

## **La idea de una jerarquía entre los crímenes internacionales en la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales *ad hoc***

Sévane GARIBIAN \*

La vasta jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR), que dio lugar a las primeras condenas internacionales por crímenes de genocidio<sup>1</sup>, pone de manifiesto tres novedades principales en el derecho internacional: (1) presentación de una *jerarquía axiológica de las normas internacionales* en cuya cima se sitúan las normas de *jus cogens* ; (2) *interpretación extensiva del concepto de crimen contra la humanidad*, que altera un poco su vínculo con el concepto de genocidio ; (3) y, en consecuencia, desarrollo de algunos elementos de respuesta a la cuestión de saber si existe, o no, una *jerarquía entre los crímenes internacionales* más graves.

### **Presentación de una jerarquía axiológica de las normas internacionales**

La presentación de una jerarquía axiológica<sup>2</sup> de las normas internacionales por los jueces se hace a través de su afirmación de la existencia de normas consuetudinarias de valor

---

\* Quisiera agradecer antes que nada a Nélida BOULGOURDJIAN, quien ha tenido la gentileza de traducir este texto inicialmente escrito en francés.

<sup>1</sup> La primera condena penal internacional por actos de genocidio data del 4 de septiembre de 1998: se trata del juicio de la Cámara de primera instancia I del TPIR, *Jean Kambanda*, 4 de septiembre de 1998, ICTR-97-23. Es seguida de la condena de Jean-Paul Akayesu (juicio de la Cámara de primera instancia I del TPIR, *Jean-Paul Akayesu*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4; sentencia del 2 de octubre de 1998), luego la de Radislav Krstic (juicio de la Cámara de primera instancia I del TPIY, *Radislav Krstic*, 2 de agosto de 2001, IT-98-33).

<sup>2</sup> Habiendo precisado de que no se trata de jerarquía de las fuentes o jerarquía formal, sino una *jerarquía material* en el sentido de una « jerarquía particular cuyo fundamento reside en la importancia fundamental de

imperativo en tanto que fuentes del derecho aplicable. Los Tribunales demuestran en efecto la existencia de un *corpus* de normas (surgidas de la intersección entre el derecho internacional de los conflictos armados, el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos del hombre) siempre validas, fuera de todo vínculo convencional entre Estados.

La autoridad normativa de este *corpus* permite consagrar la idea según la cual el crimen de genocidio, así como el crimen contra la humanidad y el crimen de guerra, constituyen violaciones de normas de *jus cogens* en adelante directamente opuestas no solamente a los Estados sino también a los individuos – una primera en derecho internacional<sup>3</sup>. Recordemos que el *jus cogens* (o derecho imperativo) es definido en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados del 23 mayo de 1969, que dice lo siguiente : « Es nulo todo tratado que, en el momento de su conclusión, está en conflicto con una norma imperativa del derecho internacional general. A los fines de la presente Convención, una norma imperativa del derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto en tanto que norma a la cual no se le permite ninguna derogación y que no puede ser modificada sino por una nueva norma del derecho internacional general teniendo el mismo carácter ».<sup>4</sup>

---

ciertas reglas para la comunidad internacional o el funcionamiento del derecho internacional » (KOLB R., *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, PUF, Paris, 2001, p. 127). Sobre el concepto de jerarquía axiológica, véase también CHAMPEIL-DESPLATS V., « Raisonement juridique et pluralité des valeurs : les conflits axio-téléologiques de normes », *Analisi e diritto*, 2001, pp. 65 ss.

<sup>3</sup> Cf. en particular el juicio de la Cámara de primera instancia II del TPIY, *Anto Furundzija*, 10 de diciembre de 1998, IT-95-17/1, §§ 153 ss.

<sup>4</sup> Sobre la jerarquía de las normas internacionales supues en el texto de esta disposición: MERON T., « On a Hierarchy of International Human Rights », *American Journal of International Law*, 1986, pp. 13 ss y también HAOPEI L., « *Jus cogens* and international law », en SIENHO Y. y WANG T. ed., *International Law in the Post-Cold War World. Essays in memory of Li Haopei*, Routledge, London, New York, 2001, pp. 505 ss. Sobre las diferentes formas posibles de una relación jerarquizada entre normas, cf. TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Paris, 2001, p. 324, y sobre la jerarquía de las normas como expresión de una ideología jurídica, cf. TROPER M., « Fondement du caractère obligatoire et problème de causalité en droit international contemporain », en *Réalités du droit international contemporain*, Publ. de la Facultad de Derecho de Reims, Reims, 1977, pp. 48 ss. Para una aproximación crítica del concepto de *jus cogens*: GARIBIAN S. y PUPPO A., « *Ius cogens* internacional y enunciados sobre la existencia de normas desde una perspectiva analítica y positivista », en GARCIA FLORES E. dir., *El derecho internacional y la globalización a principios del siglo XXI*, Porrúa, México (en prensa).

La consagración internacional de la idea misma de la existencia de una «jerarquía normativa»<sup>5</sup> donde las normas de *jus cogens* representan un «núcleo duro y jerárquicamente superior de los derechos vinculados a la dignidad de la persona humana»<sup>6</sup> es además perfectamente coherente con el abordaje expresado: en el proyecto de Código de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (1996) de la Comisión del derecho internacional<sup>7</sup>; en el Estatuto de Roma (1998) de la Corte penal internacional (CPI), donde estos actos son percibidos como «los crímenes más graves que alcanzan al conjunto de la comunidad internacional»<sup>8</sup>; y en los trabajos de la doctrina mayoritaria.

### **Una interpretación extensiva del concepto de crimen contra la humanidad**

La jurisprudencia de los TPI revela además una interpretación jurisdiccional extensiva del concepto de crimen contra la humanidad,<sup>9</sup> heredero del «viejo» derecho de Nuremberg. La extensión del campo de la incriminación de crimen contra la humanidad permite, en fin, disociarlo del *crimen de guerra*<sup>10</sup>, devolviéndole así toda la especificidad substancial perdida durante los procesos de Nuremberg por la confusión operada en la época entre los dos tipos de crímenes internacionales:<sup>11</sup> los jueces de los TPI confirman claramente que el crimen contra la humanidad puede ser cometido independientemente de todo contexto de conflicto armado internacional o no internacional.<sup>12</sup>

---

<sup>5</sup> DUPUY P.-M., *Droit international public*, Dalloz, Paris, 8<sup>e</sup> ed. 2006, pp. 234 ss.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> Los crímenes en cuestión son la agresión, el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, respectivamente previstos en los artículos 16, 17, 18 et 20 del proyecto del Código de 1996.

<sup>8</sup> Véase el artículo 5 § 1 del Estatuto de la CPI que enumera los crímenes que entran en la competencia de la Corte, así como los artículos 6 a 8 que definen el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra.

<sup>9</sup> Definido en los artículos 5 del Estatuto del TPIY y 3 del Estatuto del TPIR.

<sup>10</sup> Definido en los artículos 2 y 3 del Estatuto TPIY, así como en el artículo 4 del Estatuto del TPIR.

<sup>11</sup> Véase sobre este tema GARIBIAN S., «Souveraineté et légalité en droit pénal international : le concept de crime contre l'humanité dans le discours des juges à Nuremberg», en HENZELIN M. y ROTH R. dir., *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ, Georg, Bruylant, Paris, Ginebra, Bruselas, 2002, pp. 29-45.

<sup>12</sup> Para un desarrollo detallado: GARIBIAN S., *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne. Naissance et consécration d'un concept*, Tesis doctoral (2007), a publicarse en Editions Schulthess (Ginebra), Bruylant (Bruselas), LGDJ (Paris), capítulo 4, sección 1.

Pero en cambio una tal extensión tiende a confundir las fronteras con el *crimen de genocidio*.<sup>13</sup> En efecto, desde 1946 (año de la adopción, por la Asamblea general de la ONU, de una resolución que reconoce oficialmente el genocidio como « crimen del derecho de gentes »)<sup>14</sup>, y hasta el primer fallo de la Cámara de apelación común de los TPI (que convierte en autónomo el concepto de crimen contra la humanidad en relación al de crimen de guerra)<sup>15</sup>, el genocidio fue el único concepto jurídico internacinal que designa expresamente crímenes de masa cometidos «en tiempos de paz o en tiempos de guerra»<sup>16</sup> – dicho de otro modo, crímenes de masa considerados de manera independiente de todo vínculo con un contexto de conflicto armado.<sup>17</sup>

La interpretación jurisdiccional extensiva del concepto de crimen contra la humanidad altera aún más las fronteras con el concepto de genocidio que los jueces crean, por vía pretoriana, una nueva infracción internacional: el crimen de *persecución*, especie de « pasarela» entre el crimen contra la humanidad propiamente dicho y el genocidio.

Según la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*<sup>18</sup>, existiría en efecto tres infracciones que representan tres diferentes formas de crímenes contra la humanidad, en adelante diferenciadas del crimen de guerra: el *crimen contra la humanidad « habitual »*<sup>19</sup>, en primer término, que supone un ataque deliberado y sistemático o generalizado, contra una población civil cualquiera que sea; en *crimen de persecución*, luego, constituido por actos de la misma gravedad que los crímenes contra la humanidad « habituales», y cometidos en las mismas condiciones, con una intención discriminatoria contra un grupo particular; el *crimen de*

---

<sup>13</sup> Definida en los artículos 4 del Estatuto del TPIY y 2 del Estatuto del TPIR.

<sup>14</sup> Resolución 96.I del 11 de diciembre de 1946.

<sup>15</sup> Cf. fallo de la Cámara de Apelación de los TPI, *Dusko Tadic*, 2 de octubre de 1995, IT-94-1, § 141.

<sup>16</sup> Artículo 1 de la Convención del 9 de diciembre de 1948 para la prevención y la represión del crimen de genocidio: « Las Partes contratantes confirman que el genocidio, *sea que haya sido cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra*, es un crimen del derecho de gentes ; ellas se comprometen a prevenir y a castigar » (el subrayado es nuestro).

<sup>17</sup> Véase sobre este tema: SCHABAS W., *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 42-47.

<sup>18</sup> Para un estudio detallado de esta jurisprudencia, cf. GARIBIAN S., *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne...*, *Op. cit.*, capítulo 4, sección 1, § 2, B, 2.

<sup>19</sup> Expresión utilizada por los jueces del TPIY en el juicio de la Cámara de primera instancia II, *Mirjan Kupreskic et al.*, 14 de enero de 2000, IT-95-16, § 636.

*genocidio*, en fin, que supone además la prueba de una intención especial de destruir, en todo o en parte, un grupo particular. Los jueces precisan que el genocidio constituye una « forma particular» de persecución (su forma «más extrema» y « la más inhumana»); estos dos tipos de crímenes internacionales (genocidio y persecución) son además « especies» de crimen contra la humanidad.<sup>20</sup>

Incluso si la frontera que separa los conceptos de crimen contra la humanidad y de genocidio es más y más fina, se comprende bien que si todo genocidio es un crimen contra la humanidad, todo crimen contra la humanidad no es forzosamente un genocidio. Una de las cuestiones que se plantea entonces es la de saber que existe una jerarquía propiamente dicha entre estos crímenes internacionales tomados, en bloque, como las más graves violaciones del derecho internacional humanitario.

### **Una jerarquía entre los crímenes internacionales más graves?**

El posicionamiento de los jueces de los TPI sobre esta cuestión es confuso, y a veces contradictorio: por una parte los jueces de primera instancia afirman de manera reiterada que el genocidio es «el crimen de los crímenes»<sup>21</sup>, en el sentido de que es el crimen internacional más grave, en concordancia con los propósitos de los jueces israelitas en 1961 en el caso Eichmann;<sup>22</sup> por otra parte, los jueces de apelación se niegan a admitir expresamente la idea

---

<sup>20</sup> Véase particularmente en la jurisprudencia del TPIY : juicio de la Cámara de primera instancia I, *Goran Jelusic*, 14 de diciembre de 1999, IT-95-10, § 68 y juicio de la Cámara de primera instancia II, *Mirjan Kupreskic et al.*, 14 de enero de 2000, IT-95-16, § 636. Véase también en la jurisprudencia del TPIR: juicio de la Cámara de primera instancia II, *Clément Kayishema y Obed Ruzindana*, 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1, § 89.

<sup>21</sup> Cf. por ejemplo el juicio de la Cámara de primera instancia I del TPIR, *Jean Kambanda*, 4 de septiembre de 1998, ICTR-97-23, § 16.

<sup>22</sup> El Tribunal de Distrito de Jerusalén afirmaba ya en su juicio del 15 de diciembre de 1961 que « The ‘crime against the Jewish people’ which constitutes the crime of ‘genocide’ is nothing but the gravest type of ‘crimes against humanity’ » (el subrayado es nuestro; citado en MAISON R., « Le crime de génocide dans les premiers jugements du Tribunal international pour le Rwanda », *Revue générale de droit international public*, 1999, p. 130).

de una jerarquía entre los crímenes que son de su competencia; incluso a menudo parecen incómodos con esta cuestión.<sup>23</sup>

La diferencia de *naturaleza* y/o de *gravedad* entre los crímenes de guerra y las tres formas distintas de crímenes contra la humanidad (crímenes contra la humanidad «habituales» / persecuciones / genocidios) divide frecuentemente a los jueces *ad hoc*. La jurisprudencia relativa sobre esta cuestión puede ser resumida en dos puntos. En primer término, es reconocido que la prohibición de cada uno de estos crímenes se funda sobre normas imperativas de *jus cogens*, donde se admite que ellas son normas internacionales superiores desde un punto de vista material<sup>24</sup> – siendo además precisado por los jueces que estas normas forman «un todo» y que no existe jerarquía normativa en el seno de este *corpus*. En otras palabras, todas las normas que están a la base de la represión de los crímenes internacionales más graves tienen el mismo valor jurídico.

Dicho esto, y es nuestro segundo punto, los jueces *ad hoc* expresan a menudo la idea según la cual existiría una diferencia de naturaleza y de gravedad entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad (bajo todas sus formas). Veamos a título ilustrativo algunos extractos de la jurisprudencia.

Contrariamente a los crímenes de guerra, «los crímenes contra la humanidad cubren hechos graves de violencia que lesionan el ser humano alcanzando aquello que les es esencial: su vida, su libertad, su integridad física, su salud y su dignidad. Se trata de actos inhumanos que por su amplitud o su gravedad sobrepasan los límites tolerables de la comunidad internacional que debe reclamar su sanción. Pero los crímenes contra la humanidad trascienden también al individuo pues atacando al hombre (...), es negada la Humanidad. Es la identidad de la

---

<sup>23</sup> Véase particularmente la sentencia de la Cámara de apelación *Dusko Tadic*, 26 de enero de 2000, IT-94-1, § 69, o también la sentencia de la Cámara de apelación *Clément Kayishema y Obed Ruzindana*, 1° de junio de 2001, ICTR-95-1, § 367.

<sup>24</sup> Cf. *supra*.

víctima, la Humanidad, que marca además la especificidad del crimen contra la humanidad».<sup>25</sup>

« Un acto prohibido cometido en tanto crimen contra la humanidad (...) es, todas cosas iguales además, una infracción más grave que un crimen de guerra común. Esto responde a la condición que los crímenes contra la humanidad deben ser cometidos en una escala generalizada o sistemática, teniendo la cantidad de los crímenes un efecto cualitativo sobre la naturaleza de la infracción, que es considerada como un crimen cometido no solamente contra las víctimas mismas sino contra el conjunto de la humanidad».<sup>26</sup>

« No parece dudoso a la Cámara que los [crímenes de guerra], a pesar de su gravedad, sean considerados como crímenes menores que el genocidio o el crimen contra la humanidad. En cambio, para ella es más difícil establecer una jerarquía entre el genocidio y el crimen contra la humanidad en cuanto a su gravedad respectiva. Según la Cámara, el crimen contra la humanidad (...) como el genocidio (...) son crímenes que chocan particularmente la conciencia de la humanidad».<sup>27</sup>

De todos modos el reconocimiento jurisdiccional de estas diferencias entre los crímenes de guerra, por una parte, y las tres formas de crímenes contra la humanidad por otra parte, no permite responder claramente a la cuestión de saber si existe además una jerarquía en el seno mismo de la categoría genérica de crímenes contra la humanidad.

Es por esta razón que en definitiva sólo la observación de los elementos constitutivos de cada uno de los crímenes es verdaderamente útil, a fin de poner a la luz, llegado el caso, los diversos factores «agravantes». Cuanto más los elementos constitutivos (materiales e

---

<sup>25</sup> Juicio de la Cámara de primera instancia I del TPIY, *Drazen Erdemovic*, 29 de noviembre de 1996, § 28 (confirmado por los jueces de apelación en el mismo caso del 7 de octubre de 1997, IT-96-22, § 28).

<sup>26</sup> Juicio de la Cámara de primera instancia II del TPIY, *Dusko Tadic*, 14 de julio de 1997, IT-94-1, § 73.

<sup>27</sup> Juicio de la Cámara de primera instancia I del TPIR, *Jean-Paul Akayesu*, 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4 y juicio de la Cámara de primera instancia I del TPIR, *Jean Kambanda*, 4 de septiembre de 1998, ICTR-97-23, §§ 14 ss.

intencionales) son específicos y difíciles de probar, más se supone que el crimen es grave y simbólicamente estigmatizado. También la aplicación de esta grilla de lectura de las definiciones de los crímenes contra la humanidad y su interpretación jurisdiccional permite establecer la gradación (crecimiento) siguiente: crimen contra la humanidad dicho habitual / crimen persecución / crimen de genocidio. Esta gradación en la gravedad de los crímenes en cuestión es a veces constatada por los jueces de los TPI, cuando se trata de determinar la penas o de tratar las cargas acumulativas<sup>28</sup> – una ocasión para recordarles, además, que la especificidad del genocidio reside sin duda en el « grupo-víctima » afectado por el crimen (menos vasto que la « población civil » víctima de los otros crímenes contra la humanidad) y en el *elemento intencional especial* constitutivo de la acción genocidiaria (sea la intención de destruir todo o parte del grupo afectado).<sup>29</sup> Dos elementos clave – subrayados recientemente en el célebre fallo de la Corte internacional de justicia de febrero de 2007<sup>30</sup> – que restringen tanto el campo de la incriminación y son la expresión de una gravedad singular.<sup>31</sup>

\*\*\*

---

<sup>28</sup> Véase también sobre este tema FRULLI M., « Are Crimes against Humanity More Serious than War Crimes ? », *European Journal of International Law*, 2001, pp. 329-350, así como MAY R. y WIERDA M., « Is there a Hierarchy of Crimes in International Law ? », en *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2003, pp. 511-532.

<sup>29</sup> Sobre esta punto, cf. por ejemplo JONES J. R. W. D., « 'Whose Intent is it Anyway ?' Genocide and the Intent to Destroy a Group », en *Man's Inhumanity to Man...*, *Ibid.*, pp. 467-480. Por memoria, el genocidio « se entiende como uno de los actos mencionados a continuación, cometido con la *intención de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal*: a) Asesinato de los miembros del grupo; b) Atentado grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sumisión intencional del grupo a condiciones de existencia que acarrear su destrucción física total o parcial; d) Medidas tendientes a obstaculizar los nacimientos en el seno del grupo; e) Transferencia forzada de niños de un grupo a otro grupo » (el subrayado es nuestro ; artículo II de la Convención sobre genocidio del 9 de diciembre de 1948, retomado tal cual en los artículos 4 del Estatuto del TPIY y 2 del Estatuto del TPIR).

<sup>30</sup> Corte internacional de justicia, fallo del 26 de febrero de 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, §§ 186 ss.

<sup>31</sup> En el mismo orden de ideas, se notará además que el acuerdo, la complicidad, la incitación directa y pública y la tentativa son formas de acciones punibles en el único marco del genocidio (en el sentido del artículo III de la Convención de 1948, retomado tal cual en los artículos 4 del Estatuto del TPIY y 2 del Estatuto del TPIR).

En conclusión, el análisis de la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales por la ex-Yugoslavia y por Ruanda permite una triple constatación. En primer término, los crímenes que entran en la competencia de los dos Tribunales son, en su conjunto, los crímenes internacionales más graves reconocidos como tales por la comunidad internacional: su interdicción depende de normas imperativas superiores (o normas de *jus cogens*), no jerarquizadas entre ellas, imponiéndose directamente a los Estados (independientemente de su consentimiento) así como a los particulares. Además, existe una diferencia de naturaleza entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad en sentido amplio (es decir, los crímenes contra la humanidad « habituales » o « comunes », las persecuciones y los actos de genocidios). En fin, en el seno mismo de la categoría genérica de crímenes contra la humanidad, los jueces se niegan en general a admitir expresamente la existencia de una jerarquía. No obstante, los elementos constitutivos de cada uno de los crímenes traducen, *de jure*, una gradación o una suerte « de escala de gravedad » en la que el genocidio se situaría entonces, incontestablemente y desde este único punto de vista, en la cima.