

## Investigación

Glosa del crimen de lesa humanidad de exterminio<sup>1</sup>*Gloss on the Crime against Humanity of Extermination*Diego Fernando Tarapués Sandino<sup>2</sup>

Recepción: 29/06/2023 • Aprobación: 13/08/2023 • Publicación: 05/12/2023

Para citar este artículo

Tarapués Sandino, D. (2023). Glosa del crimen de lesa humanidad de exterminio. *Dos mil tres mil*, 25, 1-17. <https://doi.org/10.35707/dostresmil/25390>



<sup>1</sup> Agradezco a mi colega Mónica Cristina Puentes Celis sus observaciones y apuntes a un documento preliminar en el que surgió el interés de realizar este artículo.

<sup>2</sup> Investigador Asociado de Minciencias, adscripto al grupo de investigación en Ciencia Política, Derecho y Relaciones Internacionales (GICPODERI). Profesor Titular escalafonado de la Universidad Santiago de Cali, Cali, Colombia. Investigador del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL), Alemania. ORCID: 0000-0003-0048-655X. Correo electrónico: [diego.tarpués00@usc.edu.co](mailto:diego.tarpués00@usc.edu.co)

## Resumen

Desde el surgimiento del derecho penal internacional, los estatutos que han dado vida a los diferentes tribunales internacionales, encargados de determinar responsabilidades individuales por las violaciones más graves a los derechos humanos, han incluido en los crímenes de su competencia al crimen de exterminio. Este crimen de lesa humanidad parte, como todos los de su misma naturaleza, como un ataque bien sea generalizado o sistemático contra población civil y con consciencia de ello. Sin embargo, se diferencia del resto de modalidades de esta tipología de crímenes, porque radica en la muerte de una o varias personas, de manera directa o indirecta, en el marco de una matanza dirigida a destruir parcialmente a una población civil.

## Palabras claves

Exterminio, crímenes de lesa humanidad, derecho penal internacional, derecho internacional humanitario.

## Abstract

*Since the origin of International Criminal Law, the statutes created by the different international criminal courts to determine individual responsibilities for the most serious violations of human rights have included the crime of extermination in the crimes within their jurisdiction. This crime against humanity implies a widespread or systematic attack against any civilian population, with knowledge of the attack, but it differs from the rest of the acts of this type of crime, because it involves the death of one or more people, directly or indirectly, in the context of a massacre aimed the destruction of part of a civilian population.*

## Keywords

*Extermination, Crimes against Humanity, International Criminal Law, International Humanitarian Law*

## 1. Introducción

Según cifras de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV), por causa del conflicto armado<sup>3</sup>, en Colombia han muerto 450 664 personas entre 1985 a 2018<sup>4</sup>. De estas personas cerca del 80 % eran civiles y apenas el 20 % fueron combatientes. Esto implica que de “cada diez personas muertas de manera violenta en el conflicto armado, ocho eran civiles” (CEV, 2022). Dentro del amplio universo de civiles asesinados, se resalta que 4616 lo fueron por haber hecho parte de organizaciones políticas de cierta tendencia ideológica como el Partido Unión Patriótica o el Partido Comunista Colombiano, entre otros (JEP, 2019).

En general, en las dinámicas del conflicto armado colombiano se ha documentado y procesado judicialmente esta cifra elevada de homicidios en contra de la población civil como casos aislados; otros, como producto de masacres llevadas a cabo en un mismo hecho o atendiendo a asesinatos selectivos y sistemáticos de personas representativas para ciertas poblaciones como organizaciones campesinas, afrocolombianas e indígenas. En ese contexto, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) ha resaltado en su *Reporte Intermedio de 2012*, dedicado exclusivamente a la situación en Colombia, que:

Gran parte de las personas asesinadas por grupos armados pertenecen a comunidades indígenas y afrocolombianas y son principalmente sus líderes. Presuntamente miembros de dichas comunidades fueron asesinados con el fin de intimidar a la población y provocar el desplazamiento de personas, familias o grupos, y así ganar control de su territorio, o bien por haberse opuesto a la presencia de grupos armados en sus territorios o por haber permitido la presencia de otros grupos armados. Las comunidades Coreguaje, Wiwa, Awá, Kankuamo y Embera-Katío presuntamente sufrieron un alto porcentaje de asesinatos. De la misma manera, los grupos armados seleccionaron a activistas y líderes de las comunidades percibidos como un desafío a su autoridad. (Fiscalía de la CPI, 2012, p. 18)

Además de los asesinatos ejecutados directamente contra integrantes de poblaciones asentadas en diversos municipios de la amplia y diversa geografía colombiana, algunas comunidades también han sido sometidas a diferentes hechos que pueden llegar a ser tomados como actos de imposición de condiciones de existencia, ya que han podido causar muertes indirectas y han estado dirigidas a destruir parte de estas poblaciones. Por estas razones, han muerto miembros de la población civil por medio de confinamientos armados, así como por siembra de minas antipersonales. Esto ha cercado su contacto ancestral y natural con la naturaleza

<sup>3</sup> La expresión genérica ‘conflicto armado’ debe entenderse en este texto como la convergencia de diferentes conflictos armados de carácter no internacional regulados por las normas y costumbres del derecho internacional humanitario que se han desatado entre diferentes grupos irregulares entre sí o contra las fuerzas regulares del Estado colombiano.

<sup>4</sup> De estos hechos, se atribuye el 45 % a grupos paramilitares (205028 víctimas), el 21 % a las FARC-EP (96952 víctimas), el 12 % a agentes estatales (56094 víctimas), el 4 % al ELN (17725 víctimas) y el 2 % a otras guerrillas (8496 víctimas).

y demás medios de subsistencia, incluyendo el acceso a alimentos y medicinas. Esto producto del veto armado a espacios controlados y minados estratégicamente por los grupos armados en las zonas históricamente habitadas por estas poblaciones.

En efecto, estos hechos habían sido documentados como asesinatos selectivos, masacres o como hechos generales de victimización a determinadas comunidades, en tanto el sistema de justicia penal nacional los venía procesando como homicidios que, a lo sumo, por la concurrencia de circunstancias especiales enmarcadas en el contexto del conflicto armado, habían sido atribuidos bajo el tipo penal de homicidio en persona protegida. Sin embargo, con la entrada en funcionamiento del Acuerdo Final de Paz y, propiamente de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), la ampliación de fuentes normativas para calificar jurídicamente este tipo de conductas ha permitido que, paulatinamente, se reflexione sobre la gravedad y la representatividad de aquellos hechos que trascienden más allá de la lógica plana, prevista para tipos penales como el homicidio simple y agravado.

La labor de investigar, juzgar y sancionar crímenes de esta naturaleza, bajo el modelo previsto para la JEP, ha generado una simbiosis entre el derecho interno e internacional en aras de luchar decididamente contra la impunidad asociada a fenómenos de macrovictimización. Este último es el propósito de la estructuración del sistema de justicia penal internacional, que se edifica en tres niveles: conocimiento prioritario del Estado territorial o del procesado (primer nivel), competencia complementaria de la CPI (segundo nivel), conocimiento de un tercer Estado en virtud del principio de jurisdicción universal (tercer nivel) (Ambos, 2018, pp. 97 y ss.). En este ámbito resulta imperioso calificar los hechos y conductas a la luz de preceptos jurídicos adecuados que den cuenta de su gravedad y sistematicidad. Por esa razón, la profundización en crímenes nucleares del derecho penal internacional como el exterminio resultan oportunas y pertinentes, con la finalidad de reevaluar el alcance real de estos hechos victimizantes asociados al conflicto armado.

## 2. Generalidades sobre la evolución normativa del crimen de exterminio

Aunque este crimen suene como categoría jurídica novedosa, y en parte su aplicación en el contexto nacional lo es, lo cierto es que en los estatutos normativos del derecho penal internacional y en la jurisprudencia que han proferido los diversos tribunales *ad hoc*, desde hace décadas, se han cimentado las bases que definen el alcance jurídico del crimen de exterminio. En efecto, su origen histórico data de los instrumentos normativos que crearon los primeros tribunales internacionales *ad hoc* y *ex post facto* tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial.

Propiamente, el literal c) del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 1945 previó como una modalidad de crimen de lesa humanidad la ‘exterminio

nación' cometida "contra población civil antes de la guerra o durante la misma"; en simultáneo, la conocida Ley 10 del Consejo de Control Aliado, también de 1945, en su literal c) del artículo II, señaló como crimen de este tipo aquellas "atrocidades y delitos que comprendan... el exterminio... cometidos contra cualquier población civil... violen o no estos actos las leyes nacionales de los países donde se perpetran". Al año siguiente, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, en el literal c) de su artículo 5, replicó la 'exterminación' perpetrada "contra población civil antes de la guerra o durante la misma" como crimen de lesa humanidad, objeto de competencia de dicha corte creada para procesar a los criminales de guerra japoneses.

Vale resaltar que, durante esta época y ante la ausencia de tipificación del crimen de genocidio, esta práctica atroz, llevada a cabo por el régimen nacionalsocialista, en contra de "los judíos europeos no fue considerado explícitamente como tal en Núremberg, sino como crimen de guerra y como crimen contra la humanidad, en particular como exterminio y persecución" (Werle y Burghardt, 2013, p. 254). En ese sentido, desde una perspectiva normativa asociada con estos primeros estatutos penales internacionales, se ha sostenido que en "el caso del exterminio, indirectamente se refería al genocidio judío, aun cuando las prácticas no sólo afectaron a este grupo humano" (Rodríguez, 2007, p. 66).

En la nueva generación de tribunales *ad hoc*, en la década de los noventa, también se incluyó al exterminio como crimen internacional de lesa humanidad, siguiendo la tradición fijada por sus antecesores. De esta forma, el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en su artículo 5, literal b), estableció que dicho organismo internacional de carácter judicial estaba "habilitado para 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: ... Exterminación". En tanto, el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda sostuvo en el artículo 3, literal b), que dicha corte tenía:

Competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando 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: ... Exterminio.

Este crimen internacional ha estado históricamente asociado con la muerte de población civil, diferenciándose del simple asesinato, porque se lleva a cabo a gran escala, es decir, "requiere un elemento de destrucción masiva" y a la vez se distingue actualmente del genocidio, ya que "no es necesario que sean atacados grupos específicos, sino simplemente una población civil" (Werle, 2011, p. 489). Aunque en los primeros tribunales *ad hoc* el exterminio subsumió jurídicamente lo que en el plano fáctico configuró un genocidio, los estatutos de los tribunales *ad hoc* creados en los noventa incluyeron el crimen de genocidio (artículo 4 del Estatuto del

Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y artículo 2 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda), y con ello se gestaron las bases para distinguir a este crimen del de exterminio. En efecto, sobre la distinción esencial del exterminio respecto al genocidio, se sostiene que en lo atinente “al elemento de grupo, el exterminio se asemeja al delito de genocidio, pero los individuos que forman el grupo no tienen por qué compartir ninguna característica común, como la misma religión o nacionalidad, como sí sucede en el caso del genocidio” (Ambos, 2014, p. 84).

Con estos antecedentes normativos, originados en las codificaciones que dieron vida a los cuatro tribunales *ad hoc*, se arribó a la conferencia de Roma en la que se aprobó la suscripción del Estatuto de la CPI. Este instrumento normativo incluyó al exterminio como una modalidad vigente del crimen de lesa humanidad.

### 3. El exterminio en el Estatuto de Roma

El Estatuto de Roma que creó la CPI, y regula el alcance jurídico de los crímenes nucleares del DPI (instrumento internacional incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 742 de 2002), define los crímenes de lesa humanidad en el numeral 1.º del artículo 7 en los siguientes términos:

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

Como se extrae de esta disposición, el exterminio, luego de la enunciación taxativa y previa del asesinato, pasa a ser la segunda modalidad o acto que puede llegar a ser considerado como un crimen de tal trascendencia por atentar contra la esencia de la especie humana. Valga resaltar que:

Solo alcanzan esta definición las peores atrocidades que un ser humano puede infligir a un compañero de especie, no siendo posible concretar, más allá de esta idea rectora, el umbral de gravedad

que se exige de una conducta para que pueda ser considerada como un crimen contra la humanidad. (Díaz, 2012, p. 144)

Además, en el literal b) del numeral 2.º de este mismo artículo se precisan los alcances jurídicos del término ‘exterminio’, en el cual se advierte que este acto “comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población”. Ahora bien, en relación con la descripción de las características de este crimen, de conformidad con lo señalado en los Elementos de los Crímenes (instrumento igualmente incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 1268 de 2008), se tiene que el exterminio está compuesto por los siguientes puntos:

1. Que el autor haya dado muerte, a una o más personas, incluso mediante la imposición de condiciones de existencia destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población.
2. Que la conducta haya consistido en una matanza de miembros de una población civil o haya tenido lugar como parte de esa matanza.
3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

A partir del contenido normativo que traen estos dos instrumentos internacionales, ratificados por el Estado colombiano, y que en virtud del artículo 93 de la Constitución hacen parte del denominado bloque de constitucionalidad (aspecto de suma importancia si se revisa de cara a lo previsto en el artículo 2.º del Código Penal), es posible sostener que en el ordenamiento jurídico aplicable en nuestra nación se cuenta con la descripción típica que define de manera *certa, scripta, stricta y praevia* el alcance jurídico de cualquier práctica de exterminio que se adelante de manera general o sistemática, de conformidad con los presupuestos establecidos en los artículos 6 y 10 del Código Penal. Claro está, lo anterior solo en el ámbito de aplicación de la justicia transicional que ejerce la JEP, gracias al mandato constitucional definido en el artículo transitorio 5.º del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017 que en su inciso 7.º establece:

La JEP al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho

Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad.

A partir de esta disposición, se cuenta con un fundamento normativo de orden constitucional que permite no solo adecuar los hechos y las conductas de competencia de la JEP, atendiendo a los tipos penales previstos en el ordenamiento penal nacional, sino además calificarlos a través de crímenes internacionales de acuerdo con los instrumentos jurídicos ratificados por el Estado colombiano.

### **3.1. Análisis de sus elementos contextuales como crimen de lesa humanidad**

En los crímenes internacionales concurren siempre determinados elementos contextuales que permiten diferenciarlos no de los delitos nacionales, sino del alcance que comprende cada uno de estos crímenes en la normativa y jurisprudencia internacionales. Estos elementos contextuales siempre se describen en la parte final de los elementos de cada crimen. Así, por ejemplo, los puntos 3 y 4 del Artículo 7 1) b) describen estos elementos generales y transversales a todo crimen de lesa humanidad.

En el caso concreto de los crímenes de lesa humanidad se exige que, sin importar el acto específico en que se concreta este tipo de crimen, siempre debe cometerse como parte de un ataque dirigido contra la población civil, el cual debe adquirir la connotación de generalizado o sistemático. El mismo artículo del Estatuto en su literal a) del numeral 2.º precisa qué debe entenderse por ataque contra una población civil, haciendo claridad en que “se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”.

Como el Estatuto no define propiamente el término ‘población civil’, por esta razón se debe acudir al DIH para comprender los alcances jurídicos de este concepto, atendiendo a las especificidades que, en particular, ofrece el IV Convenio de Ginebra de 1949, así como el Protocolo II adicional a los Convenios, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977. En ese orden, esta categoría hace referencia a las personas protegidas por el Derecho de Ginebra, por ser individuos que no participan de manera directa en hostilidad alguna. Sin embargo, hay que precisar, como lo ha hecho la misma Corte Constitucional, que los crímenes de lesa humanidad pueden ocurrir tanto en tiempos de paz, como de guerra internacional o de conflicto armado interno (Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002, punto 3.1.2.). En todo caso, no se debe perder de vista que aquellos “crímenes contra la humanidad son cometidos contra víctimas por su pertenencia a una población más que por sus características personales” (Luban, 2011, p. 48).

En relación con el carácter sistemático o generalizado que debe revestir contextualmente el ataque a la población civil, se debe advertir que, en principio, no son factores acumulativos, sino alternativos y que doctrinalmente han sido diferenciados. En ese sentido, lo sistemático obedece a rasgos cualitativos producto de la “encomienda o en apoyo de un Estado o una organización”, mientras que lo generalizado es considerable más a partir de criterios cuantitativos, ya que implica la “comisión repetida de las acciones” (Ambos, 2000 y 2014, pp. 59 y ss.). Sin embargo, de forma crítica, Kai Ambos señala que si bien el numeral 1.º del artículo 7 del Estatuto de Roma posibilita de forma alternativa lo sistemático o lo generalizado, a partir de la descripción contenida en el numeral 2.º del mismo artículo se introduce la expresión ‘comisión múltiple de actos’ que vuelve cumulativo lo sistemático con lo generalizado (Ambos, 2000).

Por último, hay que resaltar que la parte final del inciso 1.º del artículo 7 del Estatuto de Roma enfatiza en que para adquirir la connotación de crimen de lesa humanidad se debe haber perpetrado con ‘conocimiento de dicho ataque’. A partir de ahí se define el último elemento transversal de todo crimen de lesa humanidad que debe analizarse desde el plano interno o subjetivo (*mens rea*) y que implica que “el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”.

La exigencia de estos elementos en la definición de todo crimen de lesa humanidad permite vincular

“las conductas ilícitas subyacentes (asesinato, exterminio, esclavitud, etcétera) con el contexto del crimen (sistemático o generalizado), ello a fin evitar que la simple comisión aislada de un delito de carácter doméstico (un asesinato, por ejemplo) pueda ser considerado un crimen contra la humanidad”. (Servín, 2014, p. 243)

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha tomado que el primero de estos elementos es “de índole material y se refiere a que la conducta subyacente sea cometida ‘como parte’ del ataque generalizado o sistemático”, mientras que el segundo es “de naturaleza mental” e implica que “el responsable de la conducta subyacente debió haber ‘sabido’ que su conducta se insertaba en un ilícito más amplio” (Servín, 2014, p. 243).

#### 4. Análisis de los elementos propios del crimen de exterminio

Este crimen solo cuenta con dos elementos propios que le distinguen del resto de crímenes de lesa humanidad (puntos 1 y 2). En primer lugar, se exige que se haya causado la muerte bien sea de una o de varias personas. Sobre este primer aspecto, causar la muerte de otras personas, en los elementos de los crímenes se detalla, en nota al pie, que “la conducta podría consistir en diferentes formas de matar, ya sea directa o indirectamente”. Por muerte directa, se comprende

el homicidio como conducta dirigida intencionalmente a privar de la vida a otra persona. Mientras que la muerte indirecta ha sido comprendida por la jurisprudencia internacional “como la imposición de condiciones de vida con capacidad para producir la extinción de una parte de la población” (Werle, 2011, p. 490); es decir, la generación de circunstancias que inevitablemente conlleven a la muerte de parte o en conjunto de la población civil a la que va dirigida el acto de exterminio. Así lo ha previsto el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en varias decisiones como en la Sentencia de 13 de diciembre de 2004 (Ntakirutimana y Ntakirutimana, AC, para. 522), en la Sentencia de 21 de mayo de 1999 (Kayishema y Ruzindana, TC, para. 144) y en la Sentencia de 13 de abril de 2006 (Bisengimana, TC, para. 72).

Dentro de los elementos de los crímenes se precisó este punto a través de una nota aclaratoria. Se indica que la “imposición de esas condiciones podría incluir la privación del acceso a alimentos y medicinas” (Ambos, 2014, p. 84). Esto en la doctrina se ejemplifica como una modalidad de exterminación indirecta. Se resalta que, en todo caso, así sea una modalidad indirecta de exterminar, debe ser un comportamiento deliberado, tal como lo resalta el primer elemento de este crimen. En ese sentido, la doctrina al referirse sobre la causación indirecta de este tipo de conductas ha señalado que “encerrar a un amplio grupo de personas privándoles de sus necesidades básicas o infectar a un grupo tal con un virus que ponga en peligro la vida, privando a sus miembros del tratamiento médico correspondiente, conduce a la realización del mismo” (Werle, 2011, p. 490).

Por otra parte, se advierte que las muertes, sea una o varias, como ya se indicó, deben hacer parte de una matanza masiva. Por esa razón, en los elementos del crimen se hace hincapié en que la expresión “*como parte de*” del segundo elemento comprende la realización de la conducta en el marco de una matanza. Es decir, se puede procesar a la persona por exterminio atendiendo a su responsabilidad en un solo homicidio probado, siempre que este haga parte de la matanza también comprobada; con ello se reitera la posibilidad de judicializar, por el hecho colectivo, la realización comprobada de un hecho individual que sin duda hace parte del crimen general o sistemático. Se debe precisar que el asesinato de una persona para ser calificado como exterminio, además de que debe haberse perpetrado en el contexto de una matanza, es indispensable que el autor conociera de dicho contexto en el cual se ejecuta el asesinato. Al respecto, Kai Ambos hace énfasis en que un “único asesinato puede equivaler a exterminio si se produce en el contexto más amplio de una matanza masiva y si el autor actuó con conocimiento de este contexto” (2014, p. 85).

Justamente es el factor cuantitativo el que expresa la cantidad de muertes que son tomadas como matanza, a la luz de la determinación del hecho colectivo. Esto da rasgos propios al crimen de exterminio como una modalidad autónoma de crimen contra la humanidad. Sin embargo, y pese a la literalidad actual de uno de los elementos de este crimen, tras su definición en el Estatuto de Roma, esto es, que “el autor haya dado muerte, a una o más personas”, tradicional-

mente la jurisprudencia ha tenido ciertos matices frente a la escala o magnitud de muertes que deben haberse ocasionado. En este orden de ideas, Gerhard Werle, al revisar la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, sostiene:

En todo caso, según la jurisprudencia temprana del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, no quedarían excluidos los supuestos en los que un autor individual causa sólo la muerte de pocas personas o incluso de una sola; se consideraba decisivo que la muerte se enmarque dentro de una matanza masiva. (...) El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha ofrecido un punto de vista diferente. En el caso *Krstić* exigió que el autor debía causar la muerte de una parte de la población ‘que por su número sea considerable.’ (...) considera que son más exigentes los elementos del crimen de exterminio conforme al derecho internacional consuetudinario y defiende la tesis de que, para ser condenado, un mismo sujeto debe ser responsable, directa o indirectamente, de la muerte de un gran número de personas. La jurisprudencia actual del Tribunal Penal Internacional para Ruanda concuerda en este punto. Ambos Tribunales ponen de manifiesto, sin embargo, que no se exige un número mínimo de homicidios para que se cumpla el tipo; debe ser determinado caso por caso cuando nos encontramos ante una actuación masiva. En el caso *Krajišnik* el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia consideró que ésta existió en el asesinato de 17 musulmanes y croatas detenidos por soldados serbios. (Werle, 2011, pp. 491-492)

Pese a estas diferencias que ha experimentado la jurisprudencia penal internacional frente a la determinación cuantitativa de la matanza, el asesinato masivo dirigido a un grupo de personas es la base esencial que identifica al crimen de lesa humanidad de exterminio. Sobre este punto en particular es posible concluir que aquel crimen “consiste esencialmente en la creación de condiciones de vida mortíferas que equivalen a asesinatos generalizados (‘en masa’), dirigidos contra grupos de personas” (Ambos, 2014, p. 84).

Respecto al elemento subjetivo, se debe enfatizar que el crimen de exterminio exige una comisión dolosa que se ve reforzada por la descripción contenida en el literal b) del numeral 2.º del artículo 7 del Estatuto de Roma. En él se emplea, con gran connotación, el adjetivo ‘intencional’. A partir de esta expresión, la doctrina ha esclarecido que el perpetrador “debe ser consciente de que su comportamiento forma parte de una matanza masiva” y su “actuación debe ir además encaminada («*calculated*») a causar la destrucción de parte de una población” (Werle, 2011, p. 492).

Una inquietud que surge en el marco de comprensión de este crimen se centra en si lo que se busca penalizar son las muertes ocurridas en virtud de la imposición de esas condiciones de existencia o si se castigan las condiciones en sí. Al respecto, se debe resaltar que en el literal b) del numeral 1.º del artículo 7 del Estatuto de Roma se precisan los alcances jurídicos del término ‘exterminio’. En este sentido, frente a esas condiciones específicas, existirá responsabilidad en aquellos casos en los que las definiciones del crimen, de manera expresa, conminan con pena

la omisión de determinadas acciones. En estos supuestos, la conducta punible consiste en la inactividad del autor que da lugar al resultado muerte.

Según la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia<sup>5</sup>, los crímenes cuya realización se circunscribe, en principio, a comportamientos activos, también pueden ser cometidos por omisión. Tal sucede con aquellos eventos en los que el autor priva a los civiles de los medios alimenticios necesarios para subsistir con el objetivo de causar la destrucción de parte de una población. Se considera que la comisión a título de autoría, inducción y colaboración son también posibles a través de la modalidad de omisión. No obstante, se exige, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, que exista una obligación de actuar (*duty to act*). De esta forma lo ha planteado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en sentencias como la del 29 de julio de 2004 (Blaškić, AC, para. 663), la del 30 de noviembre de 2006, (Galić, AC, para. 175) y la del 3 de abril de 2007 (Brđanin, AC, para. 249 y ss.).

En suma, resulta claro que las alternativas típicas del crimen de exterminio comprenden tanto perpetrar la muerte directamente como también causarla de manera indirecta<sup>6</sup>. Este último escenario tiene que ver especialmente con la imposición de aquellas condiciones o circunstancias de vida que tienen la capacidad de producir la extinción de una población parcial o conjuntamente. Se trata, entonces, de la forma a partir de la cual se produce el resultado muerte, bien sea a través de una acción directa o, por medio de la exigencia de ciertas condiciones de vida que de manera indirecta produzcan también una matanza o, dicho de otro modo, de los métodos de destrucción por los que el perpetrador no mata inmediatamente a los miembros de un grupo, pero que, a la larga, busca su destrucción física. Así las cosas, se penalizan las muertes ocurridas a través de la modalidad de exterminio por vía indirecta, cuando, de acuerdo con el literal b), del numeral 2.º del artículo 7 del Estatuto de Roma, se pruebe la imposición intencional de ese tipo de condiciones de vida.

Los asesinatos en ‘masa’ o la realización de una ‘matanza’ ocurre cuando los decesos tienen proximidad bajo las variables tiempo y lugar. Al respecto, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en Sentencia del 21 de mayo de 1999, ha resaltado que una persona “puede ser culpable de exterminio si mata, o crea las condiciones de vida que matan, a una sola persona, siempre que el agente sea consciente de que su(s) acción(es) u omisión(es) forma(n) parte de una ma-

<sup>5</sup> Al respecto, véase, entre otras, la Sentencia del 17 de septiembre de 2003 (Krnojelac, AC, para. 73); Sentencia del 29 de julio de 2004 (Blaškić, AC, para. 47); Sentencia del 3 de julio de 2008 (Orić, AC, para. 43); Sentencia del 30 de noviembre de 2005 (Limaj *et al.*, TC, para. 513); Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Nahimana *et al.*, AC, para. 478). Una aproximación todavía más amplia se plantea en la Sentencia del 15 de julio de 1999 (Tadić, AC, para. 188).

<sup>6</sup> En ese sentido, véase: Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sentencia del 12 de marzo de 2008 (Seromba, AC, para. 189), Sentencia del 6 de diciembre de 1999 (Rutaganda, TC, para. 84); Sentencia del 27 de enero de 2000 (Musema, TC, para. 219); Sentencia del 13 de abril de 2006 (Ndindabahizi, TC, para. 479); así como: Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia del 1 de septiembre de 2004 (Brđanin, TC, para. 389); Sentencia del 17 de enero de 2005 (Blagojević y Jokić, TC, para. 573).

tanza masiva”. Agrega que para que “un único asesinato haga parte del exterminio, el asesinato debe formar parte de una matanza masiva” y que hay un acontecimiento de exterminación “cuando los asesinatos (en masa) tienen una proximidad cercana en el tiempo y en el espacio” (Kayishema y Ruzindana, TC, para. 147). Por otra parte, en la Sentencia del 11 de septiembre de 2006 se resalta que dicho acto “debe contribuir a un asesinato masivo” (Mpambara, TC, para. 9).

En síntesis, aun cuando se produjera apenas la muerte de una persona proveniente de un grupo de personas que fue sometido a condiciones de vida encaminadas a causar su destrucción, y siempre que se cumplan los demás elementos contextuales del exterminio, en especial, ser parte de una ‘matanza masiva’, el crimen a imputar seguirá siendo el de exterminio por encima del crimen de asesinato.

## 5. Reflexión final

No se debe perder de vista que exterminar es, en estricto sentido, matar a gran escala (Werle, 2011, p. 489) y que la diferencia principal con el crimen de lesa humanidad de asesinato se centra en que el exterminio requiere de un elemento de destrucción masiva. No obstante, como ya se explicó, la jurisprudencia ha precisado que una persona puede ser responsable del crimen de exterminio si mata directamente o, si crea las condiciones de vida a partir de las cuales también mata a una sola persona, siempre que dicha muerte haga parte del hecho colectivo que encierra la realización de la matanza. En ese sentido, el crimen exige que el autor sea consciente de que sus actos, en este caso omisiones (vía indirecta), forman parte de un evento de asesinato masivo.

En el ámbito aplicativo nacional, se tiene que el crimen de exterminio no cuenta con un desarrollo explícito o una equivalencia jurídica en la legislación penal como sí se ha dado en ordenamientos legales foráneos, en los cuales se ha establecido una descripción típica del crimen de exterminio aplicable directamente en el ámbito interno. En ese sentido, el *Völkerstrafgesetzbuch* (Código Penal Internacional alemán), en el § 7 numeral 2° señala explícitamente como crimen de lesa humanidad:

Quien, en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil... con la intención de destruir total o parcialmente a una población, la coloque, o a parte de ella, en condiciones de vida que puedan ocasionar su destrucción, total o parcial. (Joecks y Miebach, 2022)

Del mismo modo, en el contexto regional sudamericano, el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, que entró en vigencia en 2014, tipificó en su artículo 81 el delito de exterminio en los siguientes términos:

La persona que, como parte de un ataque generalizado o sistemático, imponga condiciones de vida que afecten la supervivencia, incluida la privación de alimentos, medicinas u otros bienes conside-

rados indispensables, encaminados a la destrucción de una población civil o una parte de ella, será sancionada con pena privativa de libertad de veintiséis a treinta años.

Aunque el Código Penal colombiano no tipifique este crimen, se resalta que su aplicación es posible en el país, en el marco de los procesos judiciales que se adelantan en la JEP, con fundamento en la pluralidad de fuentes normativas (legislación penal nacional e instrumentos de derecho penal internacional). Además, el ordenamiento constitucional le permite emplear esta jurisdicción con la finalidad de calificar jurídicamente los hechos y conductas cometidos en el conflicto armado colombiano hasta el 1 de diciembre de 2016. A efectos de judicializar las violaciones más graves a los derechos humanos e infracciones al DIH, el derecho internacional ha cimentado las categorías delictivas aplicables a este tipo de hechos bajo el término *nullum crimen sine iure* en lugar de *sine lege praevia*. Esta visión amplia de legalidad la recoge tanto la jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional, sentencias C-578 de 2002, C-007 de 2018 y C-080 de 2018) como la transicional (Tribunal para la Paz, Sentencia TP-SA-AM-203 de 2020) en la aplicación de crímenes internacionales como el exterminio a partir de mandatos prohibitivos de conductas “en las que el sujeto haya tenido la capacidad de comprender la existencia de la prohibición (accesibilidad) y de prever que esta acarrea sanciones intensas (previsibilidad)”. De cara a este enfoque, la JEP ha venido imputando crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, pero posteriores a normas y costumbres que desde el DIH y del DPI se han previsto como normas prohibitivas vigentes al momento de ocurrencia de estos hechos y conductas.

Aunque la descripción típica del exterminio en el Estatuto de Roma subsume la conducta de homicidio como un acto inescindible, y aunque el artículo 135 del Código Penal colombiano da cuenta de un tipo especial, cuando el homicidio recae en persona protegida, lo cierto es que este delito por sí solo no abarca ni reprocha íntegramente el propósito macrocriminal que engloba el exterminio para castigar tal atrocidad en el marco de la justicia penal ordinaria. Frente a la tipificación del homicidio en persona protegida, el Código Penal nacional sanciona a quien “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia...”. Esta disposición, además, precisa en su párrafo:

Se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario: 1. Los integrantes de la población civil. 2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa. (...) 5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.

Pese a que este tipo penal castigue el acto de matar y así el sujeto pasivo de la conducta punible sea persona protegida, que implica también a miembros de la población civil, esta tipificación nacional de una infracción grave al DIH no sustituye ni abarca el grado de persecución

al cual se dirige el crimen de lesa humanidad de exterminio. Esto por la imperiosa necesidad de que no convergen en aquel dichos elementos contextuales y propios que se han esbozado a lo largo de este artículo.

El derecho penal nacional ha avanzado en la última década en la implementación interna de dispositivos jurídicos propios del DPI, en aras de cobijar con el rigor y la trascendencia que demandan los estragos de estos fenómenos macrocriminales, tal como ha sucedido con la expedición del artículo 15 de la Ley 1719 de 2014 sobre violencia sexual que resalta que se

entenderá como ‘crimen de lesa humanidad’ los actos de violencia sexual cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque, de conformidad con las definiciones del artículo 7° del Estatuto de Roma y los elementos de los crímenes desarrollados a partir de ese Estatuto.

Además, con la finalidad de darle el alcance y el reconocimiento de gravedad que suscitan estos hechos, este artículo complementa que: “la autoridad judicial competente que adelante la investigación y el juzgamiento, deberá declarar que la(s) conducta(s) por la cual se investiga o juzga es de lesa humanidad, cuando así se establezca”. Sin embargo, esta consideración de declaratoria de crimen de lesa humanidad cuando se constata que el hecho individual hace parte del hecho colectivo al haber sido perpetrado como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque, solo se aplica en la justicia penal ordinaria para crímenes sexuales y no comprende otras modalidades de delitos contra la humanidad como el exterminio o la persecución.

Si se tiene en cuenta que lastimosamente los hechos graves de victimización contrarían normas de DIDH, DIH y DPI, y continúan llevándose a cabo en las dinámicas asociadas a los conflictos armados no internacionales que persisten en Colombia, el legislador debería reflexionar en torno a un mayor grado de profundización en la implementación de categorías jurídicas del DPI como el exterminio. Esto con el fin de que estas no sean exclusivamente aplicadas en el contexto de la justicia transicional. Un derecho penal nacional consistente con los propósitos fijados por el Estatuto de Roma implica que los crímenes de tal trascendencia internacional se apliquen no solo desde facetas retributivas y restaurativas *ex post facto*, sino que además el rol persuasivo y preventivo general que encierran las normas penales también desempeñen una labor disuasiva. Esto con el fin de que reafirmen, con la tipificación nacional, la gravedad de estos hechos y conductas que aún se dan en los avatares de la guerra.

## Referencias

- Ambos, K. (2000). "Elementos del crimen" así como reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina*, 9, 1357-1362.
- Ambos, K. (2014). *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing* [Tratado de Derecho Penal Internacional. Volumen II]. Oxford University Press.
- Ambos, K. (2018). *Internationales Strafrecht* [Derecho Penal Internacional]. 8° ed. Beck.
- Colombia. Sentencia C-007 de 2018. Corte Constitucional de Colombia. Control automático de constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016. Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos especiales y otras disposiciones.
- Colombia. Sentencia C-080 de 2018. Corte Constitucional de Colombia. Control automático de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.
- Colombia. Sentencia C-578 de 2002. Corte Constitucional de Colombia. Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002. Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).
- Colombia. Sentencia TP-SA-AM-203 de 2020. Tribunal para la Paz, Sección de Apelación. En el asunto de Jaime Aguilar Ramírez.
- Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. (2022). *Cifras de la Comisión de la Verdad presentadas junto con el Informe Final*. <https://web.comisiondelaverdad.co/actualidad/noticias/principales-cifras-comision-de-la-verdad-informe-final>
- Díaz, J.M. (2012). Una aproximación al concepto de crímenes contra la humanidad. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 33(95), 119-151.
- Fiscalía de la CPI. (2012). *Situación en Colombia. Reporte Intermedio*. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COL-ResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF>
- Joecks, W. y Miebach, K. (ed.) (2022). *Münchener Kommentar zum StGB. Nebenstrafrecht III/Völkerstrafgesetzbuch* [Comentario de Múnich sobre el Código Penal. Derecho Penal Suplementario III / Código Penal Internacional]. Beck.
- Jurisdicción Especial para la Paz. (2019). *Victimización de miembros de la Unión Patriótica*. <https://www.jep.gov.co/macrocasos/caso06.html>
- Luban, D. (2011). *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*. Temis.
- Países Bajos. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Sentencia del 17 de enero de 2005 (Blagojević y Jokić, Trial Chamber - TC).
- Países Bajos. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Sentencia del 1 de septiembre de 2004 (Brđanin, TC).

- Países Bajos. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Sentencia del 29 de julio de 2004 (Blaškić, Appeal Chamber - AC).
- Países Bajos. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Sentencia del 30 de noviembre de 2006 (Galić, AC).
- Países Bajos. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Sentencia del 3 de abril de 2007 (Brđanin, AC).
- Países Bajos. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Sentencia del 17 de septiembre de 2003 (Krnojelac, AC).
- Países Bajos. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Sentencia del 3 de julio de 2008 (Orić, AC).
- Países Bajos. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Sentencia del 30 de noviembre de 2005 (Limaj *et al.*, TC).
- Países Bajos. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Nahimana *et al.*, AC).
- Países Bajos. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Sentencia del 15 de julio de 1999 (Tadić, AC).
- Rodríguez, M. (2007). Crímenes de lesa humanidad. En *El derecho internacional en las sentencias de la C.S.J.N.* (pp. 65-86). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Servín, C. (2014). La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 43(139), 209-249.
- Tanzania. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Sentencia del 6 de diciembre de 1999 (Rutaganda, TC).
- Tanzania. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Sentencia del 12 de marzo de 2008 (Seromba, AC).
- Tanzania. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Sentencia del 13 de abril de 2006 (Ndindabahizi, TC).
- Tanzania. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Sentencia del 13 de abril de 2006 (Bisengimana, TC).
- Tanzania. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Sentencia del 13 de diciembre de 2004 (Ntakirutimana y Ntakirutimana, AC).
- Tanzania. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Sentencia del 21 de mayo de 1999 (Kayishema y Ruzindana, TC).
- Tanzania. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Sentencia del 27 de enero de 2000 (Musema, TC).
- Werle, G. (2011). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 2° ed. Tirant lo Blanch.
- Werle, G. y Burghardt, B. (2013). El futuro del Derecho penal internacional. *Revista Penal*, 31, 247-261.