseñó un marco de reparaciones al que podían optar las víctimas de las violaciones. Barrick afirmó que se proporcionarían paquetes de beneficios después de la valoración de cada caso incluyendo reparaciones financieras e incluso reasentamiento si fuera necesario. Aunque se diseñó como un mecanismo de quejas inspirado en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos del 2011, las organizaciones sociales consideraron que el mecanismo ideado por Barrick no cumplía con los criterios mínimos. Para empezar no fue resultado de un proceso de diálogo con las personas afectadas a través del cual se brindara la oportunidad de consulta y participación de la población. Más de 200 mujeres presentaron quejas de violaciones aunque los activistas locales creen que el número podría ser mayor.

Muchas de las mujeres que presentaron quejas apoyadas por organizaciones de derechos humanos, no recibieron una compensación acorde con los graves abusos sufridos. A todos los clientes de Earth Rights International, por ejemplo, se les ofreció un paquete de 8.000 dólares. Cuando las víctimas se quejaron y reclamaron una compensación adecuada, se rechazó su solicitud a pesar de que el comité asesor reconoció que los abusos habían sido horribles, incluyendo “asalto físico, encarcelamiento y violación agravada” pero rechazaron que se debiera pagar más de 8,500 dólares a cada mujer.

Los argumentos del Comité se sustanciaron en que a otras mujeres ya se les había otorgado esta cantidad y sería injusto diferenciar entre casos. Además, el Comité sugirió que una compensación no era consistente con la dignidad de las mujeres de acuerdo con la Constitución de PNG. El Comité también afirmó que, en lugar de recibir una compensación económica, estas mujeres se beneficiarían más de un conjunto de medidas de carácter económico incluyendo micro-donaciones y formación para generar actividades productivas.

A todas las mujeres se les ofreció el mismo paquete sin tener en cuenta sus preferencias o circunstancias, incluso a una mujer de 87 años. El paquete estaba integrado por un curso obligatorio que era requisito para obtener las micro-donaciones de alrededor de 6.000 dólares. Se suponía que estas actividades servirían a las mujeres para criar pollos y vender ropa. También se acordaban otros suplementos para recibir terapia y pagar el colegio (aunque la enseñanza era ya gratis en PNG).

En cualquier caso, para recibir estos paquetes, las mujeres debían comprometerse a

no demandar a Barrick a lo que muchas mujeres que no contaban con asesoramiento legal accedieron. Estos aspectos y la falta de proporcionalidad de las compensaciones resultan claramente contrarios a los Principios Rectores de la ONU sobre empresas y derechos humanos.

2. 3. Los delitos y cargos penales

Los cargos penales presentados alegan una violación del artículo 7.1.g) del Estatuto de Roma de acuerdo con los actos descritos:

Art. 7: Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

La línea de conducta viene conformada por las siguientes acciones: Planear, idear y ejecutar un sistema de terror y coacción física, utilizando la violencia contra la población como medio para el control de la mina y sus inmediaciones, ello a partir de la coordinación estrecha con la policía local y el intercambio de personal de seguridad, incluyendo directrices para que los casos de violación, torturas y asesinatos no fueran investigados por parte de la policía local.

Como resultado de lo anterior promover, favorecer y permitir una forma de ejercicio de violencia sexual sistemática y generalizada contra las mujeres habitantes de la Porgera.

2. 4. Respuesta de las partes acusadas

Los representantes de Barrick Gold alegan que la empresa, en calidad de persona jurídica, no es responsable penalmente de los actos que hayan sido cometidos por parte de su personal; que además los crímenes imputados son ajenos a las funciones corporativas del personal contratado quedando fuera del ámbito de responsabilidad e influencia de la corporación; además alega que ni el CEO ni los directivos de la empresa tenía conocimiento de que se produjeran violaciones de forma sistemática, aunque sí reconoce haber recibido información sobre casos aislados a los que se intentó dar respuesta por parte del personal local de la mina.

Los representantes de la empresa acusada alegan que no es competencia de la CPI juzgar crímenes que ocurrieran en el marco del desarrollo de las actividades económicas que llevan a cabo las empresas, puesto que este tribunal internacional se creó con la finalidad de enjuiciar a actores estatales y en situaciones de violencia muy diferentes a las que se dan en el caso de Porgera. Alegan que de acuerdo al artículo 25 del ER, la CPI no tiene jurisdicción sobre las personas jurídicas como las empresas transnacionales.

2. 5. Cuestiones que se plantean

Se somete a consideración de la CPI la cuestión de la responsabilidad penal internacional de la empresa Barrick Gold, en calidad de persona jurídica, por la comisión de crímenes de lesa humanidad, en particular, el crimen tipificado en el artículo 7.1.g) violación.

Los jueces que integran esta Sala consideran y exponen de común acuerdo sus opiniones respecto a la regulación de la responsabilidad de las corporaciones por violaciones de derechos humanos en el Derecho internacional de los derechos humanos y en el Derecho internacional penal¹⁴; dentro de este último campo, analiza esta cuestión tomando como referencia el ER de la CPI y la participación de las corporaciones en los crímenes internacionales que regula; finalmente, emiten sus conclusiones sobre el cumplimiento de los elementos del contexto de los CCH, en la causa contra la empresa Barrick Gold, por el ejercicio de la violaciones sistemáticas y generalizadas contra las mujeres en Porgera, PNG.

2. 5. 1. Sobre las responsabilidades de las empresas en el Derecho internacional de los derechos humanos

El rol importante y creciente que desempeñan las empresas en la sociedad internacional y el impacto global, tanto positivo como negativo, que tienen sus actividades transnacionales en la vida y en el disfrute de los derechos de los individuos y de las comunidades, ha despertado un profundo interés sobre la cuestión de la regulación jurídica internacional de la responsabilidad de las corporaciones en materia de derechos humanos.

En las últimas décadas se ha venido desarrollando en Derecho internacional un marco

¹⁴Dos campos que aunque coinciden en su propósito de salvaguardar los valores más elementales de la dignidad humana, cuentan con estructuras, funciones y sujetos diferentes, desarrollándose el debate sobre la materia entre ellos de forma paralela más que tangencial.

normativo para el control de la conducta de las empresas -fundamentalmente de las transnacionales-, basado en instrumentos de *soft law* y de autorregulación como códigos de conducta, directrices y principios éticos¹⁵, que han revelado serias dudas sobre su verdadera eficacia a los efectos del respeto y de la protección de los derechos humanos, siendo muy significativa la declaración de Chesterman al respecto al señalar que “*Illusion of regulations may be worse than no regulation at all*”¹⁶.

La discusión y las tensiones en torno a la manifiesta debilidad del valor jurídico de este marco regulatorio internacional, que no crea obligaciones directas en materia de derechos humanos para las empresas, se producen en la medida que alcanzan y ponen en cuestión la razón de ser del sistema de Derecho internacional de los derechos humanos en su origen, que es el de la protección de los individuos del poder del Estado, en cuanto que actor primigenio y quizás único destinatario de sus obligaciones directas, y no de otros participantes del orden internacional. De hecho, el sistema de Derecho internacional de los derechos humanos de *lega lata* continúa teniendo al Estado como sujeto originario y lo considera principal titular de obligaciones de derechos humanos. Frente a él, los individuos son titulares de derechos, no reconociendo el efecto horizontal de las normas internacionales de derechos humanos entre particulares -p. ej., entre empresas e individuos¹⁷-. Es el actor estatal, como parte de sus obligaciones directas que emanan de la costumbre y de los tratados internacionales, el que debe regular el comportamiento de las corporaciones en sus legislaciones internas, cumpliendo así con su deber de proteger a los individuos de las acciones de terceros, estableciendo lo que se denomina un sistema de obligaciones indirectas¹⁸. Este marco jurídico internacional de derechos

¹⁵ Entre estos destacar el *Borrador de Código de Conducta para las Empresas Transnacionales de la ONU*, las *Directrices para las Empresas de la OCDE*, la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT*, las *Normas sobre la Responsabilidad de las Empresas Transnacionales y otras Entidades Comerciales en Materia de Derechos Humanos de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*, el *Pacto Mundial del Secretario General de la ONU* y los *Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU*.

¹⁶ Chesterman, S., *Lawyers, Guns, and Money: Governance of Business activities in conflict zones*, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper 198.

¹⁷ La Declaración Universal de los Derechos Humanos incluye a los órganos de la sociedad en el preámbulo, sin haberlo desarrollado posteriormente y no se ha convertido en derecho consuetudinario; el Comité de DDHH ha declarado explícitamente que el PIDCP no tiene efectos horizontales y el CDESC ha señalado que las empresas privadas no están obligadas por la Convención, véase a este respecto Van de Herik, L., y Letnar Cernic, J., *Regulating corporations under international law. From Human Rights to International Criminal Law and Back Again*, *Journal of International Criminal Justice* 8, 2010, pp. 725-743, pp. 730-732.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 730; véase también De Schutter, O., *The accountability of multinationals for human rights violations in European Law*, en Alston, P., *Non State Acts and human rights*, Oxford

humanos tampoco ha establecido mecanismos de control ni foros con jurisdicción sobre las corporaciones o sus representantes. Es así que ninguno de los instrumentos comprendidos dentro del sistema de la ONU tiene el mandato de supervisar las actividades de otros actores diferentes a los Estados, tales como son las corporaciones, en materia de derechos humanos.

Esta posición ha sido confirmada por el Comité de DDHH en su observación general 31 al señalar lo siguiente:

“The article 2, paragraph 1, obligations are binding on States [Parties] and do not, as such, have direct horizontal effect as a matter on international (...). However the positive obligations on States parties to ensure the Covenant (PIDCP) rights will only be fully discharged if individuals are protected by the State, not just against violations of Covenant rights by its agents, but also against acts committed by private persons or entities that would impair the enjoyment of Covenants rights in so far as they are amenable to applications between private persons or entities. (...)”¹⁹.

La tesis dominante sobre la primacía del Estado como sujeto de Derecho internacional y el subsiguiente régimen de obligaciones directas que de esta posición derivan²⁰ no ha sido aceptado pacíficamente al considerarse que la cuestión de la personalidad jurídica internacional se ha vuelto “prisionera de la doctrina”²¹. Esta se ha mostrado incapaz de hacer respetar totalmente los derechos humanos al no poder ofrecer respuestas adecuadas para abordar los desafíos que arroja la sociedad internacional contemporánea, derivados estos de la influencia que en ella tienen las actividades de los actores no estatales²², como son las empresas transnacionales. Estas gozan de un gran poder económico,

University Press, Oxford, 2005, pp. 227-314.

¹⁹ General Comment No. 31 [80]. *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, UN. Doc. CCPR/C/21/Rev.1.Add.13(2004), 26 May 2004, &8.

²⁰ John Ruggie sostiene al respecto en *Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts*, Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, UN Doc. A/HRC/4/035, 9 February 2007, para. 44, <http://www.businesshumanrights.org/Documents/SRSG-report-Human-Rights-Council-19-Feb-2007.pdf>; Vasquez, C. M., *Direct vs. Indirect Obligations of Corporations under International Law*, 43 Columbia Journal of Transnational Law, 2005, 927-959, at 940.

²¹ Clapham, A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors...*, *op. cit.*, pp. 59-62.

²² De Brandebere, E., *Non-State actors and human rights: corporate responsibility and the attempts to formalize the Role of corporations as participants in the international legal system*, en

tienen una gran influencia en el orden político y social internacional, pueden utilizar todo su poder para promover los derechos humanos, pero también para evitar cualquier atribución de responsabilidad por su participación en los más serios abusos a los mismos²³. La idea del *vacío de gobernabilidad* reivindica el desequilibrio entre la capacidad de las corporaciones de contribuir a las graves violaciones de derechos humanos y la capacidad de los Estados de responder a esos agravios²⁴. Dejar bajo la tutela de los Estados nacionales la total protección de los derechos humanos, frente a los abusos cometidos por terceros, evidencia grandes vacíos de protección. Es por ello que se considera necesario revisar la naturaleza de las responsabilidades internacionales de las empresas, trasladándolas desde el plano de lo social -ético o moral- al jurídico, aunque para ello tengan que ser cuestionados, o incluso forzados, ciertos conceptos tradicionales del Derecho internacional como es el de la subjetividad internacional²⁵.

En este sentido, parte de la doctrina aprecia que sería posible abordar la extensión de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos a las empresas en la medida que se aceptara el hecho de que estas gozan de *cierta subjetividad internacional*, cuestión que se considera practicable en la medida que el Derecho internacional contemporáneo ya ha venido reconociendo paulatinamente alguna legitimidad activa y pasiva internacional a otros actores distintos del Estado, tales como el individuo²⁶ o las organizaciones internacionales²⁷. La extensión de la subjetividad internacional a las corporaciones sería realizable en la medida que, de acuerdo con la opinión de Higgins²⁸, estas fuesen consideradas *participantes en el sistema internacional*, o *siguien-*

Jean d'Aspremont (ed.), *Participants in the International Legal System Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Abingdon, Rutledge, 2011, pp. 268-283, electronic copy available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1992937, p. 2.

²³ Haigh, K., *Extending the international criminal court's jurisdiction to corporations: overcoming complementarity concerns*, Australian Journal of Human Rights, Volume 14 (1), 2008, p. 199.

²⁴ Kyriakakis, J., *Developments in international criminal law and the case of business involvement in international crimes*, International Review of the Red Cross, Volume 94, Number 887, Autumn, 2012, p. 985.

²⁵ Martín Ortega, O., *Empresas Multinacionales...*, *op. cit.*, p. 90.

²⁶ El Derecho internacional penal sostiene la responsabilidad penal individual de las personas naturales por crímenes internacionales.

²⁷ ICJ, *Advisory Opinion on Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, 1949, ICJ Rep 174, *op. cit.*

²⁸ Higgins describe la clasificación entre sujetos y objetos de derechos internacional como una "prisión intelectual" que no sirve a propósitos funcionales. De acuerdo a su línea argumental, el Derecho internacional es un proceso dinámico de toma de decisiones en el cuales no existen ni sujetos ni objetos, sino una variedad de participantes, incluidas las corporaciones, ver en Higgins, R., *Problems and Process: International Law and how we use it*, Clarendon Press 1994, 49 en

do a Clapham o Jägers²⁹ se les reconociese cierta *capacidad para exigir derechos y sufrir directamente responsabilidad por una conducta incompatible con una norma*, como de hecho ya ocurre en áreas del Derecho internacional, como son la del comercio y la de las inversiones internacionales³⁰, pero también en la de los derechos humanos.

En este línea cabe subrayar la aplicación que hace la Corte Europea de Derechos Humanos de algunas disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos³¹ al señalar que la Convención es un instrumento vivo y que se requiere una interpretación adecuada de la norma para acomodarla a las condiciones cambiantes del orden internacional, permitiendo de esta forma a las empresas presentar demandas ante la propia Corte y fallando esta incluso a su favor en algunos casos tales como *Société Colas Est SA and Other v France* (2002) sobre el derecho al respeto a la vida privada y familia -art. 8.1 del CEDH, *Autronic AG v Switzerland* (1990), con relación al derecho a la libertad de expresión -art.10.1 del CEDH-, y *Comingersoll S v Portugal* (2001) referido al derecho a la satisfacción equitativa -art. 41 del CED-³².

Algunos autores apoyándose en el reconocimiento de esta cierta legitimidad activa o pasiva de las empresas en Derecho internacional, o de su papel como participantes en el orden internacional, sostienen que esta rama del Derecho sí tiene *la capacidad legal de imponer obligaciones directas sobre todos los actores privados, incluyendo a las corporaciones*, como es la opinión de Knox³³, o manifiestan que *no hay razones de principios para que las compañías no puedan tener obligaciones directas bajo derecho internacional*, de acuerdo con Kamminga³⁴, o afirman que *la propia naturaleza del Derecho internacional*

Wouters, J., and Chané, A. L., *Multinational corporations in international law*, Working Paper N°.129 - December 2013, Leuven Centre for Global Governance Studies, Institute for International Law, Ku Leuven, p. 4.

²⁹ Clapham, A., *Human Rights Obligations of Non State actors...*, *op. cit.*, Wouters, J. and Chané, A. L., *Multinational corporations in international law...*, *op. cit.*, p. 4; también en Jägers, N., *The legal status of the multinational corporations under international law*, en Addo, M. K., (ed.), *Human rights standards and the responsibility of transnational corporations*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, pp. 264-265.

³⁰ Véase a este respecto Hernández Zubizarreta, J., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social...*, *op. cit.*

³¹ Convención Europea de Derechos Humanos, art. 6.1. sobre el derecho a disfrutar de un juicio público y justo por un tribunal independiente e imparcial, art.10.1. sobre derecho a la libertad de expresión, art. 34 sobre demandas individuales y art. 41.1. el derecho a una justa satisfacción.

³² Wouters, J. and Chané, A. L., *Multinational corporations in international law...*, pp. 5-6.

³³ Knox, J. H., *Horizontal Human Rights Law*, 102 American Journal of International Law, 2008, pp. 1-47.

³⁴ Kamminga, M. T., *Corporate Obligations under International Law*, paper presented at the 71st Conference on the International Law Association, plenary session on Corporate Social Respon-

*de los derechos humanos hace posible la imposición de obligaciones a todos los autores que puedan causar un daño, y por tanto, la responsabilidad de las empresas pueda ser encapsulada en el amplio marco jurídico de los derechos humanos, en palabras del profesor Addo*³⁵.

Esta perspectiva contemporánea sobre la cuestión de los sujetos de Derecho internacional, más abierta y flexible que la posición dominante sobre la personalidad jurídica, contribuiría a avanzar en una nueva visión sobre los derechos humanos, la cual aceptara con muchas menos reservas a las corporaciones empresariales como nuevos portadores de obligaciones directas de Derecho internacional, respondiendo con ello a las exigencias que la globalización impone³⁶ y las nuevas realidades que de ella derivan, haciendo de la arquitectura del Derecho internacional de los derechos humanos -marco jurídico y mecanismos de aplicación- un sistema mucho más eficaz para su salvaguarda, superando el paradigma clásico de los Estados poderosos contra los individuos débiles, para incluir la protección contra los, cada vez más, poderosos actores no estatales³⁷.

2. 5. 2. Sobre las responsabilidades de las empresas en el Derecho internacional penal

Reconocidos los vacíos de protección que derivan del sistema internacional de derechos humanos frente a los abusos cometidos por las corporaciones privadas y que pueden resumirse, por un lado, en la ausencia de una norma general que establezca que estas entidades privadas son responsables por actos internacionalmente injustos³⁸, teniendo obligaciones directas de derechos humanos y, por otro lado, en la inexistencia de un foro internacional al que poder dirigir las demandas contra ellas por estos mismos abusos, la pregunta que surge es si el Derecho internacional penal puede servir como un instrumento de aplicación adecuado y eficaz para el Derecho internacional de los derechos humanos³⁹.

En este sentido se podría decir que el Derecho internacional penal aportaría algunos elementos de valor para una más amplia y mejor protección de los derechos humanos. Cabe señalar a este propósito, por un lado, el menos conflictivo cambio de paradigma

sibility and International Law, Berlin 17 of August 2004.

³⁵ Addo, M., *Human rights...*, *op. cit.*, p. 23.

³⁶ Van de Herick, L. and Letnar Cernic, J., *Regulating corporations under international law...*, *op. cit.*, p. 727.

³⁷ Martín Ortega, O., *Empresas multinacionales...*, *op. cit.*, p. 95.

³⁸ Kamminga, M. T., *Corporate obligations under international law...*, *op. cit.*

³⁹ Van de Herick, L. and Letnar Cernic, J., *Regulating corporations under international law...*, *op. cit.*, p. 727.

con relación a los sujetos de Derecho internacional en este campo. Los actores que sufren responsabilidad en Derecho internacional penal son las personas naturales, que al igual que las corporaciones son actores no estatales, siendo mucho menos problemático equiparar a ambos en términos de responsabilidad por violación de derechos humanos, que hacerlo con relación al Estado, al ser considerado el sujeto predominante de Derecho internacional y colisionar con la posición dominante sobre la cuestión de la personalidad jurídica internacional. Como ya se ha mencionado con anterioridad, la negativa para equiparar la subjetividad del Estado con la de cualquier otro actor participante en Derecho internacional se encuentra en los fundamentos del rechazo de la atribución de obligaciones directas a las corporaciones en el Derecho internacional de derechos humanos. Por otro lado, el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, es mejor aceptada y posiblemente más ejercida en el campo del internacional penal que en el de los derechos humanos. De hecho, muchos de los Estados partes del ER de la CPI han investido a sus cortes de jurisdicción universal para la persecución de los crímenes internacionales, mientras que se han mostrado mucho más vacilantes a la hora de regular las actividades extraterritoriales de las corporaciones que tienen sus matrices en su territorio⁴⁰.

Desde estas premisas, y bajo la perspectiva del Derecho internacional, podría ser más fácil prever la responsabilidad de las corporaciones por violaciones de derechos humanos bajo la esfera del ámbito penal que desde el de los derechos humanos. Sin embargo, esta responsabilidad penal nunca podría subsumir completamente el concepto de derechos humanos, en el sentido que este abarca toda una serie de derechos y grupos de derechos contenidos en normas de diferente valor jurídico, cuya aplicación a otras entidades que no fueran los Estados tendría efectos muy complicados, gozando el campo de implementación del Derecho internacional de los derechos humanos de un amplio marco de discreción⁴¹, que lo hace prácticamente incompatible con el penal del que se exige que sea estrictamente taxativo y preciso. Es por ello que éste sólo podría considerarse una herramienta eficaz de aplicación de régimen internacional de los derechos humanos en aquellos casos en los que estos dos campos del Derecho internacional converjan, teniendo esto lugar cuando entran en juego las más graves violaciones de derechos humanos, es decir, los crímenes de Derecho internacional⁴².

Ahora bien, es necesario recordar que esta rama del Derecho internacional tampoco contiene disposiciones normativas que regulen directamente la responsabilidad penal internacional de las corporaciones por las más graves violaciones de derechos humanos.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 740.

⁴¹ *Ibid.*, p. 741.

⁴² *Ibid.*, pp. 739-741.

Los más importantes textos sobre crímenes internacionales, tales como las Convenciones contra la Tortura, el Genocidio y el Apartheid, y el propio ER, no hacen referencia expresa a la responsabilidad directa de las corporaciones por actos contrarios a sus normas. Algunos otros instrumentos internacionales y regionales, entre ellos las Convenciones de la ONU para la represión de la financiación del terrorismo, contra el crimen organizado transnacional, la corrupción, la Convención de la OCDE para combatir el cohecho de servidores en transacciones comerciales internacionales, el Convenio del Consejo de Europa sobre la protección del medio ambiente a través del Derecho penal⁴³, la Convención sobre la corrupción del Consejo de Europa, la Convención Europea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, algunos tratados nucleares como la Convención de París acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, sobre responsabilidad civil por daños por contaminación por hidrocarburos, y sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas contra el medio ambiente del Consejo de Europa, parecieran que sí contienen normas o disposiciones relativas a la responsabilidad criminal -o civil en algunos casos- de las personas legales⁴⁴. Sin embargo, cuando estos textos de convenciones transnacionales se leen detenidamente parecen seguir el paradigma tradicional de responsabilidad indirecta seguido en el Derecho internacional de los derechos humanos en la medida que todos ellos incluyen disposiciones que delegan finalmente en la jurisdicción prescriptiva del Estado para la adopción de las medidas adecuadas que fijen la responsabilidad de estas personas jurídicas⁴⁵.

Al igual que ocurre con el Derecho internacional de los derechos humanos tampoco existe jurisdicción internacional penal sobre las corporaciones como entidades jurídicas *per se*. En ese sentido, aunque sí existen diferentes decisiones de cortes nacionales e internacionales que han demostrado claramente que individuos, actuando en nombre de una corporación, pueden ser perfectamente responsables bajo el Derecho internacional por crímenes internacionales, siendo los casos más destacados aquellos que se siguieron contra industriales ligados al Régimen Nazi después de la Segunda Guerra Mundial ante los Tribunales Militares de los Estados Unidos y de Gran Bretaña, en los cuales directivos y propietarios de las empresas IG Furben, Flick y Krupp y Zyklon B fueron procesados por CCH (trabajo esclavo y tortura), crímenes de guerra (trabajo esclavo y pillaje) y complicidad en el crimen de agresión, asesinato masivo y complicidad en el asesinato, torturas,

⁴³ Este Convenio del año 1998 no ha sido ratificado por ningún de los países miembros.

⁴⁴ Véase a este respecto Clapham, A., *Human Rights Obligations of Non State Actors...*, *op. cit.*, pp. 247-252.

⁴⁵ Van de Herick, L. and Letnar Cernic, J., *Regulating corporations under international law...*, *op. cit.*, pp. 732-733.

y otros actos inhumanos cometidos por las SS, no hay jurisprudencia relacionada con la juzgamiento de corporaciones *per se* por la comisión de crímenes internacionales que es el tema que nos ocupa. Diferente cuestión son las causas civiles sustanciadas tanto en Estados Unidos como en Gran Bretaña bajo la figura del ATCA, reclamando por daños a las corporaciones envueltas en crímenes internacionales o en otras violaciones de derechos humanos⁴⁶, en las que no se sustancia la posible responsabilidad criminal de las empresas si no la reparación por daños.

Ahora bien, el hecho que no haya normas penales internacionales que establecen obligaciones directas y sanciones para las corporaciones por la comisión de las más graves violaciones de derechos humanos, ni que exista una corte o tribunal internacional que pueda ejercer jurisdicción criminal sobre estas personas jurídicas, no significa que aquellas no se hallen comprometidas a respetarlas. En este sentido, Clapham ha venido a afirmar que dado que no hay un tratado que establezca obligaciones internacionales para las empresas en la materia, la fuente que las vincula podría hallarse en la costumbre internacional⁴⁷, aunque esto sea difícil de sostener debido a la aparente ausencia de práctica estatal y *opinio iuris* al respecto⁴⁸. Nerlich, sin embargo, mantiene que aunque no haya una disposición expresa que obligue a las corporaciones respecto de los crímenes internacionales, la prohibición subyacente a los mismos sí podría serles vinculante. Para sostener esta afirmación señala el autor que una norma de Derecho penal que describe un crimen puede entenderse que abarca dos sub-normas: la primera, más elemental, que establece la prohibición de una determinada conducta -p. ej., la prohibición de matar a alguien-. La segunda, necesaria para hacer de la precedente una norma de Derecho penal, determina que la consecuencia de la transgresión de la primera sub-norma es sufrir una sanción penal. Aunque no hay práctica ni *opinio iuris* sobre el hecho de que la violación de una norma que regula una grave violación de derechos humanos conlleva una pena criminal para las corporaciones, ello no significa que la primera sub-norma no sea vinculante también para las personas legales, es decir, que la prohibición las obligue también a ellas. Así, mientras las corporaciones transnacionales no pueden sufrir las consecuencias de violar la norma consuetudinaria que prohíbe el

⁴⁶ Kaleck, W. and Saage-Maak, M., *Corporate accountability for human rights violations amounting to international crimes*, Journal of International Criminal Justice 8, 2010, pp. 701 y 702.

⁴⁷ Clapham con relación a la extensión de la jurisdicción sobre las corporaciones y los grupos armados señala que, allá donde las jurisdicciones nacionales admiten demandas contra empresas basadas en violaciones de Derecho internacional, llega a ser claro que el Derecho internacional obliga a los actores no estatales, en Clapham, A., *Human rights obligations of non states actors...*, *op. cit.*, p. 251.

⁴⁸ Nerlich, V., *Core crimes and transnational business corporations*, Journal of International Criminal Justice 8, 2010, p. 898.

uso por ejemplo del trabajo esclavo, sí estarían obligadas por la costumbre internacional que prohíbe estos actos que atentan contra la dignidad humana. Un claro exponente de esta afirmación, señala el autor, podrían ser los juicios subsiguientes a Núremberg contra los industriales, que parecieran indicar que la prohibición de la conducta también era aplicable a las empresas, aunque las condenas las sufrieran los empresarios como personas naturales⁴⁹.

Argumentar que las corporaciones están obligadas por las prohibiciones subyacentes a los crímenes internacionales está en línea con la tendencia general del Derecho internacional de ampliar su ámbito de aplicación⁵⁰. En consecuencia, sería pertinente realizar esfuerzos dirigidos al desarrollo de normas que fijasen las consecuencias penales para las corporaciones de la trasgresión de las normas que tipifican estos ilícitos internacionales, así como la adecuación de un foro internacional con jurisdicción criminal sobre las mismas, habilitando un marco más amplio de protección para las víctimas, dejando un campo menor para la impunidad de los responsables de las más graves violaciones de los derechos humanos.

2. 5. 3. Las corporaciones en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

La cuestión relativa a la responsabilidad penal de las empresas no es un asunto desconocido para la Corte Penal Internacional (CPI). En la conferencia diplomática que se celebró en Roma en el año 1998 con el objeto de crear la CPI, los delegados asistentes discutieron el texto final presentado por el Comité Preparativo, el cual contenía una propuesta para extender la jurisdicción *ratione personae* de la Corte a las personas jurídicas⁵¹.

El art. 23 señalaba lo siguiente:

5. The Court shall also have jurisdiction over legal persons, with the exception of States, when the crimes committed were committed on behalf of such legal persons or by their agencies or representatives.

6. The criminal responsibility of legal persons shall not exclude the criminal responsibility of natural persons who are perpetrators or accomplices in the same crimes⁵².

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, p. 899.

⁵¹ Van de Herik, L., *Subjecting corporations to the ICC regime: analyzing the legal counterarguments*, unedited versión, p. 4.

⁵² *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International*

De la propuesta de este artículo caben destacar dos elementos. El primero, que la CPI tendría jurisdicción sobre las personas legales cuando los crímenes se hubieran cometido en su nombre o por sus agencias o representantes, y que esta responsabilidad criminal no excluía la de las personas naturales que hubieran cometido el crimen. El segundo, la exclusión expresa de los Estados, en su calidad de personas jurídicas, de la jurisdicción de esta Corte. Para ello, una vez que el borrador fue revisado, el documento de trabajo resultante ofreció una definición muy concreta del término persona jurídica, a saber, aquellas que tuvieran como principal objetivo la “búsqueda de un beneficio o ganancia privada”, excluyendo así cualquier posibilidad de someter a los Estados a un régimen de responsabilidad penal internacional⁵³.

Este documento de trabajo fue finalmente rechazado cuando quedó claro que la mayoría de las delegaciones presentes en la Conferencia no lo apoyarían⁵⁴. Aunque las razones expuestas por las delegaciones para no acoger la ampliación de la jurisdicción *ratione personae* de la CPI sobre las corporaciones se fundamentaban en las preocupaciones que generaban cuestiones tales como la imposición de la pena, quién representaría a las corporaciones, cómo sería fijada la intención y el conocimiento - la *mens rea*- de los crímenes, cómo serían presentadas las evidencias, además de la escasez de tiempo para abordar esta cuestión en profundidad⁵⁵, de fondo se encontraban el hecho de que la mayoría de los Estados partes desconocían la responsabilidad penal de las empresas en sus sistemas legales nacionales, lo que hubiese causado serias dificultades en la aplicación efectiva del principio de complementariedad, y la conciencia de que hubiera resultado de una gran hipocresía establecer responsabilidad penal para las entidades legales con excepción del Estado.

En este sentido ganó terreno el pilar fundacional del Derecho internacional penal que se asienta sobre la responsabilidad penal de las personas naturales por violaciones a las normas fundamentales de Derecho internacional, cuyo fiel reflejo contenía la conocida cita *los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres y no por personas abstractas*⁵⁶.

Finalmente, el texto aprobado del ER recogía en el artículo 25 la responsabilidad penal individual de la siguiente forma:

Criminal Court Rome, 15 June - 17 July 1998, Official Records, Volume III, Reports and other documents, http://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v3_e.pdf

⁵³ Nerlich, V., *Core crimes...*, *op. cit.*, p. 908.

⁵⁴ Haigh, K., *Extending the international Criminal...*, *op. cit.*, p. 201-203.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 203.

⁵⁶ Judgement, International Criminal Court, 30 September/1 October 1946, in *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg*, Vol. I (Nuremberg, 1948), 171 at seq. at 223.

Artículo 25: Responsabilidad penal individual

De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales⁵⁷.

La extensión de la jurisdicción a las entidades corporativas estuvo en la agenda de la Conferencia de Kampala de 2010 para la revisión del ER⁵⁸ pero recibió finalmente muy poca atención y la no inclusión de las corporaciones bajo el ER constituyó una prueba más de que no existía una aceptación general de la responsabilidad de las empresas en Derecho internacional⁵⁹, retrato de la reticencia mostrada por los Estados de regular la responsabilidad penal de las empresas en sus legislaciones nacionales.

Una materia diferente a la negativa de ampliar la jurisdicción *ratione personae* de la CPI, por razón de elementos de carácter material o procesal, es la cuestión del posible reconocimiento en el ER de la capacidad a las organizaciones no estatales, como son las corporaciones, de cometer los crímenes internacionales que el instrumento tipifica, en particular, los CCH.

El origen de esta interpelación se encuentra en el artículo 7 del ER que regula los CCH, y en el que se hace mención explícita al término *organización* y que declara lo siguiente:

Artículo 7: Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque [...]

2. A los efectos del párrafo 1:

Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una *organización*⁶⁰ de cometer ese ataque o para promover esa política.

⁵⁷ Texto del Estatuto de Roma que se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 10 de julio de 2002.

⁵⁸ La Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma tuvo lugar en Kampala, Uganda, del 31 de mayo al 11 de junio de 2010 y en ella se discutieron las enmiendas propuestas al Estatuto y evaluaron el impacto que había tenido hasta la fecha.

⁵⁹ De Brandebere, E., *Non - State Actors...*, *op. cit.*, pp. 268-283.

⁶⁰ Cursiva es nuestra.

Reconocidos autores sostienen que no se encontraba en el espíritu de los redactores del ER dar cabida a las corporaciones privadas dentro del término *organización*, teniendo como argumento principal que los hechos prohibidos eran aquellos actos ilícitos contra la población civil, llevados a cabo por actores estatales usando el poder y los recursos públicos, bajo la apariencia de la legalidad o del amparo de la ley⁶¹, refiriéndose el término *organisational* a las diferentes estructuras que conforman la arquitectura estatal⁶², describiendo claramente crímenes de Estado, que se desarrollan bajo el control del territorio y de la población, ejerciendo poder y hegemonía, y cuyos autores se benefician de una cierta esfera de impunidad en razón de la naturaleza del actor y del control que ejerce sobre los demás poderes estatales.

Sin embargo, en el marco de las negociaciones previas a la redacción definitiva del ER, el debate no pivotó sobre la cuestión de si las corporaciones privadas tenían cabida o no dentro del término *organización* y, por tanto, si el ER reconocía o no su capacidad para cometer los CCH en el tipificados. La discusión se centró en la cuestión de ampliar o no la jurisdicción de la CPI sobre estas entidades y los problemas procesales que ello traería. El hecho de que entre los argumentos esgrimidos en contra de la ampliación de la jurisdicción *ratione personae* de la CPI no se infirieran cuestiones sustantivas, tales como que los elementos del contexto de los CCH no se ajustaban a la estructura orgánica y funcional de las corporaciones, es decir, al hecho que no pudieran *dirigir un ataque generalizado o sistemático contra la población de conformidad con la política de una organización y con conocimiento del ataque*, podría llevar a pensar, *a priori*, que las delegaciones no pusieron en duda que este tipo de organizaciones pudieran incurrir en la realización de actos que implicasen la comisión de CCH bajo diferentes formas de autoría o participación y, por lo tanto, sufrir responsabilidad por ello, aunque no fuera la CPI la instancia adecuada para dirimir penalmente las consecuencias derivadas de ello.

Una vez que pudiera quedar afirmada esta hipótesis del reconocimiento de la capacidad de las corporaciones de cometer CCH, se describirían más llanamente las formas más comunes y reconocidas en las que las corporaciones se ven envueltas en estos crímenes -y también en crímenes de guerra- las cuales pueden clasificarse básicamente en tres bloques⁶³.

⁶¹ Bassiouni, M. C., *Crimes Against Humanity...*, *op. cit.*, p. 15. Véase también a este respecto Ambos, K., *Crímenes de lesa humanidad y la corte penal internacional...*, *op. cit.*; Shabas, W., *An introduction to the international criminal court...*, *op. cit.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ Sobre esta cuestión y su desarrollo subsiguiente ver Kaleck, W. and Saage-Maak, M., *Corporate Accountability...*, *op. cit.*, p. 701, nota al pie 3.

En primer lugar, las empresas pueden estar implicadas con regímenes militares y dictatoriales mediante, bien, diversas actividades de tipo colaborativo, relaciones en las cuales las empresas pueden obtener algún beneficio de un estado de violencia concreto -p. ej., una empresa que a través de un gobierno militar utiliza a habitantes locales como trabajadores forzados en actividades ligadas a los servicios que prestan, siendo un ejemplo ilustrativo el caso de la empresa UNOCAL acusada de complicidad con el gobierno de Myanmar en la comisión de abusos sobre los derechos humanos⁶⁴; bien, actividades que impliquen la provisión de medios que faciliten la comisión de los crímenes -p. ej., el suministro de elementos químicos que puedan ser utilizados contra seres humanos, el caso llevado contra *Frans van Anraat* por complicidad en crímenes de guerra por suministrar al gobierno Iraquí químicos necesarios para la producción de gas mostaza, el cual fue utilizado en las masacres contra la minoría Kurda en Iraq es un gran ejemplo de complicidad en crímenes internacionales⁶⁵; o, actividades que directamente presten apoyo a las graves violaciones de derechos humanos -p. ej., empresas que faciliten la persecución contra las personas trabajadores o disidentes de carácter político, siendo uno de los casos más conocidos el de la Ford en Buenos Aires durante el régimen de la Junta Militar, cuando sindicalistas fueron arrestados y mantenidos prisioneros en una planta propiedad de la Ford donde fueron torturados⁶⁶.

En segundo lugar, las empresas pueden verse involucradas en crímenes internacionales cuando llevan a cabo actividades en zonas de guerra o en otras áreas en conflicto. Así pueden participar en el fomento o recrudecimiento de los conflictos mediante la provisión de bienes y fondos ilícitos -p. ej., casos en los que se llevan a cabo tráfico de armas, madera o diamantes, siendo exponentes muy claros de este tipo de relación las actividades de empresas en las guerras de Liberia y Sierra Leona⁶⁷, o casos en los que se financia a alguna de las partes en conflicto -como en el caso de la Chiquita Brands que suministraba recursos al grupo paramilitar Autodefensas Unidas de Colombia⁶⁸; también pueden contribuir a la realización de estos crímenes, mediante la provisión de servicios militares y de inteligencia -p. ej., compañías privadas que sean contratadas por

⁶⁴ Uno de los casos más conocidos que ilustra este tipo de complicidad es el presentado bajo el Alien Tort Claims Act (ATCA) ante un tribunal federal de los Estados Unidos contra la Union Oil Company of California (UNOCAL), la mayor empresa de explotación y comercial de petróleo que fue acusada de complicidad con el gobierno de Myanmar en la comisión de abusos sobre los derechos humanos. *DOE I v. Unocal*, 395 F.3d 932,947 (9th Cir.2002), at 939.

⁶⁵ Kaleck, W. and Saage-Maak, M., *Corporate Accountability...*, *op. cit.*, p. 701, nota al pie 17.

⁶⁶ Informe *Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad: represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado...*, *op. cit.*

⁶⁷ Kaleck, W. and Saage-Maak, M., *Corporate Accountability ...*, *op. cit.*, p. 701, nota al pie 28.

⁶⁸ *Ibid.*, nota al pie 31 y 32.

gobiernos para llevar a cabo tareas militares o de inteligencia, siendo uno de los casos más recientes y evidentes el de las empresa Titan Corporation y CACI International INC. Both por torturas y otros tratos crueles e inhumanos perpetrados contra prisioneros en la cárcel de Abu Ghraib en Iraq⁶⁹-.

En tercer lugar, las empresas pueden llevar a cabo actividades que impliquen directamente la comisión de los CCH tipificados en el artículo 7 del ER -p. ej., una empresa que es autora, a través de sus representantes, y por tanto responsable, de un crimen de violaciones sexuales, llevadas a cabo en el marco del desarrollo de sus actividades corporativas y en el cumplimiento de sus políticas y de los fines que le son propios-. Hay dos argumentos de peso que nos permiten sostener esta afirmación y avanzar así sobre esta perspectiva. El primero de ellos es que la responsabilidad de las corporaciones siempre deriva de la conducta de una persona natural -p. ej., una violación no puede cometerse por una persona legal, pero tampoco esta puede firmar una transacción financiera fraudulenta para la evasión de impuestos⁷⁰-. Lo que es significativo es que esta conducta fuera de la ley, llevada a cabo por una o muchas personas, forma parte de la cultura corporativa, de las políticas, de los objetivos y de los procedimientos de una empresa, sin cuya arquitectura la persona natural ejecutora no hubiera procedido u obrado. Para imputar la responsabilidad penal a las corporaciones por el comportamiento del personal empleado o directivo, las acciones se deben llevar a cabo dentro de las funciones de la compañía, por cuenta o en beneficio de la misma, incluso cuando las acciones son ajenas a los propósitos de la empresa, o cuando las actividades de ésta son utilizadas para encubrir la comisión de los crímenes⁷¹. Los crímenes se cometen y se encuentran directamente ligados al desarrollo de la actividad corporativa de la empresa y contribuyen a la consecución de sus propios fines. Algunos de estos actos criminales contribuyen a la obtención de un beneficio -p. ej., trabajo forzado y creación o mantenimiento de condiciones de existencia peligrosas disminuyendo los gastos de operación-, otras favorecen el desarrollo de las propias operaciones -p. ej., la represión y la intimidación a través de distintas formas contra trabajadores o comunidades locales frente a la oposición a los proyectos, negativas de abandonar territorios, etc.- El segundo de los argumentos es que aunque la actividad criminal corporativa se encuentra con frecuencia asociada a crímenes con una dimensión estrictamente económica -p. ej., evasión fiscal, fraude u otro tipo de crímenes denominados de “cuello blanco”, en función de la naturaleza de la actividad y de los fines de las corporaciones- estas también tienen la capacidad de come-

⁶⁹ *Ibid.*, nota al pie 33 y 34.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ CE, *Liability of Enterprises for Offences*, Recommendation N°R (88) 18 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe and explanatory memorandum, at 12.

ter delitos que pueden llegar a elevarse a la categoría de crímenes internacionales como el asesinato, la tortura o la violación. Reconocidas sentencias después de la Segunda Guerra Mundial -aunque las causas se llevaran contra los empresarios o industriales en calidad de personas naturales- declararon la participación de empresas en CCH de “dimensiones no económicas”. En el caso IG Farben, se presentaron cargos contra los acusados por pillaje, expolio y participación en el programa de trabajo esclavo. Los cargos de trabajo esclavo comprendían maltrato, tortura y asesinato⁷². Los demandados en este caso fueron absueltos de los cargos de contribución al asesinato en los campos de concentración de prisioneros y experimentos médicos, no porque los empresarios no pudieran ser responsables por esos crímenes, sino por la falta de evidencias para establecer los requisitos de intención y conocimiento⁷³. En el caso *Tesch and two others*, agentes de esta empresa fueron acusados ante el Tribunal Militar Británico de Hamburgo de suministrar gas Zyclon B a las SS⁷⁴ y el Tribunal los encontró culpables de crímenes de guerra y de haber violado el artículo 45 del Convenio de la Haya de 1949. Aparentemente la Corte entendió que esa Convención no solo obligaba a los Estados y oficiales, sino también a individuos privados. Este caso demuestra que las corporaciones pueden cometer crímenes internacionales y crímenes más allá de aquellos que tengan dimensiones exclusivamente económicas⁷⁵.

La afirmación de la participación de la empresa en la comisión de crímenes internacionales ha hecho que se hayan venido desarrollando conceptos tales como el *joint criminal enterprise* -vehículo principal para imputar responsabilidad a aquellos individuos que, en contextos colectivos, toman decisiones al más alto nivel para la comisión de los crímenes internacionales⁷⁶-, la complicidad corporativa y la denominada *indirect perpetrations through organisations* -adoptada por la ICC y que establece que una persona puede ser considerada como autor directo de un crimen en los casos en los que, a pesar de no estar físicamente presente en la comisión del crimen, usa su control sobre una organización con el propósito de asegurarse que el crimen ocurra, capturando con ello al estratega como autor principal y no accesorio, respondiendo así a los desafíos que plantea el crimen organizado y otras formas complejas de organización⁷⁷.

⁷² *Opinion and judgement of United States Military Tribunal VI, U.S. v. Carl Krausch et al.*, US Military Tribunal VI, 29-30 July 1949, in TWC, Vol. XIII (Washington, DC: US. Government Printing Office, 1953) 1081, 1t 1167.

⁷³ Nerlich, V., *Core crimes...*, *op. cit.*, p. 901.

⁷⁴ *The Zylon B Case, the Trial of Bruno Tesch and Two Others*, British Military Court at Hamburg, 1-8 March 1946, in Law - Reports of Trials of War Criminals, The United Nations War Crimes Commission, Vol. I (londons: H.S.M.O, 1947).

⁷⁵ Nerlich, V., *Core crimes...*, *op. cit.*, p. 902.

⁷⁶ Aunque la CPI ha rechazado esta doctrina en su jurisprudencia.

⁷⁷ Kyriakakis, J., *Developments in international criminal law and the case of business...*, *op. cit.*, p. 992,

Afirmado así que las empresas pueden incurrir a través de diferentes formas de autoría o participación en la comisión de crímenes internacionales como los CCH, habría que proceder a estudiar en cada caso si se verifican los elementos del contexto que es lo que convierte un delito común en un crimen de Derecho internacional. Habrá que confirmar, por tanto, que esa conducta constituye un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, con conocimiento de dicho ataque y de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

2. 5. 4. La verificación de los elementos del contexto para el caso contra la Barrick Gold por violaciones masivas a mujeres en Porgera, Papúa Nueva Guinea

Elementos de derecho:

De acuerdo con el Estatuto de Roma y la jurisprudencia es necesario que se den los siguientes elementos⁷⁸:

- a) Debe existir un ataque.
- b) Los actos del perpetrador deben ser parte del ataque.
- c) El ataque debe estar “dirigido contra la población civil”.
- d) El ataque debe ser “generalizado y sistemático”.
- f) El perpetrador debe conocer el contexto general en el que los actos ocurren y saber que sus actos son parte del ataque.

a) El ataque

Por ataque contra una población civil se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a los que se refiere el artículo 7.1.g) del ER en particular, a la violación o a cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

La evolución de los CCH y la enumeración del crimen de violación han sido orgánicas. Este acto de agresión sexual ha sido aceptado como una forma expresa de crimen de lesa humanidad⁷⁹. Formó parte de la *ratione materiae* de los estatutos de los Tribunales

nota al pie 59.

⁷⁸ Ver por ejemplo jurisprudencia del TPIY en los casos *Kunarac, Kovac and Vukovic*, *op. cit.*

⁷⁹ Viseur Sellers, P., *The Prosecution of Sexual Violence in conflict: The Importance of Human Rights as Means of Interpretation*, http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/Paper_Prosecution_of_Sexual_Violence.pdf

ad hoc para la antigua Yugoslavia -art. 5- y Ruanda -art.3-, de los Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) -art.2- y el Tribunal mixto para Camboya -art.9-. De estos tribunales se desprende una importante jurisprudencia que afirma estos actos de violaciones como crímenes de Derecho internacional cuando se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, y teniendo en consideración las diferentes formas de participación de los autores en los actos criminales, ya fuese en su condición de ejecutores, incitadores, instigadores o de planificadores. También esta jurisprudencia entiende que las disposiciones sobre genocidio, tortura, actos inhumanos y esclavitud, proscriben la violación sexual. Esto ha sido afirmado en casos del TPIY tan renombrados como los del Fiscal contra Tadic⁸⁰, Nikolic⁸¹, Anto Furundzija⁸², Krstic⁸³, Kvočka⁸⁴; del TPIR por ejemplo en el caso Gacumbitsi por instigación a la violación⁸⁵ y el TESL en el caso Alex Tamba Brima⁸⁶.

El listado de agresiones sexuales que forman parte de la competencia material de los tribunales internacionales, especiales y mixtos, hasta llegar a la CPI, se ha ido expandiendo progresivamente. Es más, el crimen “violencia sexual” de ER, y de los otros estatus de tribunales nombrados, funcionan presumiblemente como una cláusula residual permitiendo a los tribunales ejercer jurisdicción sobre cualquier otro acto de agresión sexual de igual gravedad que no haya sido expresamente enumerado⁸⁷.

El Instrumento de los Elementos de los Crímenes contra la humanidad, que complementa en ER, dispone los elementos de la *mens rea* y el *actus reus* para los crímenes basados en la violencia sexual.

⁸⁰ *Prosecutor v. Tadic*, Judgment, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997, *op. cit.*, sostuvo que los actos de violación sexual, incluidos la mutilación, la felación y la agresión indecente constituían un trato inhumano y cruel como crímenes de guerra y actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad. In the Tadic Appeals Judgment, the Judges concluded that the pre-requisites of the Joint Criminal Enterprise, also called common purpose were, “derived from customary law and resided, albeit implicitly”, in Article 7(1).

⁸¹ *Prosecutor v. Nikolic*, Sentencing Judgment, Case No. IT-94-2-S, 18 December 2003, para. 119.

⁸² *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgment, IT-95-17/1-T, 10 Dec. 1998, quién fue condenado por actos de violación.

⁸³ *Prosecutor v. Krstic*, Judgment, Case No. IT-98-33-T, 2 August 2001, para. 2.

⁸⁴ *Prosecutor v. Kvočka et al*, Judgment, Case No. IT-98-30/&-T, 2 November 2001.

⁸⁵ *Prosecutor v. Gacumbitsi*, Judgment, Case No. ICTR-2001-64-T, 17 June 2004, para. 292.

⁸⁶ *Prosecutor v. Alex Tamba Brima*, Brima Bazy Kamera, Santigie Borbor Kanu, SCSL-04-16-T, 20 June 2007 (AFRC case), para. 1068/1188.

⁸⁷ Viseur Sellers, P., *The Prosecution of Sexual Violence in conflict: ... op. cit.*

La noción de ataque en este caso viene orquestada por la realización de actos de violación contra las mujeres de forma generalizada o sistemática.

Se confirma la comisión múltiple de actos de violencia sexual⁸⁸ contra 120 mujeres. Estas agresiones han tenido lugar mediante la amenaza de la fuerza y la coacción, en función del abuso de poder ejercido por los ejecutores materiales de los actos en calidad de fuerzas de seguridad de la empresa Barrick Gold, incluyendo entre los ejecutores a policías locales o personal con experiencia militar.

b) Los actos forman parte del ataque

La suma de todos y cada uno de los actos de violencia sexual constituyen una *línea de conducta* de agresión contra las mujeres y suponen, por tanto, una forma violenta de atentar contra la población civil, en la medida que han sido fomentados, o al menos consentidos, como una táctica para ejercer terror sobre la población. Han sido llevados a cabo de manera premeditada y sostenida en el tiempo por diferentes empleados de la empresa Barrick Gold con el propósito de coaccionar y amedrentar a la población civil y cumplir con el objetivo de la corporación de evitar las actividades intrusivas de búsqueda de oro en los terrenos propiedad de la empresa referida.

c) El ataque debe estar “dirigido contra la población civil”

Las víctimas son mujeres y adolescentes, pobladoras originarias del territorio ahora ocupado por la mina, y desplazadas a lugares en los que no cuentan con medios de subsistencia propios. Si las mujeres y adolescentes han sido víctimas de la violencia sexual es consecuencia de su mayor vulnerabilidad ante el abuso de poder y la fuerza física de los autores de los actos, todos varones miembros de las fuerzas privadas de seguridad.

d) El ataque debe ser “generalizado o sistemático”

En el presente caso, los actos de violencia produjeron daños de carácter físico y psicológico grave a al menos 120 mujeres que componen la población de las inmediaciones de Porquera en PNG. Un cálculo de la proporción de habitantes afectados es suficientes para calificar este ataque de generalizado.

En cuanto a la naturaleza sistemática del acto, el acceso a las comunicaciones escritas en-

⁸⁸ En este sentido ver en el *Instrumento de los elementos de los crímenes...*, *op. cit.*, Artículo 7 1) g), p. 1889, <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosEstatuto/PAG0569.pdf>

tre los responsables de la sociedad Barrick Gold, permite inferir que las violaciones cometidas contra las mujeres fueron planificadas, instigadas, consentidas, y públicamente negadas antes las denuncias que se llevaron a cabo por las víctimas, tras una minuciosa evaluación de los riesgos y los costes asociados a dichas actividades.

Sobre la exigencia de un plan o política, a pesar de que existe en torno a esta cuestión un debate en la actualidad en el seno de la comunidad internacional⁸⁹, del nivel de organización de los actos se deduce sin dificultad que los actos ejecutados por Barrick formaban parte de una política corporativa para evitar la búsqueda de oro intrusiva en los terrenos de la compañía y para ello planifican, promueven y permiten ejecutar actos de violencia contra la población civil con el objeto de crear terror y coaccionarlos, en el propósito de que cesen en las actividades. Hay que señalar además que la empresa cumple con los requisitos exigidos para los denominados *actores con características estatales*⁹⁰ para el cumplimiento de sus políticas: medios materiales económicos y humanos, organización jerárquica, control sobre la población y sobre los poderes y o las autoridades del Estado en la región de Porgera.

e) Con conocimiento de dicho ataque

En cuanto al elemento subjetivo o *mens rea*, se considera probado que los responsables tenían, como mínimo, el conocimiento de que los actos de violación sexual contra mujeres y jóvenes consistían, no en actos aislados o fortuitos que perseguían fines de satisfacción personal, sino en una práctica habitual llevada a cabo por el personal de seguridad de la empresa Barrick Gold con el propósito de generar terror y coaccionar a la población civil en sus intentos de acceder a las inmediaciones de la mina y recoger oro de forma no consentida, cumpliendo así con el requisito de conocimiento del ataque del artículo 7.1 del ER.

Los perpetradores, en el ejercicio de representación a la empresa y en el desarrollo de sus funciones dentro de ella, tenían la intención y el conocimiento de estar realizando cada uno de los actos de violencia sexual contra las mujeres, cumpliendo con los requisitos del elemento de intencionalidad del art. 30 del ER.

La empresa Barrick Gold conocía, autorizaba o consentía los actos de violencia sexual, utilizando a sus empleados como autores materiales de actos de violencia contra las mujeres, como parte de una política corporativa, que era sin lugar a dudas instrumental en la consecución de sus propios fines, objetivos y procedimientos, y sin los cuales la persona natural ejecutora no hubiera procedido u obrado en la comisión de los crímenes.

⁸⁹ Véase a este respecto Bassiouni, M. C.; Shabas, W; Márquez Carrasco, C.

⁹⁰ Bassiouni, M. C., *Crimes against humanity. Historical evolution and contemporary application...*, *op. cit.*

2. 6. Decisión de la Corte Penal Internacional

La Sala de la CPI afirma no tener jurisdicción *ratione personae* sobre la empresa Barrick Gold, en calidad de persona jurídica, en base al artículo 25 del ER y, por tanto, no puede declarar su competencia para conocer de los crímenes de los que se le acusan. El ER tampoco se refiere expresamente a CCH de naturaleza económica o con motivación económica cometidos por empresas privadas pero, en determinados casos, las conductas implican atrocidades gravosas que a juicio de este Tribunal impactan profundamente en la conciencia de la humanidad.

En este sentido procede a realizar algunas apreciaciones sobre la cuestión que le ha sido sometida, refiriéndolas del siguiente modo:

1. Obligaciones de Derecho internacional: Esta Corte observa que las empresas transnacionales pueden verse obligadas por las normas que prohíben las más graves violaciones de derechos humanos como son las referidas a los CCH aunque no haya disposiciones que determinen las consecuencias criminales de dicha infracción, ni exista jurisdicción penal sobre las mismas.

2. Capacidad para cometer los CCH: Las empresas transnacionales pueden reunir los elementos que las equiparen con los Estados como principales perpetradores de los CCH. En particular, reunir la capacidad para cometer un ataque contra la población civil en función de los recursos de los que disponen y utilizan para tal fin - lo que significa que tienen una profunda capacidad de victimización y de generación de daños contra la población civil-, practicar control sobre el territorio y sobre la autoridad establecida, ejerciendo poder y hegemonía sobre la población y los poderes públicos o actuando en connivencia con los mismos.

3. Participación de facto en CCH: Esta Corte afirma que efectivamente las empresas transnacionales, como entidades legales, pueden verse implicadas *de facto*, a través de diversas formas de autoría o participación en la comisión de CCH, con independencia del rol instrumental que desempeñan las personas naturales en la ejecución de estos crímenes.

4. Formas de participación: Las empresas transnacionales pueden verse implicadas como autoras, y no sólo cómplices o cooperadores, en la comisión de CCH propiamente dichos.

5. La comisión de CCH: Las empresas pueden cometer CCH como son los de violación sexual, que forman parte de la *ratione materiae* de la CPI, respondiendo clara-

mente a una política de llevar a cabo las conductas ilícitas como vehículo de realizar sus propios fines, a saber, la obtención de un beneficio o lucro económico. Las violaciones como crímenes internacionales deben ser priorizadas como un fenómeno particular dentro de los procesos penales internacionales en el marco de lo que se han denominado las “thematic prosecutions”⁹¹, de modo que tengan la función educativa de delinear cómo diversas organizaciones sociales pueden contribuir de forma particular a la comisión de este tipo de crímenes en función del rol que representan y ejercen dentro de la sociedad internacional. El apoyo a la priorización de la persecución de los crímenes de violencia sexual se fundamenta en el hecho de que son estas normas que las prohíben las que se hayan en una mayor necesidad de expresión, en parte debido a la historia de infra ejecución de normas internacionales que proscriben crímenes de violencia sexual⁹². La violencia sexual ejercida como una forma de coacción y de dominio subyacente a los intereses económicos debe ser perseguida y sus autores sancionados criminalmente, más aún cuando se cometen en contextos de un ejercicio totalmente desequilibrado del poder de los actores privados que les permite quedar impunes.

6. La responsabilidad penal de las empresas transnacionales: Esta es una cuestión de *lege ferenda*, pero de trascendental importancia, y es por ello que dentro de los límites del Derecho internacional penal deberían hacerse todos los esfuerzos necesarios para ampliar la jurisdicción *ratione personae* de la CPI una vez que los obstáculos de Derecho internacional público, del propio sistema del Derecho internacional penal y del funcionamiento de esta Corte puedan ser superados. La ampliación de Derecho internacional penal y de las competencias de los foros jurisdiccionales internacionales para abordar la responsabilidad de las empresas transnacionales es una tarea necesaria en la medida que, sancionar penalmente exclusivamente a las personas naturales que pueden ser solo instrumentales en la comisión material de los actos delictivos, llevaría a no contemplar adecuadamente la gravedad y la trascendencia de los delitos cometidos, no evitar o impedir su continuación o repetición, e incluso no reparar adecuadamente a las víctimas⁹³.

⁹¹ Kyriakakis, J., *Developments in international criminal law and the case...*, *op. cit.*, p. 1001.

⁹² *Ibid.*, p. 1002.

⁹³ Mordechai Kremnitzer ofrece una serie de argumentos generales que justifican la imposición de responsabilidad criminal sobre las corporaciones aludiendo a cuestiones tales como la aspiración de que las corporaciones actúen de acuerdo o en consistencia con el sistema legal vigente; a que la imposición de la responsabilidad penal sobre las corporaciones en una forma de que los delitos no queden impunes cuando el autor material ha desaparecido, se encuentra muerto o no es posible llevarlo ante una corte; a que debe brillar el principio de igualdad ante la ley o al menos “la apariencia de justicia”; el peso que se le debe dar a la regulación penal de las responsabilidades de las corporaciones en algunos estados, lo que indica su utilidad; y, el incentivo que para los accionistas tendría la imposición de responsabilidad penal a efectos de mejorar su supervisión y

7. Esta Corte no puede ser inmune al desarrollo de la sociedad internacional y a los nuevos intereses y demandas que se plantean en su comunidad, resultado de un implacable proceso de globalización, que exigen la regulación de nuevas conductas y de nuevos actores en función de su enorme poder de victimización e influencia en la salvaguarda de los valores más importantes protegidos por el Derecho internacional.

3. CONCLUSIONES

Los fenómenos de la globalización de la economía mundial, la privatización de los sectores públicos, la fragmentación de los Estados y la feminización del Derecho internacional de los derechos humanos⁹⁴ han provocado una importante expansión del papel y del poder de las empresas transnacionales en la sociedad internacional, en el desarrollo de los conflictos modernos, y han generado un gran desafío para el Derecho internacional al tratar de regular su conducta en materia de derechos humanos.

La constatación y la denuncia social de *las graves violaciones de derechos humanos* por parte de las empresas transnacionales, como las cometidas por la empresa Barrick Gold, y en particular su involucración bajo diferentes formas de autoría o participación en la comisión de crímenes internacionales ha traído cierto desarrollo normativo en el campo del Derecho internacional que ha resultado a todas luces insuficiente para hacer frente a los problemas y a los retos que plantean la participación de estos actores en el orden internacional. Los desafíos para el Derecho internacional de los derechos humanos pasan por un cambio de paradigma en la cuestión de la subjetividad internacional, de modo que sea posible el reconocimiento de cierta personalidad jurídica a actores no estatales como las empresas, y su vinculación a normas internacionales de derechos humanos; van igualmente por la regulación en los *home states* de las conductas de las empresas, también cuando operan fuera de las fronteras, y del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial; finalmente, por una regulación en los *host states* más amplia y de acuerdo a los estándares internacionales para las empresas extranjeras operando en su territorio.

Los problemas más importantes para que el Derecho internacional penal, sus instrumentos normativos y jurisdiccionales, aborden adecuadamente la responsabilidad penal de

control de las actividades de la empresa. Véase a este respecto Kremnitzer, M., *A possible case for imposing criminal liability on corporations in international criminal law*, *Journal of International Criminal Justice* 8, 2010, pp. 913-914.

⁹⁴ Clapham, A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors...*, *op. cit.*, pp. 3-4.

las empresas per se en su participación en *graves violaciones de derechos humanos* pueden resumirse básicamente en que el Derecho internacional penal cubre *sólo* casos de crímenes internacionales como los CCH o los crímenes de guerra; existe un vacío de práctica de enjuiciamiento criminal internacional contra empresas; y la existencia de obstáculos para aceptar a las corporaciones como sujetos de Derecho penal internacional, o de derecho penal en sí.

Los desafíos para el Derecho internacional penal pasan por enfrentar las objeciones a la ampliación *ratione personae* de la jurisdicción de la CPI, las cuales se plantean en una serie de argumentos, que siguiendo a Larissa van de Herick⁹⁵, pueden clasificarse en tres bloques:

1) Argumentos de Derecho internacional público

Cuando en Núremberg se afirmó que “los crímenes son cometidos por hombres y no por entidades abstractas”, el Tribunal se refería al Estado, y no a otro actor, previniendo así a los individuos representantes del Estado de escudarse detrás de su posición oficial para escapar de su responsabilidad y subsiguientes consecuencias penales.

El consenso sobre la arquitectura de orden legal internacional, que descansa en el axioma de la soberanía del Estado, es uno de los pilares que milita en contra de llevar a los Estados a una corte criminal supranacional de jurisdicción preceptiva. Las preocupaciones en torno a la culpa colectiva se encuentran entre los argumentos predominantes contra la criminalización de las entidades.

Estas cuestiones enunciadas no deberían, sin embargo, constituir un impedimento para reflexionar sobre el concepto de la responsabilidad penal de las empresas bajo el Derecho internacional, sobre el que parece, hay una mayor apertura para su reconocimiento, en contraste con la negativa a aceptar este mismo tipo de responsabilidad criminal para los Estados. Pueden identificarse significativos esfuerzos provenientes del Consejo de Europa y de la Unión Europea⁹⁶, que empujan a abrazar la noción de la responsabilidad penal criminal de las empresas entre los estados continentales que no tienen tradición al respecto. Países como Estados Unidos, Canadá, Japón, India, Sudáfrica, Australia, en mayor o menor medida, ya han aceptado este concepto.

⁹⁵ Van de Herik, L., *Subjecting corporations to the ICC regime: analyzing the legal counterarguments...*, *op. cit.*, pp. 6 y ss.

⁹⁶ *Ibid.*

En este sentido, no es necesario que la CPI espere hasta que todos los Estados miembros se hayan posicionado a favor del concepto. El solo hecho que haya un gran número de Estados, tanto con sistemas jurisdiccionales de derecho civil como de *common law*, que reconocen la responsabilidad penal de las empresas, provee una base suficiente para considerar, al menos, la inclusión del concepto al nivel de la CPI. Por lo tanto, así como el concepto de responsabilidad penal corporativa surgió como una reacción a los procesos de industrialización en las jurisdicciones de *common law* hace más de un siglo, así podría ahora el concepto ser elevado al orden internacional con el objeto de abordar las demandas y las realidades del implacable proceso de la globalización⁹⁷.

2) Argumentos que derivan del sistema del CPI y en particular el principio de complementariedad

La falta de regulación del concepto de la responsabilidad penal de las empresas en un amplio número de jurisdicciones domésticas de los Estados partes de la CPI ha venido a sugerir que la ampliación de la jurisdicción *ratione personae* hacia las corporaciones en el ER podría traer incommensurables problemas con relación a la aplicación del principio de complementariedad.

Este principio se encuentra recogido en el Preámbulo y en el artículo 17 del ER y establece que la CPI gozará de jurisdicción complementaria respecto de las jurisdicciones penales nacionales. En caso de conflicto, y de acuerdo al artículo 17, la CPI declarará la inadmisibilidad de los casos en favor de los tribunales nacionales, salvo cuando los Estados hayan presentado incapacidad para investigar o enjuiciar el caso.

El principio de complementariedad del ER de la CPI refleja un compromiso diplomático de reconciliar dos valores diferentes, la soberanía de los Estados, siendo uno de sus rasgos fundamentales el ejercicio de la jurisdicción penal, y el desarrollo efectivo de la justicia penal internacional⁹⁸.

La pregunta que surge de fondo es cómo afecta la no regulación de la responsabilidad penal de las empresas en las legislaciones nacionales a efectos de la efectividad del principio de complementariedad. Dicho de otro modo, cómo actuaría la CPI para el

⁹⁷ Kyriakakis, J., *Developments in international criminal law and the case of business ...*, *op. cit.*, p. 5.

⁹⁸ Benzing, M., *The complementarity regime of the International Criminal Court: international criminal justice between state sovereignty and the fight against impunity*, 7 MaxPlanck Yearbook of United Nations Law, 591-632 y Kyriakakis, J., *Corporations and the International Criminal Court: The Complementarity Principle Stripped Bare*, 19 Criminal Law Forum 115-151, p. 123.

caso que, ampliada su jurisdicción *ratione personae* a las corporaciones, se presentara la circunstancia que los Estados partes no puedan perseguir o enjuiciar los casos por no tener competencia sobre las empresas autoras de los crímenes.

La respuesta a esta pregunta parte de cómo son interpretados y sopesados entre sí los conceptos de soberanía y del ejercicio efectivo de la justicia penal internacional.

La cuestión de la soberanía de los Estados, analizada desde una concepción tradicional, pone el foco de atención sobre los aspectos externos relativos a la soberanía siendo su corolario el principio de no intervención. Esta perspectiva podría ser un obstáculo para el sometimiento de las corporaciones a la jurisdicción del ER, en la medida que la ampliación de la jurisdicción podría ser vista como una forma de infringir la discreción del Estado en su elección de como ejercer precisamente jurisdicción criminal. En este sentido, cabe subrayar que, *el principio de complementariedad no impone una obligación expresa a los Estados de legislar y copiar el ER. Por lo que si las corporaciones fueran a ser incluidas en el ER los Estados partes no estarían obligados directamente a enmendar sus legislaciones domésticas de acuerdo al Estatuto*⁹⁹.

Ahora bien, si se pondera el valor del ejercicio de la justicia penal internacional, el enfoque de la soberanía centrado en la responsabilidad del Estado de facilitar aquella, puede emerger y podría abrazar una propuesta en favor de la responsabilidad penal corporativa más que obstruirla. *Es poco probable que, en un contexto en el que la realidad habla de la participación de las corporaciones en la comisión de crímenes internacionales y de la existencia de un vacío de gobernabilidad, los Estados se opongan a abordar el comportamiento de las corporaciones en relación a la comisión de este tipo de crímenes, pero sí están en contra de hacerlo a través del derecho penal. Para muchos Estados, que no han incorporado el concepto de responsabilidad penal criminal, no supone tanto un problema aceptar la jurisdicción de la CPI sobre las corporaciones, sino el hecho de que se sienten incómodos con la idea de que se vean subsiguientemente forzados a aceptar en concepto en sus legislaciones domésticas también*¹⁰⁰. Las objeciones a ampliar la jurisdicción *ratione personae* de la CPI a las corporaciones en función del ejercicio del principio de complementariedad señalan que aquella se hace impracticable o inconsistente en caso de que la CPI tenga jurisdicción sobre una clase de demandado no cubierto por algunos sistemas domésticos legales.

⁹⁹ Following a teleological interpretation, one might identify an implied duty to implement, see Kleffner, J., *The impact of complementarity on national legislation of substantive international criminal law*, 1 Journal of International Criminal Justice, 86-103, at 90-94.

¹⁰⁰ Van de Herik, L., *Subjecting corporations to the ICC regime...*, *op. cit.*, p.14.

Sin embargo, esta cuestión podría desenmarañarse en la aplicación del artículo 17.3. del ER sobre las causas de admisibilidad, entre las que se argumenta la incapacidad para investigar o enjuiciar un asunto determinado debido al colapso total o sustancial de la administración nacional de justicia, al hecho de que carece de ella, que no puede hacer comparecer al acusado, que no dispone de las pruebas y de los testimonios necesarios, o que no está *por otras razones* en condiciones de llevar a cabo el juicio, pudiendo tener cabida entre estas *otras razones* la ausencia de legislación adecuada al respecto.

Cassese argumenta que la inhabilidad de actuar incluye casos donde las cortes nacionales son *incapaces de juzgar a una persona no porque se haya producido un colapso o mal funcionamiento del sistema judicial, sino a causa de impedimentos legales, tales como leyes de amnistía, o estatuto de limitaciones, haciendo imposible para la justicia doméstica comenzar un proceso contra el sospechoso o acusado*¹⁰¹. Esta lectura sobre la incapacidad de la norma parece incluir la incapacidad de iniciar procedimientos sobre la base de la ausencia de competencia legislativa sobre la categoría del demandando¹⁰². Una cuestión distinta es la de si puede considerarse o no adecuada aquella legislación doméstica que regula el comportamiento de las corporaciones a través de la legislación civil o administrativa y si el hecho de que existan procedimientos administrativos a nivel local harían un caso inadmisibile ante a CPI¹⁰³.

Siguiendo a Cassese, McCormack, Robinson y Doherty se podría sostener que el fallo del Estado en tener una legislación penal suficiente sobre los crímenes en cuestión podría ser un argumento relativamente fácil sobre la incapacidad o inhabilidad del Estado para proceder en su investigación o procesamiento. Aunque los argumentos aquí expuestos sobre la falta de legislación penal en materia de responsabilidad criminal de las empresas es una situación no contemplada en el ER, puede derivarse claramente de la formula sobre competencia en el ER¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cassese, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003 “unable to try a person not because of a collapse or malfunctioning of the judicial system, but on account of legislative impediments, such as an amnesty law, or a statute of limitations, making it impossible for the national judge to commence proceeding against the suspect or the accused” en Kyriakakis, J., *Corporations and the International Criminal Court: The complementary objections stripped bare*, Criminal Law Forum (2008) 19:115-151, Springer 2007, p. 127.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Van de Herik, L., *Subjecting corporations to the ICC regime: analyzing the legal counterarguments...*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁴ Timothy L. H. McCormack & Sue Robertson, *Jurisdictional Aspects of the Rome Statute for the New International Criminal Court*, 23 MELB. U. L. REV. 635, 645 (1999); Timothy L.H. McCormack & Katherine L. Doherty, “Complementarity” as a Catalyst for Comprehensive

En este sentido, se puede argumentar que las normas relacionadas con la complementariedad podrían mantenerse sin ser modificadas y podría continuar operando efectivamente, independientemente de la extensión de la jurisdicción, para incluir a las corporaciones, las cuales podrían ser incorporadas con una enmienda al artículo 25 del ER¹⁰⁵.

3) Argumentos de Derecho penal

Las objeciones que se plantean desde el Derecho penal para ampliar la jurisdicción de la CPI a las corporaciones son quizás las más importantes y las más difíciles de rebatir.

Los tres principales elementos teóricos de Derecho penal que se plantean frente al concepto de la responsabilidad penal de las empresas son que las corporaciones no pueden actuar *ultra vires*, no poseen *mens rea* y no pueden *sufrir una sanción penal*, todos ellos capturados en la expresión “*no body to kick, no soul to damn*”. Mientras que estas objeciones han sido superadas en alguna medida por los países del *common law*, en la medida que su legislación se fue acomodando a la presión resultante de los cambios provocados por la revolución industrial y económica, los países continentales europeos, con un sistema de derecho civil, fueron muchos más reticentes a la hora de adoptar el concepto de la responsabilidad penal de las empresas. Si en estos países ha avanzado cierta regulación penal ha sido en campos específicos como el laboral o el medio ambiente.

La cuestión de que las corporaciones no pueden actuar de forma autónoma o independiente puede ser rebatida a través del reconocimiento de su actuación a través de otras personas, desde otras áreas del Derecho. Con relación a la teoría de la culpabilidad, es necesario re-conceptualizar sus parámetros con el objeto de desarrollar una teoría del derecho penal adaptada a las corporaciones. La mayoría de los casos relacionados con la responsabilidad penal de las empresas conciernen crímenes en los que media la negligencia más que el conocimiento o la intención. La construcción del elemento mental -el conocimiento o la intención- de las corporaciones presenta un gran desafío. En este sentido, se han venido desarrollando conceptos como el de cultura corporativa, que provocan entender que procesar a uno o varios individuos por las actuaciones llevadas a cabo bajo una política corporativa, no puede capturar una dimensión completa de lo que en realidad pasó. De hecho enjuiciar a un individuo puede no tener absolutamente ningún efecto sobre las actividades de las corporaciones. Además, en línea con estas nuevas teorías sobre la culpa corporativa algunos sistemas domésticos han desarrollado

Domestic Penal Legislation, 5 U.C. DAVIS J. INT’L L.& POL’Y 147, 152 (1999), citado en Kyriakakis, J., *Corporations and the International Criminal Court...*, *op. cit.*, pp. 122-127.

¹⁰⁵ *Ibid.*

sanciones especiales para las corporaciones, tales como severas sanciones financieras, el establecimiento de periodos de prueba, publicidad adversa o una eventual disolución. Estas sanciones constituyen formas más refinadas de penas pero su propósito no es solo parar o revertir un comportamiento específico. Estas medidas significan una fuerte desaprobación social que pueden estigmatizar a las empresas. Las medidas no son neutrales desde el punto de vista moral, con lo que podrían merecer calificarse como criminales.

Extender la responsabilidad penal internacional a las corporaciones, tratándose de una cuestión de *lege ferenda*, no es totalmente algo inventado, en la medida que la expansión de este tipo de responsabilidad ya se ha reconocido en los sistemas nacionales y ninguno de los argumentos penales son del todo insuperables. Es por ello que la regulación de la responsabilidad penal de las empresas en Derecho internacional penal pasa a ser una cuestión más de voluntad política que de imposibilidad jurídica. Debe tratarse como una cuestión inherente al desarrollo y a la expansión del Derecho internacional en general, y del Derecho internacional penal en particular, de ir respondiendo a las necesidades cambiantes de la sociedad internacional en su conjunto en el transcurso de su historia.



Caso de Estudio 3.

Los crímenes ambientales como crímenes de lesa humanidad: La contaminación de la Amazonía ecuatoriana por la Texaco ante la Corte Penal Internacional

1. INTRODUCCIÓN

Los problemas relativos al medio ambiente han generado un considerable interés público en las últimas décadas e internacionistas, criminólogos y otros científicos sociales han puesto su atención en cómo definir mejor y responder a los daños ambientales¹, habiéndose producido un considerable avance en el desarrollo del Derecho internacional público del medio ambiente en el que se han formado las reglas generales y los principios especiales para su protección en el seno de esta disciplina².

Actualmente existe la idea de que los atentados más severos contra el medio ambiente deberían constituir un crimen, al equiparar la gravedad de su naturaleza y de sus consecuencias con la de cualquier otra conducta calificada criminalmente, que afecte a nuestra sociedad³. Los crímenes ambientales cubren actos que infringen la legislación ambiental,

¹ White, R., *Environmental Crime in Global Context: Exploring the Theoretical and Empirical Complexities*, Current Issues in criminal justice, Volume 16, Number 3, 2005, pp. 271-285. El daño ambiental es toda acción, omisión, comportamiento u acto jurídico ejercido por un sujeto físico o jurídico, público o privado, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente y significativo, algún elemento constitutivo del concepto ambiente, rompiéndose con ello el equilibrio propio y natural de los ecosistemas. El daño ambiental puede recaer sobre un bien ambiental propiamente dicho o puede afectar derechos subjetivos e intereses legítimos como son la vida o la salud de los habitantes y sus respectivos derechos de carácter patrimonial. La conducta degradante o contaminante del ambiente puede ser tanto lícita como ilícita dependiendo de su conformidad con el ordenamiento jurídico.

² Rojas Amandi, V. M., *El derecho internacional público del medio ambiente al inicio del S.XXI*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. II, pp. 335-371.

³ EIA, *Environmental Crime. A threat to our future*. October 2008, p. 2., véase en http://www.unodc.org/documents/NGO/EIA_Ecocrime_report_0908_final_draft_low.pdf

desarrollada tanto en el ámbito internacional como en el doméstico, y son aquellos que causan un daño o un riesgo significativo en el medio ambiente y en la salud humana. Las áreas más conocidas relativas a los crímenes ambientales de carácter internacional son la emisión o la descarga ilegal de sustancias en el aire, agua o suelo, la contaminación por hidrocarburos, el comercio ilegal de vida silvestre, el tráfico ilegal de sustancias que destruyen la capa de ozono, la pesca ilegal y el vertido de residuos peligrosos⁴. Pero además de estos crímenes, nuevos tipos de crímenes ambientales podrían estar emergiendo y son aquellos relativos al comercio del carbón, a la gestión de los recursos hídricos⁵, la privatización y la contaminación de fuentes de agua, el acaparamiento de tierras y territorios y el arrasamiento de selvas y la pérdida de biodiversidad, entre otros⁶. En estos casos, el concepto del “daño”, más que el de la infracción normativa, debería encapsular aquellas actividades que pudiendo ser legales o legítimas impactan negativamente sobre las personas y el medio ambiente⁷.

De acuerdo a la opinión de personas expertas en la materia, la razón principal que motiva este tipo de crímenes radica en la obtención de un beneficio o ganancia de carácter económico. Además de no verse limitados por las fronteras, estos son llevados a cabo por redes de organizaciones criminales, a menudo ocurren a la par de otros crímenes tales con el fraude, la corrupción, el lavado de dinero, y encierran la explotación de comunidades desfavorecidas⁸.

Todos estos matices tienen una importancia significativa a la hora de determinar si los atentados contra el medio ambiente son o implican la comisión de un crimen de Derecho internacional en la medida que este tipo de actos tienen una estructura similar a los ataques contra los derechos humanos que han dado lugar al nacimiento de la Corte Penal Internacional (CPI). El profesor Adán Nieto señala que esta semejanza descansa en dos argumentos. El primero de ellos, es que se ha instaurado la conciencia de que la protección del medio ambiente es una tarea global, cuya tutela efectiva no debe depender de la capacidad de un determinado Estado para implementar una normativa razonablemente protectora del medio ambiente o sancionar eficazmente sus infracciones.

⁴ EC, Environment., véase <http://ec.europa.eu/environment/legal/crime/>

⁵ INTERPOL. Environmental crime, véase en <http://www.interpol.int/Crime-areas/Environmental-crime/Environmental-crime>

⁶ OMAL, ¿Qué son los crímenes económicos y ecológicos internacionales?, véase en <http://www.lamarea.com/2016/01/22/que-son-los-crimenes-economicos-y-ecologicos-internacionales/>

⁷ Lynch, M & Stretsky, P., *The Meaning of Green: Contrasting criminological perspective*, Theoretical Criminology, Vol 7, nº 2, 2003, pp. 217-238.

⁸ EIA, *Environmental Crime. A threat to our future... op.cit.*

Los atentados contra el medio ambiente, que afectan a toda la sociedad, han dejado de ser un asunto nacional para convertirse en una materia de gobernanza global. Aunque haya reticencias a la hora de establecer la relación entre el medio ambiente, la paz y la seguridad internacional⁹, su protección y la sanción de los atentados que se comenten contra él deberían ser tareas de la comunidad internacional en su conjunto, en la medida del grave impacto que pueden tener estas conductas para la sostenibilidad de un entorno que afecta a toda la humanidad, tanto en sus generaciones presentes como en las futuras. El segundo de estos argumentos es que cuando estos atentados, además, son cometidos por actores que concentran un enorme poder económico y político -p. ej., las grandes multinacionales- existe una asimetría entre la capacidad de los sistemas judiciales de muchos países para juzgarlas y la capacidad de este tipo de actores para evitar cualquier tipo de control y sanción eficaz¹⁰.

Para examinar la intervención del Derecho internacional penal con relación a este tipo de conductas contra el medio ambiente y abordar el caso de estudio, no planteamos un enfoque basado en la protección de la naturaleza como bien jurídico y como interés de la comunidad internacional en su conjunto, sino uno que consiste en dar entrada al medio ambiente en el Derecho internacional mediante la conexión entre este y los derechos humanos. Esta aproximación significa que determinadas conductas contra el medio ambiente -de carácter ilícito o lícito de acuerdo al marco jurídico del lugar en el que se producen¹¹- se reconducen por su conexión con graves violaciones de derechos humanos y sobre tipos penales ya reconocidos por el Derecho internacional como son los asesinatos, la tortura, la esclavitud, los actos inhumanos o degradantes, etcétera, siendo esta la línea jurisprudencial que han desarrollado las cortes regionales africana e interamericana y la aplicación judicial del *Alien Tort Claims Act* (ATCA) norteamericano¹².

⁹ Y por ello fue rechazada la propuesta de incorporar los crímenes ambientales en el Proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad del año 1954.

¹⁰ Nieto, A., *Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente*, AFDUAM 16, 2012, p. 1.

¹¹ El comportamiento lesivo del medio ambiente que ocasiona el resultado de lesión o peligro de la vida o la salud de una pluralidad de personas puede ser perfectamente lícito en el país dónde se ha realizado como consecuencia del derecho de cada Estado a configurar su legislación medioambiental.

¹² Como señala Adán Nieto, la CEDH a través de una interpretación muy progresiva del Convenio ha considerado contrarios a los derechos en él reconocidos a daños medioambientales de carácter leve o medio, mientras que las cortes regionales y el propio ATCA lo conectan con las normas de *ius cogens*. Véase en Nieto Martín, A., *Bases para un futuro derecho penal internacional...*, op. cit., p. 144.

Otro posible enfoque sería plantear los crímenes ambientales como un nuevo tipo penal internacional. Sin embargo, la ausencia de una definición convencional del crimen ambiental internacional, más allá de los instrumentos internacionales que regulan determinadas conductas, la aparición de nuevos atentados contra el medio ambiente en el desarrollo de actividades ligadas a la economía globalizada y transnacionalizada de la sociedad contemporánea, las dificultades temporales y materiales para la actualización de un régimen regulador y sancionador adecuado para ellas, y la falta de interés por la ampliación de los tipos penales que establecen la competencia *ratione materiae* de la CPI, hace que se haya considerado como el enfoque más apropiado a seguir aquel que vincula las conductas que atentan contra el medio ambiente con las más graves violaciones de los derechos humanos contenidas en los tipos penales subyacentes en la categoría contemplados en los crímenes contra la humanidad (CCH) del Estatuto de Roma (ER).

2. CASO DE ESTUDIO

2. 1. Descripción

Texaco (TXC) operó en Ecuador desde el año 1964 hasta 1992, periodo de tiempo en el cual extrajo 1.434.000 millones de barriles de petróleo, perforó un total de 339 pozos en un área de 442.965 hectáreas, fue responsable del derrame de no menos de 71 millones de litros de residuo de petróleo y 64 millones de líquido de petróleo bruto, así como de la quema de 6.667 millones de metros cúbicos de gas al aire libre, todo ello como resultado del uso de técnicas y tecnología obsoletas, basándose en una política de austeridad económica en países en vías de desarrollo (PVD), minimizando inversiones con el fin de maximizar ganancias. Ello ha tenido como consecuencia un desastre ambiental sin precedentes en un área de 2 millones de hectáreas de la Amazonía ecuatoriana y una grave y generalizada vulneración de los derechos humanos de los habitantes de las zonas afectadas.

La actividad desarrollada por Texaco en la región amazónica dejó una gran cantidad de pasivos ambientales, en términos de contaminación de agua, suelo, aire y de deterioro de los recursos naturales y de los ecosistemas. Las operaciones extractivas de forma directa, y la apertura de caminos y colonización de territorio de forma indirecta, supusieron un incremento de la deforestación y de la degradación forestal. Durante la fase de apertura de trochas para efectuar las operaciones de exploración, se calcula que se perdieron un total de 30.900 hectáreas de bosque. Así, se deforestaron entre dos y cinco hectáreas por la construcción de cada uno de los pozos, a lo que debe sumarse una media de 15 hectáreas adicionales para la estabilización de las plataformas de exploración. Se calcula

que en el lapso de tiempo en el que operó Texaco se derramaron directamente a los cuerpos de agua un total de 20.000 millones de galones de aguas de formación, a un ritmo cercano a 10 millones de litros diarios de aguas tóxicas, y 16.800 millones de galones de crudo. Solamente en el SOTE se perdieron 403.200 barriles en derrames. El propio representante legal de Chevron, una vez adquirida Texaco, admitió que entre 1972 y 1990 se vertieron casi 16.000 millones de galones de agua considerada como tóxica¹³.

El daño ambiental, sin precedentes en la región, además de haber afectado el equilibrio propio del ecosistema y la biodiversidad, ha perjudicado los derechos subjetivos e intereses legítimos de 30.000 personas residentes de las provincias de Orellana y Sucumbíos. La contaminación masiva del aire, agua y suelo ha alterado el ecosistema y ha impactado negativamente y de manera generalizada el medio ambiente y ha supuesto la exposición directa de la población a componentes químicos considerados como tóxicos¹⁴ afectando a la salud de la población

¹³ Véase en Pérez, A., *Texaco en la Amazonía ecuatoriana: De la impunidad a la sentencia emblemática*, en Basteiro Bertoli, L (Coord.), Serrano Tur, L (Coord.), Arenal Lora, L. (Coord.), *Negocios insaciables: estados, transnacionales, derechos humanos y agua*, Fundación para la Cooperación APY, 2015, p. 49.

¹⁴ Presencia de componentes químicos considerados como tóxicos por la Organización Mundial de la Salud y la Agencia para Sustancias Tóxicas y el Registro de Enfermedades del Gobierno de Estados Unidos (EEUU), y que se determinaron fuera de los límites permisibles, destacando los siguientes:

Bario	Posibles afectaciones al sistema cardiaco, reproductor y gastrointestinal.
Benzo-a-Antraceno	Posibles afectaciones hepáticas, dermatológicas y al sistema inmunológico.
Benzo-a-Pireno	Posibles afectaciones hepáticas, dermatológicas y al sistema inmunológico.
Cadmio	Cancerígeno. Posibles afectaciones al sistema cardiovascular, gastrointestinal, neurológico, renal, reproductor y respiratorio. Posibles malformaciones genéticas.
Cromo	Cancerígeno. Posibles afectaciones al sistema inmunológico, renal y respiratorio.
Cromo VI	Cancerígeno. Posibles afectaciones al sistema inmunológico, renal y respiratorio.
Cobre	Posibles afectaciones al sistema gastrointestinal, hematológico y hepático.
Fenantreno	Posibles afectaciones hepáticas, dermatológicas y al sistema inmunológico.
Hidrocarburos Aromáticos Policíclicos	Posibles afectaciones hepáticas, dermatológicas y al sistema inmunológico.
HTP	Posibles afectaciones al sistema renal, hematológico, inmunológico y hepático. Posibles malformaciones genéticas.
Indeno-123cd-Pireno	Posibles afectaciones hepáticas, dermatológicas y al sistema inmunológico.
Naftaleno	Cancerígeno. Posibles afectaciones al sistema hepático, neurológico, ocular y respiratorio.
Níquel	Cancerígeno. Posibles afectaciones al sistema cardiovascular, inmunológico, respiratorio y dermatológico.

residente siendo un indicador relevante la alta tasa de incidencia del cáncer en las provincias de Orellana y Sucumbíos, tres veces superior respecto a la media estatal, detectándose con mayor frecuencia el de estómago (20%), el de útero (20%) y la leucemia (9%)¹⁵; al mismo tiempo, ha causado la pérdida de los medios de vida y el acceso a una alimentación adecuada de las personas y de las comunidades indígenas y campesinas afectadas al depender aquellas de los recursos naturales para el desarrollo de sus actividades económicas principales, como son la agricultura, la ganadería, la avicultura y la piscicultura. Asimismo, ha provocado el desplazamiento forzado por causas ambientales de poblaciones indígenas, como los 300 miembros de la comunidad COFAN, contribuyendo significativamente la contaminación masiva a la degradación de la calidad y a las posibilidades de garantizar el derecho a la vida de la población afectada.

2. 2. Hechos

2. 2. 1. Circuito Judicial y Corte Penal Internacional

El Frente de Defensa de la Amazonía -ahora Unión de Afectados y Afectadas por las operaciones de Texaco (UDAPT)- demandó a la Chevron en EEUU iniciándose un proceso judicial por vía civil por daños y reparaciones ambientales en el año 1993. Se solicitaba a la empresa transnacional (ETN) la eliminación o remoción de los contaminantes que amenazan todavía al ambiente y a la salud de las personas, es decir, la de todas aquellas piscinas y fosas abiertas por Texaco y que no fueron remediadas. También reclamaban el saneamiento de todos los cuerpos de agua afectados, así como la eliminación de todos los residuos olvidados por la ETN.

Después de 9 años litigando, la Corte de Apelaciones de Nueva York resolvía enviar el caso a Ecuador, algo por lo que Texaco había batallado entre 1993 y 2002. En ese momento, los demandantes siguieron con la acción judicial y en 2003 presentaron la demanda Aguinda y Otros en contra de Chevron-Texaco en la Corte Superior de Nueva Loja, provincia de Sucumbíos¹⁶.

Plomo	Posibles afectaciones al sistema cardiovascular, gastrointestinal, hematológico, neurológico, ocular, renal, reproductor y músculo esquelético. Posibles malformaciones genéticas.
Zinc	Posibles afectaciones al sistema hematológico, gastrointestinal y respiratorio.

¹⁵ Martín Beristain, C. et al., *Las palabras de la Selva. Estudio psicosocial del impacto de las explotaciones petroleras de la Texaco en las comunidades amazónicas del Ecuador*, HEGO, Bilbao, 2009.

¹⁶ Basteiro Bertoli, L., Serrano Tur, L., Arenal Lora, L., *Negocios Insaciables: Estados, Transnacio-*

En 2011, el juez Nicolás Zambrano, presidente de la Corte Provincial de Sucumbíos, emitía la sentencia en primera instancia en contra de Chevron-Texaco. La sentencia contemplaba el pago de más de 8.646 millones de dólares para ser empleados en la reparación del daño ambiental, incluidos los trabajos de limpieza de suelos, instalación de sistemas de agua e implementación de sistemas de salud. Además de la reparación, la ETN debía enfrentar un 10% adicional en cumplimiento de la Ley de Gestión Ambiental, las costas judiciales y una sanción punitiva consistente en unas disculpas públicas a los afectados que, en caso de incumplimiento, podía elevar al doble el monto a cancelar. Al rechazar la Texaco pedir disculpas públicas la Corte, en el año 2012, confirmó la sentencia y condenó a la empresa a pagar 19.000 millones de dólares.¹⁷

En noviembre del mismo año, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ratificaba el crimen ambiental cometido. En la sentencia final se eliminaban los castigos punitivos y se rectificaba, mediante providencia, el valor final que Chevron-Texaco debe abonar en casi 9.520 millones de dólares.

Al mismo tiempo, Texaco también había iniciado una campaña de incidencia política a distintos niveles en EEUU. Además, planteaba tres arbitrajes internacionales y llevaba a cabo una campaña de desprestigio contra el poder judicial ecuatoriano.

La última demanda de la ETN contra Ecuador frente al Tribunal de Arbitraje Permanente de la Haya, conocida como Chevron III, en el año 2009, sostenía una acusación por incumplimiento del Tratado Bilateral de Inversiones entre EEUU y Ecuador firmado en 1993, el cual entró en vigor en el año 1997, e igualmente incumplimiento del Acta de Finiquito de 1998, que liberaba a Texaco de sus responsabilidades frente al Estado, y ello con el objeto de trasladar al Estado ecuatoriano la responsabilidad por la indemnización a favor de los afectados por la contaminación ambiental en Lago Agrio. El Tribunal Arbitral, en un dictamen emitido el 12 de Marzo de 2015, reconoce parte de los argumentos de Ecuador dentro del litigio contra la petrolera. Concluyó que la demanda de Lago Agrio incluye derechos individuales, lo que implica que el acuerdo de liberación suscrito entre el Estado y Texaco en 1995, no fue un impedimento para la presentación de la demanda ambiental. Tampoco aceptó el argumento de Texaco, relativo a un supuesto impedimento producido por el acuerdo de liberación de 1995, que, al constituir cosa juzgada, imposibilitaba en inicio el juicio de Lago Agrio.

nales y, derechos humanos y agua, Fundación para la Cooperación APY-Solidaridad en Acción, 2015, p. 53.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 54-55.

Finalmente, en el año 2013, como maniobra para eludir la ejecución de la sentencia emitida por la Corte Provincial de Sucumbíos y ratificada en dos instancias judiciales superiores de Ecuador, la ETN interpuso una demanda contra el letrado Steven Dozinger y los asesores legales de los afectados por las actividades de Texaco en la Amazonía ecuatoriana, acusándoles de supuesta extorsión, fraude y perjuicio a la compañía, bajo la Ley RICO 39. En marzo de 2014, el juez Lewis A. Kaplan, del Tribunal Federal de Distrito de los Estados Unidos del Distrito Sur de Nueva York, consideró que Steven Dozinger y los asesores legales de los demandantes de Chevron habían diseñado y ejecutado un plan fraudulento contra dicha compañía. Los asesores legales de los afectados han apelado dicho dictamen¹⁸, denunciado la falta de validez jurídica¹⁹.

2. 3. Los crímenes imputados

Habida cuenta de las dificultades para hacer cumplir la sentencia de reparación civil por los daños ambientales provocados en la Amazonía ecuatoriana, así como para ejecutar el *executor* en otras jurisdicciones en las que la compañía tiene activos, todo ello a propósito del éxito de los subterfugios judiciales, políticos y corporativos utilizados por la Texaco para evitar el cumplimiento de la condena, poniendo de manifiesto el poder de la transnacional y la impunidad de la que se beneficia,

Considerando que la ETN ha incurrido, en el desarrollo de sus operaciones extractivas, en violaciones graves y generalizadas de derechos humanos, que podrían considerarse un crimen de Derecho internacional, del que derivaría responsabilidad penal individual para sus representantes legales ya que la CPI no tiene competencia *ratione personae* sobre las personas jurídicas,

Buscando asegurar que los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional en su conjunto sean perseguidos, poner fin a la impunidad de sus perpetradores, proteger y proveer las reparaciones a las víctimas de tales crímenes y contribuir a la prevención de los mismos,

El Estado de Ecuador presenta contra el representante legal de la empresa (CEOTXC) acusaciones por crímenes contra la humanidad (CCH) ante la Corte Penal Internacio-

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Por ser este un caso de estudio hipotético que formula una demanda ante la CPI no se hace referencia expresa en este epígrafe a la comunicación presentada por los representantes de las víctimas de la Texaco ante la Fiscal de la CPI, Sra. Fatou Bensouda, en el mes marzo del año 2015.

nal (CPI), único órgano judicial universal de carácter permanente que juzga las más graves violaciones de derechos humanos, entendiendo que la Corte tiene competencia en estos casos de acuerdo a los artículos art.12.2.a) y 13.a) del ER; que los ilícitos alegados se han producido en el marco del desarrollo de una línea de conducta que ha implicado la comisión múltiple de injustos contra una población civil, con conocimiento de dicho ataque y de conformidad con la promoción de la política de una organización, según dispone el artículo 7 del ER; y, finalmente, que el demandado podría ser penalmente responsable de acuerdo al artículo 25.3.b) ER.

Los cargos presentados contra el demandado incluyen la violación del artículo 7.1.k): *Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física* de 30.000 personas residentes en Orellana y Sucumbios en razón de la *creación de condiciones peligrosas de existencia*.

La línea de conducta viene determinada por los siguientes elementos que conforman el ataque:

- El diseño y la dirección de Texaco y su CEOTXC de una política de austeridad económica en las inversiones para países en vías de desarrollo (PVD) en el desarrollo de la actividad extractiva con el propósito de obtener grandes beneficios.
- Resultado de ello es la implementación de una política corporativa de uso de técnicas y tecnología obsoletas en PVD con el objeto de ahorrar significativamente en los costes de inversión y de operación.
- Consecuencia directa de este marco de políticas y operaciones es el daño ambiental por contaminación hidrocarbúrfica del ecosistema, en una superficie de dos millones de hectáreas de la Amazonía ecuatoriana, que hasta 1972 era conocida como libre de industria y de contaminación humana, produciéndose *actos de carácter inhumano* que han *atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física* y que se traducen en la *creación de condiciones de existencia peligrosas* para la población, que pueden solaparse con graves violaciones de derechos económicos, sociales y culturales.
- Impedir la reparación de los daños ambientales por los cuales TXC ha sido condenada por vía civil persistiendo y aumentando los daños ambientales, la perpetuación de los actos inhumanos y la vulneración de los derechos humanos.

2. 4. Partes acusadas

Este caso es un procedimiento criminal iniciado por un Estado Parte de acuerdo a los artículos 13.a) y 14.1) del ER, remitiendo al Fiscal una acusación contra el CEO de TXC en calidad de máximo responsable de la estructura organizativa y representante legal de la ETN -considerada el *organized power apparatus*-. Se le considera responsable de la definición y de la dirección de las políticas extractivas de hidrocarburos de la corporación, entre ellas la definición y la dirección de la política de austeridad en las inversiones para el desarrollo de la actividad extractiva en la Amazonía ecuatoriana y la comisión de *actos de carácter inhumano* contra la población al *crear condiciones de existencia peligrosas*. Asimismo se supone su responsabilidad en la negativa de la TXC a proceder con la reparación impuesta por sentencia judicial, lo que ha ocasionado y causado la persistencia de los daños ambientales por contaminación masiva sobre el ecosistema que han implicado la afectación generalizada y sistemática de derechos colectivos y subjetivos de personas, comunidades locales y pueblos indígenas.

2. 5. Cuestiones que se plantean

Resolver si los hechos alegados pueden ser constitutivos de crímenes contra la humanidad de acuerdo al art. 7.1.k) del ER.

Resolución de las cuestiones jurídicas planteadas de fondo: La CPI se pronunciará sobre cada uno de los elementos del contexto que transforman los delitos comunes en crímenes internacionales. De acuerdo al literal del artículo 7 del ER, existen dos elementos que deben ser probados para que los actos ilícitos puedan tipificarse como CCH, siendo el primer de ellos haberse producido un ataque de carácter generalizado o sistemático contra la población civil -*actus reus*- y con *conocimiento* de dicho ataque -*mens rea*- y ello de conformidad con una política de cometer ese ataque o para promover esa política.

Dos cuestiones previas sobre los elementos materiales:

2. 5. 1. La política como elemento internacional

Teniendo en cuenta la definición que en el artículo 7.2 del ER se hace del término ataque, como *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*, señalamos que en el caso que nos ocupa, los actos que se imputan responden a una línea estratégica de

actuación, enmarcada dentro de la geopolítica petrolera de las grandes corporaciones que, en algunos casos, gobiernan el escenario político de países e instituciones internacionales. Así, los crímenes cometidos en la Amazonía ecuatoriana no son simplemente un producto de la casualidad y tampoco se trata de un común accidente industrial. Por el contrario, responden a una *política económica de austeridad*, con el objetivo de maximizar las ganancias, diseñada como un patrón de actuación y aplicada de manera intencionada y discriminatoria en las operaciones extractivas en PVD, en los cuáles se asumen los riesgos inherentes al uso de tecnología obsoleta en los sistemas de explotación en base a la certeza de enfrentar una menor exposición a controles técnicos, legales, judiciales y de política pública. Es decir, el entorno en el que operan es decisivo para la implementación de la política de austeridad de las inversiones, tal y como demuestra el hecho de que la empresa Texaco-Chevron, al momento de iniciar sus operaciones en Ecuador, ya tuviera patentada tecnología que reducía considerablemente los riesgos de las operaciones en hidrocarburos, siendo utilizadas en EEUU, y no poniéndolas al servicio del proyecto extractivo en Ecuador²⁰.

Apoyándonos en estas evidencias podemos sostener que existe una línea de conducta o patrón para el desarrollo de proyectos de extracción de hidrocarburos en países en PVD, como es el caso de Ecuador, consistente en la utilización de tecnología obsoleta, disminuyendo así la inversión necesaria para las operaciones, que responde a la promoción de una política corporativa de austeridad económica, y cuya ejecución implica la previsible comisión de los ilícitos que se imputan a los acusados. Lo que es cierto es que con independencia de si la *política es* un elemento material, como parece predicar el ER incorporando una posición incluyente, procesal o adicional o indicativo de la existencia de un ataque sistemático de la definición de los CCH, como señala una parte sustantiva de la jurisprudencia²¹, lo que parece afirmarse en el caso es que la verificación de la existencia de esta *política* puede resultar útil para establecer el contexto para la realización de los actos tipificados y es el elemento que da entidad a la conexión entre los ilícitos, contribuyendo así a la construcción de la idea de ataque -diferente en este caso al ataque violento clásico para la figura de los CCH- y confirma que detrás de la misma existe alguna forma de autoridad organizativa, alejando la idea de que son estas actuaciones

²⁰ El uso de tecnología obsoleta provocó la contaminación de los ríos, lagunas, esteros, pantanos y otras fuentes superficiales y subterráneas de agua. Contaminaron también el aire por la quema de gas y el suelo por los frecuentes derrames de crudo. En *El juicio a Chevron-Texaco. Las apuestas para el Ecuador*, Yanza, L., incluido en *Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador*, Fontaine, G., FLACSO, Quito, 2004, nombrado en Basterio Bertoli, L., y Serrano Tur, L., Arenal Lora, L. (Coord. Ed.) *Negocios insaciables...*, *op. cit.*, p. 48.

²¹ Véase a este respecto Bassiouni, M. C., *Crimes against humanity...*, *op. cit.*, Márquez Carrasco, C., *Los elementos comunes...*, *op. cit.*

atribuibles a conductas individuales y espontáneas, las cuales se encuentran fuera de la competencia de la CPI²².

De acuerdo a lo expuesto, en nuestra opinión, la existencia del elemento de la *política* debe entenderse más allá de la existencia de un plan o de un programa exhaustivamente organizado o planificado, cuyo contenido sea explícitamente la comisión de varios de los actos criminales individuales enumerados en el artículo 7.1 del ER contra una población civil. El elemento de la *política* debería interpretarse de una forma más amplia, como la verificación de un línea de actuación, que implicara la fijación de objetivos, estrategias y recursos, que no debe ser expresamente la realización de los ilícitos tipificados en el artículo 7, sino la promoción de la política en sí misma, para cuyo desarrollo se asume deliberadamente la posibilidad de incurrir en la realización de estos delitos, y sin la cual estos no tuvieran lugar, de acuerdo al curso normal de los acontecimientos.

2. 5. 2. La autoridad detrás de la política

La política está vinculada necesariamente a un tipo de autoridad organizativa que tiene la capacidad necesaria de desplegar la actividad criminal que se le imputa, y ello en función de su posición dominante en el contexto en el que se comenten los ilícitos.

La Texaco es una estructura organizativa que cuenta con recursos e infraestructuras necesarios para desarrollar proyectos de hidrocarburos de gran envergadura en el marco de una política de inversiones global, siendo la segunda compañía petrolera de los EEUU y la séptima a nivel mundial. Los actos criminales que le son imputados son resultado de su actividad corporativa y del grave impacto que tiene sobre el territorio en el que operan y sobre sus poblaciones. La contaminación sin precedentes en la región entendida como una forma de ataque, ha implicado la comisión de *actos de carácter inhumano* contra la población civil, a través de la *creación de condiciones de existencia peligrosas* para la vida²³ de la población de Orellana y Sucumbíos, vulnerándose además los derechos al medio

²² Márquez Carrasco, C., *Los elementos comunes...*, op. cit., p. 50.

²³ Nos parece que estos actos tales como la creación de condiciones peligrosas para la vida -que no tienen que resultar necesariamente en un resultado de muerte- son sustantivos y deberían tener cabida más allá de la definición del tipo de asesinato y que se apoya en la práctica consuetudinaria de los Estados, la jurisprudencia y una parte de la doctrina, que para la definición de este tipo penal -si es entendido como el término que engloba todas las disposiciones que sancionan penalmente el hecho de terminar con una vida humana- no reside sólo en matar intencionalmente a alguien sin una justificación legal, sino que también puede consistir en el hecho de imponer a una personas condiciones de existencia peligrosas para la vida, sin tener que buscar concreta-

ambiente sano, a la salud, a la condiciones de vida adecuadas, incluida la alimentación. La gravedad del ataque es proporcional a la capacidad de la Texaco para proyectar su política subyacente de inversiones. La empresa cuenta además con una posición dominante en el contexto, manifestada en el contrato suscrito con el Estado de Ecuador y protegida por tratados Bilaterales de Inversiones, como es el Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Estados Unidos²⁴. Además ha sido igualmente pública su capacidad para eludir la ejecución de la condena civil por daños ambientales, la cual tenía como propósito remediar y evitar un mayor impacto negativo de sus operaciones extractivas, no pudiendo en consecuencia el Estado cumplir con su obligación de proteger, ni la empresa de respetar, los derechos de la población. Esto ha llevado a que las graves violaciones de derechos humanos no hayan cesado debido a la falta de reparación de los daños ambientales a los que están permanentemente expuestos.

De acuerdo al criterio del Derecho internacional penal, los actos criminales no son cometidos por personas abstractas y la responsabilidad penal se dirime individualmente a través de las personas que han actuado en interés de las entidades detrás de la política. La CPI no tiene competencia *ratio personae* sobre entidades jurídicas como la Texaco²⁵ pero sí sobre su CEO, en base al artículo 25.3.b) del ER, al ser este máximo responsable de la dirección política de la corporación y, por lo tanto, razonablemente el respon-

mente la muerte, pero pudiendo ser previsible que ocurriría. Esta definición es sostenida por reputados autores como los profesores Bassiouni y Ambos que señalan que el más extenso y común entendimiento del significado de asesinato incluye condiciones que ponen en peligro la vida y que probablemente resulten en muerte de acuerdo al conocimiento o a la expectativa previsible de una persona razonable en las mismas circunstancias, es decir, que incluye la modalidad de una muerte previsible pero no intencionada. Ver en Márquez Carrasco, C., *Los elementos específicos...*, *op. cit.* p. 6.; Manirabona, A. M., *L’Affaire Trafigura: vers la répression de graves atteintes environnementales en tant que crimes contre l’humanité?*, *Revue de droit international et de droit comparé*, 2011, n.º. 4, p. 547.; Bassiouni, M. C., *Crimes against humanity...*, *op. cit.*, pp. 300-302; Ambos, K.,..., *op. cit.*, p. 37.

²⁴ Domicilio de la sede social de la compañía

²⁵ Aunque hay que señalar que en Derecho internacional penal existen algunos precedentes sobre la cuestión, -p. ej., el artículo 9.1 del Estatuto de Núremberg, dejó abierta la posibilidad de declarar la naturaleza criminal de grupo u organización al disponer “En el juicio de aquella persona o personas miembros de algún grupo u organización, el Tribunal podrá declarar (en relación con cualquier acto por el que dicha persona o personas puedan ser castigados) que el grupo u organización a la que pertenecía la citada persona o personas era una organización criminal”. El artículo 10 señalaba igualmente que “En el supuesto de que un grupo u organización sea declarado criminal por parte del Tribunal, la autoridad nacional competente de cada uno de los Signatarios tendrá derecho a enjuiciar a personas por pertenencia a dicho grupo u organización ante los tribunales nacionales, militares o de ocupación. En tales casos, la naturaleza criminal del grupo u organización se considerará probada y no podrá ser cuestionada.”

sable del ataque en forma de contaminación masiva sobre la región y de los crímenes alegados. Es incluso responsable del hecho de no haber adoptado todas las medidas necesarias para prevenir o evitar los crímenes, después del rechazo de la empresa a reparar los daños causados e impedir que sus impactos negativos sigan afectando de manera prolongada a la población.

La CPI aplica los criterios de atribución de responsabilidad de los máximos dirigentes de empresas²⁶ -las teorías de atribución de la responsabilidad como la autoría mediata²⁷ a través de los aparatos organizados de poder, la redefinición de la coautoría o la comisión por omisión²⁸- sosteniendo en este caso que el CEO ha incurrido en una comisión activa del ataque perpetrado y de los delitos atribuidos al ser aquellos consecuencia directa de la instrumentalización de todos los recursos materiales y personales puestos a disposición de la empresa para la promoción de su política de austeridad y de la utilización de tecnología obsoleta en el desarrollo de las operaciones de extracción de hidrocarburos en la Amazonía. También estos crímenes son resultado de no haber actuado con la debida diligencia para la prevención de los daños previsibles²⁹. Al mismo tiempo, se le reconoce una omisión activa en la reparación del daño y en la prevención de mayores daños, habiendo sido condenada la empresa por sentencia judicial firme de carácter civil a reparar, y habiendo interpuesto esta todos los obstáculos materiales y legales posibles para darle cumplimiento a la misma y satisfacer a las víctimas.

²⁶ Sigo la propuesta de Silva Sánchez, J. M., *Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas*, en Bacigalupo Zapater, E. (dir.), *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, CGPJ, Madrid, 1997, p. 19.

²⁷ La autoría mediata en Derecho penal es una forma de autoría caracterizada por la comisión de un delito a través de otra persona. Autor mediato es el que comete el delito sirviéndose de otro como "Instrumento". La figura de la autoría mediata cumple con la finalidad de ampliar el concepto de autor basado tradicionalmente en la ejecución de propia mano del tipo. De lo dispuesto en el art. 28 Código Penal español se desprende que también puede ser autor de un delito quien no ha tomado parte en la ejecución del hecho. Desde una concepción material del injusto, resulta evidente que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico a título de autor no se puede limitar a la ejecución físico corporal del tipo. El bien jurídico también puede ser directamente lesionado cuando se realiza el hecho a través de otro, véase a este respecto, <http://www.tirant.com/editorial/libro/autoría-mediata-en-derecho-penal-carolina-bolea-bardon-9788484421276#s-thash.lXbNzqnI.dpuf>

²⁸ *Ibid.*

²⁹ El concepto de debida diligencia ha tomado un poderoso lugar en los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf

2. 5. 3. Sobre los actos ilícitos

Art. 7.1. k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

No hay un crimen tipificado como *otros actos inhumanos* bajo ninguna fuente de Derecho internacional o nacional³⁰. Esta disposición normativa aparecía en el Estatuto de Núremberg, la Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado, el Estatuto de Tokio, los Principios de Núremberg y los estatutos de los Tribunales, *ad hoc*, pero ninguno de estos textos contenía una lista de las conductas prohibidas que integraran el tipo. Esta disposición es considerada, por tanto, una cláusula residual cuyo *quid* sería admitir la criminalización dentro de la categoría de CCH de conductas o actos que atentaran de manera grave contra los derechos humanos y la dignidad de las personas, los cuales no estuvieran exhaustivamente previstos, siempre y cuando la interpretación del crimen cumpliera con las exigencias del Derecho penal, en particular el principio de legalidad³¹.

El Proyecto de código de la CDI de 1996 restringió el alcance de este crimen a “otros actos inhumanos que de manera grave dañaran la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, tales como la mutilación y las graves lesiones corporales”³². Los estatutos de los Tribunales *ad hoc* lo incorporaron a su articulado como “*otros actos inhumanos*” sin mayores detalles³³. El ER pareció que quiso restringir el alcance del crimen al disponer “Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”³⁴, aunque se abstuvo de proveer una lista exhaustiva de actos con el objeto de conservar una categoría residual de CCH.

³⁰ Bassiouni, M. C., *Crimes against humanity ... op. cit.*, p. 405.

³¹ *Ibid.*

³² Schmid, E., *Takin economic, social and cultural...*, *op. cit.*, p. 159.

³³ Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994, Artículo 3, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx> el 8 de 11 de 2016; Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (International Tribunal for the Former Yugoslavia), Artículo 5, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/InternationalTribunalForTheFormerYugoslavia.aspx>

³⁴ Rome Statute of the International Criminal Court, artículo 7.1.k), https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aef77-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf

El ER contiene ciertas limitaciones con relación a la conducta que constituye un acto inhumano y a la consecuencia requerida como resultado de esa acción. El Instrumento de los Elementos de los Crímenes del propio Estatuto³⁵, exige para estos *otros actos inhumanos* que el autor haya causado intencionalmente mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de la población; que el acto haya tenido un carácter, por su naturaleza y gravedad³⁶, similar a cualquiera otro de los actos a los que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del ER; que el autor haya sido consciente de las circunstancias del hecho que determinaban el carácter del acto, que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil; y que, finalmente, el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de este ataque o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo³⁷.

Sobre los estándares contra los cuales la *inhumanidad* de un acto puede ser juzgada ha hablado la regulación internacional de los conflictos armados, y posteriormente, los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos.

Entre los actos prohibidos como inhumanos por el *ius in bello* se encuentran infligir daños físicos sobre civiles inocentes, el pillaje, el saqueo, la privación de la propiedad personal y los medios de vida, la afectación grave del honor personal y la dignidad, el traslado forzoso de civiles inocentes de su hábitat o de su medio ordinario, la separación de familias, la profanación de símbolos religiosos, el ataque o la destrucción de la propiedad pública, religiosa o cultural. Estas normas consuetudinarias se incorporaron a la Convención de la Haya en 1907 y fueron subsiguientemente codificadas en las Convenciones de Ginebra, adquiriendo una base jurídica convencional³⁸.

El Derecho internacional de los derechos humanos proporciona directrices sobre estándares mínimos cuya violación podría ser considerada como inhumana, previendo por ejemplo el artículo 4 del PIDCP, en relación con otras disposiciones del Pacto, la no suspensión del derecho a la vida, la prohibición de la tortura y el principio de *nullum crimen sine lege*³⁹.

³⁵ *Instrumento de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma*, sobre artículo 7.1.k), p. 1896, <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosEstatuto/PAG0569.pdf>

³⁶ *Instrumento de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma*, sobre artículo 7.1.k).2, nota al pie 30, p. 1896, <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosEstatuto/PAG0569.pdf>

³⁷ *Instrumento de los Elementos...*, *op. cit.*, p. 1896; Bassiouni, M. C., *Crimes Against humanity...*, *op. cit.*, p. 410.

³⁸ Jyrkkiö, T., *Other Inhumane Acts as Crimes Against Humanity*, *Helsinki Law Review*, 2011/1, pp. 190-192.

³⁹ *Ibid.*

La Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso Kupreškić vino a afirmar la posición de los derechos humanos para la definición de este crimen al señalar que la interpretación de los *otros actos inhumanos* debe ser hecha a la luz de estándares internacionales como son los que se encuentran establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los Pactos de 1966. El propósito no era otro que identificar un conjunto de derechos básicos pertenecientes al ser humano “cuya violación podría considerarse, dependiendo de las circunstancias, un crimen de lesa humanidad”⁴⁰.

La jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* ha contribuido a la incorporación *ex novo* de conductas dentro del crimen “*otros actos inhumanos*” como CCH. El TPIR afirmó en el caso Akayesu⁴¹ que, al menos, cierto tipo de violencia sexual constituían *actos de carácter inhumano*. El TPIY en el caso Kupreškić⁴², y de forma similar *en Krstić*⁴³, llegó a la misma conclusión con relación al traslado forzado de personas. Este mismo Tribunal procesó, en el caso Vasiljević, *por el acto inhumano* de tentativa de asesinato dentro de la categoría de CCH⁴⁴. En el Estatuto del TPIY no se encontraba tipificado este crimen en grado de tentativa. El Tribunal Especial para Sierra Leona reconoció como *otros actos inhumanos* la práctica sistemática del matrimonio forzado llevado a cabo por el Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas durante el conflicto armado vivido en el país⁴⁵.

⁴⁰ Schmid, E. *Taking economic, social and cultural...*, *op. cit.*, p. 160; también en Kupreškić § 566 “Less broad parameters for the interpretation of “other inhumane acts” [than the one’s set out the Rome Statute] can instead be identified in international standards on human rights such as those laid down in the Universal Declaration on Human Rights of 1948 and the two United Nations Covenants on Human Rights of 1966. Drawing upon the various provisions of these texts, it is possible to identify a set of basic rights appertaining to human beings, the infringement of which may amount, depending on the accompanying circumstances, to a crime against humanity.”

⁴¹ In the case against Jean Paul Akayesu the ICTR found the defendant guilty of ‘other inhumane acts’ as crimes against humanity for acts constituting sexual violence other than the especially criminalized act of rape. Akayesu § 688. One should not be distracted by the fact that the defendant didn’t physically commit the acts himself, this alternative method of establishing individual responsibility through presence and an authoritative position with regard to the actual committers has been established in case law.

⁴² *El Fiscal contra Kupreskic*, para. 565-566.

⁴³ *El Fiscal contra Krstić*, para. 523: “In this regard, the Trial Chamber notes that any forced displacement is by definition a traumatic experience which involves abandoning one’s home, losing property and being displaced under duress to another location. As previously stated by the Trial Chamber in the Kupreškić case, forcible displacement within or between national borders is included as an inhumane act under Article 5(i) defining crimes against humanity.”

⁴⁴ *El Fiscal contra Vasiljević*, para. 239., véase en Jyrkkiö, T., *Other Inhumane Acts as Crimes...*, *op. cit.*, p. 200.

⁴⁵ The Armed Forces Revolutionary Council of Sierra Leona case, p. 199.

La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, en el caso contra Katanga y Chui, ha expresado que son actos inhumanos las graves violaciones de “los derechos básicos que pertenecen a los seres humanos y que derivan de las normas del Declaración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las cuales son de una gravedad y naturaleza similar a los actos referidos en el artículo 7.1 del Estatuto”⁴⁶. Esta correspondencia entre las violaciones sistemáticas o masivas de derechos humanos y CCH ha sido afirmada por tribunales en varias ocasiones y las dos pueden ser hoy vistas como sinónimas⁴⁷. El Fiscal de la CPI ha presentado, con relación a la situación en Uganda, entre otros cargos, los de *otros actos inhumanos*, incluyendo la orden de detención contra Kony por “graves lesiones corporales y sufrimientos sobre civiles residentes de un campo de personas desplazadas internamente”⁴⁸.

Por motivo de que la cláusula *otros actos inhumanos* puede cubrir potencialmente actos no taxativamente enumerados previamente, se exige una gran precaución en la interpretación de la definición del crimen para no contravenir el principio *nullum crimen sine lege*. La aplicación del principio *ejusdem generis*, que permite ampliar ligeramente el significado general de los crímenes precedidos por enumeraciones a otros de la misma clase que los enunciados, limitará la interpretación de la similitud de la naturaleza y gravedad exigida para los actos inhumanos respecto de los otros crímenes enumerados en el artículo 7.1 del ER⁴⁹.

La contaminación masiva que afecta a 2 millones de hectáreas en la Amazonía ecuatoriana y a unas 30.000 personas residentes en la zona podría ser un *otro acto de carácter inhumano* por razón de la gravedad de su naturaleza y de sus consecuencias para el sostenimiento de la vida y el goce de derechos básicos para la población. Para fijar el carácter similar del *acto inhumano de la contaminación masiva* al de otros actos enumerados en el Artículo 7, acudimos al establecimiento de una conexión con el Artículo 7.1. a) Asesinato del ER. De acuerdo con la práctica consuetudinaria de los Estados, la jurisprudencia y una parte de la doctrina, el *actus reus* del crimen no residiría solo en el hecho de matar intencionalmente a alguien sin una justificación legal, sino que también pudiera consistir en el hecho de *imponer a una persona condiciones de existencia peligrosas para la vida*, que sin tener que buscar concretamente la muerte, previsiblemente la provocarán.

⁴⁶ *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the confirmations of charges, 30 september 2008, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07, ICC, para. 44.

⁴⁷ Jyrkkiö, T., *Other Inhumane Acts as Crimes...*, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁸ *Arrest Warrant for Kony*, as Amended on 27 September 2005, 27 September 2005, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/04-01/05, ICC, counts 22 and 9; *Arrest Warrant for Otti*, 8 July 2005, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/04, ICC, counts 22 and 9; *Arrest Warrant for Ongwen*, (July 2005, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/04, ICC, count 29.

⁴⁹ Jyrkkiö, T., *Other Inhumane Acts' as Crimes Against Humanity...*, p. 197.

Las condiciones de existencia peligrosas, como actos inhumanos, que resultan de la imposición, a la que se ve sometida la población, de tener que residir forzosamente -o trasladarse forzosamente también- en su hábitat contaminado, y que constituyen una amenaza a la existencia física de los seres humanos y determinará el padecimiento de un gran sufrimiento, serios daños corporales o a la salud física y mental, y a la muerte por enfermedades de las personas que habitan la región, se traducen en los siguientes actos:

- Alteración masiva del ecosistema acuático y terrestre y la grave contaminación de las fuentes de agua, aire y suelo en 2 millones de hectáreas transformando negativamente el hábitat y el entorno de vida de la población residente en la región.

- Pérdida de los medios de vida de los cuales son dependientes para su subsistencia comunidades enteras y aproximadamente 30.000 personas que practican de manera tradicional la pesca, la agricultura y la silvicultura. El primer Secretario General de la ONU, Sr. Trygve Halvdan Lie, en su memorándum sobre los Principios de Núremberg en 1949, mencionó que la privación de los medios de subsistencia podría ser un acto que la cláusula *otros actos inhumanos* podría cubrir⁵⁰.

- Exposición permanente de toda la población al consumo de alimentos y agua nocivos para la salud humana generando condiciones inhumanas de existencia que afectan de manera grave la dignidad de las personas⁵¹. El TPIY sostuvo en el *caso Delalic* que las condiciones de vida inhumanas en el campo de detenidos de Celebi, tenían como fondo la privación de agua, alimentos, asistencia médica, entre otros, y que ello constituía un gran sufrimiento o serias lesiones físicas o a la salud⁵².

- Aumento de las tasas de morbilidad en la región relacionadas directamente con la contaminación. 30.000 personas afectadas por el incremento significativo de las tasas

⁵⁰ The Charter and the Judgment of the Nuremberg Tribunal, Memorandum Submitted by SG, A/CN.4/5, 1949, 67.

⁵¹ Para Elias Davidsson la creación de condiciones de existencia peligrosas o, dicho de otro modo, la adopción de medidas deliberadas con la intención o el conocimiento de que éstas someterán a la población civil a condiciones inhumanas de existencia o a la perpetuación de tales condiciones, entre las que podría estar la privación masiva que aumenta las tasas de mortalidad, es *opresión económica figura* proponiendo integrar esta expresión a la categoría de crímenes contra la humanidad. Ver en Davidsson, E., *Economic Oppression as an International Wrong or a Crimen Against Humanity*, Netherland Quarterly of Human Rights, Vol.23/2, pp. 173-212, 2005.

⁵² *Prosecutor v. Delalic*, iT-96-21-T, 16 November 1998, ICTY, paras.1092, 1096 (*food*), 1100 (*water*), 1105 (*medical care*), 1108 (*sleeping facilities*) y Kayishema and Ruzindana, Judgement and Sentence, ICTR, Case N°. ICTR - 95 -I-T of 21 May 1999, para. 144.

de enfermedades como el cáncer y otras derivadas de la contaminación de fuentes de agua para consumo humano y de los alimentos. Ello de acuerdo a los informes de salud pública que comparan estas cifras con los datos recogidos para otras regiones del país no afectadas por este fenómeno de la contaminación.

- Desplazamiento forzado e involuntario de poblaciones de su entorno y hábitat, particularmente, 300 personas de la etnia Cofan. Este se trata de un desplazamiento forzado e involuntario. La jurisprudencia internacional ha aclarado que los actos específicos de traslado forzoso pueden ser lo suficientemente graves como para constituir otros actos inhumanos⁵³.

Las condiciones de existencia peligrosas descritas y provocadas por la contaminación ambiental tienen un carácter similar, por su naturaleza y gravedad, a la de los otros actos inhumanos, en la medida que desvelan un escenario mediato de grandes sufrimientos y graves daños a la salud física y mental de la población afectada, provocando incluso la pérdida de numerosas vidas humanas de acuerdo al más común de los entendimientos. Aunque estas circunstancias no forman parte del listado de conductas expresamente reguladas convencionalmente o admitidas por la jurisprudencia como *otros actos de carácter inhumano*, y no vengan determinadas por actos de violencia directa ejercida sobre las víctimas, no sería adecuado no integrarlas en este crimen llevando a cabo un análisis teleológico de esta categoría de crímenes.

La definición de conductas como *otros actos inhumanos*, además de realizarse en función de la similitud del carácter con los otros crímenes enumerados en el ER, podría interpretarse a la luz de la violación de estándares derechos humanos como son el derecho al medio ambiente, el derecho a la salud, el derecho a un nivel de vida adecuado⁵⁴ -incluyendo el derecho a la alimentación y al agua-, recogidos todos ellos de forma convencional. Aunque el Derecho internacional penal no aborde la criminalización de las graves violaciones de los Derechos económicos, sociales y culturales (DESC), estos pueden servir de estándar interpretativo para desvelar la inhumanidad de ciertos actos.

Bajo este planteamiento, la contaminación masiva por hidrocarburos podría tener una lectura desde el Derecho internacional penal pudiendo calificarse como un acto de

⁵³ Stakić Sentencia de Apelación, nota 21, supra, párr. 317. También véase en ACNUR, *Desplazamiento forzado y crímenes internacionales*, Guido Acquaviva, Director de Gabinete, Tribunal Especial para el Líbano, División de protección internacional, Abril de 2011, PPLA/2011/05.

⁵⁴ Además el estándar sobre el cual la inhumanidad del acto es juzgada es aceptado y se encuentra ligado a los estándares aceptados sobre derechos humanos, véase en Jyrkkiö, T., *Other Inhumane Acts...*, *op. cit.*, p. 197.

carácter inhumano, y desde el Derecho internacional de los derechos humanos como graves violaciones de derechos humanos, produciéndose lo que ha venido a denominarse el *overlap*⁵⁵ o superposición entre la comisión de un crimen internacional y la violación de DESC.

Desde la perspectiva de las violaciones de los derechos humanos, aunque son los Estados los que tienen obligaciones directas en virtud de tratados internacionales respecto de los DESC, derivándose responsabilidad internacional por su incumplimiento o vulneración, una vez que la naturaleza de los DESC ha sido redefinida a través de la aplicación de la triple tipología que incluye la obligación de respetar, proteger y cumplir, las empresas como la TXC tienen la responsabilidad de respetarlos y actuar con la debida diligencia. Esto significa que aunque no puedan reivindicarse para las corporaciones obligaciones internacionales de igual naturaleza que las exigidas para los Estados, sí deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los mismos, cuando estén en su ámbito de influencia o participación⁵⁶.

Con relación al marco de los estándares de derechos humanos, señalar que aunque el derecho al medio ambiente no está explícitamente reconocido en instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, su afirmación deriva fundamentalmente de los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En el ámbito regional, destacan el Convenio Europeo de Derechos Humanos -art. 8.1- el Protocolo de San Salvador -arts. 7 (e) y 11- y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos -art. 24-. Ha sido recogido en varias declaraciones de la ONU, como la Resolución de la Asamblea General 45/94 donde se puede leer que *todas las personas tienen derecho a vivir en un ambiente adecuado para su salud y bienestar*, en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972, en la Declaración de Río Sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, en el Protocolo de Kyoto de 2005 y en la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes que, en su artículo 3, reconoce el *derecho a habitar el planeta y al medio ambiente*. Asimismo, algunas normas

⁵⁵ Este es un término utilizado por Evelyn Schmid para desarrollar una teoría que aborda la posibilidad de que coincidan a partir de la comisión de una misma conducta, tanto las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales y crímenes internacionales, como la comisión de crímenes de derecho internacional, véase a este respecto Schmid, E., *Taking economic, social and cultural...*, *op. cit.*

⁵⁶ Sobre esta cuestión ver *Los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*, HR/PUB/11/04, 2011.

constitucionales han avanzado en su reconocimiento tales como la colombiana⁵⁷, la costarricense⁵⁸, la ecuatoriana y la boliviana, entre otras.

El derecho al disfrute de un ambiente sano es un derecho humano, por lo tanto, generalmente ubicado dentro de los derechos económicos, sociales y culturales o dentro de los llamados derechos de tercera generación o emergentes. El sujeto activo puede ser una colectividad de personas o una persona que se vea afectada individualmente por un daño ambiental específico. Algunos juristas hablan de los derechos “de la naturaleza,” pues consideran que el sujeto activo no es solamente el ser humano, sino también la naturaleza, siendo esta una idea compartida con los ambientalistas. Esta tesis se apoya en el hecho de que existen algunos perjuicios ambientales que no solamente afectan a los seres humanos, sino también a otros habitantes del planeta, no olvidando que la naturaleza es un bien jurídico distinto a los demás y, por esta razón, necesita una tutela diferente⁵⁹.

La vulneración del derecho al medio ambiente sano en este caso es especialmente relevante en la medida que la contaminación de una parte de la Amazonía ecuatoriana pone en peligro un *gran ecosistema, de importancia mundial para la regulación del clima*, siendo el interés por su protección no sólo exclusivo de los supuestos damnificados por el daño ambiental, sino que es compartido por todo el género humano⁶⁰, en la medida que afecta además a las generaciones presentes y futuras, tratándose por tanto de un tema de orden público y de interés de la comunidad internacional en su conjunto.

Este Tribunal sostiene que el derecho de toda persona a un medio ambiente sano, desde un enfoque etnocéntrico, que incluye el derecho a disfrutar de un entorno ambiental seguro para su desarrollo, y que tiene como contrapartida, el deber de conservarlo, la obligación por parte de los poderes públicos de protegerlo y el deber de las empresas

⁵⁷ Artículo 79 de la Constitución Política de Colombia. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

⁵⁸ Artículo 5º de la Constitución de Costa Rica que establece que “... toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado... El Estado defenderá y preservará este derecho”.

⁵⁹ Cuadro Quesada, G., *El reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano en el derecho internacional y en Costa Rica*, Revista CEJIL, Debates sobre derechos humanos y el sistema interamericano, Año IV, n.º.5, diciembre de 2009, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24270.pdf>

⁶⁰ Ngira Otieno, O. and Okot, M., *Conceptualizing environmental crimes as crimes against humanity: Philosophical justification*, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2674065>

de respetarlo en el desarrollo de sus operaciones⁶¹, ha sido vulnerado en la medida que la contaminación ha degradado los factores indispensables para sostener un medio ambiente de calidad creando condiciones peligrosas para la salud, y por lo tanto para la vida, limitando las posibilidades y las capacidades de la población de llevar una vida digna y gozar de bienestar⁶². La dimensión internacional del acto se afirma en razón del interés global que se ha de proteger, la importancia y la extensión geográfica del área contaminada y del amplio espectro de víctimas producidas ya que el daño ambiental y sus efectos no afligirá sólo a las generaciones presentes sino que seguirá causando daños sobre las generaciones futuras, más aún en la medida que los daños ambientales ya probados no serán reparados a corto plazo evitando un mal mucho mayor.

El derecho a la salud está recogido en los artículos 25 de Declaración Universal de los Derechos Humanos y 12 del PIDSC. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Además, el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud. La definición de la salud que figura en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), concibe la salud como *un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades*. De hecho el artículo 12 del PIDSC reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a las condiciones sanitarias adecuadas, las condiciones de trabajo seguras y sanas y a un medio ambiente sano.⁶³

En este sentido este Tribunal es de la opinión que la grave contaminación ambiental ha determinado que factores socioeconómicos sustantivos para la protección del derecho a la salud, tales como el medio ambiente, la alimentación y el agua limpia, han sido negativamente alterados, y han contribuido a que las 30.000 personas residentes en la

⁶¹ ONU, *Los Principios Rectores sobre las empresas...*, *op. cit.*

⁶² *Declaración de Estocolmo de 1972*, Principio 1.

⁶³ CDESC, Observación General n° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

región, expuestas de manera permanente a la contaminación por hidrocarburos de su fuentes de agua y suelo -esenciales para el consumo humano y para la agricultura- hayan sufrido una mayor tasa de morbilidad, lo que viene a ser afirmado por los estudios de salud pública que son determinantes al señalar que la tasas de cáncer -segunda causa de muerte en el país- se hayan elevado hasta un 30% por encima de ya una alta media nacional, lo que ocasiona la creación de condiciones de existencia peligrosas y un gran sufrimiento físico y psicológico determinado por el hecho de saberse susceptible de un riesgo real de padecer enfermedades que les puedan llevar a la muerte. Esta conducta además se ha visto reforzada por la negativa de la Texaco a reparar los daños, lo que ha ocasionado que esta vulneración del derecho a la salud persista y se expanda a las nuevas generaciones que van creciendo y desarrollándose en la región. Otro aspecto importante vulnerado es el relativo a la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional, que se encuentran estrechamente ligadas a la consulta, la participación y la decisión sobre el desarrollo de grandes proyectos extractivos en regiones en las que habitan y de cuyos recursos naturales dependen.

El derecho a un nivel de vida adecuado está recogido en el artículo 11 del PIDESC e incluye la alimentación y una mejora continua de las condiciones de existencia. Este Tribunal sostiene que la contaminación por hidrocarburos de las fuentes de agua y el suelo es una forma agresiva de destrucción de los medios de vida de la población de la región de Lago Agrio que ha vivido tradicionalmente de la agricultura, la silvicultura y de la pesca. Igual que las normas sobre conflictos prohíben la privación de los medios de vida a la población civil⁶⁴ una vez superada la conexión de los CCH con los conflictos armados, esta figura debe dar cabida a otras formas de actuación, que no involucran ataques armados o el uso de la fuerza armada, pero que producen *de facto* el mismo tipo de actos prohibidos, modificado sólo el contexto en el que se comenten⁶⁵.

Ya existe jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* que observan, como en el TPIY en el caso *Delalić*, que la creación de condiciones de vida inhumana mediante al privación de

⁶⁴ Ver por ejemplo el Artículo 54 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977; Artículo 14 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

⁶⁵ Aunque hay que señalar que el juicio contra *Sadam Hussein* ha sido considerado muy cuestionable bajo varios aspectos quisieramos señalar cómo se realizó una acusación por “actos inhumanos” ante Alto Tribunal Iraquí en función de la destrucción de infraestructuras civiles y productivas que tuvieron lugar durante el ataque a la ciudad de Ad-Dujay en Jyrkkiö, T., *Other Inhumane Acts...*, *op. cit.*, p. 203.

agua, alimentos, asistencia médica o sanitaria, puede constituir un gran sufrimiento o serios daños físico o la salud y, por lo tanto, un crimen internacional⁶⁶. El TPIR en el *caso Kayishema* entendió que la creación de condiciones de vida que llevan a muerte masiva de otras personas es uno de los elementos del crimen de exterminio⁶⁷.

Asimismo es necesario señalar como la privación de los medios esenciales de vida, que igualmente contribuyen a generar condiciones de vida peligrosas, ha motivado un traslado de carácter forzado de la población, de manera particular el de la etnia Cofan, cuestión especialmente grave por la especial relación del pueblo indígena con el territorio y la vulneración de derechos de carácter colectivos reconocidos internacionalmente.

En cuanto al hecho que el autor haya sido consciente de las circunstancias que determinaban el carácter del acto y haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo este tribunal señala lo siguiente:

El artículo 7.1 del ER establece que el autor ha de tener *conocimiento del ataque*. A partir de este texto se entiende que cada autor debe *saber* que existe un ataque contra la población civil, y además, que su acto forma parte de aquel. El requisito de conocimiento constituye un elemento subjetivo adicional que se distingue de la obligación general de *mens rea* del art. 30 del ER. En términos estructurales, el requisito de conocimiento conecta los actos individuales con el ataque general a través de la intención del autor, para dejar fuera de los CCH los actos aislados. Puede llegarse a una definición más amplia de la misma, a través del Derecho internacional consuetudinario y la labor de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, en la que se hace presente el denominado enfoque orientado al riesgo. Este enfoque extiende el conocimiento desde el “completo” o “positivo” conocimiento al campo de una cierta certeza de la causación del resultado.

En cuanto al conocimiento de los contenidos del ataque, es suficiente con que el autor sea consciente de la existencia del ataque, en general, sin poseer un conocimiento detallado de sus particularidades y circunstancias. En otras palabras, el autor debe (solo) conocer los hechos relacionados con el ataque que aumentan la peligrosidad de su conducta frente a las víctimas o que hacen que esta conducta sea una contribución

⁶⁶ *Prosecutor v. Delalic*, ICTY Appeals Chamber, Case N°. IT 96-21-A, Judgement of 20 February 2001, para. 744, para. 807, *op. cit.*

⁶⁷ *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Judgement and Sentence, ICTR, Case N°. ICTR - 95 -I-T of 21 May 1999, para. 144.

a los crímenes de otros⁶⁸. Se puede tener en cuenta el riesgo de que una determinada conducta conduciría a un resultado determinado, así el conocimiento también incluye la conducta de una persona que asume un riesgo premeditado con la esperanza de que éste no cause perjuicios, se arriesga a que su acto forme parte del ataque⁶⁹.

Con relación a la cuestión del conocimiento de la línea de conducta -la contaminación ambiental masiva de agua, tierra y suelo mediante el uso de tecnología obsoleta-, y sus consecuencias naturales -la creación de condiciones de existencia peligrosa para la vida humana como *otros actos de carácter inhumano* y que pueden asimismo analizarse desde la vulneración del derecho a un medio ambiente sano, del derecho a la salud, del derecho a un nivel de vida adecuado, incluida la alimentación, y todo ello en conexión con el derecho a la vida- es evidente que el acusado, el CEO de TCX, conocía que efectivamente se estaba produciendo una contaminación por vertidos en la región sostenida en el tiempo y el alcance de sus consecuencias sobre la afectación de la salud, el bienestar y la vida, así como el disfrute de derechos humanos de la población de las provincias de Orellana y Sucumbíos donde desarrollaba sus operaciones industriales la ETN⁷⁰. Así, existen pruebas de que el demandado tenía conocimiento previo a cerca de los daños que se podían causar porque ya, una década antes, se habían realizado estudios que advertían sobre las consecuencias de la tecnología utilizada así como del estado de técnica utilizada. Más allá de la clasificación del acto como doloso o culposo, lo importante es que se alcanza igualmente el resultado negativo por no haber tenido el demandado la debida diligencia en el desarrollo de sus operaciones extractivas adoptando las medidas necesarias para evitar la contaminación por hidrocarburos. La empresa Texaco y su CEO, durante el periodo de operaciones, recibieron varios oficios poniendo de manifiesto la preocupación de sectores afectados por la contaminación de los recursos hídricos, solicitando asimismo la adopción, por parte de la empresa, de las medidas oportunas para corregir los daños y evitar un impacto negativo incalculable sobre el medio ambiente y los habitantes⁷¹. Esta conducta además se ha visto reforzada por la negativa del CEO a la reparación de los daños impuesta por sentencia judicial firme, habiendo sido probado el daño ambiental producido.

Procedemos a concluir que es aplicable el elemento especial del conocimiento del ataque

⁶⁸ Ambos, K., *Crímenes de lesa humanidad y la corte penal internacional*, Revista General de Derecho Penal, 17, 2012. 1-30, p. 14.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 35.

⁷⁰ Communication situation in Ecuador, to Mrs. Fatou Bensouda, Prosecutor, Office of the Prosecutor, ICC, pp. 81 y ss

⁷¹ *Ibid.*, p. 80.

del artículo 7.1 del ER, en cuanto que los demandados sabían de la contaminación masiva que se estaba produciendo, resultado directo del sistema de tecnología obsoleto utilizado por la Texaco en el proyecto extractivo en la Amazonía ecuatoriana; igualmente, le es aplicable el artículo 30.2. b) del ER sobre el elemento de la intencionalidad, entendiendo que los demandados eran conscientes de que las consecuencias derivadas de la contaminación masiva sobre la Amazonía -la creación de condiciones de existencia peligrosas y la comisión de *actos de carácter inhumano* contra los pobladores de las comunidades de Orellama y Sucumbios, implicando además la afectación del medio ambiente, la salud, los medios de vida, el traslado forzoso de comunidades y familias, en resumen, el sometimiento a actos inhumanos- se producirían en el curso normal de los acontecimientos y de acuerdo a la experiencia de proyectos de características similares implementados por la propia ETN y que los predecían⁷².

Sobre la cuestión de que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil, este Tribunal sostiene que de acuerdo al artículo 7.2, el ataque se define como una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos definidos en el artículo 7.1. Como ha quedado reconocido por la doctrina y la jurisprudencia el ataque no tiene que ser un ataque violento. Es por ello que conductas que sí implican otras formas de violencia como la ambiental, la social, la económica o la cultural, podrían llevarse al marco conceptual de la definición de ataque, si aquellas fueran orquestadas de manera sistemática o tuvieran consecuencias en una escala generalizada.

En este caso, el ataque en forma de contaminación masiva y graves daños ambientales, resultaría orquestado de manera sistemática en su origen, ya que el uso de tecnología obsoleta, que ponía en riesgo el entorno ambiental y las condiciones de vida de sus pobladores, fue una política deliberada y puso de manifiesto la ausencia de diligencia debida. La negativa a la reparación de los daños responde a una estrategia definida, aceptada, organizada y promovida.

El ataque es igualmente generalizado en cuanto que ha repercutido sobre prácticamente la totalidad de la población de las Provincias de Sucumbíos y Orellana, estimándose una población afectada de 30.000 personas.

Considerando que es aceptado por la jurisprudencia y la doctrina el enfoque alternativo en la caracterización del ataque, pudiendo ser sistemático o generalizado, siempre

⁷² *El Instrumento de los Crímenes...*, op. cit., p. 1896; Bassiouni. M. C., *Crimes Against Humanity...*, op. cit., p. 410; Márquez Carrasco, C., *Los elementos comunes...*, op. cit., pp. 43 y ss.

que este último mantenga algún tipo de conexión con una entidad con capacidad para desplegar la actividad criminal, como expresión de la necesidad del elemento político, afirmamos que en el caso presente existe una política de austeridad en las inversiones corporativas, que pone en relación causal los actos subyacentes a la misma y los ilícitos tipificados en el artículo 7 .1, k), habiéndose producido, por tanto, un ataque de carácter sistemático, en la medida que los delitos han sido consecuencia de una política concebida, organizada y dirigida, que asumió un riesgo deliberado en virtud del conocimiento de la contaminación en la región y de las posibles y previsibles consecuencias en forma de actos inhumanos, y generalizado en función de la repercusión a gran escala sobre la población.

De acuerdo con la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, la acepción “*contra* la población civil” exige que aquella sea el principal objetivo del ataque, en lugar de una víctima incidental. En el caso que nos ocupa entendemos que las víctimas no son accidentales sino que lo son por su consustancial relación de dependencia con el territorio que ha sufrido una contaminación masiva. Aceptar como producida, y no remediar, la contaminación masiva de un territorio supone admitir que se atenta contra las personas y las comunidades que lo habitan. El sujeto afectado no es únicamente una persona física individual, que se ve vulnerado en sus derechos subjetivos e intereses legítimos, sino también son grupos, comunidades o pueblos que ve quebrantados sus derechos colectivos, como el derecho al territorio, e intereses vitales como la paz y la tranquilidad⁷³. Además al tratarse el ataque de un crimen ambiental, las víctimas son abstractas, afectando no sólo a las generaciones presentes, sino también a las futuras⁷⁴.

2. 6. Decisión de la Corte Penal Internacional

Este Tribunal ha discurrido sobre si la probada grave contaminación que ha afectado a 2 millones de hectáreas en la región de Lago Agrio, constituye en sí misma *actos de carácter inhumano* que atentan gravemente contra la integridad física o la salud mental o física al *crear condiciones de vida peligrosas para la población*, así como sobre la responsabilidad penal de sus autores.

Este tribunal concluye que efectivamente el acusado CEOTXC es culpable de la co-

⁷³ Lo que se denomina el daño moral colectivo.

⁷⁴ El daño ambiental no es sólo un daño biofísico, sino también social y moral ambiental de tipo colectivo, en Peña Chacón, M., *Daño, responsabilidad y reparación ambiental*, http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf

misión de *actos de carácter inhumano* de acuerdo al art. 7.1 k) sobre 30.000 personas habitantes en las provincias de Orellana y Sucumbios víctimas de la contaminación hidrocarburífera resultado de las operaciones desarrolladas por la corporación TXC en la Amazonía ecuatoriana.

3. CONCLUSIONES

El Derecho internacional penal se encuentra entre las ramas más jóvenes del Derecho internacional y ha ocupado desde mediados del S.XX un lugar central en la plano la persecución de las barbaries que se cometen contra la humanidad. Las atrocidades llevadas a cabo contra la población civil durante la Segunda Guerra Mundial, que habían escapado de la atención de la comunidad internacional, estuvieron en el origen de los CCH. A pesar de la desconexión de estos crímenes de Derecho internacional con los conflictos armados, la concepción limitada de los elementos de los crímenes, explica por qué la justicia penal internacional ha continuado enfocada hacia formas directas de violencia y ha ignorado otras formas contemporáneas de atentar contra la humanidad, enraizadas en la organización económica, política y social de la sociedad globalizada, que han tenido como resultado muertes, enfermedades y sufrimiento masivo, en una escala casi similar a la de los crímenes de Derecho internacional ya reconocidos.

El análisis de los contornos y de la expansión del Derecho internacional penal para identificar las circunstancias bajo las cuales los crímenes ambientales o la violación sistemática y generalizada de DESC, como nuevas formas contemporáneas de atentar o de ejercer violencia contra la población, pueden ser parte integrante de los CCH es una cuestión planteada y abordada en diferentes foros sociales y también jurídicos.

La discusión sobre la inclusión de los crímenes ambientales en el marco de los delitos de lesa humanidad es un tema que ha ocupado espacio en el desarrollo doctrinal sobre los crímenes internacionales⁷⁵. Las propuestas de incorporación de estos delitos en el Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad⁷⁶ de 1954

⁷⁵ *Informe final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos económicos, sociales y culturales)*, preparado por el Sr. El Hadji Guissé, Relator Especial, en cumplimiento de la resolución 1996/24 de la Subcomisión, UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/8, p. 26.

⁷⁶ El artículo 26 del Draft Code “An individual who willfully causes or orders the causing of widespread, long-term and severe damage to the natural environment shall, on conviction thereof, be sentenced [to...]”. También el Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por actos

y 1996 fueron rechazadas bajo el argumento que sostenía que los atentados contra el medio ambiente no tenían conexión con aquellos elementos considerados intereses de la comunidad internacional en su conjunto. Aunque esta tesis podría rebatirse trayendo a colación la opinión de expertos de las Naciones Unidas que han señalado que “[L]as crisis ambientales importantes de los decenios precedentes han puesto de manifiesto el carácter transnacional de sus efectos, así como sus repercusiones multidimensionales, y han demostrado que las soluciones solamente podrán ser colectivas o solidarias y, por lo tanto, obra del conjunto de la comunidad internacional y de los Estados mismos, individualmente o en cooperación con las Naciones Unidas, como recomienda la Carta en sus Artículos 55 y 56”, y que “[E]l mantenimiento del equilibrio del ecosistema, la preservación de los recursos naturales o simplemente la supervivencia del planeta son exigencias urgentes que, de no satisfacerse, pueden provocar la aniquilación de nuestro sistema”⁷⁷, es cierto que la evolución del Derecho internacional del medio ambiente no ha experimentado una armonización o desarrollo amplio para la tipificación y la persecución penal internacional de los atentados más graves que se cometen contra éste. Aunque hoy en día existen algunas opiniones para que esos delitos formen parte de la competencia *ratione materiae* de la CPI⁷⁸, es público que las reformas del ER y de la propia Corte no tienen como propósito la ampliación de los tipos penales perseguibles, del mismo modo que tampoco parece cercana la idea de la creación de una corte internacional sobre el medio ambiente o una corte sobre derechos humanos.

Para abordar adecuadamente la potencialidad del Derecho internacional penal para conocer de graves violaciones de los DESC, debemos partir del hecho de que no todas las violaciones de derechos humanos son crímenes internacionales. Esta rama penal del Derecho internacional se ha desarrollado sobre la criminalización de un núcleo duro de derechos civiles y políticos. Ahora bien, si llegamos a la conclusión de que todos los derechos humanos tienen un mismo valor jurídico, que son todos universales, indivisibles e interdependientes, no debería existir obstáculo legal⁷⁹ para afirmar que la violación de los DESC podría ser tan seria, tan generalizada o tan sistemática como la de los derechos civiles y políticos y ser objeto de criminalización internacional. Algunos autores como Skogly afirman que hay posibles violaciones de derechos humanos -económicos, socia-

internacionalmente ilícitos de 1991, que pretendía establecer un régimen de responsabilidad especial para los Estados con el fin de indemnizar a terceros, consideraba en el artículo 19.2 como un crimen internacional “a serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and reservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas”.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Bassiouni. M. C., *Crimes Against Humanity: The Case for a Specialized Convention...*, *op. cit.*

⁷⁹ Véase a este respecto Schmid, E., *Taking Economic, Social and Cultural Rights...*, *op. cit.*, p. 33 y ss.

les y culturales- que son lo suficientemente severas para que merezcan ser incluidas en el concepto de CCH⁸⁰. La gravedad de las más serias violaciones de derechos humanos no debería residir en el tipo de derecho vulnerado, sino en el carácter y en la naturaleza grave del acto y de sus resultados⁸¹, lo que se constata a través de la verificación de los elementos de contexto de los CCH -un ataque generalizado y o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque- que son el prisma para identificar la existencia del crimen internacional.

La posición convencional frente a estas tesis es que las violaciones de los DESC se encuentran fuera del alcance del Derecho internacional penal y que los CCH están confinados a las más graves violaciones de DCP. Se plantean, por tanto, muchos obstáculos para pensar como posible que el Derecho internacional penal actual, con sus instrumentos normativos y sus instituciones, pueda desplegar su fuerza sancionadora sobre la violación de los DESC⁸² sin que la noción de los CCH sea expandida.

Estos obstáculos a los que hemos hecho mención pueden resumirse en las diferentes funciones del Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional penal, en el argumento del impedimento legal y en el de la responsabilidad internacional derivadas de los actos. En primer lugar, ambos regímenes son diferentes, ya que los instrumentos de Derecho penal están basados en crímenes, no en derechos, y no existe una correspondencia directa entre crímenes internacionales y violaciones de derechos humanos -y en particular la de los DESC-. Hasta el momento no se ha producido una criminalización de los DESC en instrumentos de Derecho internacional y no están explícitamente nombrados en las disposiciones normativas que definen crímenes bajo la jurisdicción de tribunales penales. En segundo lugar, el argumento de la imposibilidad legal ha sido firmemente sostenido en contra de cualquier propuesta consistente en sugerir que las violaciones de DESC pueden ser parte de crímenes internacionales como son los CCH. Este argumento asevera que la falta de atención que el Derecho internacional penal presta a las violaciones de DESC tiene una explicación legal. Las raíces de esta posición jurídica se encuentran en la tradicional conceptualización de los DESC, respecto de los cuales se afirman sus aspiraciones programáticas, que ponen en tela de juicio su justiciabilidad, su vaguedad normativa, y la tendencia a conceptualizar

⁸⁰ Se refiere particularmente a las hambrunas deliberadas o a los traslados forzosos, véase a este respecto Skogly, S., *Crimes Against Humanity: Is there a role for economic and social rights?*, *The international journal of human rights*, 1, 58-80:58, 2001.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 59-60.

⁸² Tal y como son definidas las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales por el por el Derecho internacional de los derechos humanos.

las obligaciones respecto a los DESC como obligaciones positivas más que negativas, lo que hace difícil delimitar el umbral de su posible vulneración, el hecho de asumir que estos derechos no están conectados directamente con el derecho a la vida o la integridad física, y la propensión a igualar las violaciones de DESC con violencia de tipo estructural más que directa. Este punto de vista presume que el vacío en Derecho internacional penal sobre los DESC no puede remediarse sin expandir la definición de los CCH o sumar nuevos crímenes. Rebatir el argumento de la imposibilidad legal es importante para determinar en qué medida la centralidad de los crímenes internacionales sobre los DCP es una opción o una elección basada en razones extralegales y si este foco selectivo sobre un tipo de abuso está justificado. En tercer lugar, la responsabilidad que deriva de las violaciones de DESC es una responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito, distinta a la responsabilidad penal individual que deriva de los crímenes de derecho internacional como los CCH.

Ante la centralidad de estos argumentos, es más apropiado pensar que en la actualidad el Derecho internacional penal puede abordar indirectamente, más que directamente, los intereses de DESC subyacentes a determinadas conductas. Así, por un lado, instituciones como la CPI, Tribunales *ad hoc*, comisiones de la verdad, pueden tomar en consideración dimensiones de las violaciones de los DESC relacionadas con las conductas objeto de investigación en casos de crímenes de derecho internacional -p. ej., el incendio de viviendas en un técnica de tierra arrasada en un ataque armado-. Por otro lado, también es posible que se identifique una posible superposición entre crímenes internacionales y violaciones de DESC. Esto significa que una misma conducta puede ser definida desde la perspectiva del Derecho internacional penal como un crimen de derecho internacional y desde el análisis del Derecho internacional de los derechos humanos como una violación de estos -p. ej., casos de esterilizaciones forzadas como crimen de lesa humanidad y violación de derecho a la salud cuando se producen por agentes del estado como parte de un ataque contra a población civil y con conocimiento de dicho ataque⁸³-. Finalmente, es posible que las violaciones de derechos humanos puedan servir de estándar contra el que definir la inhumanidad de un acto subyacente a algunos de los crímenes reconocidos -p. ej., la violación sistemática y generalizada de estándares del derecho al medio ambiente sano que implica graves daños corporales y a la salud física y mental de la población y pueden dar lugar a considerar determinadas conductas como la polución masiva como *actos de carácter inhumano*-.

Aunque cualquier iniciativa para expandir las definiciones o ampliar el catálogo de los CCH y ampliar la *ratione materiae* de la CPI parece hoy una aspiración inabordable,

⁸³ Schmid, E., *Taking economic, social and cultural...*, *op. cit.* p. 44.

teniendo en cuenta la evolución del Derecho internacional penal, pueden existir argumentos jurídicos de peso a la hora de impulsar la ampliación de la competencia de la CPI hacia las figuras de los crímenes ambientales y las graves violaciones de DESC. El más importante y seguro es que estas conductas, en las circunstancias adecuadas, pueden constituir graves ofensas contra la dignidad humana y amenazar a la humanidad⁸⁴ dentro del marco de los nuevos intereses y necesidades a proteger en la sociedad contemporánea, no siendo lógico por tanto priorizar la violación grave de una categoría de derechos para la criminalización de las conductas. La distinción arbitraria entre las víctimas que sufren violencia directa -asesinato, violencia sexual, esclavitud- y las que se ven obligadas a vivir en condiciones inhumanas -entornos contaminados que afectan a su salud y a su propia vida, sin acceso a alimentos ni agua adecuada y suficiente para ellos y sus familias- sería fundamentalmente discriminatorio en relación al derecho a la reparación y el reconocimiento de las ofensas. Otro argumento es que el Derecho internacional penal tiene funciones preventivas, sancionadoras y reparadoras. Una articulación adecuada del marco jurídico, de los instrumentos y de las instituciones de esta rama del Derecho internacional ayudaría a la prevención de estos delitos en función de la amenaza que suponen la sanción penal y la condena social, la persecución internacional de conductas cuando existen vacíos de gobernabilidad que acusan la eficacia de las instituciones jurídicas nacionales en estados débiles y, por supuesto, a reducir el halo de impunidad del que gozan ciertos actores implicados de una forma u otra en estas conductas.

Las posibilidades de abordar actualmente desde el ámbito penal del Derecho internacional conductas tales como la contaminación masiva o las graves violaciones del derecho a la salud, a condiciones de vida adecuadas, o al medio ambiente, pasan por un análisis adecuado de los elementos y de las definiciones los CCH de *lega lata*, con el objeto de determinar si es posible acomodar su persecución y su sanción en el marco de los crímenes ya reconocidos sin chocar con el principio de legalidad que asiste esta rama del Derecho internacional.

Para concluir se puede sostener que aunque el Derecho internacional penal de *lege lata* no aborde los crímenes ambientales como CCH, y aunque se pudiese encontrar alguna estrategia o argumentos jurídicos para hacer encajar estas conductas dentro de los algunos tipos ya reconocidos como los crímenes *otros actos de carácter inhumano*, estas conductas sí deberían formar parte de la categoría de crímenes de Derecho internacional

⁸⁴ Ngira Otieno, O. and Okot, M., *Conceptualizing environmental crimes as crimes against humanity...*, *op. cit.* Los autores desarrollan la idea de que los crímenes ambientales constituyen una agresión contra la humanidad en todas sus acepciones, humanidad como raza y humanidad como valor intrínseco a todas y cada una de las personas.

más graves respecto de los cuales se pudiera ejercer sanción y persecución internacional al constituir un atentado contra la humanidad que afecta tanto a las generaciones presentes y las futuras.

Con relación a las graves violaciones de DESC, aunque están muy lejos de configurarse como crímenes de lesa humanidad, sería plausible desarrollar una mirada holística sobre los derechos humanos y teleológica sobre los propios CCH, de modo que las graves violaciones sobre esta categoría de derechos humanos fuesen tomadas en serio por su naturaleza y gravedad. Las víctimas de abusos sobre los derechos a la salud, al agua, a la educación, a la alimentación, a la participación en la vida cultural, en los que la lectura de la violencia se refuerza mediante la imposición de condiciones de vida a veces inhumanas a los seres humanos, no pueden ser arbitrariamente distinguidas de los abusos a otros derechos humanos cuando son aberrantes.

Si la jurisdicción criminal de la CPI pudiera ser utilizada para contribuir al fin de la cultura de la impunidad y prevenir la omisión de los más serios crímenes, tales y como son definidos en Derecho internacional penal, resultaría éste un mundo mucho más seguro para la familia de la humanidad. Significaría que los crímenes ambientales y las graves violaciones de derechos económicos sociales que resultan pueden ser paradas y prevenidas. Esta aproximación al ER se ha hecho necesaria para comprender que la comunidad internacional no ha establecido una corte global de derechos humanos y que todavía hay gente en cualquier parte del mundo en riesgo de sufrir graves violaciones de sus derechos humanos. El ER provee una muy útil “ventana” por la cual, en casos apropiados y especiales, las graves violaciones de derechos humanos pueden ser reconstruidas y litigadas en este Corte como CCH⁸⁵.



⁸⁵ Gibney, M. and Vandehole, W., *Litigating Transnational Human Rights Obligations... op. cit.*, p. 236.

Caso de Estudio 4.

La crisis financiera del 2008 y sus repercusiones globales: Una aproximación al crimen económico-político contra la humanidad

“Una gran cantidad de manipulaciones financieras que las personas de a pie no comprendían, y en las que no habían participado, costó a millones de ellos sus medios de vida y sus hogares, llevó a la ruina a numerosos negocios, destruyó riqueza por valor de billones de dólares, puso de rodillas a la antaño todopoderosa economía de Estados Unidos y dejó a todos los niveles gubernamentales ahogados por la privación de ingresos fiscales. La gente tuvo la impresión de que les habían atracado, y efectivamente así fue”¹.

1. INTRODUCCIÓN

La crisis económica global, conocida como la Gran Recesión, comenzó oficialmente en el año 2008, con la caída del gigante de Wall Street *Lehman Brothers*. Aunque son muchos los elementos que han de entrar en consideración para poder entender el proceso creativo de la crisis, es aceptado que lo que determinó su estallido fue la explosión de la burbuja inmobiliaria y la burbuja de los bonos en Estados Unidos, cuyos efectos contagiaron a otras regiones, especialmente a Europa, poniendo al borde del colapso la economía mundial.

Desde el año 2008, hasta el momento presente, los países más desarrollados han entrado en diferentes tipos de crisis económicas y financieras -crisis de la deuda soberana y bancaria- y en recesión. Esto se ha traducido en términos generales en numerosos rescates -a los propios países y a los bancos, en un aumento de la deuda pública, en la caída de los ingresos públicos, en la imposición de políticas de ajuste estructural y recortes en gastos

¹ Blinder, A. S., *Y la música paró. Una historia pausada y razona del origen, la respuesta, las consecuencias y lo que queda por hacer tras la peor crisis financiera de los últimos tiempos*, Deusto, Centro Libros PAFÉ, S.L.U, 2014.

sociales y en el desmoronamiento del empleo, lo que ha llevado al empobrecimiento de la población, al crecimiento de la desigualdad y a la pérdida de las expectativas de futuro al haber creado un clima de profunda y creciente inestabilidad económica, política y social a escala global.

Estos hechos han venido provocando importantes transformaciones que comienzan a forjarse en la sociedad contemporánea: el desgaste progresivo del espacio ganado por los derechos humanos, en tanto que representativos de los valores que protegen la dignidad humana, la pérdida de confianza en el Estado de Bienestar, en la democracia representativa y en sus instituciones, el surgimiento de nuevos nacionalismos y fascismos, el inicio del abandono de proyectos políticos y económicos comunes y de los principios de cooperación y solidaridad entre las naciones y los pueblos², entre otros, poniendo de manifiesto la gravedad y la trascendencia de la deriva de las consecuencias de esta crisis sobre el orden económico, político y social global.

La gravedad de la naturaleza de esta gran crisis se aprecia en el hecho de que una forma de poder, fuera del ámbito estatal, que interviene tan profunda e intensamente sobre el orden y el equilibrio social, como es la que representa el sistema económico y financiero actual, haya invadido sin control y de forma tan agresiva el campo de los derechos y de las libertades fundamentales de los ciudadanos. El poder económico y financiero, y las entidades y los individuos que lo sostienen y lo estimulan, llevados por la aceptación sin treguas del principio basado en la obtención del máximo beneficio posible, se han servido de la arquitectura de un sistema complejo y opaco de inversiones de alto riesgo, que generaba enormes apalancamientos, altamente interconectados globalmente, que movían cifras billonarias de dinero a nivel mundial, con graves y peligrosos vacíos de regulación, supervisión y control, que pareciera tener vida y dinámica propia, que nadie entendía, conocía, ni manejaba del todo, y que ha tenido un impacto negativo inmenso sobre las economías nacionales y mundial, el desarrollo de las políticas públicas y las posibilidades de crear condiciones de vida dignas y sostenibles para amplios segmentos de la población a escala mundial.

Las consecuencias de la crisis sobre la ciudadanía en América y en Europa son muy bien conocidas. Los datos hablan de que en Estados Unidos, en el último trimestre de 2008, el PIB se desplomó hasta un 8,9% y hasta el 5,3% durante el primer trimestre de 2009. La tasa de desempleo creció del 4,6% en 2007 al 9,3% en 2009, perdiéndose 152.000 puestos de trabajo mensuales en los primeros ocho meses de 2008, 596.000

² La última y más preocupante manifestación ha sido la salida de Gran Bretaña de la Unión Europea, el llamado BREXIT.

en los últimos cuatro meses, y 780.000 mensuales durante el primer trimestre de 2009, dejando un déficit laboral acumulado de 12 millones de empleos en febrero de 2010. La escasez de puestos de trabajo es una tragedia tanto humana como económica con innumerables consecuencias³. Las ejecuciones hipotecarias se cuentan por millones. La misma cantidad de familias se vieron arrojadas a una situación de privaciones y de gran vulnerabilidad. En España, uno de los países más afectados por la crisis en Europa, la tasa de desempleo llegó en el año 2009 al 18,1% y al 26,3% en 2013. Las ejecuciones hipotecarias en España, durante el periodo 2007-2014 llegaron a la cifra de 600.000⁴ y la población bajo umbral de pobreza en el año 2013 llegó el 22%, alcanzando ya al 35% entre los menores de 16 años⁵. Las políticas de austeridad y de ajuste estructural ha dejado un rastro de desmantelamiento de la protección económica, social, e incluso política de la ciudadanía.

A pesar de todo lo que ha ocurrido, aquellos que defendieron la liberalización sin control de los mercados financieros, los ejecutivos y las empresas que se beneficiaron de sus excesos durante el *boom* financiero, los que permitieron sus prácticas y las permiten ahora, quienes han externalizado las deudas millonarias privadas hacia los ciudadanos en forma de políticas de ajuste y de recortes en derechos fundamentales, son los que han salido robustecidos, e incluso indemnes, ya que son muy pocas las responsabilidades que se han dirimido ante la justicia.

Es por ello que, ante la gravedad de estos hechos, podrían plantearse básicamente tres grandes preguntas: ¿Podrían de alguna manera tipificarse bajo la categoría de crímenes económicos los actos que provocaron la afectación de la economía mundial, la recesión, el crecimiento de la deuda soberana y de los bancos, e impulsaron los procesos de austeridad y de ajuste estructural que han llevado al crecimiento de la pobreza y de la desigualdad, así como a la vulneración de derechos y libertades fundamentales?, ¿podrían sufrir responsabilidad criminal los responsables detrás de estos actos, como los individuos en representación de las entidades supranacionales, de los gobiernos y de sus instituciones

³ Blinder, A. S., *Y la música paró...*, *op. cit.*

⁴ Colau, A. y Adrià Alemany, A., *2007-2012: Retrospectiva sobre desahucios y ejecuciones hipotecarias en España. Estadísticas oficiales e indicadores*, Plataforma Afectados por la Hipoteca, Enero 2013, <http://afectadosporlahipoteca.com/wp-content/uploads/2013/02/RETROSPECTIVA-SOBRE-DESAHUCIOS-Y-EJECUCIONES-HIPOTECARIAS-EN-ESPA%C3%91A-COLAUALEMANY1.pdf> y <http://www.elmundo.es/economia/2015/06/08/5574b18946163f676e8b4585.html>

⁵ INE, *Encuesta de Condiciones de Vida 2014*, Instituto Nacional de Estadística, <http://www.20minutos.es/noticia/2472416/0/poblacion-riesgo-pobreza-2014/encuesta-condiciones-vida/ine/#xtor=AD-15&xsts=467263>

de control y supervisión, de los grandes bancos de inversión, de las agencias de calificación o corredores de bolsa, tratando de poner fin a una más que aparente impunidad?, ¿sería adecuada la intervención del Derecho internacional penal ante la grave naturaleza de estos procesos económicos y la generalizada y sistemática afectación de valores fundamentales de interés para la comunidad internacional,?

Estas cuestiones serán analizadas desde la perspectiva de los crímenes contra la humanidad (CCH) con el objeto de determinar si es posible que la Corte Penal Internacional (CPI) se declarara con competencia *ratione materiae* en este asunto sometido a su consideración.

2. CASO DE ESTUDIO

2. 1. Descripción

2. 1. 1. La gran fiesta de las finanzas norteamericana⁶

Como todo el mundo sabe, el colapso del sector inmobiliario fue lo que abrió el camino hacia la gran crisis financiera norteamericana, que ha tenido severas e importantísimas repercusiones a escala global, modificando las expectativas y las condiciones de vida de millones de ciudadanos y ciudadanas en el mundo.

Las causas de este colapso inmobiliario pueden atribuirse al hecho de que ya durante el periodo 2004-2005, unos años antes del estallido de la crisis en 2008, en Estados Unidos (EEUU) se había alcanzado el tope porcentual de viviendas en propiedad en el país, que llegó al inusualmente alto 69% sobre el total de viviendas existentes, y el precio de estas llegó a su máximo en mayo de 2006. A partir de entonces los datos demuestran un asombroso descenso del gasto en la compra de vivienda que llevó al sector a una depresión en toda regla. Sin embargo el colapso del sector inmobiliario por sí solo nunca hubiera podido crear una recesión tan grande como la que fue vivida. El sector inmobiliario contribuía en aquel momento en un 4% al PIB de EEUU de modo que su colapso no hubiera podido causar una recesión tan grande. Pasaron de hecho dos o tres años entre el declive del sector inmobiliario en 2005 y la entrada en recesión de la economía estadounidense a finales de 2007 o principios de 2008. De hecho durante estos tres años

⁶ El texto que a continuación sigue está basado, resumen y reproduce partes Partes I, II y V del libro de Blinder, A. S. *Y la música paró..., op. cit.*

el PIB creció en torno al 2,3% y el desempleo apenas se movió.

¿Qué fue lo que ocurrió entonces? Lo que pasó fue algo muy difícil de explicar pero que puede resumirse en la idea de que sobre el auge del sector inmobiliario se orquestó todo un sistema de inversiones financieras de riesgo, complejas, sobredimensionadas, no debidamente reguladas, que pasaron a estar totalmente descontroladas, interconectadas a multiniveles y con sectores económicos públicos y privados a escala global, con el único objetivo de ganar mucho dinero, y muy rápido, sin importar los costes ajenos, ni finalmente los propios.

Para entender qué ocurrió Alan S. Blinder acude a explicar las siete principales debilidades que estaban presentes en el sistema antes de la fecha en la que comenzó la recesión, el 15 de septiembre de 2008, con la caída del gigante *Lehman Brothers*, y que contribuyeron al gran desastre financiero.

2. 1. 1. 1. Los inflados precios de las viviendas (burbuja inmobiliaria) y los inflados precios de los bonos (burbuja de los bonos)

Una burbuja es una desviación grande y duradera de algún activo -como una vivienda o un bono- con respecto a su valor fundamental. Por valor fundamental en finanzas se entiende el valor de los dividendos y ganancias de capital que su dueño espera obtener en el futuro, es decir lo que se espera ganar con ello, configurado por las tasas esperadas de incremento de valor y los tipos de interés.

En EEUU, durante casi los 100 años anteriores al estallido de la crisis, los precios inmobiliarios relativos apenas habían cambiado, teniendo en cuenta su evolución en comparación con los precios medios de otros productos adquiridos por los consumidores. Pero las cosas cambiaron de forma drástica entre los años 1997 y 2006, incrementándose el precio en un 85%, para estrellarse entre 2006 y 2012. Se trató, por tanto, de una desviación grande y prolongada del valor de las viviendas que dió lugar a la denominada “burbuja inmobiliaria”, que muchos de los analistas más reconocidos, y del público en general, no pudieron o no quisieron reconocer.

Las causas del ascenso de la inversión en viviendas se sostenían en la idea clásica que se trataría de un bien cuyo valor siempre estaría en alza. Por culpa de tal creencia los estadounidenses se endeudaron demasiado para comprar viviendas que no podían permitirse, las entidades bancarias -comerciales y de inversión-, y los prestamistas arrojaban dinero a los consumidores alentando la adquisición de viviendas, incluso con altísimos

niveles de apalancamiento, y a intereses bajos a corto plazo, y posteriormente las refinanciaron varias veces para embolsarse las ganancias del capital en la medida que los precios subían haciéndose con efectivo. Por qué la gente creyó en el crecimiento ilimitado del valor de los precios inmobiliarios cuando no habían crecido a una tasa mayor de la inflación durante casi un siglo, sólo encuentra respuesta en la injustificada extrapolación de lo que estaban siendo las más recientes tendencias al alza si los precios se habían disparado durante años atrás por qué no iban a seguir haciéndolo-.

Sin embargo, esta tendencia se rompió con el estallido de la burbuja, que fue fruto de la especulación, que comienza cuando los precios empiezan a desplomarse entre los años 2006-2007, superando el descenso del valor de los inmuebles, no cualquier expectativa negativa, sino las peores de las pesadillas.

La otra burbuja fue la de los bonos y otros títulos financieros de renta fija. El problema de estos valores viene con la valoración del riesgo de impago. Dicho riesgo, por un lado, complica la valoración del bono, y por otro, permite la creación de burbujas al subestimar el riesgo de impago y sobrestimar el bono.

La burbuja inmobiliaria tuvo como contrapartida una burbuja de títulos financieros sobre hipotecas (mortgage-backed securities-MBS) porque los inversores creyeron erróneamente que las probabilidades de impago de hipotecas eran minúsculas. En épocas de bonanzas las tasas de impago se reducen a niveles muy bajos⁷ y en estos casos los inversores infieren que los márgenes racionales de los tipos de interés con relación a los Bonos del Tesoro⁸ deben reducirse también a niveles muy bajos, lo justo para compensar a los prestamistas por el riesgo que asumen⁹. Así las hipotecas inmobiliarias, que tenían márgenes de riesgo demasiado pequeños y precios de bonos demasiados altos, especialmente teniendo en cuenta que muchas de las hipotecas subyacentes eran las denominadas *hipotecas basuras o subprime*, fueron un claro ejemplo de burbuja de bonos, que estalló a partir del 2006 cuando la morosidad empezó a crecer, dejando de ser el préstamo hipotecario seguro a partir del año 2008.

⁷ Por ejemplo durante el periodo de 1991 a 2001 la bancos sólo perdieron un 0,15% en préstamos hipotecarios, es decir, por cada 1.000.000 dólares invertido, perdieron por impago una media de 1.500 dólares.

⁸ En los títulos ofrecidos por el Gobierno de los Estados Unidos no existe riesgo de impago, ya que el Gobierno siempre ha pagado sus deudas, en su totalidad y en plazo por lo que los inversores consideran que los títulos del Tesoro son libres de riesgos.

⁹ Se trataba de una inversión seguro, con un mínimo riesgo de impago, que pagaba más que los Bonos del Tesoro.

Las advertencias sobre los márgenes de riesgo fueron ampliamente ignoradas. El origen de la burbuja parece que tiene su origen en la política monetaria de la Reserva Federal (Fed). La Fed en su esfuerzo por estimular la economía en los primeros años del 2000 redujo su tipo de interés hasta el 1%. La economía reaccionó pero hizo que los inversores pasasen a ganar muy poco y buscasen mejores rendimientos. Es así que empezaron a invertir en otros títulos de renta fija, extrapolando, equivocadamente, la experiencia de impagos favorables del periodo 2004-2006. Una vez que hubo mayor adquisición de bonos, los títulos fueron aumentando de precio y su rendimiento disminuyendo, al tener que pagar más para poder obtener un título con el mismo flujo de pago de intereses. La respuesta de los inversores ante los rendimientos decrecientes era tratar de engordarlos mediante un mayor apalancamiento, que se viene a explicar a continuación.

2. 1. 1. 2. El excesivo apalancamiento (por gran endeudamiento) en la totalidad del sistema financiero y de la economía

El apalancamiento es un fórmula para engordar las rentas de inversión -aumentar los rendimientos- pero también puede llevar a incrementar las posibles pérdidas. Un claro exponente de mayor apalancamiento es el de los préstamos hipotecarios en los que en lugar de exigir un 20% de aportación de capital propio sobre el precio del inmueble, con un apalancamiento 5 a 1, este se empieza a bajar hasta el 5% o incluso se permite pedir una segunda hipoteca para poner ese 5% de modo que el apalancamiento pasa de 5 a 1 a 20 a 1. Si la vivienda pierde su valor, el de la hipoteca será mayor que el de la vivienda y quedará vinculado con una gran deuda. A pesar de estos riesgos, la deuda de los hogares se elevó desde aproximadamente el 100% del PIB hasta el 108%. La parte más significativa vino de la deuda hipotecaria. Los hogares estadounidenses se estaban apalancando.

El gran problema es que lo mismo hicieron los bancos. Si el capital propio de un banco lo constituyen el 10% de sus activos dicho banco está apalancado 10 a 1. Sin embargo, durante el auge inmobiliario, un número de bancos se sirvió de argucias legales para aumentar su apalancamiento como, por ejemplo, la creación de vehículos de inversión estructurada (SIV). Las SIV¹⁰ se convirtieron en una figura para aumentar o esquivar los límites del apalancamiento de los bancos, llegando a ser del 50 a 1, sin que tuviese un reflejo contable y se pudiesen medir los riesgos.

¹⁰ Por ejemplo un banco puede patrocinar una SIV y venderla por importe, pongamos, de la mitad del total de los préstamos. Se deshace de una cantidad de préstamos y recibe a cambio efectivo que vuelve a prestar de nuevo.

Igualmente hacía Wall Street. Un apalancamiento de 15 a 1 era calderilla para lo que manejaban los grandes bancos de inversión antes del colapso. Los llamados 5 grandes (Bear Stearns, Lehman Brothers, Merrill Lynch, Morgan Stanley y Goldman Sachs) llegaron a operar con apalancamientos de 30 a 1 e incluso de 40 a 1. Para un banco de inversiones esto significa que el 97,5 de los activos procede de préstamos. Esto era una forma muy arriesgada de gestionar una empresa, pero lo cierto es que el apalancamiento estaba por todas partes. Se acumulaba apalancamiento encima de apalancamiento.

El resultado de este altísimo apalancamiento es que cuando bajan el valor de los activos como resultado del estallido de la burbuja inmobiliaria, y de los títulos de renta fija, valores en los que se invirtieron cantidades asombrosamente grandes, las entidades estaban pésimamente preparadas para afrontar las pérdidas. Cuando los bancos de inversión tuvieron dificultades para financiarse en el mercado a corto plazo, que eran de dónde procedían principalmente sus fondos, ya que a diferencia de los bancos comerciales no tienen casi depósitos propios, liquidó a entidades como Lehman Brothers o Bear Stearns.

2. 1. 1. 3. La laxa regulación financiera

Ni la Fed, ni los otros entes reguladores bancarios en EEUU¹¹, ejercieron ningún control sobre esta vorágine financiera. De hecho, fueron excesivamente permisivos con la creación de los SIV, que concedieron hipotecas *subprime* vergonzosamente nocivas por valor de cientos de miles de millones de dólares, muchas de ellas diseñadas para provocar su propio impago. Si en el año 2001 las denominadas hipotecas *basura* eran un 7% del total de las hipotecas constituidas, en 2005 constituían el 20% de las nuevas hipotecas y el balance total de pagos pendientes se había disparado hasta los 1,25 billones de dólares.

Las razones por las que las entidades reguladoras no hicieron nada se pueden atribuir a la ideología campante de la desregulación y del libre mercado, las presiones políticas de las administraciones Bush y Clinton que promovían la propiedad de viviendas, y que además ninguno de los reguladores supo reconocer que una parte muy importante de las peores hipotecas *subprime* no procedían de los bancos sino de prestamistas no bancarios. En 2007 más de la mitad de las *subprime* procedían de corredores de bolsa especializados, que creaban hipotecas sospechosas, conservaban sólo unos días, y vendían luego a titularizadores. Estos prestamistas operaban fuera del ámbito de sistema regulador federal, es decir, lo hacían sin ningún tipo de supervisión.

¹¹ Oficina de Control de la Moneda (OCC), Oficina de Supervisión de Entidades de Ahorro (OTS) y Corporación Federal de Garantía de Depósitos (FDIC).

Pero los prestamistas hipotecarios no bancarios eran sólo una pieza más de lo que se denomina *sistema bancario a la sombra*, un entramado de entidades financieras y mercados de capitales fuertemente involucrados en el sector del préstamo. Entre las entidades se encontraban, desde las agencias inmobiliarias patrocinadas por el gobierno -Fannie Mae y Freddie Mac-, a las SIV, grandes compañías financieras, fondos de alto riesgo, fondos de capital privado, fondos mutuos, fondos de pensiones, etc. Entre los mercados involucrados se encontraban los títulos financieros sobre hipotecas (MSB), otros títulos financieros basados en otros activos (ABS), efectos comerciales (CP), opciones de recompras (repos), etc. Parece ser que el sistema bancario a la sombra era mayor que el convencional. Todo eso logró combinar una impresionante sangría de actividades financieras absolutamente fuera de control y de un peligro potencial para la estabilidad de la economía norteamericana y mundial.

2. 1. 1. 4. Las prácticas hipotecarias de los bancos

Las hipotecas *subprime* fueron el detonante de toda la debacle económica y financiera, porque además sirvieron de base para la locura de los títulos financieros hipotecarios y los derivados. En 1994 el volumen de hipotecas *subprime* era de 35 millones de dólares y en 2005 de 625.000 millones de dólares. En este periodo los estándares de concesión de hipotecas *subprime* cayeron a plomo. La mayoría de estas hipotecas pertenecían a la clase *low doc* -apoyada en poca documentación o información para su concesión-, *non doc* -sin documentación- o *no income, no job, no assets*, -sin ingresos, sin trabajo y sin activos -NINJA-. Además de la inseguridad de la concesión de préstamos de alto riesgo en función del prestatario, la estructura de estas hipotecas parecía que estaba diseñada para provocar su impago (hipotecas a 30 años con interés variables -p. ej., LIBOR cuyo escándalo saltó también después de la crisis-) y cuyos titulares no podían permitirse un incremento de los tipos. También existieron formas más exóticas de financiación como las hipotecas con opción ARM, donde se podía elegir entre efectuar mensualmente el pago establecido en el contrato, los intereses dejando el capital intacto, o pagar incluso menos que los intereses. Estas fórmulas estaban bien para inversores sofisticados con recursos pero no para prestatarios con escasa información que difícilmente podrían hacer frente a una pérdida. Estas prácticas violaban todos y cada uno de los principios de la actividad bancaria ética por no hablar de la decencia humana.

2. 1. 1. 5. La enorme cantidad de títulos y derivados no regulados surgidos a partir de las hipotecas basura

Durante todo el periodo de bonanza se extendió una práctica para mejorar los rendimientos de los valores que consistía en que los bancos con grandes carteras de créditos hipotecarios -p. ej., 1.000 créditos *subprime* de 200.000 euros cada uno de ellos- le vendía a otro banco, los llamados titularizadores de estos préstamos, quien le pagaba en efectivo esa misma cantidad, que volvía a invertirla en la prestación de nuevos créditos-. Este banco combinaba estas hipotecas con otras de todo el país y creaba un paquete bien diversificado de títulos financieros hipotecarios (MBS) de forma que este paquete tuviese menos riesgos que sus hipotecas subyacentes. A partir de ahí se vendían pequeñas porciones de estos títulos a inversores de todo el mundo.

Sin embargo, esto no quedó aquí y Wall Street comercializó complicadas combinaciones de porciones de riesgo hipotecario, en ocasiones ligadas con otros tipos de préstamos. Estos títulos eran tan complicados que muy pocos inversores sabían a ciencia cierta qué estaban comprando (p. ej., el *tranching*). Aunque toda esta red de compra-venta de títulos era de una gran complejidad y opacidad, ofrecían fuentes potenciales de enormes beneficios que era lo que realmente importaba. Entre más complejidad, más difícil era comparar unos títulos con otros y, por tanto, menor competencia efectiva. La opacidad además permitía a los “listillos” beneficiarse de los “pardillos”. De hecho cuando se diseñaron operaciones como las CDO sintéticas los operarios financieros sabían a quiénes iban dirigidas, en palabras de Tourre, operador financiero de *Goldman Sachs*, a viudas y huérfanos belgas¹². El problema básico es que aquellos que crean complejidad y opacidad consiguen sus millones y billones de dólares en beneficios mientras la cosa marcha bien, pero en el momento de que caen los precios estos mismos elementos se convierten en sus peores enemigos pues en realidad no saben lo que tienen, lo que se le está ofreciendo y, mucho menos, el valor de las cosas.

2. 1. 1. 6. El comportamiento de la agencias de calificación

Un eslabón clave en todo este sistema fue la Triple A que las agencias de calificación otorgaron a los títulos financieros hipotecarios. Las agencias de calificación eran una barrera de seguridad para el sistema financiero. Lejos de ello, fallaron estrepitosamente, pasando a ser parte del problema en lugar de la solución. ¿Por qué? En parte, debido a su incompetencia pura y dura. Por otra parte, quién pagaba a las agencias de calificación

¹² Blinder, A. S., *Y la música paró...*, *op. cit.*

eran los propios emisores de los títulos financieros, es decir, los titularizadores de Wall Street. De esta forma las compañías calificadas estaban pagando a sus calificadores. La práctica de la *negociación* de la calificación se había convertido en algo habitual. Además la competencia entre agencias permitió una perniciosa forma de *compra de calificaciones* que provocaba una inflación de las mismas para cobrar los honorarios -quien mejor califica a la entidad es quien se lleva las grandes minutas-. Por último, los inversionistas se basaban exclusivamente en que las opiniones de las agencias de calificación, no llevando a cabo estudios propios, adquiriendo las agencias un grado de autoridad casi profética. Se podían decir que eran casi un monopolio.

2. 1. 1. 7. Los perversos sistemas de retribución en muchas instituciones financieras que originaron poderosos estímulos para jugárselo todo

Nos referimos a las cantidades casi obscenas ganadas por los ejecutivos. Pero el verdadero problema de los salarios de Wall Street no era su volumen sino cómo estaban estructurados. Las empresas crearon planes de retribución con perversos incentivos para sus empleados de modo que estos tomaban excesivos riesgos, con financiación ajena, con el único propósito de hacerles ganar dinero a sus compañías y reportarse a ellos mismos ingentes beneficios en forma de primas.

Cuando este sistema de agresivas inversiones -y especulación- financieras se desplomó lo hizo de forma repentina y brusca. El juego se acabó cuando se detuvo el largo ascenso de los precios inmobiliarios, pues una vez que esto se produjo, sucedió lo lógico, el desmoronamiento de todo el sistema. La burbuja de los bonos resultó ser menos visible, previsible e infinitamente más complicada, con efectos igualmente devastadores.

Así cuando los precios de las viviendas dejaron de subir, las hipotecas *subprime* empezaron a entrar en impago, no estando los títulos tan distribuidos como se había pensado. El colapso del sistema empezó a ser inevitable. Los descomunales niveles de apalancamiento multiplicaron los daños y el grado de complejidad ayudó a esparcir la ruina por todos lados.

Las quiebras de entidades como Lehman Brothers, Bear Stearns, Merrill Lynch, Citigroup, Bank of America, se debieron a excesivas concentraciones de riesgos relacionados con las hipotecas, deviniendo con ello el gran caos.

La primera pieza importante del sistema en caer fue Bear Stearns, con 395.000 millones de dólares en activos, y la quinta en Wall Street, cuya quiebra fue impedida por la Fed, quien facilitó mediante una inyección financiera de 30.000 millones de dólares el matri-

monio con JPO Morgan argumentando que ,al estar la entidad probablemente muy interconectada, su caída hubiera devastado el sistema financiero. Sin embargo, ese mismo septiembre de 2008 la Fed se negó a proporcionar dinero público para facilitar la venta de Lehman Brothers, una entidad con mucha más tradición y solera que Bear, con 150 años de historia. Lehman se había cargado de títulos financieros hipotecarios basados en el sector inmobiliario comercial, caracterizada por un gran apalancamiento y una fuerte dependencia de préstamos baratos y a corto plazo para obtener grandes beneficios.

La decisión de dejar caer a esta entidad principal de Wall Street fue sin duda la que tuvo peores consecuencias ya que cuando ésta firma se precipitó al vacío, al estar fuertemente interconectada, arrastró a todos con ella, fracturando totalmente el sistema financiero norteamericano con gravísimas implicaciones globales.

El pánico reemplazó la codicia por el miedo. Desde la quiebra de Lehman fueron cayendo en cadena la compañía de seguros American International Group (AIG) la cual fue nacionalizada; el Fondo Principal de la Reserva, el fondo mutuo de mercado más antiguo del mundo, muy interconectado con Lehman y de la que participaba la Fed; Merrill Lynch, la entidad corredora de bolsa más grande del mundo, que se vendió a Bank of America; Goldman Sachs y Morgan Stanley, que encontraron su salvación cuando la Fed los convirtió en conglomerados bancarios; Citigroup que fue rescatado; Wachovia que quebró y fue adquirido por Wells Fargo; Fannie Mae y Freddie Mac, inmobiliarias gubernamentales, bajo tutela estatal, y así un largo etcétera.

Fue después del 15 de septiembre de 2008 cuando la crisis se hizo realmente global. La quiebra de Lehman involucró cerca de 80 procesos de insolvencia en 18 países extranjeros, cada uno de ellos con sus leyes y procedimientos propios. Así comenzó a inyectarse capital europeo y pasó a nacionalizarse Fortis -un gigantesco banco-; el banco inmobiliario Hypo en Alemania -el apoyo parece que superó los 100.000 millones de euros-; los tres grandes bancos islandeses, Glitnir, Landsbanki y Kaupthing, se nacionalizaron; Irlanda garantizó todas las deudas de sus seis grandes bancos, convirtiéndolas en deudas públicas y así continuó el contagio.

2. 1. 2. La resaca Europea de la fiesta Norteamericana¹³

La cuestión es cómo todo esto afectó a Europa, que atravesaba por dos difíciles acontecimientos ligados entre sí, por un lado, la denominada *crisis de la deuda soberana*

¹³ Este epígrafe se basa, resumen y reproduce textos de la Parte V de Blinder, A. S., *Y la música ..., op. cit.*

europaea -o la incapacidad de los gobiernos europeos para pagar su deudas, que estalló en Grecia en abril de 2010- y la *crisis bancaria* contagiadas desde los EEUU.

La crisis financiera europea también tuvo sus raíces en las burbujas especulativas sobre las viviendas y sobre los bonos. Cuando estallaron ambas burbujas, la recesión se abatió rápidamente sobre Europa y, si sus burbujas no eran suficientemente graves, llegó el virus procedente de EEUU post Lehman. La recesión fue grande con efectos devastadores en Grecia, Irlanda e Islandia, en menor medida en Reino Unido y en España, pero también en Alemania quien, sin burbuja inmobiliaria, vio cómo su PIB se contraía.

Las recesiones agujerearon los presupuestos públicos, la recaudación de impuestos cayó abruptamente y aumentaron los costes de la red de la Seguridad Social, sumando a esto los extraordinarios costes de los rescates bancarios. Mientras que en EEUU se creó el Troubled Asset Relief Program (TARP, sus siglas en inglés), programa del gobierno para comprar activos y acciones de instituciones financieras para fortalecer su sector financiero, autorizado a gastar hasta el 7% del PIB, que no llegó al 3%, en Europa los rescates promulgados por los parlamentos europeos, en cada uno de los países con el fin de evitar el colapso de los bancos, fueron en la mayoría de los casos en porcentajes mucho mayores del PIB que los de EEUU, y el dinero no siempre fue devuelto. Un funcionario del BCE dijo en su momento que “Nosotros no dejamos quebrar ni siquiera una lavandería”¹⁴.

En algunos países los gobiernos asumieron cantidades masivas de deuda privada, principalmente de los bancos, siendo también este aspecto una réplica de lo ocurrido en EEUU. Sin embargo, existe una diferencia, ya que mientras en Estados Unidos los costes netos, después de intereses y reembolsos, no fueron tan devastadores, en Europa, por el contrario, los costes fueron muy elevados. En Irlanda, al garantizar el Estado la deuda, el déficit presupuestario anual del gobierno llegó al asombroso 32% del PIB.

Europa se encontró asimismo con una serie de dificultades adicionales a la hora de enfrentar las crisis en la medida que 17 países de la Eurozona comparten una moneda y un banco central común, pero no un mismo gobierno. El BCE mostró una agresividad muy distinta a la de la Fed a la hora de luchar contra la crisis. Por ejemplo, la bajada de tipos de interés en EEUU fue rápida, tratando de estimular la economía, lo que no ocurrió con el BCE quien incluso subió los tipos dos veces durante el año 2011. Aunque los países de la Eurozona comportan un moneda y una política monetaria común, no están plenamente integrados políticamente -como ocurre con los 50 estados en EEUU- y

¹⁴ *Ibid.*, p. 530.

aunque en teoría algunos países como Grecia, Irlanda e Islandia necesitaban una política monetaria más flexible, en la práctica el BCE no puede aplicar distintas políticas monetarias a distintos países. El hecho de que exista un único tipo de cambio impide la devaluación de la moneda. La tercera dificultad se llama Grecia y su enorme déficit presupuestario, muy importante ya antes de la crisis, y que después de ella se convirtió en algo monumental. Desde comienzos de 2009 los problemas fiscales griegos mermaron la fe en muchos países de la Eurozona, e incluso en el propio euro.

La opción de cortar la crisis de raíz se fue desvaneciendo en la medida que crecía la lista de países en apuros. Grecia era manejable si lograba ser rescatada y puesta en cuarentena, de hecho ha sido rescatada con una cantidad que alcanzaría los 260.000 millones de euros¹⁵, lo que la ha arrojado a adoptar severísimas medidas de ajuste. Pero a Grecia se sumaban Portugal e Irlanda como países rescatables. España con una gran burbuja inmobiliaria y la necesidad de rescatar a los bancos, que de hecho se rescataron aumentando la deuda soberana del Estado y como contrapartida adoptando medidas de ajuste muy restrictivas. Italia, con la tercera deuda nacional más grande del mundo, hacía que esto fuese demasiado grande para poder ser salvado. A los países de la Eurozona con problemas les llamaron los participantes de los mercados los PIIGS (Portugal, Italia, Grecia y España).

Según se iba alargando y profundizando la crisis llegaron a la conclusión de que la forma más plausible de salir era que el BCE comprase cantidades masivas de bonos gubernamentales de países de la Eurozona amenazados. Esto porque la cantidad de dinero necesitada era descomunal y el BCE es el único que tiene la potestad de crear euros en cantidades ilimitadas, dinero que no necesita ser aprobado por los parlamentos europeos. Pero el BCE era reacio a la hora de involucrarse en la refriega de la deuda soberana, ello en razón del Tratado de Maastricht y la cláusula de no rescate. Pero no era ésta la única razón. La compra de deuda de nueva emisión, directamente al gobierno afectado, se ha considerado una mala política por parte del banco central, considerándose “finanzas inflacionistas”. El miedo a que la facilidad para solventar los problemas de la deuda, redujese los incentivos de los gobiernos para poner en orden su fiscalidad, era otra de las causas que justificaron las reticencias del BCE.

A partir de 2011 Dragui cambió drásticamente el rumbo del BCE. En primer lugar, se procedió a la bajada de los tipos de interés. Se comenzó a comprar deuda soberana y crear nuevas estrategias de financiación a medio y largo plazo (LTRO) logrando reducir considerablemente la crisis bancaria europea. Entre diciembre de 2011 y febrero de 2012 los bancos europeos pidieron préstamos al nuevo organismo por valor de 1 billón

¹⁵http://internacional.elpais.com/internacional/2015/07/14/actualidad/1436871346_805109.htm

de euros, apoyando así la compra de deuda soberana y evitando la compra directa por parte de BCE, permitiendo la compra en condiciones muy ventajosas.

A pesar de esto no se acabó con el problema de deuda soberana y en junio de 2012 los bancos españoles recibieron un crédito explícito. Los nervios y las dudas sobre la Eurozona llevaron de nuevo al BCE a crear un programa de compra de deuda, el llamado Transacciones Monetarias Directas (OMT, en sus siglas en inglés), permitiendo un volumen de compra soberana ilimitado, aunque para poder participar en el programa cada nación deudora debía aceptar ciertas condiciones, sobre todo sobre su presupuesto, establecidas por el fondo de rescate europeo, el Mecanismo de Estabilidad.

Las consecuencias de las medidas de ajuste sobre el presupuesto público son bien conocidas en toda Europa. Un ajuste que parece un auténtico estrangulamiento del Estado de Bienestar y de sus bondades y que ha venido a afectar los derechos y las libertades fundamentales de una Europa construida desde los valores de la dignidad humana, la igualdad, la libertad y la democracia. A continuación pasaremos a analizar cuáles fueron las consecuencias en el Estado español.

2. 1. 3. La ciudadanía del Estado español acaba sufriendo las consecuencias del atraco

En el Estado español la crisis fue causada como consecuencia de la alta exposición financiera al sector inmobiliario, teniendo como resultado una caída de su producto interior bruto, comenzado este a ser negativo desde el año 2009.

En respuesta a esta situación, en el año 2012, el Gobierno de España requirió de asistencia al Fondo Europeo de Estabilización Financiera para la recapitalización de sus instituciones financieras. El Eurogrupo aprobó el apoyo, que ascendió a una cifra superior a los 60.000 millones de euros¹⁶, y estableció un programa de 11 meses por medio de un Memorando de Entendimiento. Este instrumento contemplaba la adopción por parte del Estado de reformas en el sector financiero y en el laboral, que fueron acompañadas de un abanico de políticas de ajuste o medidas de austeridad para la estabilización y la eficiencia presupuestaria, que han provocado un serio impacto sobre los derechos fundamentales a la educación, la salud, la justicia, la libertad de expresión, entre otros¹⁷.

¹⁶ De acuerdo a datos ofrecidos por el Banco de España, http://www.elconfidencial.com/empresas/2013-09-08/cuanto-ha-costado-de-verdad-el-rescate-de-la-banca-100-000-millones-de-euros_25562/

¹⁷ EP, *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country*

En educación se practicó una reducción del 5% del salario de los empleados públicos y un incremento de la ratio estudiante/profesorado; se limitaron las tasas de reposición y se llevó a cabo un recorte general del presupuesto en el sector que tuvo un impacto muy significativo sobre la dotación de becas para matrículas, libros y comedores afectando, claro está, a las familias con ingresos más bajos¹⁸.

En materia de sanidad se disminuyó el gasto haciéndose negativo en términos reales para los años 2010 y 2011, sintiéndose los recortes fundamentalmente en la partida de medicamentos; se modificó el sistema de acceso al sistema sanitario excluyendo de él, por ejemplo, a los inmigrantes en situación irregular, salvo para los casos de emergencia; se introdujo el copago sanitario en algunos casos y se llegó a considerar la privatización de hospitales en algunas comunidades autónomas¹⁹.

Las políticas de ajuste llegaron igualmente a otros campos como las pensiones, imponiendo un aumento de la edad de retiro, la ampliación del número de años cotizados y una modificación de la base del cálculo para la pensión²⁰.

En el campo de justicia, se introdujo el pago de ciertas tasas en procesos judiciales para las personas naturales; la libertad de expresión y asamblea se ha visto comprometida con la adopción de la Ley de Seguridad Ciudadana, la denominada “Ley Mordaza”, que puede llegar a vulnerar derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, a la libertad personal y principios como el de la presunción de inocencia o el de seguridad jurídica, llegando a producirse el ejercicio de la represión y violencia física por las fuerzas policiales en las protestas sociales frente a los ajustes practicados.²¹

Igualmente la crisis ha dejado un número de desempleados superior al de los 6 millones de personas en sus peores momentos -el 27.16% de la población activa en 2013²² y el 21,18% para el 2015²³-, afectando especialmente a la población más joven y a las personas trabajadoras con menor cualificación²⁴. De los 4,15 millones de para-

report on Spain. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, p. 12.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 23-30.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 31-40.

²⁰ *Ibid.*, pp. 54-60.

²¹ *Ibid.*, pp. 69-86.

²² Esta cifra data pertenece a los datos relativos al primer trimestre de 2013. Encuesta de población activa de 2013.

²³ <http://www.ine.es/>

²⁴ La reducción de la cifra de personas desempleadas se ha conseguido, de acuerdo con la opinión sostenida por sindicatos mayoritarios, la oposición, movimientos sociales, y al análisis de varios

dos registrados actualmente, sólo el 54,4% estaba cubierto por alguna prestación de desempleo -al comenzar la crisis esta tasa era del 70%-, lo que quiere decir que hay dos millones sin ella, además de los 360.000 que no han tenido empleo anterior y otros colectivos que no han generado derecho²⁵.

La tragedia que se esconde detrás de estos datos no puede entrar a valorarse adecuadamente de forma aislada al problema de los desahucios y de las aproximadamente 600.000 ejecuciones hipotecarias²⁶ que se han llevado a cabo en este periodo sin poner a disposición de las familias y las personas afectadas medios alternativos de refugio para llevar una existencia digna, dejándoles subsiguientemente en una situación de gran vulnerabilidad o incluso de desamparo. Este escenario además se ha visto agravado por los casos de insolvencia a largo plazo por las deudas personales vinculadas a las hipotecas de las personas desahuciadas bajo la vigencia de la ley de enjuiciamiento civil española que ha sido declarada por el Tribunal de Justicia Europeo contradictoria con la directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre derecho de los consumidores²⁷. Sostiene el órgano judicial que la ley no garantiza a los ciudadanos una protección suficiente frente a cláusulas abusivas en las hipotecas, como las que no admiten la dación en pago y generan deudas remanentes y que llevan a las familias afectadas por estos procedimientos a la exclusión social y la pobreza.

La envergadura del impacto de la crisis y de las medidas de austeridad adoptadas atentan claramente contra la dignidad humana de la población, dejando un halo de vulneración

medios de comunicación, sobre la base de los contratos en precario introducidos por la reforma laboral del año 2010 y a la bajada de la población activa.

²⁵ http://economia.elpais.com/economia/2015/12/04/actualidad/1449236198_818708.html

²⁶ <http://www.elmundo.es/espana/2015/06/23/5588055fe2704e960b8b457a.html>

²⁷ El 14 de marzo de 2013 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictaminó que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que regula el procedimiento de ejecución hipotecaria, no garantiza a los ciudadanos una protección suficiente frente a cláusulas abusivas en las hipotecas y vulnera, por tanto, la normativa comunitaria, en concreto la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre protección a los consumidores*. Sostiene el órgano judicial que la ley no garantiza a los ciudadanos una protección suficiente frente a cláusulas abusivas en las hipotecas, como las que no admiten la dación en pago y generan deudas remanentes y que llevan a las familias afectadas por estos procedimientos a la exclusión social y la pobreza. En este contexto, no sólo no se han adoptado las medidas necesarias para proteger a los ciudadanos de una norma a todas luces contradictoria a los derechos fundamentales, sino que el gasto público en vivienda desde la crisis no ha hecho más que disminuir, reduciéndose en más de la mitad desde el año 2008 al 2015, en Amnistía Internacional. Derechos desalojados. El derecho a la vivienda y los desalojos hipotecarios en España, 2015, p. 6.

generalizada y sistemática de derechos económicos, sociales y culturales²⁸ -los derechos a la salud, a la educación, a la vivienda, a condiciones dignas de vida, de empleo, a la seguridad social-, particularmente en relación con el cumplimiento de los principios de progresividad, no regresividad e igualdad que los informan, así como de derechos civiles y políticos -el derecho de acceso a la justicia, los derechos de asociación, reunión, manifestación- lo que todo ello ha puesto en cuestión la capacidad del Estado para dar cumplimiento a sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos y ha llamado la atención sobre la responsabilidad de las instituciones financieras internacionales -y por qué no sobre la responsabilidad extraterritorial de los Estados partes en ellas- en materia de derechos humanos.

La naturaleza de estos actos es especialmente grave en razón de que las decisiones económico-políticas que se han venido adoptando, entre las alternativas posibles, para ir haciendo frente a la estafa financiera global, sin precedentes en la historia moderna, son consciente e intencionadamente puestas en marcha por quienes ostentan la potestad de dirigir los destinos de las naciones y están dirigidas contra los derechos de la población, los cuales se han visto amenazados y efectivamente restringidos, destruyendo las expectativas y las condiciones de existencia adecuadas, y mínimamente exigibles desde el punto de vista de la protección de los valores que inspiran la dignidad humana en la sociedad contemporánea. La justificación de estas medidas, sistemáticas en cuanto que adoptadas y orquestadas por organismos internacionales y ejecutadas por los gobiernos nacionales, y generalizadas, en cuanto que afectan a las mayorías sociales, llegan justificadas por los discursos de la emergencia y el rigor económico y abrigadas por un halo de legalidad y legitimidad, lo que parece hacerlas inevitables.

2. 2. Los delitos y los cargos penales

La idea que debe inspirar la tipificación de los delitos subyacentes a la figura de los CCH es el interés que tiene la comunidad internacional de prevenir y penalizar las atrocidades llevadas a cabo por organizaciones que, ostentando un gran poder político y económico, tienen la capacidad de dominar valores fundamentales de la vida del ser humano, sometiénolos con total arbitrariedad e impunidad a los mayores sufrimientos.

²⁸Y ello en virtud de la magnitud de la afectación sobre la población ya que es desde este punto de vista que el Parlamento Europeo analiza la grave violación del derecho a la vivienda en España, en virtud de alto número de porcentajes hipotecarios, en EP, *The impact of the crisis on fundamental rights ... op. cit.*, p. 86.

Teniendo en consideración que los hechos de naturaleza económico-financiera anteriormente descritos:

a) Serían susceptibles de componer una categoría de delitos de carácter económico-político en el sentido siguiente²⁹: *económico*, en razón de la naturaleza de los procesos, de las acciones y de los actores que actúan en perjuicio de las libertades fundamentales y de los derechos humanos de los individuos, en su condición de ciudadanos, e incluso en contra de los intereses estatales, como son la propia economía nacional o global; *político*, en la medida que estos procedimientos económicos afectan a las esferas vitales de los ciudadanos siendo adoptados por fuerzas que ostentan un innegable poder sobre la determinación de las condiciones en las que la vida social se desarrolla. Este tipo de comportamientos tienen como fines el enriquecimiento personal y de las entidades que representan y/o el sostenimiento de un frágil *status quo* del sistema económico capitalista.

Para ello diseñan, planifican y ponen en marcha políticas, instrumentos y mecanismos que se manejan en un umbral incierto de legalidad y legitimidad, y con ello derrumban los pilares de las económicas domésticas, nacionales e internacional, afectando de pleno los derechos de la ciudadanía. Estos comportamientos se amparan en la connivencia de una política estatal asentada en el principio del *laissez faire*, actuando con manifiesta negligencia, imprudencia, inacción o ausencia de cualquier tipo de intervención estatal para la regulación, vigilancia y control del sistema de poder económico-financiero del mercado, sus principios o reglas, sus mecanismos, procedimientos y actores, como ha ocurrido en el caso la gran estafa financiera que ha llevado a una crisis económica global que es el caso que nos ocupa. A partir de ahí, también pueden apreciarse las decisiones *erróneas* de política pública, en contra de los intereses de los ciudadanos, para dar respuesta a esta crisis económico-financiera.

b) Podrían ser objeto de regulación del Derecho internacional penal moderno tanto en cuanto este ámbito jurídico demostró, después de la II Guerra Mundial, un cambio importante del pensamiento penal al haber criminalizado la conducta de dirigentes estatales contra sus ciudadanos invocando cualquier necesidad política, debiendo ser de la misma manera ahora invocado para criminalizar la conducta de otras fuerzas sociales que ejerzan igual poder sobre los ciudadanos que el Estado, en cuanto a su influencia en la creación, la reproducción y la organización del orden social. Una forma de ese poder, en la actualidad, es el sistema económico y su subespecie financiera. De hecho, parece que no hay ninguna otra forma de poder que intervenga tan profunda e intensamente

²⁹ El concepto propuesto de delito económico-político se basa en la obra de Naucke, W., *El concepto de delito económico-político. Una aproximación*, Marcial Pons, 2015.

en nuestra vida diaria, como el sistema económico-financiero. Las personas que toman toda clase de decisiones dentro de este sistema se encuentran en la misma situación confortable, poderosa, en la que se hallaban los dirigentes estatales hasta bien entrado el Siglo XX. No existen controles precisos ni adecuados para las decisiones *políticas y económicas* tomadas en el ámbito del sistema económico-financiero, claves para la supervivencia y la creación de condiciones de existencia adecuadas en el contenido de la vida social. Las personas individuales, responsables de la toma de decisiones y de las actuaciones económicas, que llegan a determinar local y globalmente la vida de muchos ciudadanos y que, por tanto, se comportan políticamente, no se consideran alcanzados por los mecanismos de control de un Estado democrático³⁰. Sin embargo, configuran un nuevo tipo de criminal, el participante en la “administrative massacre” que comete delitos bajo “circunstancias que le harían imposible conocer que estaba obrando mal”³¹.

c) Tendrían cabida dentro de los denominados CCH en cuanto que suponen una de las peores formas contemporáneas de atentar contra los dictados de la conciencia pública, la dignidad y los derechos humanos de millones de personas *-elemento internacional-*³², así como contra las economías nacionales y mundial, con gravísimas repercusiones económicas, políticas y sociales a escala global *-elemento transnacional-*³³. Todos los procesos económicos-financieros descritos, de los que son responsables los actores privados y públicos, constituyen en conjunto una forma de *ataque económico-político contra la población civil el cual está encaminado hacia la paulatina destrucción del contenido de los fundamentos económicos sociales y de protección de los derechos humanos* ya reconocidos, sobre los que existen obligaciones internacionales para los Estados y responsabilidades de respeto para otros actores. Entre estos derechos humanos se puede enumerar el derecho a la vida, a la integridad física y mental, a la salud, al trabajo, a la salud y a la vivienda, entre otros, los cuales constituyen de forma interdependiente e indivisible, una red de protección básica para el ser humano, causando su pérdida innegables sufrimientos y daños directos, indirectos y colaterales. Esta *forma contemporánea de ataque* tiene *carácter sistemático*, ya que la manera de hacer política y economía responde a *presupuestos ideológicos* que se encuentran en las bases del sistema capitalista en su fase más neoliberal, que se imponen bajo una retórica de aparente rigor y amparo de la ley, más sin embargo, sus nefastas consecuencias manifiestan que se trata de conductas basadas o asociadas a una gran dosis de engaño consciente a la población que tienen como resultado la alteración de la distribución de la riqueza global a favor de la parte más

³⁰ *Ibid.*, pp. 41-45.

³¹ Zuboff, S., *Wall Street's crimes against humanity...*, *op.cit.*

³² Bassiouni, M. C., *Crimes Against Humanity...*, *op.cit.*, p. 8.

³³ *Ibid.*, p. 9.

privilegiada de la sociedad³⁴ y la destrucción de los valores fundamentales de la dignidad humana. También el ataque es *generalizado*, por razón de los millones de personas que se han visto afectadas por él, en función además de la gran *capacidad de victimización* de los responsables de estos actos, entidades y personas que ostentan autoridad detrás de las formas organizadas de poder del sistema económico-financiero y de las autoridades públicas, las cuales ejercen un control absoluto sobre la vida de los individuos y la sociedad, el sistema económico político, sus mecanismos, sus procesos y sus consecuencias.

Entendido que culpar a *los mercados* y las Estados, como entidades abstractas que son, significa efectivamente quedarse en la superficie del problema,

Afirmando que hay responsables, a diferentes niveles de acuerdo a su vinculación, participación y desempeño de funciones dentro de ese sistema económico-financiero, que son personas concretas que representan a los poderes públicos y privados, y que pueden sufrir responsabilidad criminal por ello,

Se solicita:

El ejercicio de la jurisdicción de la CPI para comprometer a la comunidad internacional en la lucha contra los *crímenes económicos-políticos contra la humanidad*, a saber, procesos económicos de carácter especulativo y salvaje y sus consecuencias en términos de políticas de ajuste y austeridad, cometidos en función de un sistema de abuso de poder público y privado, que constituyen una forma de *ataque contemporáneo contra la población* en cuanto que imponen serias restricciones en esferas vitales para el ser humano, provocando con ello una gran incertidumbre e inseguridad con relación a la protección de los valores y los principios que conforman la dignidad humana y que afectan a la humanidad en su conjunto.

2. 3. Partes acusadas

Se acusa de la comisión de *crímenes económicos contra la humanidad* a:

Presidente de la Reserva Federal de los Estados Unidos durante el periodo 2000 - 2008 y de las otras tres agencias federales de regulación bancaria por negligencia en el ejercicio de sus funciones de ofrecer al país un sistema monetario y financiero seguro y estable,

³⁴ Torres López, J., *Crímenes económicos contra la humanidad*, 23 de Mayo de 2013, véase en <http://www.juantorreslopez.com/impertinencias/crimenes-economicos-contra-la-humanidad-2/>

previniendo colapsos como el que tuvo lugar en 2008, limitar el contagio, minimizar los costes soportados por los contribuyentes y garantizar la honestidad de las transacciones. Los presidentes de los cinco grandes bancos de inversión de Wall Street durante el periodo 2000-2008 por diseñar e implementar un sistema de transacciones financieras complejas, opacas y de muy alto riesgo, que incluían un sistema de retribuciones peligroso para sus empleados, el cual los empujaba a tirar del sistema sin límites, con el único objetivo de multiplicar sus rendimientos y mejorar sus beneficios económicos personales, desconsiderando cualquier tipo de juicio ético o moral sobre las consecuencias de los actos que tejían este sistema financiero que cuando falló hizo entrar en crisis a la economía mundial.

Los presidentes del Fondo Monetario Internacional, la Comisión Europea y el Banco Central Europeo por el diseño e imposición de medidas y reformas estructurales, condiciones que los países deben cumplir para continuar recibiendo dinero de sus organismos para aliviar sus finanzas, que se encuentran estipuladas en un tipo de contrato denominado Memorando de Entendimiento, y que se caracterizan por encerrar una espiral descendente de reformas y políticas públicas que implican un retroceso en la protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos³⁵.

El presidente de Gobierno del Estado español por la externalización a los contribuyentes de los costes del contagio de la crisis a la economía española en forma de deuda soberana y deuda bancaria que se ha traducido en la aplicación de medidas de austeridad que son un atentado contra la dignidad humana de acuerdo al absoluto retroceso en la protección y en la promoción de las libertades y de los derechos fundamentales y de los derechos humanos sobre los que tienen responsabilidades internacionales.

2. 4. Resolución de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma (ER) de la CPI, en el Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad declara que:

A los efectos del presente Estatuto se entenderá por “crímenes de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado

³⁵ El crimen de agresión económica formaba parte de la propuesta de Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad recogida en el Tercer Informe sobre el Proyecto de código presentado por el Relator Especial el Sr. DouDou Tiam, documento A/CN.4/387 del 8 de abril de 1985, para. 165.

o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

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

Esta Sala concluye, de acuerdo a la definición de CCH ofrecida por el ER, que el *crimen económico político* no forman parte de los delitos integrados en esta categoría de crímenes internacionales; que tampoco ninguno de los hechos atribuidos a los acusados constituye en sí mismo alguno de los actos subyacentes tipificados en el Artículo 7; y que, por tanto, la CPI afirma no tiene competencia *ratione materiae* sobre el asunto que se presenta.

La gravedad, sin embargo, de los hechos descritos y de sus consecuencias no han dejado impasible a esta Sala. Apreciando que la *ratio legis* de los CCH no debe agotarse con la tipificación de conductas de naturaleza política llevadas a cabo por autoridades estatales, que atentan gravemente contra los intereses o valores fundamentales³⁶ que sostienen los estándares mínimos de dignidad humana, sino que debe desplegarse hacia formas contemporáneas del ejercicio del poder y de la autoridad, con gran capacidad de victimización sobre la población al afectar los derechos y las libertades fundamentales del individuo, encontrando además en estos procedimientos de naturaleza *económica-política* rasgos comunes a los elementos que configuran el umbral de gravedad que hacen

³⁶ En Derecho internacional penal la terminología apropiada es la de la protección de los bienes jurídicos más que la de los derechos humanos, en Gil Gil, A., *Derecho penal internacional...*, op. cit., p. 41.

de ciertas conductas crímenes internacionales, los miembros de esta Sala proceden a realizar las consideraciones que a continuación se presentan.

La sociedad contemporánea internacional experimenta la aparición de nuevos riesgos de enorme complejidad, volatilidad, opacidad, flexibilidad y capacidad de victimización, algunos de ellos derivados de procesos económicos globalizados, experiencias del capitalismo salvaje instalado en las bases de nuestra organización política y social global, que afectan de manera grave los derechos humanos y el ideal de dignidad humana, valores fundamentales objeto de protección de la comunidad internacional en su conjunto.

Entre la existencia de estos riesgos se encuentran las denominadas crisis económicas y financieras de la modernidad, sus causas y sus consecuencias, entre las que se pueden nombrar la imposición de gravísimas medidas de ajuste estructural o austeridad, o dicho de otro modo, la externalización a los ciudadanos de las fallos del sistema, surgiendo la cuestión si de todas estas conductas se podría elaborar un tipo de *delito económico-político* cuyo merecimiento de pena surgiera de la destrucción de los fundamentos vitales de muchos ciudadanos y de la propia economía, entendidos como actos que encierran graves estándares de inhumanidad, consecuencia de decisiones económicas y políticas por las que se debe responder.³⁷

El *delito económico-político* sería aquel perfilado entorno a la destrucción inmediata y visible de intereses y valores fundamentales, afirmados en derechos y libertades individuales, por una arbitrariedad coactiva ejecutada a través del poder económico y político que lleva a cabo decisiones trascendentes y obligatorias³⁸. La economización de la política y la politización de la economía, en perjuicio de las personas, se muestran como el núcleo del delitos económico-político³⁹.

Esta noción pretende que el avasallamiento de los derechos y libertades fundamentales del individuo se llame injusto punible sin importar la naturaleza pública o privada del poder que ostenta el autor responsable de los mismos. El empleo del poder económico que suponga el daño de intereses y valores fundamentales protegidos por el ordenamiento internacional debe ser un problema penal. Como señala Naucke “Se trata del mismo fenómeno, tanto para el caso de los dirigentes estatales como los económicos. Ambos tienen poder. Si lo emplean contra los derechos del individuo desposeído, en-

³⁷ Naucke, W., *El concepto de delito...*, op. cit., p. 26.

³⁸ *Ibid.*, p. 96.

³⁹ *Ibid.*, p. 77.

tonces el Derecho penal está llamado a cumplir con su tarea más importante: reprobando al poder mediante el castigo de su ejercicio carente de fundamento”⁴⁰.

A la concepción del Derecho penal negador del poder, opuesto a que nuevas formas de aquel pongan en peligro los derechos y libertades fundamentales, pertenece el Derecho internacional penal⁴¹. Si este ámbito del Derecho abarcó un campo de la conducta estatal que era considerado inalcanzable, el del trato que dispensaba el Estado a sus ciudadanos en su función del ejercicio del poder público, estableciendo un marco de delitos de carácter internacional, estamos llamados a seguir desarrollando el proyecto de controlar al poder organizado, que no concluye necesariamente con la intervención exclusiva sobre el poder del Estado, sino que debe perseguir la vigilancia sobre todos aquellos grupos poderosos que ejerzan dominio sobre esferas vitales para el ser humano, como el que tienen las fuerzas económicas y financieras globales sobre la preservación de la vida, la libertad, la integridad física y mental, la salud, el control y el acceso a los medios de vida apropiados, a los alimentos, a las medicinas, a la vivienda, y así un largo etcétera.

El Derecho internacional penal debería sentirse interpelado y abordar de manera urgente la regulación dentro de la categoría de CCH de estos procesos económicos de carácter especulativo y salvaje y sus consecuencias en términos de políticas de ajuste y austeridad como *crímenes económico-políticos*, que vulneran bienes jurídicos protegidos por el Derecho internacional, como son los derechos humanos, pero también, bienes jurídicos mediatos como son la economía mundial, propios del derecho económico penal, tratando de cumplir con su funciones preventivas y represivas evitando la impunidad de todas aquellos individuos que arrastrados por un avaricia sin límite llevaron al sistema al borde del colapso total. Como señalaba Herbert Hoover: “Hay crímenes que son mucho peores que el asesinato, por los cuales las personas deberían ser proscritas y castigadas”⁴².

¿Se puede poner en duda que las conductas especulativas que se encuentran en las raíces de la crisis económico-financiera, y sus terribles consecuencias, en términos de adopción de políticas públicas contrarias a los intereses de la ciudadanía, las cuáles han sacudido los cimientos de las sociedades asentadas en el Estado de Bienestar, que han llevado al empeoramiento de las condiciones de vida de millones de personas que se sienten estafadas por los poderes privados y abandonadas por las poderosas públicas, no son actos de carácter inhumano que superan la *trayectoria histórica del poder y de la soberanía*⁴³?, ¿se puede discutir

⁴⁰ *Ibid.*, p. 45.

⁴¹ *Ibid.*, p. 44.

⁴² *Ibid.*, p. 35.

⁴³ *Ibid.*

que las consecuencias de esta crisis que han favorecido el repunte de los nacionalismos, los fascismos y los autoritarismos, el regreso a las ideas trasnochadas de la seguridad nacional, el abandono de los proyectos políticos y económicos comunes, el cierre de las fronteras, entre otros, no constituyen uno de las formas más graves de atacar aquellos valores fundamentales objeto de protección de la comunidad internacional, como son los derechos humanos, haciendo de la nuestra una sociedad internacional más frágil e insegura?

En este sentido, se hace necesario revalorizar el papel del Derecho y de la norma y retomar el estudio de los procedimientos de su creación para mejorarlo, en particular los que puede ofrecer el Derecho internacional penal y la figura de los CCH para regular, perseguir y sancionar el abuso de poder económico político cuanto este repercute de la manera más grave contra los valores que asisten el concepto de dignidad humana, reconocidos y protegidos por la comunidad internacional en su conjunto.

3. CONCLUSIONES

Sobre la pregunta a si tendría cabida la tipificación de los *delitos económico-políticos* dentro de la categoría de los CCH, se puede responder que esta no es una cuestión ajena al Derecho internacional y muestra de ellos fueron los juicios que se siguieron post Núremberg contra empresarios ligados al régimen Nazi, los cuales contribuyeron a la economía del régimen nacional socialista, y cometieron en el ejercicio de su actividad empresarial CHH como la esclavitud a través del trabajo forzado y el expolio del patrimonio privado.

Los procesos de Núremberg sintetizan un Derecho penal contra la criminalidad estatal y otro contra la criminalidad económico-política como partes iguales de un Derecho penal crítico del poder. De ellos resultó claro que una economía moderna es un poder que, como el estatal, puede ser criminal y que el ejercicio criminal del poder, por dirigentes estatales o económicos, no sería más una eximente de pena⁴⁴. La punición de personas privadas que lesionan reglas de Derecho internacional se convirtió en un pilar indiscutible de las condiciones para sancionar la macro criminalidad. Estas transformaciones fueron un desafío a las concepciones tradicionales del Derecho en el desarrollo del ámbito penal y es sólo que a través de ellas puede acuñarse el concepto de delito económico-político⁴⁵.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 48.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 53.

Después de este periodo de formación del Derecho internacional penal el estudio de la criminalidad económico política, estatal y privada, se separó de aquel y concluyó sin razón alguna, despreciándose el tratamiento paralelo entre el poder estatal y el económico efectuado en los procesos de Núremberg⁴⁶.

Desde entonces han tenido lugar iniciativas solicitando que los procesos financieros -particularmente especulativos- sean regulados por la comunidad internacional, como fue la exigencia planteada por el primer ministro de Malasia, Mahathir Mohamad, secundado por el canciller de Tailandia, Prachuab Chaiyasarn, quien pidió a la comunidad internacional que tipificase como delito el sabotaje monetario por parte de los especuladores financieros⁴⁷.

A día de hoy podemos afirmar que en Derecho internacional no existe un delito que integre los procesos económicos políticos que cuestan la vida a las personas, dañan sus derechos y libertades fundamentales y destruyen su existencia económica y social, constituyendo actos de carácter inhumano. Sin embargo no deberían oponerse argumentos jurídicos ni políticos para su desarrollo. La capacidad de victimización global de poder económico, con bases sólidas, y seguro, hace necesario formular principios de imputación y sanción que le obligue a tomar compromisos⁴⁸ respecto de los valores fundamentales del ser humano, objeto de protección de la comunidad internacional, razón por la que se justifica la intervención del Derecho internacional penal.

De ahí el llamamiento para que se desarrollen y se tipifiquen los *delitos económicos-políticos* y que se sumen a los tipos ya regulados dentro de la categoría de CCH en la medida que su *ratio legis* no es otra que la de la protección de los valores esenciales de la dignidad humana frente a todas aquellas conductas que sean contrarias a los dictados de la conciencia pública, sufriendo los individuos responsables castigo penal por ellas.

El Derecho internacional penal desarrolló la responsabilidad penal internacional del individuo, por lo que no habría limitaciones jurídicas para la imputación de *delitos económico-políticos* a aquellos funcionarios económicos o técnicos financieros que con sus decisiones marcan, global o nacionalmente⁴⁹, la vida de muchos ciudadano, individuos que actuaron en representación de los poderes económicos -públicos o privados⁵⁰-, y

⁴⁶ *Ibid.*, p. 57

⁴⁷ García Neumann, J., *La especulación como delito contra la humanidad, Fundamentos en la historia de la economía*, 25 de octubre de 2010.

⁴⁸ Naucke, W., *El concepto de delito...*, *op. cit.* p. 43.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Sobre esto existe un importante debate.

que no se ven alcanzados por el control del Estado democrático moderno⁵¹. La imputación de responsabilidad, por comportamientos que pudieran integrar esta categoría de delitos, a individuos actuando en representación del poder estatal tiene algunos precedentes. Cabe destacar la acusación contra el ex primer ministro de Islandia en 2010 por decisiones financieras erradas e imprudentes, tomadas por el gobierno⁵².

Un problema mucho más complejo es el de la responsabilidad colectiva, o la de la responsabilidad penal de las entidades jurídicas, como son los Estados o las Organizaciones Internacionales, tema sobre el que se ha mostrado un absoluto rechazo⁵³. Otra cuestión, sobre la que se podría abrir un extenso debate, es la de la responsabilidad de los Estados, incluso la responsabilidad extraterritorial de los Estados que forman parte de Organismos Internacionales, por las decisiones que en ellos se adoptan, al imponer condiciones que impiden a los gobiernos, que asumen memorándum de entendimientos para tener acceso a créditos internacionales, cumplir igualmente con sus compromisos internacionales en materia de protección, respeto y promoción de los derechos humanos.

En definitiva, la razón que motiva la construcción de un nuevo tipo de *delito económico-político*, es el hecho de reconocer que en la medida que la sociedad internacional avanza las amenazas contra sus valores y sus principios se van transformando, siendo necesario que el Derecho internacional responda adecuadamente a las mismas, expandiendo su ámbito de aplicación, regulando nuevas áreas de intervención y conductas de sujetos no exclusivamente estatales, en función del rol que ejercen y del poder y de la autoridad que desarrollan en el marco de la organización económica, política y social de la comunidad internacional contemporánea.

Si el mundo se conmovió hace setenta años por los aberrantes crímenes políticos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, y entonces el Derecho internacional progresó al entender que aquellas conductas constituían actos ilícitos contra los mismos fundamentos de la civilización, en la actualidad nos sobrecogemos ante los graves abusos económicos llevado a cabo por el poder privado, en connivencia o por inacción del poder estatal, que han llevado casi al colapso de la economía mundial, a la crisis de las instituciones económicas, políticas y sociales nacionales y supranacionales, a la destrucción de fundamentos vitales de millones de ciudadanos en el mundo y al más absoluto retroceso en la protección de los derechos humanos, esperando que

⁵¹ Naucke, W., *El concepto de delito...*, op. cit., p. 43.

⁵² *Ibid.*, p. 73.

⁵³ En este sentido ver los documentos discutidos sobre la responsabilidad de las entidades jurídicas de la Conferencia de Roma para la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

el Derecho internacional penal, en el ejercicio de sus funciones preventivas, sancionadores y también reparadores, intervenga para prevenir la continuidad y la repetición de estos hechos y termine con la impunidad de las que se han visto beneficiados sus responsables. Como señala Zuboff, la crisis económica y sus consecuencias no son el Holocausto pero la deriva de un modelo económico que produce sistemáticamente un tipo similar de distancia e inconsciencia sobre la responsabilidad de sus actos y de sus consecuencias, celebrando los beneficios que obtienen los que se encuentran dentro de esta organización -insiders- mientras que se deshumanizan y distancian de los que se hallan fuera de él -los outsiders-, constituye una forma contemporánea de atentar contra los valores más esenciales de la dignidad humana, lo que lleva irremediablemente a desfigurar la vida de millones de personas.

De la misma forma que se crearon instituciones y procedimientos para perseguir los crímenes políticos contra la humanidad hace más de setenta años, es hora de hacer lo mismo con los crímenes económicos. Es urgente que la noción de *crimen económico-político* se incorpore al discurso ciudadano y se entienda su importancia para construir la democracia económica y política. Como mínimo nos hará ver la necesidad de regular los mercados para que, como dice Polanyi, estén al servicio de la sociedad, y no viceversa⁵⁴.



⁵⁴ Sarasúa, C. y Benarúa, L., *Crímenes económicos contra la humanidad*, 29 de marzo de 2011, http://elpais.com/diario/2011/03/29/opinion/1301349604_850215.html

Capítulo 3.

Los crímenes económicos contra la humanidad en Derecho internacional

3.1. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE *CRÍMENES ECONÓMICOS CONTRA LA HUMANIDAD*

En las últimas décadas, son millones de personas las que han perdido empleos, hogares, ahorros y pensiones arrastrados por la crisis -o la gran estafa- económico-financiera que vio la luz en 2008; las que se ven arrojadas a la miseria en condiciones de emergencia social por el abuso del poder político, la corrupción, la sustracción y la transferencia ilícita de fondos de los presupuestos públicos del Estado; las que no pueden tener acceso de manera adecuada y suficiente a agua, alimentos, vivienda, medicamentos, tierra, entre otros bienes esenciales para garantizar las condiciones básicas de protección de la vida humana, como consecuencia del acaparamiento y de la especulación que se lleva a cabo con ellos; las que se han visto gravemente dañadas en su salud, en la pérdida de medios de vida y en la destrucción del medio ambiente por la comisión de graves crímenes conectados con el desarrollo de proyectos extractivos, industriales y de grandes infraestructuras que, en determinadas circunstancias y contextos, se encuentran además ligados a conflictos de carácter armado, los cuales sostienen o avivan; las que son sometidas a trata, a condiciones de trabajo esclavo y de explotación laboral debido a la porosidad y a la fragilidad de los marcos normativos domésticos e internacional que regulan los mercados, las inversiones, los derechos de las corporaciones y de las poblaciones donde estas operan. En definitiva, son millones de personas las que, a pesar de ser víctimas de comportamientos de carácter económico que, en función de su grave naturaleza y consecuencias, atentan contra la dignidad humana, dimensión esta que debe ser construida constantemente en razón de las necesidades y de los intereses que la sociedad internacional contemporánea, en su evolución y desarrollo, exigen proteger, no se hallan reconocidas como tales a tenor de una aberrante naturalización sistémica de estos fenómenos y de sus consecuencias.

La preocupación que ha llevado a desarrollar este estudio sobre la cuestión de los *crímenes económicos contra la humanidad* nace de la necesidad de la búsqueda de justicia para las víctimas invisibilizadas de estos comportamientos y actores económicos, propios de un sistema sostenido en los confines del capitalismo globalizado, caracterizado por una compleja simbiosis del abuso del poder político-económico, público y privado, que atenta de manera grave contra los derechos humanos y que, a pesar de que supongan una seria amenaza para los valores que integran el concepto de dignidad humana, se encuentran al margen de cualquier tipo de consideración criminal en el Derecho internacional.

La lucha por la realización de la justicia significa, no sólo obtener la imputación de delitos y la imposición de sanciones penales a los responsables de las conductas ilícitas, sino que también expresa la búsqueda de la efectividad del derecho a la reparación y a la verdad de las víctimas. La verdad es la expresión del reconocimiento social, jurídico-normativo y judicial de la magnitud de la gravedad de la naturaleza y de las consecuencias que tienen los comportamientos que conciernen a la categoría de los *crímenes económicos* sobre bienes jurídicos fundamentales como la vida, la integridad, la libertad y la dignidad humana.

En este sentido, el encuentro entre la figura de los *crímenes económicos* y los CCH tiene lugar precisamente en la necesidad de la protección de estos bienes jurídicos fundamentales, individuales y colectivos, reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto -así como la de otros bienes a los que aquella salvaguarda debería progresivamente ir extendiéndose como el medio ambiente¹ o la economía global²- frente a la amenaza de comportamientos de naturaleza económica o político-económica que se manifiestan a través de diversas formas de violencia, teniendo todas ellas un inmenso poder de victimización sobre los seres humanos, ya que este tipo de conductas afectan no solo a quienes las sufren directamente, sino que suponen un riesgo para el bienestar y la estabilidad de la sociedad presente y de la futura en su conjunto.

El Derecho internacional, sin embargo, no recoge ninguna definición general de la expresión *crímenes económicos*, ni de forma convencional ni consuetudinaria. Tampoco ninguno de los instrumentos que regulan los CCH tipifican entre sus conductas los ilícitos que pudieran formar parte de esta figura de abusos económicos, ni realiza ninguna mención expresa a los mismos.

¹ De esto habla el *Ius Humanitatis* propuesto por Boaventura de Sousa Santos, con relación al patrimonio común de los recursos naturales globales y su protección, en De Sousa Santos, B., *Sociología jurídica crítica*, Trotta, 1ª edición, 2009.

² López, M., *La protección de la estabilidad financiera como bien público global*, pp. 645-679, en Bouza, N., García, C., Rodrigo, A. J. (Dir.), Pareja, P. (Coord.), *La gobernanza del interés público global...*, op. cit.

Aproximarnos al concepto del *crimen económico* significaría establecer *ex novo*, por un lado, los abusos de naturaleza económica y económico-política subyacentes a la figura y, de otro lado, describir las circunstancias bajo las cuales estos se envuelven de gravedad, lo que les llevaría a ser susceptibles de integrarse en una categoría de crímenes de Derecho internacional.

Para la caracterización de los injustos subyacentes a esta figura de los *crímenes económicos*, se propondría, como hemos visto en el capítulo 2, una categorización de los abusos basada en tres elementos centrales que son: la naturaleza de la conducta o la actividad económica, los actores económicos que desarrollan la conducta y el bien jurídico afectado o protegido de naturaleza económica, los que en esencia componen lo que hemos llamado los *elementos contemporáneos* en las *nuevas formas de graves violaciones de derechos humanos*. Se llevaría a cabo además el examen de las diferentes variables, a partir de las cuales estos tres elementos centrales se reúnen, estableciéndose a partir de ellas las fórmulas más adecuadas para abrir la definición de las posibles categorías de los *crímenes económicos*.

Con relación al análisis de estos elementos, se podría sostener que, las conductas, en primer lugar, deben tener una naturaleza o una motivación económica y es esto lo que debería determinar el carácter integrador de los comportamientos en esta figura. Como ya se ha explicado con anterioridad, el término *naturaleza económica* se refiere básicamente a las actividades que tienen en sí mismas un fin esencialmente lucrativo -p. ej., los negocios lícitos que llevan a cabo las corporaciones, como la explotación de recursos naturales- y la expresión *motivación económica* indica que la razón del desarrollo de las acciones económicas no es estrictamente lucrativa, sino la de mantener cierto orden o equilibrio dentro de un sistema económico-financiero dado -p. ej. la aplicación de políticas de ajuste estructural para ejercer una disciplina financiera macro-económica en países en crisis-.

Estas acciones de *naturaleza* o de *motivación económica*, pueden al mismo tiempo distinguirse entre conductas ilícitas o lícitas. Las conductas ilícitas son aquella que ya se encuentran tipificadas como injustos en lo regímenes domésticos o internacional -p. ej., la corrupción, la esclavitud, el traslado ilegal de sustancias tóxicas, entre otras, que son objeto de convenciones internacionales que imponen obligaciones a los Estados partes sobre su tratamiento y regulación-. Las conductas lícitas son aquellos comportamientos regulados y lícitos pero que, sin embargo, en el desarrollo de su actividad, por los contextos, las políticas y los procedimientos en los que se implantan, pueden implicar graves abusos contra los derechos humanos o la comisión de crímenes de Derecho internacional.

En segundo lugar, respecto de los actores detrás de las conductas, estos podrían tener una naturaleza inherentemente económica, como son los casos de las empresas, las corporaciones, los bancos de comercio o de inversión, o actuar bajo una motivación político-económica, como ocurre con los Organismos Internacionales, entre otros el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, o también con los propios Estados. Habría que señalar que entre los actores económicos, también se encontrarían aquellos que operan al margen de la ley como las organizaciones criminales transnacionales y los grupos terroristas. La razón principal que motiva la consideración de este elemento es la capacidad de victimización de estos actores económicos, en función de su poder y de la influencia que ejercen en la construcción de la vida económica y social de la ciudadanía.

En tercer lugar, sobre los bienes jurídicos afectados, en cuanto que valores o intereses que se ven vulnerados por las conductas, estos podrían tener, o no tener, una naturaleza o connotaciones económicas. Por un lado, el tipo de comportamiento de naturaleza económica al que nos referimos tiende a quebrantar *a priori* bienes jurídicos individuales fundamentales, como la vida, la integridad física, la salud y la libertad que, sin lugar a dudas, se encuentran entre aquellos intereses que son objeto de protección de las normas que regulan los crímenes de Derecho internacional. Por otro lado, pueden transgredir bienes jurídicos colectivos, considerados fundamentales también, como son la humanidad, o la dignidad humana, los cuales forman parte de los valores quebrantados por los CCH. De estos bienes jurídicos fundamentales podría decirse que están afirmados en los derechos de carácter civil y político. Pero también es posible que estas conductas vulneren bienes jurídicos en los que se pueden apreciar rasgos económicos. Algunos de ellos pueden ser igualmente considerados bienes jurídicos individuales, como el trabajo o la propiedad, o bien, pueden tener carácter colectivo, como la naturaleza o el medio ambiente, la tierra, el agua y otros bienes esenciales para la protección de la vida y de la dignidad humana, vinculados a las normas que protegen los derechos económicos, sociales y culturales. Estos comportamientos pueden afectar, además, a bienes jurídicos de naturaleza propiamente económica, como son los fundamentos de las economías nacionales, regionales o mundial, o el propio sistema financiero.

La fijación de los denominados *crímenes económicos*, se vuelve harto compleja en función de las numerosas y diferentes variables a través de las cuales estos elementos centrales pueden articularse, siendo necesario determinar qué fórmula, en la reunión de las conductas, los actores y los bienes jurídicos o intereses afectados, es la más adecuada para la caracterización y la definición de las categorías referidas a los abusos económicos subyacentes.

Evelyn Schmid³, que plantea un modelo también de tres ejes -conductas, actores e intereses- para analizar los abusos económicos y la adecuación del Derecho internacional penal para dar respuesta a los mismos, señala que estos injustos pueden producirse a partir de una serie de variables que básicamente se estructuran en tres posibles áreas de confluencia o *constellations*.

La primera de ellas se presentaría cuando el actor que intervenga sea económico, pero la actividad y el interés legal protegido no lo sean, poniendo como ejemplo que una corporación estuviera involucrada en el asesinato de civiles, como fue el caso UNOCAL, llevado ante los tribunales en EEUU a través de la aplicación judicial del ATCA, en el cual se acusó a la empresa de complicidad en los crímenes al no evitar o parar los abusos cometidos por la Junta Militar Birmana. Esta propuesta puede ser criticable desde el punto de vista que la actividad que motiva la complicidad de la empresa en los crímenes cometidos por la Junta Birmana es económica. Sin mediar el desarrollo de un proyecto económico de gran envergadura, y el interés de la empresa de llevarlo a cabo bajo las condiciones más favorables, la connivencia de aquella con el aparato del Estado no se hubiera producido. El caso 2 que se presenta en este estudio, en el que se acusa a la empresa canadiense Barrick Gold de violaciones masivas a mujeres, el cual podría encajar inicialmente en esta propuesta, contribuye a afirmar que el desarrollo de la actividad corporativa de naturaleza económica, se encuentra en el origen y es el motor que impulsa, alienta o permite la comisión de los crímenes alegados. Existe, por tanto, una íntima relación entre el desarrollo de la actividad económica y la presencia de un actor económico para la comisión de estos crímenes. La actividad económica es siempre capital en el desarrollo de la ecuación criminal dentro de esta figura o categoría de abusos económicos.

La segunda constelación vendría determinada por el hecho de que el interés legal afectado fuera económico, pero no así el actor ni la actividad. En este caso propone la autora, como ejemplo, que un grupo rebelde privara a la población civil de acceso a tierra agrícola o ayuda humanitaria durante un conflicto armado, por tanto, amenazando el acceso a alimentos o al agua de las víctimas. La debilidad de esta segunda área se encuentra en la definición de los denominados intereses legales de carácter económico. El hecho de que ciertos intereses sean protegidos por los llamados derechos económicos no nos puede llevar mecánicamente a afirmar que porten esta naturaleza y que ello sea un elemento suficiente para caracterizar un abuso como económico. La porosidad de esta propuesta es manifiestamente perceptible.

³Schmid, E., *Distinguishing...*, *op. cit.*

La tercera posible área de confluencia ocurriría cuando los tres elementos en juego, es decir, la conducta, el actor y el interés afectado son todos económicos. En este caso el actor económico, lleva a cabo una conducta económica abusiva y amenaza intereses legales de carácter económico. La autora presenta el ejemplo de la empresa minera suiza Argor-Heraeus, acusada de refinar oro saqueado proveniente de la República Democrática del Congo, dañando con ello los intereses económicos de las poblaciones locales, tales como sus tierras de cultivo, el acceso al agua o a los alimentos. El caso 4 de este estudio, que aborda la aproximación al concepto del *delito económico-político* a partir de la denominada estafa económica-financiera global y las medidas de ajuste y austeridad impuestas para hacer frente a sus graves consecuencias en las economías domésticas, regionales y mundial, parece que es el que con más nitidez puede integrarse en esta tercera constelación propuesta. En este escenario concurren conductas de motivación económica, como la especulación financiera o la imposición de medidas de ajuste, actores económicos, como bancos, actores con motivaciones económicas, como organismos financieros internacionales y el propio Estado, y quedan afectados bienes o intereses económicos colectivos, como la propia economía y la estabilidad financiera, así como bienes individuales que podrían considerarse de naturaleza económica, tales como la vivienda, el trabajo, entre otros, al estar reconocidos por disposiciones relativas a los derechos económicos sociales y culturales.

Las variables que resultarían más adecuadas para abrir la caracterización de estos *crímenes económicos* vendrían establecidas, bien por la correlación de la presencia del actor económico y de la conducta económica, bien por la reunión simultánea del actor económico, la actividad económica y el bien jurídico económico afectado.

La razón de priorizar la presencia conjunta del actor económico y de la conducta económica, y subsidiariamente la del interés económico protegido es que, como ya hemos señalado antes, el encuentro entre la figura de los *crímenes económicos* y los CCH tiene lugar en la necesidad de proteger aquellos bienes jurídicos fundamentales ya reconocidos por la comunidad internacional.

Ahora bien, el Derecho internacional sólo podría intervenir si el quebrantamiento de los bienes jurídicos fundamentales protegidos se produjera a través de la realización de un abuso económico de *grave naturaleza*. Para que en estas conductas de carácter económico se pudiera apreciar aquella gravedad exigida, se propondría la consideración de una serie de criterios generales, que determinarían igualmente la gravedad del contexto en el que se desarrollan los abusos, y que girarían en torno al poder de victimización de los actores detrás de las conductas, a la comisión generalizada o sistemática de los actos, al impacto sobre los derechos humanos, o incluso al carácter de las víctimas. Estos criterios subrogarían al de la enumeración de ciertas conductas inherentemente graves en función de la naturaleza

del valor protegido por la norma, como son los casos de la prohibición del genocidio, el apartheid, la esclavitud, el traslado forzado, la discriminación racial, entre otros, las cuales forman parte de las violaciones al denominado “núcleo duro” de los derechos humanos.

La expresión *crímenes económicos contra la humanidad* implicaría la adopción de una visión panorámica sobre los derechos humanos, la cual nos ayudaría a calificar sus graves violaciones en función, no tanto del tipo de derecho que *a priori* se viola, entendiendo que todos tienen el mismo valor jurídico y que son inalienables, universales, indivisibles e interdependientes, en su propósito de proteger los fundamentos de la dignidad humana, sino de la forma en la que aquellas se llevan a cabo y de sus consecuencias. En este sentido, no podemos olvidar la opinión expresada por Bassiouni, quien señalaba que el término *graves violaciones de derechos humanos* ha sido utilizado por la ONU, no para indicar una categoría de violación de derechos humanos *per se*, sino para describir situaciones que envuelven agresiones, refiriéndose a la manera en la cual aquellas podrían haber sido cometidas o a su severidad⁴, es decir, a que se comentan en el umbral de un contexto que las hace especialmente inhumanas, crueles y reprobables. La figura exigiría además una mirada teleológica sobre los CCH, es decir, sobre su propósito de acabar con aquellas conductas que por su aberrante naturaleza, ofenden, agravan y atentan contra la humanidad en su conjunto, entre ellas las que pudieran ser parte de *formas contemporáneas de victimización* aun no previstas.

En este sentido, la figura de los *crímenes económicos contra la humanidad* pretende afirmar la existencia de nuevas formas de agresión contra bienes jurídicos fundamentales -la vida, la integridad, la salud, la libertad, la dignidad humana- que vienen de la mano de comportamientos y de actores cuya naturaleza es económica más que política, o también económico-política, que son consustanciales al sistema del capitalismo global, llamando por ello a la integración de esta dimensión en la extensión de la prohibición y de la sanción penal de los ilícitos contra la humanidad. Esta categoría de abusos económicos contra la humanidad, se propone componer un espacio en el que se afirme que los valores fundamentales internacionalmente reconocidos, entre ellos el de la humanidad, pueden verse hoy quebrantados por conductas no reguladas jurídicamente en los orígenes de la construcción de un Derecho que trató de establecer límites a comportamientos de naturaleza política que resultaban contrarios a las exigencias de la conciencia pública.

⁴ Véase a este respecto CHR, *Report of the independent expert on the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms*, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1998/43, UN. Doc. E/CN.4/1999/65, 8 February 1999, para. 85, *op. cit.*

Dicho todo lo anterior, procedería en este momento realizar una aproximación a la definición del concepto de *crímenes económicos contra la humanidad*, para lo cual se ha seguido el esquema de la definición ofrecida por el artículo 7 del ER de la CPI para los CCH. Hay que apuntar que debido a la gran diversidad de comportamientos de carácter económico y económico-político que podrían entrar a forma parte de los actos subyacentes a esta figura, y porque sería imposible que la imaginación abarcara todo el espectro de conductas potencialmente subsumibles en ellas, se ha optado por establecer no un *numerus clausus*, sino más bien un serie de categorías abiertas, y establecer una cláusula residual o final, la cual permitiera el reconocimiento de conductas no taxativamente señaladas, pero de la misma naturaleza y gravedad a las enumeradas anteriormente.

Los *crímenes económicos contra la humanidad*, cuya regulación aspiraría a una *protección integral de las personas y de los pueblos, en calidad de víctimas que sufren los graves abusos del poder económico y económico-político y las agresiones de naturaleza económica y financiera*⁵, se definirían de la siguiente manera:

Se entenderá por *crimen económico contra la humanidad* cualquiera de los actos siguientes cuando constituyan un ataque generalizado o sistemático, en forma de graves agresiones sobre los seres humanos y los pueblos, afectando con ello los valores y los principios internacionalmente reconocidos que integran el concepto de dignidad humana.

a) Delitos económicos propiamente dichos como la corrupción política, la estafa, la apropiación indebida, la administración desleal, la especulación financiera en amplios sectores, incluidos algunos tan sensibles como los alimentos, los medicamentos o la vivienda, el desabastecimiento de productos y de materias primas en el mercado con la intención de alterar los precios, entre otros, que causaren graves daños sociales y de los fundamentos de las economías⁶.

b) Delitos *económico-políticos* como actos ejecutados mediante decisiones económicas, técnico-financieras y políticas trascendentes, que llevan a la ruina del sistema económico, con consecuencias devastadoras para la ciudadanía, entre ellas algunas tales como las políticas de ajuste estructural o políticas de austeridad, cuando actuaran en contra

⁵ *Principios de Madrid-Buenos Aires sobre Jurisdicción Universal*, Preámbulo. En estos principios se distingue entre los crímenes económicos y los crímenes ambientales. Los Principios fueron presentados el 9 de septiembre de 2015 en la ciudad de Buenos Aires. Véanse los Principios de Madrid-Buenos Aires de la Fundación Internacional Baltasar Garzón, <http://fibgar.org/upload/proyectos/35/es/principios-de-jurisdiccion-universal.pdf>

⁶ Estos delitos están reconocidos mayoritariamente en los códigos penales domésticos.

de los intereses de la sociedad y que impidieran el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.

c) Los delitos ambientales y los daños graves y permanentes, dolosos, provocados sobre el medio ambiente natural y, por ende, sobre la salud de los seres humanos y los medios de vida, cuando sean consecuencia de actividades productivas, industriales, extractivas, del desarrollo de megaproyectos, del acaparamiento de los recursos naturales y de otros actos de similar naturaleza, algunos de ellos en conexión con conflictos de carácter armado, situaciones de violencia o regímenes dictatoriales.

d) La trata y el tráfico de personas para su explotación, incluida la explotación laboral, y cualquier otra forma de trabajo esclavo⁷.

e) Los delitos de asesinato, exterminio, traslado forzoso, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, desaparición forzada de personas, otros actos inhumanos de naturaleza similar, cuando su comisión, bajo diferentes formas de autoría o participación, formare parte de los objetivos, de las políticas o de los procedimientos conectados con el desarrollo de actividades de carácter económico.

f) Otros actos económicos inhumanos de carácter similar que causaren grandes sufrimientos o atentaren gravemente contra la vida, la integridad física o la salud mental o física, la libertad personal y organizativa, contra el trabajo, el acceso a los medios de vida adecuados, incluida la alimentación y la vivienda, la educación, el medio ambiente sano, los recursos naturales como la tierra y el agua, y los fundamentos de la economía, que crearen condiciones de existencia peligrosas o indignas para la población.

A los efectos del párrafo 1:

Por un ataque generalizado o sistemático, en forma de graves agresiones sobre los seres humanos y los pueblos, se entenderá una línea de conducta de gran extensión, escala y/o impacto sobre los derechos humanos y colectivos, que implique la comisión dolosa de los actos mencionados, siempre que estos fueran de conformidad con la política de una Estado o de una organización estatal o no estatal, con la capacidad de cometer dichos actos y la intención o al menos la conciencia de causar sus consecuencias.

⁷28 países han solicitado que la trata de seres humanos sea considerado un crimen de lesa humanidad, http://internacional.elpais.com/internacional/2015/05/15/actualidad/14316523_17_290817.html

3. 2. DESAFÍOS LEGALES PARA LA ARTICULACIÓN DE LOS *CRÍMENES ECONÓMICOS* EN EL MARCO JURÍDICO Y/O CONCEPTUAL DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. OBSTÁCULOS Y OPORTUNIDADES EN DERECHO INTERNACIONAL

La definición de los CCH ha evolucionado desde sus orígenes ligados a la Clausula Martens, su concepto ha sido recogido en doce diferentes instrumentos internacionales⁸ y ha experimentado modificaciones con fines aclaratorios⁹ hasta llegar al ER de la CPI, único texto de carácter convencional de alcance universal, en el que aparecen codificados. En este recorrido constructivo de la definición de los CCH, sin embargo, y como ya hemos mencionado anteriormente, no se han incluido entre los injustos subyacentes ninguno de los abusos económicos que integran la expresión *crímenes económicos de lesa humanidad*, pudiendo concluir que a día de hoy aquellos no forman parte de la competencia material de estos crímenes de Derecho internacional.

Solo, de forma excepcional, algunos de los abusos económicos a los que hemos hecho referencia en la definición anterior sobre *crímenes económicos contra la humanidad*, han formado parte de propuestas sometidas a consideración como ilícitos de especial gravedad en el campo del Derecho internacional. Los graves daños contra el medio ambiente formaron parte del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de la CDI del año 1991, que consideraba en el artículo 19 un crimen internacional “una grave violación de una obligación internacional de esencial importancia para la salvaguarda y la preservación del medio ambiente humano, como son aquellas que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares”¹⁰. En este mismo sentido, estos mismos daños contra el medio ambiente formaron parte del listado de crímenes del Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad en el año 1991, propuestos por el Relator Especial, el Sr. Doudou Thiam, y su grupo de trabajo, quienes desglosaron inicialmente los CCH en genocidio, apartheid, otros actos inhumanos y daños graves e intencionales contra el medio ambiente¹¹. En la formulación de los CCH en este mismo borrador del Proyecto

⁸ Bassiouni, M. C., *Crimes against humanity...*, *op. cit.*, p. 297.

⁹ CIJ, *Impunidad y graves violaciones de derechos humanos. Guía para profesionales*, No. 3, Comité Internacional de Juristas, Ginebra, 2008, p. 26.

¹⁰ El Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 1991 incluye la responsabilidad de los estados por daños al medioambiente como un supuesto más, véase a este respecto ILC; *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

¹¹ El Relator Especial, Sr. Doudou Thiam, en los años 1986 y 1989, presentó dos propuesta de

de 1991, se incluyeron además crímenes como el terrorismo internacional, la intervención, la dominación colonial y otras formas de dominación extranjera, el tráfico de drogas, y las sistemáticas o generalizadas violaciones de los derechos humanos, propuestas que fueron abandonadas a los efectos de la redacción definitiva del Proyecto de 1996. Con relación al medio ambiente, como un interés titulado por los delitos contra la paz y la seguridad, se alegó que no tenía substantividad propia¹². Sobre la inclusión de actos de naturaleza económica como la piratería, el tráfico de drogas, el tráfico de mujeres y niños, la trata (esclavitud), falsificación de moneda, entre otros, la CDI declaró que el Proyecto de código absolutamente no los integraría, al adolecer, en su parecer, del elemento político¹³.

A la luz de estos antecedentes, y tomando en consideración el rumbo del desarrollo actual del Derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, se podría afirmar que los injustos subyacentes a la propuesta de definición de los *crímenes económicos contra la humanidad* no forman parte del ámbito material de los CCH. Ahora bien, el hecho de que ambas figuras compartan el propósito normativo de la protección de bienes jurídicos individuales o colectivos fundamentales, como la integridad, la salud, la libertad, la dignidad, la vida y la propia humanidad del ser humano, frente a aquellas conductas aberrantes que las pongan en peligro atentando seriamente contra los derechos humanos, llevaría a plantear la cuestión de cómo integrar estos graves abusos de naturaleza económica y económico-política en el marco jurídico o conceptual de esta categoría de crímenes de Derecho internacional como son los CCH.

Una posible vía para habilitar dicha incorporación, lejana y de una gran complejidad, sería el reconocimiento y la tipificación *ex novo* de los abusos económicos y económico-político

integración dentro de la categoría de los CCH de la violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la preservación del medio humano y de todo daño grave e intencional causado a un bien de interés vital para la humanidad, como el medio humano. En el Proyecto de 1991 los actos que causaban graves daños al medio ambiente no fueron incluidos en la lista de crímenes contra la humanidad sino que se dejaron aparte para formar un crimen nuevo y autónomo cuya formulación ya existía. En el comentario al proyecto de artículo 26 (Daños intencionales y graves al medio, se puso claramente de relieve que el proyecto de disposición había tomado casi todos sus elementos del artículo 55 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, pero que su ámbito *ratione materiae* era más amplio en cuanto que se aplicaba también en tiempos de paz fuera de un conflicto armado. Véase a este respecto Documento ILC(XLVIII)/DC/CRD.3. Documento sobre los crímenes contra el medio ambiente, del Sr. Christian Tomuschat, miembro de la Comisión [Original: inglés], 27 de marzo de 1996.

¹² Nieto Martín, A., *Bases para un futuro...*, *op. cit.*, p. 150.

¹³ Véase a este respecto Bassiouni, M. C., *Crimes against humanity...*, *op. cit.*, nota al pie 46, p. 178.

y su reconocimiento como crímenes de Derecho internacional cuando fueran especialmente graves y, bien, crear una categoría paralela a la de los CCH bajo la expresión *crímenes económicos contra la humanidad*, que resultara de la definición más arriba propuesta, o bien, incluir los nuevos ilícitos económicos en el listado de los injustos ya reconocidos en el ER bajo el título CCH, por tanto, ampliando el número de delitos subyacentes. Otra posible ruta, llena de imperfecciones y dificultades también, es la de dar cabida a estos comportamientos económicos, que aún no han sido tipificados como crímenes en Derecho internacional, dentro de la categoría de CCH del ER, estableciendo una conexión entre estos abusos y los crímenes que el instrumento actualmente recoge, siempre y cuando cumplan con los elementos comunes exigidos para todos los ilícitos, ejercicio que ha pretendido este estudio a través del análisis de los cuatro casos presentados.

Cualquiera que sea la forma a través de la cual se aborde la integración de los *crímenes económicos* dentro de la categoría de CCH, esta enfrentará a una serie de importantes obstáculos de naturaleza legal, de los que hemos querido destacar los que serían considerados medulares, exponiéndolos brevemente a continuación.

3. 2. 1. El principio de legalidad

El principio de legalidad ha sido reconocido, de alguna forma u otra, en todos los sistemas de justicia penales del mundo. Este reconocimiento recorre desde el rígido enfoque positivista de los sistemas jurídicos civiles romano-germánicos, al más flexible del sistema del *common law*. Este último reconoce el principio de analogía en la interpretación de las disposiciones legales, mientras que los anteriores sistemas jurídicos nombrados rechazan la analogía como una violación del principio de legalidad¹⁴.

La formulación clásica de este principio *-nullum crimen, nulla poena sine lege-*, vigente en los sistemas domésticos continentales, reconoce fundamentalmente una doble garantía. La garantía criminal que el delito esté previsto en la ley antes de su comisión, así como que la pena esté previamente determinada. Los requisitos que hoy se imponen a una norma jurídica como exigencia del principio de legalidad son: *lex praevia* (ley previa), *lex scripta* (ley escrita), *lex stricta* (ley estricta) y *lex certa* (ley cierta)¹⁵.

¹⁴ Bassiouni, M. C., *Crimes against humanity...*, *op. cit.*, p. 296.

¹⁵ Ollé Sesé, M., *Principios Generales*, pp. 157-183, en Gil Gil, A. y Maculan, E. (Dires), *Derecho penal internacional...*, *op. cit.*, p. 158.

Este mismo principio vigente en los sistemas penales domésticos se puede trasladar al ámbito del Derecho internacional penal, donde también se exige que en el momento de la comisión de los hechos exista una norma que defina la conducta criminal internacional, con la diferencia que esta puede ser tanto escrita como no escrita (p. ej., Derecho internacional consuetudinario), y que además esta norma determine una sanción penal¹⁶.

La vigencia de este principio de legalidad fue puesta en duda durante mucho tiempo, especialmente a raíz de los juicios de Núremberg. A estos se les reprochó que violaban el principio de legalidad e irretroactividad de las penas al haber incluido en el Estatuto de Londres, de 8 de agosto de 1945, crímenes que en el momento de su comisión no estaban previstos en la norma, el caso de los CCH, centrándose la discusión sobre la cuestión de si podían considerarse punibles de acuerdo al Derecho internacional consuetudinario en el momento de la comisión. En el juicio, la acusación francesa y británica sostuvo que la punibilidad de los CCH, considerando además que las conductas que comprendían parte de la definición se encontraban ya reconocidos en las normas penales internas, podría considerarse como un principio general del derecho¹⁷.

El Tribunal Militar Internacional sentenció que no creó derecho, que aplicó el que existía, y que el brocardo *nullum pena sine lege praevia* se debía entender como un “principio de justicia” porque las conductas contrarias al Derecho internacional, por su gravedad, no podían quedar impunes¹⁸.

La formulación de los Principios de Núremberg en 1950, considerados en el ámbito del Derecho internacional penal como Derecho internacional consuetudinario, reconoció la preminencia del Derecho internacional para fundar la exigibilidad de responsabilidad penal individual internacional, existiese o no tipificación en los sistemas penales internos de esos crímenes¹⁹.

Los Tribunales *ad hoc*, así como los tribunales internacionalizados o mixtos, las Salas Extraordinarias y los Tribunales especiales, en una interpretación amplia del principio de legalidad, extendieron el requisito de *lex praevia* al Derecho internacional

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, pp. 159-160.

¹⁸ IMT, *The Trial of German Major War Criminals*, Judgement, part 22 (1950), p. 444, citado en Ollé Sesé, M., *Principios...*, *op. cit.*, p. 160.

¹⁹ *Ibid.*, p. 161.

consuetudinario, afirmado así que los crímenes tenían tal consideración al tiempo de cometerse, y siempre que el autor fuera consciente de que esa prohibición acarrearía responsabilidad individual²⁰.

El ER aborda el principio de legalidad en los artículos 22, 23 y 24. Considerando además que el Estatuto se complementa con el Instrumento de los Elementos de los Crímenes, así como con las reglas de Procedimiento y Prueba, no hay duda de que el principio de legalidad se encuentra satisfecho²¹.

La garantía criminal se incorpora en el artículo 22, señalando que “la conducta realizada constituya, en el momento en el que tiene lugar, un crimen competencia de la Corte”, es decir, que al tiempo de realizarse, aquellos sean actos de genocidio, crímenes de guerra y de agresión, y de lesa humanidad.

El apartado segundo del mismo artículo sistematiza los criterios de interpretación al señalar que “la definición del crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía y que, en caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”. Es decir, el Estatuto permite la interpretación de la norma, pero en sentido estricto cuando la norma adolezca de la precisión deseada y necesaria y aflore la duda sobre su voluntad normativa. Prohíbe además expresamente la analogía contra el reo de tal forma que el ER impide aplicar la norma del Derecho internacional penal a otro supuesto que, aunque pueda ser similar a la definición del crimen previsto, no pueda ser comprendido en la norma al ser interpretada estrictamente²².

A pesar de esto, existen algunas definiciones abiertas de los CCH, como la cláusula “otros actos inhumanos” que difícilmente puede respetar la cuestión de la garantía de taxatividad en la tipificación de los actos.

El ER, con respecto al principio de legalidad de la pena, señala en el artículo 23 que “quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el ER” que además fija las cuatro penas posibles a los responsables de los cuatro crímenes competencia de la Corte.

Integrar los *crímenes económicos* dentro del marco jurídico o conceptual de los CCH

²⁰ *Ibid.*

²¹ Bassiouni, M. C., *Crimes against humanity...*, *op. cit.*, p. 349.

²² Ollé Sesé, M., *Principios...*, *op. cit.*, pp. 164-165

supone cumplir con las garantías criminales que representa el principio de legalidad en Derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, específicamente el cumplimiento de los requisitos en la norma de accesibilidad, certeza y previsibilidad²³, cuestión que representa un enorme desafío jurídico.

En este sentido, y en primer lugar, podemos afirmar que, a día de hoy, en Derecho internacional no existe una categoría de delitos que tipifique los *crímenes económicos* y ninguna fuente de Derecho internacional, ya sean los tratados, la costumbre o los principios generales del mismo, tampoco las fuentes auxiliares como la jurisprudencia o la doctrina científica, han dado una definición de los ilícitos subyacentes. Sólo algunos de los injustos propuestos como conductas integradoras de esa posible categoría tienen un reconocimiento convencional, aunque no son considerados crímenes de Derecho internacional, sino más bien delitos transnacionales a través de una serie de convenciones como las que prohíben la corrupción y los delitos asociados²⁴, la trata de personas²⁵ y algunas relativas a los daños al medio ambiente que tienen carácter transfronterizo y tráficos vinculados a la protección de la naturaleza, como el de sustancias peligrosas o residuos, entre otros²⁶, siendo responsabilidad de todos los Estados su persecución. Si hacemos alusión a las fuentes domésticas, en cuanto a la criminalización de las conductas subyacentes a esta expresión de *crímenes económicos*, el recorrido es básicamente el mismo, no encontrándose una base legal que tipifique la mayoría de los abusos en ella incluidos. La diferencia entre los ilícitos propuestos para integrar los *crímenes económicos* y aquellos subyacentes a los CCH se encuentra en el hecho de que estos últimos injustos, tales como los asesinatos, las lesiones, las torturas, las detenciones ilegales, etc, sí forman parte del catálogo de ilícitos de los códigos penales de la práctica totalidad de los sistemas jurídicos de los Estados, reforzando la tipificación y la legalidad doméstica, la legalidad internacional. La legalidad de esta figura de *crímenes económicos contra la humanidad* exigiría la tipificación *ex novo* de la figura mediante una ley que fuera escrita, estricta y cierta, en relación a la definición de los injustos y la determinación de las penas.

En segundo lugar, y declarado lo anterior, estos abusos económicos buscarían la forma de reconocerse en los ilícitos subyacentes a los CCH, aun considerando que el principio

²³ Ollé Sesé, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, La Ley, 1ª. edición, Mayo 2008, pp.161 y ss.

²⁴ La Convención de la Naciones Unidas sobre la Corrupción.

²⁵ El Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena.

²⁶ La Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, Basilea, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), el Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, entre otros.

de legalidad exige una interpretación estricta de los mismos y prohíbe la analogía. Para ello, teniendo en cuenta que se podría afirmar que todas las conductas que integrarían la expresión *crímenes económicos* serían conductas incompatibles con la dignidad de la persona humana y supondrían serias amenazas para los derechos humanos, se examinaría su inclusión en la cláusula “otros actos de carácter inhumano de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. Esta cláusula residual que, como ya se ha señalado en anteriores ocasiones, tenía como propósito integrar algunas conductas aberrantes a las que no llegara la imaginación de los legisladores, ofrece una pequeña grieta bajo la que filtrar la conexión de los llamados *crímenes económicos* con los CCH. La inhumanidad de los actos propuestos se identificaría con la grave naturaleza descrita para los lícitos que lo preceden en la enumeración, como son la creación de condiciones peligrosas de existencia, las lesiones físicas, los daños a la salud física o mental y el sufrimiento por las lesiones físicas y los daños emocionales que causaren dichas conductas, pudiendo medirse el nivel de inhumanidad en función de la vulneración sistemática y generalizada de los derechos humanos, todo ello en conexión con el fin último de la protección integral de la vida y de la dignidad humana. A ello contribuiría una interpretación teleológica de los CCH y una aplicación del principio *ejusdem generis*.

3. 2. 2. Los elementos comunes de los crímenes contra la humanidad

Los ilícitos subyacentes a los CCH, serán considerados como tales, cuando aquellos formen parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, con conocimiento de dicho ataque, y de acuerdo a la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o de promover esa política.

Estos elementos, que son comunes a todos los injustos tipificados dentro de la categoría de los CCH del artículo 7 del ER, y configuran lo que se denomina la cláusula umbral, son los que convierten los delitos comunes en crímenes de Derecho internacional.

Cualquier intento de construir una definición de los *crímenes económicos contra la humanidad*, o cualquiera tentativa de considerar estas conductas dentro de la definición de los injustos ya tipificados como CCH en el ER, requeriría cumplir con estos requisitos, aunque fuese a través de un análisis o una interpretación más contemporánea de los mismos, de acuerdo a los nuevas necesidades e intereses susceptibles de ser protegidos por el Derecho internacional, y que emergen en función del devenir de los tiempos en la sociedad internacional.

3. 2. 2. 1. Sobre el ataque generalizado y sistemático contra la población civil: la definición del ataque y la relación con los injustos

El ataque, tal y como lo define el artículo 7.2.a) del ER, es una “línea de conducta” que implica la comisión múltiple de los actos subyacentes a los CCH, 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.

Como ya se ha analizado en el capítulo 1, el ataque no tiene porqué ser violento y, hoy en día, el hecho de que la figura de los CCH esté desconectada de los conflictos armados sugiere la posibilidad de otros posibles significados para este término. La noción de ataque, así, podría ir desprendiéndose de su origen etimológico, que emana del vocablo italiano *attaccare* y que puede traducirse como “trabar un combate” y, por tanto, de su significado ligado a una acción violenta o impetuosa contra alguien o algo *para hacer daño, destruir o derrotar como finalidad expresa*, para transitar hacia una nueva dimensión del concepto que abarcaría acciones violentas de naturaleza económica, ambiental o social, llevadas a cabo, no para *hacer un daño*, sino *para obtener un lucro, un beneficio o mantener una posición o equilibrio de poder político-económico como propósito específico*, para lo cual se perjudica, se daña o se destruye algo o a alguien en consecuencia.

Si la noción de ataque generalmente aceptada es la que afirma que su contenido y descripción es la realización misma de los actos ilícitos, cuando se verifica que estos forman parte de una línea de conducta, presenciando una total equivalencia entre el ataque y los injustos, o dicho de otro modo, la existencia del ataque se afirma mediante la realización de los actos criminales que dan forma a los contornos de la agresión general, surge la duda de poder emplazar una idea de ataque más amplia, cuyo contenido se alojase en *otras conductas diferentes* a las enumeradas en el artículo 7 del ER -p. ej., grave contaminación ambiental-, aunque los ilícitos subyacentes aparecieran necesariamente como resultado del ataque -p. ej., traslados forzosos, otros actos de carácter inhumano-, siendo su descripción más próxima a las formas contemporáneas de graves violaciones de derechos humanos que se ejercen sobre la población.

Para llegar a una definición más amplia y actual del término ataque, diferentes escenarios podrían explorarse. El primero, proponer una nueva dimensión del concepto de ataque, cuya descripción coincidiera con actos, que aunque no estuvieran contemplados en la categoría de los CCH del ER, su realización o la de sus fines se produjeran como resultado de la comisión múltiple de los ilícitos que se encuentran tipificados en el artículo 7 -p. ej., el desarrollo de una actividad económica que compromete para sus fines formas de esclavitud moderna de cientos de personas vulnerables, particularmente

menores y mujeres-. El segundo, construir la noción de ataque sobre el reconocimiento de nuevas conductas dentro la cláusula denominada *otros actos de carácter inhumano*, los cuales de llevarse a cabo de forma generalizada o sistemática pudieran dar lugar a una definición más amplia de este concepto de agresión -p. ej., actos como las políticas de austeridad cuya inhumanidad pudiera establecerse en función de la violación sistemática o generalizada de ciertos estándares de derechos económicos o sociales-. Kai Ambos es de la opinión, en esta línea de observación, que la comisión múltiple de otros actos diferentes de los enumerados en los Estatutos, como la violación de derechos humanos, entre otros la denegación de un proceso justo, la usurpación de la propiedad, etcétera, no podían por regla general constituir un *ataque*. No obstante, apuntaba que tales violaciones podrían subsumirse en la extensa disposición *otros actos inhumanos de carácter similar* del artículo 7 del ER²⁷, de modo que si se afirmase una línea de conducta consistente en la realización múltiple de esos actos se podría estar ante la noción de ataque contra la población. En este mismo sentido, Jordi Bonet ha afirmado que quedaría por dirimir, y la respuesta a priori no puede ser negativa, la posibilidad de que la privación específica de ciertos derechos económicos, sociales y culturales pudiera encuadrarse en la cláusula de cierre *otros actos de carácter inhumano* que habilita a considerar CCH²⁸. El tercero, y último escenario, nace de la propuesta de autores como Naucke, que señalan que se puedan desarrollar un nuevo concepto de delito como es el *delito económico político*, como una categoría específica del moderno Derecho penal económico²⁹, el

²⁷ Ambos, K., *Problemas seleccionados en torno a los crímenes más grave...*, *op. cit.*, p. 27.

²⁸ Véase este respecto el análisis que realiza Jordi Bonet quien sostiene que “[...], aunque dentro de otros parámetros jurídicos, la cuestión de si es posible que la violación de derechos económicos, sociales y culturales pueda constituir un crimen internacional. Si esta asunto se plantea desde la base de la existencia de un tipo penal autónomo, la respuesta, obviamente, ha de ser negativa; esto no excluye, sin embargo, que la privación de alguno de estos derechos no pueda tener repercusiones jurídicas desde este ángulo: dentro de los crímenes de Derecho internacional se tipifican conductas que, directamente o vinculadas al ejercicio de derechos civiles y políticos implicarían una privación de derechos económicos, sociales y culturales; eso si su apreciación como conducta criminal se ha de formular, para resultar coherente, conforme a los requisitos contextuales diferenciados de cada uno de los crímenes de Derecho internacional tipificado. Quedaría por dirimir, y la respuesta *a priori* no puede ser negativa, la posibilidad de que la privación específica de ciertos derechos económicos, sociales y culturales pudieran encuadrarse en la cláusula de cierre que habilita a considerar crímenes contra la humanidad, siempre que sea en el contexto general definido, “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” – según el artículo 7.1.k) Estatuto de la Corte Penal Internacional”. En Bonet, J. y Alija Fernandez, A., *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 53, 2009, p. 58.

²⁹ Este concepto es acuñado por Wolfgang Naucke. Véase a este respecto comentarios de Francisco Muñoz Conde a Naucke, Wolfgang, *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat. Eine An-*

cual podría llegar a considerarse un nuevo concepto de ataque en virtud de la repercusión mundial que este tipo de delitos puede llegar a tener sobre el orden y la seguridad internacionales, siendo plausible su inclusión en una *ratione materiae* dilatada de una definición más progresiva de los CCH³⁰ -p. ej., delitos económicos políticos como la crisis o la gran estafa financiera que atentan contra el interés económico global y los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluidos los sociales y económicos, cuya protección y disfrute son necesarios para asegurar unos estándares aceptables de bienestar y dignidad de la población de acuerdo a las expectativas vitales reconocidas como básicas en la sociedad contemporánea-.

La cuestión de cómo se entiende o cómo se puede llegar a interpretar la concurrencia de los requisitos de la intención y del conocimiento es central para recrear una nueva dimensión del concepto de ataque para los CCH en relación con los *crímenes económicos*. En la definición clásica, la intención y el conocimiento versan sobre el *actus reus* -p. ej., el asesinato- siendo la realización de estas conductas infligidas finalidad y propósito atribuibles a los autores. Adoptar un enfoque más amplio para apreciar la existencia de un nuevo significado de ataque supondría afirmar que, existe la intención y el conocimiento de llevar a cabo los actos de naturaleza económica -p. ej., actos de corrupción política-, que efectivamente por su carácter sistemático o generalizado, crean un contexto apropiado con relación a las consecuencias -p. ej. los daños a la salud física- sobre las que el autor tendría conciencia o casi una absoluta certeza de su causación en el curso normal de los acontecimientos.

En este sentido sería conveniente traer al encuentro la propuesta que pretendía incorporar los “daños intencionales y graves al medio ambiente” en el Proyecto de código sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1991. El artículo 26 sancionaría a “quien intencionadamente cause u ordene la causación de un daño al medio ambiente grave, duradero y extendido”. Aunque un elemento esencial de la definición del crimen lo aporta el adverbio “intencionalmente”, que se refería a la finalidad expresa o al propósito específico de causar el daño, excluyendo del ámbito del artículo, no sólo los casos de daños causados por negligencia, sino también los causados por la violación deliberada de los reglamentos que prohíben o limitan el uso de determinadas sustancias o técnicas, siempre que la finalidad expresa o el propósito específico no era causar un daño al medio ambiente, algunos miembros de la Comisión consideraron que a su juicio, por ejemplo, *si la violación deliberada de ciertos reglamentos relativos a la*

näherung, editorial LIT (Serie: Rechtsgeschichte und Rechtsgeschichten-Kleine Schriften, tomo 33), Berlín 2012, 101 páginas.

³⁰Bassiouni, M.C., *Crimes Against Humanity...*, *op. cit.*, p. 14.

*protección del medio ambiente, por ejemplo por afán de lucro, ocasionaba daños extensos, duraderos y graves, ello constituiría un crimen contra la humanidad independientemente de que la finalidad hubiera sido o no causar un daño al medio ambiente. En opinión de esos miembros, el artículo 26 esta[ría] en contradicción con el artículo 22, sobre los crímenes de guerra, que trata igualmente, en el apartado de su párrafo 2, de la protección del medio ambiente. Según el artículo 22 es un crimen no sólo la utilización de métodos o medios de guerra que hayan sido concebidos para causar daños, sino también la de aquellos de los que sea dado prever que causen daños, aun cuando el propósito al utilizar esos métodos o medios no haya sido causar daños al medio ambiente*³¹.

Trasladada esta idea al campo de los daños personales contra la vida, la integridad, la salud física y/o mental de la población y la propia dignidad humana, podría afirmarse que llevar a cabo comportamientos, utilizar métodos o medios que, aunque no hayan sido concebidos para causar los daños, se pueda prever que los causen, aunque éste no haya sido el propósito, no exime de la responsabilidad por la causación de los mismos. Aunque este artículo 26, y por ende sus comentarios, no fueron incorporados finalmente en el Proyecto de código de 1996, su rescate se hace necesario con la idea de poner de manifiesto que estas cuestiones que se plantean de fondo no son nuevas sino que ya se ha venido discutiendo por la doctrina científica.

Siguiendo esta línea discusiva sobre una aproximación más contemporánea a la idea de ataque, que propone distinguirlo de los delitos subyacentes, podemos decir que ya existen algunos antecedentes relativos a esta cuestión. En el caso *Strafsache 78/48*, el Tribunal Británico de la zona ocupada, en aplicación de la Ley del Consejo de Control n° 10, consideró una forma de ataque “el dominio despótico de violencia de los nazis” o “el régimen nacional socialista de violencia y arbitrariedad” mientras que la destrucción de un bien cultural -la sinagoga- constituía una conducta suficientemente conectada con el ataque para los cargos de CCH³². La causa contra Katanga sostenida ante la CPI declaró la necesidad de considerar el ataque, la calificación del ataque y los actos subyacentes en pasos separados³³.

Una vez superada la conexión de los CCH con los conflictos armados, esta figura debe dar cabida a otras formas de actuación que no involucran ataques armados o el uso de la fuerza armada o de la violencia directa pero que producen *de facto* el mismo tipo de

³¹ CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1991*, Vol. II, *op. cit.*, comentario al artículo 26, p. 116.

³² Schmid, E., *Taking economic, social and cultural...*, *op. cit.*, p. 93 y nota al pie 90.

³³ *Prosecutor v Katanga...*, *op. cit.*

actos prohibidos, modificado sólo el contexto en el que se comenten³⁴. Es por ello que las conductas que sí implican otras formas de violencia como la ambiental, la social, la económica o la cultural, podrían llevarse al marco conceptual de la definición de ataque, si aquellas fueran orquestadas de manera sistemática o tuvieran consecuencias en una escala generalizada.

Descubrir nuevos enfoques para elaborar conceptos como la noción de *ataque económico-financiero, económico-político, ambiental, social*, sobre la población civil, desligando la línea de conducta que recrearía el contexto para la comisión de los ilícitos subyacentes, de los propios actos violentos, podría contribuir a sancionar y perseguir algunas de las peores formas de atentar sobre la población civil.

Esta dimensión y definición más contemporánea del concepto de ataque sería uno de los elementos centrales en torno al cual giraría una tipificación *ex novo* de los crímenes económicos, así como la integración de estos crímenes en la figura actualmente tipificada de los CCH.

3. 2. 2. 2. Sobre la *mens rea*: del conocimiento y de la intención

Los CCH requieren para su tipicidad la conjunción de los elementos objetivos, que configuran la parte externa del hecho, y de los elementos subjetivos o *mens rea*, que se refieren al contenido de la mente del autor, que incluyen la conciencia y la voluntad del sujeto de realizar el *actus reus*.

En el artículo 30 del ER, denominado “Elemento de Intencionalidad”, se establece que habrá responsabilidad penal para el individuo a efectos del Estatuto cuando los actos materiales se hayan cometido con conocimiento y con intención. En el párrafo tercero del artículo aclara que por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. En el párrafo segundo, concreta que se entiende que actúa intencionalmente quien, en relación con una conducta, se propone incurrir en ella, y en relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

³⁴ Aunque hay que señalar que el juicio contra *Sadam Hussein* ha sido considerado muy cuestionable quisiéramos señalar que se realizó una acusación por “actos inhumanos” ante Alto Tribunal Iraquí en función de la destrucción de infraestructuras civiles y productivas que tuvieron lugar durante el ataque a la ciudad de Ad-Dujay, en Jyrkkiö, T., *Other Inhumane Acts...*, *op. cit.*, p. 203.

La exigencia del requisito de la *mens rea* para los CCH, en términos de la verificación de la intención y del conocimiento sobre los actos, *podría* oponerse a la integración de los *crímenes económicos* dentro esta categoría de crímenes de Derecho internacional, en la medida que la gravedad de los abusos y los daños que producen las conductas que integrarían las categorías expresadas dentro de esta figura, o al menos una parte sustancial de ellas, estarían más en el campo de las consecuencias de los comportamientos que en el contenido material de los actos que las provocan, lo que nos llevaría a una discusión sobre la aceptación de la imprudencia y de la negligencia a efectos de la clasificación criminal de las conductas.

Como regla general los crímenes internacionales son dolosos, es decir, exigen que el sujeto haya realizado los actos que lo definen con plena conciencia y voluntad, confluyendo los elementos intelectuales y volitivos. Para actuar dolosamente, el sujeto tiene que querer actuar, prever la producción de un resultado delictivo, y conocer las cualidades requeridas del contexto en el que se realizan determinadas conductas cuando son parte de la definición del crimen, como es el ataque generalizado y sistemático³⁵. Para actuar además dolosamente, el sujeto debe querer el ilícito como una consecuencia de su comportamiento, con al menos un grado de voluntad que se define como dolo eventual.

En la doctrina continental se distinguen tres clases de dolo. El dolo directo de primer grado, que concurre cuando la realización de los elementos objetivos el crimen es el fin que persigue el autor -p. ej., quiero matar a una persona en particular, tomo una pistola, y le disparo en el corazón causándole la muerte-. El dolo directo de segundo grado, cuando el injusto es una consecuencia que se prevé como necesariamente unida a la consecución de su fin -p. ej., evitar que lleguen armas a un grupo rebelde y bombardeo un camión aun sabiendo que está rodeado de civiles y morirán-. El dolo eventual, que es el que más discrepancias generan en cuanto a su definición, se produce cuando el resultado delictivo no es el fin del sujeto, tampoco es una consecuencia necesariamente unida a tal fin, pero sí es una consecuencia posible de su actuar, con la que el sujeto cuenta, habiendo también aquí una profunda discusión sobre sí lo que determina el dolo eventual es el grado de probabilidad de producirse los ilícitos, o el control sobre el curso causal que se atribuye al sujeto³⁶.

De una u otra forma, la exigencia de un determinado grado de probabilidad del resultado se suele resumir por la doctrina y la jurisprudencia en que *el sujeto tiene que prever el resultado como una consecuencia natural y probable de su conducta*, que puede inter-

³⁵ Gil Gil, A., *El elemento subjetivo de los crímenes (mens rea)* en Gil Gil, A., y Maculan, E., *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 185-188.

³⁶ *Ibid.*, pp. 188-191.

pretarse en el sentido de excluir la representación de la causación del resultado como producto de un curso causal altamente improbable³⁷.

Para la tipificación *ex novo*, por tanto, de ciertas conductas de naturaleza económica como CCH -p. ej., la corrupción- deberían definirse los elementos objetivos de los actos y también los elementos subjetivos que precisan la voluntad y el conocimiento de realizarlos. A pesar de las dificultades de concretar en Derecho internacional penal las diferentes definiciones de los sistemas jurídicos penales del mundo con relación a la *mens rea*, y la compleja y asimétrica jurisprudencia de los Tribunales ad hoc, que llegan a identificar los conceptos de dolo eventual y *recklessness*³⁸, y de la propia CPI, con relación a la exigencia de los elementos del conocimiento y de la voluntad, se podría concluir que las injustos subyacentes a esta categoría deben ser dolosos, considerando que debe quererse incurrir en la conducta y prever las consecuencias, con un grado de probabilidad suficiente o sustancial, en el curso normal de los acontecimientos, aceptando así el dolo eventual, tratando de evitar con ello que se creen *incompresibles lagunas de punibilidad*³⁹, pero no las conductas imprudentes basadas en la simple posibilidad de la ocurrencia.

Para pensar en la criminalización internacional de las actividades de naturaleza económica, conectando sus consecuencias o resultados con los ilícitos subyacentes a los CCH en el ER, -p. ej. proyectos de explotación de hidrocarburos, que resultado de una falta de diligencia debida en la adopción de políticas y procedimientos adecuados en el desarrollo de sus operaciones, provoca una contaminación masiva del entorno en el que opera, produciendo la pérdida de vidas humanas, creación de condiciones de existencia peligrosas, traslados forzosos de población o actos inhumanos que generen grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física-, la atribución de la *mens rea* es más compleja en el sentido que habría que verificar el propósito de incurrir en la conducta -p. ej., la contaminación generalizada y sistemática-, y el propósito de causar el resultado o la conciencia de se producirá en el curso normal de los acontecimientos -p. ej., ilícitos subyacentes como pérdida de vidas, la creación de condiciones de existencia peligrosas y otros actos de carácter inhumano-, además del conocimiento de las circunstancias - p. ej., que esos injustos forman parte de un proceso de contaminación masiva en la región provocado por su actividades extractivas-

³⁷ *Ibid.*, pp. 194-199.

³⁸ Este es un concepto que no tiene traducción, ya que no coincide con los conceptos manejados en nuestra dogmática y que ocuparía un lugar intermedio entre el dolo y la imprudencia, pero que no se puede identificar exactamente con ninguno de ellos, Gil Gil, A. y Maculan, E., *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 189.

³⁹ *Ibid.*, p. 196.

Atribuir en esos casos el dolo respecto al propósito de incurrir en la conducta es mucho más complejo y presenta más obstáculos de técnica jurídica que la atribución del conocimiento y de la intención con relación a las consecuencias, o incluso a las circunstancias en las que se producen los injustos, siendo muy incierta la fijación de la *mens rea* en estas conductas de naturaleza económica para su conducción a la figura de los CCH, de acuerdo a las exigencias de concurrencia de los elementos intelectuales y volitivos fijados por el Derecho internacional para los crímenes internacionales y, en particular, los que establece el ER de la CPI para los crímenes de lesa humanidad.

3. 2. 2. 3. Contra la población civil

La locución “contra” exige que una población civil sea el principal objetivo del ataque, no pudiendo ser las víctimas causales o incidentales. Hace además esta expresión hincapié en la intención del ataque y no en el resultado físico del mismo. Debe existir *a priori* la voluntad de causar daños a la población y ello en el curso de la consecución de unos objetivos o propósitos de mayor alcance.

Con relación a las víctimas de los denominados *crímenes económicos*, se podría sostener que no son causales tampoco, sino que su victimización es consustancial *al afán de lucro, la obtención o el sostenimiento de una posición de poder o de equilibrio económico-político*. Las víctimas, indicando además el término población el carácter colectivo del crimen, lo son de forma inevitable o naturalizada, siendo, por tanto, no objetivos, sino un parte esencial, en forma de externalidad, de las políticas que sostienen estas conductas de naturaleza económica. La gravedad, la extensión y la durabilidad de los daños padecidos por la población civil determinarían la gravedad del acto, *independientemente de que la finalidad hubiera sido o no causarle un daño*.

Es por ello que, tanto para la tipificación *ex novo de los crímenes económicos*, como para la apreciación de estos crímenes económicos dentro de la categoría de CCH, se consideraría oportuno sustituir o apreciar la expresión “contra” por “sobre”, que incluye una dimensión que es implícita a los ataques de carácter económico y que significa que el ataque “alcanza” a alguien o a algo de manera consustancial al desarrollo del mismo, aunque no esté estrictamente dirigido contra él.

3. 2. 2. 4. Sobre la política de un Estado u organización: los actores no estatales en la comisión de los crímenes contra la humanidad

La definición de los CCH en el ER exige, de acuerdo con el artículo 7.2.a), que *el ataque contra la población civil sea de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política*, desprendiéndose de la redacción que el instrumento contempla expresamente la comisión de CCH por autores no estatales⁴⁰.

Más allá de las consideraciones jurisprudenciales y doctrinales con relación a la cuestión de la necesidad legal o no del elemento de la *política* para los CCH y que, siguiendo a la propia CPI, aquel elemento se consideraría más que un requisito de la definición de los crímenes, un criterio que pudiera resultar útil para establecer la motivación subyacente para detectar los vínculos y las características comunes entre los actos, la cuestión de fondo con relación a los *crímenes económicos* como CCH es la de la inclusión de los actores no estatales de naturaleza económica dentro del concepto “organización” a efectos de la responsabilidad penal por la realización de estos abusos.

La CDI, en el año 1991, ya realizó comentarios en esta materia en su labor de formular observaciones respecto del proyecto de disposición sobre CCH que pasaría a ser el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996. En este sentido declaró que el Proyecto de artículos “no se limita a señalar como autores posibles de los crímenes previstos en el mismo a los funcionarios o representantes de un Estado” y que “no excluye la posibilidad de que simples particulares, dotados de un poder de hecho u organizados en bandas o grupos criminales, puedan también cometer el tipo de violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos a que se refiere ese artículo, en cuyo caso sus actos caerían dentro del ámbito del proyecto de código”⁴¹.

El Proyecto de código de crímenes de 1996, antecesor directo del ER, añadió finalmente el requisito de que para que fueran CCH, los actos inhumanos debían estar instigados o dirigidos “por un gobierno o por una organización política o grupo”⁴², pero sin ofrecer una definición más detallada o criterios concretos de interpretación de esta expresión. En su comentario a este requisito, la Comisión señaló que “[L]a instigación o dirección por un gobierno o por cualquier organización o grupo, relacionado o no con

⁴⁰ CDI, *Primer informe sobre los crímenes...*, *op. cit.*, p. 79.

⁴¹ CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1991*, Volumen II, *op. cit.*, p. 112.

⁴² CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1996*, *op. cit.*, p. 51.

un gobierno, da al acto mayor importancia y hace que se convierta en un crimen contra la humanidad imputable a los particulares o a los agentes de un Estado”⁴³.

La pregunta que sugieren estas disposiciones es hasta dónde ha querido llegar la voluntad normativa de los legisladores en su propósito de reconocer la comisión de CCH por organizaciones o grupos más allá de los que tienen una naturaleza rigurosamente estatal, lo que ha generado un diverso desarrollo jurisprudencial y un importante debate en la doctrina científica.

La jurisprudencia del TPIY aceptó, por ejemplo, en la *causa Tadić*⁴⁴, que la ley en relación con los CCH, había evolucionado hasta tener en cuenta a fuerzas que, aunque no sean las del gobierno legítimo, tenían el control *de facto* de un territorio definido o podían moverse libremente por él. Esta misma interpretación se consolidó en la *causa Limaj*⁴⁵, en la que la Sala de Primera Instancia consideró que los acusados, miembros del Ejército de Liberación de Kosovo (ELK), podían ser enjuiciados por CCH al haber demostrado que esa entidad contaba con suficiente competencia para ejercer cierto control *de facto* sobre un territorio⁴⁶.

La CPI, a través de las causas sustanciadas en su jurisdicción, ha venido sugiriendo que la palabra “organización” incluye a organizaciones o grupos que tienen capacidad y recursos para planificar y llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Ello se desprende de algunas casos tales como el de *Katanga*⁴⁷, miembro de *las Ngiti militia* y acusado por CCH por ataques en Bogoro, en la República Democrática del Congo, el de *Ntaganda*⁴⁸, en el que confirmaron los cargos contra un acusado relacionado con el grupo paramilitar la Unión de Patriotas Congoleños (UPC), el de *Callixte Mbarushimana*, en el que el Fiscal formuló cargos contra un acusado en relación con el grupo rebelde las Fuerzas Democráticas de Liberación de Ruanda (FDLR), y en la causa contra Joseph Kony, donde el acusado estaba presuntamente vinculado con el Ejército de Resistencia del Señor, grupo armado que llevaba a cabo una insurgencia contra el Gobierno de Uganda. En su *Decisión de Autorización sobre Kenya*⁴⁹ de 2010, la Sala de Cuestiones Preliminares II confirmó los cargos contra los acusados por

⁴³ *Ibid.*, p. 52.

⁴⁴ *Causa Tadić de 1997...*, *op. cit.*, para. 654.

⁴⁵ *Prosecutor v. Limaj et al...*, *op. cit.*, paras. 212 y 213 (30 de noviembre de 2005).

⁴⁶ Véase a este respecto CDI, *Primer informe sobre los crímenes...*, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

⁴⁷ *Causa Katanga de 2008...*, *op. cit.*, para. 396.

⁴⁸ *Causa Ntaganda de 2012...*, *op. cit.*, para. 22.

⁴⁹ *Decisión de Autorización sobre Kenya de 2010...*, *op. cit.*, para. 90.

CCH debido a su asociación con una “red” de autores *compuesta por eminentes representantes políticos del Movimiento Democrático ‘Naranja’, representantes de los medios de comunicación, antiguos miembros de la policía y del ejército de Kenya, ancianos kalenyin y dirigentes locales*⁵⁰. La CPI vino a señalar que *el carácter formal de un grupo y el nivel de su organización no deberían ser los criterios determinantes, en lugar de ello debería hacerse una distinción respecto de si un grupo tiene la capacidad necesaria para realizar actos que atenten contra valores humanos básicos*⁵¹. En su decisión de 2010, la mayoría rechazó expresamente la idea de que “solo las organizaciones semejantes a Estados” podían considerarse como organizaciones a los efectos del artículo 7.2.a)⁵².

Lo que se desprende básicamente de esta jurisprudencia es que los Tribunales *ad hoc* y la CPI se han venido pronunciando sobre causas de naturaleza muy similar, las cuales han girado en torno a situaciones de conflictos armados, guerras de baja intensidad, regímenes dictatoriales o sucesos políticos violentos, de diferente tipo o de distinta fuerza, a lo largo del mundo, y las personas acusadas con cargos de CCH pertenecen a grupos rebeldes, grupos de oposición o redes o grupos organizados, en su calidad de actores participantes en estos conflictos, cualquiera que sea la forma en la que se desenvuelven. Por lo general, estas organizaciones no estatales tienen unas características particulares: son grupos que devienen en actores de naturaleza política, que se levantan en armas contra la autoridad, que puede ser legítima o no serlo, con el objeto de derrocarla o suplantarla, que pueden llegar a controlar una parte del territorio y ejercer funciones de naturaleza estatal, cuentan asimismo con un cierto grado de organización económica, política y militar, con los medios y con los recursos necesarios y suficientes para atacar a la población civil a través de formas armadas y violentas.

Hasta el momento solo tenemos constancia de la presentación de una comunicación ante la CPI sobre una situación producida en un contexto que no fuera el de un conflicto armado o una situación de violencia de naturaleza política. Este es el caso de la contaminación masiva en la Amazonía ecuatoriana derivada de un proyecto extractivo, que implicaba la acusación a los representantes de una organización de naturaleza económica, la empresa transnacional Texaco, como responsables de CCH. La comunicación, recibida por la oficina de la Fiscal de la CPI el 24 de noviembre de 2014, no ha

⁵⁰ En el momento de escribir este estudio la CPI ha cerrado el caso contra el Vicepresidente de Kenia por falta de pruebas, *Decision on the withdrawal of charges against Mr Kenyatta*, ICC-01/09-02/11-1005, 13 March 2015 | Trial Chamber V(b) | Decision, <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/09-02/11-1005>

⁵¹ *Decisión de Autorización sobre Kenya de 2010...*, *op. cit.*

⁵² CDI, *Primer informe sobre...*, *op. cit.*, pp. 79-80.

sido admitida para su investigación al alegar la CPI que los acontecimientos puestos en su conocimiento se encontraban, por un lado, fuera de la competencia material de la Corte, al no formar parte los sucesos, en su parecer, de la categoría de crímenes más graves de preocupación de la comunidad internacional en su conjunto y, de otro lado, que se hallaban igualmente fuera de su competencia temporal, ya que se habían producido con anterioridad a la entrada en vigor del ER, el 1 de Julio de 2002, o después de su ratificación por el Estado en cuestión. Nada dice la respuesta de la Oficina de la Fiscal con relación a la naturaleza jurídica de la organización en nombre de la cual actuaba el representante demandado y su competencia *ratione personae*⁵³.

Como no se ha producido una mayor casuística ante los tribunales internacionales, no puede deducirse, y menos adivinarse, cuales hubiesen sido los posibles pronunciamientos judiciales de una instancia como la CPI con relación a la comisión de CCH por organizaciones o grupos que tuviesen personalidad jurídica privada y objetivos de naturaleza económica o lucrativa más que política.

Siguiendo con esta cuestión, reputados autores como Bassiouni o Shabas, sostienen que no era el propósito de los redactores del ER ampliar la *ratione personae* de la CPI a cualquier organización o grupo. Shabas es de la opinión que solo aquellas entidades en las que se pudiera apreciar un poder similar a aquel que hace que los Estados tengan una gran capacidad de victimización sobre la población, pueden integrarse en el contenido de esta expresión “organización”, deduciéndose, por tanto, que aquel solo puede hallarse en aquellas entidades que tengan características estatales. La Republika Srpska, las FARC, la Autoridad Palestina, y quizás el gobierno de Taiwan, serían algunos exponentes de este tipo de organización, quedando obviamente fuera de este concepto organizaciones tales como los Ángeles del Infierno o la mafia, dice el autor⁵⁴. Como ya hemos visto, la jurisprudencia de la CPI parece que ha dado un paso hacia delante respecto de esta opinión. Bassiouni, contrario a lo que se defiende como un avance con relación a la ampliación de la competencia de la CPI, señala que el artículo 7 no trae un nuevo desarrollo para los CCH, en particular su aplicación a los actores no estatales. Apunta que ampliar la *ratione materiae* de la Corte hacia entidades como la mafia, o incluso *al-Qaeda*, iría en contra el espíritu de este artículo. Dice el autor que el artículo 7.2 se refiere nítidamente a la política de un Estado, y que “la política de una organización” no se refiere a la de una organización cualquiera, sino solo y exclusivamente a la política del Estado. De acuerdo

⁵³ Respuesta de la Oficina del Fiscal de la CPI a la comunicación presentada por los representantes legales de las víctimas de Lago Agrio. Este documento ha sido facilitada por los abogados que representan a las víctimas.

⁵⁴ Shabas, W., *State policy as an element of...*, *op. cit.*, p. 972.

con la tesis de Bassiouni, el alcance del término organización sólo llegaría a aquellas organizaciones que formaran parte o estuvieran integradas en la arquitectura gubernamental o estatal, como fue el caso de las SS o la Gestapo⁵⁵. Señala que sólo una nueva interpretación del término *organizational policy* puede ser el camino para incluir a los actores no estatales en el ámbito de la CCH bajo el artículo 7.2 del ER, sin tener una enmienda al ER o una interpretación del término por parte de la Asamblea de los Estados Partes⁵⁶.

Sin embargo, y quizás en contra de la acreditada opinión de estos autores, se deba recordar que los delegados asistentes a la conferencia diplomática celebrada en Roma para elaborar el ER discutieron una propuesta, incluida en el texto final presentado por el Comité Preparativo, cuyo contenido era el de extender la jurisdicción *ratione personae* de la Corte a las personas jurídicas⁵⁷.

Aunque esta propuesta abordaba realmente la posibilidad de ampliar la competencia de la CPI más allá de las personas naturales, como responsables penales internacionalmente, extendiéndola también a las personas jurídicas, con relación al tema que nos ocupa de las entidades que pudieran integrarse en el término organización, hay que subrayar que esta propuesta realizaba una definición de lo que se entendía por persona jurídica, a saber, aquellas que tuvieran como principal objetivo la “búsqueda de un beneficio o ganancia privada”, excluyendo así cualquier posibilidad de someter a los Estados a un régimen de responsabilidad penal internacional⁵⁸, y lo que se entiende como un reconocimiento implícito de la participación de actores no estatales en la comisión de los crímenes objeto de la competencia material de la CPI.

A pesar de que la propuesta de ampliar la competencia *ratione personae* de la CPI a las personas jurídicas finalmente no fue incluida, al no ser una cuestión lo suficientemente madurada, y teniendo en cuenta que su adopción conllevaría complejas implicaciones de aplicación de Derecho internacional, de Derecho penal y del principio de complementariedad de la competencia de la CPI, ya que la mayoría de los Estados partes desconocían la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sus sistemas legales nacionales, parece que sí quedó admitida la responsabilidad penal individual de aquellos que actuaran detrás de la política de una organización o grupo que tuviesen incluso

⁵⁵ Bassiouni, M. C., *The legislative history of the international criminal court: introduction, analysis and integrated text*, Vol. 1151-152, 2005.

⁵⁶ Bassiouni, M. C., *The case of specialized...*, *op. cit.*, p. 585.

⁵⁷ Van de Herik, L., *Subjecting corporations to the ICC regime: analyzing the legal counterarguments*, unedited versión, p. 4.

⁵⁸ Nerlich, V., *Core crimes...*, *op. cit.*, p. 908.

intereses privados, tal y como señaló la definición del término “organización” aceptado en los trabajos preparatorios.

Lo que ya hoy parece indiscutible es que, como señalaba Carrillo Salcedo, el proceso de difusión del poder, implica cambios importantes tanto en la naturaleza del poder como en la distribución del mismo entre los distintos actores de la vida internacional, que hoy no son exclusivamente los Estados⁵⁹. El Derecho internacional penal no puede mantenerse ajeno a estas transformaciones y debe abordar adecuadamente el poder de victimización de los actores no estatales en función de estas transformaciones del poder. Prevenir, perseguir, sancionar y reparar a las víctimas de los mayores abusos que se comenten contra ellas en el ejercicio del poder con gran capacidad de victimización ha sido el *leitmotiv* de los crímenes de Derecho internacional. Obviar a los nuevos actores y a las nuevas formas de ejercer este poder público o privado, significaría no abordar los desafíos que para el Derecho internacional se presentan en la sociedad contemporánea.

Experiencias recientes, de hecho, nos han demostrado que actores no estatales pueden llevar a cabo la comisión de CCH⁶⁰ y, por tanto, ostentar la capacidad, la fuerza y el poder de victimización necesario para calificar sus conductas como crímenes de Derecho internacional. Si este reconocimiento puede extenderse a actores u organizaciones de naturaleza económica -empresas y organizaciones criminales transnacionales, entre otros- será algo que irá desvelando la jurisprudencia de la CPI, que parece mantener una posición más flexible, progresiva y funcional al respecto, la adopción de un instrumento internacional de carácter convencional sobre los CCH y, por qué no, el impulso de la práctica y del desarrollo normativo de los Estados y de las entidades de carácter regional y universal en este sentido, en respuesta a los procesos de transformación y de incidencia política empujados desde la sociedad civil.

Durante un tiempo los litigios mantenidos en algunos tribunales domésticos, en aplicación del principio de justicia universal para la persecución de crímenes de Derecho internacional, como la causa Total ante los tribunales belgas bajo la acusación a la petrolera francesa Total por complicidad en la comisión de CCH en Birmania, o la aplicación judicial del ATCA en los Estados Unidos, en casos como Kiobel, donde los hechos se asociaban a denuncias relativas a una serie de CCH, sosteniendo los demandantes que la compañía había colaborado con el gobierno de Nigeria para que se violasen sus derechos, en respuesta a las manifestaciones (lícitas) de aquéllos contra la explotación de petróleo,

⁵⁹ Carrillo Salcedo, J. A., *Derechos humanos y derecho internacional*, ISEGORIA/22, 2009, pp. 69-81, p. 74.

⁶⁰ Gil Gil, A. y Maculan, E., *El derecho penal..., op. cit.*

podrían haber sido una fuente muy ilustrativa para el reconocimiento en Derecho internacional de la comisión de estos crímenes por actores no estatales, ya sean privados o de carácter supraestatal. La respuesta de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Kiobel*, que puso de relieve que el ATS no tenía por objeto hacer de los Estados Unidos un «uniquely hospitable forum for the enforcement of international norms»⁶¹, parece quebrar las expectativas puestas al menos en la aplicación de la jurisdicción extraterritorial en los casos de graves violaciones de normas de Derecho internacional por parte de actores privados para dirimir su responsabilidad por estos hechos.

La figura de los *crímenes económicos contra la humanidad*, como expresión de una parte de las más graves violaciones cometidas en la sociedad contemporánea contra los seres humanos, exige que sea reconocido el poder de victimización de los actores no estatales o privados, de naturaleza económica o motivados por consideraciones de carácter económico o político-económico, y que se articule un marco jurídico que sea estricto, claro y preciso con relación a las conductas que en su desarrollo pueden implicar el quebrantamiento de normas de Derecho internacional y las responsabilidades penales internacionales que puedan derivar por ello para sus autores.

3. 2. 3. La relación entre las graves violaciones de los derechos humanos y los crímenes de Derecho internacional

El Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional penal son dos ramas jurídicas del Derecho internacional que comparten el objeto de proteger los derechos humanos más fundamentales y, además, la idea subyacente de poner al individuo en el foco de atención del Derecho internacional, ya sea como titular de derechos en el caso del primero, o como titular también de obligaciones en el segundo⁶². Sin embargo, estos mismos campos, presentan importantes diferencias en cuanto a cuáles son sus funciones principales y quiénes son los sujetos a los que se dirigen.

El Derecho internacional de los derechos humanos está compuesto por normas, positivas y consuetudinarias, que establecen un catálogo de derechos humanos que los Estados deben proteger, promover y respetar. Las normas de derechos humanos tienen, por tanto, como objeto garantizar y afianzar la protección de los derechos humanos,

⁶¹ Opinion of the Supreme Court of the United States, *KIOBEL, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF HER LATE HUSBAND KIOBEL, ET AL. v. ROYAL DUTCH PETROLEUM CO. ET AL.*, p. 12, https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf

⁶² Gil Gil, A. y Maculan, E., *El derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 41-42.

previniendo y sancionando su vulneración y están dirigidas a los Estados, sujetos que, como ya hemos visto, son considerados primarios en Derecho internacional. El régimen de sanción para los Estados por incumplimiento o violación de las normas de derechos humanos pasa por las comunicaciones, las recomendaciones y las resoluciones realizadas por los órganos de los tratados internacionales o regionales y las decisiones tomadas por los tribunales de derechos humanos.

El Derecho internacional penal, a diferencia del Derecho de los derechos humanos, además de una función protectora también ejerce una de naturaleza disuasoria, y se ocupa de delitos especialmente graves que son calificados como crímenes internacionales, comportamientos atroces que afectan a la comunidad internacional en su conjunto, siendo por ello que todos y cada uno de los Estados tiene interés en su persecución y sanción internacional. La gran novedad de esta rama jurídica del Derecho internacional consiste en exigir la responsabilidad penal individual en la esfera internacional. Los crímenes de Derecho internacional pueden perseguirse en los foros domésticos de los Estados, subrayando la importancia del ejercicio del principio de la jurisdicción universal a este fin, en los tribunales *ad hoc* creados para juzgar crímenes cometidos en conflictos o situaciones específicas, y ante la CPI, único tribunal de justicia internacional permanente que tiene personalidad jurídica internacional.

Los crímenes internacionales, como son los CCH, se originan en normas de Derecho internacional, en el sentido que criminalizan conductas que ya estaban prohibidas por el Derecho internacional, bien por tratados, bien por una norma consuetudinaria. El Derecho internacional penal constituye la última etapa de un proceso evolutivo que empezó en la fase declarativa de los derechos humanos, siguió con la prohibición expresa de su violación y culminó con la criminalización de esas conductas prohibidas⁶³.

El encuentro, por tanto, entre estas dos ramas jurídicas del Derecho internacional tiene lugar en el campo de la protección de los derechos humanos, pero sólo cuando entra en juego la salvaguardia del denominado *núcleo duro*⁶⁴, o de los llamados derechos *fundamentales*⁶⁵, frente a las formas más graves de agresión contra los mismos.

La esfera de los derechos humanos en la que se unen estas dos ramas del Derecho internacional ya fue reconocida por el artículo 21 del Proyecto de código sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la CDI del año 1991, que reemplazó

⁶³ Amati et al., 2016, en presa citado en Gil Gil..., p. 44

⁶⁴ Rueda Fernández, C., *Delitos de Derecho internacional...*, op. cit., p. 141.

⁶⁵ Gil Gil, A. y Maculan, E., *El derecho penal...*, op. cit., pp. 41-42.

la expresión CCH del Proyecto de 1954, por la de violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos, enumerando en su literal una serie de graves conductas que entrarían dentro del ámbito de aplicación del Proyecto, cuando se cometieran de una manera generalizada o sistemática. Entendía la Comisión que el elemento común de todos los hechos constitutivos de los crímenes, en virtud de este artículo, era la violación grave de ciertos derechos humanos fundamentales.

Proceder a una actualización de forma y de fondo en este sentido, tenía sentido en cuanto al considerable desarrollo que la protección de los derechos humanos había experimentado en las últimas décadas, tanto en lo relativo a la elaboración de instrumentos internacionales en la materia, como en lo relativo a los órganos encargados de su aplicación, o a la toma de conciencia universal de la imperiosa necesidad de proteger esos derechos⁶⁶. Esta idea se encuentra en los fundamentos del Proyecto de código sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la CDI del año 1996 y del ER, del que aquel es antecesor directo.

Los *crímenes económicos contra humanidad*, en la que medida que sus víctimas son todas aquellas personas que, individual o colectivamente, han sufrido graves agresiones contra su integridad, su salud, su bienestar social y económico, sus libertades, su dignidad y su propia vida, sufriendo un menoscabo sustancial de sus derechos humanos⁶⁷, como consecuencia de comportamientos que constituyen serios abusos del poder económico y económico-político, se sienten interpelados por esta relación perimétrica del Derecho internacional penal y del Derecho internacional de los derechos humanos, apostillada en la criminalización de las graves violaciones del denominado núcleo duro de los derechos humanos.

Las víctimas de estos abusos del poder económico y económico-político, de las conductas y de los actores detrás de ellas, se ven vulneradas en sus derechos llamados fundamentales, pudiéndose identificar en ellos la comisión de CCH como el asesinato, en complicidad con el sostenimiento de conflictos armados o regímenes dictatoriales cuando se producen contra la población civil, las formas modernas de esclavitud, ligadas a los sistemas productivos de la globalización económica, el traslado forzado de población por causas ambientales, la violación sexual de mujeres como prácticas ligadas al control de la población en contextos de desarrollo de megaproyectos, o el

⁶⁶ CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1991..., *op. cit.*, comentario artículo 21, p. 111.

⁶⁷ Véase a este respecto OHCHR, *La Declaración de los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, E/AC.57/1988/3.

sometimiento a actos de carácter inhumano en razón del sufrimiento y de los daños a la salud física y mental que puede suponer sobrevivir bajo la imposición de condiciones de existencia de emergencia social consecuencia de la corrupción política o de las políticas de austeridad, siempre que todas estas se comentan en el marco de una línea de conducta generalizada o sistemática.

Ahora bien, las víctimas de estos abusos económicos, también ven violentados un conjunto de derechos humanos económicos, sociales y culturales, y de tercera generación, de naturaleza individual y colectiva, reconocidos en instrumentos jurídicos internacionales, que considerados universales, interdependientes e interrelacionados, contribuyen a la construcción y a la protección de la noción de dignidad y de humanidad en la evolución de la sociedad internacional, en tanto que valores compartidos por la comunidad internacional en su conjunto. Reconocer que la violación de una norma u obligación de derechos humanos de naturaleza económica y social, puede ser grave, en cuanto que su trasgresión puede llegar a afectar el mismo tipo de bien jurídico que la violación de una norma relativa al denominado núcleo duro, y que además puede llevarse a cabo de manera generalizada o sistemática, ampliaría las perspectivas de una posible criminalización de todas las *formas contemporáneas de graves violaciones de derechos humanos* en Derecho internacional.

La gravedad de las violaciones de derechos humanos, más allá de su núcleo duro y las prácticas del asesinato, el exterminio, la esclavitud, el genocidio o la deportación que han sido el punto de partida en la consideración de los CCH, ya ha sido reconocida por algunos tribunales regionales de derechos humanos como la Corte Interamericana y la Corte Africana de Derechos Humanos, por los órganos de la ONU, por órganos de los tratados tales como el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Comité de los Derechos de la Infancia, el Comité para la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, entre otros, y en algunos informes de las revisiones periódicas de carácter universal que realiza la Organización⁶⁸.

En este sentido, el Informe final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos económicos, sociales y culturales), disponía entre las sugerencias formuladas que *se podría declarar que las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales son crímenes internacionales, por lo que están sometidos a los principios de jurisdicción universal e imprescriptibilidad, para poder sancionarlos en cualquier momento y lugar. Para garantizar y proteger los derechos económicos, sociales y culturales, cabría proponer a los Estados y a las instituciones internacionales reformas de*

⁶⁸ Véase a este respecto, Geneve Academy, *What amounts to a "serious..."*, op. cit., pp. 21-37.

*los sistemas jurídicos internos e internacionales actuales a fin de lograr que cumplieran esta misión de protección y de garantía*⁶⁹.

A día de hoy ni los tratados, ni la costumbre, ni los principios generales del Derecho internacional apuntan hacia a esta dirección. La doctrina científica también parece contraria a un reconocimiento más extenso de los derechos que pudieran integrar esta categoría de derechos humanos, cuya grave violación sea susceptible de criminalización internacional, al entender que con ello se degradaría la naturaleza y el valor de los crímenes de Derecho internacional, convirtiendo a los CCH en una especie de categoría *cath-all* para todas las violaciones generalizadas o sistemáticas de derechos humanos.

Aun así parece que existe la necesidad de ampliar la *ratione materiae* de los CCH, ya que como señala Bassiouni, la evolución histórica de los intereses protegidos por estos crímenes de Derecho internacional ha estado limitada al daño contra la persona, pero en el sentido de la naturaleza del daño directo. Esta no tiene en cuenta ciertos ataques, sobre otros intereses, que pueden tener efectos y consecuencias sobre la vida, la salud y el bienestar de las personas⁷⁰ en un sentido amplio y contemporáneo más acorde con la evolución del Derecho internacional de los derechos humanos y que, en nuestra opinión, formarían el núcleo de las líneas de conductas a regular y de los intereses a proteger por esta figura denominada crímenes *económicos contra la humanidad*, desarrollándose en su construcción una visión panorámica y más contemporánea sobre el conjunto de los derechos humanos.

3. 3. COMENTARIOS FINALES

La presente investigación ha tenido por objeto preguntarse sobre el proceso de humanización del Derecho internacional teniendo como referencia la posible criminalización, bajo el marco jurídico o conceptual de los CCH tipificados en el ER, de conductas o de abusos

⁶⁹ CHR, *Informe final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos* (derechos económicos, sociales y culturales), preparado por el Sr. El Hadji Guisé, Relator Especial, en cumplimiento de la resolución 1996/24 de la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/1997/8, p. 42.

⁷⁰ Bassiouni, M. C., *The case of specialized...*, *op. cit.*, p. 575. El autor señala "In addition to extending CAH's *ratione personae*, there is a need to also extend its *ratione materiae*. Presently, the historical evolution of CAH's protected interests has been limited to harm against the person, but only in the nature of direct harm. It does not take into account certain attacks upon other protected interests that may have effects or consequences on the life, health, and welfare of persons".

económicos, de grave naturaleza y consecuencias, en cuanto que afectan a bienes jurídicos fundamentales protegidos por la comunidad internacional, y resultan en una *forma contemporánea de violación grave y sistemática de derechos humanos*, habiéndose aquellos articulado en torno a la figura denominada *crímenes económicos contra la humanidad*.

La humanización del Derecho internacional se piensa como un proceso que tiende a la protección integral del individuo en una esfera, la internacional, inicialmente destinada a regular y tratar las relaciones entre los Estados, dirigida actualmente también a intervenir sobre los comportamientos que llevan a cabo los mismos hacia sus ciudadanos, y de la que se espera pueda actuar para prevenir, controlar y sancionar el abuso del poder no sólo político, sino también económico, de actores estatales y no estatales, ello en virtud de los cambios que se han producido, tanto en la naturaleza del poder, como en la distribución del mismo, entre los distintos actores de la vida internacional.

Los CCH constituyeron un hito histórico en el desarrollo del Derecho internacional y en la incorporación del principio de los derechos humanos, junto al de la soberanía de los Estados, en esta rama jurídica del Derecho. El propósito y el fundamento de esta categoría de crímenes de Derecho internacional no ha sido otro que el de la protección del ser humano frente a las conductas más aberrantes cometidas en el ejercicio del abuso del poder político, creando un sistema de *ius puniendi*, y de responsabilidad penal individual, más allá del de las jurisdicciones domésticas.

La protección de los principios y de los valores fundamentales reconocidos por la comunidad internacional, los cuales son objeto de protección de las normas que prohíben los CCH, debe acomodarse a las nuevas circunstancias sociales y económicas de la sociedad internacional, afrontando con ello nuevos retos globales. Entre estos desafíos se encuentra la compleja transición desde un orden jurídico y político internacional basado en la primacía del Estado, hacia una nueva arquitectura normativa e institucional, que influenciada por el análisis social y político de los problemas contemporáneos, desarrolle una capacidad de innovación conceptual sobre los fenómenos jurídicos necesarios para la modernización y la reforma del Derecho internacional.

El nacimiento de la figura *crímenes económicos contra la humanidad* es una forma de expresión de estas nuevas tensiones y desafíos que actualmente afronta el Derechos internacional. La protección integral del individuo, y de los pueblos, frente a los más graves abusos económicos y económico-políticos, que no son de fácil encaje en la arquitectura conceptual del ordenamiento internacional, entendido en su sentido más clásico, y que se producen en el marco del proceso de globalización contemporánea, el cual es selec-

tivo, dispar, cargado de resistencias y contradicciones, es, sin lugar a dudas, un reto de considerable importancia para el desarrollo y la evolución de esta rama del Derecho.

La posible criminalización de los abusos económicos y económico-políticos bajo la categoría de los CCH, recogida en el ER, exige una labor de trasposición de los elementos específicos y comunes, que le son propios a estos crímenes de Derecho internacional, a las nuevas conductas, actores y contextos comprometidos con los crímenes económicos, labor nada sencilla en función de la necesidad de cumplir con el principio de legalidad, que excluye la analogía o una interpretación extensiva de los mismos. La aproximación al análisis y a la interpretación de los elementos comunes de los CCH dentro de diferentes categorías de abusos económicos, realizada a partir de los cuatro casos de estudio, ha sugerido quizás más preguntas y dudas que respuestas concluyentes en relación a las cuestiones en tensión, tales como el concepto de ataque, la necesidad de que las víctimas no sean causales y su posición en el ataque, el papel de la política en la comisión de estos crímenes, la naturaleza de los actores detrás de ella y si estos elementos pueden leerse dentro de los *crímenes económicos* y en qué términos. El examen de los delitos subyacentes, como el del asesinato, la violación sexual, o la cláusula “otros actos de carácter inhumano”, y las posibilidades que estos ofrecen para conectar los abusos de naturaleza económica y económico-política, o sus consecuencias, con aquellos, tampoco sugiere evidencias claras que permitan afirmar la ausencia de obstáculos legales para su posible integración.

El desarrollo y la evolución de los CCH, además, no parecen estar encaminados en la dirección de ampliar el ámbito material, ni personal, de la competencia que otorga el ER a la CPI. La posibilidad de desvirtuar la naturaleza de la figura de estos crímenes de Derecho internacional, abordando de manera genérica graves violaciones de derechos humanos, cuando estas sean generalizadas o sistemáticas, es una resistencia de gran calado a la hora de considerar la integración de injustos de naturaleza distinta a la ha sido tradicionalmente considerada, es decir, a la política. Los contextos en los que se afirman la comisión de los CCH se mantienen vinculados *de facto* a día de hoy, de una forma u otra, a los conflictos armados, a las situaciones de violencia y a los regímenes de carácter autoritario o discriminatorios, obviando la importancia de otras formas actuales de conflicto, como las económicas o las ambientales, también con un gran poder de victimización sobre la población.

Es por ello que, dadas las dificultades jurídicas para integrar los abusos económicos y económico-políticos en la categoría actual de CCH de *lega lata*, sería necesario impulsar del desarrollo de una nueva figura jurídica denominada *crímenes económicos contra la humanidad*, enmarcada en el campo del Derecho internacional penal, la cual afirmaría la necesidad de la prohibición de los abusos económicos, en función de su grave

naturaleza e impacto sobre los valores y los principios que componen los conceptos de dignidad y de humanidad.

Si una vez el Derecho internacional evolucionó criminalizando el abuso del poder político de los Estados contra sus propios ciudadanos, algo que parecía inconcebible hasta después de la Segunda Guerra Mundial, debido a las muy pocas injerencias de esta rama del Derecho en la soberanía estatal, hoy es necesario que este Derecho avance de la misma manera hacia una protección integral del ser humano frente a aquellos abusos del poder económico y económico-político, que tienen lugar en la esfera internacional, y que vulneran bienes jurídicos fundamentales reconocidos por la comunidad internacional. Este desarrollo debe dar respuesta a la misma evolución de las leyes de la humanidad y al impulso de las exigencias de la conciencia pública en el devenir de los tiempos, y ello aunque hoy por hoy parezca totalmente extemporáneo e improcedente que el Derecho internacional penal sea la rama jurídica llamada a abordar este tipo de abusos.

Construir una arquitectura normativa e institucional que tenga como objeto prevenir, perseguir y sancionar los crímenes económicos y político-económicos y a los actores estatales y no estatales que los llevan a cabo, los cuales, con una gran capacidad de victimización en función del ejercicio y de la distribución del poder en la sociedad internacional, que mostrando una gran indiferencia y falta de respeto por la vida humana, además de un implacable poder cuya máxima expresión es la impunidad, afectan a bienes jurídicos fundamentales protegidos por la comunidad internacional, atentan severamente contra el cuerpo internacional de derechos humanos y socavan los valores y las instituciones democráticas y la estabilidad social internacional, llevaría sin lugar a dudas a alcanzar un marco jurídico internacional de mayor protección para la humanidad frente a las formas contemporáneas más crueles de agresión sobre los seres humanos.

La evolución del Derecho internacional penal hacia la consideración de los *crímenes económicos contra la humanidad*, como crímenes de Derecho internacional, depende más de decisiones políticas que de oportunidades jurídicas, en tanto en cuanto, como hemos visto, esta rama del Derecho presenta obstáculos legales para el tratamiento de estos abusos de *lega lata* o de *lege ferenda*, pero no son insalvables. El impulso y la convergencia política sobre esta cuestión estimularía, sin lugar a dudas, el debate y el trabajo jurídico para afrontar todas las dificultades, los conflictos y las tensiones legales para hacer posible el desarrollo y la tipificación internacional de esta figura.

En este sentido, no sería posible sostener con absoluta firmeza que existen impedimentos jurídicos -o de Derecho internacional penal- para que los graves daños contra el medio ambiente o los conflictos que derivan de la explotación de los recursos naturales no

podieran considerarse una de las más aberrantes formas de atentar contra el ser humano, al poner en peligro la salud, la integridad física y las expectativas vitales de generaciones presentes y futuras, afectadas por la magnitud, la perdurabilidad y el impacto de estos actos sobre la propia sostenibilidad de la vida humana y del medio físico; para que las peores formas de trato hacia los seres humanos, resultado algunas de los procesos transnacionalizados de producción e industrialización, amparados en el capitalismo salvaje, resultado otras de prácticas al margen de la ley llevadas a cabo por el crimen organizado, no sean consideradas gravísimas violaciones a los derechos humanos internacionalmente reconocidos y merecer un régimen de sanción y de persecución que permita alcanzar a sus autores, persuadirlos de no volver a cometer semejantes atrocidades y reparar a las víctimas; para que los crímenes como los asesinatos, los desplazamientos forzosos y los asaltos sexuales, cuando son generalizados y sistemáticos, y cometidos por actores con un gran poder de victimización, aunque no sean estatales, movidos por el ánimo de lucro y mostrando un gran desprecio por la vida humana, no sean considerados graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de Derecho internacional apelando a la intervención del régimen internacional penal vigente; para que la corrupción política, cuando es institucionalizada, y afecta al orden público y a los fundamentos de la economía, a la consecución del bien común y de los intereses generales, a la estabilidad y la seguridad de las naciones, suponiendo un grave atentado contra la sociedad, no forme parte de los crímenes más graves contra la población, evitando además con ello que los vacíos de gobernabilidad y de institucionalidad democrática dejen impunes crímenes de gravísimas trascendencia; para que el abuso de poder económico y económico-político, en función de la categórica influencia que ejercen sus fuerzas en el desarrollo de las esferas vitales para los seres humanos, cuando destruye intereses y valores fundamentales, como son los derechos económicos, sociales y culturales, cuya violación generalizada y sistemática no se halla criminalizada internacionalmente, no se encuentre tipificado por un Derecho llamado a controlar el poder organizado; para que, en definitiva, se reconozca que estos graves abusos económicos tienen víctimas que merecen ser visibilizadas, las cuales pueden narrar una interminable estela de atentados contra sus recursos naturales, su sustento, su territorio, sus alimentos, sus hogares, su cultura, sus empleos, su opciones de educarse, su integridad física, su integridad sexual, su salud, sus expectativas de curarse, su libertad, su vida y su dignidad. Son las víctimas de las *formas contemporáneas de graves violaciones de derechos humanos* o de las *formas contemporáneas de victimización* que, por supuesto, existen al igual que las víctimas de las clásicas graves violaciones de derechos humanos.

La salvaguarda de la dignidad humana frente a los más aberrantes y despiadados crímenes de naturaleza económica y económica-política que sufren los seres humanos, los cuales irrumpen de forma muy severa en la promoción, la protección y el disfrute de los

derechos humanos, debe ser hoy una cuestión impostergable para el Derecho internacional. De la forma y de la premura con que la justicia penal internacional aborde este desafío jurídico y político nuestro mundo resultará un lugar más seguro y más justo para la familia de la humanidad.



Bibliografía

ACNUR, Desplazamiento forzado y crímenes internacionales, Guido Acquaviva, Director de Gabinete, Tribunal Especial para el Líbano, División de protección internacional, Abril de 2011, PPLA/2011/05.

Addo, M. K., (Ed.), Human rights standards and the responsibility of transnational corporations, Kluwer Law International, La Haya, 1999.

AI, Derechos desalojados. El derecho a la vivienda y los desalojos hipotecarios en España, Amnistía Internacional, 2015.

Alston, P. y Goodman, R., International Human Rights. The successor to International Human Rights in Context: Law, Politics and Moral, Oxford University Press, 2013.

Alston, P., Non-State Actos and Human Rights, Oxford University Press, New York, 2005, reimp., 2006.

Ambos, K., Crímenes de lesa humanidad y la corte penal internacional, Revista General de Derecho Penal, 17, 2012.

Ambos, K., La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática, Konrad-Adenauer- Stiftung E.V, 2002.

Arendt, H., Eichmann en Jerusalén: Un estudio sobre la banalidad del mal, Lumen, 2003.

Alija Fernández, R. A., El crimen contra la humanidad de persecución en perspectiva histórica, UB, 2011.

Bassiouni, M. C., Crimes against humanity. Historical evolution and contemporary application, Cambridge University Press, First paperback edition, 2011.

Bassiouni, M. C., The legislative history of the international criminal court: introduction, analysis and integrated text, Vol. 1151-152, 2005.

Bassiouni. M. C., Crimes Against Humanity: The Case for a Specialized Convention,

Washington University Global Studies Law Review, Vol. 9, Issue 4, 2010.

Bassouni, M. C. Treatise on International Criminal Law: Crimes and Punishment, co-edited with Ved P. Nanda, 2 vols., Charles C. Thomas Publisher, Springfield, IL, 1973.

Basteiro Bertoli, L. (Coord.), Serrano Tur, L. (Coord.), Arenal Lora, L. (Coord.), Negocios insaciables: estados, transnacionales, derechos humanos y agua, Fundación para la Cooperación APY- Solidaridad en Acción, 2015.

Becker, G. S., Crime and punishment: An economic approach. In Essays in the Economics of Crime and Punishment, UMI, 1974.

Benarúa, L. y Sarasúa, C., Delitos y crímenes económicos contra la humanidad. Revista de Economía Crítica, Nº 12, Segundo Semestre, 2011.

Benzing, M., The complementarity regime of the International Criminal Court: international criminal justice between state sovereignty and the fight against impunity, 7 Max Planck Yearbook of United Nations Law, pp. 591-632.

Blanc Altemir, A., La violación de derechos humanos como un crimen internacional, Editorial Bosch, 1990.

Blinder, A. S., Y la música paró. Una historia pausada y razonada del origen, la respuesta, las consecuencias y lo que queda por hacer tras la peor crisis financiera de los últimos tiempos. Deusto. Centro Libros PAPE, S.L.U, 2014.

Bonet, J. y Fernández, A., Impunidad, derechos humanos y justicia transicional, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Nº 53, 2009.

Bouza, N., García, C., Rodrigo, A. J. (Dirs.), Pareja, P. (Coord.), La gobernanza del interés público global. XXV Jornadas de la Asociación Española de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales. Barcelona, 19-20 de Septiembre de 2013, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, Tecnos, 2015.

Cançado Trindade, A. A., A humanização do direito internacional, Del Rey, Belo Horizonte, 2006.

Caño, X., Hacia los procesos por crímenes económicos contra la humanidad, 2013, disponible en <http://contralinea.info/archivo-revista/index.php /2013/03/24/ha>

cia-los-procesos-por-crimeos-economicos-contra-la-humanidad/

Carrillo Salcedo, J. A., El sistema internacional de los derechos humanos y la globalización, 17 de noviembre de 2004, disponible en http://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE007-02_Sistema_internacional_derechos_humanos_y_globalizacion-Carrillo.pdf

Carrillo Salcedo, J. A., Derechos humanos y Derecho internacional, ISEGORIA/22, 2000, pp. 69-81, disponible en <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewFile/522/522>

Carrillo Salcedo, J. A., La Criminalización de la Barbarie: la Corte Penal Internacional, en Consejo General del Poder Judicial, El Estatuto de Roma como tratado y la Corte Penal Internacional como institución, Capítulo III, 2000.

Carrillo Salcedo, J. A., Soberanía de los estados y derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo, Tecnos, Madrid, 1ª.edi., reimp., 1996.

Cassese, A., International Criminal Law, Oxford University Press, 2003.

CDH, Informe del primer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante, UN. Doc. A/HRC/31/50, 5 de febrero de 2016.

CDH, Informe final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos económicos, sociales y culturales), preparado por el Sr. El Hadji Guissé, Relator Especial, en cumplimiento de la resolución 1996/24 de la Subcomisión, UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/8.

CDH, Resolución sobre Derechos Humanos y Terrorismo de la Comisión de Derechos Humanos, Res. 2003/37, de 23 de Abril de 2003.

CDI, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones, 29 de abril a 19 de julio de 1991, Documentos oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto periodo de sesiones, Suplemento N° 10 (A/46/10).

CDI, Primer informe sobre los crímenes de lesa humanidad. Presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial, UN. Doc. A/CN.4/680, de 17 de Febrero de 2015.

CoE, Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Eradicating impunity for serious human rights violations: Guidelines and reference texts, Strasburg, 30 March 2011.

CoE, Liability of Enterprises for Offences, Recommendation N°R (88) 18 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe, 20 October 1998, and explanatory memorandum.

Chesterman, S., *Lawyers, Guns, and Money: Governance of Business activities in conflict zones*, NELLCO Legal Scholarship Repository, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers 6, 2010.

CHR, Corruption and its impact on the full enjoyment of human rights, in particular economic, social and cultural rights. Working paper submitted by Ms. Christy Mbonu in accordance with Sub-Commission decision 2002/106, UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/18.

CHR, Corruption and its impact on the full enjoyment of human rights, in particular, economic, social and cultural rights. Preliminary report of the Special Rapporteur, Ms. Christy Mbonu, UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/23

CHR, Corruption and its impact on the full enjoyment of human rights, in particular, economic, social and cultural rights. Progress report submitted by the Special Rapporteur, Christy Mbonu, UN. Doc. CE/CN.4/Sub.2/2005/18.

CHR, Definition of gross and large-scale violations of human rights as an international crime. Working paper submitted by Mr. Stanislav Chernichenko in accordance with Sub-Commission decision 1992/109, UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/10.

CHR, Report of the independent expert on the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1998/43, UN. Doc. E/CN.4/1999/65, 8 February 1999.

CIJ, *Impunidad y graves violaciones de derechos humanos. Guía para profesionales*, N° 3, Comité Internacional de Juristas, Ginebra, 2008.

Clapham, A., *Human Rights Obligations of Non-States Actos*, Oxford University Press, 2006, reimpr., 2013.

CNUCYD (UNCTAD en inglés), *El informe sobre las inversiones en el mundo*, 2006.

Cohen, S., State Crimes of Previous Regimes: Knowledge, Accountability and the policing of the Past, 20 *Law and Social Inquiry* 7, 1995.

Coldham, S., Legal Responses to State Corruption in Commonwealth Africa, 39 *Journal of African Law* 115, 1995.

Coleman, J.W., Toward an Integrated Theory of White-Collar Crime, *American Journal of Sociology*, Vol. 93, No. 2, September, 1987, pp. 406-439, disponible en <http://www.jstor.org/stable/2779590>

CPI, El instrumento de los elementos de los crímenes. Resolución de la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma adoptados de conformidad y por mandato del artículo 9 del Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional-ASP/1/3, Septiembre de 2002.

CR, Participación de los actores armados estatales en los procesos de construcción del Estado y de la paz: opciones y estrategias, Hofmann, C. y Ulrich Schneckener. U., *International Review of the Red Cross*, Septiembre de 2011, n° 883 de la versión original; <https://www.icrc.org/spa/assets/files/review/2011/irrc-883-schneckener.pdf>, C

D. Robinson, Crimes within the Jurisdiction of the Court, en R.S. Lee, (ed), *The International Criminal Court The Making of the Rome Statute*, The Hague, Kluwer, Law International, 1999.

Davidson, E., Economic Oppression as an International Wrong or a Crime Against Humanity, *Netherland Quarterly of Human Rights*, Vol.23/2, 2005, pp. 173-212.

De Brandebere, E., Non-State actors and human rights: corporate responsibility and the attempts to formalize the role of corporations as participants in the international legal system, en d'Àspremont, J., (ed.), *Participants in the International Legal System Multiple Perspectives on Non-State Actos in International LAe*, Abingdon, Rutledge, 2011, pp. 268-283, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1992937

De Maria, W., Whistleblower Protection: is Africa Ready? 25 *Public Administration and Development* 217, 2005.

De Schutter, O., The accountability of multinationals for human rights violations in European Law, en Alston, P., *Non State Actos and human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

De Schutter, O., *Transnational Corporations and Human Rights*, Studies in International Law, 2006.

De Schutter, O., *Especulación con alimentos básicos y crisis de los precios de los alimentos*. Nota informativa 02, Septiembre de 2010.

De Sousa Santos, B., *Sociología jurídica crítica*, Trotta, 1ª edición, 2009

Drumbl, M. A., *Waging War Against the World: The need to Move from War Crimes to Environmental Crimes*, *Fordham International Law Journal*, Vol.22, Issue 1, 1998, pp.122-153

EIA, *Environmental Crime. A threat to our future*, Environmental investigation agency, October 2008.

EP, *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU-Country report on Spain*. Policy Department: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Study for the libe committee, European Parliament, 2015.

EUROSOCIAL II, *Memoria explicativa de las actividades desarrolladas en el marco del componente regional de la acción de lucha contra la corrupción del Programa Eurososocial II*. Coordinación interinstitucional para la lucha contra delitos económico-financieros vinculados a la corrupción.

Farrel, N., *Attributing criminal liability to corporate actors*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, Issue 3, 2010, pp. 873-894.

Fernández, A., *El Crimen contra la humanidad de persecución en perspectiva histórica*, UB, 2011.

GA, *What amounts to "a serious violation of international human rights law". An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*, Geneve Academy, August 2014.

García Neumann, J., *La especulación como delito contra la humanidad*, *Fundamentos en la historia de la economía*, 25 de Octubre de 2010, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3626957.pdf>

Gi Gil, A. y Maculan, E. (Directoras), *Derecho penal internacional*, Dikynson, 2016.

Gómez Isa, F. (Dir.) y Pureza, J. M., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del S.XXI*, Deusto, 2004.

Haigh, K., *Extending the international criminal court 's jurisdiction to corporations: overcoming complementarity concerns*, *Australian Journal of Human Rights*, Vol. 14 (1), 2008.

Halling, M., *Push the Envelope-Watch It Bend: Removing the Policy Requirement and Extending Crimes Against Humanity*, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23, Issue 4, December 2010, pp. 827-845.

HEGOA, *Las palabras de la Selva. Estudio psicosocial del impacto de las explotaciones petroleras de la Texaco en las comunidades amazónicas del Ecuador*, Martín Beristain, C. et al., HEGOA, Bilbao, 2009.

Hernández Zubizarreta, J., *En globalización, empresas transnacionales y derecho*, disponible en <http://www.alainet.org/es/active/27961>

Hernández Zubizarreta, J., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contra-hegemónicas transnacionales*, Hegoa y OMAL, 2009.

Higgins, R., *Problems and Process: International Law and how we use it*, Clarendon Press, 1994.

Holmberg, S. and Rothstein, B., *Dying of Corruption*, *Health Economics, Policy and Law*, Vol. 6, Issue 4, 2011, pp. 529-547.

Holvoet, M., *The state or organizational policy requirement within the definition of crimes against humanity in the Rome Statue: An appraisal of the emerging jurisprudence and the implementation practice by ICC states parties*, *International crimes database, ICD Brief 2*, October 2013.

HRC, *Final report of the Human Rights Council Advisory Committee on the issues of the negative impact of corruption on the enjoyment of human rights*, 5 of January 2015, Un. Doc. A/HREC/28/73, versión en castellano *Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*.

HRC, Report of Ms. Christy Mbonu, Special Rapporteur on corruption and its impact on the full enjoyment of human rights, 18 May 2009, UN.A/HRC/11/CRP.1.

HRC, Report of the detailed findings of the commission of inquiry on human rights in the Democratic People's Republic of Korea. UN. Doc. A/HRC/25/CRP.1, 7 February 2014.

ICC, Policy Paper on Case Selection and Priorisations. Office of the Prosecutor. 15 September 2016.

CDI, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Volúmen II, Segunda Parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones, 1996, Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

CDI, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43° periodo de sesiones, 29 de abril a 19 de julio de 1991, Documentos oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto periodo de sesiones, Suplemento N° 10 (A/46/10).

ILC, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001.

ILC, Fifth Report on the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur, UN doc. A/CN.4/404, 17 March 1987.

ILC, Report of the International Law Commission covering the work of its sixth session, 3 June-28 July 1954, Year Book of the International Law Commission, Vol. II, Documents of the sixth session including the report of the Commission to the General Assembly, Document A/2693.

ILO, Profits and poverty: The economics of forced labour, 2014, también resumen en castellano OIT Ganancias y pobreza: aspectos económicos del trabajo forzoso, 2014. Informe "Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad: represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado", realizado por el Programa Verdad y Justicia y la Secretaría de Derechos Humanos, ambos bajo la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el Centro de Estudios Sociales y Legales (CELS) y el Área de Economía y Tecnología de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO-Argentina).

Informe de la Alianza de Porgera de 2011, disponible en <http://www.porgeraalliance.net/wp-content/uploads/2011/10/Urgent-Resettlement-Porgera-web.pdf>

Jägers, N., The legal status of the multinational corporations under international law, en Addo. M. K., (ed.), *Human rights standards and the responsibility of transnational corporations*, Kluwer Law International, The Hague, 1999.

Jyrkkö, T., "Other Inhumane Acts" as Crimes Against Humanity, *Helsinki Law Review* 2011/1.

Kaleck, W. and Saage-Maak, M., Corporate accountability for human rights violations amounting to international crimes, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010.

Kamminga, M.T., *Corporate Obligations under International Law*, paper presented at the 71st Conference on the International Law Association, plenary session on Corporate Social Responsibility and International Law, Berlin, 17 August 2004.

Kleffner, J., The impact of complementarity on national legislation of substantive international criminal law, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, Issue 1, pp. 86-113.

Knox, J. H., Horizontal Human Rights Law, *102 American Journal of International Law*, 2008, pp. 1-47.

Kremnitzer, M., A possible case for imposing criminal liability on corporations in international criminal law, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, Issue 3, 2010, pp. 909-918.

Kyriakakis, J., Corporations and the International Criminal Court: The Complementarity Principle Stripped Bare, *Criminal Law Forum*, Vol.19, N° 1, 2008, pp. 115-151.

Kyriakakis, J., Developments in international criminal law and the case of business involvement in international crimes, *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, N° 887, Autumn 2012.

Lamarea. ¿Qué son los crímenes económicos y ecológicos internacionales?, disponible en <http://www.lamarea.com/2016/01/22/que-son-los-crimenes-economicos-y-ecologicos-internacionales/>

Liñán Lafuente, A., La tipificación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma

y su primera aplicación jurisprudencial en el tribunal híbrido internacional de Timor Oriental, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 10-12, 2008.

Luban, D., *A Theory of Crimes Against Humanity, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, Paper 146, 2004.

Lynch, M. & Stretsky, P., *The Meaning of Green: Contrasting criminological perspective*, *Theoretical Criminology*, Vol 7, N° 2, 2003, pp. 217-238.

Manirabona, A. M., *L’Affaire Trafigura: vers la répression de graves atteintes environnementales en tant que crimes contre l’humanité?*, *Revue de droit international et de droit comparé*, n° 4, 2011.

Marcus, D., *Famine crimes in International Law*, (2003) *97 American Journal of International Law* 245, 2003, pp. 81-247.

Marks, S., *La notion de erioe déxception en matière des droits de l’homme*, R.D.H, Vol. VIII-4, 1975.

Márquez Carrasco, C., *El proceso de codificación y desarrollo progresivo de los crímenes contra la humanidad*, Secretariado de publicaciones Universidad de Sevilla, 2008.

Márquez Carrasco, C., *Los elementos comunes de los crímenes contra la humanidad de derecho internacional penal*, *Revista General de Derecho Penal* 9, 2008.

Márquez Carrasco, C., *Los elementos específicos de las conductas constitutivas de los crímenes contra la humanidad en derecho internacional penal*, *Revista General de Derecho Penal* 10, 2008.

Martín Ortega, O., *Empresas Multinacionales y derechos humanos en derecho internacional*, Bosch internacional, 2007.

Naucke, W., *El concepto de delito económico-político. Una aproximación*, Marcial Pons, 2015.

Nerlich, V., *Core crimes and transnational business corporations*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, Issue 3, 2010, pp. 895-908.

Ngira Otieno, O. and Okot, M., *Conceptualizing environmental crimes as crimes against*

humanity: Philosophical justification, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2674065>

Nieto Martín, A., Bases para un futuro derecho internacional penal de medio ambiente, AFDUAM 16, 2012.

OHCHR, La Declaración de los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, E/AC.57/1988/3.

OHCHR, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 2005.

OHCHR, Séptimo informe anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT/C/52/2).

OHCHR, The Corporate Responsibility to Respect Human Rights. An Interpretative Guide. United Nations Human Rights. Office of High Commissioner, HR/PUB/12/02, 2012

OHCHC, The Vienna Declaration and Programme of Action, World Conference on Human Rights, Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993.

Ollé Sesé, M., Justicia Universal para Crímenes Internacionales, La Ley, 1ª edición, Mayo 2008.

ONU, Los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, HR/PUB/11/04, 2011.

ONU, Declaración de Medidas para eliminar el terrorismo, Anexo a la Resolución de la Asamblea General, UN. Doc. A/RES/49/60, 9 de Diciembre de 1994.

PAH, 2007-2012: Retrospectiva sobre desahucios y ejecuciones hipotecarias en España. Estadísticas oficiales e indicadores, Ada Colau, A. y Adrià Alemany, A., Plataforma Afectados por la Hipoteca, Enero 2013.

Pastor Ridruejo, J. A., Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Inter-

nacionales, Tecnos, Madrid, 16ª edición, 2012.

Peña Chacón, M., Daño, responsabilidad y reparación ambiental, Veracruz, México, 2005, disponible en http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf

Pérez Caballero, J., Defensa de los elementos contextual y político de los crímenes de lesa humanidad, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Artículos RE-CPC 15-15, 2013.

Pérez Caballero, J., El elemento político en los crímenes de lesa humanidad. La expansión de la figura del crimen organizado transnacional y el caso de las organizaciones de narcotraficantes mexicanas en el sexenio 2006-2012, Dickynson, 2015.

Pigrau i Solé, A., Elementos de Derecho internacional penal, pp. 129-176.

Pigrau i Solé, A., La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través del Alien Tort Claims Act por su participación en las violaciones de derechos humanos, Revista española de desarrollo y cooperación, N° 25, 2012.

Remiro Brotóns, A., La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales estatales: el principio de universalidad, Capítulo XXX (párrafo CLII) de la obra Derecho Internacional, de la que es autor principal, objeto de una nueva edición en 2007, Tirant lo Blanch, Valencia.

Rojas Amandi, V. M., El derecho internacional público del medio ambiente al inicio del S.XXI, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol.2, 2002, pp. 335-371.

Rueda Hernández, C., Delitos de derecho internacional público. Tipificación y represión internacional, Bosch, Barcelona, 1ª edición, 2001.

Schmid, E., Distinguishing Types of 'Economic Abuses': A Three-Dimensional Model, Criminal Law Forum, 2015, Vol. 26, Issue 2, pp 225-254.

Schmid, E., Taking economic, social and cultural rights seriously in international criminal law, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

Shabas, W. A., An introduction to the international criminal court, Cambridge University Press, 2004.

Shabas, W. A., State Policy as an element of International Crimes, Journal of Criminal

Law and Criminology, Vol.98, Issue 3, Spring, Article 6, 2008.

Skogly, S., Crimes Against Humanity: Is there a role for economic and social rights? The international journal of human rights, Vol. 5, N° 1, 2001, pp. 58-80.

Silva Sánchez, J. M., Criterios de responsabilidad en estructuras jerárquicas, En Bacigalupo Zapater, E. (Dir.) Empresa y delito en el nuevo Código Penal, CGPJ, Madrid, 1997.

Sonja, B. S., Extraordinary Crimes at Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations, Northwestern University School of Law, Vol. 101, n° 3, 2007.

Sosa Navarro, M., ¿Pueden los delitos medioambientales cometidos por empresas en África ser considerados crímenes de lesa humanidad?, Londres 09/02/2014, disponible en <http://www.guinguinbali.com/index.php?lang=es&mod=news&cat=2&id=3908>

Stahn, C. and van de Herik, L., Future Perspectives on International Criminal Justice, Asserpress, La Haya, 2010.

The Charter and the Judgment of the Nuremberg Tribunal, Memorandum Submitted by SG, A/CN.4/5, 1949, 67.

Timothy L.H. McCormack & Katherine L. Doherty, “Complementarity” as a Catalyst for Comprehensive Domestic Penal Legislation, 5 U. U.C. Davis Journal of International Law & Policy, 147, 152, 1999.

Timothy L.H. McCormack & Sue Robertson, Jurisdictional Aspects of the Rome Statute for the New International Criminal Court, Melbourne University Law Review 635, 23, 3, 1999.

Torres López, J., Crímenes económicos contra la humanidad, 23 de Mayo de 2013, disponible en <http://www.juantorreslopez.com/crimenes-economicos-contra-la-humanidad-2/>

UN, United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. Extract from Volume III of the Official Records of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (Reports and other documents), UN.A/CONF.183/2/Add.1).

UN, United Nations Transitional Administration in East Timor. UNTAET/REG/2000/15, 6 June 2000. Regulation N°. 2000/15.

Van Boven, T., Distinguishing criteria of human rights. The international dimension of human rights. Karel, V (G.Editor), UNESCO, 1982, pp. 43-60.

Van de Herick, L., y Letnar Cernic, J., Regulating corporations under international law. From Human Rights to International Criminal Law and Back Again. *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010.

Van de Herik, L., Subjecting corporations to the ICC regime: analyzing the legal counterarguments, unedited version.

Vasquez, Direct vs. Indirect Obligations of Corporations under International Law, 43 *Columbia Journal of Transnational Law*, 2005, pp. 927-959.

Ventura Robles, E., Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, *Revista IIDH*, Vol. 40, 2004.

Villoriay, M. y López Pagán, J., Globalización, corrupción y convenios internacionales: dilemas y propuestas para España, Documento de trabajo, Real Instituto El Cano, Documento de Trabajo 42/2009 23/07/2009.

Viseur Sellers, P., The Prosecution of Sexual Violence in conflict: The Importance of Human Rights as Means of Interpretation, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/Paper_Prosecution_of_Sexual_Violence.pdf

Wabwile, M., (Economic) Crimes Against Humanity, en Gibney, M. and Vandehole, W., *Litigating Transnational Human Rights Obligations. Alternative Judgments*, Routledge, 2014.

Washington University School of Law, Whitney R. Harris World Law Institute, *Iniciativa sobre Crímenes de Lesa Humanidad*, Agosto 2010.

White, R., Environmental Crime in Global Context: Exploring the Theoretical and Empirical Complexities, *Current Issues in criminal justice* Volume 16, N° 3, 2005.

Wouters, J., and Chané, A. L., Multinational corporations in international law, Working Paper N°.129 – December 2013, Leuven Centre for Global Governance Studies,

Institute for International Law, Ku Leuven.

Yañez-Barnuevo, J. A., Capítulo III. El Estatuto de Roma como tratado y la Corte Penal Internacional como institución, pp. 141-156, en Carrillo Salcedo, J. A., *La Criminalización de la Barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

Ziegler, J., Burning food crops to produce biofuels is a crime against humanity, *Global development*, The Guardian, disponible en <http://www.theguardian.com/global-development/poverty-matters/2013/nov/26/burning-food-crops-biofuels-crime-humanity> (last visited Jun 25, 2015).

Zuboff, S., Wall Street's Economic Crimes Against Humanity, *Businessweek*, March 20, 2009, disponible en http://www.businessweek.com/managing/content/mar2009/ca20090319_591214.htm?campaign_id=rss_search

JURISPRUDENCIA

ACmHR, *Maria da Penha Fernandes v. Brazil*, Report, Case No. 12.051, Report No. 54/01.

ACtHR, *Case of the Constitutional Tribunal (Camba Campos et al.) v. Ecuador*, Judgment, 28 August 2013.

ACtHR, *Ituango Massacres v. Colombia*, Judgment, 1 July 2006.

CIDH, *Caso "Cinco Pensionistas"*. Serie C No. 98; Sentencia de 28 de Febrero de 2003.

CIDH, *Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones*: Serie C No. 15; Sentencia de 10 de Septiembre de 1993.

CIDH, *Caso Baena Ricardo y otros*. Serie C No. 72; Sentencia de 2 de Febrero de 2001.

CIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Serie C No. 79; Sentencia de 31 de Agosto de 2001.

CIDH, *Caso Villagrán Morales y Otros*: Serie C No. 63. Sentencia de 19 de Noviembre de 1999.

CPI, Causa Bemba (ICC-01/05-01/08).

CPI, Causa Callixte Mbarushimana (ICC-01/04-01/10).

CPI, Causa Gbagbo (ICC-02/11-01/11).

CPI, Causa Joseph Kony (ICC-02/04-01/05).

CPI, Causa Katanga (ICC-01/04-01/07).

CPI, Causa Ntaganda (ICC-01/04-02/06).

CPI, Decisión de Autorización sobre Kenia (ICC-01/09-02/11).

El caso Strafsache 78/4.

ICJ, Advisory Opinion on Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, 1949, Rep 174.

ICJ, Barcelona Traction Light and power Company Limited, 1970.

ICJ, Interpretation of the Agreement of 25 of March 1951 between the WHO and Egypt, ICJ Reports, 1980.

Opinion of the Supreme Court of the United States, KIOBEL, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF HER LATE HUSBAND KIOBEL, ET AL. v. ROYAL DUTCH PETROLEUM CO. ET AL.

TJUE, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del año 2013 sobre incompatibilidad del régimen español de ejecuciones hipotecarias y desahucios con el Derecho de la Unión Europea de protección de los consumidores.

TPIR, el Fiscal contra Bagilishema, (Caso N° ICTR-95-1A-T), sentencia de 7 de Junio del 2001.

TPIR, el Fiscal contra Akayesu (Caso N°. CTR-96-4-T).

TPIR, el Fiscal contra Bisengimana (Caso N° ICTR-00-60-T), Sentencia, 13 de Abril de 2006.

TPIR, el Fiscal contra Kajelijeli (Caso N° ICTR-98-44A-T), Sentencia, 1 de Diciembre de 2003.

TPIR, el Fiscal contra Kamuhanda (Caso N° ICTR-95-54A-T), Sentencia, 22 de Enero de 2004.

TPIR, el Fiscal contra Kayishema (Caso N° ICTR-95-1).

TPIR, el Fiscal contra Semanza (Caso N° ICTR-97-20-T), Sentencia, 15 de Mayo de 2003.

TPIY, el Fiscal contra Blaskic (Caso N° IT-95-14-T).

TPIY, el Fiscal contra Brdjanin (Caso N° IT-99-36-T), Sentencia, 1 de Septiembre de 2004.

TPIY, el Fiscal contra Kordic (Caso N° IT-95-14/2-T).

TPIY, el Fiscal contra Kunarac (Caso N° IT-96-23&23/1), Sentencia de Apelaciones, 12 de Junio de 2002.

TPIY, el Fiscal contra Kunarac et al. (Caso N° IT-96-23 Y IT-96-23/1), sentencia de 22 de Febrero del 2001.

TPIY, el Fiscal contra Kupreškić et al. (Caso N° IT-95-16-T).

TPIY, el Fiscal contra Nikolic (Caso N° IT-94-2).

TPIY, el Fiscal contra Tadić (Caso N° IT-94-1-AI).

TPY, El Fiscal contra Krajišnik (Caso N° IT-00-39-T).

US Military Tribunal III-A, The United States of America vs. Alfried Krupp, et al.

US Military Tribunal VI, Opinion and judgement of United States Military Tribunal VI, U.S. v. Carl Krauch et al., 29-30 July 1949, in TWC, Vol. XIII (Washington, DC: US. Government Printing Office, 1953) 1081, 1t 1167.



Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo
CONSEJERÍA DE IGUALDAD Y POLÍTICAS SOCIALES

