

EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL ANTE EL FENÓMENO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN LA SOCIEDAD GLOBAL

Héctor OLÁSULO ALONSO^{* **}

Fecha de recepción: 31 de julio de 2015

Fecha de aceptación: 6 de septiembre de 2015

Resumen

El propósito de este trabajo consiste en identificar las características propias del Derecho internacional penal y del Derecho penal transnacional, los objetivos, fundamentos y el modo en que se estructura y reacciona cada sistema, con el fin de evaluar si las respuestas del primero podrían extenderse a aquellas conductas identificadas como delitos transnacionales. Respecto de estos últimos, luego se hará foco en los casos donde la naturaleza, intensidad, escala y sistematicidad de la violencia ejercida vuelvan indispensable un análisis referido a su eventual calificación como crímenes de lesa humanidad.

Palabras clave: Criminalidad organizada – Derecho internacional penal – Derecho penal transnacional – Crímenes internacionales – Delitos transnacionales – Crímenes de lesa humanidad

Title: International Criminal Law and the Phenomenon of Organized Crime in the Global Society

* Doctor y premio extraordinario de Doctorado por la Universidad de Salamanca (España). Magíster en Derecho por Universidad de Columbia (Nueva York) y Licenciado. En la actualidad es Profesor Principal de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), es presidente del Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH) y director del Anuario Iberoamericano de derecho Internacional Penal (ANIDIP). En el pasado se ha desempeñado como Profesor Titular de Derecho Penal y Procesal Internacional de la Universidad de Utrecht (Holanda); letrado de Sala de la Corte Penal Internacional (2004-2010); miembro de la Asesoría Jurídica y de la Sección de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2002-2004) y; miembro de la delegación española en la Comisión Preparatoria para la Corte Penal Internacional celebrada en la sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York (1999-2002). Contacto: hectorolasolo@gmail.com.

** El autor agradece al Sr. Carlos FONSECA SÁNCHEZ por su excelente contribución durante la investigación y edición del presente trabajo.

Abstract

The purpose of this article is to identify the specific features of International Criminal Law and Transnational Criminal Law. In particular, the purposes and foundations of each system will be analysed in order to evaluate whether the scope of application of International Criminal Law could be extended to transnational crimes. On this regard, there will be a close evaluation of cases in which an analysis of the possible characterization of such conduct as crimes against humanity is imperative because of their nature, intensity, scale and systematicity of the violence.

Keywords: Organized crime – International Criminal Law – Transnational Criminal Law – International crimes – Transnational crimes – Crimes against Humanity

Sumario

I. Planteamiento del problema: La criminalidad organizada en la sociedad global; II. La distinta naturaleza del Derecho penal transnacional y del Derecho internacional penal; III. ¿Manifestaciones de la criminalidad organizada en la sociedad global que entren en el ámbito del Derecho Internacional Penal? Particular atención a los crímenes de lesa humanidad; IV. Conclusión; V. Bibliografía

I. Planteamiento del problema: La criminalidad organizada en la sociedad global

La globalización ha generado un sistema financiero global por encima de las leyes nacionales, que escapa al control de los Estados. Este fenómeno, promovido por la desregulación financiera, ha dado un impulso importante a la expansión de la economía criminal, que genera imponentes flujos financieros y de capitales en el sistema global. De ahí que la diferenciación entre actividad económica legal y criminal resulte cada vez más difícil de deslindar,¹ lo que ha sido calificado como la *degeneración de la actividad económica*.²

En el actual capitalismo global, las redes de capital, trabajo, información y mercados enlazan, mediante la tecnología, las funciones, las personas y las localidades del mundo, a la vez que

¹ LEROY MILLER/MEINERS, *Microeconomía*, Bogotá, McGraw Hill, 1990, p. 6; BLOVICH, "Vigilante in the field of financial transactions", Documento DOC.W. M/16/04, Ponencia en el seminario ICEPS sobre Riesgos Corporativos, Morton Banking Center, Off-Print ICEPS, Nueva York, 2004.

² DOMINE, "Criminalidad Económica y Terrorismo", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, 2007, pp. 83-132, p. 87.

desconectan de sus redes a aquellas poblaciones y territorios desprovistos de valor e interés para su dinámica.³ La irrelevancia y exclusión socio-económica de amplias partes de nuestras ciudades y regiones, y en ocasiones de países enteros (en lo que se ha denominado el “cuarto mundo”), y el intento de las poblaciones residentes en estas áreas por escapar de la marginalidad, ha permitido al crimen organizado desarrollar una «economía criminal global» dirigida a proveer bienes y servicios prohibidos a quienes son parte del capitalismo global.⁴

Los entornos marginados del sistema son condenados a conformar la base para la actuación de la criminalidad organizada, la consolidación de grupos insurgentes y el desarrollo de guerras globales, como las impulsadas desde los EE.UU. contra el terror y las drogas. Las regiones fronterizas de muchos Estados, lejos de desarrollar su potencial para el intercambio comercial, económico y humano, juegan esta función al haberse quedado fuera de las redes del capitalismo global.⁵ Es precisamente en estos contextos en los que se desarrolla de manera más palpable lo que MANTILLA ha denominado dinámica “glocal”, en cuanto que los recursos, las motivaciones, las estrategias y los discursos de los actores globales confluyen con el padecimiento de la violencia y el sufrimiento de las consecuencias sociales, políticas y económicas en áreas locales bien delimitadas.⁶

El caso de Colombia, como el de las fronteras entre Afganistán y Pakistán, Irak y Siria, o Argelia y Mali, por poner sólo algunos ejemplos en diferentes regiones del mundo, es particularmente relevante.⁷ Refiriéndose a la situación colombiana, ARISTIZABAL ha subrayado que

³ CASTELLS, *La era de la información economía, sociedad y cultura, el fin del milenio*, Vol. III, Madrid, Alianza, 1998, pp. 369-394, p. 371.

⁴ *Ibidem*.

⁵ MANTILLA VALBUENA “Hacia una perspectiva “glocal” del conflicto armado en Colombia: dinámicas y actores en los espacios transfronterizos y transnacionales”, en *PAP. POLÍT.*, vol. 14, n.º 2, 2009, pp. 581-607.

⁶ *Ídem*, pp. 586-587.

⁷ Según RAMÍREZ y MANTILLA VALBUENA, la nación más afectada actualmente por la situación que se vive en las fronteras es Venezuela, por su proximidad a la zona de mayor presencia de actores armados ilegales y por efecto de las acciones del ELN (Ejército de Liberación Nacional) contra los oleoductos en Colombia, mientras que en Ecuador se presenta una situación de aumento de tráfico de armas, municiones y explosivos, tanto por la presión de irregulares colombianos como por la corrupción de diversos sectores ecuatorianos. Por su parte, el territorio fronterizo colombo-brasileño se ha constituido en los últimos años en zona de tráfico de precursores químicos y de lavado de dinero mediante la compra, por parte de narcotraficantes brasileños, de oro a indígenas, colonos y buscadores ilegales en las zonas auríferas de los departamentos de Vichada y Amazonas, y a través de la provisión de armas y recursos a las guerrillas colombianas a cambio de droga y protección. Vid. RAMÍREZ, “La ambigua regionalización del conflicto colombiano”, en GUTIÉRREZ/SÁNCHEZ *et al.*, (eds.), *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*, Bogotá, IEPRI/Norma, 2006, pp. 121-166, p. 140; y MANTILLA VALBUENA, *supra* nota 5, p. 593.

la guerra se alimenta por todos los costados de dineros y armas que vienen de afuera. También de afuera son en su mayoría las ideologías que la avivan y las tecnologías y políticas utilizadas para su desarrollo. Más aún, las explicaciones de algunos rasgos y virajes de la guerra que se libra en Colombia y que afectan la región andino-amazónica, están más allá de sus fronteras, escapan a su control y obedecen a intereses transnacionales que tienen que ver con el orden mundial posterior a la guerra fría y al modo de articulación de Colombia con la economía globalizada.⁸

Siendo el epicentro del crimen transnacional la prohibición de mercados, no puede sorprender que las organizaciones que comercian con bienes y servicios prohibidos conformen una auténtica estructura empresarial clandestina, con una pluralidad de miembros jerárquicamente organizados, que cooperan permanentemente conforme al principio de división de funciones para conseguir los objetivos empresariales previamente diseñados.⁹ De esta manera, organizaciones como las bandas criminales colombianas, los cárteles mexicanos, la *Cosa Nostra* norteamericana, las triadas chinas, los yakuza japoneses, o la mafia rusa, operan de modo racional para obtener beneficios en mercados prohibidos.¹⁰

Se trata en definitiva de organizaciones profesionales, que tienen como medio de vida transacciones prohibidas, y conocen profundamente el área en el que actúan.¹¹ Además, hacen uso de los últimos avances tecnológicos, así como de la ampliación y la desregulación de los mercados financieros globales, lo que ha hecho ineficientes las antiguas estructuras de control existentes, ha multiplicado sus posibilidades de actuación y les ha permitido el diseño de auténticas estrategias globales de acción. Como resultado, en una época en donde cincuenta de las primeras cien economías del mundo corresponden a corporaciones transnacionales, no puede extrañar que las estructuras clandestinas empresariales del crimen organizado tengan anualmente beneficios que superen al producto interior bruto de una buena parte de los 194 Estados del mundo.¹²

⁸ ARISTIZABAL, *Metamorfosis. Guerra, Estado y globalización en Colombia*, Bogotá, Desde Abajo, 2007, p. 95.

⁹ RITCH, "They'll make you an Offer You Can't Refuse: A Comparative Analysis of International Organized Crime", en *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 9, 2002, pp. 569-606, pp. 569-70 y p. 571. Vid. También, WILLIAMS, "Global Organized Crime: Hearing Before the H. Comm. on International Relations", en 104th Cong. 28 (statement of Phil WILLIAMS, Professor, University of Pittsburgh, International Security Studies), 1996.

¹⁰ RITCH, *supra* nota 9, p. 571

¹¹ ZAFFARONI, "Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita", en MOCCIA, Sergio (ed.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali, tra efficienza e garanzia*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 65. Vid. también, HAGAN, "The Organized Crime Continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model", en *Criminal Justice Review*, vol. 8, n. 2, 1983, pp. 52-57.

¹² ARONOWITZ, "Trafficking in Human Beings: An International Perspective", en SIEGEL et al. (eds.), *Global Organized Crime: Trends and Developments*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2003, p. 89. Vid. También OBOKATA, *Trafficking*

Para poder desplegar sus actividades a lo largo del tiempo, estas organizaciones requieren de varias características. En primer lugar, tratan de presentarse como empresas económicas lícitas. En segundo lugar, requieren de una conexión estructural con los poderes públicos (administrativo, legislativo y judicial) y privados (en particular el sector financiero) del ámbito en el que operan, lo que hace que la corrupción juegue “un papel medular” en sus actividades.¹³ En tercer lugar, actúan a través de redes, de manera que sus miembros pueden confiar en un tejido de puntos de contacto en una multiplicidad de Estados con el que desarrollar sus actividades “de forma segura”. Dichas redes se caracterizan por su permanencia en el tiempo y la estandarización de sus formas de actuación (algunos las han equiparado con una “burocracia”¹⁴). En cuarto lugar, cuentan con una alta capacidad de transformación, que se apoya en gran medida en el carácter etéreo de sus amplias redes de puntos de contacto. Finalmente, sostienen su acción recurriendo a la amenaza y al ejercicio de la violencia.

En relación con este último aspecto, estructuras empresariales clandestinas que se dedican a realizar transacciones económicas en mercados prohibidos con ánimo de lucro superan el ámbito de las transacciones prohibidas, para adentrarse en el ámbito de las amenazas, destrucción de propiedad, agresiones graves y asesinatos, frente a quienes constituyen un obstáculo en el desarrollo de su actividad económica primaria, con el fin de evitar cualquier interferencia con sus transacciones económicas. Como ROJAS ha afirmado en relación con las bandas criminales colombianas, si bien no buscan el poder político, su objetivo principal es obtener el poder económico y el control social en las áreas en las que operan,¹⁵ para lo que según PRIETO pueden llegar a incurrir en un número significativo de masacres, homicidios, desplazamientos forzados, extorsiones y hechos de reclutamiento forzado de menores, entre otros hechos delictivos.¹⁶

Es en este contexto en el que la naturaleza, intensidad, escala y sistematicidad de dicha violencia, puede hacer que estas organizaciones excedan el ámbito de los delitos transnacionales, para incursionar en el campo del derecho internacional penal, y en particular de los crímenes de lesa humanidad. Pero, ¿significa esto que haya que extender al ámbito de los delitos

In Human Beings From A Human Rights Perspective: Towards A Holistic Approach, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 29.

¹³ DOMINE, *supra* nota 2, p. 96.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ ROJAS ARAVENA, Francisco, “Violencia en América Latina. Debilidad estatal, inequidad y crimen organizado inhiben el desarrollo humano”, en ROJAS ARAVENA/ÁLVAREZ-MARÍN, (eds.), *América Latina y el Caribe: Globalización y conocimiento. Repensar las ciencias sociales*, Montevideo, UNESCO/FLACSO, 2011, p. 358.

¹⁶ PRIETO, *Las bacrim y el crimen organizado en Colombia*, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung Colombia, 2013.

transnacionales la respuesta ofrecida por el Derecho internacional penal frente a los crímenes internacionales? A responder a esta pregunta dedicamos el presente trabajo.

II. La distinta naturaleza del Derecho penal transnacional y del Derecho internacional penal

Los delitos transnacionales consisten en transacciones económicas en mercados prohibidos por la ley, que tienen por objeto la oferta o la demanda de bienes ilícitos (drogas, armas, propiedad cultural, recursos naturales, materiales contaminantes, propiedad intelectual), seres humanos (inmigrantes, mujeres, niños) o servicios para facilitar y organizar dichas transacciones (lavado de dinero, corrupción, piratería, delitos cibernéticos y terrorismo).¹⁷ La razón de la prohibición de estos mercados se encuentra generalmente en la entidad de su posible impacto en los Estados que promueven su prohibición. Incluso en relación con el tráfico de seres humanos, el aspecto central de la prohibición se encuentra en la finalidad de explotación o de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material y no en el hecho de ejercer derechos de propiedad sobre los seres humanos con los que se trafica.¹⁸

A diferencia de los crímenes internacionales, el delito transnacional tiene por característica afectar el interés del control regulatorio sobre ciertos bienes y servicios (qué se puede producir, con qué se puede comerciar, quién lo puede hacer, y cómo se han de realizar las transacciones). De ahí que el Derecho penal transnacional está fundamentalmente orientado al control del delito.¹⁹ Además, no supera, en principio, la soberanía estatal, sino que parece reafirmarla, en cuanto que los Estados son particularmente celosos de su poder para prohibir aquellas transacciones económicas que encuentran amenazantes.²⁰

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Vid. Artículo 3 del Protocolo para el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado el 15 de noviembre de 2000, 2237 UNTS 319, y en vigor desde el 25 de diciembre de 2003. Vid también, artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado el 15 de noviembre de 2000, 2237 UNTS 319, y en vigor desde el 25 de diciembre de 2003.

¹⁹ NADELMANN, "Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society", en *International Organisation*, vol. 44, 1990, pp. 479-526.

²⁰ BOISTER, "Transnational Criminal Law", en *European Journal of International Law*, vol. 14, 2003, pp. 953-976.

Consecuencia de lo anterior es que los tratados internacionales recogen definiciones muy flexibles de los delitos transnacionales,²¹ para que los Estados puedan asumirlas, conservando al mismo tiempo la capacidad de interpretarlas y adaptarlas según sus propias circunstancias nacionales.²² Además, sólo imponen a estos últimos la obligación de recoger dichos delitos en sus legislaciones nacionales, de manera que su comisión no genera responsabilidad penal a falta de implementación interna del tratado internacional de que se trate.²³

De lo anterior se deduce que el Derecho penal transnacional no codifica, ni hace cristalizar, conceptos universales.²⁴ Por el contrario, recoge una serie de opciones políticas dirigidas al control de las transacciones de ciertos bienes y servicios, que pueden tener un impacto no deseado sobre los intereses de ciertos Estados, o de ciertos grupos dentro de estos últimos. De ahí que pueda definirse como aquel conjunto de normas que los Estados han creado específicamente para regular y perseguir penalmente aquellas transacciones económicas que superan en su desarrollo, o en sus efectos, el ámbito interno de sus fronteras, y que por ello son objeto de interés para más de un Estado.²⁵

Como su finalidad principal es fortalecer la persecución penal de estas transacciones a través de la cooperación procesal entre los Estados, el Derecho penal transnacional recurre al Derecho internacional con un triple objetivo. En primer lugar, obtener una mayor armonización de las definiciones de los delitos a nivel nacional, como condición necesaria para la cooperación procesal

²¹ En relación con la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional, vid. SCHLOENHARDT, "Transnational Organised Crime and International Law. The Palermo Convention", en *CRIM. L.J.*, vol. 29, 2005pp. 345 y 353.

²² JENKS, "The Conflict of Law Making Treaties", en *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953, pp. 401-425.

²³ En relación con la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional, vid. ENCK, "The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime: Is It All That It Is Cracked Up to Be? Problems Posed by the Russian Mafia in the Trafficking of Humans", en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 30, 2003, pp. 369-385; y FIJNAUT, "Introduction To The Containment Of Transnational Organized Crime: Comments On The Un Convention Of December 2000", en ALBRECHT/FIJNAUT (eds.), *The Containment Of Transnational Organized Crime: Comments On The Un Convention Of December 2000*, Friburgo, Iuscrim, 2002.

²⁴ De hecho, al margen de la Convención Única sobre Estupeficientes (1961), los Preámbulos de estos tratados internacionales no recurren a condenas morales universales, o a la protección de la humanidad en su conjunto, para justificar sus prohibiciones. Vid. Convención Única sobre Estupeficientes, de 30 de marzo de 1961, 520 UNTS 151; en vigor desde el 13 de diciembre de 1964, Preámbulo, párrafo 3. Es por ello, que el Derecho transnacional penal ha sido definido como un sistema de normas sin jerarquía alguna, que prohíben distintos tipos de mercados, siguiendo un mismo método de actuación, y que tienen por objetivo primordial el control del delito. Vid. NADELMANN, *supra* nota 19.

²⁵ Vid., BOISTER, *supra* nota 20. La definición que GLESS y VERVAELE realizan del Derecho penal transnacional, como todo norma penal (sustantiva o procesal) que tiene por objeto regular transacciones que cruzan las fronteras de un Estado, nos parece demasiado amplia, puesto que puede entenderse como incluyendo diversas manifestaciones de los crímenes internacionales. Vid. GLESS/VERVAELE, "Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice", en *Utrecht Law Review*, vol. 9, 2013, p. 4; y BOISTER, *supra* nota 20.

entre los Estados. En segundo lugar, establecer mecanismos que faciliten la resolución de las controversias sobre la aplicación extraterritorial de la jurisdicción nacional.²⁶ En tercer lugar, diseñar nuevos mecanismos de cooperación procesal. En definitiva, de lo que se trata es de superar las dificultades de controlar las transacciones económicas transfronterizas, debido a que los sistemas penales nacionales se resisten a tolerar la existencia de otros sistemas penales nacionales que actúan en el mismo espacio y sobre la misma actividad.²⁷

En esto se diferencia fundamentalmente del Derecho internacional penal, cuyos conductas prohibidas constituyen para OSIEL una suma de atrocidades,²⁸ fruto según LUBAN de la contaminación cancerígena de la acción política,²⁹ pues de otra manera es difícilmente explicable el diseño y puesta en marcha de campañas de violencia dirigidas a destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso (genocidio), a atacar a la población civil de manera sistemática o a gran escala (crímenes de lesa humanidad), o a afectar a aquellas personas y objetos que se encuentran protegidos en una situación de conflicto armado por encontrarse en posición de particular vulnerabilidad (crímenes de guerra).

Esto justifica superar la soberanía de los Estados ante situaciones de profunda crisis de las instituciones estatales encargadas de regular la interacción socio-política, con el fin de eliminar la impunidad y atribuir un castigo proporcionado a la gravedad de la conducta, a quienes son responsables de comportamientos constitutivos de los ataques más serios contra los valores esenciales sobre los que se construye la comunidad internacional, lo que les ha convertido en enemigos de la humanidad (*hostis humanis*).³⁰ El problema que raras veces se menciona es que a pesar del grado de desarrollo científico y tecnológico alcanzado, continuamos en el siglo XXI con la escandalosa realidad de que la mayoría de los 194 Estados del mundo viven cotidianamente este

²⁶ Como VAN DEL WILT ha señalado, la aplicación extraterritorial de la ley penal es uno de los instrumentos más importantes frente a los delitos transnacionales, puesto que permite que una o varias jurisdicciones nacionales, actuando de forma coordinada, investiguen y enjuicien conjuntamente una pluralidad de hechos delictivos cometidos (o con implicaciones) en diferentes Estados. Vid. VAN DER WILT, "Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes against Humanity: Unravelling the Concepts", en *Chinese Journal of International Law*, vol. 13, 2014, pp. 297-334, p. 318.

²⁷ BRAITHWAITE, "White Collar Crime", en *Annual Review of Sociology*, vol. 11, 1985, pp. 1-25, p. 7. Ni que decir tiene que la resistencia es mucho mayor cuando existen importantes disparidades en materia de protección de derechos humanos, y en particular del alcance de las garantías del debido proceso.

²⁸ OSIEL, "Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity", en *Human Rights Quarterly*, vol. 22, 2000, pp. 118-147, p. 121.

²⁹ LUBAN, "A Theory of Crimes against Humanity", en *Yale International Law Journal*, vol. 29, 2004, p. 90.

³⁰ CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, University Press, 2003, p. 23.

tipo de situaciones a nivel nacional o regional.³¹ Situación alimentada por una realidad económica en la que el ingreso del llamado “ciudadano medio de la sociedad internacional”, es decir aquel que se encuentra en el billón 3600 sobre los 7200 billones de población mundial, apenas llega a los tres dólares diarios.³²

En consecuencia, lo distintivo del Derecho internacional penal es la naturaleza del bien jurídico afectado, como resultado del tipo de violencia empleada, su intensidad, escala y sistematicidad, y su ejercicio frente a personas protegidas y/o en situación de particular vulnerabilidad. Asimismo, también son rasgos distintivos del Derecho internacional penal, el hecho de que la respuesta frente al crimen internacional sea proporcionada por la comunidad internacional en su conjunto (y no por la actividad soberana de un grupo de Estados actuando coordinadamente), y que dicha respuesta vaya particularmente dirigida contra aquellos dirigentes que instrumentalizan las estructuras de poder a su disposición para planear, instigar, ordenar, facilitar y cometer crímenes internacionales, y que por ello reciben el calificativo de máximos responsables.

El Derecho internacional penal se distingue, en definitiva, del Derecho penal transnacional, en que lo distintivo no es ni la utilización del poder regulatorio para prohibir ciertos mercados, ni la existencia de un elemento transfronterizo.³³ Por ello, se pueden entender las razones detrás de la

³¹ Esto se evidencia en el más reciente informe anual de Amnistía Internacional, el cual hace una relación de la situación de derechos humanos en 160 países. Vid. Amnistía Internacional, *Informe 2014/15, La Situación de los Derechos Humanos en el Mundo*, 2015. Disponible en

<https://www.amnesty.org/es/documents/document/?indexNumber=pol10%2f0001%2f2015&language=es> [Enlace verificado el día 29 de noviembre de 2015]. A su vez, Human Rights Watch incluyó 90 países en su Reporte Mundial de 2015. Véase Human Rights Watch, *World Report 2015*, 2015. Disponible en:

http://www.hrw.org/sites/default/files/wr2015_web.pdf [Enlace verificado el día 29 de noviembre de 2015]
³² Banco Mundial, *Reseña sobre la pobreza*, 2004, disponible en <<http://www.bancomundial.org/temas/resenas/pobreza.htm>>; Banco Mundial, *Pobreza: Panorama General*, (actualizado el 12 de Noviembre de 2013) <<http://www.bancomundial.org/es/topic/poverty/overview>>; Banco Mundial, Reporte de Desarrollo Mundial, 2004; Banco Mundial, *World Bank Sees Progress Against Extreme Poverty, But Flags Vulnerabilities*, 29 de Febrero de 2012. Disponible en <http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2012/02/29/world-bank-sees-progress-against-extreme-poverty-but-flags-vulnerabilities> [Enlace verificado el día 29 de noviembre de 2015]; y Banco Mundial, *PovertyNet*. Disponible en <http://iresearch.worldbank.org/PovertyNet/index.htm?1> [Enlace verificado el día 29 de noviembre de 2015].

³³ Es por ello que cabe encontrar crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra en situaciones internas que no contienen ningún elemento transnacional, puesto que se cometen íntegramente en el seno de las fronteras de un Estado. Por ejemplo, el ataque al pueblo de Bogoro en la República Democrática del Congo por las milicias del FNI y el FRPI el 24 de febrero de 2003, que constituye la base fáctica de la primera condena por crímenes de lesa humanidad ante la Corte Penal Internacional (CPI) en el caso contra *Germain Katanga*. CORTE PENAL INTERNACIONAL, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, Sala de Primera Instancia II, sentencia de primera instancia, ICC- 01-04/01-07, 7 de marzo 2014, párrafos 427 ss. Pero también es posible encontrarlos con campañas transnacionales, e incluso globales, de comisión de crímenes

separación entre las respuestas que hasta el momento se han dado a los crímenes internacionales (establecimiento de una jurisdicción internacional penal y aplicación del principio de justicia universal) y a los delitos transnacionales (homogeneización de normas penales nacionales, persecución penal en una jurisdicción nacional con conexión suficiente con la transacción transfronteriza de que se trate y asistencia judicial inter-estatal).³⁴ En consecuencia, sería un error tratar de extender los mecanismos del Derecho internacional penal al Derecho penal transnacional, sino que lo que se necesita es integrar las respuestas que se dan a uno y otro fenómeno.³⁵

III. ¿Manifestaciones de la criminalidad organizada en la sociedad global que entren en el ámbito del Derecho Internacional Penal? Particular atención a los crímenes de lesa humanidad

Según el art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), los crímenes de lesa humanidad se caracterizan por la existencia de una multiplicidad ("ataque") de actos graves de violencia sistemática o a gran escala, contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización para cometer ese ataque o promover esa política.³⁶

Los actos graves de violencia a los que se refiere el artículo 7 ECPI, y que algunos autores han denominado "hechos individuales",³⁷ son el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, traslado forzoso de población, detención arbitraria,³⁸ tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, otras formas de violencia sexual de

internacionales, como el programa de detenciones ilícitas e interrogatorios, que siguiendo técnicas de torturas protocolizadas, desarrolló la CIA entre 2002 y 2006 en centros de interrogatorio y tortura de al menos cuatro continentes (la base de Guantánamo en América, Polonia y Rumanía en Europa, Egipto en el norte de África, e Irak y Afganistán en Asia). Vid. a este respecto, la sección de "findings and conclusions" incluidas en el "*Executive Summary del Comitee Study of the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Programme*", realizado por el Senate Select Committee on Intelligence de los EE.UU, y publicado el 9 de diciembre de 2014. Vid. también el voto particular del magistrado José Ricardo de Prada en la decisión de 17 de diciembre de 2014, de sección segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España

³⁴ ESER/LAGODNY (eds.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, Friburgo, Max Planck Institute, 1992.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Vid. párrafos (1) y (2) (a) del artículo 7 del ECPI.

³⁷ Vid. WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 371 ss.; y AMBOS, *La Corte Penal Internacional*, Buenos Aires, Rubinthal-Culzoni, 2007, p. 271.

³⁸ En la formulación del apartado (e) del artículo 7(1) se refiere a "encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional".

gravedad comparable, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia,³⁹ desaparición forzada, apartheid, y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad territorial o la salud física o mental. En consecuencia, se trata de conductas que afectan con particular intensidad a uno o varios intereses esenciales del sujeto pasivo, como sucede con la propia vida, la integridad física, la salud o la libertad.⁴⁰

La exigencia de que cada acto grave de violencia sea parte de un fenómeno de violencia más amplio contra la población civil, que debe tener ciertas características propias, como la sistematicidad o gran escala, y la intervención de las estructuras del Estado o de la organización imperante en la región en la que se producen los hechos, hace que nos encontremos ante situaciones en las que los cimientos sobre los que se construye la propia comunidad internacional comienzan a resquebrajarse de forma peligrosa.⁴¹ De ahí que el bien jurídico protegido por los crímenes de lesa humanidad no tenga una dimensión exclusivamente individual, sino que posee una dimensión supra-individual, puesto que protege intereses cuya titularidad corresponde a comunidad internacional en su conjunto, es decir, al ser humano colectivo.⁴²

Para algunos autores, la naturaleza jurídica de esta dimensión supra-individual es proteger el interés de la comunidad internacional en preservar la paz y seguridad internacional, puesto que este tipo de delitos constituye una amenaza, sino una disrupción de las mismas.⁴³ Otros autores han considerado, sin embargo, que el contenido de esta dimensión, se encontraría más bien en la

³⁹ En la formulación del apartado (h) del artículo 7(1) ECPI se refiere a “persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”.

⁴⁰ Se trata, en definitiva, de actos que menoscaban de forma particularmente grave alguno de los intereses más preciados de la víctima, que necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social. De ahí que se pueda afirmar que el carácter sistemático o a gran escala de la violencia en las situaciones de crímenes contra la humanidad, no diluye la naturaleza y consecuencias de cada uno de los actos individualmente considerados. Vid. a este respecto, VANEGAS MOYANO, “De los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, en CASTRO CUENCA (coord.), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I*, Bogotá, Universidad del Rosario/Temis, 2011, pp. 60 ss.

⁴¹ Se puede afirmar que fue en el caso *Justice* en el que por primera vez se establece la necesidad de la existencia de un contexto en donde se pueda excluir los delitos aislados. Vid. AMBOS, *supra* nota 37, p. 221.

⁴² Vid. a este respecto, LUBAN, *Una Teoría de los Crímenes contra la Humanidad*, Bogotá, Temis, 2011, p. 21 y AMBOS, “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”, en *Cuadernos de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, n.º 9, 2013, pp. 95-140, p. 99.

⁴³ Vid. WERLE, *supra* nota 37, pp. 82-83; 468-469.

necesidad de protección de la dignidad humana, en cuanto que fundamento último de los derechos humanos, y pilar esencial de la comunidad internacional según los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas.⁴⁴

El artículo 7(1) ECPI entiende por ataque una línea de conducta que implique la comisión generalizada, o sistemática, de los actos de violencia arriba mencionados.⁴⁵ El carácter generalizado del ataque tiene que ver con su aspecto cuantitativo,⁴⁶ en particular, con sus dimensiones y el número de víctimas.⁴⁷ Según la jurisprudencia de la CPI, un ataque reviste la condición de generalizado cuando o bien se desarrolla en un área geográfica amplia, o bien tiene lugar en un área geográfica más reducida donde gran número de civiles se ven afectados.⁴⁸ Además, el carácter generalizado de un ataque también puede ser consecuencia del “efecto

⁴⁴ VANEGAS MOYANO, *supra* nota 40, p. 68-70; Vid. también CASTRO CUENCA, “Algunos lineamientos sobre la legitimidad del injusto en los bienes jurídicos supraindividuales”, en *Problemas actuales del derecho penal*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, pp. 81-115.

⁴⁵ Diferentes tipos de actos de violencia pueden formar parte de un mismo ataque, con tal que compartan la naturaleza, los objetivos o las consecuencias de los otros actos que forman parte del mismo. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, *Semanza*, (ICTR-97-20-T), juicio del 15 de mayo de 2003, par. 326; *Kalelijeli*, (ICTR-98-44A-T), juicio del 1 de diciembre de 2003, párrafo. 866. Vid. también, CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Jean-Pierre Bemba*, Sala de Cuestiones Preliminares III, Decisión según el Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párrafo 86; y *Situación en la República de Kenia*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, Doc. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, párrafo 98.

⁴⁶ WERLE, *supra* nota 37, p. 477.

⁴⁷ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Tadić*, IT-94-1-T, Sentencia de Primera Instancia, 7 mayo 1997, párrafo. 648; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, *Kayishema y Ruzindama* ICTR-95-1-T, Sentencia de Primera Instancia, 12 mayo de 1999, párrafo 123. Con respecto a la jurisprudencia de la CPI, vid. en relación con el aspecto cuantitativo, las decisiones de la CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Katanga y Ngudjolo*, Sala de Cuestiones Preliminares, decisión confirmación de cargos, ICC 01/04-1/07, 30 septiembre de 2008, párrafo 397; *Situación en la República de Kenia*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, 31 de marzo de 2010, Doc. ICC-01/09-19-Corr, par. 96; *Situación en la República de Costa de Marfil*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Costa de Marfil, ICC-02/11-14, de 3 de octubre de 2011, párrafo 53; *Laurent Gbagbo*, Sala de Cuestiones Preliminares III, Decisión sobre la Solicitud del Fiscal para la Emisión de una Orden de Arresto contra Laurent Koudou Gbagbo conforme al Artículo 58, ICC- 02/11- 01/11- 9, párrafo 30. El relación con el aspecto sistemático, vid. las decisiones CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Katanga y Ngudjolo*, Sala de cuestiones preliminares I, Decisión confirmación de cargos, ICC 01/04-1/07, 30 septiembre de 2008, par. 394; *Jean-Pierre Bemba*, Sala de Cuestiones Preliminares III, Decisión según el Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párrafo 83.

⁴⁸ CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Katanga y Ngudjolo*, Sala de Cuestiones Preliminares, Decisión confirmación de cargos, ICC 01/04-1/07, 30 septiembre de 2008, párrafo 395.

acumulativo de una serie de actos inhumanos, o por el efecto singular de un acto inhumano de extraordinaria magnitud”.⁴⁹

Cuando un ataque no puede ser calificado como generalizado, todavía podría constituir un crimen de lesa humanidad si posee un carácter sistemático, porque se lleva a cabo siguiendo un patrón de actuación que responde a un plan metódicamente organizado para la consecución de un determinado objetivo.⁵⁰ Quedan por tanto excluidos, los actos de violencia que son una mera sucesión accidental.⁵¹

⁴⁹ Vid. CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la República de Kenia*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, Doc. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010. Vid. también, TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Blaskic* (IT-95-14-T), sentencia de primera instancia, 3 de marzo de 2000, párrafos 203-206. Así mismo, consúltese TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Kordic*, sentencia de primera instancia, IT-95-14/2-T, 26 de febrero de 2000, párrafo 179; y TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Kunarac*, sentencia de apelación, 12 junio 2002, párrafo 95.

⁵⁰ CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Bashir*, Sala de Cuestiones Preliminares I, Orden de arresto ICC-02/05-01/09-3, 4 de abril 2009, párrafo 81; y *Germain Katanga*, Sala de Primera Instancia II, sentencia de primera instancia, ICC- 01-04/01-07, 7 de marzo 2014, párrafo 1113. Vid. también, TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, *Akayesu*. Sentencia de primera instancia, 2 de septiembre de 1998, párrafo 580; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, *Kayishema*. Sentencia de primera instancia, 21 de mayo de 1999, párrafo 123; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, *Nahimana*, sentencia de apelación, 28 de noviembre de 2007, párrafo 920; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Kordic y Cerkez*. Sentencia de primera instancia, 26 de febrero de 2001, párrafo 179.

⁵¹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Kordic y Cerkez*. Sentencia de apelación. 17 de diciembre de 2004, párrafo 94; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Blaskic*, sentencia de apelación, 29 de julio de 2004, párrafo 101; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Kunarac et al*, sentencia de primera instancia, 22 de febrero de 2001, párrafo 580; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Kunarac et al.*, sentencia de apelación, 12 de junio de 2002, párrafo 94. Las Salas de Primera Instancia en los casos TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, *Akayesu*, sentencia de primera instancia, 2 de septiembre de 1998, párrafo 580; y TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Blaskic*, sentencia de primera instancia, 3 de marzo de 2003, párrafo 203, requirieron elementos adicionales como la utilización de recursos significativos o la participación de autoridades estatales de alto nivel. Sin embargo, lo cierto es que se tratan de decisiones aisladas, que como AMBOS y CRYER han subrayado establecen un umbral demasiado alto para afirmar la sistematicidad de un ataque. Vid. en este sentido, CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la República de Kenia*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, Doc. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, párrafo 89. Vid. también TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Tadic*, sentencia de primera instancia, 7 de mayo de 1997, párrafo 648; y TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, *Ntakirutimana*, sentencia de primera instancia, 21 de febrero de 2003, párrafo 804. Vid también AMBOS, *supra* nota 37, pp. 239-240; y CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST, *An introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, University Press, 2010.

En cuanto al sujeto pasivo del ataque, la expresión “una población civil” expresa la naturaleza colectiva de todo crimen contra la humanidad,⁵² y la indefensión del sujeto pasivo del crimen frente a la estructura estatal u organizacional que ha de encontrarse detrás del ilícito. En todo caso, conviene subrayar con LUBAN que los crímenes de lesa humanidad son agresiones contra poblaciones civiles vistas no como entidades metafísicas unificadas, sino simplemente como grupos de individuos, cuyo propio interés humano y dignidad están en peligro.⁵³ En consecuencia, por “una población civil” entendemos un grupo de individuos que ha de compartir ciertos rasgos distintivos, si bien no se exige que estos últimos se refieran a ninguna condición en particular, como la nacionalidad o la etnicidad. Además, no es necesario que se ataque a la población civil en su conjunto, sino que es suficiente con que la violencia sea dirigida contra una parte de esta.⁵⁴ Con ello se excluyen del ámbito de los crímenes de lesa humanidad los actos de violencia donde las víctimas son elegidas al azar.⁵⁵

El artículo 7(2) (i) ECPI habla de la necesidad de que el ataque sea «en conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o promover esa política».⁵⁶ Este requisito ha sido definido por la jurisprudencia de la CPI en el sentido de exigir que el ataque sea plenamente organizado y siga un patrón regular de conducta, y que en su desarrollo se necesite de la utilización de recursos públicos o privados.⁵⁷ Ahora bien, la propia jurisprudencia de

⁵² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Tadic*, sentencia de primera instancia, 7 de mayo de 1997, párrafo 644.

⁵³ LUBAN, *supra* nota 42, p. 33 (traducción del autor).

⁵⁴ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Tadic*, sentencia de primera instancia, 7 de mayo de 1997, párrafo 644; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Kunarac et al*, sentencia de primera instancia, 22 de febrero de 2001, párrafo 425. Vid. también, CRYER, *et al*, *supra* nota 51, p. 470.

⁵⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Stakic*, sentencia de primera instancia, IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, párrafo 627; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Kunarac et al.*, sentencia de apelación, 12 de junio de 2002, párrafo 90; CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Jean-Pierre Bemba*, Sala de Cuestiones Preliminares III, Decisión según el Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párrafo 77; y CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Germain Katanga*, Sala de Primera Instancia II, sentencia de primera instancia, ICC- 01-04/01-07, 7 de marzo 2014, párrafo 1105.

⁵⁶ Los Elementos de los Crímenes, en su sección introductoria sobre los crímenes de lesa humanidad, desarrollan este elemento afirmando que se “requiere que el Estado u organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil”. Además, en la sexta nota al pie de los Elementos de los Crímenes se añade que: “La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutará mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización”.

⁵⁷ CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la República de Kenia*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, Doc. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, párrafos 84-86; y CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la*

la CPI ha subrayado que no es necesario que dicha política sea expresamente definida o formalizada, y que basta con que un ataque sea planeado, dirigido u organizado.⁵⁸

La jurisprudencia de la CPI ha afirmado que no sólo los Estados en sus niveles nacional, regional o local, sino también organizaciones no estatales, sin vínculos con los Estados u opuestas a estos, pueden cometer tales delitos.⁵⁹ A la hora de determinar las características que ha de tener una “organización” para poder incurrir en crímenes de lesa humanidad, se ha afirmado que las organizaciones que pueden incurrir en crímenes de lesa humanidad, no tienen por qué tener la condición de cuasi-estados, sino que es suficiente con que cumplan con algunas de las siguientes características: (i) disponer de un mando responsable o una jerarquía establecida adecuadamente; (ii) contar con los medios necesarios para lanzar un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; (iii) ejercer un control sobre una parte del territorio de un Estado; (iv) tener como objetivo principal realizar actividades criminales contra la población civil; (v) expresar, de

República de Costa de Marfil, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Costa de Marfil, ICC-02/11-14, de 3 de octubre de 2011, párrafo 43.

⁵⁸ Vid. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Kunarac et al.*, sentencia de apelación, 12 de junio de 2002, párrafo 95. Vid. también, HELLER, “The Rome Statute in Comparative Perspective”, en HELLER/DUBBER (eds.), *The Stanford Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford, University Press, 2009, p. 45. Vid. también, AMBOS/WIRTH, “The Current Law of Crimes Against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000”, en *Criminal Law Forum*, vol. 13, 2002, pp. 1-90, p. 33. En las negociaciones del ECPI, se manifestó el temor de que la inclusión expresa del requisito de una política, significaría una alta carga para probar su existencia. Vid en este sentido, CRYER, *et al*, *supra* nota 51, p. 238.

⁵⁹ CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Katanga et al.*, Sala de cuestiones preliminares I, ICC 01/04-1/07, Decisión confirmación de cargos, 30 septiembre de 2008, párrafos 392-401; y CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Germain Katanga*, sentencia de primera instancia, 01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, párrafos 1106 ss. Ya para 1991, la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en un nuevo Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad Internacional, atribuía responsabilidad penal, sin exigir actuar bajo la autoridad de un Estado, a quienes incurrieran en la comisión a gran escala o de manera sistemática de las violaciones graves de derechos humanos allí recogidas⁵⁹. Vid. Art. 21 del Proyecto de Código contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, en *Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-Third Session (29 April-19 Julio 1991)*, 46 U.N. GAOR Supp. (No. 10), U.N. Doc. A/46/10 (1991), reimpreso en [1991] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 94, 103, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 2). El propio comentario de la CDI subrayaba esta cuestión al afirmar que no excluía la posibilidad de que individuos privados con poderes de hecho, o grupos del crimen organizado, pudiera cometer el tipo de violaciones sistemáticas o a gran escala al que se refería el proyecto. Este nuevo entendimiento de los crímenes de lesa humanidad en función de la naturaleza, intensidad, escala y sistematicidad de la violencia contra la población civil, y no en base al carácter estatal de la estructura que lo lleva a cabo, se mantuvo en el Proyecto de 1996, que se refería expresamente a la actuación bajo la instigación o dirección de “un Gobierno o de cualquier organización o grupo”. Vid. Art. 18 del Proyecto de Código contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, en *Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-eighth Session*, 51 U.N. GAOR Supp. (No. 10) at 14, U.N. Doc. A/CN.4/L.532, corr.1, corr.3 (1996), reimpreso en [1996] Y.B. Int'l L. Comm'n, vol. 2, 47, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2).

forma explícita o implícita, la intención de atacar una población civil; y (vi) hacer parte de otro grupo más importante que cumpla al menos con algunos de los criterios mencionados.⁶⁰

De esta manera, como la misma jurisprudencia de la CPI y autores como WERLE y BURGHARDT han subrayado, el criterio clave para determinar si un grupo puede ser considerado como "organización es la capacidad de ejecutar sobre el terreno políticas o prácticas de comisión contra una población civil de actos graves de violencia a gran escala o siguiendo un patrón de conducta."⁶¹ No es por tanto necesario, que el grupo tenga una estructura jerarquizada (o al menos esto no es lo que debe distinguir a la organización), sino que debe contar con un grado de estructura suficiente, que le permita una cierta capacidad de acción, concertación y coordinación para el cumplimiento de su objetivo criminal,⁶² quedando en todo caso excluidos los actos aislados (aunque se repitan de forma accidental), aun cuando puedan ser calificados como "inhumanos".⁶³

⁶⁰ CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la República de Kenia*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, 31 de marzo de 2010, Doc. ICC-01/09-19-Corr, párrafo 93; CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Germain Katanga*, sentencia de primera instancia, 01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, párrafos 1119-1120, y CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la República de Costa de Marfil*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Costa de Marfil, ICC-02/11-14, de 3 de octubre de 2011, párrafo 43. El juez Hans Peter Kaul en su voto particular en la decisión de autorización para la apertura de una investigación en la situación en Kenia, afirma que que el término "organización" utilizado en el artículo 7(2)(a) del ECPI debe ser interpretado de manera restrictiva, a los efectos de abarcar sólo a aquellos grupos que puedan ser considerados como cuasi-estados, por cumplir, entre otras, con las siguientes características: (i) una colectividad de personas; (ii) concebida para actuar con un objetivo común; (iii) durante un período prolongado de tiempo; (iv) con un mando responsable o una estructura jerárquica que tenga el poder de decisión; (v) con capacidad de imponer su política a sus miembros y poder de sancionarlos; y (vi) con capacidad y medios para atacar a gran escala cualquier población civil. De esta manera, se excluirían tanto a grupos sin control alguno de civiles armados, como a los grupos del crimen organizado. Vid. CORTE PENAL INTERNACIONAL, Voto Particular del Juez Hans-Peter Kaul, *Situación en la República de Kenia*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, Doc. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, párrafo. 51.

⁶¹ CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la República de Kenia*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, Doc. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, párrafos 84-86; y CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la República de Costa de Marfil*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Costa de Marfil, ICC-02/11-14, de 3 de octubre de 2011, párrafo 43. Vid. también, WERLE/BURGHARDT, "Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a "State-like" Organization?", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, 2012, pp. 1151-1170; y KRESS, "On the Outer Limits of Crimes Against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, pp. 855-873.

⁶² CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Germain Katanga*, sentencia de primera instancia, 01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, párr. 1119-1120.

⁶³ En este mismo sentido LUBAN, *supra* nota 42, p. 31.

Con base en esta caracterización del concepto de “organización” recogida en el artículo 7(2)(a) ECPI, no se puede sino afirmar con SMITH,⁶⁴ KIM⁶⁵ y la propia jurisprudencia de la CPI en las situaciones de Kenia⁶⁶ y Costa de Marfil,⁶⁷ que se incluye a estructuras empresariales clandestinas que se dedican a realizar transacciones económicas en mercados prohibidos, y que como ROJAS⁶⁸ y PRIETO⁶⁹ señalan en relación con las bandas criminales colombianas, presentan, entre otras, las siguientes características: (i) hacen uso de los últimos avances tecnológicos, así como de la ampliación y la desregulación de los mercados financieros globales; (ii) tienen unos beneficios anuales que superen al producto interior bruto de un gran número de países en vías de desarrollo; (iii) tratan de presentarse como empresas económicas lícitas y requieren de una conexión estructural con los poderes públicos y privados, de manera que la corrupción es un elemento esencial de sus actividades; (iv) tienen la capacidad de actuar a través de redes en una multiplicidad de Estados; (v) cuentan con una alta capacidad de transformación; y (vi) sostienen su acción recurriendo habitualmente a asesinatos, lesiones graves, destrucción de propiedad, desplazamientos forzados, amenazas, extorsiones y reclutamiento forzado de menores, entre otros hechos delictivos, con el fin de obtener el poder económico y el control social en las áreas en las que operan.

IV. Conclusión

La naturaleza jurídica de los crímenes internacionales y de los delitos transnacionales es notablemente distinta. Los primeros protegen un bien jurídico con una dimensión supra-individual cuyo titular es el conjunto de la comunidad internacional. Además se caracterizan por la naturaleza de la violencia empleada, su intensidad, escala y sistematicidad, así como por su ejercicio frente a personas protegidas y/o en situación de particular vulnerabilidad.

⁶⁴ SMITH, “An International Hit Job: Prosecuting Organized Crime Acts as Crimes Against Humanity”, en *Georgetown Law Journal*, vol. 97, 2009, pp. 1111-1154, p. 1131.

⁶⁵ YOUNG SOK, *The international Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute*, 298, Inglaterra, Wisdom House Publication, 2003, p 101.

⁶⁶ CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la República de Kenia*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Kenia, Doc. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, párrafos 90-93.

⁶⁷. Vid. también CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en la República de Costa de Marfil*, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión según el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación respecto de la situación en la República de Costa de Marfil, ICC-02/11-14, de 3 de octubre de 2011, párrafo 46.

⁶⁸ ROJAS ARAVENA, *supra* nota 15, p. 358.

⁶⁹ PRIETO, *supra* nota 16.

Por su parte, los delitos transnacionales consisten en transacciones económicas en mercados que han sido prohibidos por conjuntos más o menos amplios de Estados, normalmente a instancia de las potencias dominantes en la comunidad internacional, y que se caracterizan por tener un elemento transfronterizo, en cuanto que se realizan en más de un Estado, o cometiéndose en un solo Estado: (i) una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; (ii) entrañan la participación de un grupo delictivo organizado que lleva a cabo actividades criminales en más de un Estado; o (iii) tienen efectos sustanciales en otro Estado.

Esta diferencia determina asimismo, la distinta naturaleza entre el Derecho internacional penal y el Derecho penal transnacional. Así, el primero se caracteriza porque presenta frente a los crímenes internacionales una respuesta de la comunidad internacional en su conjunto, caracterizada por el establecimiento de tribunales internacionales penales y el principio de jurisdicción universal, y dirigida en particular contra aquellos dirigentes que instrumentalizan las estructuras de poder a su disposición para promover su comisión.

En contraste, el Derecho penal transnacional constituye el esfuerzo de un grupo más o menos amplio de Estados actuando coordinadamente, con el fin de superar las dificultades de controlar las transacciones económicas transfronterizas en mercados prohibidos, debido a que los sistemas penales nacionales se resisten a tolerar la existencia de otros sistemas penales nacionales que actúen en el mismo espacio y sobre la misma actividad.⁷⁰ Para ello promueve la armonización de las definiciones de los delitos a nivel nacional, establece mecanismos que faciliten la resolución de las controversias sobre la aplicación extraterritorial de la jurisdicción nacional y diseña nuevos mecanismos de cooperación procesal.

Las diferencias estructurales arriba señaladas no son disipadas por la "globalización" del fenómeno de la criminalidad organizada transnacional. Esto no impide, sin embargo, que algunas de las manifestaciones más graves de la violencia ejercida por las estructuras empresariales clandestinas que tienen como principal actividad los delitos transnacionales, puedan ser calificadas como crímenes internacionales, en particular como crímenes de lesa humanidad, y deban por lo tanto recibir una respuesta apropiada a la naturaleza de los mismos a través del Derecho internacional penal. Esto sucede cuando, como hemos visto en relación con las bandas criminales colombianas, incurrn en un número significativo de actos graves de violencia recogidos en el

⁷⁰ BRAITHWAITE, *supra* nota 27, p. 7.

artículo 7(1) ECPI, con el fin de asegurarse el control social en las áreas en las que operan y garantizarse así el éxito de sus actividades económicas en mercados prohibidos.

V. Bibliografía

AMBOS, Kai, “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”, en *Cuadernos de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, n.º 9, 2013, pp. 95-140.

— *La Corte Penal Internacional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007.

AMBOS, Kai/WIRTH, Steffen, “The Current Law of Crimes Against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000”, en *Criminal Law Forum*, vol. 13, 2002, pp. 1-90.

ARISTIZABAL, José, *Metamorfosis. Guerra, Estado y globalización en Colombia*, Bogotá, Desde Abajo, 2007.

ARONOWITZ, Alexis, “Trafficking in Human Beings: An International Perspective”, en SIEGEL, Dina *et al.* (eds.), *Global Organized Crime: Trends and Developments*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2003.

BLOVICH, Saúl Larren, “Vigilante in the field of financial transactions”, Documento DOC.W. M/16/04, Ponencia en el seminario ICEPS sobre Riesgos Corporativos, Morton Banking Center, Off-Print ICEPS, Nueva York, 2004.

BOISTER, Neil, “Transnational Criminal Law”, en *European Journal of International Law*, vol. 14, 2003, pp. 953-976.

BRAITHWAITE, John, “White Collar Crime”, en *Annual Review of Sociology*, vol. 11, 1985, pp. 1-25.

CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, University Press, 2003.

CASTELLS, Manuel, *La era de la información economía, sociedad y cultura, el fin del milenio, Vol. III*, Madrid, Alianza, 1998.

CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, “Algunos lineamientos sobre la legitimidad del injusto en los bienes jurídicos supraindividuales”, en *Problemas actuales del derecho penal*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, pp. 81-115.

CRYER, Robert/FRIMAN, Hakan/ROBINSON, Darryl/WILMSHURST, Elizabeth, *An introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, University Press, 2010.

DOMINE, María, “Criminalidad Económica y Terrorismo”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, 2007, pp. 83-132.

ENCK, Jennifer, “The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime: Is It All That It Is Cracked Up to Be? Problems Posed by the Russian Mafia in the Trafficking of Humans”, en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 30, 2003, pp. 369-394.

ESER, Albin/LAGODNY, Otto (eds.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, Friburgo, Max Planck Institute, 1992.

FIJNAUT, Cyrille, “Introduction To The Containment Of Transnational Organized Crime: Comments On The Un Convention Of December 2000”, en ALBRECHT, Hans-Jörg /FIJNAUT, Cyrille (eds.), *The Containment Of Transnational Organized Crime: Comments On The Un Convention Of December 2000*, Friburgo, Iuscrim, 2002.

GLESS, Sabine/VERVAELE, John, “Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice”, en *Utrecht Law Review*, vol. 9, 2013.

HAGAN, Frank E., “The Organized Crime Continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model”, en *Criminal Justice Review*, vol. 8, n. 2, 1983, pp. 52-57.

HELLER, Kevin Jon, “The Rome Statute in Comparative Perspective”, en HELLER, Kevin Jon/DUBBER, Markus D. (eds.), *The Stanford Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford, University Press, 2009.

JENKS, Wilfred C., “The Conflict of Law Making Treaties”, en *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953, pp. 401-425.

KRESS, Claus, “On the Outer Limits of Crimes Against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, pp. 855-873.

LEROY MILLER, Roger/MEINERS, Roger, E., *Microeconomía*, Bogotá, McGraw Hill, 1990.

LUBAN, David, *Una Teoría de los Crímenes contra la Humanidad*, Bogotá, Temis, 2011 [2004].

— “A Theory of Crimes against Humanity”, en *Yale International Law Journal*, vol. 29, 2004.

MANTILLA VALBUENA, Silvia Cristina, “Hacia una perspectiva “glocal” del conflicto armado en Colombia: dinámicas y actores en los espacios transfronterizos y transnacionales”, en *PAP. POLÍT.*, vol. 14, n.º 2, 2009, pp. 581-607.

NADELMANN, Ethan, “Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society”, en *International Organisation*, vol. 44, 1990, pp. 479-526.

OBOOKATA, Tom, *Trafficking In Human Beings From A Human Rights Perspective: Towards A Holistic Approach*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

OSIEL, Mark J., “Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 22, 2000, pp. 118-147.

PRIETO, Carlos Andrés, *Las bacrim y el crimen organizado en Colombia*, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung Colombia, 2013.

RAMÍREZ, Socorro, “La ambigua regionalización del conflicto colombiano”, en GUTIÉRREZ, Francisco/SÁNCHEZ, Gonzalo, *et al.*, (eds.), *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*, Bogotá, IEPRI/Norma, 2006, pp. 121-166.

RITCH, Joseph E., “They'll make you an Offer You Can't Refuse: A Comparative Analysis of International Organized Crime”, en *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 9, 2002, pp. 569-606.

ROJAS ARAVENA, Francisco, “Violencia en América Latina. Debilidad estatal, inequidad y crimen organizado inhiben el desarrollo humano”, en ROJAS ARAVENA, Francisco/ÁLVAREZ-MARÍN, Andrea (eds.), *América Latina y el Caribe: Globalización y conocimiento. Repensar las ciencias sociales*, Montevideo, UNESCO/FLACSO, 2011.

SCHLOENHARDT, Andreas, “Transnational Organised Crime and International Law. The Palermo Convention”, en *CRIM. L.J.*, vol. 29, 2005.

SMITH, Jennifer, “An International Hit Job: Prosecuting Organized Crime Acts as Crimes Against Humanity”, en *Georgetown Law Journal*, vol. 97, 2009, pp. 1111-1154.

VAN DER WILT, Harmen, “Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes against Humanity: Unravelling the Concepts”, en *Chinese Journal of International Law*, vol. 13, 2014, pp. 297-334.

VANEGAS MOYANO, Mauricio, “De los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, en CASTRO CUENCA, Carlos (coord.), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I*, Bogotá, Universidad del Rosario/Temis, 2011.

WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

WERLE, Gerhard/BURGHARDT, Boris, “Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a “State-like” Organization?”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, 2012, pp. 1151-1170.

WILLIAMS, Phil, “Global Organized Crime: Hearing Before the H. Comm. on International Relations”, en 104th Cong. 28 (statement of Phil Williams, Professor, University of Pittsburgh, International Security Studies), 1996.

YOUNG SOK, Kim, *The international Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute*, 298, Inglaterra, Wisdom House Publication, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita”, en MOCCIA, Sergio (ed.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali, tra efficienza e garanzia*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.