16

MONOGRAFÍAS JURÍDICAS

UNA TEORÍA DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

DAVID LUBAN



editorial
TEMIS S.A.

UNA TEORÍA DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Traducción de:
Ezequiel Malarino y Marisa Vázquez

Título original:
A theory of crimes against humanity
(*Yale Journal of Internacional Law* 85)

MONOGRAFÍAS JURÍDICAS

16

UNA TEORÍA DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

por

DAVID J. LUBAN

Frederick Haas Professor of Law and Philosophy,
Georgetown University Law Center



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© David J. Luban, 2021.
© Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: editorial@editorialtemis.com

ISBN 978-958-35-0804-2
2483 201000065800
ISBN e-book 978-958-35-1339-8

Hecho el depósito que exige la ley.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Explicación preliminar 1

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN: CRÍMENES CONTRA LA CUALIDAD DE SER HUMANO Y CRÍMENES CONTRA EL CONJUNTO DE HUMANIDAD 3

CAPÍTULO II

CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: LOS RASGOS JURÍDICOS DISTINTIVOS 21

CAPÍTULO III

LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y EL ANIMAL POLÍTICO

1. Aspectos de humanidad 63
2. El animal político 68
3. "Insociable sociabilidad" contra diversidad de grupo; crímenes contra la humanidad contra genocidio 75

Capítulo IV

PÁG.

CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD COMO POLÍTICA QUE DEVINO CANCEROSA 83

Capítulo V

LA CRÍTICA DE LA DEMONIZACIÓN DE SCHMITT: UNA RESPUESTA 93

Capítulo VI

CRÍMENES CONTRA TODA LA HUMANIDAD Y EL "LOCUS" DE LA JURISDICCIÓN

1. La debilidad normativa de "leyes de humanidad" 106
2. La teoría del contrato social y la analogía doméstica: Rawls 121
3. El fracaso de la analogía doméstica 127

Capítulo VII

LA JURISDICCIÓN VIGILANTE

1. El interés humano en reprimir los crímenes contra la humanidad 135
2. "Hostis humani generis" 142

Capítulo VIII

JUSTICIA NATURAL Y ECLECTICISMO JURISDICCIONAL 147

CAPÍTULO IX

UN EJEMPLO ILUSTRATIVO:
CONGO CONTRA BÉLGICA

PÁG.

1. La opinión separada del juez Bula-Bula 166
2. Las opiniones referidas a la jurisdicción universal 170
3. La inmunidad y el fin de la política "como siempre" 183

CAPÍTULO X

CONCLUSIÓN: ¿QUÉ IMPORTANCIA TIENE UN NOMBRE? 193

APÉNDICE

ALGUNAS DEFINICIONES ESTATUTARIAS DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y GENOCIDIO 199

EXPLICACIÓN PRELIMINAR

Escribí una versión anterior de este trabajo, que ya es casi irreconocible, para una conferencia sobre crímenes contra la humanidad en la *Western Ontario University* en enero de 2002. Deseo agradecer a quienes participaron en esa conferencia por sus comentarios, y a los organizadores, Charles Jones y Richard Vernon, por la primera invitación a pensar seriamente sobre la materia. También he recibido comentarios útiles a este trabajo de participantes del seminario de investigación de la *Georgetown University*, incluso comentarios escritos de Emma Coleman Jordan y Neal Katyal. Mi asistente de investigación, Mike García, colaboró con una crítica minuciosa de una versión anterior del trabajo, y Kate Kerr proporcionó una ayuda esencial en la preparación del borrador final. Presenté una versión posterior del trabajo en el *Yale Law School's Schell Center*, y recibí valiosos comentarios y sugerencias de muchos participantes, en particular de Paul Kahn. Larry May hizo comentarios útiles acerca de un borrador posterior, y me he beneficiado asimismo de la oportunidad de leer el original de su próximo libro, *Crimes Against Humanity: A Normative Account*. También deseo agradecer a quienes participaron en la sesión del seminario de filosofía de la *University*

of Maryland sobre este trabajo. Finalmente, quiero agradecer a Julie O'Sullivan por el estímulo y las innumerables apreciaciones mientras trabajábamos este material para nuestro curso de derecho penal internacional.

Capítulo I

INTRODUCCIÓN: CRÍMENES CONTRA LA CUALIDAD DE SER HUMANO Y CRÍMENES CONTRA EL CONJUNTO DE HUMANIDAD

No existe documentación acerca de cómo los redactores de la Carta de Núremberg llegaron a elegir el término "crímenes contra la humanidad". El término fue escogido por el juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, Robert H. Jackson, quien fue jefe de los fiscales estadounidenses y de la delegación estadounidense en la Conferencia de Londres que elaboró la Carta. Jackson consultó al gran doctrinario de derecho internacional, Hersch Lauterpacht, pero él y sus colegas decidieron no documentar sus deliberaciones, aparentemente para no generar polémica. En 1915, los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia habían denunciado el genocidio de los armenios turcos como "crímenes contra la civilización y la humanidad" y la misma frase aparece en una propuesta de 1919 para enjuiciar a los autores turcos. Pero en aquel tiempo los Estados Unidos objetaron que las así llamadas "leyes de la humanidad" no tenían un contenido específico y como consecuencia la propuesta de juzgar a los turcos no prosperó. Aparentemente, Jackson no vio ninguna razón para invocar un

precedente que su propio gobierno había objetado antes por razones basadas en la idea de la regla de derecho [*rule of law*] y concluyó que cuanto menos se diga, mejor es[1]. Cherif Bassiouni, quien escribió una crónica sobre esos acontecimientos, consideró, sin embargo, que el término crímenes contra la humanidad era "más apropiado" y, aparte las inquietudes que serán consideradas abajo en cuanto a que el término crea el peligro de demonizar a aquellos que cometen tales crímenes, es difícil discrepar[2]. La frase "crímenes contra la humanidad"

[1] M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, págs. 17-18 (2ª ed., 1999). Véase también Lawrence Douglas, *The Memory of Judgment: Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, págs. 44-46 (2001); Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, págs. 85-86 (2001). Para un mayor tratamiento del origen de la noción jurídica de crímenes contra la humanidad, véase Antonio Cassese, *International Criminal Law*, págs. 67-74 (2003). El término "crímenes contra la humanidad" apareció en algunos códigos penales latinoamericanos en los años veinte, y los Estados que lo emplearon ejercieron jurisdicción universal sobre tales crímenes. *Harvard Research Project on Criminal Jurisdiction*, 29 *Am. J. Int'l L.*, 435, pág. 571 (Supp. 1935) (con citas de los códigos penales de Costa Rica y Venezuela).

[2] Bassiouni, *supra* nota 1, 17, págs. 62-63. La preocupación acerca de la demonización aparece con particular claridad en Carl Schmitt, *The Concept of the Political*, pág. 54 (trad. por George Schwab, 1996) ("Confiscar la palabra humanidad, para invocar y monopolizar semejante término probablemente tenga ciertos efectos incalculables, tales como negar al enemigo la cualidad de ser humano..."). Véase la iluminadora discusión sobre Schmitt en Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise*

ha adquirido enorme resonancia en los imaginarios jurídico y moral de la época posterior a la segunda guerra mundial. Ella sugiere, al menos en dos sentidos distintos, la enormidad de estos delitos. Primero, la frase "crímenes contra la humanidad" sugiere delitos que agravian no solo a las víctimas y sus propias comunidades, sino a todos los seres humanos, sin importar su comunidad. Segundo, la frase sugiere que estos delitos calan hondo, lesionando el núcleo de humanidad que todos compartimos y que nos distingue de otros seres de la naturaleza[3].

Este doble significado da fuerza a la frase, pero también ambigüedad; una ambigüedad que podemos encontrar en el doble significado de la palabra "humanidad". "Humanidad" significa la cualidad de ser humano [*humanness*] y la suma de todos los seres humanos [*humankind*][4]. Tomado en el primer sentido, "crímenes contra

and Fall of International Law 1870-1960, págs. 415-436 (2001). Discuto el argumento de SCHMITT *infra* en el capítulo V.

[3] En este y otros puntos mi argumentación coincide con RICHARD VERNON, *What is a Crime Against Humanity?*, 10 *J. Pol. Phil.*, 231, págs. 242-245 (2002). VERNON observa la distinción que aquí se presenta. *Id.*, págs. 238-240. Señalaré otros puntos de coincidencia (así como de desacuerdo) cuando surjan.

[4] Esta ambigüedad es observada asimismo por CASSESE, *supra* nota 1, pág. 67. La palabra tiene también un tercer significado principal, a saber: compasión —no cualidad de ser humano [*humanness*] sino conmiseración [*humaneness*]— y ese sentido a veces aparece en las discusiones sobre los crímenes contra la humanidad cuando nos centramos en los aspectos despiadados, crueles, de sangre fría de los crímenes. Propongo dejar a un lado

la humanidad" sugiere que el rasgo definitorio de estos delitos es el valor que ellos lesionan, a saber la cualidad de ser humano. El derecho distingue tradicionalmente entre delitos contra las personas, delitos contra la propiedad, delitos contra el orden público, delitos contra la moral y otras distinciones semejantes. Aquí, la idea es suplementar la taxonomía tradicional de bienes jurídicamente protegidos —propiedad, personas, orden público, moral—, añadiendo que tales delitos son crímenes contra la cualidad de ser humano como tal.

La terminología elegida por los redactores de la Carta de Núremberg sugiere que ellos pensaban en crímenes contra la humanidad en este sentido. En el artículo 6, que enumera los crímenes que caen bajo la competencia del Tribunal, encontramos la categoría tradicional de crímenes de guerra[5] suplementada con dos nuevas categorías: crímenes contra la paz[6] y crímenes contra la humanidad[7]. La formulación paralela sugiere que los crímenes contra la humanidad lesionan la humanidad de

---

este significado, sin embargo, porque la ausencia de compasión, de conmiseración, difícilmente distinga a los crímenes contra la humanidad de muchos otros crímenes.

[5] *Charter of the International Military Tribunal*, Aug. 8, 1945, art. 6(b), 59 Stat. 1544, 1547, 82 U.N.T.S. 279, 288 (1945) (en adelante *Carta de Núremberg*), reimpresa en 1 *Int'l Military Tribunal*, Nürnberg, *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, Nürnberg, 14 November 1945-1 October 1946, 10 (1947).

[6] *Id.*, art. 6(a), 59 Stat., 1547, 82 U.N.T.S., 288.

[7] *Id.*, art. 6(c), 59 Stat., 1547, 82 U.N.T.S., 288.

la misma manera que los crímenes contra la paz lesionan la paz. Si este paralelismo resiste, entonces "humanidad" denota el bien que los crímenes violan, tal como "paz" denota el bien que lesionan las guerras de agresión y las guerras en violación de tratados.

Un argumento de HANNAH ARENDT ilustra de qué manera este sentido de la frase "crímenes contra la humanidad" figura en el argumento jurídico y moral. En el epílogo de *Eichmann in Jerusalem*, ARENDT describe el holocausto como un "nuevo crimen contra la humanidad en el sentido de un crimen «contra el estatus humano» o contra la misma naturaleza de humanidad"[8]. Ella adopta la frase "crímenes contra el estatus humano" del procurador francés en Núremberg, FRANÇOIS DE MENTHON, y la explica así: "[Genocidio] es un ataque a la diversidad humana como tal, esto es, a la característica del «estatus humano» sin la cual la misma palabra «humanidad» [*mankind*; *humanity*] carecería de significado"[9]. Atacar la diversidad es, en otras palabras, atacar la cualidad de ser humano. Éste es un argumento intrigante e importante, sobre el cual volveré más adelante. Por el momento, deseo solamente poner de relieve que la frase de MENTHON y la explicación de ARENDT adoptan una lectura de los "crímenes contra la humanidad" como "crímenes contra la cualidad de ser humano". Para MENTHON, el crimen es un ataque contra aquello que nos hace humanos. "Humanidad" refiere a la cualidad de ser

[8] HANNAH ARENDT, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, pág. 268 (ed. rev. 1965).

[9] *Id.*, 257, págs. 268-269.

humano, esto es, a una propiedad abstracta, no a la raza humana o a un conjunto de individuos humanos.

Tomado en el último sentido, "humanidad" refiere al conjunto de seres humanos; a la *humankind*, no a la *humanness*. Según esta interpretación, "crímenes contra la humanidad" sugiere que el rasgo definitorio de estos delitos es la parte interesada. En derecho, se considera que algunas infracciones [*wrongs*] —principalmente infracciones civiles, como los ilícitos civiles [*torts*]— afectan solo a las víctimas y sus familiares. Otras infracciones, causadas igualmente a víctimas determinadas, lesionan también normas importantes de la comunidad y la comunidad buscará vindicar aquellas normas con independencia de la víctima. Estas infracciones son delitos, no ilícitos civiles u otras infracciones civiles, y la comunidad, no solo las víctimas, tiene un claro interés en el castigo. Si, por ejemplo, Usted me pega un puñetazo en la nariz, yo lo demandaré por daños y el caso civil será denominado como las partes en conflicto: Yo contra Usted. Pero, además, Usted puede ser perseguido por lesiones, y el caso criminal será titulado: Estado contra Usted; Comunidad contra Usted, o Reino contra Usted. El nombre del primer caso refleja que Usted me ha agredido y que yo estoy buscando una recom-pensa; los nombres del último caso connotan que, al agredirme, Usted ha cometido un delito contra la comunidad. En el primero, las partes en disputa somos nosotros, Usted y yo. En el último, las partes en conflicto son Usted y el Estado, la comunidad o el Reino. Yo puedo decidir retirar mi demanda civil contra Usted, quizás porque hemos solucionado nuestra controversia fuera de la

corte. Pero esto no importará al Estado, que sigue siendo libre de continuar el proceso por lesiones a pesar de nuestro acuerdo, porque el interés estatal en castigar el hecho difiere fundamentalmente de nuestro propio interés. Visto de este modo, el término "crímenes contra la humanidad" significa que toda la humanidad es parte interesada y que el interés de la humanidad puede diferir del interés de las víctimas.

También *Eichmann in Jerusalem* ilustra este sentido del término. ARENDT cita la observación de TELFORD TAYLOR de que "un crimen no es cometido solo contra la víctima, sino primariamente contra la comunidad cuyo derecho es violado"[10], un hecho que, observa, distingue a los delitos de los ilícitos civiles. Ella argumenta:

"[L]a exterminación física del pueblo judío fue un crimen contra la humanidad, cometido en el cuerpo de la población judía [...] En la medida en que las víctimas eran judías, era justo y apropiado que un tribunal judío deba juzgar; pero, en la medida en que el crimen era un crimen contra la humanidad, era necesario que un tribunal internacional lo juzgue"[11].

Nótese que ARENDT extrae una conclusión en cuanto a la competencia de la distinción de crímenes contra los judíos y crímenes contra la humanidad cometidos contra los judíos. La cuestión de quién es competente para juzgar crímenes internacionales es importante y

[10] ARENDT, *supra* nota 8, pág. 261 (con cita de TELFORD TAYLOR, *Large Questions in Eichmann Case*, *N.Y. Times*, Jan. 22, 1961, § 6, 22).

[11] *Id*., pág. 269.

actualmente tema de un vigoroso debate; retornaré a esta cuestión más adelante, donde pondré en tela de juicio el argumento de ARENDT. Aquí, sin embargo, cito el argumento de ARENDT solo para poner de manifiesto que en él la palabra "humanidad" hace referencia al conjunto de seres humanos, no a la cualidad de ser humano[12].

[12] Debido a que el tratamiento de ARENDT del caso *Eichmann* aparecerá de manera prominente en la argumentación de este trabajo, algunos antecedentes pueden resultar útiles para los lectores que desconocen el libro de ARENDT o el caso. Adolph Eichmann era un teniente coronel en el *Schutzstaffel* (S.S.) cuyo trabajo consistía en organizar el agrupamiento de judíos europeos y su deportación a los campos de exterminio en el Este. A pesar de que no fue en modo alguno uno de los instigadores de la solución final, Eichmann fue el nazi de más alto rango cuyas tareas consistieron completamente en el aniquilamiento de judíos. Después de la guerra, Eichmann escapó a Argentina, donde vivió de incógnito hasta que agentes israelíes lo localizaron y secuestraron en 1960. Fue conducido a Jerusalén y juzgado por crímenes contra la humanidad y "crímenes contra al pueblo judío", condenado, y ahorcado. Para relatos importantes del juicio a Eichmann (además del de ARENDT), véase DOUGLAS, *supra* nota 1, págs. 97-182, y TOM SEGEV, *The Seventh Million: The Israelis and the Holocaust*, págs. 323-384 (traducido por Haim Watzman, 1993). HANNAH ARENDT fue comisionada por la revista *The New Yorker* para cubrir el juicio a Eichmann, y sus artículos culminaron en el libro *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*. Resultó ser uno de los libros más controversiales de su tiempo, que provocó una "hoguera de insulto, acusación, denuncia, y odio puro" dirigida contra ARENDT que ardió furiosamente por tres años y que desde entonces se ha apaciguado sin extinguirse. DAVID LASKIN, *Partisans: Marriage, Politics, and Betrayal Among the New York Intellectuals*, pág. 238 (2000). ARENDT criticó al gobierno israelí y a la fiscalía por intentar politizar el

Otra ilustración de este sentido de "humanidad" aparece en la explicación de MARY ANN GLENDON de la dis-

juicio, que ella creía que debía consistir únicamente en una búsqueda de justicia imparcial. Además, los críticos denunciaron que ARENDT apañaba a Eichmann gracias a su idea de la "banalidad del mal", por medio de la cual quería decir que Eichmann no estaba motivado por antisemitismo, psicopatología, sadismo o el deseo de hacer algo monstruoso; en cambio, él se consideraba a sí mismo nada más que un empleado responsable que hacía concienzudamente un trabajo normal. Para peor, ella combinaba esta idea con algunas páginas incendiarias que criticaban a la dirigencia judía en la Europa ocupada por colaborar en el agrupamiento de judíos. "La controversia", como llegó a ser conocido el debate encarnizado acerca de la obra de ARENDT, puso fin a amistades muy antiguas. Para un relato amplio de "la controversia", véase ELIZABETH YOUNG-BRUEHL, *Hannah Arendt: For Love of the World*, págs. 328-378 (1982). "La controversia" se reavivó, brevemente, a mediados de los años noventa con la revelación de la aventura amorosa juvenil de ARENDT con su profesor, MARTIN HEIDEGGER, quien luego se convirtió en nazi, y con quien se reconcilió y reanudó su amistad en 1950. Véase, en general, ELZBIETA ETTINGER, *Hannah Arendt-Martin Heidegger* (1995). A los críticos de ARENDT la conexión con HEIDEGGER les parecía una prueba adicional escandalosa de su arrogancia y de su juicio distorsionado, ambos ampliamente probados por su renuencia a considerar a los enemigos del pueblo judío como sus propios enemigos. En mi opinión, los críticos están casi completamente equivocados. Véase DAVID LUBAN, *When Hannah Met Martin* (1997) (trabajo inédito, en los registros de *The Yale Journal of International Law*); DAVID LUBAN, *What the Banality of Evil Is Not* (1997) (trabajo inédito, en los registros de *The Yale Journal of International Law*). Además de las polémicas, el interés académico por *Eichmann in Jerusalem* ha permanecido vivo. Véase, por ejemplo, DOUGLAS, *supra* nota 1, págs. 110-113, 173-182; RICHARD J. BERNSTEIN, *Hannah Arendt*