



**ACNUR
UNHCR**

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
United Nations High Commissioner for Refugees



POLÍTICAS LEGALES Y DE PROTECCIÓN SERIES DE INVESTIGACIÓN

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

DIVISIÓN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL
ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR)
CP2500, 1211 Ginebra 2
Suiza

E-mail: hqpr02@unhcr.org
Página web: www.acnur.org

Este documento de referencia fue comisionado en noviembre de 2010 para la Reunión de Expertos sobre las complementariedades entre el derecho internacional de los refugiados, el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos, convocada por el ACNUR y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, realizada del 11 al 13 de abril de 2011 en Arusha, Tanzania.

Las opiniones expresadas en este documento son del autor y no reflejan necesariamente el parecer de las Naciones Unidas, el Tribunal Especial para Líbano, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda o el ACNUR. Este documento puede ser citado, usado como referencia y copiado con fines académicos, educativos o de otro tipo, que no sea comercial, sin la autorización previa del ACNUR a condición de que sean mencionados el autor y la fuente. El documento está disponible en <http://www.acnur.org/bdl>

© Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados 2011.

INDICE

1. CRÍMENES INTERNACIONALES: INTRODUCCIÓN A LOS CRÍMENES DE GUERRA Y LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD	4
2. CRÍMENES DE GUERRA	6
2.1 ORIGEN DEL CONCEPTO	6
2.2 CRÍMENES DE GUERRA Y DESPLAZAMIENTO FORZADO	9
3. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD	12
3.1 ORIGEN DEL CONCEPTO	12
3.2 CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y DESPLAZAMIENTO FORZADO: DEPORTACIÓN, TRASLADO FORZOSO, OTROS ACTOS INHUMANOS	14
3.3 CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y DESPLAZAMIENTO FORZADO: PERSECUCIÓN	15
4. RETOS EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA LEY SOBRE DESPLAZAMIENTO FORZADO	20
4.1 DISTINCIÓN ENTRE DEPORTACIÓN Y TRASLADO FORZOSO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TPIY	20
4.2 ¿EL DESPLAZAMIENTO FORZADO SE TIPIFICA COMO CRIMEN DE GUERRA O COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD?	21
4.3 TRASLADO ILEGAL: CASOS DUDOSOS	24
4.4 EXPULSIÓN DE PERSONAS CON PRESENCIA “LEGÍTIMA”	25
5. DESPLAZAMIENTO FORZADO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: UNA EVALUACIÓN	27

1. Crímenes internacionales: Introducción a los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad

El derecho penal internacional es una rama relativamente nueva del derecho internacional y la lista de crímenes internacionales, es decir, las infracciones de las normas internacionales que implican la responsabilidad penal individual (en contraposición a la responsabilidad del Estado por la cual los individuos pueden actuar como agentes), ha surgido por acumulación gradual. Los crímenes internacionales consisten en violaciones de las normas consuetudinarias internacionales o las disposiciones de los tratados que vinculan incuestionablemente a los Estados y otras entidades, y que están destinadas a proteger los valores considerados importantes por la comunidad internacional en su conjunto, de modo que la responsabilidad penal individual surge por su incumplimiento. Por otra parte, existe un interés universal en la represión de estos delitos.¹

Situaciones como aquellas que dan lugar a crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad han sido abordadas por diversos medios, como los tratados de paz, las amnistías o las comisiones de la verdad y reconciliación. Sin embargo, es una tendencia indiscutible que, durante por lo menos las últimas dos décadas, el componente de la legislación penal ha desempeñado un papel cada vez más prominente. El TPIY y el TPIR son los principales ejemplos de esta tendencia y los que más han contribuido al perfeccionamiento de muchas de las ideas discutidas en este artículo, en particular el crimen de persecución, el cual ha proporcionado un sólido marco jurídico para hacer frente a lo que con frecuencia se describe como “limpieza étnica”.

En el siglo XIX, y durante mucho tiempo, los únicos crímenes internacionales, además de la piratería, eran los crímenes de guerra. Es sólo desde la Segunda Guerra Mundial que se han desarrollado nuevas categorías de delitos, mientras que la legislación sobre crímenes de guerra esencialmente ha sido replicada. Los Estatutos del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (TMIN) y el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (TMILO) fueron adoptados en 1945 y 1946, respectivamente, y consagraron nuevas categorías de criminalidad internacional. Los crímenes de lesa humanidad y los crímenes contra la paz (principalmente las guerras de agresión) fueron añadidos, seguidos en 1948 por el genocidio como una sub-categoría especial de los crímenes contra la humanidad (pero que pronto se convertiría en un delito autónomo). Este trabajo se centrará principalmente en los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, en particular los relacionados con el desplazamiento forzado.² Si bien los actos de genocidio, en particular el ‘sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física’, el ‘traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo’ y (según algunos comentaristas) la “limpieza étnica”, también podrían ser pertinentes con el fin de entender algunas de las interacciones

¹ Sobre este punto, ver de manera general A. Cassese et al, *Derecho Penal Internacional. Casos y Comentarios* (Oxford: OUP, 2011). 113-114.

² Voy a usar la expresión ‘desplazamiento forzado’ como una cláusula general que describe los hechos subyacentes a la deportación, el traslado forzoso y los demás delitos relacionados discutidos en este documento. Ver, por ejemplo, *Procurador c. Krnojelac*, Caso No. IT-97-25-A, Sentencia, 17 de septiembre de 2003, párrafos 217-218 (‘*Krnojelac, Sentencia de Apelación*’) (en referencia al desplazamiento como uno de los actos subyacentes a la persecución).

entre el derecho penal internacional y el desplazamiento forzado, el presente trabajo no se ocupará de este crimen, ya que ello implicaría un análisis de la especial intención de destruir total o parcialmente a un grupo protegido.³ Esta discusión nos llevaría demasiado lejos: la especial intención necesaria para la constatación del genocidio es extremadamente difícil de establecer y los matices de los juicios por genocidio le restarían la atención a los temas más relacionados con el desplazamiento forzado. Por ejemplo, en el Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur al Secretario General en cumplimiento de la Resolución 1564 (2004) de 18 de septiembre de 2004, 25 enero de 2005 ('Informe sobre Darfur'), la Comisión concluyó que:

[D]ado el carácter sistemático y generalizado del desplazamiento forzoso de la población en Darfur, la Comisión considera que éste podría muy bien constituir un crimen de lesa humanidad. El elemento subjetivo requerido (el conocimiento del carácter sistemático del desplazamiento forzoso) queda demostrado por el hecho de que ese desplazamiento representaba claramente una política gubernamental aplicada de forma constante por las autoridades competentes del Gobierno y las milicias Janjaweed. Por otra parte, dado el carácter discriminatorio de los desplazamientos, estas acciones constituirían un crimen de persecución como crimen de lesa humanidad.⁴

Sin embargo, la Comisión concluyó que no existían pruebas concluyentes en cuanto a la existencia de la intención genocida.⁵

A pesar de que este trabajo se limita a dos categorías de crímenes internacionales, su análisis mostrará que las interacciones entre los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, por una parte, y el desplazamiento forzado, por otra, son numerosas y multifacéticas. Dada la cantidad de jurisprudencia e investigación académica, la discusión se limitará a una visión general de los principales temas. Sólo serán considerados con más detalle algunos de los desafíos que plantea la aplicación concreta de estos crímenes al desplazamiento forzado, en particular, el significado de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad en el abordaje del desplazamiento forzado y la importancia de estos crímenes para los organismos humanitarios; la distinción establecida en la

³ Ver, sin embargo, F. Jessberger, 'La definición y los elementos del delito de genocidio', en P. Gaeta (ed.), *La Convención de la ONU sobre el genocidio* (Oxford: OUP, 2009) 87, especialmente 100-105.

⁴ Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur al Secretario General de conformidad con la Resolución 1564 (2004) de 18 de septiembre de 2004, Ginebra, 25 de enero de 2005, párr. 332 ('Informe sobre Darfur').

⁵ Informe sobre Darfur, párrafos 513-517, en particular el párrafo. 515: '(...) quienes sobreviven a los ataques contra aldeas no eran asesinados de inmediato con el objeto de erradicar al grupo, sino que son obligados a abandonar sus hogares y vivir juntos en lugares que elegía el Gobierno. Esta actitud del Gobierno del Sudán, si bien puede considerarse una vulneración de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho penal internacional, no indica la intención de aniquilar al grupo y ello es tanto más cierto cuanto que las condiciones de vida en esos campamentos, aunque dignas de fuerte crítica en muchos aspectos, no parecen apuntar a la extinción del grupo étnico al que pertenecen las personas desplazadas dentro del país (...)'. *Contra*: la orden de detención de la CPI emitida contra el Presidente de Sudán Al Bashir por la Sala de Cuestiones Preliminares I del 12 de julio de 2010 (Caso No. ICC-02/05-01/09-94), por, entre otras cosas, tres cargos de genocidio (genocidio por asesinato, genocidio mediante lesión grave a la integridad física o mental y genocidio mediante sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física).

jurisprudencia entre el traslado forzoso y la deportación; y el significado de la cláusula que sostiene que una víctima de desplazamiento forzado debe haber estado ‘legítimamente’ en el territorio del cual fue trasladada.

2. Crímenes de guerra

2.1 Origen del concepto

A pesar de haber evolucionado a lo largo de muchos siglos,⁶ los crímenes de guerra siguen siendo un concepto relativamente vago, incluso para los estudiosos del derecho. Es verdad que en Núremberg ciertos individuos fueron acusados y juzgados por crímenes de guerra. Sólo unos años más tarde, sin embargo, en la redacción de los textos que se convertirían en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, los Estados se mostraron reacios a utilizar este término y recurrieron en su lugar a una lista de ‘infracciones graves’ que sólo incluye *algunos* pero no todos los actos que hasta entonces habían sido considerados crímenes de guerra. Fue sólo en 1977, en el momento de la redacción del Protocolo adicional a los Convenios de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo adicional I) que los Estados acordaron insertar una cláusula explícita según la cual ‘las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra’.⁷

El primer tema de discusión es el evidente requisito de que los crímenes de guerra sólo puede tener lugar en tiempos de guerra, o, más exactamente, durante un conflicto armado. El TPIY en la Decisión sobre jurisdicción en *Tadić* declaró que:

(...) existe un conflicto armado cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados o a la violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado.⁸

⁶ En general, ver L. Green, ‘Reglamentación internacional de los conflictos armados’, en M.C. Bassiouni (ed.), *Derecho penal internacional* (vol. 1, Ardsley: Transnational Publishers, 1999) 355-363. Ver también T. Meron, *Guerra de Enrique y Ley de Shakespeare, Perspectivas sobre el derecho de guerra en la Baja Edad Media* (Oxford: Clarendon Press, 1993). Se han sugerido otros ejemplos de juicios ‘antiguos’ sobre crímenes de guerra: G. Maridakis, ‘Un antiguo precedente de Núremberg’, en (2006) 4 *JICJ* 847 (para un ejemplo sobre juicio ‘internacional’ en la antigua Grecia), G. Schwarzenberger, *Derecho internacional* (vol. 2, Londres: Stevens, 1968), 462-466 (para una explicación del juicio de Peter van Hagenbach en 1474 por un tribunal ‘internacional’).

⁷ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 1125 UNTS 3, 8 de junio de 1977, entró en vigor el 7 de diciembre de 1979, art.85 (5).

⁸ *Procurador c. Tadić*, Caso No. IT-94-1-A, Decisión sobre la moción de la defensa para una apelación interlocutoria sobre la jurisdicción, 2 de octubre de 1995, párr. 70 (‘Decisión de la Cámara de Apelaciones sobre la competencia en *Tadić*’). Como establece el Comentario del CICR sobre el Convenio I de Ginebra: ‘Toda diferencia que surja entre dos Estados y que conduzca a la intervención de las fuerzas armadas es un conflicto armado en el sentido del art. 2, incluso si una de las partes niega la existencia de un estado de guerra. La duración del conflicto no es relevante, ni la cantidad de masacres ejecutadas. El respeto debido a la personalidad humana no se mide por el número de víctimas. Tampoco, por cierto, la aplicación del Convenio implica necesariamente la intervención de maquinaria pesada. Todo depende de las circunstancias’ (J. Pictet (ed.), *Comentario de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, Tomo I* (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1952) 32). Para una discusión más amplia sobre el tema, ver

Una cuestión distinta es que, por supuesto, no todos los crímenes cometidos durante un conflicto armado constituyen crímenes de guerra; debe existir un “nexus” (nexo) entre la conducta criminal y el conflicto armado. En *Kunarac*, el TPIY sostuvo que:

Lo que finalmente distingue un crimen de guerra de un delito puramente nacional es que un crimen de guerra se conforma o depende del contexto en el que es cometido: el conflicto armado. No tiene que haber sido planeado o apoyado por algún tipo de política. No se requiere que el conflicto armado haya sido causal para la comisión del delito, pero la existencia de un conflicto armado debe, como mínimo, haber desempeñado un papel importante en la capacidad del autor para su comisión, su decisión de cometerlo, la manera en que se cometió o el propósito para el cual fue cometido. Por lo tanto, si se puede establecer, como en el caso que nos ocupa, que el autor actuó en cumplimiento o con el pretexto del conflicto armado, sería suficiente para concluir que sus actos estaban estrechamente relacionados con el conflicto armado.⁹

Uno de los requisitos que caracterizan un delito como el crimen de guerra es que la víctima es generalmente una *persona protegida* por el derecho internacional humanitario.¹⁰ Si bien originalmente la expresión ‘persona protegida’ se refería únicamente a las categorías de personas expresamente protegidas por uno de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (que, de acuerdo con su artículo 2 común, sólo son aplicables a los conflictos armados internacionales), el derecho internacional humanitario ha ampliado el reconocimiento a otras categorías de personas, que por lo

G. Acquaviva, ‘Crímenes de guerra en el TPIY: Cuestiones sustantivas y jurisdiccionales’, en R. Bellelli (ed.), *Justicia penal internacional - Derecho y práctica desde el Estatuto de Roma hasta su revisión* (Farnham: Ashgate, 2010) 295.

⁹ *Procurador c. Kunarac y otros*, Caso No. IT-96-23 y IT-96-23/1-A, Sentencia del 12 de junio de 2002, párrafos 57-59 (*Kunarac y otros*, Sentencia de Apelación); ver también *Fiscal c. Semanza*, Caso No. ICTR-97-20-T, Sentencia, 15 de mayo de 2003, párr. 518 y *Fiscal c. Rutaganda*, Caso No. ICTR-96-3-A, Sentencia, 26 de mayo de 2003, párr. 563.

¹⁰ Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña, 75 UNTS 35, 12 de agosto de 1949 entró en vigor el 21 de octubre de 1950; Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, 75 UNTS 81, 12 de agosto de 1949 entró en vigor el 21 de octubre de 1950; Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra 75 UNTS 135, 12 de agosto de 1949 entró en vigor 21 de octubre 1950, y el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 75 UNTS 287, 12 de agosto de 1949 entró en vigor el 21 de octubre de 1950) y sus Protocolos adicionales de 1977 (Protocolo I, nota 7 y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 1125 UNTS 609, 8 de junio de 1977, entró en vigor el 7 de diciembre de 1979) protegen a los heridos, enfermos y náufragos que participan en las hostilidades, prisioneros de guerra y otras personas detenidas, así como a los civiles (de nuevo, siempre y cuando no participen directamente en las hostilidades). Se ha señalado que ‘[e]l sentido original de la noción de personas protegidas se basa en la obligación de las partes en un conflicto de otorgar un trato humano sin distinción alguna’ a todas las personas reconocidas como protegidas (L. Vierucci, ‘Personas protegidas’, en A. Cassese (ed.), *Guía de Oxford sobre la justicia penal internacional* (Oxford: OUP, 2009) 473). En algunas circunstancias, los combatientes pueden también ser víctimas de crímenes de guerra, por ejemplo cuando se utilizan armas ilegales en contra de ellos (ver, entre otros, art.8 (2)(b)(xx) Estatuto de la CPI sobre ‘[e]mplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios’). Ya que ésta sub-categoría de crímenes de guerra no es relevante para la presente discusión, no será explorada en adelante.

tanto puede ser consideradas, aunque técnicamente no del todo, ‘protegidas’. A los efectos del presente artículo, sólo se hará mención de las personas que *no* son miembros de las fuerzas armadas u otros grupos beligerantes y que *no toman parte directa* en las hostilidades.¹¹

Sin embargo, la calificación de la víctima no es suficiente para establecer *per se* la existencia de un crimen de guerra: no toda la violencia contra la población civil durante el transcurso de un conflicto armado equivale automáticamente a crímenes de guerra. Se debe demostrar que el conflicto armado creó tanto el contexto como la oportunidad para el delito. Generalmente esta es una tarea fácil cuando el autor actúa en una misión oficial originada por el conflicto armado (cuando, por ejemplo, es un combatiente militar en la operación). Sin embargo, si el autor es un civil, se debe determinar que el conflicto armado creó la situación y la oportunidad para el delito, por ejemplo, si el delito se llevó a cabo de acuerdo con los objetivos de la campaña militar. A pesar de que algunos casos dudosos pueden crear cierta incertidumbre, a los efectos del presente trabajo esta aclaración es suficiente.

Además, sólo las violaciones *graves* del derecho humanitario son consideradas como crímenes de guerra y por lo tanto suponen la responsabilidad penal individual del autor en virtud del derecho internacional. Los actos de menor gravedad pueden, por supuesto, seguir siendo delitos según el derecho interno o dar lugar a sanciones disciplinarias. Las violaciones graves, aquellas que constituyen una grave infracción de una norma que protege valores importantes, una infracción que implica graves consecuencias para la víctima, se pueden dividir en dos categorías.

En primer lugar, existen las *violaciones al derecho consuetudinario y de los tratados aplicables a los conflictos armados*. Este derecho evolucionó a partir de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, que se ocupan de los medios y métodos de guerra y el tratamiento de las personas que han dejado de participar directamente en las hostilidades (*in primis*, los prisioneros de guerra), y los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 que se ocupan de los enfermos, los heridos, los civiles y, una vez más, de los prisioneros de guerra. Estos cuatro Convenios fueron complementados en 1977 por sus dos Protocolos adicionales. A pesar de la importancia del derecho de los tratados en este campo, las normas más convencionales han alcanzado la condición de consuetudinarias.¹² En tales casos, las normas aplicables son vinculantes más allá de si los Estados han ratificado una convención específica, ya que el derecho consuetudinario vincula a los Estados independientemente de la aceptación expresa. Todos los Estados tiene el derecho de perseguir este tipo de crímenes de guerra, y con frecuencia las disposiciones internacionales están integradas en el ordenamiento jurídico interno a través de actos legislativos. La mayoría de estos crímenes de guerra, y en particular los relacionados

¹¹ Según el CICR, por ejemplo, ‘[l]os civiles no están protegidos contra los ataques si toman parte directamente en las hostilidades’ tanto en los conflictos armados internacionales como no internacionales (CICR, *Derecho internacional humanitario consuetudinario - Volumen I: Normas* (Cambridge: CUP, 2005) 19). Para los crímenes de lesa humanidad, que no requieren de un conflicto armado, la definición de víctima civil es algo diferente.

¹² T. Meron, ‘Derecho consuetudinario’, *Proyecto sobre crímenes de guerra*, disponible en: <http://www.crimesofwar.org/a-z-guide/customary-law>, (último acceso el 17 de mayo de 2011).

con el desplazamiento forzado, actualmente se aplica a los conflictos armados internacionales y no internacionales.¹³

En segundo lugar, están las *infracciones graves*, un subconjunto de las violaciones graves descritas anteriormente contenidas en las disposiciones específicas de los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I (artículo 85).¹⁴ Una infracción grave es una violación especialmente seria de los Convenios de Ginebra o del Protocolo adicional I, a diferencia de aquellas señaladas como ‘otras violaciones’ de estos instrumentos. El régimen especial de las infracciones graves impone a todos los Estados el *deber* de juzgar (o extraditar) a las personas acusadas de haberlas cometido. Sin embargo, ya que los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I sólo se aplican a los conflictos armados *internacionales*, el alcance de este régimen ha sido históricamente limitado. Por otra parte, los primeros juicios por infracciones graves sólo se produjeron hasta la década de 1990, después de la creación del TPIY y el TPIR y de varios intentos nacionales de hacer cumplir esta rama del derecho humanitario.

2.2 Crímenes de guerra y desplazamiento forzado

Tras la Segunda Guerra Mundial la jurisprudencia internacional estableció los requisitos y las definiciones tanto de los traslados forzosos como de las deportaciones, con especial referencia a los desplazamientos forzados de poblaciones civiles con el propósito de trabajo forzoso. En el caso *Krupp*, por ejemplo, el Tribunal Militar de EE.UU. encontró que:

La deportación de civiles de un país a otro en tiempos de guerra se convierte en un crimen [s]i el traslado se lleva a cabo sin un título legal, como es el caso de las personas que son deportadas desde un país ocupado por un invasor mientras el enemigo ocupado aún tiene un ejército en el terreno y aún opone resistencia. (...) La segunda condición por la cual la deportación se convierte en un crimen se da cuando el objetivo del desplazamiento es ilegal, como las deportaciones con el propósito de obligar a los deportados a fabricar armas usadas contra su patria o de ser empleados en la economía laboral del país ocupante. La tercera condición en virtud de la cual la deportación se vuelve ilegal se produce cuando las normas universalmente reconocidas de dignidad y humanidad no se tienen en cuenta.¹⁵

Aunque la mayoría de estas conclusiones se refiere a las circunstancias específicas de la ocupación nazi de grandes extensiones de Europa durante la Segunda Guerra Mundial, las cuales sustentaron la

¹³ Decisión de la Cámara de Apelaciones sobre la competencia en *Tadić*, nota 8, párrafos 96-137. Ver también T. Meron, ‘Renacimiento de derecho humanitario consuetudinario’, (2005) 99 *AJIL* 817, en particular, 823-828.

¹⁴ J.-M Henckaerts: ‘*El régimen de las infracciones graves al derecho consuetudinario internacional*’, (2009) 7 *JICJ* 683. (Ver también las demás contribuciones en esta edición especial de *JICJ*).

¹⁵ *EE.UU. c. Krupp*, (1947) 9 *LRTWC* 30 (Tribunal Militar de los Estados Unidos), 144 et seq. (‘Proceso Krupp’).

redacción del artículo 49 del IV Convenio de Ginebra en relación con el desplazamiento de civiles,¹⁶ estas ofrecen los primeros atisbos de una comprensión coherente de los elementos de la deportación, así como de las diferencias entre la deportación y el traslado forzoso.

En el caso del Juicio al Alto Mando, el Tribunal Militar de EE.UU. consideró que:

[n]o existe una ley internacional que permita la deportación o el uso de civiles contra su voluntad a no ser de las requisiciones razonables por necesidad del ejército, ya sea dentro de la zona del ejército o después de la deportación a las zonas de retaguardia o a la patria de la potencia ocupante.¹⁷

Así, algunos tipos de traslado forzoso se considerarán lícitos, como los estrictamente relacionados con las operaciones militares, en particular los traslados dictados por la necesidad de salvaguardar a los propios civiles, o las permitidas en su momento por las normas relativas a las requisiciones de trabajadores. Actualmente, esta última excepción está prevista en el artículo 51 del IV Convenio de Ginebra, aunque la Parte que realiza el traslado sigue estando bajo ciertas obligaciones en virtud del artículo 49, como garantizar un alojamiento adecuado y satisfactorias condiciones de salubridad, de higiene y de seguridad.

Una de las características del análisis sobre los Tribunales Militares merece una atención específica: en su momento los jueces parecen haber utilizado el término ‘deportación’ de manera muy general, asumiendo que todas las deportaciones ocurrieron más allá de las fronteras nacionales y sin hacer prácticamente ninguna distinción entre ‘traslado’, ‘deportación’ y otros términos similares. Esta cuestión se analizará en detalle más adelante.

Actualmente, las infracciones graves (una noción consagrada, por ejemplo, en el artículo 2 del Estatuto del TPIY), incluyen no sólo el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos y la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran

¹⁶ En el art. 49 del IV Convenio de Ginebra se lee: ‘Los traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante o al de cualquier otro país, ocupado o no, están prohibidos, sea cual fuere el motivo.

Sin embargo, la Potencia ocupante podrá efectuar la evacuación total o parcial de una determinada región ocupada, si así lo requieren la seguridad de la población o imperiosas razones militares. Las evacuaciones no podrán implicar el desplazamiento de personas protegidas más que en el interior del territorio ocupado, excepto en casos de imposibilidad material. La población así evacuada será devuelta a sus hogares tan pronto como hayan cesado las hostilidades en ese sector.

La Potencia ocupante deberá actuar, al efectuar tales traslados o evacuaciones, de modo que, en la medida de lo posible, las personas protegidas sean acogidas en instalaciones adecuadas, que los desplazamientos se lleven a cabo en satisfactorias condiciones de salubridad, de higiene, de seguridad y de alimentación, y que no se separe, unos de otros, a los miembros de una misma familia.

Se informará a la Potencia protectora acerca de los traslados y de las evacuaciones tan pronto como tengan lugar.

La Potencia ocupante no podrá retener a las personas protegidas en una región particularmente expuesta a los peligros de guerra, a no ser que la seguridad de la población o imperiosas razones militares así lo requieran.

La Potencia ocupante no podrá efectuar la evacuación o el traslado de una parte de la propia población civil al territorio por ella ocupado.’

¹⁷ EE.UU. c. von Leeb, (1948) 11 LRTWC 1 (Tribunal Militar de los Estados Unidos), 394 (‘Juicio al Alto Mando’).

escala de modo ilícito y arbitrario, sino también la *deportación o el traslado ilegal*. Por lo tanto, estos dos crímenes se incluyen en la extremadamente importante categoría de las infracciones graves, discutidas anteriormente, aplicables a los conflictos armados internacionales. Sin embargo, el artículo 3 común, la disposición relativa a las garantías mínimas en los cuatro Convenios de Ginebra que se aplica al “conflicto armado que *no sea de índole internacional* y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes,¹⁸ no hace mención explícita a la deportación o al traslado ilegal, a pesar de que cubre el trato cruel y los atentados contra la dignidad personal, tipos de conducta asociados con frecuencia a tales formas de desplazamiento. Debido a que el artículo 3 común fue la única disposición aplicable a los *conflictos armados no internacionales* antes de la adopción del Protocolo adicional II en 1977, esto significa que en la práctica la protección contra este tipo de conducta en los conflictos armados no internacionales ocurridos entre 1949 y 1977 fue extremadamente limitada.

El artículo 17 del Protocolo adicional II (relativo a los conflictos armados no internacionales) establece que:

No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. (...) No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.

Según el CICR, esta última disposición también se refiere a las ‘situaciones en las que la parte insurgente controla una extensa porción del territorio’. Esto significa que los insurgentes, así como los Estados, están sujetos a la obligación establecida a este respecto.¹⁹ Esta disposición ahora es la base del correspondiente crimen contemplado en el Estatuto de la CPI (artículo 8(2)(e)(viii)), aplicable durante un ‘conflicto armado que no sea de índole internacional’, al ordenar el desplazamiento de la población civil.²⁰ La expresión ‘desplazamiento de la población civil’ parecería abarcar el traslado tanto dentro como allende una frontera.

¹⁸ El artículo 3 común establece, en parte, que: ‘En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. (...)’.

¹⁹ CICR, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977* (Ginebra: CICR, 1987), párr. 4859.

²⁰ Sobre la especificidad de este delito, ver L. Moir, ‘El desplazamiento de civiles como un crimen de guerra además de una violación del artículo 3 común sobre los conflictos armados internos’, en J. Doria et al. (eds.), *El régimen jurídico de la Corte Penal Internacional* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2009) 639-641.

En conclusión, el traslado ilegal de civiles durante un conflicto armado, cuando puede ser demostrado el nexo necesario entre el traslado y el conflicto en sí mismo, es un crimen de guerra. En la actualidad, sin duda, se aplica tanto a conflictos armados internacionales como no internacionales.

Un aspecto importante de la definición de estos crímenes en la práctica es que, como se sugirió anteriormente, el derecho internacional humanitario establece circunstancias limitadas en las que se permite el desplazamiento de civiles durante los conflictos armados, éstas son: si se lleva a cabo para la seguridad de las personas involucradas o por razones militares imperiosas.²¹ Sin embargo, en estos casos el desplazamiento es temporal y debe llevarse a cabo de manera que se garantice que las personas desplazadas retornarán a sus lugares de origen tan pronto como la situación lo permita.²²

3. Crímenes de lesa humanidad

3.1 Origen del concepto

Pese a precedentes referencias a los ‘crímenes de lesa humanidad’, universalmente se acepta que esta expresión fue utilizada por primera vez en relación a la responsabilidad penal individual en mayo de 1915, cuando Francia, Gran Bretaña y Rusia, declararon con respecto a la masacre de armenios que harían responsables individualmente a todas las personas implicadas en estos ‘nuevos crímenes de Turquía contra la humanidad y la civilización’.²³ Sin embargo, incluso después de esta declaración, los crímenes de lesa humanidad no fueron aplicados hasta el Tratado de Lausana de 1923 entre las Potencias Aliadas y Turquía.

Durante la Segunda Guerra Mundial, las Potencias aliadas decidieron que los funcionarios enemigos de alto nivel (Eje) debían ser juzgados por los crímenes cometidos durante el conflicto. Pronto se dieron cuenta de que algunos de los peores actos perpetrados, en particular por las autoridades alemanas, no habían sido cometidos contra extranjeros, sino contra ciudadanos alemanes por motivos raciales, políticos u otros motivos discriminatorios. Por tanto, no podían ser considerados crímenes conforme a las leyes o costumbres de la guerra aplicables en ese entonces. Para hacer frente a la percepción de la insuficiente amplitud del derecho internacional, la Carta de Londres, incorporando el

²¹ III Convenio de Ginebra, art.19; IV Convenio de Ginebra, art. 49; II Protocolo adicional, art. 17; TPIY, *Procurador c. Stakić*, caso No. IT-97-24-A, Sentencia, 22 de marzo de 2006, párrafos 284-285 (‘*Stakić*, Sentencia de Apelación’); *Procurador c. Blagojević y Jokić*, Caso No. IT- 02-60-T, Sentencia, 17 de enero de 2005, párrafos 597 a 598 (‘*Blagojević y Jokić*, Sentencia de Primera Instancia’). Sin embargo, si la crisis humanitaria fue el resultado de la actividad del acusado, el desplazamiento por razones humanitarias, por supuesto, aún sería ilegal. *Procurador c. Krajišnik*, Caso No. IT-00-39-A, Sentencia, 17 de marzo de 2009, párr. 308. Para una aplicación parcial del principio en complejas circunstancias de hecho, ver *Procurador c. Popović et al.*, Caso No. IT-05-88-T, Sentencia, 10 de junio de 2010, párr. 920 (‘*Popović* Sentencia de Primera Instancia’).

²² IV Convenio de Ginebra, art. 49; *Procurador c. Krstić*, Caso No. IT-98-33-T, Sentencia, 2 de agosto de 2001, párr. 524; *Blagojević y Jokić*, Sentencia de Primera Instancia, nota 21 supra, párr. 599.

²³ Departamento de Estado de los Estados Unidos, [1915] *Documentos relativos a las relaciones exteriores de los Estados Unidos*, Suplemento 981.

Estatuto del Tribunal Militar Internacional ('Estatuto TMI') para el enjuiciamiento de los criminales de guerra más importantes del Eje Europeo, también incluyó una disposición sobre los crímenes de lesa humanidad.

En el Estatuto del TMI, los crímenes de lesa humanidad fueron definidos como 'asesinato, exterminio, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución o en conexión con cualquier crimen que esté dentro de la jurisdicción del Tribunal, violen o no el derecho interno del país donde fueron perpetrados.'²⁴ La estrecha relación entre este tipo de crímenes y otros crímenes dentro de la jurisdicción del TMI efectivamente significó que los crímenes de lesa humanidad serían castigados sólo si fueron cometidos durante la guerra o como parte de su preparación y si afectaban directamente los intereses de otros Estados.²⁵

Aunque el Estatuto del Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente siguió el texto del Estatuto TMI, los Aliados abandonaron el vínculo entre conflicto armado y crímenes de lesa humanidad cuando se promulgó la Ley No. 10 del Consejo de Control en diciembre de 1945 para el juicio de otros criminales de guerra en Europa después de los juicios del TMI.²⁶

El concepto de crímenes de lesa humanidad fue esencialmente introducido por las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial con el objetivo de hacer frente a los crímenes contra la población civil. Aunque originalmente se consideró necesario para cimentar la jurisdicción del TMI en las circunstancias preponderantes de 1945, el requisito de *nexo con un conflicto armado* para los crímenes de lesa humanidad fue progresivamente abandonado a partir de entonces. En el TPIY, este nexo todavía existe para establecer la jurisdicción del Tribunal,²⁷ pero el propio TPIY ha reconocido que dicho nexo con un conflicto armado *per se* ya no es necesario en el derecho consuetudinario.²⁸ Este nexo no está presente en los Estatutos del TPIR y la CPI. Con base en la jurisprudencia anterior y sus instrumentos fundamentales, las sentencias del TPIY y el TPIR han hecho hincapié en que los crímenes de lesa humanidad deben ser cometidos como *parte de un ataque generalizado o sistemático* contra la población civil, es decir, un ataque a gran escala u organizado cuyo objetivo principal es la población civil.²⁹

²⁴ Art. 6 (c) del Estatuto del TMI.

²⁵ Esto se debió a la percepción de que era necesario aplacar las dudas sobre posibles violaciones al principio de legalidad. Sobre el tema de *nullum crimen* en relación con los crímenes contra la humanidad en el Juicio de Núremberg, ver G. Acquaviva, 'En los orígenes de los crímenes contra la humanidad. Claves para una adecuada comprensión del principio *nullum crimen* en el Juicio de Núremberg', (2011) *JICJ* (de próxima publicación).

²⁶ Art. II (1) (c) de la Ley No. 10 del Consejo de Control.

²⁷ El art. 5 del Estatuto del TPIY permite al Tribunal 'juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil (...)'.

²⁸ *Procurador c. Tadić*, Caso No. IT-94-1-A, Sentencia, 15 de julio de 1999, párr. 249 ('*Tadić*, Sentencia de Apelación'); *Kunarac et al.*, Sentencia de Apelación, la nota 9, párr. 83.

²⁹ *Procurador c. Blaškić*, Caso No. IT-95-14-A, Sentencia, 29 de julio de 2004, párrafos 103-116 y 135-139. Ver también *Kunarac et al.*, Sentencia de Apelación, nota 9, párr. 100. En cuanto al TPIR, su Estatuto requiere que todos los crímenes contra la humanidad hayan sido cometidos 'como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas' (énfasis

El artículo 7 del Estatuto de la CPI enumera como crímenes de lesa humanidad, con pequeñas variaciones, los actos especificados en los Estatutos del TPIY y del TPIR. Al igual que todos los crímenes bajo la jurisdicción de la CPI, estos han sido elaborados más detalladamente en el Comentario ‘Elementos de los crímenes’.³⁰ El Estatuto de la CPI, sin embargo, define algunos aspectos de los crímenes de lesa humanidad de manera diferente a los estatutos de los tribunales *ad hoc* o al derecho internacional consuetudinario. Para los propósitos de este artículo, voy a mencionar tres. En primer lugar, el Estatuto de la CPI requiere que el autor haya cometido un crimen de lesa humanidad acatando o promoviendo la política de un Estado o de una organización.³¹ Según una Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, esto tiene por objeto garantizar que, incluso si se lleva a cabo en una amplia zona geográfica o contra un gran número de víctimas, [el ataque] debe estar rigurosamente organizado y seguir un patrón regular.³² Esta formulación, sin duda, hace que la definición de la CPI sea difícil de cumplir, ya que el umbral es más alto que la interpretación que los tribunales *ad hoc* hacen del derecho consuetudinario. Parece que la actual definición fue ideada con el fin de atraer a los Estados para que ratifiquen el Estatuto de la CPI y, en general, a aceptar la multitud de obligaciones derivadas de los crímenes internacionales, tales como el deber de juzgar o entregar.³³ La segunda diferencia es que los motivos discriminatorios enumerados por el Estatuto de la CPI no se limitan a los motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales o religiosos, sino que comprenden también los motivos culturales, de género y ‘otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional’.³⁴ En tercer lugar, para los propósitos de la CPI, la persecución debe ser cometida en conexión con *otros* actos o crímenes dentro de la competencia de la Corte.

3.2 Crímenes de lesa humanidad y desplazamiento forzado: Deportación, traslado forzoso, otros actos inhumanos

En la experiencia de los tribunales internacionales *ad hoc*, uno de los ejemplos más comunes de la participación involuntaria de civiles en los conflictos es el desplazamiento a gran escala e

añadido). Recientemente se ha señalado que ‘la magnitud del daño en el derecho penal internacional eleva los crímenes cometidos como parte de un plan o un patrón aplicado a todos los grupos políticos por encima de las formas igualmente graves de daño perpetrado al azar’, creando así un vacío normativo en relación con los ‘daños privados y oportunistas posibilitados por situaciones de desplazamiento’, especialmente contra las mujeres (mujeres migrantes forzadas). Ver J. Ramji-Nogales, ‘Cuestionando la magnitud de los daños: Mujeres, migración forzada y derecho penal internacional’, *International Criminal Law Review* (2011, de próxima publicación).

³⁰ Elementos de los crímenes, ICC-ASP/1/3, 11 (parte II-B, aprobados por la Asamblea de los Estados Partes, Primer período de sesiones, Nueva York, 9 de septiembre de 2002).

³¹ Art. 7 (2) (a) Estatuto de la CPI (‘una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos (...) contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política’). Los Elementos de los crímenes especifican que esta política requiere que el Estado o la organización *promueva o aliente* activamente un ataque de esa índole contra una población civil.

³² *Procurador c. Katanga y Chui, situación en la RDC*, Caso No. ICC-01/04-01/07-717, Decisión de confirmación de cargos, 30 de septiembre de 2008, párr. 398

³³ W. A. Schabas, *La Corte Penal Internacional: Comentario sobre el Estatuto de Roma* (Oxford: OUP, 2010) 150-152 y referencias allí citadas.

³⁴ Art. 7 (1) (h) del Estatuto de la CPI.

involuntario. Por un lado, este fenómeno se puede considerar hasta cierto punto inevitable en cualquier conflicto, debido a la necesidad humanitaria de evacuar a los civiles de las zonas de conflicto y su tendencia natural a buscar protección fuera del campo de batalla. Sin embargo, al menos para los casos previos al TPIY, es justo decir que los fallos de los jueces también reflejan la naturaleza de muchos conflictos contemporáneos que a menudo se caracterizan por un plan específico de líderes civiles y militares para desplazar significativas porciones de la población civil por motivos étnicos, religiosos, nacionales o políticos.³⁵ Dependiendo de las circunstancias concretas del caso, y aparte de la posibilidad de que equivalga a un crimen de guerra, el desplazamiento de civiles también puede dar lugar a responsabilidad penal individual por uno o más crímenes de lesa humanidad.

Los Estatutos del TPIY y el TPIR enumeran entre los crímenes de lesa humanidad: asesinato, exterminio, esclavitud, *deportación*, encarcelamiento, tortura, violación, persecución por motivos políticos, raciales y religiosos y otros actos inhumanos.³⁶ La ‘deportación’ se define como el desplazamiento forzado de personas fuera de las fronteras de un Estado (o cuasi Estado), incluso en ausencia de la intención de desplazar a las personas de forma permanente.³⁷ En este contexto, la deportación como crimen de lesa humanidad es sustancialmente similar al correspondiente crimen de guerra (los requisitos generales discutidos anteriormente (que a su vez difieren ligeramente entre el TPIY y el TPIR) constituyen las principales diferencias).

Además, ‘otros actos inhumanos’ es una cláusula general (residual) que abarca los graves actos criminales no taxativamente enumerados en el artículo 5 del Estatuto del TPIY (o el artículo 3 del Estatuto del TPIR).³⁸ La jurisprudencia internacional ha aclarado que los actos específicos de traslado forzoso pueden ser lo suficientemente graves como para constituir otros actos inhumanos.³⁹ Sin embargo, lo que es más importante es que los crímenes de lesa humanidad incluyen la persecución, que es una especie de “paraguas” del crimen, que abarca un acto subyacente (que debe negar un derecho humano fundamental) asociado a una intención discriminatoria.⁴⁰

3.3 Crímenes de lesa humanidad y desplazamiento forzado: Persecución

La persecución como un crimen internacional tiene su origen en el Estatuto de Núremberg y se incluye, entre otros, en el Estatuto del TPIY, el Estatuto del TPIR y el Estatuto de la CPI. Como se

³⁵ Sobre este tema, con especial referencia a las guerras en la ex Yugoslavia, ver F. Pocar, ‘Tribunales penales internacionales y graves violaciones del derecho internacional humanitario contra civiles y prisioneros de guerra’, en M. K. Sinha (ed.), *Derecho penal internacional y derechos humanos* (Nueva Delhi: Manok, 2010), 2-3.

³⁶ El art. 7 (1) (d) del Estatuto de la CPI incluye como crimen de lesa humanidad la ‘[d]eportación o traslado forzoso de población’.

³⁷ *Stakić*, Sentencia de Apelación, nota 21 supra, párrafos 276-308. Ver más adelante una discusión más completa sobre el requisito de la frontera.

³⁸ El Estatuto de la CPI consagra estos actos en el art. 7 (1) (k) como ‘[o]tros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física’.

³⁹ *Stakić*, Sentencia de Apelación, nota 21, supra, párr. 317.

⁴⁰ Sobre persecución, en general, ver K. Roberts, ‘La legislación sobre persecución antes del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia’, (2002) 15 *LJIL* 623.

mencionó anteriormente, el elemento objetivo de la persecución (*actus reus*) está constituido por un acto subyacente, que debe discriminar *de facto* y negar un derecho humano fundamental establecido en el derecho internacional.⁴¹ Aunque no toda privación de un derecho será lo suficientemente grave como para constituir persecución, este ‘acto subyacente’ *per se* debe no constituir un crimen en el derecho internacional. Sin embargo, considerado en forma aislada o en conjunción con otros actos, debe ser de la misma gravedad que otros crímenes enumerados en el artículo 5 del Estatuto del TPIY (o el correspondiente artículo 3 del Estatuto del TPIR).⁴² Para los propósitos de este trabajo, el desplazamiento de personas (en particular cuando se lleva a cabo de manera ilegal, violando un derecho humano fundamental) realizado por motivos discriminatorios puede equivaler a persecución y por lo tanto puede ser perseguido como tal.

La cuestión de si un acto determinado, como el acoso, la humillación o el traslado forzoso, equivale a persecución se responde no con referencia a su aparente crueldad, sino con referencia a la discriminación con la cual se lleva a cabo el acto.⁴³ Sobre esta base, los tribunales internacionales han reconocido que constituyen actos persecutorios las conductas como la negación de la libertad de movimiento, la negación del empleo, la negación del derecho a un proceso judicial y la negación del acceso equitativo a los servicios públicos.⁴⁴ Es importante en este sentido insistir en el tipo de conducta conectada con el desplazamiento forzado que ha sido considerada persecutoria en las últimas décadas por los tribunales internacionales.

El TMI de Núremberg, donde se remonta el origen del derecho sobre los crímenes de lesa humanidad, afirma en su sentencia:

La persecución contra los judíos a manos del Gobierno nazi ha sido demostrada con el mayor de los detalles ante el Tribunal. Es un historial de consistente y sistemática inhumanidad a gran escala (...). Con la toma del poder, la persecución contra los judíos se intensificó. Fue aprobada una serie de leyes discriminatorias que limitaba los oficios y profesiones permitidos a los judíos; y se impusieron restricciones a su vida familiar y sus derechos de ciudadanía. En el otoño de 1938, la política nazi respecto a los judíos había llegado al punto en se dirigía a la total exclusión de los judíos de la vida alemana. Se organizaron pogromos que incluían la quema y demolición de sinagogas, el saqueo de los negocios de los judíos y el arresto de prominentes negociantes judíos. Se impuso a los judíos una multa colectiva de mil millones de marcos, se autorizó la incautación de bienes de los judíos y fue restringida la circulación de los judíos mediante la reglamentación de algunos distritos y horas específicos. La creación de guetos se llevó a cabo a gran escala, y

⁴¹ *Krnjelac*, Sentencia de Apelación, nota 2, párr. 185.

⁴² *Procurador c. Kupreškić*, Caso No. IT-95-16-T, Sentencia, 14 de enero de 2000, párr. 621; *Procurador c. Kvočka y otros*, Caso No. IT-98-30/1-A, Sentencia, 28 de febrero de 2005, párr. 323; *Procurador c. Blaškić*, Caso No. IT-95-14-A, Sentencia, 29 de julio de 2004, párr. 135.

⁴³ F. Pocar, ‘La persecución como un crimen en virtud derecho penal internacional’, (2008) 2 *Journal of National Security Law and Policy*, 355, 360.

⁴⁴ Ver, en particular, A. Zahar y G. Sluiter, *Derecho Penal Internacional* (Oxford: OUP, 2008) 214-215

por una orden de la Policía de Seguridad los judíos se vieron obligados a llevar una estrella amarilla en el pecho y la espalda.⁴⁵

Como ejemplos de persecución, el TMI encontró que Hans Frank, Gobernador General de la Polonia ocupada, era ‘un participante voluntario e informado’ en la persecución de los judíos, quienes habían sido ‘forzados a vivir en guetos, sometidos a leyes discriminatorias, privados de los alimentos necesarios para evitar la inanición y, finalmente, exterminados sistemática y brutalmente.’⁴⁶ Constantin von Neurath, Protector del Reich para Bohemia y Moravia ‘instituyó una administración en [ese territorio] similar a la vigente en Alemania. (...) Se crearon políticas y leyes nazis antisemitas (...). A los judíos se les prohibió ocupar posiciones de liderazgo en el gobierno y los negocios.’⁴⁷ Wilhelm Frick, Ministro del Interior del Reich, fue encontrado responsable de haber elaborado, firmado y administrado muchas leyes creadas para eliminar a los judíos de la vida y economía alemanas, de prohibir a los judíos ejercer varias profesiones, de confiscar sus bienes y de firmar un decreto en 1943 que los puso ‘fuera de la ley’.⁴⁸

Algunos de los actos que aquí se mencionan, que a menudo van de la mano con el traslado forzoso de civiles e incluso de poblaciones enteras, también han sido considerados en la jurisprudencia del TPIY. La Cámara de Primera Instancia en *Brđanin* consideró la negación de la libertad de circulación, la negación del empleo, la negación del derecho a un proceso judicial y la negación del acceso equitativo a los servicios públicos y concluyó que estos actos constituían persecución sólo cuando se tomaban en relación con los demás, debido que tomados aisladamente no eran de la misma gravedad que los otros crímenes enumerados en el artículo 5 del Estatuto.⁴⁹ En términos más generales, la Cámara de Apelaciones del TPIY ha señalado que:

(...) teniendo en cuenta su efecto acumulativo, los actos de hostigamiento, humillación y abuso psicológico evaluados [pueden ser] actos que por su gravedad constituyen elementos materiales del delito de persecución.⁵⁰

El TPIR, en el famoso caso de los ‘*medios de comunicación*’, ha considerado que el discurso de odio, cuando viola el derecho a la seguridad y la dignidad humana de un grupo específico, en determinadas circunstancias puede constituir un acto persecutorio que alcanza el nivel de gravedad necesario, ya sea por si mismo o en conjunción con otras infracciones similares.⁵¹ De acuerdo con el juez que presidió ese caso, esta sentencia representa la proposición de que el discurso de odio acompañado de la incitación a cometer genocidio y como parte de una campaña masiva de otros actos

⁴⁵ *Estados Unidos et al. c. Hermann Göring et al.* (‘Juicio de Núremberg’), Tribunal Militar Internacional (1 de octubre de 1946), en I TMWC 171, 247-299.

⁴⁶ Juicio de Núremberg, 298.

⁴⁷ Juicio de Núremberg, 335.

⁴⁸ Juicio de Núremberg, 300.

⁴⁹ *Procurador c. Brđanin* Caso No. IT-99-36-T, Sentencia, 1 de septiembre de 2004, párr. 1049

⁵⁰ *Procurador c. Kvočka et al.*, Caso No. IT-98-30/1-A, Sentencia, 28 de febrero de 2005, párr. 324.

⁵¹ *Fiscal c. Nahimana et al.* Caso No. ICTR-99-52-A, Sentencia, 28 de noviembre de 2007, párr. 987

discriminatorios (incluyendo los actos de violencia contra la propiedad y las personas) alcanza el nivel requerido de gravedad para constituir persecución.⁵²

Esta noción de un ‘acto subyacente’ que equivale a persecución (por ejemplo, la negación discriminatoria de un derecho humano fundamental establecido en el derecho internacional), sin duda, se aplica al *desplazamiento forzado*, ya que el derecho a la libertad de circulación y de residencia en un lugar es un derecho protegido por el derecho internacional.⁵³ De hecho, “[l]a prohibición de los desplazamientos forzados tiene por objeto salvaguardar el derecho y la aspiración de los individuos a vivir en sus comunidades y hogares sin interferencias externas. El carácter forzoso del desplazamiento y el desarraigo forzado de los habitantes de un territorio implica la responsabilidad penal del autor (...)”.⁵⁴ Sobre esta base, el TPIY concluyó que:

(...) los desplazamientos dentro de un Estado o atravesando una frontera nacional, por razones no permitidas por el derecho internacional, son crímenes punibles según el derecho consuetudinario internacional y estos actos, si se cometen con la requerida intención discriminatoria, constituyen el crimen de persecución (...). La Cámara de Apelaciones considera que los hechos aceptados por la Cámara de Primera Instancia entran en la categoría de los desplazamientos que pueden constituir persecución.

Habiendo discutido el *actus reus*, se debe reconocer que el rasgo distintivo de la persecución como crimen de lesa humanidad reposa en su elemento subjetivo (*mens rea*), es decir, la intención del autor de discriminar sobre la base de uno de los motivos mencionados. Aunque la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha encontrado, como se mencionó anteriormente, que el acto debe ‘discriminar *de facto*’, también se ha sugerido que el estado mental del autor es esencial en esta determinación.⁵⁵

⁵² Pocar, ‘La persecución como un crimen en virtud derecho penal internacional’, nota 43 supra, 360.

⁵³ Ver, por ejemplo, ‘Observación general No. 27: Libertad de circulación (art. 12), Doc. ONU. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 de noviembre de 1999, párr. 4 (‘Toda persona que se encuentre legalmente dentro del territorio de un Estado disfruta, dentro de ese territorio, del derecho de desplazarse libremente y de escoger su lugar de residencia’). Además, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha afirmado que los desalojos forzados son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación general No. 7, sobre el derecho a una vivienda adecuada (párr. 1 del art. 11 del Pacto): Los desalojos forzados, 20 de mayo de 1997).

⁵⁴ *Krnjelac*, Sentencia de Apelación, la nota 2, párr. 218

⁵⁵ *Krnjelac*, Sentencia de Apelación, nota 2, párr. 184-185 (énfasis añadido). Curiosamente, esta fue una de las razones de la jurisprudencia previa al TPIY para descartar el derecho de refugiados como base para la definición legal de la persecución aplicable a los procesos penales internacionales. Ver *Procurador c. Kupreškić et al.*, Caso No. IT-95-16-T, Sentencia, 14 de enero de 2000, párr. 589 (‘(...) Sería contrario al principio de legalidad condenar a alguien por persecución con base en una definición encontrada en el derecho internacional de refugiados o en el derecho de los derechos humanos. En estos cuerpos normativos el... énfasis está más en el estado mental de la persona que afirma haber sido perseguida (o ser vulnerable de persecución) que en la constatación fáctica de si la persecución ocurrió o puede ocurrir. Además, la intención del autor no es relevante. El resultado es que el alcance de la ‘persecución’ va mucho más allá de si está legalmente justificada para los propósitos de determinar la responsabilidad penal individual. La definición derivada del derecho internacional de refugiados o del derecho de los derechos humanos no puede, por lo tanto, ser seguida en este contexto.’ (referencias internas omitidas)).

En *Naletilić y Martinović*, por ejemplo, la Fiscalía acusó a Mladen Naletilić y Vinko Martinović por persecución a través de diversos actos, incluyendo el traslado forzoso y la deportación de civiles bosnios musulmanes. En ese momento, como fue observado de manera general por los comentaristas, no era claro si el requisito de que los actos se llevarán a cabo ‘por motivos discriminatorios’ estaba relacionado con el *actus reus* o con el *mens rea* del crimen. Siguiendo una interpretación favorecida por la sentencia en *Krnjelac*, ‘el acto u omisión debe *tener consecuencias discriminatorias de hecho* y no sólo realizarse con intención discriminatoria’, interpretar la disposición de modo diferente podría tener el efecto de condenar a una persona sin que nadie haya sido realmente perseguido. La especificidad del crimen de persecución se encontraría en el hecho de que los individuos son discriminados *porque* son miembros de un grupo determinado. Por el contrario, la Cámara de Primera Instancia en *Kvočka* declaró que ‘las personas sospechosas de ser miembros de grupos [específicos] también están cubiertas como posibles víctimas de discriminación (...) incluso si la sospecha resulta inexacta’, sugiriendo aparentemente que la persecución puede existir incluso sin un real acto discriminatorio contra (un miembro de) un grupo específico; en cambio, la intención discriminatoria en la mente del autor debe ser considerada el tema relevante.

La Cámara de Primera Instancia en *Naletilić* reconoció que el acto (u omisión) discriminatorio es de hecho un elemento distintivo del *mens rea*, que debe ser probado además de los otros elementos del crimen; sin embargo, sostuvo que ‘el poder de definir el “grupo específico” recae exclusivamente en manos del autor. Si una determinada persona es definida por el autor como perteneciente al grupo específico, *esta definición se convierte en discriminatoria de facto* para la víctima, ya que no puede ser refutada incluso si ésta clasificación pudiera ser incorrecta bajo criterios objetivos.’⁵⁶ De esta manera, la discriminación debe de hecho ocurrir (en el *actus reus* del crimen en cuestión: el acto debe discriminar de facto), pero también es relevante para el *mens rea* del acusado, a quien se le debe probar que ha tenido la intención de discriminar por uno de los motivos enumerados.

Este fallo legal plantea interesantes cuestiones sobre los conceptos de discriminación y persecución. Los grupos políticos, raciales y religiosos son, en cierto sentido, definidos por los miembros de los mismos grupos; por el contrario, pueden ser definidos por los miembros de otros grupos, especialmente grupos que muestran una oposición contra los primeros. Dado que a menudo parece no existir un modo objetivo de definir un grupo político, étnico/nacional o religioso, en el caso de un autor que decide elegir como objetivo a alguien porque es, supuestamente, miembro de un grupo de oposición, parece razonable ‘diferir’ con la definición que el autor tiene de ese grupo.

De hecho, las sociedades contemporáneas en cierta medida se caracterizan por todo un espectro de personas que tienen diversos vínculos con diferentes grupos: personas que pueden ser etiquetadas de manera diferente dependiendo de las circunstancias y de la perspectiva desde la que son consideradas. Algunos ejemplos incluyen a ex miembros de un partido político; *cónyuges*, o incluso *parejas* o *amigos*, de miembros de un grupo étnico; *disidentes* de un grupo religioso que no se han unido a otro credo; o incluso ex miembros de un grupo político que decidieron unirse como grupo opositor. Cuando estos individuos se convierten en objetivo debido a que el autor los considera miembros de

⁵⁶ *Procurador c. Naletilić y Martinović*, Caso No. IT-98-34-T, Sentencia, 31 de marzo de 2003, nota 1572

un grupo específico, en cierto sentido construyendo en su propia mente cuales son los contornos de este grupo (y no se involucra la cuestión del error de hecho), sería injusto considerar que esto no es ‘persecución’ con base en una definición ‘objetivamente’ concebida del grupo específico.⁵⁷

4. Retos en la aplicación judicial de la ley sobre desplazamiento forzado

4.1 Distinción entre deportación y traslado forzoso en la jurisprudencia del TPIY

Este breve resumen de los crímenes internacionales relacionados con el desplazamiento forzado conduce a las siguientes reflexiones sobre los retos en su aplicación judicial.

En primer lugar, una cuestión ha sido persistente entre los estudiosos acerca de la distinción, si existe, entre la noción de deportación y la de traslado forzoso. Desde los primeros desarrollos del derecho sobre crímenes de guerra, los instrumentos convencionales y las decisiones judiciales han mezclado estos dos conceptos. Debido a que con frecuencia estos dos actos se mencionan juntos, abundan las dudas en cuanto a si deberían ser tratados como un solo crimen. Curiosamente, el Estatuto de la CPI no parece hacer una clara distinción entre los dos.⁵⁸

En su jurisprudencia, el TPIY ha tratado de distinguir entre la deportación, por un lado, y el traslado forzoso, por el otro. La Cámara de Apelaciones del TPIY, sostuvo en *Stakić* que la deportación requiere ‘el desplazamiento forzado de personas mediante la expulsión, u otras formas de coacción, de la zona en la que están legítimamente presentes, a través de una frontera estatal *de jure* o, en determinadas circunstancias, una frontera *de facto*’.⁵⁹ En cambio, un traslado forzoso se da cuando hay un desplazamiento forzado de personas dentro del territorio de un Estado. Dado que la deportación tuvo sus orígenes como un crimen de guerra pero luego se extendió a los crímenes de lesa humanidad a fin de proteger a los civiles de la misma nacionalidad que el autor, la distinción entre los dos actos se aplica tanto a los crímenes de guerra como a los crímenes de lesa humanidad.

La distinción entre fronteras estatales *de jure* y fronteras estatales *de facto* es muy sutil. La Cámara de Apelaciones señaló que ‘bajo ciertas circunstancias, el desplazamiento a través de una frontera *de*

⁵⁷ Esta postura fue adoptada más adelante por otra Cámara en *Procurador c. Stakić*, Caso No. IT-97-24-T, Sentencia, 31 de julio de 2003 (párrafos 734 y 819, afirmando que ‘las víctimas de estos crímenes discutidos anteriormente [actos subyacentes de persecución] no eran serbios, o aquellos afiliados con ellos o sus simpatizantes’. Énfasis añadido.).

⁵⁸ El art. 7(1)(d) Estatuto de la CPI incluye la ‘deportación o traslado forzoso de población’ como un crimen de lesa humanidad, el art. 8(2)(a)(vi) incluye ‘la deportación o el traslado ilegal’ como una violación grave de los Convenios de Ginebra aplicables a los conflictos armados internacionales; el art. 8(2)(e)(viii) estableció que ‘ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas’ es una violación de las leyes aplicables a los conflictos armados no internacionales.

⁵⁹ *Stakić*, Sentencia de Apelación, nota 21, supra, párr. 278.

facto puede ser suficiente para equivaler a deportación'.⁶⁰ Esto se debe determinar en cada caso individual. Cuando la frontera *de facto* se asemeja a una frontera legal se configura la deportación. Por otra parte, la conducta sería definida como traslado forzoso. Dado que ni el TPIY ni otros tribunales han elaborado realmente este punto, es difícil establecer claramente cuándo, en el caso de un conflicto armado entre dos partes, un episodio de desplazamiento caería bajo la definición de deportación o de traslado forzoso, aunque se pueden hacer algunas hipótesis.

Por un lado, la deportación ocurre cuando se cruza una frontera reconocida oficialmente; por el otro, según la definición del TPIY, el traslado forzado ocurriría cuando una persona es simplemente desplazada a un pueblo diferente en el mismo lado de la línea de confrontación entre las partes en conflicto. ¿Qué pasa con las situaciones que claramente no entran en ninguno de estos dos casos? En un extremo del espectro se puede colocar una situación como aquella de la República Popular Democrática de Corea (Corea del Norte) y la República de Corea (Corea del Sur): ambos países son reconocidos internacionalmente como Estados independientes y son miembros de las Naciones Unidas, aunque nunca hubo un tratado de paz formal entre las dos naciones al término de las hostilidades sino simplemente un acuerdo de armisticio. Esta situación parecería entrar bajo la definición de 'deportación' porque la frontera *de facto* es similar a la *de jure* y la comunidad internacional ha estado actuando bajo tal supuesto durante décadas.

Son más difíciles los casos, por ejemplo, de la frontera entre dos antiguas repúblicas federadas que se separaron de una federación, o cuando un país se está dividiendo en dos nuevos Estados por una guerra civil: ¿la frontera (aún no reconocida) entre las dos entidades debe ser considerada como una frontera estatal *de facto*? ¿Quién establecerá la existencia de una frontera *de facto* tan parecida a una frontera *de jure* de modo que justifique un fallo por deportación en virtud de la actual jurisprudencia de los tribunales ad hoc? Sólo el tiempo, y la jurisprudencia, lo dirá.

4.2 ¿El desplazamiento forzado se tipifica como crimen de guerra o como crimen de lesa humanidad?

En resumen, *la deportación y el traslado forzoso* esencialmente existen como crímenes de guerra y como crímenes de lesa humanidad. Una de las principales diferencias entre tipificarlos como crímenes de guerra en lugar de crímenes de lesa humanidad es que en virtud de la primera categoría, los fiscales deben demostrar la existencia del requerido *nexo con un conflicto armado*, mientras que en virtud de la segunda, la deportación debe ser parte de un *ataque generalizado y sistemático* contra una población civil, incluso sin tener que establecer la existencia de un conflicto armado.⁶¹ Si se

⁶⁰ *Stakić*, Sentencia de Apelación, nota 21, supra, párr. 300. Para una aplicación del principio de frontera entre Montenegro y Kosovo en 1999, aunque sin una discusión adecuada de los matices involucrados, ver *Procurador c. Dorđević*, Caso No. IT-05-87/1-T, Sentencia, 23 de febrero 2011 (*Dorđević*, Sentencia de Primera Instancia), párrafos 1646 y 1683.

⁶¹ En el caso de un juicio de la CPI, la deportación como crimen de lesa humanidad también debe haber sido perpetrada para promover o de conformidad con 'la política de un Estado o de una organización de cometer' un ataque contra la población civil.

consideran bajo uno u otro tipo de delito, los elementos constitutivos de la deportación y del traslado forzoso como crímenes de derecho internacional no difieren mucho, por lo que en efecto, aparte de los elementos contextuales que acabamos de mencionar, las autoridades acusatorias tendrán que probar esencialmente los mismos elementos, independientemente de la calificación como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. Las autoridades acusatorias pueden de hecho tipificar la misma conducta bajo ambos cargos (como un crimen de guerra y un crimen de lesa humanidad), el TPIY y el TPIR han sostenido en reiteradas ocasiones que el acusado efectivamente puede ser condenado por ambos delitos, debido a los elementos distintivos contenidos en cada categoría de crímenes.⁶²

La diferenciación práctica más importante en términos de política acusatoria se refiere a las potenciales *víctimas* de la deportación/traslado forzoso. En el caso de los crímenes de guerra, las víctimas sólo pueden ser ‘personas protegidas’ en virtud de la aplicación de los Convenios de Ginebra o los Protocolos adicionales. Dado que esta limitación no se aplica a los crímenes de lesa humanidad, (que, como hemos visto, pueden ocurrir incluso en tiempos de paz, y la noción de ‘personas protegidas’ no es aplicable en el derecho internacional humanitario) la deportación y el traslado forzoso como crímenes de lesa humanidad parecen proteger a un espectro más amplio de potenciales víctimas.⁶³

Más concretamente, la deportación y el traslado forzoso como crímenes de guerra sólo pueden ser cometidos durante la ocupación militar por una potencia ocupante (en un conflicto armado internacional) o cuando una parte en un conflicto no internacional controla una porción del territorio y desplaza a las personas protegidas que viven allí. Un éxodo masivo provocado por la amenaza del avance de las fuerzas enemigas y por el bombardeo de ciudades y viviendas podría, por lo tanto, no constituir un crimen de guerra porque los civiles y otras personas que no participan activamente en las hostilidades podrían no disfrutar de la condición de personas protegidas en virtud del derecho humanitario con el propósito de deportación. En relación con los crímenes de guerra de deportación y traslado forzoso, sólo las personas que están en los territorios ocupados reciben tal protección y, por lo tanto, las personas que huyen más allá de una frontera (en movimiento) creada por un ejército de avanzada parecen estar más allá del alcance de la protección. En otras palabras, bajo las leyes de guerra, el crimen de deportación se aplica a los civiles u otras personas protegidas que están en manos de una de las partes en el conflicto y no al desplazamiento de civiles durante las hostilidades sino antes de la ocupación.⁶⁴

⁶² *Procurador c. Mučić y otros*, Caso No. IT-96-21-A, Sentencia, 20 de febrero de 2001, párrafos 414 y siguientes; *Procurador c. Kordić y Čerkez*, Caso No. IT-95-14/2-A, Sentencia, 17 de diciembre de 2004, párr. 1035 - 1038.

⁶³ Sobre la ampliación de la categoría de víctimas de crímenes de lesa humanidad, ver también A. Cassese, *Derecho Penal Internacional* (segunda edición, Oxford: OUP, 2008) 122-123

⁶⁴ El art. 49 de la IV Convención de Ginebra establece que los ‘traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante o al de cualquier otro país, ocupado o no, están prohibidos, sea cual fuere el motivo’ y el art. 17 del II Protocolo adicional según la interpretación del Comentario del CICR (*supra*, nota 19 y el texto adjunto). Del mismo modo, el art. 85(4)(a) del I Protocolo prohíbe ‘el traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio, en violación del artículo 49 del IV Convenio’. La Norma 129 del Estudio del CICR sobre derecho internacional humanitario consuetudinario también contiene como requisito que las personas

Sin embargo, esta misma conducta puede constituir un crimen de lesa humanidad, porque examinando la conducta a través del lente de los crímenes de lesa humanidad, todo civil cuyos derechos fundamentales son violados puede, si se cumplen todos los demás elementos, ser víctima de este tipo de crímenes.⁶⁵ Para los crímenes de lesa humanidad, es irrelevante si la población civil en cuestión está bajo la definición precisa de ‘persona protegida’ en virtud del derecho internacional humanitario.

Por lo tanto, en un contexto más amplio se podría decir que, si fuera posible con base en la evidencia disponible, las autoridades acusatorias tienen un incentivo para abordar y tipificar la relevante conducta subyacente a la deportación y/o el traslado forzoso como crimen de lesa humanidad. Como se mencionó anteriormente, los actos de deportación y traslado forzoso también pueden constituir actos de persecución. Para que la persecución constituya un crimen, se deben cumplir siempre los elementos generales de los crímenes de lesa humanidad. Estos se encuentran en la expresión ‘contra toda población civil’. El TPIY ha interpretado que esta frase incluye una serie de elementos, en particular, que el ataque contra la población civil debe ser ‘generalizado o sistemático’ y que el autor debe haber tenido conocimiento de este contexto, así como de su acción de participar en el ataque generalizado o sistemático.⁶⁶

La complejidad se deriva del hecho que, con frecuencia, los actos subyacentes que constituyen persecución también son crímenes en sí mismos: si el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, la violación u otros actos inhumanos son cometidos por motivos discriminatorios, equivalen también a persecución. Sea como fuere, es fundamental entender que se puede demostrar que la deportación y el traslado forzoso equivalen a persecución si, además de los elementos contextuales propicios para los crímenes de lesa humanidad (discutidos anteriormente), estos se llevaron a cabo por motivos discriminatorios. Además de este requisito específico, la deportación y el traslado forzado como actos subyacentes de la persecución no difieren de los correspondientes crímenes ‘autónomos’ en materia de persecución. ¿Por qué, entonces, alguien juzgaría y sancionaría estos crímenes como persecución, considerando la necesidad de probar el elemento adicional de intención discriminatoria?

Una explicación podría radicar en las siguientes consideraciones. En su intento de encontrar una definición para el crimen de persecución, los tribunales internacionales *ad hoc* han aclarado que el

deportadas estén inicialmente situadas en territorio ocupado. (J. -M Henckaerts y L. Doswald-Beck (eds.), *Derecho internacional humanitario, Vol. I: Normas* (Cambridge: CUP, 2005) 459)

⁶⁵ Ver *Procurador c. Gotovina et al.*, Caso No. IT-05-87-PT, Decisión sobre varias mociones que cuestionan la jurisdicción, 19 de marzo de 2007, párrafos 24, 26 (confirmada en apelación). *Cf.*, P. Akhavan, ‘Reconciliación de los crímenes de lesa humanidad con las leyes de la guerra’, (2008) 6 *JICJ* 21-37. Sobre esta cuestión, ver también J. Doria, ‘De si los crímenes de lesa humanidad son crímenes de guerra subrepticios’, en J. Doria *et al.*, Nota 20, 656-660.

⁶⁶ *Kunarac et al.*, Sentencia de Apelación, nota 9, párr. 85. No todas las víctimas de todos los crímenes contra la humanidad deben ser civiles, sin embargo, es suficiente que el ataque se dirija de manera general contra civiles, aunque las personas fuera de combate y otros puedan encontrarse entre las víctimas (siempre que los objetivos generales del ataque sean civiles). Ver *Procurador c. Martić*, Caso No. IT-95-11-A, Sentencia, 8 de octubre de 2008, párr. 313-314.

crimen pretende abarcar más que un simple delito existente junto con la distintiva intención discriminatoria.⁶⁷ La Cámara de Apelaciones del TPIY ha caracterizado el crimen de persecución como un ‘crimen paraguas’ que abarca una amplia variedad de actos, incluidos otros crímenes de lesa humanidad, otros crímenes contemplados en el Estatuto del TPIY, y actos que no son en sí mismos crímenes.⁶⁸ Los actos subyacentes no deben considerarse de forma aislada, sino en el contexto de otros actos y crímenes, examinando su efecto acumulativo. Esto, en combinación con las referencias a que la persecución implica una serie de actos (en lugar de un solo acto), refleja la naturaleza *colectiva* y *múltiple* de los crímenes de lesa humanidad en virtud del derecho penal internacional, que tiene como objetivo captar una serie de actos o de los patrones, en lugar de un comportamiento aislado. Por lo tanto, tipificar ciertas conductas como crimen de lesa humanidad de persecución no necesariamente se justifica por razones legales o sólo por el deseo de una mayor condena, sino también por la ‘política’ necesaria para considerar los actos en cuestión dentro de un contexto más amplio, es decir, un patrón de persecución que de otro modo pasaría desapercibido.

4.3 Traslado ilegal: Casos dudosos

Algunos casos de traslado de civiles, a pesar de no ser voluntarios, no deben ser considerados como equivalentes a deportación o traslado forzoso. Con respecto al *mens rea* de los crimines en cuestión, ya se hayan tipificado como crímenes de guerra o como crímenes de lesa humanidad, el autor de deportación o traslado forzoso debe tener la intención de desplazar forzosamente a las personas. Sin embargo, no es necesario que la intención sea desplazar a estas personas de forma permanente.⁶⁹

El Procurador en el caso *Naletilić*, discutido anteriormente, caracterizó el traslado ilegal de un civil en virtud del artículo 2 (g) del Estatuto como una grave violación de los Convenios de Ginebra de 1949. El Procurador se había basado en el artículo 49 del IV Convenio de Ginebra, que establece, en parte: ‘[[l]os traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante o al de cualquier otro país, ocupado o no, están prohibidos, sea cual fuere el motivo’.

La Cámara realizó dos observaciones preliminares. En primer lugar, de acuerdo con la IV Convención de Ginebra, se encontró que el traslado se justifica sólo en tres casos: (i) los traslados motivados por el deseo genuino de una persona de irse y (ii) la evacuación motivada por la preocupación por la seguridad de la población o (iii) por la imperiosa necesidad militar. En segundo lugar, no era necesario que el traslado ilegal ocurriera más allá de una frontera, sino que podía ocurrir dentro del mismo territorio ocupado. Esto es muy claro y acata la jurisprudencia del TPIY y del

⁶⁷ Ver, en particular, J. Nilsson, ‘El crimen de persecución en la jurisprudencia del TPIY: entre una extraordinaria respuesta legal a la “limpieza étnica” y los requisitos del principio *nullum crimen sine lege*’, en B. Swart et al. (Eds.), *El legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia* (Oxford: OUP, en prensa 2011).

⁶⁸ *Procurador c. Kupreškić*, Caso No. IT-95-16-T, Sentencia, 14 de enero de 2000, párr. 98. Ver también *Procurador c. Brđanin*, Caso No. IT-99-36-A, Sentencia, 3 de abril de 2007, párr. 296

⁶⁹ *Stakić*, Sentencia de Apelación, nota 21 supra, párrafos 278, 304-7, 317.

TPIR. Esta definición parece reflejar lo establecido en el derecho internacional consuetudinario a este respecto.

Sin embargo, en un caso la Cámara consideró que la movilización de civiles bosnios musulmanes a un centro de detención, aunque en medio de gran tensión y temor, no equivale al traslado ilegal porque el objetivo era detenerlos en lugar de expulsarlos permanentemente de una determinada zona geográfica.⁷⁰ Aunque, como se ha visto anteriormente, el objetivo de expulsar permanentemente a los civiles no es un elemento del crimen de deportación y traslado forzoso de acuerdo con la más reciente jurisprudencia del TPIY,⁷¹ la conclusión en este caso es interesante y merece ser comentada. La intención de los autores en la movilización de los prisioneros a un centro de detención claramente no es expulsarlos del lugar donde residen legalmente, sino detenerlos. La movilización forzada se produce sólo como una medida necesaria para la detención, no como consecuencia del *actus reus* del crimen de traslado forzoso o deportación. Por supuesto, la conducta en cuestión no debe quedar impune y puede equivaler a ‘detención ilegal’, tanto como un crimen en sí mismo y como un acto subyacente a la persecución, pero difícilmente puede decirse que es deportación o traslado forzoso.

Esta conclusión llama la atención sobre el hecho de que cuando las personas son desplazadas forzosamente de un lugar a otro, esto no necesariamente equivale a deportación o traslado forzoso, pero la conducta en cuestión aún podría ser parte de otra conducta criminal. Corresponde a los jueces evaluar cuidadosamente la tipificación más adecuada en función de las circunstancias del caso.

4.4 Expulsión de personas con presencia “legítima”

Ya se ha asumido que tanto la deportación como el traslado forzoso implican el desplazamiento forzado de personas, sin motivos autorizados por el derecho internacional, de la zona donde están presentes legítimamente. La noción de que las personas deben estar presentes ‘legítimamente’ en la zona de la que fueron deportadas o trasladadas forzosamente nunca ha sido examinada por los tribunales penales internacionales. Una reciente sentencia ha comentado que:

[L]a clara intención de la prohibición del traslado forzoso y la deportación es evitar que los civiles sean desarraigados de sus hogares y evitar la destrucción total de las comunidades. En ese sentido, es irrelevante si una persona ha vivido en un lugar durante un período de tiempo suficiente para cumplir los requisitos de residencia o si le han concedido tal estatuto conforme a las leyes de inmigración. Mejor dicho, lo importante es que se proporcione protección a aquellos que, por cualquier razón, van a ‘vivir’ a la comunidad, ya sea a largo plazo o temporalmente. Es evidente que la protección pretende abarcar, por ejemplo, a los desplazados internos que se han establecido temporalmente después de haber sido desarraigados de su comunidad de origen. En opinión de la Cámara de Primera Instancia, el requisito de presencia legal tiene por objeto excluir sólo aquellas situaciones donde los

⁷⁰ *Procurador c. Naletilić et al.*, Caso No. IT-98-34-T, Sentencia, 31 de marzo de 2003, párr. 537.

⁷¹ *Stakić*, Sentencia de Apelación, nota 21 supra, párrafos 278, 304-307, 317

individuos están ocupando casas o locales ilegal o ilegítimamente, y no imponer un requisito de “residencia” para demostrar un estándar legal.⁷²

La cuestión no es tanto asegurar el cumplimiento de las leyes locales (internas) de inmigración, los permisos de residencia o los deberes de registro, sino más bien no obstaculizar las expulsiones que estarían legitimadas por las leyes internacionales y nacionales. Puesto que un crimen de lesa humanidad sólo puede ocurrir como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, la advertencia sobre la legalidad de la presencia en realidad no tiene consecuencias para esta categoría de delitos, a menos que la expulsión de un migrante ilegal sea parte integrante de tal ataque (y, en caso de que se alegue persecución, si la expulsión se realiza por motivos discriminatorios).

El desplazamiento forzado significa que las personas se mueven en contra de su voluntad o sin una elección genuina.⁷³ En el derecho penal internacional, es el acto del acusado el que debe contribuir al desplazamiento. El temor a la violencia, la coacción, la detención, la opresión psicológica y otras circunstancias pueden crear un ambiente donde no hay más remedio que irse, equivaliendo así al desplazamiento forzado de personas.⁷⁴ Por ejemplo, el bombardeo de objetivos civiles, la quema de bienes civiles y las amenazas de una conducta criminal calculada para aterrorizar a la población puede ser suficiente, dependiendo de las circunstancias.⁷⁵ Este es un factor importante y, aunque es más una cuestión de las pruebas necesarias para demostrar la falta de consentimiento, tiene implicaciones interesantes para todos los actores y partes interesadas en la protección de civiles durante conflictos armados u otras crisis humanitarias. Una Cámara de Primera Instancia del TPIY afirmó, por ejemplo, que si se coloca a los civiles ante la elección de huir o tomar las armas para defenderse, esta no es una ‘genuina’ elección y, por lo tanto, debe considerarse como traslado forzoso.⁷⁶

Como el TPIY ha sostenido reiteradamente, que incluso la presencia de personal internacional (o incluso nacional) cuando se trasladan personas de las zonas de conflicto por razones humanitarias, no convertiría *per se* en legal un traslado que de otra manera sería ilegal. Tales desplazamientos forzados, si son de suficiente gravedad, claramente pueden equivaler a persecución,

⁷² *Popović*, Sentencia de Primera Instancia, nota 21 supra, párr. 900; para ejemplos concretos de tal enfoque, ver *Dorđević*, Sentencia de Primera Instancia, párrafos 1616 y 1640.

⁷³ *Krnjelac*, Sentencia de Apelación, nota 2, párrafos 229 y 233; *Stakić*, Sentencia de Apelación, nota 21, supra, párr. 279, ver también *Dorđević*, Sentencia de Primera Instancia, párrafos 1631, 1636 y 1650.

⁷⁴ *Stakić*, Sentencia de Apelación, nota 21, supra, párr. 281. Curiosamente, este tipo de conclusiones no se limita a los tribunales penales internacionales, sino que ha encontrado eco en los tribunales nacionales que aplican los crímenes de lesa humanidad. Por ejemplo, en el caso contra Neno Samardžić ante el Tribunal Estatal de Bosnia y Herzegovina (Grupo de la División de Apelación de la Sección I para Crímenes de Guerra), el tribunal consideró que cuando una población (no sólo los individuos) está expuesta diariamente al terror, al abuso mental y físico, a la violación y al saqueo, su decisión de subir al autobús para ser llevados a cualquier otro lugar, no puede equivaler a una elección genuina. Ver Caso No. X-KRZ 05-49, 13 de diciembre de 2006, p. 20.

⁷⁵ *Procurador c. Simić*, Caso No. IT-95-9-T, Sentencia, 17 de octubre de 2003, párr. 126; *Procurador c. Milutinović y otros*, Caso No. IT-05-87-T, Sentencia, 26 de febrero de 2009, párr. 165. Ver también el Informe sobre Darfur, párr. 331 (‘El desalojo forzoso de civiles de la zona donde tradicional y legalmente viven, como resultado de ataques ilegales indiscriminados contra sus viviendas y la destrucción de sus pueblos, entra en el ámbito de la prohibición en cuestión.’)

⁷⁶ *Popović*, Sentencia de Primera Instancia, nota 21 supra, párrafos 928-930.

independientemente del papel de las agencias internacionales. El desplazamiento de personas llevado a cabo de conformidad con un acuerdo entre líderes políticos o militares no necesariamente lo hace voluntario, ya que estos actores no tienen la autoridad para expresar un consentimiento genuino en nombre de las personas.⁷⁷

5. Desplazamiento forzado en el derecho penal internacional: Una evaluación

El análisis anterior muestra la complejidad de subsumir los atroces crímenes relacionados con el desplazamiento forzado en pormenorizadas categorías jurídicas con propósitos de procesamiento penal internacional. Estas dificultades, sin duda, se derivan de los orígenes históricos de los crímenes en cuestión, pero también de la complejidad de identificar el enfoque más adecuado para tipificar legalmente las violaciones generalizadas de los derechos humanos fundamentales que equivalen a traslados forzosos y deportaciones.

Especialmente cuando se comete con una intención discriminatoria y como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, este tipo de conducta tiende a aumentar al nivel de emergencia humanitaria y, con frecuencia, forma parte integral de un conflicto entre dos (o más) grupos en contienda. Por esta razón, las autoridades acusatorias pueden considerar tal conducta tanto como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra. La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, sin duda, ha proporcionado un poco de claridad en esta área, estableciendo fuera de toda duda la naturaleza criminal de ciertos tipos de desplazamiento forzado y la necesidad de enjuiciar a los responsables de las situaciones de desplazamiento forzado. A pesar de la jurisprudencia relativamente extensa, persisten varias cuestiones legales y políticas espinosas, y tendrán que ser analizadas a la luz de la práctica jurídica y los desarrollos futuros.

Algunas de estas cuestiones están vinculadas con discusiones más generales sobre los crímenes de lesa humanidad (y la persecución en particular), dada la vaguedad en la definición de sus elementos y la necesidad de respetar plenamente el principio de legalidad cuando se trata de ellos.⁷⁸ Otras se refieren a la ya mencionada política de acusación y sentencia, tales como la pertinencia de la acumulación de cargos (como crímenes de guerra y como crímenes de lesa humanidad) de la deportación y el traslado forzoso por la misma conducta subyacente. Se trata de áreas de discusión muy interesantes, que requerirían, sin embargo, un enfoque diferente al adoptado en este estudio. En cambio, voy a limitarme a mencionar brevemente, para posteriores investigaciones y análisis, tres cuestiones relacionadas específicamente con la interacción entre el derecho penal internacional y el derecho internacional en materia de la protección de las personas de interés del ACNUR.

Con base en la jurisprudencia del TPIY y el TPIR, una de las principales dificultades planteadas por los traslados masivos de población durante un conflicto armado sigue siendo la cuestión de

⁷⁷ *Popović*, Sentencia de Primera Instancia, nota 21 supra, párr. 286; *Procurador c. Simić* Caso No. IT-95-9-T, Sentencia, 17 de octubre de 2003, párr. 127.

⁷⁸ Ver en particular Nilsson, nota 67 precedente.

determinar si las personas escogieron irse de las zonas de conflicto por su propia y libre voluntad, o al menos tan libre como podría esperarse en circunstancias de guerra. Por lo tanto, lo que realmente cuenta como ‘genuina elección’ en cada caso particular, difícilmente se puede establecer *a priori*; se debe llevar a cabo un cuidadoso examen de las circunstancias específicas antes de llegar a cualquier conclusión.

En segundo lugar, el derecho penal internacional se beneficiaría de nuevas perspectivas sobre el significado de la cláusula ‘desplazamiento de personas de la zona donde hayan estado presentes *legítimamente*’ como uno de los elementos constitutivos de los crímenes de deportación y traslado forzoso. Mientras que la interpretación del término *legítimamente* propuesto por el TPIY es razonable, especialmente en el contexto de un conflicto donde diferentes grupos nacionales y partidos políticos se enfrentan entre sí sobre lo que efectivamente equivale a una guerra civil que tiende a generar una gran cantidad de desplazados internos que con frecuencia carecen de permisos de residencia o registros necesarios, podrían existir situaciones en ‘penumbras’ que no son tan sencillas como los tribunales penales internacionales parecen creer. Esta es un área donde un mayor intercambio de conocimientos entre el derecho internacional de refugiados y el derecho internacional humanitario puede dar lugar a una mejor comprensión de la manera en que debe aplicarse el derecho penal internacional en estas situaciones específicas.

A pesar de los matices y las complejidades legales discutidos en este documento, no se debe olvidar el punto de partida, establecido durante más de 70 años de evolución jurídica (ya que los primeros juicios por crímenes de guerra son posteriores a la Segunda Guerra Mundial). Los actos de desplazamiento forzado, ya sea en conflictos armados internacionales, en guerras civiles o incluso en tiempo de paz (si se cumplen los demás requisitos de los crímenes de lesa humanidad) constituyen crímenes internacionales. Incluso la diferencia establecida por el TPIY entre deportación y traslado forzoso, que debería ser aceptada por otros tribunales en el futuro, no cambia el punto básico de que todos estos actos son criminales, y que trasladar forzosamente a personas dentro de un país es tan grave como deportarlas a través de una frontera estatal.